



**PREZES  
URZĘDU OCHRONY  
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW  
DELEGATURA URZĘDU OCHRONY  
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW  
w Warszawie**

**RWA-54/11/2003/DM**

Warszawa, dn. 28 maja 2004 r.

**DECYZJA Nr RWA – 13/2004**

- I. Na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 18 poz. 172 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu
- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:  
**uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, praktykę polegającą na zawarciu przez spółkę Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w Warszawie i spółkę COMPOL AG S.A. w Poznaniu zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na ograniczeniu spółce COMPOL AG prawa do określania ceny sprzedaży leku Eprex, poprzez ustalenie w Umowie dystrybucyjnej z dnia 23 maja 2000 r., łączącej ww. spółki, iż sprzedaż leku Eprex będzie realizowana po cenach uzgodnionych ze spółką Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.  
**i nakazuje zaniechania jej stosowania.****
- II. Na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 18 poz. 172 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu
- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:  
**uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, praktykę polegającą na zawarciu przez spółkę Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w Warszawie i spółkę COMPOL AG S.A. w Poznaniu zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na kontrolowaniu i ograniczeniu spółce COMPOL AG zbytu leku Eprex, poprzez ustalenie w Umowie dystrybucyjnej z dnia 23 maja 2000 r., łączącej ww. spółki, iż spółka COMPOL AG będzie oferować lek Eprex stacjom dializ, określonym w załącznik nr 1 do umowy  
**i nakazuje zaniechania jej stosowania.****

- III. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 18 poz. 172 ze zm.),
- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: **nakłada się** na spółkę Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w Warszawie **karę pieniężną** w wysokości 2.122.650 zł (dwa miliony sto dwadzieścia dwa tysiące sześćset pięćdziesiąt złotych), płatną do budżetu Państwa.
- IV. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 18 poz. 172 ze zm.),
- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: **nakłada się** na spółkę COMPOL AG S.A. w Poznaniu **karę pieniężną** w wysokości 33.019 zł (trzydzieści trzy tysiące dziewiętnaście złotych), płatną do budżetu Państwa.

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Warszawie prowadził postępowanie wyjaśniające, mające na celu wstępne ustalenie, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.) uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w związku z powzięciem informacji o prawdopodobnym uzgadnianiu pomiędzy spółką Roche Polska Sp. z o.o. w Warszawie, spółką Janssen – Cilag Polska Sp. z o.o. w Warszawie (działającą do 1 stycznia 2003 r. jako oddział spółki Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.) i ich dystrybutorami warunków składanych ofert w ramach przetargów organizowanych przez Kasy Chorych, Zakłady Opieki Zdrowotnej i szpitale na zakup farmaceutyków, zawierających erytropoetynę, co mogło wskazywać na zawarcie zakazanego prawem porozumienia ograniczającego konkurencję.

W toku tego postępowania zapoznano się m.in. z treścią umów dystrybucyjnych łączących spółkę Johnson & Johnson Poland Sp. z o. o.o. w Warszawie z dwoma hurtowniami farmaceutycznymi: spółką COMPOL AG S.A. w Poznaniu i Hurtownią Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM w Sosnowcu Jacka Nowakowskiego, określających zasady dystrybucji leku zawierającego ludzką rekombinowaną erytropoetynę typu alfa, tj. Eprex.

W powyższym zakresie stosunki handlowe pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w Warszawie (zwaną dalej: spółką Johnson & Johnson Poland) i spółką COMPOL AG S.A. w Poznaniu (zwaną dalej: spółką COMPOL) reguluje Umowa dystrybucyjna z dnia 23 maja 2000 r.

Stosownie do ustępu I tej umowy, jej przedmiotem jest „działalność gospodarcza, polegająca na zakupie od Dostawcy [spółki Johnson & Johnson Poland] przez Dystrybutora [spółkę COMPOL] leku Eprex i oferowaniu go w uzgodnionych cenach do stacji dializ, określonych w załączniku nr 1”.

Prezes Urzędu uznał, że powyższy zapis Umowy dystrybucyjnej, może oznaczać, że w drodze tej umowy dochodzi do ograniczania swobody kształtowania cen sprzedaży, dystrybuowanego przez spółkę COMPOL, leku Eprex, poprzez uzgadnianie tych cen ze spółką Johnson & Johnson Poland.

Tym samym ww. zapis może wskazywać na istnienie porozumienia ograniczającego konkurencję, stanowiącego naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ponadto – w ocenie Prezesa Urzędu – Umowa dystrybucyjna, łącząca spółkę Johnson & Johnson Poland i spółkę COMPOL zawiera zapisy, które mogą ograniczać zbyt Eprexu.

Przedmiotem umowy jest bowiem „działalność gospodarcza, polegająca na zakupie od Dostawcy przez Dystrybutora leku Eprex i oferowaniu go w uzgodnionych cenach do stacji dializ, określonych w załączniku nr 1”. Załącznik ten zawiera listę ośrodków, przy których zlokalizowane są Stacje Dializ. Podanych jest tam 18 takich ośrodków.

Mamy tu więc do czynienia z wyznaczeniem kręgu podmiotów, którym spółka COMPOL może oferować lek Eprex. Wprowadzenie do umowy tego rodzaju postanowień rodzi daleko idące ograniczenia w sferze zbytu tego leku, a także umożliwia jego kontrolowanie.

Prezes Urzędu uznał więc, że ww. zapis może oznaczać zawarcie przez spółkę Johnson & Johnson Poland i spółkę COMPOL porozumienia ograniczającego konkurencję, naruszającego art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Uwzględniając zebrany w sprawie materiał dowodowy Prezes Urzędu, postanowieniem z dnia 24 lipca 2003 r., wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem:

1. zawarcia przez spółkę Johnson & Johnson Poland i spółkę COMPOL, zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na ograniczeniu spółce COMPOL prawa do określania ceny sprzedaży leku Eprex, poprzez ustalenie w Umowie dystrybucyjnej z dnia 23 maja 2000 r., łączącej ww. spółki, iż sprzedaż leku Eprex będzie realizowana po cenach uzgodnionych ze spółką Johnson & Johnson Poland, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;
2. zawarcia przez spółkę Johnson & Johnson Poland i spółkę COMPOL, zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na kontrolowaniu i ograniczeniu spółce COMPOL zbytu leku Eprex, poprzez ustalenie w Umowie dystrybucyjnej z dnia 23 maja 2000 r., łączącej ww. spółki, iż spółka COMPOL będzie oferować lek Eprex stacjom dializ, określonym w załącznik nr 1 do umowy, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W odpowiedzi na wszczęcie postępowania antymonopolowego i postawiony zarzut, strony złożyły wyjaśnienia.

Spółka Johnson & Johnson Poland w piśmie z dnia 15 września 2003 r. wniosła o wydanie decyzji niestwierdzającej zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję. W jej ocenie zarzut zawarcia porozumienia jest bezpodstawny, albowiem spółka Johnson & Johnson Poland nie kontroluje i nie ogranicza spółce COMPOL zbytu leku Eprex, ani też nie ogranicza tej spółce prawa do określania ceny odsprzedaży ww. leku.

Podniosła, iż Aneks [Załącznik nr 1] do Umowy dystrybucyjnej z dnia 23 maja 2000 r. zawiera listę stacji dializ, do których spółka COMPOL powinna sprzedawać Eprex. Zasadniczym kryterium doboru stacji dializ umieszczonych w aneksie był większościowy lub całkowity udział sprzedaży do tych stacji konkurencyjnego leku NeoRecormon. Z tego względu aneks ten ma na celu ukierunkowanie działań marketingowych nowego dystrybutora, jakim była od 2000 r. spółka COMPOL, dla wzmocnienia walki konkurencyjnej z producentem erytropoetyny beta. Zdaniem spółki Johnson & Johnson Poland nie miał on stanowić ograniczenia spółce COMPOL możliwości zbytu Eprexu pewnym odbiorcom.

Spółka Johnson & Johnson Poland podkreśliła, iż ze struktury i brzmienia umowy nie wynika zakaz prowadzenia przez spółkę COMPOL sprzedaży Eprexu do innych stacji dializ, niż wymienione w Załączniku. W jej ocenie zwrot, z którego Prezes Urzędu wywiódł istnienie porozumienia, jest rodzajem preambuły, która nie nakłada na strony żadnych określonych obowiązków. Gdyby bowiem zamiarem stron było ograniczenie działalności spółki COMPOL do wymienionych stacji dializ, wówczas przepis regulujący te kwestie zostałby umieszczony w artykułach [ustępach] od II do XI umowy oraz przewidywałby sankcję za jego nieprzestrzeganie. Ponadto także z biznesowego punktu widzenia ograniczenie tej spółce kręgu odbiorców nie miałyby sensu. Celem wyznaczenia spółki COMPOL jako kolejnego dystrybutora Eprexu było usprawnienie dystrybucji tego leku oraz pozyskanie (odzyskanie) kontrahentów.

Fakt, że Umowa dystrybucyjna w żadnej mierze nie ograniczała kręgu odbiorców spółki COMPOL, potwierdzają również okoliczności faktyczne, a mianowicie fakt, że spółka ta bez ograniczeń prowadziła sprzedaż do co najmniej kilkunastu innych stacji dializ nie wymienionych w załączniku. Spółka Johnson & Johnson Poland podkreśliła, iż posiadała wiedzę o sprzedaży prowadzonej do odbiorców nie objętych aneksem, nigdy nie podjęła żadnych kroków, by zabronić spółce COMPOL prowadzenia takiej sprzedaży.

Spółka Johnson & Johnson Poland podniosła także, iż rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 142, poz. 1189 ze zm.), dopuszcza ograniczenie aktywnej sprzedaży określonej grupie klientów, w stosunku do których sprzedaż została zastrzeżona dla dostawcy lub innego nabywcy, jeżeli ograniczenia te nie utrudniają klientom nabywcy sprzedaży towarów objętych porozumieniem. Jakkolwiek ww. rozporządzenie nie ma zastosowania do jej działalności na rynku erytropoetyny, z uwagi na przekroczenie 30% udziału w rynku, to jednak wskazuje stosunkowo liberalne podejście prawa konkurencji do zakazu, o którym mowa w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie ograniczenia kręgu klientów. Z tego względu, nawet gdyby umowa dystrybucyjna zawierała zakaz sprzedaży do odbiorców wymienionych w załączniku, taki zakaz nie stanowiłby poważnego naruszenia prawa konkurencji.

Spółka wskazała ponadto, iż w świetle szczególnych okoliczności dotyczących rynku i produktu, takie ograniczenie zasługiwałoby, na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, na wyłączenie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w świetle reguły rozsądku, o której mowa w art. 7 tej ustawy. Tak więc, jeżeli umowa pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland a spółką COMPOL zawierałaby ograniczenie co do kręgu odbiorców, należałoby je usprawiedliwić: po pierwsze – pożądaną specjalizacją geograficzną ze względu na wymagane dla leku warunki przechowywania i transportu oraz na konieczność skrócenia drogi leku od producenta do pacjenta; po drugie – koniecznością zapewnienia hurtownikowi zwrotu poniesionej inwestycji na prowadzenie odsprzedaży.

Oznacza to – w ocenie spółki Johnson & Johnson Poland – że nie dochodzi tu do ograniczania, ani kontrolowania zbytu leku Eprex.

Zdaniem spółki Johnson & Johnson Poland, artykuł [ustęp] I Umowy dystrybucyjnej nie ogranicza także spółce COMPOL swobody w kształtowaniu cen odsprzedaży Eprexu. Spółka ponownie podniosła, że ten artykuł nie określa konkretnych obowiązków stron, a jest jedynie rodzajem preambuły. Podkreśliła także, że termin „uzgodnione ceny” odnosi się szczegółowo do przepisu zawartego w ustępie II, który dotyczy cen sprzedaży w relacjach pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland, jako dostawcą i spółką COMPOL, jako odbiorcą. Zgodnie z tym przepisem, ceny będą kalkulowane według cennika firmowego Dostawcy, obowiązującego w dniu sprzedaży, a w przypadku różnicy w cenie pomiędzy dniem złożenia przez Dystrybutora oferty cenowej na przetargu (uzgodnionej z Dostawcą), a faktyczną ceną sprzedaży przekraczającą 4% Dystrybutor otrzyma dodatkowo gratyfikację w postaci towaru po zakończeniu kontraktu w wysokości tej różnicy. W ocenie spółki Johnson & Johnson Poland, przepis ten stanowi ochronę spółki COMPOL przed ryzykiem wzrostu ceny pomiędzy dniem złożenia oferty a rozpoczęciem dostaw do szpitala. W takim przypadku spółka COMPOL uzyskuje prawo do odszkodowania, jeśli spółka Johnson & Johnson Poland zaakceptowała ofertę cenową tej spółki. Umowa zatem nie przewiduje obowiązku spółki COMPOL do sprzedaży po uzgodnionej cenie. Jedynie uzależnia uzyskanie odszkodowania od zgody spółki Johnson & Johnson Poland na cenę oferowaną w przetargu po to, by umożliwić jej ograniczenie i kontrolowanie ryzyka związanego z roszczeniami odszkodowawczymi spółki COMPOL.

W związku z powyższym uznać należy, że spółka Johnson & Johnson Poland nie narzuca spółce COMPOL cen odsprzedaży Eprexu.

Spółka COMPOL w piśmie z dnia 1 września 2003 r., stwierdziła, że przedstawione jej zarzuty są oczywiście bezzasadne.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ograniczania jej swobody w kształtowaniu cen odsprzedaży leku Eprex, podniosła, iż już leksykalna analiza zakwestionowanego zapisu, definitywnie wyklucza naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zestawienie zakresów znaczeniowych terminów *ustalenie*, użytego przez ustawodawcę oraz *uzgadnianie* zawartego w Umowie dystrybucyjnej, przesądza jednoznacznie, iż nie są one tożsame i nie mogą być stosowane zamiennie. Zgodnie z definicją podaną w Słowniku Języka Polskiego (pod red. M. Szymaczaka, wydawnictwo PWN) ustalić to tyle, co rozstrzygnąć, zdecydować o czymś, wyznaczyć coś, natomiast uzgodnić to doprowadzić do braku rozbieżności, obopólnie wyrażać na coś zgodę, ujednoclić, koordynować, harmonizować. Zatem – w ocenie Spółki – oczywistym jest, że strony Umowy dystrybucyjnej w przedmiotowej kwestii musiały osiągnąć kompromis, dojść do konsensusu, na treść którego obie wyraziły zgodę. Nie miała zaś miejsca piętnowana przez ustawodawcę sytuacja narzucenia poziomu cen przez jeden decydujący podmiot, którego stanowisko wiążącym byłoby dla kontrahenta. W konsekwencji – co podkreśla spółka COMPOL – nieuzasadnioną jest rozszerzająca interpretacja jednoznacznego terminu ustawowego, pozwalająca aktualnie na zakwalifikowanie Umowy dystrybucyjnej jako wypełniającej znamiona hipotezy normy art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Spółka COMPOL zwróciła też uwagę, że w istocie jedyne uzgodnienia, do których doszło pomiędzy spółką Johnson & Johnson i spółką COMPOL, dotyczyły tylko i wyłącznie jednego z elementów kalkulacyjnych ceny, a mianowicie elementu związanego z wahaniami kursu waluty.

W ocenie spółki COMPOL niezwykle istotną okolicznością, której nie sposób pominąć przy rozważaniu zagadnienia związanego z kształtowaniem się cen, jest fakt, iż wpływ na ich końcowy poziom ma wiele czynników. Najbardziej znaczące spośród nich mają charakter stały, a zatem pozostający poza sferą bezpośrednich oddziaływań zainteresowanych

podmiotów. Są to w szczególności koszty transportu i przechowywania leku, rezerwa na tzw. złe długi, utworzona w celu zabezpieczenia na wypadek niewypłacalności kontrahentów, koszty obsługi składu celnego, czy koszty kredytu bankowego zabezpieczającego przed niekorzystnymi zmianami kursu walutowego. Wszystko to zawęża pole wahań cenowych, albowiem ogranicza wpływ dystrybutorów na poziom cen jedynie do kilku elementów kalkulacyjnych. Te zaś także nie zostały objęte uzgodnieniami zawartymi w Umowie dystrybucyjnej, a zatem ich kształtowanie pozostaje w wyłącznej gestii podmiotów dystrybuujących.

Stwierdzić więc trzeba, że w przedmiotowej sprawie nie doszło do sytuacji, w której sztywne ceny odsprzedaży pozbawiałyby dystrybutora zdolności do bezpośredniego kształtowania – w relacjach z nabywcą – cen sprzedawanych przez artykułów.

W kontekście drugiego zarzutu, dotyczącego naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, spółka COMPOL zauważyła, że podejrzenie zawarcia porozumienia oparte zostało na postanowieniu Umowy dystrybucyjnej, zgodnie z którym lek Eprex odsprzedawany miał być do stacji dializ, określonych w załączniku nr 1, który zawiera listę 18 stacji dializ, do których znajdowały zastosowanie warunki przewidziane w umowie dystrybucyjnej. Tymczasem praktyka wykazała, że Spółka odsprzedawała preparat do sześciu z nich. Poza tym, na jednakowych lub podobnych warunkach, spółka COMPOL dokonywała sprzedaży Eprexu do innych placówek, nieobjętych treścią załącznika, co ewidentnie wskazuje, że Spółka nie była wcale ograniczona treścią powołanego przez Prezesa Urzędu załącznika. W konsekwencji skonstatować należy, iż ograniczenie przewidziane w załączniku do Umowy dystrybucyjnej nie miało charakteru wiążącego, a być może zostało nawet w sposób domniemany uchylone w drodze niestosowania (desuetudo).

W związku z powyższym – w ocenie spółki COMPOL – nie sposób wywodzić, że zawarta Umowa dystrybucyjna w jakikolwiek sposób mogła naruszać ustawę, czy wykraczać poza przyjęty w praktyce dopuszczalny zakres stosunków obligacyjnych, pozostawiających stronom wystarczający, bo przesądzający o ich samodzielności decyzyjnej, zakres swobody doboru własnych kontrahentów.

Niezależnie od powyższego spółka COMPOL wskazała na liczne korzyści związane z zawieraniem porozumień o wyłącznej sprzedaży i zakupie polegające m.in. na racjonalizacji i usprawnieniu dystrybucji, co ułatwia promocję i intensyfikację działalności marketingowej i w konsekwencji skutkuje zwiększeniem zbytu. Zwróciła też uwagę, że przy rozstrzygnięciu niniejszej kwestii nie wolno pominąć praktyki gospodarczej oraz akceptowanych przez prawo i orzecznictwo antymonopolowe systemów (umów) dystrybucyjnych, w tym również umów o wyłącznej sprzedaży, zgodnie z którymi dostawcy (producenci, importerzy) zobowiązują się do niesprzedawania towarów innym dystrybutorom, wyznaczając jednocześnie poszczególnym dystrybutorom obszary, na których jest im przyznawana wyłączność prowadzenia odsprzedaży.

Postanowieniem z dnia 13 lutego 2004 r., Prezes Urzędu zaliczył w poczet dowodów następujące dokumenty: Odpis z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczącego spółki Johnson & Johnson Poland oraz pismo spółki Johnson & Johnson Poland z dnia 15 września 2003 r. wraz załącznikami 1, 6 i 7.

Pismem z dnia 2 kwietnia 2004 r. zawiadomiono strony o zakończeniu zbierania materiału dowodowego.

**Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
ustalił i zważył, co następuje.**

**Spółka Johnson & Johnson Poland** należy do światowej grupy Johnson & Johnson. Prowadzi działalność polegającą m.in. na produkcji leków i preparatów farmaceutycznych, prowadzenie importu na potrzeby produkcji i usług świadczonych przez Spółkę, prowadzenie eksportu towarów pochodzących z własnej produkcji oraz sprzedaż hurtowa wyrobów farmaceutycznych.

Spółka odpowiada min. za dystrybucję w Polsce leku o nazwie Eprex, zawierającego ludzką rekombinowaną erytropoetynę. Lek ten importowany jest przez Spółkę ze Szwajcarii, a jej producentem jest spółka Cilag AG International, również należąca do grupy Johnson & Johnson.

**Spółka COMPOL** prowadzi działalność gospodarczą, której przedmiotem jest m.in. produkcja sprzętu medycznego, sprzedaż hurtowa wyrobów medycznych i farmaceutycznych, prowadzenie prywatnych stacji dializ i transport chorych. W ramach swej działalności, Spółka zajmuje się m.in. rozprowadzaniem w Polsce leku o nazwie Eprex, który nabywa od spółki Johnson & Johnson Poland.

**Eprex** to lek produkowany przez firmę Janssen-Cilag, który zawiera ludzką rekombinowaną erytropoetynę. Stosowany jest w szpitalnym leczeniu pacjentów, mając na celu zastępowanie w organizmie ludzkim niedoboru erytropoetyny.

Erytropoetyna to glikoproteinowa substancja hormonalna, wytwarzana w większości przez nerki, pobudzająca wytwarzanie przez komórki szpiku krwinek czerwonych (erytrocytów).

Zmniejszenie wytwarzania krwinek czerwonych, związana z niedoborem erytropoetyny, powoduje niedokrwistość (anemię). U podłoża niedokrwistości leży bądź niewydolność nerek bądź choroba nowotworowa.

Stosowane sposoby leczenia niedokrwistości to: hemodializa, paratyroidektomia, terapia androgenami, przetoczenia krwi, leczenie ludzką rekombinowaną erytropoetyną.

Uznaje się, iż najskuteczniejszą i w najmniejszym stopniu obciążoną skutkami ubocznymi metodą w leczeniu niedokrwistości jest podawanie pacjentom ludzkiej rekombinowanej erytropoetyny.

Obiektywną miarą leczenia z zastosowaniem ludzkiej rekombinowanej erytropoetyny jest wzrost hematokrytu i hemoglobiny. Wykładnikiem skuteczności leczenia powinno być ustąpienie klinicznych objawów anemii (niedokrwistości).

Istnieją trzy sposoby podawania ludzkiej rekombinowanej erytropoetyny: dożylnie, podskórnym i wyjątkowo dootrzewnowo. Podaje się ją choremu w jednostkach. Przy niewydolności nerek dawką podstawową [określa się ją czasem mianem dawki nefrologicznej] jest 1.000 jednostek (IU), natomiast przy zastosowaniu onkologicznym dawka podstawową [tzw. dawka onkologiczna] jest 10.000 jednostek (IU).

Ludzka rekombinowana erytropoetyna występuje w trzech postaciach. Najpowszechniejsze to: erytropoetyna alfa i erytropoetyna beta. Trzecim rodzajem erytropoetyny jest erytropoetyna gamma, która od niedawna jest stosowana w leczeniu.

Podkreśla się, że efekt kliniczny (terapeutyczny) tych specyfików jest identyczny. Jak wskazuje spółka Johnson & Johnson Poland, zarówno erytropoetyna alfa, jak i erytropoetyna beta mają ten sam terapeutyczny efekt i są stosowane przy leczeniu anemii, spowodowanej niedoborem erytropoetyny.

Na rynku polskim oferowane są dwie postaci erytropoetyny. Spółka Johnson & Johnson Poland dystrybuje w Polsce erytropoetynę alfa – pod nazwą handlową **Eprex**. Drugim typem erytropoetyny oferowanym w Polsce jest erytropoetyna beta. Jest to dystrybuowany przez spółkę Roche Sp. z o.o. w Warszawie lek o nazwie **NeoRecormon**. Na rynek polski nie została, jak dotychczas, wprowadzona erytropoetyna gamma.

W sprawach o stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, kwestią zasadniczą dla wydania rozstrzygnięcia jest określenie rynku właściwego w sprawie.

Zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Przy czym przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

W celu wyznaczenia rynku właściwego, niezbędne jest zatem uwzględnienie szczególnych cech danego produktu (wyodrębnienie rynku produktowego) oraz określenie obszaru, na którym jest on dystrybuowany i gdzie warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne (wyodrębnienie rynku geograficznego). Dla wyznaczenia rynku właściwego konieczne jest ponadto uwzględnienie aspektu pionowego (wertikalnego) rynku, a to ze względu na możliwość istnienia różnych faz obrotu towarowego.

Definiując zatem rynek właściwy w przedmiotowej sprawie trzeba mieć na uwadze produkt, którego dotyczą negowane przez Prezesa Urzędu zapisy umowy dystrybucyjnej, jego zastosowanie, substytuty, poziom dystrybucji, źródła zaopatrzenia.

Oceniane w toku niniejszego postępowania relacje (stosunki) gospodarcze pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland i spółką COMPOL związane są z dystrybucją (rozpowszechnianiem) leku Eprex. Zatem w odniesieniu do tego leku będzie ustalany rynek właściwy.

Wyodrębnienie **rynku produktowego** wiąże się z uwzględnieniem szczególnych cech danego produktu. W świetle powołanej wyżej definicji ustawowej rynku właściwego, jego aspekt produktowy odnosi się do „*rynku towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty*”.

Jak wyjaśniono to już wcześniej spółka Johnson & Johnson Poland sprowadza do Polski i rozprowadza na terenie Polski lek o nazwie Eprex, natomiast spółka Roche Polska rozpowszechnia lek o nazwie NeoRecormon. Oba leki zawierają ludzką rekombinowaną erytropoetynę i wykorzystywane są w leczeniu niedokrwistości, zarówno o podłożu nefrologicznym, jak i onkologicznym. Jednakże mamy tu do czynienia z dwoma postaciami erytropoetyny: erytropoetyną alfa i erytropoetyną beta. I tak: Eprex – to erytropoetyna alfa, natomiast NeoRecormon – erytropoetyna beta.

Należy zatem rozważyć, czy obie postacie erytropoetyny są względem siebie substytutowe, a co za tym idzie, czy stanowią jeden rynek w ujęciu produktowym.

Działanie zarówno erytropoetyny alfa (Eprex), jak i erytropoetyny beta (NeoRecormon), polega na pobudzeniu wytwarzania przez organizm ludzki czerwonych krwinek (erytrocytów) i stosowany jest w leczeniu niedokrwistości. Zatem efekt kliniczny stosowania obu tych leków (obu postaci erytropoetyny) jest identyczny.

Oba te leki stosowane są jedynie w leczeniu szpitalnym. Na podstawie ulotek informacyjnych dotyczących obu tych leków, należy stwierdzić, iż występują one w takich samych dawkach, tj. od 500 do 10.000 jednostek (standardowe to 1.000, 2.000, 3.000, 4.000, 5.000 i 10.000 jednostek [IU]), w formie roztworu do iniekcji podskórnych i dożylnych.



Status obu tych leków jest taki sam. Zarówno Eprex, jak i NeoRecomon nie są objęte ceną urzędową, jak również nie są umieszczone w wykazie leków refundowanych.

Cena Eprexu i NeoRecomonu kształtuje się na poziomie 56-58 zł za 1.000 IU netto.

Uzasadnione jest zatem twierdzenie, iż zarówno ze względu na przeznaczenie, właściwości, w tym jakość, oraz cenę obie postacie erytropoetyny (oba ww. leki) są względem siebie substytutowe.

Na koniec należy jeszcze zauważyć, iż szpitale zakupujące erytropoetynę, zamawiają – co wynika z analizy Biuletynu Zamówień Publicznych – jeden bądź drugi lek. Bardzo często występują sytuacje, gdy przedmiotem zamówienia jest ogólnie erytropoetyna, bez wskazywania konkretnej postaci. W innych sytuacjach szpital zamawiał oba te leki jednocześnie. To wszystko wskazuje, że w ocenie odbiorców, tj. szpitali, Eprex – erytropoetyna alfa i NeoRecomon – erytropoetyna beta uznawane są za leki substytutowe.

Reasumując, stwierdzić należy, iż z punktu widzenia medycznego nie ma różnic pomiędzy erytropoetyną beta i erytropoetyną alfa. Zastosowanie ich bez wątpienia jest takie same, albowiem spełniają taką samą rolę leczniczą. Cena obu preparatów kształtuje się na identycznym poziomie. Wreszcie nabywcy tych leków uznają je za substytuty.

Mając powyższe na uwadze uznano, iż obie postacie erytropoetyny są substytutowe, a więc leki: Eprex i NeoRecomon stanowią jeden rynek produktowy.

Uwzględniając powyższe, należało – w ocenie Prezesa Urzędu – jako rynek produktowy uznać rynek leków zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę.

Jak wskazano wyżej, drugim zasadniczym elementem rynku właściwego jest **kryterium geograficzne**, przez co należy rozumieć geograficzny obszar, na którym warunki konkurencji są jednakowe dla wszystkich konkurentów.

W tym zakresie rozważania odnośnie cen erytropoetyny w Polsce, warunków dostaw oraz możliwości zaopatrywania się w te specyfiki, przekonują, iż mamy tu do czynienia z rynkiem ogólnokrajowym. Ceny oraz warunki zakupu erytropoetyny są identyczny w całej Polsce. Nie ma wewnętrznych barier, które ograniczałyby możliwość zakupu (dostaw) tychże specyfików. Przedsiębiorcy rozprowadzający Eprex i NeoRecomon są w stanie dostarczyć lek do każdego szpitala w Polsce w ciągu 24 godzin. Tym samym oczywistym jest, iż właściwie wyznaczonym pod względem geograficznym rynkiem jest obszar Polski.

Jednocześnie brak jest podstaw by przyjąć, że jest to rynek szerszy, o zasięgu choćby europejskim. W każdym kraju obowiązuje bowiem inna cena na te specyfiki. Wiąże się to z różną polityką każdego kraju w zakresie ochrony zdrowia, w tym systemem refundacji, zakresem wykorzystania tych leków czy procedurami zaopatrywania się w nie.

Uwzględniając powyższe trzeba przyjąć, iż właściwym w sprawie będzie rynek krajowy.

Przy wyznaczaniu rynku właściwego w sprawie trzeba także mieć na uwadze **aspekt pionowy (wertykalny) rynku**, a to ze względu na możliwość istnienia różnych faz obrotu towarowego. W tym przypadku istotne jest określenie faz obrotu (dystrybucji) leków zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę.

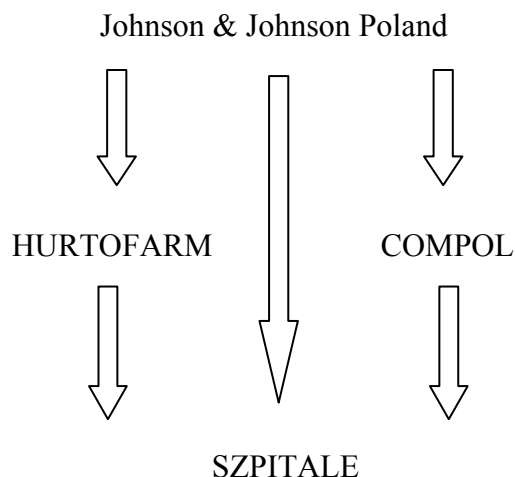
Leki zawierające ludzką rekombinowaną erytropoetynę sprowadzają do Polski dwie spółki: Johnson & Johnson Poland i Roche Polska, które za pośrednictwem trzech hurtowni farmaceutycznych dostarczają lek do szpitali. Hurtowniami tymi są: 1) Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM w Sosnowcu, 2) spółka COMPOL, które dystrybuują lek firmy Janssen-Cilag, rozprowadzany w Polsce przez spółkę Johnson & Johnson Poland oraz 3) spółka HAND-PROD dystrybuująca lek firmy Roche.

Odbiorcą końcowym tych leków są zakłady opieki zdrowotnej (szpitale, stacje dializ). Trzeba tu jednak zaznaczyć, że dostawą erytropoetyny do tych odbiorców zajmują się nie tylko hurtownie, ale również bezpośrednio same firmy farmaceutyczne.

Tak więc importerzy tych leków (spółki: Johnson & Johnson Poland i Roche Polska) nie tylko dostarczają lek hurtowniom, ale również występują na rynku jako dystrybutorzy.

Odnosząc te rozważania do przedmiotowej sprawy, należy wskazać, iż spółka Johnson & Johnson Poland jest importerem leku, który występuje na rynku jako dostawca hurtowy i detaliczny, a spółka COMPOL jest podmiotem, który jest jednym z dwóch hurtowych odbiorców Eprexu od spółki Johnson & Johnson Poland (drugim jest Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM) oraz dostawcą leku do odbiorców finalnych.

W formie graficznej będzie to przedstawiać się następująco:



Powyższe wyraźnie obrazuje więc, że relacje pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland a spółką COMPOL oddziałują zarówno na stosunki pomiędzy nimi, ale również na warunki dostawy erytropoetyny do szpitali, jako odbiorców finalnych.

Biorąc powyższe pod uwagę zasadnym jest wytyczenie jednego rynku, uwzględniającego wszystkie relacje handlowe tam zachodzące. Dla potrzeb toczącego się postępowania antymonopolowego, przyjmujemy zatem istnienie jednego rynku w ujęciu pionowym, który określimy ogólnie jako rynek obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną.

Uwzględniając powyższe za **rynek właściwy** w niniejszej sprawie należy uznać **krajowy rynek obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną**.

Na tak określonym rynku, udział spółki Johnson & Johnson Poland, liczony udziałem w sprzedaży leków zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, **wynosi ok. 64 %**. Ustalenie powyższego udziału nastąpiło na podstawie zestawienia wartości sprzedaży tych leków przez dwóch dostawców, tj. spółki Johnson & Johnson Poland (lek Eprex) i spółki Roche Polska (lek NeoRecormon).

Ustalenia Urzędu, potwierdziła spółka Johnson & Johnson Poland, która przedstawiła Urzędowi zestawienie o udziałach w rynku erytropoetyny w latach 1995 - 2002 (włączone do akt niniejszego postępowania, postanowieniem z dnia 13 lutego 2004 r.), a źródłem informacji była – dokonana przez Spółkę – analiza przetargów na dostawę erytropoetyny. Wyniki tego zestawienia pokazują, że w latach 2000 - 2002, udział spółki Johnson & Johnson Poland w rynku sprzedaży erytropoetyny kształtował się na poziomie 64-65%.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, iż jej udział w rynku właściwym jest bardzo wysoki i kształtuje się na poziomie ok. 64%.

Prezes Urzędu zarzucił stronom niniejszego postępowania stosowanie praktyk ograniczających konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, przejawiających się w zawarciu przez spółkę Johnson & Johnson Poland i spółkę COMPOL zakazanego prawem porozumienia wertykalnego, polegającego na:

- I. ograniczeniu spółce COMPOL prawa do określania ceny sprzedaży leku Eprex, poprzez ustalenie w Umowie dystrybucyjnej z dnia 23 maja 2000 r., łączącej ww. spółki, iż sprzedaż leku Eprex będzie realizowana po cenach uzgodnionych ze spółką Johnson & Johnson Poland,
- II. kontrolowaniu i ograniczeniu spółce COMPOL zbytu leku Eprex, poprzez ustalenie w Umowie dystrybucyjnej z dnia 23 maja 2000 r., łączącej ww. spółki, iż spółka COMPOL będzie oferować lek Eprex stacjom dializ, określonym w załącznik nr 1 do umowy.

Prezes Urzędu uznał, iż mamy tu do czynienia z porozumieniem o charakterze wertykalnym. Relacje handlowe dotyczące dystrybucji i sprzedaży leku Eprex pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland i spółką COMPOL, kształtuje Umowa dystrybucyjna z dnia 23 maja 2000 r. Reguluje ona m.in. kwestie kalkulowania cen i warunków płatności, warunki dostawy czy też zasady gwarancji i zwrotów.

Spółka Johnson & Johnson Poland, w tych relacjach, jest importerem leku Eprex i dostawcą tego leku, zaś spółka COMPOL jest dystrybutorem, tj. przedsiębiorcą, który zakupuje towary objęte porozumieniem z zamiarem ich odsprzedaży na szczeblu detalicznym. Spółki te występują więc na dwóch szczeblach obrotu i nie zmienia tego fakt, że spółka Johnson & Johnson Poland prowadzi też sprzedaż bezpośrednio do ostatecznego użytkownika (tu: szpitali).

Zgodnie zaś z definicją, zawartą w § 2 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, przez porozumienie wertykalne rozumienie się porozumienie zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorcami, działającymi – w ramach takiego porozumienia – na różnych szczeblach obrotu, których celem jest zakup, sprzedaż lub odsprzedaż towarów.

W niniejszej sprawie okoliczności faktyczne, jak i treść przedmiotowej Umowy dystrybucyjnej wypełniają treść powyższej definicji, zatem bezsprzecznie mamy tu do czynienia z porozumieniem wertykalnym.

Powyższe porozumienie wertykalne narusza przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co wywiedziono poniżej.

- I. Odnośnie zarzutu stosowania praktyki, polegającej na zawarciu przez spółkę Johnson & Johnson Poland i spółkę COMPOL, zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na ograniczeniu spółce COMPOL prawa do określania ceny sprzedaży leku Eprex, poprzez ustalenie w Umowie dystrybucyjnej z dnia 23 maja 2000 r., łączącej ww. spółki, iż sprzedaż leku Eprex będzie realizowana po cenach uzgodnionych ze spółką Johnson & Johnson Poland.

Zarzut stosowania ww. praktyki, wyczerpuje znamiona zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, określonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem zakazane jest porozumienie, polegające na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów.

Zakaz, o którym mowa wyżej ma zastosowanie zarówno do porozumień zawieranych między konkurentami (porozumienia horyzontalne lub poziome), jak i zawieranych między partnerami rynkowymi, działającymi na różnych szczeblach obrotu (porozumienia wertykalne lub pionowe).

Zgodnie z § 10 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję - nie podlegają wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, te zapisy porozumień wertykalnych, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami, mają na celu lub powodują ograniczenie prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży przez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub o określonej wysokości (sztywnych) cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem.

Jakkolwiek przepisy powołanego wyżej rozporządzenia nie mogą tu mieć zastosowania – z uwagi na zbyt wysoki udział spółki Johnson & Johnson Poland (tu: dostawcy) w rynku właściwym, tj. krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną – to jednak brzmienie ww. przepisu, wskazuje, iż obowiązujące w tym zakresie regulacje prawne w sposób zdecydowany i jednoznaczny uznają za bezprawną praktykę narzucania dystrybutorom cen sprzedaży towarów, nawet gdyby udziały były niższe i nie przekraczały 30%. Pokazuje to jak bardzo restryktywnie do praktyk ograniczania autonomii polityki cenowej podchodzi ustawodawca, upatrując w nich – zresztą słusznie – największe zagrożenie dla konkurencji.

W ocenie Prezesa Urzędu, umowa dystrybucyjna, łącząca spółkę Johnson & Johnson Poland i spółkę COMOL, kształtuje w sposób wyraźny obowiązek uzgadniania przez dystrybutora (tu: spółkę COMPOL) cen sprzedaży Eprexu, oferowanego odbiorcom końcowym (tu: stacjom dializ), wymienionym w załączniku do umowy.

Wynika to z brzmienia ustępu I ww. umowy, który mówi, że przedmiotem umowy jest działalność gospodarcza, polegająca na zakupie od Dostawcy przez Dystrybutora leku Eprex i oferowaniu go w uzgodnionych cenach do stacji dializ określonych w załączniku nr 1 do umowy. Przy czym Dostawcą jest spółka Johnson & Johnson Poland, a Dystrybutorem – spółka COMPOL.

Zapis ten w sposób jasny i bardzo precyzyjny określa zasady, na jakich odbywać się ma dystrybucja leku Eprex. Lek ten ma być kupowany w spółce Johnson & Johnson Poland i oferowany do wymienionych stacji dializ po cenach uzgodnionych.

Bezsprzecznie więc oferowana przez spółkę COMPOL cena ma być uzgodniona z dostawcą, tj. spółką Johnson & Johnson Poland.

Dopełnieniem powyższego ogólnego zapisu, jest ust. II pkt 1 Umowy. Zgodnie z tym przepisem, *cenę będą kalkulowane według cennika firmowego Dostawcy obowiązującego w dniu sprzedaży; w przypadku różnicy w cenie pomiędzy dniem złożenia przez Dystrybutora ofert cenowych na przetargu (uzgodnionej z Dostawcą) a faktyczną ceną sprzedaży przekraczającą 4%, Dystrybutor otrzyma dodatkowo gratyfikację w postaci towaru po zakończeniu kontraktu w wysokości tej różnicy.*

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że strony ponownie (w ślad za ust. I Umowy) podkreśliły w tym przepisie, że oferta cenowa Eprexu, przedstawiona przez spółkę COMPOL na przetargu, ma być uzgodniona z Dostawcą.

Odnosząc się zaś do sensu ust. II Umowy, warto przywołać wyjaśnienia spółki Johnson & Johnson Poland, złożone w toku postępowania. Wskazała ona mianowicie, że przepis ten stanowi ochronę spółki COMPOL przed ryzykiem wzrostu ceny pomiędzy dniem złożenia oferty a rozpoczęciem dostaw do szpitala. W takim przypadku spółka COMPOL uzyskuje prawo do odszkodowania, jeśli spółka Johnson & Johnson Poland zaakceptowała ofertę cenową tej spółki.

Zdaniem Prezesa Urzędu, ukształtowany w ten sposób system rekompensowania ewentualnych strat po stronie spółki COMPOL ma na celu nakłonienie tego dystrybutora do uzgadniania cen. Jest to system skuteczny, albowiem obwarowany presją ekonomiczną. Istotną będzie tutaj także naturalna chęć podtrzymania współpracy z jedynym dostawcą leku Eprex w Polsce. Nie są tu więc nawet potrzebne dodatkowe sankcje, przymuszające strony do respektowania postanowień umowy, gdyż wystarczające jest tu zagrożenie zerwania współpracy, poprzez wypowiedzenie umowy dystrybucyjnej.

Z kolei motywem działania spółki Johnson & Johnson Poland w sferze uzgadniania cen sprzedaży leku z dystrybutorem jest dążenie do ustabilizowania cen sprzedaży na określonym poziomie, zapewniającym stałe i przewidywalne dochody.

Niewątpliwie mamy tu do czynienia z ceną sztywną. Uzgodnienie, o którym mowa w Umowie dystrybucyjnej, ma bowiem na celu ustalanie ceny konkretnej, ceny o określonej wysokości, którą spółka COMPOL przedstawi na przetargu.

Uwzględniając powyższe, Prezes Urzędu uznał, że dochodzi tu do bezpośredniego ustalania pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland i spółką COMPOL cen sprzedaży leku Eprex wymienionym w załączniku podmiotom.

Zresztą same spółki wyjaśniły, że dochodzi do takich sytuacji. Spółka Johnson & Johnson Poland zaznaczyła przecież, że spółka COMPOL uzyska odszkodowanie, o którym była mowa wyżej, jeżeli **zaakceptuje jej ofertę cenową**. Podobnie spółka COMPOL, która wyjaśniła, że dochodzi do uzgadniania cen i stwierdziła, że „**uzgodnienia, do których doszło pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland i spółką COMPOL, dotyczyły tylko i wyłącznie jednego z elementów kalkulacyjnych ceny**”.

Odnosząc się do wyjaśnień i argumentów stron postępowania, złożonych w ramach niniejszego postępowania antymonopolowego, należy stwierdzić, że nie zasługują one na uwzględnienie.

#### Wyjaśnienia spółki Johnson & Johnson Poland

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem spółki Johnson & Johnson Poland, iż zapis ustępu I Umowy dystrybucyjnej nie określa konkretnych obowiązków stron. Wbrew temu, co stara się wykazać Spółka, przepis ten zawiera konkretne założenia współpracy pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland i spółką COMPOL. Przepis ten determinuje wzajemną współpracę. Nie ulega więc wątpliwości, że regulacje ujęte w tym ustępie umowy z całą pewnością wiążą strony, tak jak inne postanowienia tej umowy. Poza tym, zawarta tam zasada uzgadniania cen została powtórzona w ustępie II pkt 1 przedmiotowej umowy.

Prezes Urzędu odrzuca także argument, przedstawiony przez tę spółkę, iż Umowa dystrybucyjna nie przewiduje obowiązku spółki COMPOL do sprzedaży po uzgodnionej cenie. Przeczą temu już same wyjaśnienia spółki. Wyjaśniła ona bowiem, że uzależnia uzyskanie przez spółkę COMPOL odszkodowania [w przypadku zaistnienia różnicy w cenie pomiędzy dniem złożenia przez Dystrybutora ofert cenowych na przetargu a faktyczną ceną sprzedaży przekraczającą 4%] od jej zgody na cenę oferowaną w przetargu po to, by umożliwić ograniczenie i kontrolowanie ryzyka związanego z roszczeniami odszkodowawczymi spółki COMPOL. Spółka więc sama przyznaje, że dochodzi do uzgadniania cen sprzedaży Eprexu i procedura ta ma służyć właściwej kontroli odszkodowań, które mogłyby być wypłacane spółce COMPOL. W ocenie Prezesa Urzędu, ten system w zasadzie decyduje o tym, że proces uzgadniania cen będzie zachodził w każdym przypadku, albowiem spółka COMPOL – by zapewnić sobie możliwość ubiegania się o to swoiste odszkodowanie od spółki Johnson & Johnson Poland – będzie dążyć do uzyskania akceptacji oferowanej przez siebie ceny.

W tej sytuacji, trudno tu mówić o swobodzie w kształtowaniu cen, albowiem wyraźny przymus ekonomiczny (możliwość uzyskania odszkodowania) jest tu czynnikiem decydującym o tym, że spółka COMPOL będzie ubiegła się o uzyskanie akceptacji dostawcy na oferowaną przez siebie cenę sprzedaży Eprexu.

#### Wyjaśnienia spółki COMPOL

Wywód Spółki odnośnie leksykalnego znaczenia pojęć *ustalenie* i *uzgodnienie*, w kontekście zarzutu dotyczącego ustalania cen, należy uznać za całkowicie chybiony. Różnice w definicjach słownikowych poszczególnych pojęć nie mają tu znaczenia. Język prawny (język aktów prawnych) ma bowiem to do siebie, że zakres pojęć tu zawartych może różnić się czasami od znaczeń potocznych czy też słownikowych. W przedmiotowej sprawie znaczenie pojęcia „ustalenie cen sprzedaży produktów”, zawartego w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, odnosi się do wszelkich form współdziałania w zakresie ustalenia cen sprzedaży. Uzgadnianie cen sprzedaży Eprexu pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland i spółką COMPOL, z całą pewnością zawiera się w pojęciu „ustalenie cen”.

Spółka zwróciła uwagę, że w istocie jedyne uzgodnienia, do których doszło pomiędzy stronami, dotyczyły tylko jednego elementu kalkulacyjnego ceny, a mianowicie związanego z wahaniami kursu waluty. Pozostałe zaś czynniki cenotwórcze mają charakter stały i pozostają poza sferą bezpośrednich oddziaływań zainteresowanych podmiotów. Argument ten należy odrzucić. Zasadniczo bowiem zakazane jest nie tylko bezpośrednie (sztywne) ustalanie cen, lecz również ustalanie składników cen. Jednak w niniejszej sprawie i tak – co wynika z treści umowy – miała być uzgadniana końcowa cena sprzedaży Eprexu, którą miała zgłosić spółka COMPOL w ramach przetargu.

- II. Odnośnie zarzutu stosowania praktyki, polegającej na zawarciu przez spółkę Johnson & Johnson Poland i spółkę COMPOL zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na kontrolowaniu i ograniczeniu spółce COMPOL zbytu leku Eprex, poprzez ustalenie w Umowie dystrybucyjnej z dnia 23 maja 2000 r., łączącej ww. spółki, iż spółka COMPOL będzie oferować lek Eprex stacjom dializ, określonym w załącznik nr 1 do umowy.

Zarzut stosowania ww. praktyki wyczerpuje znamiona zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, określonego w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie bowiem z tym przepisem, zakazane jest porozumienie, polegające na ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji.

Dowodząc istnienia zakazanego prawem porozumienia zawartego między spółką Johnson & Johnson Poland i spółką COMPOL, polegającego na ograniczaniu i kontrolowaniu zbytu leku Eprex, należy wyjść od ustępu I Umowy dystrybucyjnej z dnia 23 maja 2000 r., zgodnie z którym przedmiotem tej umowy jest działalność gospodarcza polegająca na zakupie od Dostawy (spółki Johnson & Johnson Poland) przez Dystrybutora (spółkę COMPOL) leku Eprex i oferowaniu go w uzgodnionych cenach do stacji dializ określonych w załączniku nr 1.

W załączniku tym, wymieniono 18 podmiotów.

Tym samym doszło tu do umownego zastrzeżenia, ograniczającego swobodę spółki COMPOL w zakresie sprzedaży leku Eprex. Regulacja ust. 1 przedmiotowej umowy wyraźnie określa ramy współpracy w odniesieniu do leku Eprex. W granicach tej współpracy – spółka COMPOL ma oferować zakupywany od spółki Johnson & Johnson Poland lek wymienionym w załączniku podmiotom.

Należy podkreślić, iż gdyby strony nie miały na uwadze wprowadzenia tych ograniczeń, to nie zawarłyby w umowie ww. zapisu.

Mając na uwadze okoliczności niniejszej sprawy, podnieść trzeba, że Prezes Urzędu nie neguje przy tym faktu, iż spółka COMPOL prowadzi sprzedaż do innych podmiotów oraz, że nie wypełnia obowiązku prowadzenia sprzedaży do wszystkich jednostek wymienionych w załączniku.

Nie oznacza to jednak – co trzeba wyraźnie podkreślić – że strony odstąpiły od uregulowań zawartych w Umowie dystrybucyjnej. Nie zostały one bowiem przez strony uchylone. Ponadto – co również jest bardzo istotne – nie ma żadnych przeszkód, aby ustalenia zawarte w ust. 1 ww. umowy miały być w pewnym momencie w sposób bezwzględny respektowane.

Należy wreszcie podnieść, że zakazane są porozumienia, których nie tylko skutkiem, ale również celem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji.

Jak wskazano to już wcześniej, w drodze ww. porozumienia wertykalnego dochodzi zarówno do ograniczania, jak i do kontrolowania zbytu leku Eprex, zawierającego ludzką rekombinowaną erytropoetynę, naruszając w ten sposób zakaz zawarty w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ograniczenie zbytu, przejawia się tu w wyeliminowaniu części podmiotów spod starań jednego z potencjalnych dostawców Eprexu – spółki COMPOL o sprzedaż rozprowadzanego przez siebie leku.

Uznaje się, że porozumieniem ograniczającym produkcję (zbyt) może być nie tylko porozumienie horyzontalne, ale również porozumienie pionowe (wertykalne), umieszczone w umowie dystrybucyjnej.

Należy tu zaznaczyć, iż zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, bezwzględnie niedozwolonymi są porozumienia, które bezpośrednio lub pośrednio powodują ograniczenie obszaru lub kręgu podmiotów (klientów), którym nabywca może sprzedawać towary objęte porozumieniem. Stanowi o tym § 10 ust. 2 tego rozporządzenia. Co prawda, dalej przepis ten formułuje cztery sytuacje (przypadki), kiedy takie ograniczenie uznaje się za dozwolone, a mianowicie: a) ograniczenia aktywnej sprzedaży na określonym obszarze lub określonej grupie klientów, w stosunku do których sprzedaż została zastrzeżona dla dostawcy lub dla innego nabywcy, jeżeli ograniczenia te nie utrudniają klientom nabywcy sprzedaży towarów objętych porozumieniem, b) ograniczenia sprzedaży ostatecznym użytkownikom przez dystrybutora hurtowego, c) ograniczenia dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej odsprzedaży towarów objętych porozumieniem dystrybutorom nienależącym do tego systemu, d) ograniczenia uprawnienia nabywcy do odsprzedaży towarów objętych porozumieniem, mających charakter komponentów, innym przedsiębiorcom, którzy używaliby ich do produkcji towarów uznawanych za substytuty towarów sprzedawanych przez dostawcę. Jednak w ocenie Prezesa Urzędu żadna z tych sytuacji nie zachodzi w niniejszej sprawie.

Ponadto – to co jest tu najważniejsze – wyłączenia określonego porozumienia spod zakazu porozumień wertykalnych nie stosuje się, jeżeli udział dostawcy i grupy kapitałowej, do której należy dostawca, w rynku właściwym sprzedaży towarów objętych porozumieniem nie przekracza 30%. Gdy tymczasem udział spółki Johnson & Johnson Poland w sprzedaży Eprexu na rynku krajowym, znacząco przekracza 30%, kształtując się na poziomie ok. 64%.

Przy tak dużym udziale w rynku, ograniczenia dystrybucyjne, takie jak omawiana tu sytuacja ograniczania zbytu leku Eprex, poprzez ograniczenie kręgu podmiotów, którym nabywca może sprzedawać towary objęte porozumieniem, jest groźna dla konkurencji i ogranicza odbiorcom możliwości wyboru dostawcy.

Stwierdzić należy zatem, że w oparciu o Umowę dystrybucyjną z dnia 23 maja 2000 r. dochodzi do ograniczenia zbytu Eprexu, poprzez określenie kręgu podmiotów, którym spółka COMPOL może oferować sprzedaż tego leku. Celem zaś tego ograniczenia jest wyeliminowanie spółki COMPOL ze starań o sprzedaż Eprexu do – wymienionych w załączniku do umowy – odbiorców (stacji dializ).

Wprowadzenie więc, w ramach współpracy dystrybucyjnej pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland i spółką COMPOL takich zapisów, rodzi ograniczenia w sferze zbytu leku Eprex.

W zapisie o ograniczeniu kręgu podmiotów, którym spółka COMPOL będzie mogła sprzedawać Eprex, zawiera się jednocześnie kontrolowanie jego zbytu. Takie uzgodnienie: po pierwsze – wprowadza ramy podmiotowe dla spółki COMPOL odnośnie prowadzonej sprzedaży leku Eprex; po drugie – przekazuje spółce Johnson & Johnson Poland i za jej pośrednictwem drugiemu dystrybutorowi Eprexu, tj. Hurtowni Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM możliwość prowadzenia sprzedaży tego leku innym (nie wymienionym w załączniku) podmiotom. Tym samym wyznaczenie, w uzgodnieniu ze spółką COMPOL, listy podmiotów, którym ta spółka będzie prowadzić sprzedaż Eprexu, pozwala spółce Johnson & Johnson Poland ukształtować rynek zbytu leku i prowadzi do jego kontrolowania.

Dlatego też, Umowa dystrybucyjna zawarta między spółką Johnson & Johnson Poland i spółką COMPOL, w części dotyczącej ograniczenia dystrybucji Eprexu, jest – w ocenie Prezesa Urzędu – oczywistym naruszeniem konkurencji, przejawiającym się również w zabronionym przez prawo kontrolowaniu zbytu produktu.

Uwzględniając powyższe trzeba więc stwierdzić, że w wyniku porozumienia pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland i spółką COMPOL, wynikającego z Umowy dystrybucyjnej, dochodzi do ograniczania i kontrolowania zbytu leku Eprex, co w sposób oczywisty narusza konkurencję na rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną.

Odnosząc się do wyjaśnień i argumentów stron postępowania, złożonych w ramach niniejszego postępowania antymonopolowego, należy stwierdzić, że nie zasługują one na uwzględnienie.

#### Wyjaśnienia spółki Johnson & Johnson Poland

Za nieuzasadnione należy uznać wyjaśnienia Spółki, iż Umowa dystrybucyjna i załącznik, zawierający listę stacji dializ, do których spółka COMPOL powinna sprzedawać Eprex, nie stanowi ograniczenia dla tej spółki w możliwości zbytu Eprexu pewnym odbiorcom. W ocenie Prezesa Urzędu, sprecyzowanie w Umowie, że jej przedmiotem jest „działalność gospodarcza, polegająca na zakupie od Dostawcy leku Eprex i oferowaniu go [...] do stacji dializ określonych w załączniku nr 1 do umowy”, oznacza dokładnie to, że strony uzgadniają, że sprzedaż tego leku będzie prowadzona przez spółkę COMPOL tylko do wymienionych podmiotów. Brak jest bowiem innych powodów, które mogłyby uzasadniać wprowadzenie takiego zapisu w umowie. W normalnych stosunkach gospodarczych, takie zastrzeżenie jest zbyteczne. Każdy z uczestników rynku może bowiem sprzedawać swoje towary wszystkim potencjalnym kontrahentom, albo przynajmniej starać się o ich sprzedaż.

Wbrew twierdzeniom spółki Johnson & Johnson Poland, aby taki zapis funkcjonował w stosunkach handlowych nie musi być on wcale obwarowany jakąś konkretną sankcją. Istnieje bowiem zawsze realna groźba (obawa) rozwiązania umowy i zaprzestania współpracy, co skłania strony do wypełniania jej postanowień.

Kolejnym argumentem podnoszonym przez Spółkę, mającym świadczyć o tym, że spółka COMPOL nie została pozbawiona możliwości sprzedaży Eprexu innym podmiotom, jest fakt prowadzenia przez tę spółkę sprzedaży do innych stacji dializ, nie wymienionych



w załączniku. Jednak również ten argument należy odrzucić, albowiem okoliczność ta nie ma znaczenia dla oceny bezprawności zarzucanej praktyki. Celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest m.in. przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję, jeżeli te praktyki wywołują lub mogą wywołać skutki na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Jeżeli więc istnieje potencjalne zagrożenie dla wywołania tych negatywnych skutków, praktyka która stwarza takie zagrożenie musi zostać przez Prezesa Urzędu zanegowana. Ponadto – co trzeba wyraźnie podkreślić – zakazane są nie tylko porozumienia, których skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji, ale także te porozumienia, których celem są ww. negatywne zjawiska. Oznacza to, że nawet gdyby nie nastąpił skutek w postaci ograniczania i kontrolowania zbytu leku Eprex, to poprzez to, że celem Umowy dystrybucyjnej jest takie właśnie ograniczenie konkurencji, należało uznać istnienie niedozwolonego porozumienia wertykalnego.

Odpada również argument spółki Johnson & Johnson Poland, iż regulacje rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję dają wskazówkę do liberalniejszego podejścia do przedmiotowego porozumienia.

Tu w pierwszej kolejności trzeba wyraźnie zaakcentować, o czym była już mowa we wcześniejszej części decyzji, że powyższe rozporządzenie nie ma zastosowania do porozumień z udziałem spółki Johnson & Johnson Poland na rynku obrotu lekami zawierającymi ludzką rekombinowaną erytropoetynę, albowiem udział Spółki w sprzedaży tego leku w Polsce znacząco przekracza 30%. To automatycznie pozbawia wszelkie ograniczenia zawarte w umowach dystrybucyjnych dotyczących Eprexu z udziałem tej spółki za bezprawne. Nadto trzeba stwierdzić, iż wbrew temu co podaje spółka Johnson & Johnson Poland, zapis o ograniczeniu kręgu podmiotów, którym nabywca może sprzedawać towary objęte porozumieniem, jest generalnie niedozwolony, za wyjątkiem pewnych sytuacji, które jednak w tej sprawie nie zachodzą.

Trzeba jednocześnie stwierdzić – odnosząc się do kolejnego argumentu spółki Johnson & Johnson Poland – iż w przedmiotowej sprawie nie występuje sytuacja, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem, decyzję o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, Prezes Urzędu wydaje również w przypadku, gdy porozumienie spełnia przesłanki, o których mowa w art. 7 ust. 1, a nie zostało objęte rozporządzeniem, o którym mowa w art. 7. W analizowanej tu sprawie żadna z tych przesłanek nie została spełniona. W ocenie Prezesa Urzędu porozumienie zawarte między spółką Johnson & Johnson Poland i spółką COMPOL stwarza istotne ograniczenia dla spółki COMPOL oraz stwarza realną możliwość wyeliminowania konkurencji na rynku.

#### Wyjaśnienia spółki COMPOL

Spółka wskazywała, że ograniczenie przewidziane w załączniku do Umowy dystrybucyjnej nie miało charakteru wiążącego, a świadczyć ma o tym fakt prowadzenia sprzedaży – mimo wyraźnego zapisu – tylko do sześciu, spośród 18 wymienionych w załączniku, stacji dializ oraz to że odsprzedawała preparat do innych placówek, nieobjętych treścią załącznika. Podobnie jak w przypadku wyjaśnień spółki Johnson & Johnson Poland, również i tu należy stwierdzić, że powyższe okoliczności nie mają znaczenia dla oceny praktyki, albowiem treść Umowy dystrybucyjnej wprowadzała potencjalną możliwość wystąpienia negatywnych skutków w postaci ograniczania i kontrolowania zbytu leku Eprex.

Nie sposób odnaleźć w przedmiotowej sprawie jakichkolwiek korzyści, na które powołuje się spółka COMPOL. Przeciwnie, porozumienie to powoduje same ograniczenia. Ingeruje bowiem w swobody gospodarcze dostawców, którym wskazuje się jednostki, którym mogą oferować swój towar oraz ogranicza możliwości handlowe odbiorcom (tu: szpitalom czy stacjom dializ), które mają zawężone pole w wyborze kontrahenta (dostawcy).

Prezes Urzędu odmawiając słuszności argumentom stron postępowania, miał na uwadze przede wszystkim to, że ich wyjaśnienia i uwagi były ukierunkowane na uniknięcie odpowiedzialności i oddalenie zarzutów stawianych im w tym postępowaniu. W tym celu, zarówno spółka Johnson & Johnson Poland, jak i spółka COMPOL dążyły do umniejszenia znaczenia ust. I Umowy dystrybucyjnej w ramach wzajemnych stosunków, wskazując, że zapis ten nie niesie obowiązków dla stron i nie wprowadza żadnych ograniczeń. Wyjaśnienia te stoją jednak w oczywistej sprzeczności z treścią umowy i nadanym im sensie przez same strony. Gdyby bowiem celem Umowy (zwłaszcza jej ust. I) nie było dążenie do ograniczeń w nich wprowadzonych, nie doszłoby w ogóle do ich zawarcia.

Mając powyższe na uwadze, **Prezes Urzędu stwierdził** stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, poprzez:

1. zawarcie przez spółkę Johnson & Johnson Poland i spółkę COMPOL, zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na ograniczeniu spółce COMPOL prawa do określania ceny sprzedaży leku Eporex, poprzez ustalenie w Umowie dystrybucyjnej z dnia 23 maja 2000 r., łączącej ww. spółki, iż sprzedaż leku Eporex będzie realizowana po cenach uzgodnionych ze spółką Johnson & Johnson Poland, stanowiącego naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;
2. zawarcie przez spółkę Johnson & Johnson Poland i spółkę COMPOL, zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na kontrolowaniu i ograniczeniu spółce COMPOL zbytu leku Eporex, poprzez ustalenie w Umowie dystrybucyjnej z dnia 23 maja 2000 r., łączącej ww. spółki, iż spółka COMPOL będzie oferować lek Eporex stacjom dializ, określonym w załącznik nr 1 do umowy, stanowiącego naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z treścią art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Organ administracji - Prezes Urzędu, w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji jest zatem rzecznikiem interesu publicznego, co wynika również z jego zadań w strukturze administracji publicznej – m.in. art. 7 kpa. Decyzja administracyjna może bowiem dotyczyć nie tylko stron, lecz jej skutki mogą rozciągać się także na inne osoby – osoby fizyczne, jednostki organizacyjne.<sup>1</sup>

W rozstrzyganych przez Prezesa Urzędu postępowaniach zasadnym jest zatem ustalenie, czy nastąpiło naruszenie interesu publicznoprawnego.

Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Opierając się na orzecznictwie antymonopolowym przyjmuje się, że z naruszeniem interesu publicznoprawnego możemy mieć do czynienia w przypadku gdy skutki działań sprzecznych z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, bądź gdy te działania wywołują na rynku inne niekorzystne zjawiska.

W przedmiotowej sprawie, skutki stwierdzonych tu praktyk ograniczających konkurencję dotyczą bardzo wielu podmiotów. Zarówno porozumienie dotyczące ustalania cen sprzedaży Eporexu, jak i porozumienie polegające na ograniczaniu i kontrolowaniu zbytu tego leku, uderza w nabywców leków zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, tj. szpitale, ZOZ-y, stacje dializ. Ustalanie cen odsprzedaży zapobiega możliwym obniżkom cen, co w sposób ewidentny godzi w interesy ekonomiczne tych podmiotów. Z kolei wytypowanie grupy nabywców, w stosunku do których jeden z uczestników rynku (potencjalny dostawca)

<sup>1</sup> „Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz” B. Adamiak, J. Borkowski - wyd. C.H. BECK, Warszawa 1996, str. 57

ma powstrzymać się od prowadzenia sprzedaży produktu, doprowadza do sytuacji, w której potencjalni nabywcy muszą wybierać dany produkt spośród mniejszej liczby ofert.

Ograniczenia, które wynikają z przedmiotowych porozumień, wpływają też generalnie na rynek obrotu lekami zawierającymi ludzką rekombinowaną erytropoetynę, zakłócając mechanizmy konkurencji. Zarówno fakt ustalania cen, jak i sytuacja, gdy jeden z podmiotów jest zobowiązany zrezygnować ze sprzedaży rozprowadzanego przez siebie produktu do części potencjalnych odbiorców – w sposób bezpośredni godzą w podstawowe wolności gospodarcze i wprowadzają daleko idące ograniczenia, które są zabronione przez ustawodawcę. Przy czym – co należy podkreślić – nie ma żadnego ekonomicznego uzasadnienia dla takich ograniczeń.

Jest zatem bezsprzecznym, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z naruszeniem interesu publicznoprawnego.

Stosownie do art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu, osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenie kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 5, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 6 i art. 7, lub naruszenia zakazu określonego w art. 8.

Za udowodnione należy uznać, iż doszło do zawarcia przez spółkę Johnson & Johnson Poland i spółkę COMPOL zakazanych porozumień ograniczających konkurencję. Przedsiębiorcy ci dopuścili się więc naruszenia zakazów, o których mowa w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, które nie zostały wyłączone na podstawie art. 6 i 7 tej ustawy.

Zgodnie z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak spółki Johnson & Johnson Poland i COMPOL. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidzieć, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości naruszenia prawa konkurencji.

W ocenie Prezesa Urzędu, charakter praktyk, której dopuścili się obaj przedsiębiorcy w pełni uzasadnia nałożenie na nich kary pieniężnej. Jednak z uwagi na fakt, że stopień zawinienia, sytuacja finansowa i ekonomiczna spółki Johnson & Johnson Poland i spółki COMPOL są różne, należało karę pieniężną wyraźnie zróżnicować.

Przychód spółki Johnson & Johnson Poland w 2003 r., zgodnie ze Sprawozdaniem F-01/I-01 o przychodach, kosztach i wyniku finansowym oraz nakładach na środki trwałe za okres od początku roku do końca IV kwartału 2003 r. – wyniósł 715.391.000 zł. Natomiast szacunkowe przychody spółki COMPOL (według jej oświadczenia) wyniosły w 2003 r. – 17.145.503,01 zł.

Prezes Urzędu wymierzył więc spółce Johnson & Johnson Poland karę w wysokości 450.000 euro, co stanowi równowartość 2.122.650 zł (dwa miliony sto dwadzieścia dwa tysiące sześćset pięćdziesiąt złotych), natomiast spółce COMPOL – karę w wysokości 7.000 euro, stanowiącej równowartość 33.019 zł (trzydzieści trzy tysiące dziewiętnaście złotych).

Wartość euro została przeliczona według kursu średniego walut obcych ogłoszonych przez Narodowy Bank Polski 31 grudnia 2003 r. – Tabela nr 253/A/NBP/2003, stosownie do art. 115 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym wartość euro, o której mowa w przepisach ww. ustawy podlega przeliczeniu na złote według kursu

średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok nałożenia kary. Kurs ten wynosił 4,7170 zł.

Przy wymierzaniu spółce Johnson & Johnson Poland kary w wysokości 450.000 euro, co stanowi równowartość 2.122.650 zł, Prezes Urzędu uznał, iż musi ona przede wszystkim posiadać charakter represyjny. Stąd jej nominalnie wysoka wartość. Trzeba jednak przy tym zauważyć, że stanowi ona jedynie 2,97% kary maksymalnej.

W ocenie Prezesa Urzędu kara ta w pełni odpowiada stopniowi zawinienia spółki Johnson & Johnson Poland. Trzeba bowiem stwierdzić, że to Spółka – z racji swej siły kontraktowej (jedyne importy leku Eporex) i bardzo wysokiego udziału w rynku obrotu lekami zawierającymi ludzką rekombinowaną erytropoetyną – miała decydujący wpływ na kształt porozumień zawartych ze spółką COMPOL. Istotne jest, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia dwóch zakazów. Ograniczono swobodę dystrybutora w tak ważnej sferze jaką jest ustalanie cen odsprzedaży Eporexu (pkt I decyzji) i ustalono listę podmiotów, do których sprzedaż Eporexu mogła prowadzić spółka COMPOL, co skutkuje ograniczeniem i kontrolą – skupioną w ręku spółki Johnson & Johnson Poland – zbytu tego leku (pkt II decyzji).

Takie zachowania na rynku, na którym działa jedynie pięć podmiotów, w tym dwóch importerów leków i trzech dystrybutorów, winno być w sposób bezwzględny piętnowane.

Wobec tego kara ta winna być na tyle dolegliwa, by przedsiębiorca odczuł ją w sposób wymierny. Zdaniem Prezesa Urzędu kara w wysokości 2.122.650 zł będzie miała wobec Spółki taki właśnie wymiar.

Jednocześnie brak jest podstaw, by kara ta była wyższa. Nie wolno bowiem pominąć tego, że dystrybucja i sprzedaż Eporexu stanowi jedynie część przychodów Spółki.

Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, Prezes Urzędu uznał, iż kara ta musi też spełniać funkcję prewencyjną.

Niniejsza decyzja, stwierdzająca zawarcie porozumienia, musi bowiem przyczynić się do zmiany polityki dystrybucyjnej Spółki i to nie tylko w odniesieniu do leku Eporex, ale również i do innych specyfików, które importuje, a następnie rozprowadza w Polsce.

Nałożenie na spółkę COMPOL znacznie niższej kary, wynika przede wszystkim z faktu, że jako dystrybutor leku, miał mniejsze możliwości negocjowania warunków umowy dystrybucyjnej. Ponadto, w sposób istotny ograniczono jego swobody gospodarcze i jego pozycja jest dużo słabsza na rynku niż spółki Johnson & Johnson Poland. Stąd nadmierne karanie spółki COMPOL jest niezasadne.

Nie ulega jednak wątpliwości, że spółka ta – zawierając Umowę – działała z rozeznaniami i powinna być świadoma naruszenia prawa konkurencji. Oznacza to, że również jej działanie było zawinione. Stąd kara powinna być także i dla tego przedsiębiorcy dotkliwa.

W tej sytuacji Prezes Urzędu nałożył na tego przedsiębiorcę karę w wysokości 7.000 euro, stanowiącą równowartość 33.019 zł. Kara w tej wysokości to 1,9% kary maksymalnej.

Podobnie, jak w przypadku spółki Johnson & Johnson Poland, również w odniesieniu do spółki COMPOL ma ona spełnić zarówno funkcję represyjną, jak prewencyjną.

Warto na koniec zwrócić uwagę, iż mimo oczywistego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, żadna ze stron nie przyznała się do stosowania zarzucanych im praktyk, jak również nie próbowała zmienić swojej polityki w tym zakresie, nawet po wszczęciu postępowania antymonopolowego. W tym świetle nałożenie przedmiotowych kar, jak i ich wysokość, są w pełni uzasadnione.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w sentencji.

Od niniejszej decyzji przysługuje stronom odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za pośrednictwem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury w Warszawie, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

Stosownie do art. 105 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie:

nr 51101010100078782231000000, w banku NBP O/O Warszawa.

Otrzymuje:

**Pani**

**Małgorzata Sz waj**

Pełnomocnik spółki

Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.

Linklaters T. Komosa i Wspólnicy

ul. Sienna 39

00 -121 Warszawa

**Pan**

**Mariusz Neyder**

Pełnomocnik spółki

COMPOL AG S.A.

Kancelaria Adwokacka

ul. św. Marcina 29/7

61-806 Poznań