



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

RWA-54/10/2003/DM

Warszawa, dn. 28 maja 2004 r.

DECYZJA Nr RWA – 12/2004

- 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 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, praktykę polegającą na zawarciu przez spółkę Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w Warszawie i Jacka Nowakowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM w Sosnowcu zakazanego prawem porozumienia wertykalnego na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na kontrolowaniu i ograniczaniu Jackowi Nowakowskiemu – Hurtowni Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM zbytu leku Eprex, poprzez ustalenie w Aneksach z dnia 15 marca 2001 r. i z dnia 24 czerwca 2002 r. do „Ogólnych Warunkach Sprzedaży” – listy podmiotów, wobec których Jacek Nowakowski – Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM nie będzie podejmował starań o sprzedaż leku Eprex
i nakazuje zaniechania jej stosowania.
- II. 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 1.650.950 zł (milion sześćset pięćdziesiąt tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt złotych), płatną do budżetu Państwa.

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 Jacka Nowakowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM w Sosnowcu **karę pieniężną** w wysokości 117.925 zł (sto siedemnaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia pięć 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 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 Jackiem Nowakowskim prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM w Sosnowcu, regulujących zasady dystrybucji leku Eprex, zawierającego ludzką rekombinowaną erytropoetynę.

W stosunkach między spółką Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w Warszawie (zwaną dalej: spółką Johnson & Johnson Poland bądź Spółką) i Jackiem Nowakowskim prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM w Sosnowcu (zwanym dalej: Hurtownią Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM bądź HURTOFARMEM) kwestie związane z dystrybucją Eprexu, reguluje przyjęty przez ww. przedsiębiorców dokument „Ogólne Warunki Sprzedaży”.

W trakcie obowiązywania „Ogólnych Warunków Sprzedaży”, strony wprowadziły do tego dokumentu dwa Aneksy, bezpośrednio dotyczące dystrybucji i sprzedaży Eprexu.

Na podstawie § 1 Aneksu z dnia 15 marca 2001 r. do „Ogólnych Warunków Sprzedaży”, strony ustaliły, iż „*Kupujący [HURTOFARM] przyjmuje do wiadomości, iż po ustaniu Jego zobowiązań wynikających z aktualnie realizowanych umów, do niżej wymienionych szpitali [lista obejmuje 25 ośrodków szpitalnych] starania o możliwość*

sprzedaży Erytropoetyny będą czyniły hurtownie: COMPOL i Johnson & Johnson oraz nie podejmie sprzedaży Erytropoetyny do szpitali i stacji dializ, których uruchomienie jest planowane w okresie najbliższego roku [lista obejmuje 11 ośrodków].

Stosownie natomiast do § 1 Aneksu z dnia 24 czerwca 2002 r postanowiono, iż „z dniem zawarcia niniejszego Aneksu, Sprzedający [spółka Johnson & Johnson Poland] prowadził będzie sprzedaż Erytropoetyny samodzielnie lub za pośrednictwem podmiotów trzecich w poniżej wymienionych jednostkach służby zdrowia”. Jednostki te zostały wymienione w § 2 tego Aneksu”.

Uznano, iż treść ww. Aneksów może wskazywać na istnienie pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland i Hurtownią Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM porozumienia ograniczającego konkurencję, naruszającego art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konkurencji.

Uwzględniając zatem zebrany w sprawie materiał dowodowy, Prezes Urzędu postanowieniem z dnia 24 lipca 2003 r., wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez spółkę Johnson & Johnson Poland i Hurtownię Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM, zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na kontrolowaniu i ograniczaniu Hurtowni Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM zbytu leku Eprex, poprzez ustalenie w Aneksach z dnia 15 marca 2001 r. i z dnia 24 czerwca 2002 r. do „Ogólnych Warunkach Sprzedaży” – listy podmiotów, wobec których HURTOFARM nie będzie podejmował starań o sprzedaż leku Eprex, 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, polegającego na kontrolowaniu i ograniczaniu HURTOFARMOWI odsprzedaży leku Eprex jest bezzasadny.

Podniosła, iż Aneksy do „Ogólnych Warunków Sprzedaży” nie zawierają takiego zakazu. Stanowią natomiast zawiadomienia skierowane przez Spółkę do HURTOFARMU o zamiarze podjęcia przez nią i spółkę COMPOL AG S.A. w Poznaniu konkurencji z tą hurtownią w zakresie starań marketingowych albo sprzedaży Eprexu. Stwierdziła, że głównym celem postanowień Aneksów było wyjaśnienie, że HURTOFARM nie ma wyłączności w odniesieniu do wymienionych odbiorców i z tego względu nie ma podstaw do roszczeń wobec spółki Johnson & Johnson Poland i spółki COMPOL AG, w przypadku gdyby ich sprzedaż do wymienionych odbiorców spowodowała stratę po stronie HURTOFARMU.

Spółka podkreśliła, iż § 1 Aneksu z dnia 24 czerwca 2002 r. przewiduje tylko możliwość pozbawienia Hurtowni Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM przewidzianej premii w przypadku, gdyby „naruszył [...] prawo Sprzedającego (podmiotu trzeciego)” do prowadzenia sprzedaży Eprexu do wymienionych szpitali. Przepis ten nie zabrania zatem – co zaznacza Spółka – prowadzenia sprzedaży do tych szpitali, a zakazuje jedynie stosowania środków, takich jak niezwykle agresywne zachowania konkurencyjne, które utrudniłyby lub uniemożliwiłyby spółce Johnson & Johnson Poland lub innemu dystrybutorowi sprzedaż do tych szpitali. Zresztą nawet takie zachowanie, w ocenie Spółki, nie jest zabronione. Przepis ma jedynie zniechęcić HURTOFARM do angażowania się w takie działania przez ustalenie, że zostanie pozbawiony premii.

Tym samym HURTOFARM nie został pozbawiony możliwości sprzedaży Eprexu wymienionym szpitalom, co mają potwierdzić również okoliczności faktyczne. Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM prowadziła bowiem bez ograniczeń i bez zastosowania sankcji pozbawienia premii, sprzedaż do szpitali wymienionych w Aneksach. Według wiedzy spółki Johnson & Johnson Poland, HURTOFARM prowadził sprzedaż Eprexu do około 20 szpitali spośród 45 wymienionych w Aneksie z dnia 24 czerwca 2002 r.

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 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 „Ogólne Warunki Sprzedaży” zawierały zakaz sprzedaży do odbiorców wymienionych w Aneksach, taki zakaz nie stanowiłby poważnego naruszenia prawa konkurencji.

Spółka podniosła także, 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 HURTOFARMEM zawierałaby ograniczenie, co do kręgu odbiorców, takie ograniczenie należałoby usprawiedliwić: po pierwsze – pożądaną specjalizacją geograficzną ze względu na wymagane dla leku warunki przechowywania i transportu oraz konieczność skrócenia drogi leku od producenta do pacjenta; po drugie – koniecznością zapewnienia hurtownikowi zwrotu poniesionej inwestycji na prowadzenie odsprzedaży.

Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM w piśmie z dnia 5 września 2003 r., stwierdziła, że podejrzenia Prezesa Urzędu dotyczące zawarcia porozumienia pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland i HURTOFARMEM są nieuzasadnione. W jej opinii zarówno treść kwestionowanych zapisów, jak i faktyczne funkcjonowanie zasad współpracy stron w tym zakresie jednoznacznie przemawiają przeciwko zgłoszonym podejrzeniom. Wprowadzone do „Ogólnych Warunków Sprzedaży” Aneksami z dnia 15 marca 2001 r. i z dnia 24 czerwca 2002 r. listy podmiotów, w stosunku do których HURTOFARM przyjmuje do wiadomości, że starania o możliwości sprzedawania erythropoetyny będą tam czyniły spółki Johnson & Johnson Poland i COMPOL AG, nie mogą być uznane za ograniczanie HURTOFARMOWI swobody sprzedaży leku Eprex innym podmiotom, ani nie dają podstaw do przyjęcia, że spółka Johnson & Johnson Poland uzyskała na tej podstawie możliwości kontroli dystrybucji leku Eprex.

HURTOFARM zwrócił uwagę, że konsekwencje naruszenia tego zobowiązania, sprecyzowane w Aneksie z dnia 24 czerwca 2002 r. polegać miały na braku zapłaty premii określonej w Aneksie Nr 1 do umowy, przy czym chodzić mogło jedynie o premię związaną ze sprzedażą do jednostki wymienionej w Aneksach, a nie całości premii HURTOFARMU. Treść omawianych aneksów nie może być zatem w ogóle rozumiana jako rygorystyczny zakaz prowadzenia sprzedaży do wymienionych tam podmiotów, ponieważ HURTOFARM mógłby wówczas prowadzić sprzedaż na normalnych zasadach handlu hurtowego, tzn. zamiast premii osiągnąć przychody stosując marżę hurtową. W istocie więc zapisy te nie ograniczają możliwości sprzedaży do określonych podmiotów, a tylko stanowią pewien

warunek stosowania jednego z mechanizmów sprzedaży. Po drugiego – co podkreśla HURTOFARM – z samego brzmienia zapisów Aneksów wynika, że jedynie zapis, na mocy którego HURTOFARM miałby nie prowadzić sprzedaży do stacji dializ, których uruchomienie było wówczas planowane, mógłby być interpretowany jako zakaz sprzedaży do tych jednostek. W stosunku do innych jednostek HURTOFARM ma jedynie przyjąć do wiadomości, że inne podmioty będą brać udział w przetargach przez nie organizowanych, a zatem, że może się spotkać z ich konkurencją.

HURTOFARM zaznaczył jednocześnie, że prowadził sprzedaż leku Eprex do jednostek wskazanych w omawianych Aneksach. Co więcej, otrzymał za każdym razem należną mu premię pieniężną, mimo, że spółka Johnson & Johnson Poland wiedziała o każdym przypadku takiej sprzedaży. Spółka nie wyciągała też żadnych innych negatywnych konsekwencji z powodu rzekomego niedotrzymania umowy. Przyczyną tego stanu rzeczy jest – co podkreśla HURTOFARM – fakt, iż intencją przedmiotowych Aneksów nigdy nie było ograniczanie swobody kontraktowej HURTOFARMOWI.

Omawiając zasady funkcjonowania dystrybucji leku Eprex, Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM podniosła, że spółka Johnson & Johnson Poland nie ogranicza jej ani swobody w prowadzeniu działalności gospodarczej, w szczególności w zakresie odsprzedaży produktu do innych hurtowni farmaceutycznych, ani też nie określa wysokości ceny lub marży, jaką mogłaby stosować w takich transakcjach. Podkreśliła, iż obecnie stosowany mechanizm dystrybucji leku Eprex opierający się na dystrybucji prowadzonej przez podmiot ściśle powiązany z importerem i posiadającym wyspecjalizowane zaplecze logistyczne – techniczne pozwala na ograniczenie wysokości ceny leku. Charakterystyczną cechą tego systemu jest w szczególności to, że HURTOFARM sprzedając Eprex nie czerpie zysków z różnicy między ceną, za którą nabył lek od Spółki, a ceną za jaką sprzedaje lek odbiorcy, lecz z premii, będącej rodzajem wynagrodzenia świadczonego przez spółkę Johnson & Johnson Poland, a określonego w Aneksie do „Ogólnych Warunków Sprzedaży”.

Postanowieniem z dnia 13 lutego 2004 r., Prezes Urzędu zaliczył w poczet dowodów następujące dokumenty: Zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej Jacka Nowakowskiego, Zezwolenie na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej, Odpis z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczącego spółki Johnson & Johnson Poland, informacje zawarte na str. 1-7 pisma HURTOFARMU z dnia 5 września 2003 r. 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 m.in. 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.

Jacek Nowakowski prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą **Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM**. Przedmiotem jego działalności jest hurtowy obrót środkami farmaceutycznymi, lekami i materiałami medycznymi, a także eksport - import towarów, środków farmaceutycznych i materiałów medycznych. Posiada on zezwolenie Głównego Inspektora Farmaceutycznego na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej. Prowadzi sprzedaż leków dla lecznictwa zamkniętego, tj. do szpitali. Dostarcza preparaty dla potrzeb oddziałów onkologii i stacji dializ.

W ramach swej działalności HURTOFARM zajmuje się m.in. rozprowadzaniem 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, podskórnie 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 podstawowa [tzw. dawka onkologiczna] jest 10.000 jednostek (IU).

Istnieją trzy rodzaje (trzy postacie) rekombinowanej ludzkiej erytropoetyny. 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 (wertykalnego) 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 Hurtownią Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM 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 substytutywne, 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 NeoRecormon nie są objęte ceną urzędową, jak również nie są umieszczone w wykazie leków refundowanych.

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

Uwzględniając powyższe, uzasadnione jest 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 erytopoetyna, 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 NeoRecormon – 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 NeoRecormon 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 identyczne w całej Polsce. Nie ma wewnętrznych barier, które ograniczałyby możliwość zakupu (dostaw) tychże specyfików. Przedsiębiorcy rozprowadzający Eprex i NeoRecormon 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.

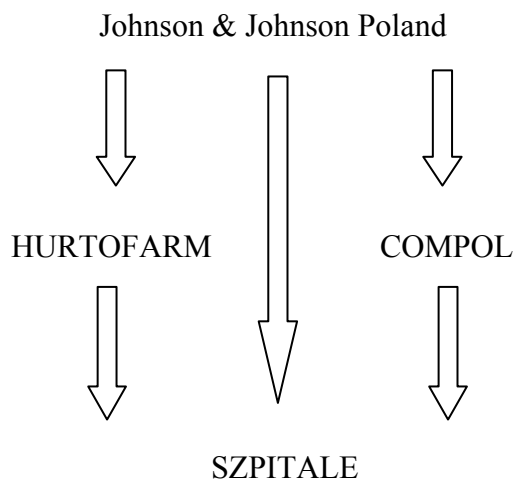
Leki zawierające ludzką rekombinowaną erytopoetynę sprowadzają do Polski dwie spółki: Johnson & Johnson Poland i Roche Polska, które za pośrednictwem trzech hurtowni farmaceutycznych dostarczają lek do szpitali. Hurtowniami tymi są: 1) Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM, 2) spółka COMPOL AG, 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 HURTOFARM jest podmiotem, który jest jednym z dwóch hurtowych odbiorców Eprexu od spółki Johnson & Johnson Poland (drugim jest spółka COMPOL) 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 HURTOFARMEM 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, przyjmiemy 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 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%.

Praktyką ograniczającą konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, której stosowanie Prezes Urzędu zarzucił stronom niniejszego postępowania, jest praktyka przejawiająca się w zawarciu przez spółkę Johnson & Johnson Poland i Hurtownię Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM zakazanego prawem porozumienia wertykalnego, polegającego na kontrolowaniu i ograniczaniu Hurtowni Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM zbytu leku Eprex, poprzez ustalenie w Aneksach z dnia 15 marca 2001 r. i z dnia 24 czerwca 2002 r. do „Ogólnych Warunkach Sprzedaży” – listy podmiotów, wobec których HURTOFARM nie będzie podejmował starań o sprzedaż leku Eprex.

Zarzut stosowania przedmiotowej 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 artykułem, zakazane jest porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji.

Dowodząc istnienia zakazanego prawem porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland i Hurtownią Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM należy wyjść od ramowej umowy dystrybucyjnej, która wiąże oba podmioty w zakresie dostaw i sprzedaży towarów.

Zasady dystrybucji przez HURTOFARM produktów spółki Johnson & Johnson Poland, w tym leku Eprex, określa dwustronny dokument - „Ogólne Warunki Sprzedaży”, który został przez strony podpisany 29 listopada 1999 r. Jednak – jak podkreślił HURTOFARM – rozpoczęcie faktycznej współpracy należy wiązać z datą 1 stycznia 2000 r.

Dokument ten reguluje najważniejsze zasady współpracy, w tym kwestię kalkulowania cen na dostarczane przez Spółkę produkty, warunki płatności, sprawę zabezpieczeń, warunków dostaw i gwarancji.

W dniu 15 marca 2001 r. strony zawarły Aneks do „Ogólnych Warunków Sprzedaży”, który dotyczył sprzedaży jednego produktu – erytropoetyny. W aneksie tym, strony ustaliły, że „Kupujący [HURTOFARM] przyjmuje do wiadomości, iż po ustaniu Jego zobowiązań wynikających z aktualnie realizowanych umów, do niżej wymienionych szpitali [lista obejmuje łącznie 25 jednostek] starania o możliwość sprzedaży erytropoetyny będą czyniły hurtownie: Compol i Johnson & Johnson oraz nie podejmie sprzedaży erytropoetyny do Szpitali i Stacji Dializ, których uruchomienie jest planowane w okresie najbliższego roku w: Pabianicach, Wrocławiu Pl. 1 Maja, Garwolinie, Radzynie Podalskim, Golubiu Dobrzyniu, Nakle, Lęborku, Krakowie ul. Żeromskiego, Krakowie przy Hucie Sędzimir, Krakowie Miechowie, Staszowie [razem 11 podmiotów]”.

Uzupełnieniem i kontynuacją powyższego Aneksu, był kolejny Aneks do „Ogólnych Warunków Sprzedaży”, zawarty w dniu 24 czerwca 2002 r. W jego § 1 strony uzgodniły, że „z dniem zawarcia niniejszego Aneksu, Sprzedający [spółka Johnson & Johnson Poland] prowadził będzie sprzedaż erytropoetyny samodzielnie lub za pośrednictwem podmiotów trzecich w poniżej wymienionych jednostkach służby zdrowia, z tym ustaleniem, że o ile Kupujący [HURTOFARM] naruszałby wynikające z niniejszego uzgodnienia prawa Sprzedającego (podmiotu trzeciego), Sprzedający nie będzie uwzględniał w rozliczeniu z Kupującym rabatu przewidzianego w OWS”. W § 2 wymieniono jednostki służby zdrowia, których dotyczą określone w § 1 uzgodnienia. Zawiera on listę 60 podmiotów.

Należy podkreślić, iż Aneks z dnia 24 czerwca 2002 r. nie uchylił poprzedniego Aneksu z dnia 15 marca 2001 r. Strony nie informowały także, iż został on uchylony w innej formie. Tym samym należy uznać, iż oba Aneksy pozostają w mocy, o ile wzajemnie się nie wykluczają.

Zestawiając oba Aneksy, zauważymy, że wobec podmiotów wymienionych w § 1 Aneksu z 2001 r., został wprowadzony reżim, określony w Aneksie z 24 czerwca 2002 r. Zostały one bowiem wpisane (z wyjątkiem dwóch podmiotów: Szpitala Klinicznego Nr 2 w Poznaniu i ZOZ-u w Brzegu Dolnym) na listę jednostek służby zdrowia, do których spółka Johnson & Johnson Poland prowadzić ma sprzedaż samodzielnie lub za pośrednictwem podmiotów trzecich. Wobec tych jednostek oraz wszystkich innych, które po raz pierwszy zostały wymienione przez strony porozumienia w § 2 Aneksu do „Ogólnych Warunków Sprzedaży” z 24 czerwca 2002 r., wprowadzono istotne ograniczenie dla HURTOFARMU.

Z kolei 11 podmiotów – które miały dopiero powstawać i co do których, zgodnie z brzmieniem Aneksu z dnia 15 marca 2001 r., uzgodniono, że HURTOFARM nie podejmie sprzedaży Erytropoetyny – nie umieszczono w nowym Aneksie. Zatem w stosunkach między stronami, obowiązuje nadal powyższy zapis, *expressis verbis* zakazujący HURTOFARMOWI podejmowania starań o sprzedaż erytropoetyny (leku Eprex) do tych podmiotów.

Trzeba tu podkreślić, iż naruszenie przez HURTOFARM prawa wyłączności dla samodzielnej sprzedaży przez Spółkę (bądź za pośrednictwem podmiotów trzecich) do wybranych jednostek służby zdrowia leku Eprex, obostrzone zostało sankcją, polegającą na braku zapłaty premii określonej w Aneksie nr 1 do „Ogólnych Warunków Sprzedaży”.

Zgodnie z tym Aneksem, który obowiązuje od 1 maja 2001 r., Kupującemu (HURTOFARMOWI) przysługuje premia pieniężna od Sprzedającego (Spółki) za zakupy w skali miesiąca w wysokości minimum 30.000 USD. Premia wyniesie 9% od wartości zakupów netto. Za wykonanie założonych planów sprzedaży rocznej przysługuje dodatkowo premia w wysokości 1% wartości sprzedaży rocznej.

Uwzględniając ten bardzo istotny aspekt sprawy należy podkreślić, iż premia, o której mowa jest w ww. Aneksie nr 1 jest jedynym wynagrodzeniem, jakie osiąga HURTOFARM z tytułu dystrybucji i sprzedaży Eprexu. Jak sam wskazuje w swym piśmie z dnia 5 września 2003 r., *„HURTOFARM, sprzedając lek Eprex nie czerpie zysków z różnicy między ceną, za którą nabył lek od firmy Johnson & Johnson Poland, a ceną za jaką sprzedaje lek odbiorcy, lecz z premii, będącej rodzajem wynagrodzenia świadczonego przez Spółkę, a określonej w Aneksie do OWS.”*

Należy zatem stwierdzić, że sankcja – grożąca HURTOFARMOWI za naruszenie wynikającego z uzgodnień prawa Spółki do samodzielnej sprzedaży Eprexu w wymienionych jednostkach – jest bardzo dotkliwa i przy jej wyegzekwowaniu stanowiłaby bardzo ważki instrument przymuszający HURTOFARM do zaniechania dostaw Eprexu do wymienionych podmiotów.

Mając na uwadze okoliczności niniejszej sprawy, podnieść trzeba, że Prezes Urzędu nie neguje faktu, iż po wprowadzeniu w życie Aneksu z dnia 24 czerwca 2002 r., HURTOFARM sprzedawał Eprex do niektórych podmiotów tam wymienionych.

Nie oznacza to jednak – co trzeba wyraźnie podkreślić – że strony odstąpiły od uregulowań zawartych w negowanych Aneksach. Nie zostały one bowiem przez strony uchylone. Natomiast fakt, że HURTOFARM prowadzi sprzedaż do niektórych podmiotów może świadczyć tylko i wyłącznie o tym, że strony uzgodniły, iż odstępują w części od przestrzegania zawartych w Aneksach uzgodnień. Jednak – co bardzo istotne – nie ma żadnych przeszkód, aby uzgodnienia przyjęte w tych Aneksach przez spółkę Johnson & Johnson Poland i HURTOFARM miały być znowu (w każdym 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.

Porozumienie, które zostało zawarte przez spółkę Johnson & Johnson Poland i Hurtownię Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM, jest porozumieniem wertykalnym. Zgodnie 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.

Spółka Johnson & Johnson Poland jest importerem leku Eprex i dostawcą tego leku, zaś HURTOFARM jest dystrybutorem, tj. przedsiębiorcą, który zakupuje towary objęte porozumieniem z zamiarem ich odsprzedaży na szczeblu detalicznym. Niewątpliwie więc występują na dwóch szczeblach obrotu i nie zmienia tego fakt, że Spółka prowadzi też sprzedaż bezpośrednio do ostatecznego użytkownika (tu: szpitali). Bezsprzecznie, mamy tu więc do czynienia z porozumieniem wertykalnym.

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 – Hurtowni Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM 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 do tych porozumień, 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 bardzo groźna i powoduje istotne naruszenie konkurencji na rynku właściwym, odczuwalne w szczególności przez odbiorców tego leku.

Stwierdzić należy zatem, że w oparciu o Aneksy z dnia 15 marca 2001 r. i z dnia 24 czerwca 2002 r., Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM, została ograniczona w możliwości prowadzenia sprzedaży Eprexu. Ograniczenie to polegało na:

- zakazie sprzedaży („nie podejmowaniu sprzedaży”) Eprexu do szpitali i stacji dializ, których uruchomienie planowane było w jedenastu ośrodkach, które zostały wymienione w Aneksie z dnia 15 marca 2001 r.;
- zakazie naruszenia prawa spółki Johnson & Johnson Poland do prowadzenia sprzedaży Eprexu samodzielnie lub za pośrednictwem podmiotów trzecich do wymienionych 60-ciu jednostek służby zdrowia, pod rygorem utraty premii z tytułu sprzedaży tego leku.

Celem obu tych grup ograniczeń było wyeliminowanie HURTOFARMU ze starań o sprzedaż Eprexu do wymiennych tam odbiorców.

Wprowadzenie więc, w ramach współpracy dystrybucyjnej pomiędzy ww. podmiotami takich zapisów, rodzi ograniczenia w sferze zbytu tego leku.

Z kolei kontrolowanie zbytu Eprexu, przejawia się w przekazaniu spółce Johnson & Johnson Poland i za jej pośrednictwem (zgodą) osobom trzecim prawa do dostarczania leku Eprex do wymienionych w Aneksie z dnia 24 czerwca 2002 r. jednostkom.

Zgodnie z brzmieniem tego Aneksu, strony uzgodniły, iż z dniem jego zawarcia Spółka będzie prowadzić sprzedaż erytropoetyny (Eprexu) samodzielnie lub za pośrednictwem podmiotów trzecich do wymienionych tam jednostek. Zapis ten miał niewątpliwie na celu skupienie w ręku dostawcy (tu: spółki Johnson & Johnson Poland) instrumentów do kształtowania znaczącej części zbytu leku Eprex i w konsekwencji do kontrolowania jego zbytu. Spółka może bowiem prowadzić sprzedaż samodzielnie lub za pośrednictwem podmiotów trzecich do wymienionych jednostek. To do niej należy więc decyzja, kto będzie oferował sprzedaż Eprexu do danego szpitala.

Może być więc tak, że fakt, iż HURTOFARM prowadzi jednak sprzedaż do części jednostek wymienionych w Aneksie z dnia 24 czerwca 2002 r. – jest właśnie efektem decyzji Spółki, która zgodnie z tym zapisem może prowadzić sprzedaż również za pośrednictwem podmiotów trzecich. Nie trudno zaś wykluczyć, iż takim podmiotem trzecim mógłby być również HURTOFARM.

Porozumienie kształtujące takie zasady dystrybucji Eprex, jest więc – w ocenie Prezesa Urzędu – oczywistym naruszeniem konkurencji, przejawiającym się w zabronionym przez prawo kontrolowaniu zbytu produktu.

Uwzględniając powyższe trzeba więc stwierdzić, że w wyniku porozumienia pomiędzy spółką Johnson & Johnson Poland i HURTOFARMEM, zawartego w Aneksach do Ogólnych Warunków Sprzedaży, 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 Aneksy do „Ogólnych Warunków Sprzedaży”, w których Prezes Urzędu dopatrywał się porozumienia ograniczającego konkurencję, nie zawierają zakazu prowadzenia przez HURTOFARM sprzedaży do wymienionych szpitali i stanowią jedynie zawiadomienie o zamiarze podjęcia przez spółkę Johnson & Johnson Poland i spółkę COMPOL AG konkurencji z HURTOFARMEM w zakresie starań marketingowych (Aneks z dnia 15 marca 2001 r.) albo sprzedaży Eprexu (Aneks z dnia 24 czerwca 2002 r.). Brak jest bowiem jakichkolwiek przesłanek, które mogłyby uzasadniać ujęcie (uregulowanie) takiego „zawiadomienia” w drodze aneksu do umowy. 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.

Trzeba też zwrócić uwagę, iż owo nic nie znaczące zawiadomienie, jest obwarowane bardzo dotkliwą sankcją. Otóż za naruszenie prawa spółki Johnson & Johnson Poland do prowadzenia sprzedaży Eprexu w odniesieniu do wymienionych podmiotów, HURTOFARMOWI grozi utrata premii, a więc wynagrodzenia za dystrybucję Eprexu. Co najmniej dziwnie w tym świetle brzmią wyjaśnienia Spółki, że przedmiotowe Aneksy mają charakter informacyjny.

Kolejnym argumentem podnoszonym przez Spółkę, mającym świadczyć o tym, że HURTOFARM nie został pozbawiony możliwości sprzedaży Eprexu wymienionym szpitalom, jest fakt prowadzenia przez HURTOFARM sprzedaży do około 20 tych szpitali i to bez żadnych ograniczeń, z zachowaniem prawa do premii. 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 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 Aneksów jest takie właśnie ograniczenie konkurencji, należało zawarcie tych Aneksów uznać za niedozwolone porozumienie wertykalne.

Jednocześnie należy podkreślić, że nie można wykluczyć, że te sytuacje, w których dochodziło do sprzedaży przez HURTOFARM leku wymienionym podmiotom, miały charakter wyjątkowy (jak zauważa sama Spółka sprzedaż była realizowana tylko do 20 podmiotów, gdy tymczasem w Aneksie wymienionych jest 60 szpitali i ZOZ-ów) i były po prostu przejawem realizacji reguły zawartej w Aneksie, zgodnie z którą Spółka może prowadzić sprzedaż za pośrednictwem osób trzecich i zgodnie z tą regułą zleciła tę sprzedaż właśnie HURTOFARMOWI. Stąd w pełni uzasadnione jest uznanie przedmiotowego porozumienia jako naruszającego konkurencję na rynku i nakazanie jego zaniechania.

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 Spółki za bezprawne. Nadto trzeba stwierdzić, iż wbrew temu co podaje Spółka, zapis o ograniczeniu kręgu podmiotów, którym nabywca może sprzedawać towary objęte porozumieniem, jest niedozwolony, za wyjątkiem pewnych sytuacji, które jednak w tej sprawie nie zachodzą.

Trzeba jednocześnie stwierdzić – odnosząc się do kolejnego argumentu Spółki – 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 Hurtownią Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM stwarza istotne ograniczenia dla HURTOFARMU oraz stwarza realną możliwość wyeliminowania konkurencji na rynku, będącą skutkiem kontrolowaniu zbytu przez spółkę Johnson & Johnson Poland.

Wyjaśnienia Hurtowni Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARMU

Nie można zgodzić się z twierdzeniami HURTOFARMU, że treść Aneksów nie wprowadza rygorystycznego zakazu prowadzenia sprzedaży Eprexu do wskazanych jednostek. W ocenie Prezesa Urzędu sens negowanych tu zapisów, a zawartych w Aneksach do „Ogólnych Warunków Sprzedaży”, jest taki, że HURTOFARM ma powstrzymać się od starań o prowadzenie sprzedaży do wymienionych w Aneksach jednostek służby zdrowia i to pod rygorem restrykcji finansowych, polegających na utracie stosownej premii, stanowiącym jego wynagrodzenie. Gdyby było inaczej i treść Aneksu miałyby charakter tylko informacyjny, co stara się wykazać HURTOFARM, to pozostaje niewyjaśniona kwestia, dlaczego w Aneksie z dnia 24 czerwca 2002 r. znalazła się wzmianka o sankcjach za naruszenie prawa Spółki do sprzedaży Eprexu do wymienionych podmiotów.

Podobnie jak w przypadku wyjaśnień spółki Johnson & Johnson Poland, również i tu należy zdecydowanie odrzucić argument o prowadzeniu przez HURTOFARM sprzedaży Eprexu do niektórych jednostek wskazanych w Aneksach, jako dowodzie nieistnienia zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję. Zapisy obu Aneksów wprowadziły bowiem potencjalną możliwość wystąpienia negatywnych skutków w postaci ograniczania kontrolowania zbytu leku Eprex.

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 HURTOFARM dążyły do zbagatelizowania roli Aneksów w ramach wzajemnych stosunkach, próbując nadać im charakter informacyjny. Wyjaśnienia te stoją jednak w oczywistej sprzeczności z treścią Aneksów i nadanym im sensie przez same strony. Gdyby bowiem celem tych Aneksów nie było dążenie do ograniczeń w nich wprowadzonych, nie doszło by w ogóle do ich zawarcia, a nadto nie zostałyby obwarowane sankcją.

Mając powyższe na uwadze, **Prezes Urzędu stwierdził** istnienie porozumienia wertykalnego zawartego przez spółkę Johnson & Johnson Poland i Hurtownię Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM, polegającego na kontrolowaniu i ograniczaniu HURTOFARMOWI zbytu leku Eprex, poprzez ustalenie w Aneksach z dnia 15 marca 2001 r. i z dnia 24 czerwca 2002 r. do „Ogólnych Warunków Sprzedaży” – listy podmiotów, wobec których Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych

HURTOFARM nie będzie podejmowała starań o sprzedaż leku Eprex, które ograniczało konkurencje na rynku obrotu ludzka rekombinowaną erytropoetyną.

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.

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 porozumienia dotyczą bardzo wielu podmiotów, w głównej mierze nabywców leków zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, tj. szpitali, ZOZ-ów, stacji dializ. Doszło tu bowiem do wytypowania grupy nabywców, w stosunku do których jeden z uczestników rynku (potencjalny dostawca) ma powstrzymać się od prowadzenia sprzedaży produktu, na który jest zapotrzebowanie. Ograniczenia te w sposób oczywisty wpływają na powstawanie sytuacji, w której potencjalni nabywcy muszą wybierać dany produkt spośród mniejszej liczby ofert.

Ograniczenia, które wynikają z przedmiotowego porozumienia, wpływają też generalnie na rynek obrotu lekami zawierającymi ludzką rekombinowaną erytropoetynę, zakłócając mechanizmy konkurencji. Dochodzi tu bowiem do sytuacji, gdy jeden z podmiotów jest zobowiązany zrezygnować ze sprzedaży rozprowadzanego przez siebie produktu do części potencjalnych odbiorców. Natomiast podmiot, który importuje produkt, przywłaszcza sobie rolę organizatora dystrybucji, kontrolującego sprzedaż produktu. Przy czym nie ma żadnego ekonomicznego uzasadnienia dla takiej regulacji.

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 Hurtownię Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM zakazanego porozumienia wertykalnego, polegającego na kontrolowaniu i ograniczaniu HURTOFARMOWI zbytu leku Eprex, poprzez ustalenie w Aneksach z dnia 15 marca 2001 r. i z dnia 24 czerwca 2002 r. do Ogólnych Warunkach Sprzedaży – listy podmiotów, wobec których Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM nie będzie podejmowała starań o sprzedaż leku Eprex. Przedsiębiorcy ci dopuścili się więc naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który nie został wyłączony 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 spółka Johnson

& Johnson Poland oraz Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM. 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 praktyki, 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 HURTOFARMU są różne, należało karę pieniężną wyraźnie zróżnicować.

Prezes Urzędu wymierzył więc spółce Johnson & Johnson Poland karę w wysokości 350.000 euro, co stanowi równowartość 1.650.950 zł (milion sześćset pięćdziesiąt tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt złotych), natomiast Hurtowni Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM – karę w wysokości 25.000 euro, stanowiącej równowartość 117.925 zł (sto siedemnaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia pięć 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 350.000 euro, co stanowi równowartość 1.650.950 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 2,3% 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 Eprex) i bardzo wysokiego udziału w rynku obrotu lekami zawierającymi ludzką rekombinowaną erytropoetyną – miała decydujący wpływ na kształt porozumienia zawartego z HURTOFARMEM. Ponadto zapisy Aneksów przekazują właśnie Spółce prawo do kontrolowania obrotu Eprexem, poprzez uzgodnienie, że będzie prowadziła sprzedaż erytropoetyny (Eprexu) samodzielnie lub za pośrednictwem podmiotów trzecich do wymienionych jednostek.

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 1.650.950 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 Eprexu 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 Eprex, ale również i do innych specyfików, które importuje, a następnie rozprowadza w Polsce.

Nałożenie na HURTOFARM znacznie niższej kary, wynika przede wszystkim z faktu, że jako dystrybutor leku, miał mniejsze możliwości negocjowania warunków Aneksów, wprowadzonych do „Ogólnych Warunków Sprzedaży”. Ponadto jego sytuacja pogorszyła się w związku z wejściem w życie tych Aneksów, stąd nadmierne karanie HURTOFARMU jest niezasadne.

Nie ulega jednak wątpliwości, że HURTOFARM – podpisując te Aneksy – działał z rozeznaniem i powinien być świadom naruszenia prawa konkurencji. Oznacza to, że również jego 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 25.000 euro, stanowiącej równowartość 117.925 zł. Kara w tej wysokości to 1,4% kary maksymalnej.

Podobnie, jak w przypadku Spółki, również w odniesieniu do HURTOFARMU 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 zarzucanej jej praktyki, 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

Paweł Podrecki

Pełnomocnik Jacka Nowakowskiego

Hurtowni Środków Farmaceutycznych

i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM

Traple Konarski Podrecki

Kancelaria Prawna

ul. B. Prusa 30/2

30-117 Kraków