2005-01-28: Kirudan A/S mod Konkurrencerådet (Stadfæstet)

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 28. januar 2005 i sagen 04-34.599

Kirudan A/S
(advokat Erik Korpela-Andersen)

mod

Konkurrencerådet
(chefkonsulent Benedikte Havskov Hansen)

Biintervenient til støtte for Konkurrencerådet:
Maersk Medical A/S
(advokat Jan-Erik Svensson)

1. Den påklagede afgørelse:

Ved foreløbigt klageskrift af 12. januar 2004 og endeligt klageskrift af 29. januar 2004 har klager, Kirudan A/S, indbragt Konkurrencerådets afgørelse af 17. december 2003:

”Virksomheden Maersk Medical A/S (i dag Unomedical A/S) findes ikke at have overtrådt konkurrencelovens regler i relation til de af Kirudan fremførte påstande, herunder specielt lovens § 11, stk. 1, vedrørende misbrug af en dominerende stilling på det relevante marked.”

2. Påstande:

Kirudan har påstået Konkurrencerådets afgørelse af 17. december 2003 ændret således, at det anerkendes, at virksomheden Maersk Medical A/S (i dag Unomedical A/S) findes at have overtrådt konkurrencelovens regler i relation til de af Kirudan fremførte påstande, herunder specielt lovens § 11, stk. 1, vedrørende misbrug af dominerende stilling på det relevante marked, og således at:

1. Maersk Medical A/S som anført af Kirudan over for Konkurrencerådet har forsinket eller nægtet at levere produkter til Kirudan,

2. Maersk Medical A/S ulovligt i sin tid opdelte markedet ved at udelukke Kirudan fra at levere til hospitalssektoren,

3. Maersk Medical A/S i forhold til Kirudan ulovligt i sin tid forhøjede prisen med op til 50 % for produkter til Kirudan og formentlig også til andre forhandlere,

4. Maersk Medical A/S ulovligt i sin tid opsagde de i relation til hospitalssektoren relevante samhandelsaftaler med Kirudan,

5. Maersk Medical A/S ulovligt reducerede leveringsmængderne i visse samhandelsaftalers opsigelsesperiode og helt nægtede at levere varer, der også kunne anvendes til hospitalssektoren.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

Maersk Medical A/S er indtrådt i sagen til støtte for Konkurrencerådet.

Sagen er behandlet skriftligt i Konkurrenceankenævnet.

3. Sagens baggrund:

Om sagens baggrund fremgår af den påklagede afgørelse bl.a. følgende:

"11. Kirudan A/S, som bl.a. sælger hospitals- og sygeplejeartikler, klagede ved brev af 1. marts 2000 til Konkurrencestyrelsen over Maersk Medical A/S. ...

12. Konkurrencestyrelsen fandt i sin afgørelse af 31. oktober 2000 ikke anledning til at gribe ind i over for Maersk Medical A/S, hvorefter Kirudan A/S den 27. november 2000 ankede afgørelsen til Konkurrenceankenævnet. Konkurrenceankenævnets afsagde den 15. november 2001 følgende kendelse:

13. "*Det er i konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt., bestemt, at "Konkurrencerådet afgør, om en klage giver tilstrækkelig anledning til undersøgelse". Konkurrencerådet ville således i anledning af Kirudans klage over Maersk Medical være beføjet til at træffe afgørelse om, at spørgsmålet om leveringsnægtelse ikke giver tilstrækkelig anledning til undersøgelse, og en sådan afgørelse ville ikke kunne påklages til Ankenævnet, jf. lovens § 19, stk. 1.*

Der er imidlertid ikke i den påklagede afgørelse henvist til, at der er truffet en afgørelse i henhold til § 14, stk. 1, 3. pkt. Afgørelsen går ud på, at der "ikke ... i sagen er tale om en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og § 11", og det er anført, at "Styrelsen afslutter derfor sagen på det foreliggende grundlag", og at "Styrelsens afgørelse kan ... indbringes for Konkurrenceankenævnet". På denne baggrund kan det forhold, at det i afgørelsen også er anført, at "sagens indledende klagepunkt" efter den genoptagne leveringsmulighed "vil … ikke mere være aktuelt", ikke anses som en tilstrækkelig tydelig afgørelse om, at spørgsmålet om leveringsnægtelse ikke er gjort til genstand for undersøgelse og afgørelse i henhold til § 14, stk. 1, 3. pkt.

Konkurrencerådet ville også i medfør af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt. – efter at have modtaget oplysninger fra Maersk Medical som sket om leveringsforsinkelser i forhold til andre kunder end Kirudan – have været beføjet til at træffe afgørelse om, at spørgsmålet om leveringsforsinkelser ikke gav tilstrækkelig anledning til yderligere undersøgelse. Konkurrencerådet har imidlertid fundet oplysningerne tilstrækkelige til at træffe afgørelse om, at der ikke er "tale om chikane/misbrug i henhold til konkurrencelovens § 11, stk. 3", over for Kirudan. Ankenævnet finder, at der ikke har været fornødent faktuelt belæg for denne afgørelse.

Ankenævnet ophæver herefter den påklagede afgørelse og hjemviser sagen til fornyet behandling."

14. Konkurrencestyrelsen har på den baggrund på ny gennemgået sagen i sin helhed. Styrelsen har i forbindelse med den fornyede gennemgang indhentet prisoplysninger fra ni europæiske lande inklusive Danmark samt en række faktuelle oplysninger fra bl.a. landets største hospitaler og grossister inden for hospitals- og sygeplejeartikler.

15. Konkurrencestyrelsen har udover den oprindelige klages fem påstande tillige taget stilling til den af Kirudan A/S under ankesagen fremsatte påstand vedrørende Maersk Medical A/S' brug af tilbud om "pakkeløsninger/bonus-/rabat-ordninger" over for sine kunder.

Parterne

...

Produkterne

19. De for sagen relevante produkter er henholdsvis urinopsamlingssystemer (urinposer), sugekatetre og forbindelsesslanger.

20. Kirudan A/S har over for Konkurrencestyrelsen angivet syv produktgrupper, der kunne være relevante for undersøgelsen. I løbet af sagsbehandlingen har styrelsen skåret dette antal ned til de nævnte tre, da det i al overvejende grad er disse tre produktgrupper, som omfattes af den konkrete sags problemstillinger vedrørende leveringsnægtelse/-forsinkelse, markedsopdeling mv.

21. Urinposer er poser af plastik til opsamling af urin fra personer, der har problemer med naturlig vandladning, fx på grund af sygdom. Poserne produceres i flere størrelser med forskellige slangetilslutninger og ventiler. Poserne fås til både sengeliggende og til oppegående brugere. Poserne produceres som sterile eller usterile. De sterile poser koster op til fire gange så meget som tilsvarende usterile poser. Urinposer anvendes såvel på hospitaler som i primærsektoren (bl.a. den kommunale hjemmepleje, speciallægepraksis, klinikker mv.). Da private brugere af urinposer typisk bliver forsynet via kommunerne, jf. serviceloven, eksisterer der ikke et egentligt slutbrugermarked.

22. Sterile urinposer anvendes i større omfang på hospitaler end i primærsektoren, da hygiejnekravene er højere på hospitalerne – først og fremmest i forbindelse med operationer. Kirudan A/S har over for Konkurrencestyrelsen oplyst, at 95 % af alle sterile urinposer bliver solgt til hospitalssektoren.

23. Der er stor forskel på, hvordan hospitalernes indkøb fordeler sig på henholdsvis sterile og usterile poser. Nogle hospitaler anvender klart flest af de billigere usterile poser. Hos andre hospitaler er fordelingen mellem de to typer mere ligelig, mens visse hospitaler hovedsagelig køber sterile poser. Konkurrencestyrelsens undersøgelse blandt hospitalernes indkøbere viser ingen systematik i fordelingen, og der gives – ud over på operationsområdet – ingen funktionel eller anvendelsesbetinget forklaring på de uensartede fordelinger, der må antages at bero på forskellige traditioner.

24. Både sugekatetre og forbindelsesslanger består af tynde, fleksible plastrør/-slanger. Sugekatetret er oftest perforeret og er i nogle tilfælde bøjet i den ene ende. Trods lighederne er de to produkters funktion forskellig. Sugekatetre anvendes til fjernelse af sekret fra fx de øvre luftveje, mens forbindelsesslanger anvendes til at forbinde forskellige dele af sugesystemet fx et sugekateter

med hospitalets mekaniske sugeapparat/opsamlingsbeholder. Sugekatetre og forbindelsesslanger anvendes så godt som kun i hospitalssektoren.

Baggrund

25. Før 2000 solgtes Maersk Medical A/S' produkter til hospitaler og primærsektoren (bl.a. den kommunale hjemmepleje, speciallægepraksis, klinikker mv.) i Danmark hovedsageligt gennem grossister, men omkring slutningen af 1999 ønskede Maersk Medical A/S at omlægge sin distribution. Maersk Medical A/S ville herefter selv stå for salget af produkter til hospitalssektoren, mens grossisterne fortsat kunne levere til primærsektoren.

26. I den forbindelse blev der ført forhandlinger mellem Maersk Medical A/S og Kirudan A/S bl.a. om fordelingen af den fremtidige distribution samt om ejerskab til og overgang af enerettigheder vedrørende visse produkttyper. Der kunne ikke opnås enighed mellem parterne, hvorefter Maersk Medical A/S opsagde dele af samarbejdet med Kirudan A/S.

27. I den følgende tid oplevede Kirudan A/S en række prisstigninger, forsinkelser og andre leveringsproblemer med virksomhedens ordrer til Maersk Medical A/S. Dette afstedkom, at Kirudan A/S den 1. marts 2000 klagede til Konkurrencestyrelsen.

...

De relevante markeder (konkurrencelovens § 5 a)

Markedsbeskrivelse (producentmarkedet/grossistmarkedet)

31. Maersk Medical A/S er som både producent og leverandør aktiv på såvel producentmarkedet (salg fra producent til grossist) som på grossistmarkedet (salg fra grossist til slutbruger), hvor Kirudan A/S befinder sig.

32. Den konkrete klage drejer sig primært om, at Maersk Medical A/S har misbrugt en dominerende stilling ved i en periode angiveligt at have forsinket og i visse tilfælde standset leveringerne af hospitalsprodukter til Kirudan A/S. Herudover har Maersk Medical A/S ifølge Kirudan A/S diskrimineret prismæssigt imellem hospitaler og grossister. På den baggrund er det først og fremmest producentmarkedet, altså salg fra producent til grossist, som er det afgørende for vurderingen af Maersk Medical A/S' eventuelle dominans og konkurrencemæssige adfærd.

33. Grossistmarkedet vil dog også skulle tages i betragtning, da visse krav til produkterne, der kan påvirke markedsafgrænsningen, er direkte affødt af efterspørgslen på dette marked. Fx vil specielle danske krav til produkterne sammenholdt med størrelsen af det danske marked kunne gøre det urentabelt for potentielle udbydere at påbegynde en produktion og dermed begrænse de faktiske substitutionsmuligheder på producentmarkedet.

34. Konkurrencestyrelsens undersøgelser i den konkrete sag viser, at forholdene på grossistmarkedet i praksis ikke medvirker til at opstille væsentlige barrierer for grænseoverskridende handel på producentmarkedet, hvilket vil fremgå af de følgende afsnit, hvor forholdene på grossistmarkedet berøres.

Produktmarkederne

35. De relevante produktmarkeder præges af de konkrete produkters relative enkelthed (produktionstekniske simplicitet). Der er som udgangspunkt ingen væsentlige teknologiske eller immaterialretlige barrierer for produktionen af hverken urinposer, sugekatetre eller forbindelsesslanger.

36. En høj grad af europæisk harmonisering bl.a. med hensyn til produkternes udformning og anvendelsessikkerhed [note: Se bl.a. rådsdirektiv 93/42/EØF af 14. juni 1993 om medicinske anordninger] medvirker i øvrigt til at øge mulighederne for at substituere produkterne.

Sugekatetre og forbindelsesslanger

37. Som følge af produkternes relativt simple udformning og fraværet af andre barrierer, der kan forhindre, at andre producenter af plastprodukter eller hospitalsudstyr gennem omlægning af deres produktion kommer ind på markedet, findes mulighederne for udbudssubstitution ud fra en teknisk synsvinkel derfor at være gode. Maersk Medical A/S har dog over for Konkurrencestyrelsen bemærket, at for nuværende vil økonomiske årsager begrænse udsigterne til, at nye producenter på kortere sigt vil komme ind på markedet som følge af en mindre, varig prisstigning. Det skyldes, at der for tiden er en betydelig overkapacitet blandt de eksisterende producenter.

38. I lyset af parternes oplysninger samt vurderingen af mulighederne for efterspørgsels- og udbudssubstitution finder Konkurrencestyrelsen, at sugekatetre og forbindelsesslanger udgør et samlet produktmarked.

Urinposer
39. Bortset fra slangelængden og volumenen er der ingen væsentlig forskel på urinposer til sengeliggende og til oppegående.

40. Hvad angår efterspørgselssubstitutionsmulighederne mellem sterile og usterile urinposer, viser oplysningerne fra hospitalerne, at der ikke er nogen overordnet systematik bag hospitalernes præferencer med hensyn til sterile og usterile urinposer. Hospitalerne giver bortset fra operationsområdet ingen funktionel eller anvendelsesbetinget forklaring på de uensartede fordelinger. Når der ikke udelukkende anvendes usterile poser (som jo er langt billigere) bortset fra på operationsområdet, må det skyldes forskellige traditioner. Disse kendsgerninger underbygger, at poserne – uden for operationsområdet – er substituerbare.

41. På operationsområdet kan man af hygiejniske grunde alene anvende sterile poser. Det antages derfor, at dette særlige område vil kunne udgøre et selvstændigt afgrænset produktmarked.

42. Som anført er der ikke forbundet de store tekniske barrierer med produktionen af urinposer. Der kan dog med hensyn til visse ventilsystemer, der hænger sammen med urinposerne, forekomme enerettigheder, som nødvendiggør, at man får en produktionslicens, at man inddrager rettighedshaverne som underleverandører, eller at man anvender alternative delkomponenter. Sammenfattende må det således vurderes, at mulighederne for udbudssubstitution alt i alt er gode.

43. Maersk Medical A/S har dog over for Konkurrencestyrelsen bemærket, at for nuværende vil økonomiske årsager begrænse udsigterne til, at nye producenter på kortere sigt vil komme ind på

markedet som følge af en mindre, varig prisstigning. Det skyldes, at der for tiden er en betydelig overkapacitet blandt de eksisterende producenter.

44. Da hospitalerne i lige så høj grad anvender sterile som usterile urinposer til de samme funktioner, ses der ikke at være et særligt hospitalsmarked adskilt fra primærsektoren, som næsten udelukkende anvender usterile poser. Ved siden af dette brede produktmarked for urinposer eksisterer dog et særligt produktmarked for sterile urinposer til operationsområdet. Dette produktmarked relaterer sig imidlertid alene til grossistmarkedet og medfører ingen afledte barrierer på producentmarkedet.

De geografiske markeder

45. I en tidligere rådssag vedrørende coatede engangskatetre [note: Konkurrencerådets afgørelse af 26. januar 2000] blev det geografiske marked anset for at være Danmark ud fra den betragtning, at såvel patientens som sundhedspersonalets oplæring i brug af produktet på hospitalsmarkedet afhang af kommunikationen mellem parterne. Der eksisterede med andre ord i relation til afsætningen af dette produkt på hospitalsmarkedet en sprogbarriere, som kun kunne overvindes ved at tilbyde oplæring og service på dansk.

46. I nærværende sag giver Maersk Medical A/S' og Kirudan A/S' oplysninger ingen klare svar på, om der findes barrierer, som medvirker til, at producentmarkedet afgrænses til Danmark, eller at grossistmarkedet eventuelt udvides til fx Europa. Barrierer, der påvirker potentielle leverandører og producenter, kunne fx være særlige danske krav, som kan medføre uforholdsmæssigt store omkostninger ved omstilling af produktionsapparatet til en dansk nicheproduktion. Barriererne kunne endvidere bestå i særlige krav til salgspersonale, vejledning, undervisning og service, som ville kræve et nationalt tilhørsforhold.

47. Konkurrencestyrelsens undersøgelse blandt landets største hospitalsindkøbere viser, at kun et enkelt amt stiller krav om brugervejledning, undervisning eller oplæring ved indkøb/udbud af urinposer, hvilket ellers kunne konstituere en naturlig sprogbarriere på producentmarkedet ligesom i rådssagen om de coatede engangskatetre. Hospitalerne finder desuden deres personaler fuldt kompetente til at anvende og rådgive om de omhandlede produkter.

48. Kirudan A/S har i den forbindelse påpeget, at EU-reglernes åbning for krav om dansk tekst på produkterne kan vanskeliggøre udenlandske producenters eller leverandørers salg af produkter i Danmark. Konkurrencestyrelsen anser dog et sådant krav for en mindre betydningsfuld barriere, som afhængigt af det konkrete produkts udformning vil kunne overvindes ved i emballagen at ilægge en simpel brugsanvisning/vejledning på dansk, eller ved at anbringe en mærkat med den danske brugsanvisning/vejledning på selve emballagen. Konkurrencestyrelsen har på baggrund af Kirudan A/S' høringssvar fået bekræftet sidstnævnte fortolkning af reglerne vedrørende mærkning af medicinsk udstyr hos Lægemiddelstyrelsen. Et krav om dansk brugsanvisning vil derfor ikke – på dette som på andre lignende områder – i sig selv kunne forhindre udenlandske producenter i at sælge deres produkter i Danmark.

49. Netop i kraft af EU-harmoniseringen, herunder CE-mærket, findes der som udgangspunkt i øvrigt ingen nationale lovgivningsmæssige barrierer, som forhindrer, at de omhandlede produkter handles på tværs af grænserne i Europa.

50. Hospitalernes øgede anvendelse af EU-udbud i forbindelse med indkøb af de omhandlede produkter underbygger endvidere, at der er tale om et bredere geografisk marked end det danske.

51. I relation til primærsektoren anses sprogbarriererne mellem kunderne (typisk kommunerne) og eventuelle udenlandske producenter heller ikke at spille en rolle, idet kunderne hovedsageligt betjenes af danske grossister, der i øvrigt køber en del af deres sortiment, herunder urinposer, direkte i udlandet.

52. Store forskelle i priserne mellem forskellige lande kan være en indikation på særskilte markeder. Konkurrencestyrelsen har derfor foretaget en undersøgelse af priserne på urinposer og sugekatetre i en række lande. Hver produkttype sælges i et meget stort antal varianter. Styrelsen har af den grund bedt Maersk Medical A/S om at udpege nogle få typer, som virksomheden sælger i stort antal ikke alene i Danmark, men i store dele af Europa. Det drejer sig om to typer sterile urinposer, to typer usterile urinposer og to typer sugekatetre. Styrelsen har anmodet tre af de største leverandører på området: Maersk Medical A/S, Tyco Healthcare og B. Braun Medical om at udarbejde prisindeks for de nævnte (eller lignende) seks produkter for i alt ni europæiske lande udvalgt af styrelsen.

53. Erfaringsmæssigt er det vanskeligt at gennemføre internationale prissammenligninger. Dels på grund af vanskeligheder med at sikre produkternes sammenlignelighed, dels fordi det kan være svært at få udenlandske virksomheder til at give oplysninger i fornødent omfang og kvalitet. For at imødegå disse vanskeligheder har styrelsen gjort undersøgelsen så enkel som muligt og fx kun bedt om aktuelle listepriser – ikke priser over tid. Uagtet dette har det i denne sag ikke været muligt – trods gentagne rykkere – at få brugbare data fra Tycos og Brauns danske salgskontorer. Den foreliggende prisundersøgelse omfatter derfor kun data fra Maersk Medical A/S. Man skal på den baggrund være varsom med at drage for generelle konklusioner af undersøgelsen, da den kan være påvirket af særlige forhold vedrørende Maersk Medical A/S' salg og distribution, herunder rabatforhold, i de enkelte lande.

...

54. …[U]ndersøgelsen [viser] et uensartet prisbillede. Der er dog et mønster, hvor Danmark sammen med Norge, Frankrig og Spanien placerer sig med de laveste priser, mens Italien og Sverige generelt har de højeste priser. Der er dog forskelle fra produkt til produkt.

55. Som nævnt er der for de omhandlede produkter ingen formelle barrierer mod handel over landegrænserne i Europa. Det er derfor vanskeligt at forklare de noget højere priser hos nogle af landene, som undersøgelsen viser. Det kan ikke udelukkes, at en bredere undersøgelse ville have vist et mere moderat billede. Også forskelle i indkøbsmåder og rabatgivning i de enkelte lande kan spille ind. En yderligere forklaring på prisforskellene kan være, at producenternes organisering af salget, som typisk foregår via nationale salgskontorer, er med til at opretholde forskellige priser i landene.

56. Hvad angår de danske forhold, kan de relativt lave priser i Danmark imidlertid tolkes som en indikation på, at danske producenter og efterspørgere agerer på baggrund af et europæisk marked. Flere danske hospitaler har etableret indkøbssamarbejder for at stå stærkere over for leverandørerne, og man ser en stigende anvendelse af EU-udbud. Selv om det stadigvæk er sådan, at hospitalerne køber så godt som alle de omhandlede produkter gennem leverandørernes

salgskontorer i Danmark, ved leverandørerne, at udenlandske producenter er potentielle leverandører, hvilket de må tage hensyn til i deres prispolitik.

Sugekatetre og forbindelsesslanger

57. Konkurrencestyrelsen finder, at manglen på formelle barrierer for samhandel mellem landene samt hospitalernes indkøbsorganisering og -metoder giver et tilstrækkeligt grundlag for at definere det geografiske marked for sugekatetre og forbindelsesslanger som mindst EU- og EØS-landene. Set fra et dansk perspektiv understøtter prisundersøgelsen dette, da de forholdsvis lave danske priser må skyldes et i hvert fald potentielt konkurrencepres fra udenlandske leverandører.

58. Denne vurdering af et samlet europæisk marked støttes af Kommissionens vurdering i en fusionssag, hvor netop sugekatetre samt tilbehør hertil var blandt de relevante produkter [note: Se Kommissionens sag M.2074 Tyco/Mallinckrodt af 28. september 2000]. Kommissionen fandt ved behandlingen af fusionen, at det relevante geografiske marked for katetrene og deres tilbehør måtte være EU- og EØS-landene. Kommissionen anerkendte dermed parternes argumenter, som henviste til en høj grad af europæisk harmonisering (ingen nationale lovgivningsmæssige barrierer mod grænseoverskridende handel), udbredt brug af EU-udbud ved indkøb af produkterne, konkurrenters tilstedeværelse bredt på det europæiske marked, relativt lave transportomkostninger og distributionssystemer indrettet til at servicere hele markedet.

Urinposer
59. Maersk Medical A/S har over for Konkurrencestyrelsen bl.a. peget på, at Kirudan A/S har adgang til en række alternative udenlandske leverandører af de omhandlede produkter – såvel fra aktuelle som potentielle producenter. Det bemærkes i den forbindelse, at Maersk Medical A/S' andel af markedet for urinposer i Europa er mindre end […] %. Kirudan A/S har på den anden side bestridt dette og fastholdt, at virksomheden indtil nu forgæves har søgt brugbare alternativer til Maersk Medical A/S' produkter i hele Europa.

60. Konkurrencestyrelsen har ikke fundet det hensigtsmæssigt at gennemføre en større undersøgelse af, om og i hvilket omfang Kirudan A/S vil kunne få leverancer fra de udenlandske leverandører og producenter. Et eventuelt svar på spørgsmålet vil nemlig under alle omstændigheder være meget usikkert, da mulighederne konkret vil afhænge af parternes indbyrdes forhandling og enighed omkring en række kommercielle betingelser. Imidlertid synes der umiddelbart ikke at være afgørende barrierer mod handel på tværs af landegrænserne. Langt hovedparten af de adspurgte hospitaler har således oplyst, at de ved indkøb/udbud af urinposer ikke stiller krav om brugervejledning, undervisning eller oplæring, der ellers kunne konstituere en naturlig sprogbarriere med afsmittende effekt på producentmarkedet. Da der i forhold til primærsektoren i kraft af grossisternes vejlednings- og undervisningsindsats heller ikke synes at kunne opstå en sprogbarriere mellem kunderne og eventuelle udenlandske producenter, finder Konkurrencestyrelsen, at det geografiske marked for urinposer i den konkrete sag mindst må udgøres af EU- og EØS-landene. Set fra et dansk perspektiv understøtter styrelsens prisundersøgelse dette, da de forholdsvis lave danske priser må skyldes et i hvert fald potentielt konkurrencepres fra udenlandske leverandører.

61. Styrelsens vurdering af, at der eksisterer et samlet europæisk marked, understøttes af Kommissionens undersøgelse i en fusionssag vedrørende producenter af bl.a. urinposer [note: Se Kommissionens sag M.2505 Tyco/CR Bard af 4. oktober 2001]. Kommissionen fandt ved

behandlingen af fusionen, at det relevante geografiske marked for urinposerne måtte være EU- og EØS-landene. Kommissionen anerkendte dermed på baggrund af sine egne undersøgelser blandt konkurrenter og kunder (hovedsageligt hospitaler) parternes argumenter, som henviste til en høj grad af europæisk harmonisering (ingen nationale lovgivningsmæssige barrierer mod grænseoverskridende handel), konkurrenters tilstedeværelse bredt på det europæiske marked, distributionssystemer indrettet til at servicere hele markedet, udbredt brug af EU-udbud ved indkøb af produkterne, høj grad af import (grænseoverskridende handel) og relativt lave transportomkostninger. Kommissionen fandt ikke, at selv væsentlige variationer i visse virksomheders markedsandele og priser, som af historiske og produktspecifikke årsager eksisterede mellem landene, kunne opveje de anførte argumenter for et geografisk marked bestående af EU- og EØS-landene.

62. Selv om Konkurrencestyrelsen gennem sin undersøgelse ikke har kunnet fastslå omfanget af grænseoverskridende handel mellem Danmark og resten af EU-/EØS-området, viser Kommissionens beslutning i den nævnte fusionssag, at EU- og EØS-markedet for de omhandlede produkter overordnet har de faktorer, der kendetegner et samlet geografisk marked i producentleddet.

Sammenfatning af markedsafgrænsning

63. Sammenfattende finder Konkurrencestyrelsen, at der i relation til producentmarkedet består: Et marked for urinposer i EU- og EØS-landene samt et marked for sugekatetre og forbindelsesslanger i EU- og EØS-landene.

Vurdering

64. Kirudan A/S bygger sin oprindelige klage på fem påstande. Under ankesagen fremkom virksomheden med yderligere en sjette påstand. Konkurrencestyrelsen har for overskuelighedens skyld valgt at vurdere hver påstand for sig.

65. Indledningsvis foretages dog en overordnet vurdering vedrørende Maersk Medical A/S' stilling på de relevante markeder.

Markedsdominans (konkurrencelovens § 11, stk. 1)

66. Markedstal, som styrelsen har indhentet fra Maersk Medical A/S, viser, at virksomhedens andel af det europæiske marked for urinposer er mindre end [...] %.

67. Maersk Medical A/S' andel af det europæiske marked for sugekatetre og forbindelsesslanger anslås til omkring [...] %.

68. Tallene understøttes af tal fra Kommissionen, der i de to tidligere nævnte fusionssager … vedrørende virksomheder i samme branche fandt frem til, at Maersk Medical A/S i EU- og EØS-landene havde en markedsandel for urinposer på mellem 5 og 15 %, mens virksomheden havde mellem 25 og 35 % af delmarkedet for åbne atraumatiske sugekatetre i EU- og EØS-landene. Følgende tabeller 2 og 3 giver en vis sammenligningsmulighed, hvad angår henholdsvis Maersk Medical A/S' og Kommissionens tal for det europæiske marked:

Tabel 2 og 3. Europæiske markedsandele for to produkttyper

Urinposer		
Producent	*Maersk*	*KOM[1]*
Maersk	*[…] %*	*5-15 %*
Tyco	*[…] %*	*10-20 %*
Bard	*[…] %*	*10-20 %*
Braun	*[…] %*	*15-25 %*

Sugekatetre og forbindelsesslanger		
Producent	*Maersk*	*KOM[2]*
Maersk	*[…] %*	*25-35 %*
Tyco	*[…] %*	*25-35 %*
Braun	*[…] %*	

[1] Sag M.2505 Tyco/CR Bard af 4. oktober 2001.

[2] Sag M.2074 Tyco/mallinckrodt af 28. september 2000 (tal vedr. åbne traumatiske sugekatetre).

69. På denne baggrund vurderer Konkurrencestyrelsen, at Maersk Medical A/S ikke indtager en dominerende stilling på EU-/EØS-markedet for urinposer. Maersk Medical A/S vil følgende kun kunne indtage en dominerende stilling på markedet for sugekatetre og forbindelsesslanger.

70. Konkurrencestyrelsen har i sin sagsbehandling dog ikke fundet sådanne omstændigheder, der kan føre til, at Maersk Medical A/S med […] % af markedet for sugekatetre og forbindelsesslanger indtager en dominerende stilling.

71. Styrelsen finder derimod, at en række faktorer sandsynliggør, at Maersk Medical A/S' mulighed for – gennem uafhængig adfærd over for konkurrenter og kunder – at hindre konkurrencen på markedet i realiteten er så indskrænket, at virksomheden heller ikke på markedet for sugekatetre og forbindelsesslanger indtager en dominerende stilling. Det drejer sig dels om produkternes simple udformning, hvor hverken knowhow eller patenter angiveligt hindrer andre producenter af plastprodukter eller hospitalsudstyr i at påbegynde en produktion (udbudssubstitution), dels om EU-harmonisering og -certificering samt de relativt lave transportomkostninger, som knytter sig til produkterne.

72. Maersk Medical A/S findes derfor ikke at indtage en dominerende stilling på nogen af de for sagen relevante markeder, jf. lovens § 11, stk. 1.

Påstand nr. 1

73. Påstanden omhandler Maersk Medical A/S' angivelige leveringsnægtelse/-forsinkelse i perioden fra juni 1999 og frem til klagetidspunktet i marts 2000.

74. For at en leveringsnægtelse/-forsinkelse skal kunne stride mod konkurrenceloven, må den enten hvile på en aftale mv. mellem Maersk Medical A/S og en eller flere andre producenter eller grossister, jf. lovens § 6, stk. 1, eller være udtryk for et misbrug af en dominerende stilling, jf. lovens § 11, stk. 1.

75. Konkurrencestyrelsen har ikke fundet belæg for, at der skulle eksistere konkurrencebegrænsende aftaler mv., jf. lovens § 6, stk. 1, vedrørende leverancer fra Maersk Medical A/S til Kirudan A/S. Det bemærkes i den forbindelse, at Kirudan A/S heller ikke har anført eller sandsynliggjort, at sådanne konkurrencebegrænsende aftaler skulle foreligge.

76. Da Maersk Medical A/S på de relevante markeder ikke indtager en dominerende stilling, finder Konkurrencestyrelsen heller ikke Maersk Medical A/S' adfærd i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1.

77. Det bemærkes, at selv hvis Maersk Medical A/S havde været dominerende, viser Konkurrencestyrelsens fornyede undersøgelser af leveringstider hos en række hospitaler og grossister, at der ikke ville være tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at Maersk Medical A/S i forhold til Kirudan A/S gennem bevidst forsinkelse af bekræftede ordrer har misbrugt en dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1.

Påstand nr. 2

78. Påstanden omhandler Maersk Medical A/S' angivelige markedsopdeling manifesteret ved at nægte Kirudan A/S levering af produkter til hospitalssektoren.

79. Udgangspunktet ved leveringsnægtelser er, at en leverandør har ret til at bestemme, hvem denne ønsker at handle med. Leverandørens eventuelle dominerende stilling på det relevante marked kan dog være med til at modificere dette udgangspunkt [note: Se Levinsen, Konkurrenceloven med kommentarer, København 2001, s. 361 ff]. På samme måde må det ud fra EU-praksis [note: Fx Commercial Solvents (De forenede sager 6 og 7/73, dom af 6. marts 1974, Saml. 1974, s. 223), United Brands (Sag 27/76, dom af 14. februar 1978, Saml. 1978, s. 207), Boosey & Hawkes (Sag IV/32.279, Kommissionens beslutning af 29. juli 1987, EFT 1987 L 286) og Oscar Bronner (Sag C-7/79, Saml. 1998-I, s. 7791), hvor der netop lægges afgørende vægt på den indklagede virksomheds mulighed for at udelukke konkurrencen på det relevante marked/misbruge en dominerende stilling, og hvor det i øvrigt flere steder anerkendes, at selv dominerende virksomheder i udgangspunktet har ret til at agere kommercielt rationelt, bl.a. i forbindelse med tilrettelæggelse af deres distributionssystemer] modsætningsvis sluttes, at en virksomhed, der ikke indtager en dominerende stilling på producentmarkedet, er relativt frit stillet med hensyn til på egen hånd at indrette sit distributionssystem, herunder også at forbeholde sig selv distributionen af sine produkter på et givent marked.

80. Da Konkurrencestyrelsen ikke har fundet belæg for, at der findes konkurrencebegrænsende aftaler mv., jf. lovens § 6, stk. 1, vedrørende markedsopdeling mellem hospitalssektoren og de øvrige kundegrupper, og da Maersk Medical A/S ikke indtager en dominerende stilling på nogen af de relevante markeder, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1, kan styrelsen ikke give Kirudan A/S

medhold i påstanden. Det bemærkes i den forbindelse, at Kirudan A/S heller ikke har anført eller sandsynliggjort, at der foreligger sådanne konkurrencebegrænsende aftaler.

Påstand nr. 3

81. Påstanden omhandler Maersk Medical A/S' angiveligt ulovlige gennemførelse af prisstigninger på op til 50 % over for Kirudan A/S.

82. Da Konkurrencestyrelsen ikke har fundet belæg for, at der findes konkurrencebegrænsende aftaler mv., jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, vedrørende prisfastsættelsen, og da Maersk Medical A/S ikke indtager en dominerende stilling på nogen af de relevante markeder, jf. lovens § 11, stk. 1, kan styrelsen ikke give Kirudan A/S medhold i påstanden. Det bemærkes i den forbindelse, at Kirudan A/S heller ikke har anført eller sandsynliggjort, at der foreligger sådanne konkurrencebegrænsende aftaler.

83. Det bemærkes endvidere, at Konkurrencestyrelsen gennem sine nye undersøgelser har fået bekræftet, at Maersk Medical A/S' avance ved salg til grossistleddet i den omhandlede periode svarede til den gennemsnitlige avance i gummi- og plastindustrien, og at Kirudan A/S ikke blev prismæssigt diskrimineret i forhold til Maersk Medical A/S' øvrige kunder i grossistleddet. Kirudan A/S har bestridt, at man kan sammenligne den gennemsnitlige avance i gummi- og plastindustrien med den faktiske avance på hospitals- og sygeplejeartikler. Der findes imidlertid ikke tilgængelige statistiske oplysninger om bruttoavancer på hospitals- og sygeplejeartikler. Tallene fra gummi- og plastindustrien er de mest detaljerede oplysninger, som er statistisk brugbare som sammenligningsgrundlag i denne sag. Havde det i øvrigt været muligt at få statistiske oplysninger om den gennemsnitlige avance på de specifikke hospitals- og sygeplejeartikler, ville denne avance sandsynligvis have været højere end avancen i gummi- og plastindustrien og dermed højere end den avance, som Maersk Medical A/S beregnede sig.

84. Den prisstigning, som Kirudan A/S oplevede, betød, at Kirudan A/S efterfølgende kom til at betale det samme som Maersk Medical A/S' øvrige grossistkunder. Havde Maersk Medical A/S været dominerende på markedet, ville Konkurrencestyrelsen derfor sandsynligvis ikke have fundet, at virksomheden havde misbrugt denne stilling på markedet, jf. lovens § 11, stk. 1.

Påstand nr. 4

85. Påstanden omhandler Maersk Medical A/S' opsigelse af en samhandelsaftale som en angivelig følge af, at Kirudan A/S fortsat ønskede at forhandle konkurrerende produkter.

86. Konkurrencestyrelsen har ikke fundet belæg for, at der skulle eksistere konkurrencebegrænsende aftaler mv., jf. lovens § 6, stk. 1, med andre parter vedrørende opsigelse af samhandelen med Kirudan A/S. Det bemærkes i den forbindelse, at Kirudan A/S heller ikke har anført eller sandsynliggjort, at sådanne konkurrencebegrænsende aftaler skulle foreligge.

87. Da Maersk Medical A/S på de relevante markeder ikke indtager en dominerende stilling, finder Konkurrencestyrelsen heller ikke Maersk Medical A/S' adfærd i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1.

Påstand nr. 5

88. Påstanden omhandler Maersk Medical A/S' angivelige reduktion af leveringsstørrelser i opsigelsesperioden.

89. Problemstillingen er opstået, fordi Maersk Medical A/S i forbindelse med opsigelsen af aftaler med Kirudan A/S har fundet sig berettiget til at tilrettelægge leveringen af en række produkter i opsigelsesperioderne således, at produkterne ville være omsat af Kirudan A/S, når forhandlerforholdet ophørte. Maersk Medical A/S har ikke ønsket, at Kirudan A/S efter forhandlerforholdets ophør skulle ligge inde med et lager, hvorfra fortsat levering kunne ske.

90. Konkurrencestyrelsen har ikke fundet belæg for, at der skulle eksistere konkurrencebegrænsende aftaler mv., jf. lovens § 6, stk. 1, med andre parter vedrørende reduktion af leveringsstørrelser i opsigelsesperioden. Det bemærkes i den forbindelse, at Kirudan A/S heller ikke har anført eller sandsynliggjort, at sådanne konkurrencebegrænsende aftaler skulle foreligge.

91. Da Maersk Medical A/S på de relevante markeder ikke indtager en dominerende stilling, finder Konkurrencestyrelsen heller ikke Maersk Medical A/S' adfærd i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1.

Påstand nr. 6

92. Påstanden omhandler Maersk Medical A/S' angivelige brug af "pakkeløsninger/bonus-/rabatordninger" vedrørende et bredere produktsortiment. Formålet med ordningen skulle være at knytte kunderne tættere til Maersk Medical A/S og forhindre, at andre (mindre) leverandører fik adgang til markedet.

93. Da Konkurrencestyrelsen ikke har fundet belæg for, at der skulle være indgået konkurrencebegrænsende aftaler mv., jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, vedrørende brugen af "pakkeløsninger/bonus-/rabatordninger", og da Maersk Medical A/S ikke indtager en dominerende stilling på nogen af de relevante markeder, jf. lovens § 11, stk. 1, kan styrelsen ikke give Kirudan A/S medhold i påstanden. Det bemærkes i den forbindelse, at Kirudan A/S heller ikke har anført eller sandsynliggjort, at der foreligger sådanne konkurrencebegrænsende aftaler.

94. Det kan i øvrigt oplyses, at Konkurrencestyrelsen på baggrund af sine fornyede undersøgelser blandt hospitaler og grossister ikke har fundet belæg for, at Maersk Medical A/S har anvendt tilbud om væsentligt lavere priser/højere bonus i forbindelse med en eventuel udvidelse af produktsortimentet. Havde Maersk Medical A/S været dominerende på det relevante marked, ville der ikke være grundlag for at bekræfte påstanden om misbrug, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1.

Konklusion

95. Da Maersk Medical A/S (i dag Maersk Medical A/S) ikke indtager en dominerende stilling, jf. § 11, stk. 1, på noget for sagen relevant marked, jf. § 5 a, og da der ikke er fundet belæg for, at klagen i øvrigt omfatter forhold, som kan henføres under andre bestemmelser i konkurrenceloven, herunder § 6, stk. 1, kan Konkurrencestyrelsen ikke give Kirudan A/S medhold i nogen af klagens påstande."

4. Kirudans argumentation

Kirudan har i forlængelse af det i afgørelsesnotatet gengivne om Kirudans synspunkter anført, at Konkurrencerådets opfattelse af, at det relevante marked for Kirudans produkter er EU- og EØS-landene, er ukorrekt. Det relevante marked er – rent faktuelt – alene Danmark.

Kirudan er en handelsvirksomhed, der handler med produkter til hele sundhedssektoren, herunder hospitalssektoren og primærsektoren (dvs. plejehjem, lægepraksis og den enkelte patient). Der er tale om meget følsomme produkter, og det er af stor betydning for salget af produkterne, at lægerne, plejepersonalet og patienterne gennem vedvarende brug kommer til at opleve en tryghed og genkendelighed ved produkterne.

Maersk Medical A/S har ved at forsinke og fordyre produkterne overfor Kirudan udnyttet den situation, at Kirudan ikke bare kan opsøge de tilsvarende produkter i andre EU- og EØS-lande, idet sådanne alternative produkter – der således er nye for såvel hospitalerne som slutbrugerne – ikke kan erstatte de tidligere produkter uden en årelang indkøringsperiode.

I teorien er det muligt, at der findes produkter i andre EU- og EØS-lande, som minder om de eksisterende produkter fra Maersk Medical A/S, men i praksis er det umuligt at skifte leverandør til så følsomme produkter med så kort varsel, som Maersk Medicals leveringsnægtelse til Kirudan medførte. Mange af produkterne – såsom urinposer og sugekatetre – er udviklet til danske forhold, og det er umuligt at finde tilsvarende og lige så funktionelle produkter i andre EU- og EØS-lande al den stund, at disse andre lande ikke har foretaget den samme tilpasning til de specifikke danske forhold.

Med hensyn til markedsandele er det således – da der som anført er tale om følsomme produkter til hospitalssektoren – ikke realistisk at udvide forholdet til at omfatte tillige andre EU- og EØS-lande.

Maersk Medicals markedsandele for de forskellige produkter i Danmark udgør et sted mellem 64 % og 95 %. Besvarelserne fra de 5 hospitaler som Konkurrencerådet har spurgt, viser med al tydelighed, at ingen andre producenter har været i stand til at opnå en markedsandel på mere end nogle ganske få procent.

Det er ikke korrekt, når Konkurrencerådet anfører, at sugekatetre ”stort set kun anvendes i hospitalssektoren”. Sugekatetre anvendes også i primærsektoren – dvs. hjemmesygeplejen og plejehjem – ligesom operationssugesæt (forbindelsesslanger) også anvendes af speciallæger, tandlæger og klinikker.

Det er heller ikke korrekt, når Konkurrencerådet anfører, at ”der eksisterer et samlet produktmarked for sugekatetre og forbindelsesslanger”. Forholdet er det, at udenlandske producenter – på grund af specielle krav i Danmark (om hårdhedsgrad, slangelængde, mærkning med dansk tekst m.v.) – ikke er interesserede i at tilpasse deres sortiment til det danske marked.

Det er videre ukorrekt, når Konkurrencerådet anfører, at der eksisterer et samlet marked for urinposer. Der hverken har været – eller er – nogle udenlandske producenter af urinposer, som har et så bredt sortiment som Maersk Medical. Kvalitets- og prismæssigt er der ingen sammenligning med det øvrige marked i EU og EØS, hvilket tydeligt bekræftes af de 5 hospitaler, der fortsat bruger urinposer fra Maersk Medical, som stadig har en markedsandel i Danmark på 90-95 %.

Med hensyn til det geografiske marked er dette – rent praktisk – begrænset til kun at relatere sig til Danmark. Det er alene danske virksomheder, der er involveret i udbud og efterspørgsel i Danmark, ligesom danske virksomheder ikke deltager i udbud i udlandet, bl.a. fordi de respektive lande kræver mærkning m.v. på landets sprog, ligesom hospitalernes traditionelt meget små depotrum nødvendiggør, at hospitalerne afgiver små, men hyppige ordrer, hvilket igen nødvendiggør, at den pågældende producent af salgsmæssige grunde skal befinde sig tæt på.

Hvad dansk tekst og brugervejledning angår, er det ikke er hospitalerne, der stiller disse krav, men derimod reglerne omkring CE-mærkning. Det er derfor helt overflødigt, at Konkurrencerådet i sin undersøgelse har stillet spørgsmål til hospitalerne om, hvorvidt hospitalerne stiller krav til "service, brugervejledning/undervisning og deltagelse i produktudvikling" for så vidt angår urinposer, idet sprogkravet i vejledningerne følger af CE-mærkningen.

Disse mærkninger på dansk er med til at hindre Kirudan i at opretholde sit marked, da de udenlandske producenter ikke ønsker at medvirke hertil, og da Lægemiddelstyrelsen har meddelt Kirudan afslag på en ansøgning om at kunne nøjes med at indlægge en dansk brugervejledning i de udenlandske produkter.

Kirudan har derfor ikke haft mulighed for at søge alternative produkter i andre EU- og EØS-lande, idet det faktuelle marked for produkterne er begrænset til Danmark.

Maersk Medicals markedsandel i Danmark for urinposer er omkring 90-95 %, og for operationssug og slanger er den på omkring 85-90 %.

For så vidt angår sugekatetre solgte Kirudan i sin tid til 58 hospitaler i Danmark, svarende til 69,88 %, og operationssug og slanger til 79 hospitaler, svarende til 95,18 %. Øvrige grossister solgte kun ubetydelige antal, hvorfor Maersk Medical – via sin prisforøgelse og leveringsnægtelser – rent konkret udnyttede sin position på markedet og uretmæssigt fratog forhandlingen fra Kirudan. Dette understøttes også af Konkurrencestyrelsens undersøgelse omkring leveringstider, hvoraf fremgår, at hospitalerne alene havde oplevet leveringstider på op til 3 måneder, mens Kirudan i samme periode oplevede leveringstider på op til 9 måneder.

Sammenfattende er det derfor Kirudans opfattelse, at Maersk Medical i perioden før den 1. marts 2000 udnyttede sin dominerende stilling på markedet og fortrængte Kirudan fra samme via ulovlig leveringsnægtelse og ulovlige prisstigninger.

5. Konkurrencerådets argumentation

Konkurrencerådet har til støtte for stadfæstelsespåstanden bemærket, at Konkurrencerådet ikke har fundet belæg for, at de påklagede ensidige handlinger fra Maersk Medicals side skulle være omfattet af konkurrencelovens § 6, hvilket heller ikke er hævdet af Kirudan. Konkurrencerådets afgørelse har derfor alene koncentrerer sig om, hvorvidt Maersk Medicals ensidige handlinger er omfattet af konkurrencelovens § 11 – hvad de ikke er, da det relevante marked omfatter EU- og EØS-landene, og da Maersk Medical ikke indtager en dominerende position på disse markeder.

Konkurrencerådet har videre bemærket, at de produkter, som sagen angår, i al væsentlighed er sugekatetre, forbindelsesslanger og urinposer. Det er for alle tre produkters vedkommende

karakteristisk, at det er enkle produkter, hvortil der ikke knytter sig særlige teknologiske eller immaterialretlige barrierer for produktionen.

Sugekatetre og forbindelsesslanger består af tynde, fleksible plastslanger. Anvendelsen er forskellig, idet sugekatetre blandt andet kan benyttes til at rense luftvejene, mens forbindelsesslanger eksempelvis forbinder sugesystemet med hospitalets mekaniske sugeapparat. Disse produkter anvendes stort set kun i hospitalssektoren. Produkterne er imidlertid relativt simple, og der er ikke formelle barrierer, der kan forhindre, at andre producenter af plastprodukter eller hospitalsudstyr gennem omlægning af deres produktion kommer ind på markedet. Det er derfor rådets opfattelse, at der eksisterer et samlet produktmarked for sugekatetre og forbindelsesslanger.

Urinposerne findes såvel sterile som usterile, i forskellige størrelser og med forskellig slangelængde afhængig af, om de benyttes til sengeliggende eller oppegående patienter. Da hospitalerne i lige så høj grad anvender sterile som usterile urinposer, og da der ikke findes nævneværdige tekniske barrierer for produktion af de to typer af urinposer, finder rådet, at der eksisterer et samlet marked for urinposer.

Kirudan har bestridt, at der skulle bestå et samlet produktmarked for sugekatetre og forbindelsesslanger og et samlet marked for urinposer.

Det er korrekt, at der ikke er efterspørgselssubstitution mellem sugekatetre og forbindelsesslager og i et vist omfang heller ikke mellem forskellige former for urinposer. Efter Konkurrencelovens § 5a, skal udbudssubsitutionen imidlertid altid inddrages ved afgrænsning af det relevante marked. Det fremgår udtrykkeligt af forarbejderne til konkurrencelovens § 5a, at undersøgelsen af udbudssubstitutionen (FT 1999-2000, tillæg B. s.1287f):

”... er særlig relevant, i tilfælde, hvor undersøgelsen af efterspørgselssubstitutionen er mundet ud i, at der ikke findes alternativer, fordi der eksempelvis er tale om et produkt af særlig art og kvalitet. Her vil de forskellige arter og kvaliteter blive betragtet som en del af et større produktmarked, forudsat at de forskellige leverandører kan tilbyde og sælge de forskellige arter og kvaliteter umiddelbart og uden væsentlig stigning i omkostningerne ...”

Forbindelsesslanger og sugekatetre er typisk ikke produkter, der efterspørges hver for sig, idet de ofte anvendes samlet. Dette er efter rådets opfattelse udtryk for, at forbindelsesslanger og sugekatetre er et samlet marked. Hertil kommer, at producenterne af forbindelsesslanger typisk også producerer sugekatetre. Producenter, der kun udbyder det ene produkt, må derfor forventes relativt let at kunne omstille deres produktion til det andet produkt, hvorfor der efter rådets opfattelse er udbudssubstitution mellem de to produkter med den virkning, at de tilhører samme produktmarked. For så vidt angår det retlige grundlag for den produktmæssige markedsafgrænsning henvises i øvrigt i det hele til afgørelsens pkt. 37 ff.

Konkurrencerådet har endvidere bemærket, at Kirudan da heller ikke tidligere, hverken under den løbende sagsbehandling eller i forbindelse med høringen, har anfægtet den produktmæssige markedsafgrænsning, der ligger til grund for afgørelsen.

I forlængelse heraf har rådet anført, at det relevante marked i denne sag er markedet for urinposer og markedet for sugekatetre og forbindelsesslanger i EU- og EØS-landene.

Efter Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, er det relevante geografiske marked det område, hvorpå de deltagende virksomheder er involveret i udbud af og efterspørgsel efter produkter eller tjenesteydelser, og som har tilstrækkelig ensartet konkurrencevilkår og kan skelnes fra tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene der er meget anderledes. Det afgørende er således, i hvilket omfang der eksisterer særlige nationale barrierer, der gør, at konkurrencevilkårene i Danmark er meget anderledes end i tilstødende områder.

Kirudan har selv over for rådet anført, at kravet om dansk tekst på produkterne vanskeliggør udenlandske producenters salg af tilsvarende produkter i Danmark. Og Kirudan finder derfor tilsyneladende, at det relevante marked er nationalt. Konkurrencerådet har imidlertid foretaget en supplerende undersøgelse blandt landets største hospitalsindkøbere. Undersøgelsen viser, at kun et enkelt amt stiller krav om dansk brugervejledning, og at hospitalerne i øvrigt finder, at deres personale er fuldt kompetente til at anvende og rådgive om de enkelte produkter.

Det er således rådets vurdering, at et krav om dansk brugervejledning ikke er en barriere, som i sig selv konstituerer et særskilt nationalt marked, idet det kan overvindes ved i emballagen at lægge en simpel dansk brugsanvisning/vejledning, eller ved at anbringe en mærkat med den danske brugsanvisning på selve emballagen. Rådet har endvidere fra Lægemiddelstyrelsen fået bekræftet, at en sådan brugsanvisning vil være tilstrækkelig til at opfylde kravet.

At det geografiske marked for disse produkter ikke er nationalt understøttes endvidere af Kommissionens afgørelser i fusionssagerne Tyco/CR Bard (M.2505 Tyco/CR Bard af 4. oktober 2001) og Tyco/Mallinckrodt (M.2074 Tyco/Mallinckrodt af 28. september 2000) som fandt, at det relevante marked for henholdsvis urinposer og sugekatetre var EU- og EØS-landene. Kommissionen lagde i den forbindelse blandt andet vægt på, at der var en høj grad af europæisk harmonisering, idet der ingen lovgivningsmæssige barrierer var mod grænseoverskridende handel, at der var flere andre konkurrenter på det europæiske marked samt bred brug af EU-udbud ved indkøb af produkterne og lave transportomkostninger.

Konkurrencerådet har desuden foretaget en undersøgelse af priserne på urinposer og sugekatetre i en række europæiske lande, jf. den påklagede afgørelses pkt. 53. Undersøgelsen viser ikke et klart prisbillede mellem landene, men den viser, at de danske priser er lave, hvilket efter rådets opfattelse er en indikation på, at danske producenter og efterspørgere agerer på baggrund af et europæisk marked.

Kirudan har anfægtet, at der skulle bestå et europæisk marked for de pågældende produkter, da danske virksomheder ikke deltager i udenlandske udbud, og udenlandske virksomheder ikke deltager i udbud i Danmark.

Det er imidlertid ikke korrekt, når Kirudan anfører, at Maersk Medical ikke deltager i udenlandske udbud. Maersk Medical har oplyst, at selskabet i 2003 har deltaget i flere hundrede udbud i EU, og at 90 % af virksomhedernes salg går til eksport. Det faktum, at der ikke er den store import af produkterne, er ikke ensbetydende med, at markedet er nationalt i de tilfælde, hvor der ikke er dokumenterbare barrierer for importen. I denne sag eksisterer der ingen barrierer for import.

Kirudan har fremhævet mærkningskravene som årsag til, at markedet er nationalt, hvilket Konkurrencerådet bestrider. Mærkningskravene indebærer, at produkter, der sælges i Danmark, skal bære en dansksproget mærkning svarende til den mærkning, som producenten oprindeligt har

mærket produktet med. Maersk Medical har overfor rådet oplyst, at de opfylder mærkningskravene i importlandene ved at mærke deres produkter på samtlige de landes sprog, som de eksporterer til.

Kirudan har anført, at det ikke har været muligt at få Lægemiddelstyrelsens godkendelse til at ilægge en dansksproget brugervejledning i produkterne. Rådet har i den anledning kontaktet Lægemiddelstyrelsen, som oplyser, at kravet til den danske vejledning afhænger af, hvordan producenten har valgt at mærke produkterne. Hvis der fra producentens side er ilagt en vejledning i pakken, kan den danske importør nøjes med at ilægge en dansksproget version. Er produkterne derimod mærket direkte på emballagen, er det denne mærkning, der skal være dansksproget, og den kan ikke erstattes af en indlægsseddel, således som Kirudan ønskede det i den nævnte sag. Krav om mærkning findes da også på en række områder, hvor der er en stor import, og hvor markedet utvivlsomt er europæisk. Som eksempel kan nævnes parallelimport af medicin. Her kan kravene til mærkning være endnu skrappere, idet de ofte forudsætter en egentlig ompakning, før parallelimportørerne opfylder de nationale mærkningskrav. Ikke desto mindre findes der på dette marked en række – også mindre parallelimportører – som overvinder disse mærkningskrav.

Det er Konkurrencerådets vurdering, at da det er muligt for en dansk importør at overvinde kravet om dansksproget produktoplysning enten ved selv at mærke produktet eller ved at få de udenlandske producenter til at påføre produkterne en dansk version af den vejledning, som produktet skal have, eksisterer der ikke barrierer, som ikke kan overvindes i forbindelse med import, og derfor ikke en barriere, som indebærer, at det geografiske marked er dansk.

Kirudan har endvidere anført, at hospitalernes små depotrum indebærer, at hospitalerne kun afgiver små, men til gengæld hyppige ordrer. Dette skulle efter Kirudans opfattelse have som konsekvens, at producenten skal befinde sig tæt på – dvs. i Danmark. At dette skulle være tilfældet, er et rent postulat fra Kirudans side. Både hospitalerne og primærsektoren er professionelle indkøbere, som har mulighed for at indgå aftale om successiv levering. Da der samtidig er tale om produkter, hvortil der ikke knytter sig særlige holdbarhedskrav, og hvor det må forventes, at hospitalernes forbrug er nogenlunde forudsigeligt, må dette argument efter rådets opfattelse klart afvises.

Sammenfattende finder rådet, at markedet i denne sag er det europæiske marked for henholdsvis urinposer og sugekatetre/forbindelsesslanger.

På markedet for urinposer har Maersk Medical en markedsandel på mindre end […] %. En markedsandel på mindre end 25 % antages normalt ikke at være udtryk for dominans, jf. FT 1996/97, tillæg A, s. 3667. Det er derfor rådets vurdering, at dette forhold ikke falder ind under konkurrencelovens § 11.

Der hersker en vis usikkerhed om Maersk Medicals eksakte markedsandel på markedet for sugekatetre og forbindelsesslanger. Kommissionen har i den nævnte afgørelse angivet Maersk Medicals markedsandel til at være 25-35 %, mens Maersk Medical selv anslår markedsandelen til ca. […] %. Det har ikke været muligt for rådet at fastslå markedsandelen mere præcist end dette, men det er imidlertid rådets vurdering, at markedsandelen ikke er af en sådan størrelse, at den i sig selv er tilstrækkelig til at statuere dominans.

På markedet findes mindst to andre aktører – Tyco, som Kommissionen i sin afgørelse vurderer, ligeledes har en markedsandel på 25-35 % samt Braun. Rådet er ikke i besiddelse af tal for Brauns markedsandel på det europæiske marked. Maersk Medical anslår imidlertid Brauns markedsandel i

Danmark til at være ca. […] %. Maersk Medical er altså ikke ene om at være en vægtig aktør på dette marked. Såvel Tyco som Braun har salgskontorer i Danmark, hvorfra de pågældendes produkter sælges. Maersk Medical er derfor udsat for konkurrencepres fra de to øvrige aktører og kan ikke handle uafhængigt. Hertil kommer, at markedet som nævnt er karakteriseret ved, at der hverken er knowhow eller patenter, der hindrer andre producenter af plastprodukter eller hospitalsudstyr i at påbegynde en produktion. På den baggrund er det rådets vurdering, at Maersk Medicals mulighed for at hindre konkurrencen på markedet er så indskrænket, at virksomheden ikke indtager en dominerende stilling på markedet for sugekatetre og forbindelsesslanger.

Sammenfattende er det derfor rådets vurdering, at Maersk Medical ikke indtager en dominerende stilling på de to relevante markeder, hvorfor rådet med rette ikke har fundet grundlag for at gribe ind.

6. Konkurrenceankenævnets bemærkninger

Konkurrenceankenævnet tiltræder under henvisning til det af Konkurrencerådet anførte, og da det af Kirudan anførte ikke kan føre til et andet resultat, at det relevante marked for såvel urinposer som sugekatetre og forbindelsesslanger omfatter landene i EU og EØS, og at Maersk Medical ikke indtog en dominerende stilling på disse markeder.

Ankenævnet stadfæster derfor den påklagede afgørelse.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelse af 17. december 2003 stadfæstes.

Jens Fejø Ole Jess Olsen
Børge Dahl