

## K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 29. november 2018 i sag nr. KL-2-2018

CD Pharma AB (under likvidation)  
(advokat Frederik André Bork)

mod

Konkurrencerådet  
(specialkonsulent Mette Clausen)

### **Resume af afgørelsen**

Konkurrencerådet har den 31. januar 2018 truffet afgørelse i en sag, der drejer sig om, hvorvidt CD Pharma AB har en dominerende stilling på markedet for salg af oxytocin (injektionsvæske) til de danske sygehuse, og om virksomheden i strid med konkurrencelovens § 11 og artikel 102 i TEUF har misbrugt en sådan stilling ved at opkræve en urimelig høj pris på 945 kr. for lægemidlet Syntocinon i perioden 28. april 2014 til 26. oktober 2014.

CD Pharma har indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Konkurrencerådets afgørelse.

### **Påstande**

CD Pharma AB har nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 31. januar 2018 ophæves, subsidiært at Konkurrencerådets afgørelse hjemvises til fornyet behandling og afgørelse i Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har nedlagt påstand om, at afgørelsen stadfæstes.

### **Den påklagede afgørelse**

Konkurrencerådet traf den 31. januar 2018 følgende afgørelse:

”28. Det meddeles CD Pharma, at virksomheden har overtrådt forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1 og TEUF artikel 102, litra a, ved i perioden 28. april 2014 – 26. oktober 2014:

- direkte eller indirekte at have påtvunget en urimelig salgspris for lægemidlet Syntocinon (10 IE/ml, injektionsvæske) på 945 kr. pr. pakke.

29. I medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1 og TEUF artikel 102, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, jf. § 24, påbyder Konkurrencerådet CD Pharma:

- straks at bringe den i punkt 28 nævnte overtrædelse til ophør, såfremt dette ikke allerede er sket,
- fremover at afstå fra adfærd, der har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet i punkt 28,
- at informere Amgros om Konkurrencerådets afgørelse, og
- senest to uger fra Konkurrencerådets afgørelse at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om, at CD Pharma har informeret Amgros om Konkurrencerådets afgørelse.

...

#### 4.6 Samlet konklusion

1127. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at:

- Det relevante marked kan afgrænses til i hvert fald det danske marked for salg af oxytocin (injektionsvæske).
- CD Pharmas prissætning af Syntocinon kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart.
- CD Pharma opfylder virksomhedsbegrebet.
- CD Pharma har en dominerende stilling på det danske marked for salg af oxytocin (injektionsvæske) i hvert fald i 2014 perioden, som omfatter den relevante misbrugsperiode, men også i den efterfølgende periode for 2015 (fra 1. april 2014 til 31. marts 2016).
- CD Pharma har misbrugt sin dominerende stilling ved i perioden 28. april 2014 – 26. oktober 2014 at have opkrævet 945 kr. pr. pakke Syntocinon – en pris som styrelsen vurderer til at være urimelig høj, idet prisen ikke står i rimelig forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1 og TEUF artikel 102, litra a.
- CD Pharmas prissætning af Syntocinon ikke er objektivt begrundet.
- Det er nødvendigt at udstede påbud til CD Pharma for at bringe overtrædelsen til ophør, såfremt dette ikke allerede er sket, samt for at sikre en effektiv virkning af afgørelsen, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1 og TEUF artikel 102, stk. 1, jf. § 16, stk. 1, jf. § 24, stk. 1.”

### **Sagens faktiske omstændigheder**

Denne sag handler om lægemidlet Syntocinon i dispenseringsformen injektionsvæske, der primært anvendes til gravide i forbindelse med fødsler. Syntocinon (injektionsvæske) findes både i styrken 5 IE/ml og 10 IE/ml, men det er alene Syntocinon i styrken 10 IE/ml, der er godkendt til det danske marked. Syntocinon indeholder det aktive indholdsstof oxytocin, der ikke længere er patentbeskyttet.

Syntocinon blev oprindeligt produceret af lægemiddelproducenten Novartis, men der findes efter det oplyste mange uafhængige producenter af oxytocin i Europa. Der er ingen af de pågældende leverandører, der i den for denne sag relevante periode har haft tilladelse til at markedsføre oxytocin på det danske marked.

I perioden 2007-2008 solgte Novartis Syntocinon til det danske marked, men fra 2009 leverede det italienske selskab Sigma-Tau, der også producerer det originale Syntocinon, lægemidlet til det danske marked. Sigma-Tau havde i perioden fra 2009 til begyndelsen af 2014 en eksklusiv distributionsaftale med en svensk lægemiddeldistributør ved navn Sobi.

Med virkning fra 11. februar 2014 indgik CD Pharma AB, der er en svensk lægemiddeldistributør, en vertikal eksklusiv distributionsaftale med Sigma-Tau om, at CD Pharma skulle være lokal repræsentant for Sigma-Tau vedrørende Syntocinon (injektionsvæske) i bl.a. Danmark. Det fremgår af distributionsaftalen, at CD Pharmas minimumsordremængde skulle være [REDACTED] pakker. Selskabet trådte ind på det danske marked i begyndelsen af april 2014.

Orifarm er en dansk lægemiddelleverandør, hvis forretningsområde er parallelimport af lægemidler. Selskabet leverede i 2014 parallelimporteret Syntocinon til det danske marked.

Amgros er regionernes lægemiddelorganisation, der indkøber lægemidler på vegne af de danske offentlige sygehuse. Formålet med organisationen er at skabe stordriftsfordele og administrative besparelser ved at samle indkøb af lægemidler ét sted. Amgros aftager mere end 99 % af den samlede Syntocinon-volumen i Danmark.

For at et lægemiddel kan forhandles i Danmark, skal det godkendes af sundhedsmyndighederne. En lægemiddelleverandør kan søge om markedsføringstilladelse via fire forskellige procedurer: En central procedure, hvor lægemidlet godkendes for hele EU på én gang, en decentral procedure, hvor lægemidlet godkendes i flere EU-lande samtidigt, en gensidig anerkendelsesprocedure, hvor en national godkendelse i ét EU-land danner grundlag for godkendelse i et andet EU-land og endelig en national procedure, hvor lægemidlet godkendes i ét EU-land. Den centrale og den decentrale procedure kan tage op til 210 dage, mens den gensidige anerkendelsesprocedure kan tage op til 180 dage.

Når en lægemiddelleverandør har opnået en markedsføringstilladelse i Danmark til et lægemiddel, skal leverandøren opgive en officiel indkøbspris (AIP) til Lægemiddelstyrelsen. Leverandørerne har pligt til at indmelde AIP hver 14. dag til medicinpriser.dk, og prisen skal derefter gælde de følgende 14 dage.

Amgros afholder udbud efter EU-reglerne og indgår rammekontrakter for en lang række lægemidler. Typisk vil Amgros' rammekontrakter være gældende ét år (1. april til 31. marts) med mulighed for forlængelse af aftalen i yderligere ét år. Gennem rammekontrakten køber sygehusapotekerne lægemidlerne til leverandørens tilbudspris, som er fast i hele perioden. Hvis AIP på noget tidspunkt er lavere end den aftalte tilbudspris, er Amgros berettiget til at købe det pågældende lægemiddel hos leverandøren til AIP. Hvis leverandøren ikke kan levere, er leverandøren forpligtet til at erstatte Amgros' merudgift ved køb af billigst muligt erstatningskøb. Ændringer vedrørende de i rammekontrakten omfattede lægemidler kræver i ethvert tilfælde, at Amgros meddeler konkret samtykke til den pågældende ændring.

Før 2014 lå prisen på Syntocinon stabilt på mellem 43-45 kr. pr. pakke. I perioden 2009-2010 var der ikke nogen, der bød på rammekontrakten, og Amgros købte derfor Syntocinon af Sobi på spotmarkedet til AIP, der på det pågældende tidspunkt var 45 kr. pr. pakke.

Sobi vandt efterfølgende Amgros' ét-årige udbud vedrørende oxytocin for perioden 1. april 2011 til 31. marts 2012 (2011-perioden), og Amgros forlængede rammekontrakten for den efterfølgende ét-årige periode. Sobi vandt på ny udbuddet for 2013-perioden med en pris på 44 kr. pr. pakke.

Den 7. maj 2013 offentliggjorde Amgros sit udbud for køb af oxytocin (10 IE/ml, injektionsvæske) for 2014-perioden. Det fremgår af udbudsmaterialet, at udbuddet var specificeret til oxytocin, in-

jektionsvæske, 10 IE/ml. Orifarm vandt udbuddet med lægemidlet Syntocinon (pakning 5 x 1, 10 IE/ml, injektionsvæske) til en pris på 43 kr. pr. pakke.

Allerede inden kontraktstart gik Orifarm i restordre, hvilket efter det oplyste skyldtes leveringssvigt fra Orifarms europæiske leverandører. Det var derfor ikke muligt for selskabet at levere den fulde efterspurgte mængde Syntocinon hver måned. Orifarm forsøgte at skaffe Syntocinon fra forskellige leverandører med tilknytning til de forskellige europæiske lande, da selskabet gik i restordre. Efter det oplyste efterspurgte Orifarm Syntocinon hos alle selskabets europæiske leverandører, men der var kun varetilgængelighed i Belgien. Leverandørerne i Belgien kunne imidlertid ikke levere tilstrækkelige mængder til Orifarm, således at selskabet kunne opfylde kontrakten med Amgros.

I de perioder, hvor Orifarm ikke kunne levere den efterspurgte mængde, var Amgros nødsaget til at supplere sit indkøb hos CD Pharma, som var den eneste alternative leverandør af Syntocinon på det danske marked.

Amgros kontaktede første gang CD Pharma den 3. april 2014 med henblik på levering af Syntocinon, og selskabet leverede sin første erstatningsleverance den 8. april 2014 til en pris på 45 kr. pr. pakke. Med virkning fra den 28. april 2014 hævede CD Pharma prisen på lægemidlet fra 45 kr. pr. pakke til 945 kr. pr. pakke. I hele 2014-perioden havde CD Pharma [60-70] % af markedsandelene målt på volumen og [90-100] % målt på værdi. Opgjort på månedsbasis varierede CD Pharmas markedsandel, og den var lavest i maj og juni 2014 ([20-30] % og [0-10] %), men i ni af udbuddets 12 måneder havde CD Pharma over [60-70] % af markedsandelene, herunder to måneder med [90-100] %.

Der var i begyndelsen af oktober 2014 korrespondance mellem Amgros og CD Pharma vedrørende prisen på Syntocinon. Amgros ville gerne have, at CD Pharma sænkede prisen til det samme niveau som prisen på Syntocinon i [REDACTED] og [REDACTED]. CD Pharma har oplyst, at selskabet i forbindelse med korrespondancen blev lovet, at selskabet skulle være eksklusiv leverandør i den resterende kontraktperiode, mens Amgros har bestridt denne udlægning. Med virkning fra 27. oktober 2014 sænkede CD Pharma AIP på Syntocinon til 225 kr. pr. pakke.

Den 22. oktober 2014 vandt CD Pharma Amgros' rammekontakt for 2015-perioden med en pris på 78 kr. pr. pakke. Orifarm bød også i forbindelse med udbuddet, men med en højere pris. Ramme-

kontrakten for 2015-perioden blev forlænget med ét år, således at CD Pharma også skulle levere Syntocinon til Amgros til 78 kr. i 2016-perioden.

CD Pharmaceuticals AB, der tilhører den samme koncern som CD Pharma, vandt kontrakten med Amgros for 2017-perioden med en pris på 112 kr. pr. pakke.

### **Parternes argumenter**

CD Pharma har i det væsentlige gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet anført navnlig, at selskabet ikke besad en dominerende stilling i konkurrencelovens § 11's og TEUF artikel 102's forstand, og at selskabet ikke misbrugte en sådan stilling i strid med de nævnte bestemmelser.

#### *Dominerende stilling*

Der foreligger en dominerende stilling, når en virksomhed indtager en økonomisk magtposition, som sætter den i stand til at hindre, at der kan opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne, jf. forarbejderne til konkurrenceloven og Domstolens dom af 13. februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche.

En dominerende stilling forudsætter, at virksomhedens indflydelse på markedet har været opretholdt over en vis periode. Perioden skal som udgangspunkt udgøre mindst 2 år, jf. eksempelvis Domstolens dom af 13. februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche, præmis 53, 57, 58, 61 og 64. Begrebet "dominans" er ikke noget forbigående, men derimod en stabil og varig markedsposition. Konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102 finder derfor ikke anvendelse på en situation, hvor en kunde kortvarigt bliver afhængig af en leverandør som følge af en midlertidig vareknaphed, jf. generaladvokat J.-P. Warners forslag til afgørelse af 23. maj 1978 i sag 77/77, BP. Selskabet blev derfor ikke dominerende i konkurrenceretlig forstand som følge af den påståede midlertidige vareknaphed på Syntocinon hen over sommeren 2014.

Der er heller ikke andre omstændigheder, der indebærer, at selskabet var dominerende i 2014. På et marked, der konkurrenceudsættes hvert år ved udbud, kan ingen virksomheder handle uafhængigt af andre virksomheder, idet virksomhederne ikke ved, hvilken pris konkurrenterne byder med. Selskabets faktiske adfærd i forbindelse med udbuddet for 2015-perioden dokumenterer endvidere, at sel-

skabet ikke kunne handle uafhængigt af Orifarm. Det er ikke foreneligt med uafhængig adfærd, at selskabet bød en meget lav pris i stedet for at byde en pris, der lå lige under Orifarms pris, eller alternativt en meget højere pris, jf. også EU-Domstolens dom af 13. februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche.

Det relevante marked var desuden kendetegnet ved lave adgangsbarrierer. Oxytocin er et ikke-patentbeskyttet lægemiddel, der produceres af mindst 76 producenter i Europa, og som kan parallelimporteres til Danmark efter indhentelse af nødvendige markedsføringstilladelser. Disse kan indhentes inden for kort tid. Både selskabet og Orifarm indhentede eksempelvis markedsføringstilladelser for Syntocinon inden for henholdsvis 2 og 3 måneder, ligesom Orifarm fik godkendt oxytocin under sit eget varemærke inden for 10 måneder i 2017. Markedet var derfor åbent for potentiel konkurrence fra andre producenter af oxytocin, som inden for en kort periode ville kunne have opnået den relevante markedsføringstilladelse.

I 2014 bestemte selskabet endvidere ikke sin egen markedstilstedeværelse, idet selskabet var afhængigt af, at Orifarm misligholdt sin kontrakt med Amgros. Eksempelvis leverede selskabet i juni 2014 alene [0-10] % af Amgros' efterspørgsel, hvilket understreger, at selskabet ikke kunne handle uafhængigt.

Selskabet var desuden en lille virksomhed med et begrænset råderum, hvorimod Orifarm-koncernen er den største parallelimportør af lægemidler i Europa, og Orifarm kunne således agere frit på det relevante marked. Konkurrencerådet har endvidere ikke reelt undersøgt, om det faktisk var muligt for Orifarm eller andre at skaffe Syntocinon i 2014.

### *Misbrug*

Konkurrencerådet har ikke løftet sin bevisbyrde for, at selskabets prisadfærd udgjorde et misbrug. For at der foreligger misbrug omfattet af konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102, skal der være anvendt andre midler end i den normale konkurrence, jf. eksempelvis Konkurrenceankenævnets kendelse af 16. marts 2006, Toyota A/S.

Selskabet har ikke udvist unormal forretningsadfærd. Selskabet forsøgte alene at afværge en for selskabet alvorlig situation kort tid efter, at selskabet for første gang var trådt ind på det danske marked. Efter Orifarms misligholdelse af kontrakten med Amgros, aftalte selskabet og Amgros, at

selskabet skulle være eneleverandør i resten af 2014-perioden, hvilket Amgros imidlertid ikke overholdt, hvorfor selskabet blev efterladt med en stor mængde Syntocinon, som var øremærket til det danske marked. Dette var kritisk for selskabet, som var nødsaget til at hæve sine priser for at begrænse sit tab.

Det skal endvidere fastslås, at prisen klart overstiger, hvad der såvel med hensyn til størrelsen som varighed vil kunne opnås på et marked med virksom konkurrence, jf. forarbejderne til konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1, EU-Domstolens dom af 14. september 2017 i sag C-177/16, AK-KA/LAA, generaladvokat Wahls forslag til afgørelse af 6. april 2017 i samme sag og EU-Domstolens dom af 13. november 1975 i sag 26/75, General Motors.

Konkurrencerådet har i lyset af de strenge beviskrav, der stilles, ikke i tilstrækkelig grad godtgjort, at selskabets prisadfærd, der stod på i 6 måneder, gik videre end blot at være midlertidig og episodisk. Selskabet nedsatte endvidere sine priser efter kort tid, og inden selskabet blev bekendt med, at der var indgivet en klage til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Konkurrencerådet har i det væsentlige gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet anført navnlig, at CD Pharma har misbrugt sin dominerende stilling i perioden 28. april 2014 - 26. oktober 2014 ved direkte eller indirekte at have påtvunget Amgros en urimelig salgspris på 945 kr. pr. pakke for lægemidlet Syntocinon i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1, og TEUF artikel 102, litra a. Konkurrencerådet har derfor med rette meddelt CD Pharma påbud om straks at bringe overtrædelsen til ophør, såfremt dette ikke allerede var sket, og fremover at afstå fra adfærd, der har samme eller tilsvarende formål eller følge.

### *Dominerende stilling*

Vurderingen af, om en virksomhed har en dominerende stilling, er en helhedsbedømmelse, hvor alle relevante faktorer inddrages. CD Pharma har i betydeligt omfang kunnet udvise en uafhængig adfærd overfor konkurrenter og kunder og i sidste instans overfor forbrugerne på det relevante marked i 2014- og 2015-perioden. Rådet har i sin vurdering taget hensyn til de særlige karakteristika, der er specifikke for lægemiddelmarkedet, herunder at markedet som udgangspunkt er et budmarked, hvor prisen er låst i minimum ét år af gangen, at når der handles på spotmarkedet, kan prisen fastsættes hver 14. dag og at der stilles krav om eksempelvis markedsføringstilladelser for, at aktørerne kan agere på markedet.



CD Pharma var ved sin indtræden på markedet i april 2014 en relativt lille virksomhed. Til trods herfor havde CD Pharma en markedsandel på [60-70] % målt i volumen og [90-100] % målt i værdi i 2014-perioden og 100 % i 2015-perioden, hvilket indikerer, at CD Pharma havde en betydelig markeds-position. CD Pharma havde endvidere en betydelig markedsmagt, idet selskabet gennem sin aftale med Sigma-Tau var sikret en eksklusiv og direkte adgang til Syntocinon, modsat Orifarm, der som parallelimportør var afhængig af at kunne skaffe Syntocinon fra en leverandør, som i forvejen solgte produktet på et andet europæisk marked. Denne asymmetri gav CD Pharma en betydelig konkurrencemæssig fordel. Det følger endvidere af retspraksis, at parallelimportørers markedsstyrke er mindre, end hvad deres markedsandele indikerer, fordi de netop er afhængige af at kunne finde relevante leveringskilder.

Det var endvidere udelukkende CD Pharma, der kunne levere Amgros' residuale efterspørgsel, idet der ikke var andre leverandører, som havde den relevante markedsføringstilladelse, og idet CD Pharma var den eneste anden virksomhed, som havde meldt oxytocin ind på [medicinpriser.dk](http://medicinpriser.dk).

CD Pharma løb ikke nogen kommerciel risiko ved at sætte en høj pris på Syntocinon på spotmarkedet, idet Amgros' efterspørgsel var stabil og uafhængig af prisen. CD Pharma var således uafhængig af både konkurrenter og kunder ved fastsættelsen af prisen på Syntocinon i 2014-perioden. Konkurrencen var anderledes i 2015-perioden, men den strukturelle asymmetri mellem Orifarm og CD Pharma var den samme.

CD Pharma var kun i begrænset omfang udsat for et konkurrencemæssigt pres i forbindelse med udbuddet for 2015-perioden, idet Orifarm var den eneste anden potentielle byder. Det var klart for CD Pharma, at Orifarm ville have udfordringer ved at byde en konkurrencemæssig pris, og CD Pharma kunne erfaringsmæssigt få en relativt stor markedsandel, selv hvis Orifarm vandt udbuddet. CD Pharma ville være sikret minimum en ét-årig kontrakt med Amgros, hvis selskabet vandt udbuddet og ville på grund af aftalen med Sigma-Tau ikke være udsat for samme usikkerhed som Orifarm, der var den eneste anden leverandør på markedet. CD Pharma kunne derfor fortsat i betydeligt omfang handle og prissætte uafhængigt af Orifarm i 2015-perioden.

Den omstændighed, at CD Pharma afgav et tilbud på 78 kr. pr. pakke godtgør ikke, at selskabet ikke havde en dominerende stilling. Prisnedsættelser er ikke i sig selv uforenelige med den uafhængig-

hed, som er karakteristisk for en dominerende stilling, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 13. februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche.

På grund af de høje adgangsbarrierer på markedet var der heller ikke potentielle konkurrenter, som kunne lægge et betydeligt konkurrencemæssigt pres på CD Pharma. CD Pharmas aftale med Sigma-Tau sikrede CD Pharma en stabil leveringskilde og medførte, at potentielle parallelimportørers ekspansion eller indtræden på markedet blev vanskeliggjort. Hertil kom, at Sigma-Tau var den eneste virksomhed, der havde tilladelse til at markedsføre Syntocinon i Danmark fra i hvert fald 2009 til 1. maj 2017. Kravene i Amgros' rammekontrakt begrænsede desuden mulighederne for parallelimport, idet der kun kunne anvendes præcist samme lægemiddel, dispenseringsform og styrke.

Når det ikke var muligt for Orifarm i tilstrækkelig grad at begrænse eller forhindre CD Pharma i at anvende sin betydelige markedsstyrke, er det heller ikke sandsynligt, at andre potentielle parallelimportører ville kunne påvirke CD Pharmas markedsmagt i betydeligt omfang.

Potentielle generiske leverandører var blandt andet begrænset af, at det er en tidskrævende proces at opnå godkendelse af en markedsføringstilladelse – som udgangspunkt mellem seks og otte måneder. Sådanne potentielle generiske leverandører ville således hverken i 2014- eller 2015-perioden rettidigt kunnet have begrænset eller forhindret CD Pharma i at anvende sin markedsmagt.

Amgros var heller ikke i besiddelse af købermagt på et niveau, som kunne forhindre eller afskrække CD Pharmas adfærd, idet Syntocinon var et nødvendigt lægemiddel på alle sygehuse i Danmark.

Der gælder ikke en generel minimumsperiode for dominans. På det relevante marked er det set over en længere periode den leverandør, som har haft en eksklusiv distributionsaftale med Sigma-Tau, som har haft den absolut stærkeste position på markedet. I perioden 2009-2017, med undtagelse af 2014-perioden, havde den leverandør, der havde en aftale med Sigma-Tau, en markedsandel på 100 %.

Der er endvidere eksempler fra retspraksis, hvor perioder på ét år og otte måneder (Retten i Første Instans' dom af 30. januar 2007 i sag T-340/03, France Telecom mod Kommissionen) og ét år og to måneder (EU-Domstolens dom af 6. april 1995 i sag C-301/93 P, BPB) udgjorde en tilstrækkelig

væsentlig periode til at fastslå dominans. Generaladvokat J.-P. Warners forslag til afgørelse af 23. maj 1978 i sag 77/77, BP, er ikke relevant for denne sag, idet sagerne ikke er sammenlignelige.

Den omstændighed, at CD Pharma i seks måneder kunne hæve prisen med ca. 2.000 % over sin eneste konkurrent og alligevel sælge store mængder til Amgros, indikerer også, at CD Pharma indtog en dominerende stilling på markedet.

### *Misbrug*

CD Pharmas adfærd skal vurderes med udgangspunkt i "United Brand-testen", hvorefter det skal undersøges, om der består et urimeligt forhold mellem de faktisk afholdte omkostninger og den faktisk opkrævede pris og i bekræftende fald, om der er tale om påtvingelse af en pris, som enten i sig selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer er urimelig.

Rådet har udarbejdet en række analyser, der viser, at CD Pharma havde en profitmargin på [80-90] % pr. pakke og en markup på [500-600] %. CD Pharma opkrævede dermed en pris, som i betydelig grad oversteg CD Pharmas omkostninger, og der bestod derfor et urimeligt forhold mellem de afholdte omkostninger og den opkrævede pris.

Ved en pris på 945 kr. pr. pakke lå prisen desuden ca. 2.000 % højere end de historiske priser på lægemidlet, og prisen på det danske marked var desuden mellem [100-200] % og [8.300-8.400] % højere end CD Pharmas salgspriser i andre lande. Prisen var således i sig selv og i forhold til prisen for konkurrerende varer urimelig.

Det er ikke dokumenteret, at CD Pharma og Amgros skulle have indgået en eneleverandøraftale, men selv hvis dette var tilfældet, ville dette ikke begrunde CD Pharmas adfærd. Selskabet risikerede ikke at "brænde inde" med et års forbrug af Syntocinon, idet lægemidlets holdbarhed er fem år fra produktionsdatoen.

CD Pharmas prisadfærd var hverken midlertidig eller episodisk. Spotmarkedet er kendetegnet ved, at salgsprisen bliver fastsat hver 14. dag, og CD Pharma satte eller undlod at sænke prisen i en periode på seks måneder. Når perioden ses i sammenhæng med Amgros' generelle kontraktperiode på ét eller op til to år, kan den heller ikke anses for at være episodisk eller midlertidig.

## **Resultat og begrundelse**

Det er forbudt for en eller flere virksomheder at misbruge en dominerende stilling, jf. konkurrence-lovens § 11 og TEUF artikel 102.

### *Dominerende stilling*

Der foreligger en dominerende stilling, når en virksomhed indtager en økonomisk magtposition, som sætter virksomheden i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet virksomheden kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter, kunder og i sidste ende forbrugere. En dominerende stilling forudsætter, at indflydelsen har været eller kan forventes opretholdt over en vis periode.

Vurderingen af, om en virksomhed har en dominerende stilling, er en helhedsbedømmelse, hvor alle faktorer, som har betydning for, om den pågældende virksomhed kan handle uafhængigt, inddrages. Der skal tages hensyn til markedets konkurrencestruktur og især det konkurrencemæssige pres, der følger af den aktuelle konkurrence, den potentielle konkurrence og den modstående købermagt.

En virksomhed vil normalt blive anset for dominerende, hvis den har markedsstyrke i en periode lang nok til at gøre virksomheden i stand til at handle uafhængigt af konkurrenter og kunder, og som gør det muligt for virksomheden at opnå en økonomisk fordel i kraft af denne stilling. Kommissionen har i sin vejledning 2009/C 45/02 anført, at det afhænger af produktet og forholdene på det pågældende marked, hvad der skal forstås ved en væsentlig periode, men at en periode på to år normalt vil være tilstrækkelig. Konkurrenceankenævnet finder på denne baggrund, at der ikke gælder en generel minimumsperiode for dominans.

CD Pharma har haft en markedsandel målt i volumen på [60-70] % i perioden fra den 1. april 2014 til den 31. marts 2015 (2014-perioden) og på 100 % fra den 1. april 2015 til den 31. marts 2016 (2015-perioden). Målt i værdi var markedsandelen i 2014-perioden på [90-100] %. CD Pharma har også i kraft af den eksklusive distributionsaftale med Sigma-Tau haft en betydelig konkurrencemæssig fordel i forhold til Orifarm, der som parallelimportør ikke var sikret en fast adgang til Syntocinon. Orifarm var således også det eneste andet selskab, der leverede Syntocinon i Danmark i de to perioder. Den omstændighed, at markedet konkurrenceudsættes hvert år, har i en sådan situation mindre betydning for vurderingen af, om et selskab er dominerende i konkurrenceretlig forstand.

CD Pharma indtog derfor en økonomisk magtposition på markedet for Syntocinon i såvel 2014-perioden som 2015-perioden. Den eksklusive distributionsaftale med Sigma-Tau sammenholdt med Amgros' efterspørgsel, der som følge af behovet for Syntocinon var uafhængig af prisen, medførte desuden, at CD Pharma i begge perioder i betydeligt omfang har kunnet handle uafhængigt i forhold til sine konkurrenter og kunder.

Konkurrenceankenævnet lægger til grund, at det i perioden fra den 28. april 2014 til 26. oktober 2014, hvor CD Pharma opkrævede en pris på 945 kr. pr. pakke af lægemidlet Syntocinon, ikke var muligt for Orifarm at skaffe Syntocinon i tilstrækkelige mængder til at opfylde rammekontrakten med Amgros. CD Pharma var derfor i denne periode den eneste anden aktør på markedet. Konkurrencen fra potentielle nye aktører på markedet var også begrænset af kravet om markedsføringstil-ladelse, som erfaringsmæssigt kunne tage mere end 6 måneder at indhente, hvilket for dette marked med en løbende prisfastsættelse og udbud måtte anses for at udgøre en høj adgangsbarriere. CD Pharma indtog derfor i perioden med prisforhøjelsen i realiteten en monopollignende stilling på markedet. Konkurrenceankenævnet lægger i den forbindelse også vægt på, at CD Pharma var i stand til at hæve prisen med 2.000 % over en periode på ca. 6 måneder på et marked, hvor prisen fastsættes hver 14. dag.

Under disse omstændigheder og henset til lægemiddelmarkedets særlige konkurrencestruktur, herunder navnlig varigheden af udbud og prisfastsættelsesstrukturen på "spotmarkedet", har CD Pharmas indflydelse på markedet bestået i en periode, der må anses for væsentlig for det pågældende marked.

Konkurrenceankenævnet tiltræder med disse bemærkninger, at CD Pharma indtog en sådan stilling på markedet, at virksomheden i betydelig grad kunne handle uafhængigt, og at virksomheden derfor indtog en dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.

### *Misbrug*

På baggrund af oplysningerne om CD Pharmas profitmargin på [80-90] % og markup på [500-600] % tiltræder Konkurrenceankenævnet, at der i 2014-perioden bestod et urimeligt forhold mellem den af CD Pharma fastsatte pris på 945 kr. pr. pakke Syntocinon og CD Pharmas omkostninger forbundet med salget af Syntocinon. Det forhold, at CD Pharma ikke ønskede at "brænde inde" med et større parti Syntocinon, kan heller ikke begrunde en prisstigning fra 45 kr. til 945 kr. pr. pakke. Konkurrence-

ankenævnet lægger ved vurderingen heraf vægt på, at efterspørgslen efter Syntocinon i Danmark har været konstant i en længere årrække, og at lægemidlet desuden har en holdbarhed på 5 år. Prisstigningen har alene været mulig som følge af en prisafhængig efterspørgsel på et konkurrenceafskærmet marked og har været opretholdt i 6 måneder på et marked med løbende prisfastsættelse. Prisstigningen kan i et sådant tilfælde ikke anses for at have været episodisk eller midlertidig. Konkurrenceankenævnet tiltræder derfor, at CD Pharma har påtvunget Amgros en urimelig prisstigning.

Konkurrenceankenævnet tiltræder derfor, at CD Pharma har misbrugt sin dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, og TEUF artikel 102, ved at have opkrævet en urimelig høj pris på 945 kr. for lægemidlet Syntocinon i perioden 28. april 2014 - 26. oktober 2014.

### **Herefter bestemmes**

Konkurrencerådets afgørelse af 31. januar 2018 stadfæstes.

Palle Bo Madsen

John Christensen

Claus Berg

Birgitte Sloth

Jon Stokholm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Konkurrenceankenævnet den 29. november 2018

**Sign. af Erhvervsstyrelsen**

Dorthe Hylleberg

kontorfuldmægtig