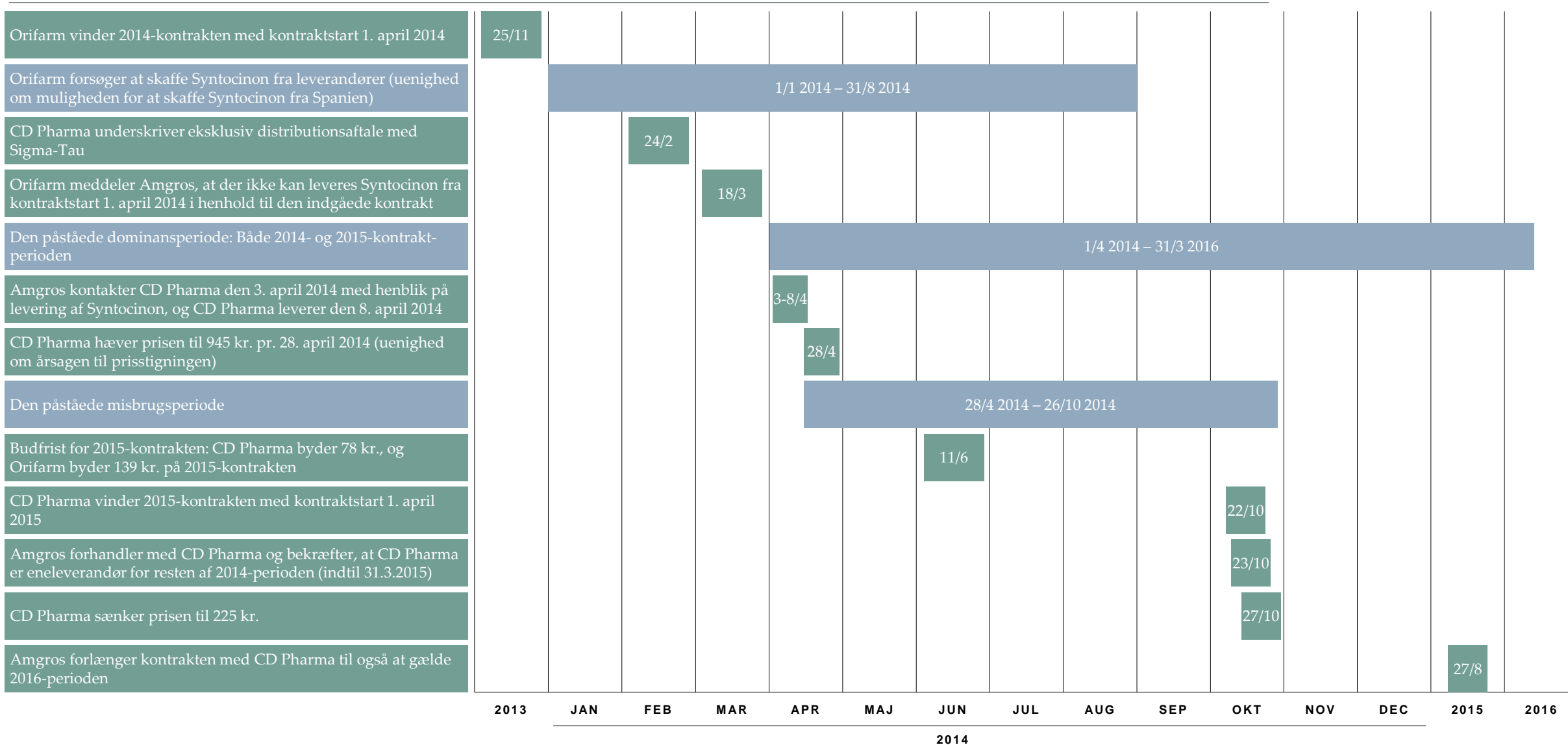

6. JUNI 2019

CD Pharma-sagen (selskabets kommentarer)

Frederik André Bork
fab@bruunhjejle.dk

To kontraktperioder i udbud: 2014-kontrakten (1.4.2014-31.3.2015) og 2015-kontrakten (1.4.2015-31.3.2016)



CD Pharma

- Enkeltmandsejet, svensk registreret aktieselskab med **1-2 ansatte**
- Årlig omsætning på verdensplan på **2 mio. kr. og 17 mio. kr.** i 2013 og 2014

Orifarm

- Dansk registreret aktieselskab og en del af Orifarm-koncernen
- Den **største parallelimportør** af lægemidler i **Europa** og den **største leverandør** af lægemidler i **Danmark**
- Årlig omsætning på verdensplan på ca. **5,5 mia. kr.** i hhv. 2013 og 2014

Amgros

- Regionernes lægemiddelorganisation, som indkøber lægemidler på vegne af hospitalerne
- Indkøber **99 %** af de lægemidler, der anvendes på offentlige sygehuse i Danmark

2015-kontraktperioden

Konkurrence om kontrakten

- Amgros afholdt udbud
 - Budfrist medio juni 2014, kontraktstart 1. april 2015
- Orifarm og CD Pharma afgav begge tilbud
- Orifarm fandt sig i stand til at byde og opfylde kontrakten
- Hvordan skulle CD Pharma kunne agere uafhængigt af Orifarm?

2014-kontraktperioden

Varemangel ikke dokumenteret

- Store volumener i Spanien, som Orifarm ikke søgte
 - Orifarm kontaktede ikke spanske leverandører (men indhentede erklæringer "på bagkant")
 - Orifarm havde en markedsføringstilladelse for Spanien
- Markedsføringstilladelser kunne indhentes hurtigt
- Orifarm forsøgte ikke at skaffe Syntocinon efter august 2014

Kravet om dominans "i en væsentlig periode" er (under alle omstændigheder) ikke opfyldt

- 6 måneders periode (som residualleverandør) er ikke tilstrækkeligt

Konkurrencerådets afgørelse af 10. oktober 2018, Godkendelse af Molslinjen A/S' erhvervelse af enekontrol med Danske Færger A/S:

"... I budmarkeder vil der ofte være en konkurrence i budfasen, som indebærer, at den vindende virksomhed ikke kan agere uafhængigt af de øvrige aktører i markedet. Dette kan også være tilfældet, selv om en specifik virksomhed har vundet den pågældende ydelse."

1) Kommissionen i Guidance Paper (2009/C 45/02) om kravet til varigheden af dominans:

"Hvad der skal forstås ved en væsentlig periode, afhænger af produktet og forholdene på det pågældende marked, men normalt vil en periode på to år være tilstrækkelig."

2) Generaladvokat J.-P. Warners forslag til afgørelse af 23. maj 1978 i sag 77/77, BP, side 1537, om midlertidig vareknaphed og anvendelsen af TEUF artikel 102:

"Det virkelige spørgsmål her er efter min mening, om Kommissionen er berettiget til at antage, at artikel 86 [102], i sin rigtige fortolkning, er anvendelig under omstændigheder, hvor den enkelte leverandørs kunder eller »sædvanlige« købere kan blive afhængige af ham som følge af en nødsituation, der bevirker midlertidig knaphed på forsyninger med en bestemt vare. Det tror jeg ikke."

1) Adfærd ikke udtryk for et misbrug

- CD Pharmas adfærd var udtryk for en rimelig risikoafdækning forårsaget af aftalebrud fra Amgros

2) Pris ikke urimelig høj

- Konkurrenceankenævnet/Konkurrencerådet inddrager ikke alle CD Pharmas omkostninger

3) Pris midlertidig og episodisk

- Betingelsen om, at en urimelig høj pris skal være "*vedvarende*" og dermed bestå "*i et vist stykke tid*" / "*i en længere periode*" for at udgøre et misbrug, er ikke opfyldt

- Lidt retskilder...

1) EU-Domstolens dom af 14. september 2017 i sag C-177/16, AKKA/LAA, præmis 56:

"56. Det skal i denne forbindelse fremhæves, at som generaladvokaten har anført i punkt 10[8] i forslaget til afgørelse, skal afvigelsen være af en vis størrelse, for at de pågældende takster kan anses for at udgøre et "misbrug".
Endvidere skal denne afvigelse bestå i et vist stykke tid og må ikke være midlertidig eller episodisk."

2) Generaladvokat Wahl i forslag til afgørelse af 6. april 2017 i AKKA/LAA-sagen:

" 108. ... Den omstændighed, at der forekommer perioder med høje priser sammen med perioder med lave priser, anses i den økonomiske litteratur for at være »i overensstemmelse med et velfungerende konkurrencedygtigt marked«.
Dermed er det efter min opfattelse usandsynligt, at en pris, som løbende ændrer sig og kun lejlighedsvis ligger over det konkurrencedygtige niveau, giver anledning til alvorlige konkurrencemæssige problemer. Kun når en pris forbliver (eller regelmæssigt er) højere end benchmarkprisen i en længere periode, kan denne pris udgøre misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF. Denne tilgang underbygges af General Motors-dommen."