Insolvensaftalen - ulovligt apotekersamarbejde

Journal nr. 3/1120-0289-0090/SEK/MM

Rådsmødet den 30. november 2005

Resumé

1. Sagen vedrører en såkaldt insolvensordning, som tre medicinalgrossister, (Nomeco A/S, K. V. Tjellesen A/S og A/S Max Jenne), sammen med Danmarks Apotekerforening har etableret.

2. Ordningen har til formål at hjælpe insolvente apoteker på økonomisk fode. Derudover er det et led i ordningen, at apoteker som har en stor underbalance (underbalance der overstiger 1 mio. kr.) får fastlåst deres samhandelsmønster. Det betyder i praksis, at et apotek med en stor underbalance ikke har mulighed for at skifte leverandør.

3. Konkurrencestyrelsen vurderer, at insolvensordningen konkret har udmøntet sig i en række horisontale og vertikale aftaleforhold.

4. Der eksisterer således horisontale aftaler mellem de tre medicinalgrossister. Disse horisontale aftaler indeholder bl.a. en bestemmelse som betyder, at de tre medicinal grossister deler markedet for så vidt angår insolvente apoteker.

5. En horisontal markedsdelingsaftale er en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6, da den har som sit formål at begrænse konkurrencen. De horisontale aftaler betyder således, at konkurrencen mellem de tre medicinalgrossister begrænses, for så vidt angår insolvente apoteker.

6. Derudover eksisterer der en række vertikale aftaler mellem Danmarks Apotekerforening og de tre medicinalgrossister.

7. Danmarks Apotekerforening har taget initiativ til at etablere ordningen, og insolvensordningen ville ikke kunne gennemføres uden foreningens medvirken.

8. Det er således Danmarks Apotekerforening, som har administreret insolvensordningen, og Apotekerforeningen har ydermere betalt en stor del af omkostningerne ved ordningen. Derudover er det Danmarks Apotekerforening, som har størst interesse i ordningen, da det er foreningens medlemmer, som med ordningen sikres økonomisk overlevelse.

9. De vertikale aftaleforhold er således nødvendige for at insolvensordningen har kunnet eksistere. De vertikale aftaler begrænser endvidere konkurrencen mellem de tre medicinalgrossister, da aftalerne er med til at sikre en markedsdeling mellem de tre medicinalgrossister.

10. Såvel de horisontale som de vertikale aftaler udgør en konkurrencebegrænsende aftaler i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 81.

11. Det skal i forlængelse heraf vurderes, om aftalerne udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning.

12. De horisontale aftaler udgør en klar overtrædelse, hvor det som udgangspunkt ikke er nødvendigt at påvise, at aftalerne udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning. EF-domstolen har dog fastslået, at aftalerne skal vedrøre en minimumdel af markedet.

13. Da ordningen blev etableret i januar 1998, havde i alt 22 apoteker en så stor underbalance, at deres samhandelsmønster blev fastlåst. De involverede apotekers omsætning udgjorde 6,1 % af markedet, og frem til og med 2003 var andelen af markedet som havde fastlåst deres samhandelsmønster mellem 4,2 og 6,4 %. I 2004 udgjorde andelen af apoteker, som havde fastlåst deres markedsandel 2,8 % af markedet. Styrelsen finder på denne baggrund, at aftalen samlet set for perioden 1998 til 2004 har udgjort en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 81.

Afgørelse

14. Det meddeles medicinalgrossisterne Nomeco A/S, Max Jenne A/S og K.V. Tjellesen A/S samt Danmarks Apotekerforening, at insolvensordningen set samlet for perioden 1998 til 2004 har udgjort en mærkbar konkurrencebegrænsning, i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 81.

Sagsfremstilling

Indledning

15. Konkurrencestyrelsen modtog i efteråret 2004 oplysninger om, at der mellem tre medicinalgrossister og Danmarks Apotekerforening eksisterede en såkaldt "insolvensordning". Efter det oplyste indgik det i aftalen, at insolvente apoteker under aftalen ikke måtte ændre deres indkøbsmønster.

16. På denne baggrund gennemførte Konkurrencestyrelsen den 2. december 2004 et uanmeldt kontrolbesøg hos tre medicinalgrossister: Nomeco, K.V. Tjellesen og Max Jenne. Derudover gennemførte styrelsen besøg hos Danmarks Apotekerforening, som efter det oplyste administrerer insolvensordningen.

17. Under kontrolbesøgene fandt styrelsen beviser for, at der mellem de tre medicinalgrossister: K.V. Tjellesen, Max Jenne og Nomeco eksisterer en aftale, der indebærer, at insolvente apoteker, som bliver kategoriseret som såkaldte "kvalificeret insolvente", forpligter sig til ikke at ændre deres indkøbsmønster så længe aftalen løber. Det betyder i praksis, at konkurrencen mellem grossisterne er elimineret i forhold til de apoteker, som er kategoriseret som kvalificeret insolvente. Ydermere har en fastlåsning af samhandelsmønstret for de insolvente apoteker den konsekvens, at de ikke kan ændre deres indkøbsmønster, selvom det kan være nødvendigt for at optimere de rabatter, som det fra 2000 blev lovligt for medicinalgrossisterne at yde apotekerne.

18. Det fremgik endvidere, at Danmarks Apotekerforening havde taget initiativ til at etablere aftalerne, og at aftalerne ikke ville have kunnet gennemføres uden Danmarks Apotekerforenings medvirken.

Insolvensordningen

19. Insolvensordningen har eksisteret siden januar 1998, og ordningen opstod i forlængelse af Danmark Apotekerforenings akkordudvalg.

20. Akkordudvalget havde til opgave at behandle sager med insolvente apoteker, som henvendte sig til Danmarks Apotekerforening. Udvalgets arbejde bestod navnlig i at få afviklet apoteker, som ved deres funktionsperiodes udløb havde underskud.

21. I langt de fleste tilfælde gik de usikrede kreditorer, som typisk var skattevæsenet og medicinalgrossisterne, med til en akkord og undlod at erklære apotekeren konkurs.

22. Danmarks Apotekerforening fandt det problematisk, at akkordudvalget fik forelagt problemerne på et tidspunkt, hvor enten hele leverandørkreditten var opbrugt, eller et ophør nærmede sig. Det var endvidere et gennemgående træk, at omfanget af de økonomiske problemer var meget betydelige, eller at den tidshorisont, der var til rådighed for en løsning af underbalanceproblemerne, var overordentlig kort. Samtidig var antallet af insolvente apoteker stærkt stigende.

23. Danmarks Apotekerforening tog på denne baggrund initiativ til oprettelse af insolvensordningen. Foreningen rettede henvendelse til de tre store medicinalgrossister for sammen med dem at etablere en ordning, der kunne være med til at sikre de insolvente apoteker mod at gå konkurs. Målsætningen med etableringen af "insolvensordningen " var at fremrykke erkendelses- og reaktionstidspunktet i forhold til en eventuel insolvens. Samtidig var det et vigtigt led i ordningen, at driften af apotekerne blev optimeret, så de store underskud kunne elimineres.

24. Max Jenne, Nomeco og K.V. Tjellesen samt Danmarks Apotekerforening etablerede på denne baggrund insolvensordningen. Såvel Nomeco som K.V. Tjellesen har udtalt, at de fandt det vanskeligt at undslå sig fra at gå ind i ordningen, da det ville have været et dårligt signal til virksomhedens kunder (apotekerne). Det må antages, at apotekerne ville få at vide, hvilken leverandør, som ikke ville "hjælpe". Det kunne betyde, at apotekerne ville skifte leverandør, hvilket apoteket kunne gøre uden omkostninger, da priserne på medicinalvarer er identiske hos de forskellige leverandører. Det

fremgår endvidere af et referat af et møde i grossistforeningen (bilag 1), at K.V. Tjellesen udtrykte direkte modstand mod at gå med i ordningen.

25. I kontrast hertil har Danmarks Apotekerforening på et møde udtalt, at der var enighed blandt alle grossisterne om ordningen. (Se mødereferat af 27. juni 2005 bilag 2)

26. Til trods for den erklærede modstand mod ordningen, indgik alle tre grossister sammen med Danmarks Apotekerforening en aftale om, at hvis apotekerne underskrev en aftale om "formuemæssig konsolidering og gældsafvikling", så ville grossisterne dække et eventuelt underskud, når apotekerens funktionsperiode udløb, og grossisterne ville forsætte med at give usikret kredit til de insolvente apoteker. Derudover indgik det som led i ordningen, at det enkelte apotek skulle pålægges en forpligtelse til ikke at ændre sit indkøbsmønster, så længe aftalen under solvensordningen var i kraft. Danmarks Apotekerforenings aftalemæssige forpligtelser omfatter administration af insolvensordningen, samt betaling af en del af de advokatomkostninger, som følger af ordningen.

27. På baggrund af den indgåede aftale skrev Max Jenne, Nomeco, K.V. Tjellesen og Danmarks Apotekerforening ud til samtlige apotekere og anbefalede, at apotekerne afgav en frivillig erklæring til grossisterne, såfremt der efter visse nærmere angivne kriterier forelå insolvens. Medicinalgrossisterne og Danmarks Apotekerforenings skrivelse vedlægges som bilag 3.

28. Erklæring om insolvens skulle fremsendes til de medicinalgrossister, som havde leverancer til apoteket. Det var på det tidspunkt det mest almindelige at et apotek handlede med mere end én af de tre grossister. På baggrund af oplysninger fra den enkelte apoteker blev der foretaget en vurdering af, hvorvidt apoteket måtte betragtes som insolvent. Vurderingen af, hvorvidt et apotek var insolvent blev foretaget af Danmarks Apotekerforening i samarbejde med foreningens advokater. Hvis apoteket var betydelig insolvent (negativ egenkapital i størrelsesordenen 1 million kr.) blev apoteket tilbudt at indgå en aftale med medicinalgrossisterne under insolvensordningen.

29. Det var Danmarks Apotekerforening som administrerede de indgåede aftaler. Indgåelse af en aftale under insolvensordningen medfører flere forpligtelser for apotekerne. Apotekerne pålægges således en forpligtelse til ikke at foretage nye større investeringer, uden dette blev godkendt af Apotekerforeningen. Derudover følger det af aftalerne, som indgås under insolvensordningen, at det enkelte apotek pålægges en forpligtelse til ikke at ændre deres samhandelsmønster, så længe aftalen er i kraft. Som eksempel på en aftale indgået under insolvensordningen vedlægges som bilag 4 "Aftale vedrørende formuemæssig konsolidering og gældsafvikling" indgået mellem apoteker xxxx og Nomeco, Max Jenne og K.V. Tjellelsen.

30. Arbejdsfordelingen i forbindelse med insolvensordningen var, at Danmarks Apotekerforening administrerede ordningen, og betalte en væsentlig del af de advokatudgifter, som var forbundet med administration af ordningen. Grossisterne opgaver under ordningen bestod i, forsat at yde usikret kredit til insolvente apoteker. Derudover betalte grossisterne en del af de advokatudgifter, som var en følge af ordningen.

31. I forlængelse heraf har Nomeco i sit høringssvar anført, at grossisterne som led i ordningen påtog sig en betydelig tabsrisiko. Derfor ønskede grossisterne en fastlåsning af samhandelsmønstret, så den enkelte grossist kunne imødese en vis minimumsomsætning hos den insolvente apoteker som en rimelig kompensation/modydelse. Uden denne sikkerhed var det kommercielt uforsvarligt at indgå i ordningen.

32. Nomeco har yderligere oplyst, at selskabets samlede tab på ordningen kan opgøres til xxxx, fordelt på fem apoteker. I denne forbindelse understreger Nomeco, at hovedparten af de apoteker, som i øvrigt at været omfattet af ordningen, blev solvente inden funktionsperiodens udløb. Det understreges således, at de forudsete forventninger til hvornår en insolvent apoteker igen blev solvent, normalt holdt stik.

Apoteker under insolvensordningen

33. Grossisterne og Danmarks Apotekerforenings rundskrivelse i 1997 til samtlige apoteker i Danmark gav anledning til, at i alt 39 apoteker indsendte erklæring om, at de var mere eller mindre insolvente.

34. De apotekere, der havde skrevet til apotekerforeningen, blev inddelt i tre grupper. "Gruppe 1" omfattede alvorligt insolvente apotekere, hvilket udgjorde 22 af de apotekere, som havde rettet henvendelse. "Gruppe 2" omfattede apotekere med underbalance, der ikke var bagatelagtig, men heller ikke er stor eller vedvarende, mens "gruppe 3" var apotekere med en bagatelagtig underbalance. Bagatelgrænsen var fastsat til en negativ egenkapital på kr. 250.000,-. 16 af de apoteker, som oprindelig havde henvendt sig til apotekerforeningen, blev kategoriseret som gruppe 2'er og 1 enkelt blev kategoriseret som gruppe 3'er apoteker. I perioden 1998 til 2003 har yderligere 5 apoteker indsendt insolvens erklæring. Et af disse apoteker er

blevet kategoriseret som gruppe 1'er, mens de 4 andre er blevet kategoriseret som gruppe 2'er. Der er ikke siden 2003 nogen apoteker, som har indsendt insolvenserklæring.

35. De apoteker, som blev kategoriseret som gruppe 2 eller 3, blev ikke tilbudt en aftale under solvensordningen. Disse apoteker kom derimod med under en opfølgningsordning, der betyder, at de én gang om året giver en tilbagemelding til grossisterne om, hvordan apotekets økonomiske situation har udviklet sig i løbet af året.

36. Efter det for styrelsen oplyste, er det alene gruppe 1 apotekerne, som blev underlagt en forpligtelse til ikke at ændre deres samhandelsmønster. Ikke desto mindre fremgår det af de udarbejdede opfølgningsrapporter, at der også er blevet holdt øje med omsætningsfordelingen hos de apoteker, der blev kategoriseret som gruppe 2'er, og de apoteker, som blev tilbudt en aftale under ordningen, men som ikke ønskede at indgå en aftale under insolvensordningen.

37. De apoteker, som blev kategoriseret som gruppe 1 apoteker, blev tilbudt en aftale under insolvensordningen. Som det fremgår af bilag 4, er det eksplicit anført i aftalen, at apotekeren pålægges en forpligtelse til ikke at ændre sit indkøbsmønster, så længe aftalen er i kraft.

38. Det fremgår endvidere af et referat af et grossistmøde afholdt den 14. august 1997 (bilag 5), at alle de apoteker, som blev klassificeret som gruppe 1 apoteker, fik fastlåst deres samhandelsmønster med virkning fra 31.12 året før. Der anføres således følgende i referatet:

"*Peter Clemmesen [K.V. Tjellesen] spørger så om, fra hvornår andelen skal være fastlåst, enten den 30.06. eller den 31.12. Peter Bjørn [Nomeco] gør rede for 2 forhold, og vi bliver enige om, at datoen skal være den 31.12. for at undgå enhver mistanke om, at indklassificering som type 1 eller type 2 er sket på baggrund af et ønske om, at markedsandelen skal være fastlåst*"

39. Det fremgår af ovennævnte citat, at det ikke alene var de apoteker, som indgik en aftale under insolvensordningen, som fik fastlåst deres samhandelsmønster. Det var samtlige apoteker, som blev kategoriseret som kvalificeret insolvente (gruppe1), som fik fastlåst deres samhandelsmønster. At fastlåsningen også blev håndhævet overfor de apoteker, der ikke havde indgået en aftale under ordningen fremgår af, at Nomeco i en skrivelse af 18. august 2000 (bilag 6) til apotekeren i xxxx har anført følgende:

"Vi har i den seneste tid konstateret, at Nomeco har fået en større andel af leverancerne, hvilket formentlig er utilsigtet, og under alle omstændigheder uhensigtsmæssigt, ikke mindst fordi De står over for pensionering.

Vi beder Dem derfor genoptage det oprindelige samhandelsmønster, dvs. det der var gældende på det tidspunkt, hvor solvenserklæringen blev indgivet."

40. Det bemærkes i forlængelse heraf, at advokat Saskia Krüger Larsen overfor styrelsen har oplyst, at apotekeren i xxxxx ikke har indgået en aftale under insolvensordningen.

41. På baggrund af det ovenfor anførte finder styrelsen det bevist, at apotekere, som har indgivet en insolvenserklæring til sine grossister, og som er blevet kategoriseret som gruppe 1 apotek, har været underlagt en forpligtelse til at opretholde samme samhandelsmønster, også selvom apoteket ikke har underskrevet en egentlig aftale under solvensordningen.

42. Som det fremgår af ovenstående var der nogle apotekere, som skrev til Apotekerforeningen og underrettede om insolvens, men som ikke efterfølgende ønskede at underskrive en aftale under ordningen. Danmarks Apotekerforening har på et møde oplyst, at årsagen til, at nogle apoteker ikke ønskede at indgå en aftale under insolvensordningen var for nogen vedkommende, at de var utilfredse med advokatindsatsen, og fra andres vedkommende, at de ikke kunne lide de udmeldinger, som Apotekerforeningen kom med. Af de 22 apoteker som blev kategoriseret som gruppe 1'er underskrev i alt 12 apoteker en aftale under insolvensordningen.

43. Konkurrencestyrelsen skal hertil bemærke, at som anført ovenfor, så fremgår det af sagens bilag 5 og 9, at alle apoteker, som blev kategoriseret som gruppe 1 apotek, fik fastlåst deres samhandelsmønster. Styrelsen finder derfor, at det ved opgørelse, af hvor stor del af markedet som har været underlagt denne begrænsning er korrekt at medregne samtlige apoteker i gruppe 1.

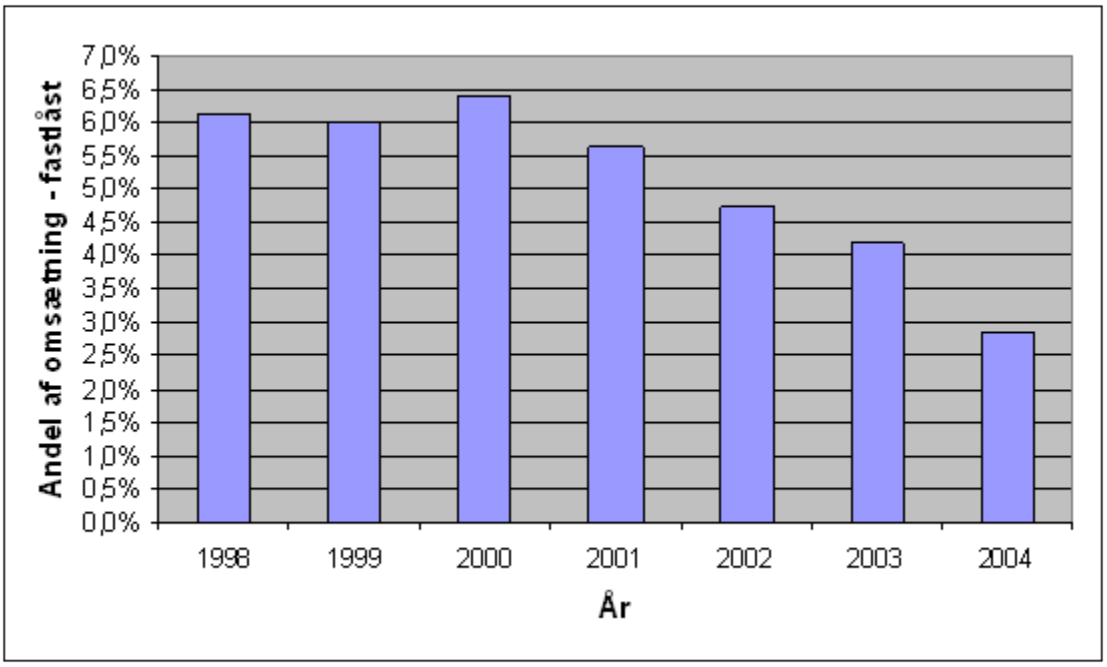
Oversigt over apoteker med fastlåsning af samhandelsmønster

Apotek	Fastlåst samhandels-mønstret fra den	Fastlåsningen ophævet den
xxxx	31. december 1997	13. juli 2005
xxxx	31. december 1997	31.december 2004
xxxx	31. december 1997	15. februar 2001
xxxx	17. juni 1999	Stadig fastlåst samhandelsmønster
xxxxx	31. december 1997	Stadig fastlåst samhandelsmønster
xxxx	Opnormeret til gruppe 1 apotek i 2000	Stadig fastlåst samhandelsmønster
xxxx	31. december 1997	Stadig fastlåst samhandelsmønster
xxxx	31. december 1997	1. december 2000
xxxx	31. december 1997	11. januar 2004
xxxx	31. december 1997	1. september 2002
xxxx	31. december 1997	16. februar 2001
xxxx	31. december 1997	30. oktober 2000
xxxx	31. december 1997	25. marts 2003.
xxxx	31. december 1997	1. juni 2003
xxxx	31. december 1997	1. marts 2000
xxxx	31. december 1997	25. marts 2003
xxxx	31. december 1997	30. juni 1998
xxxx	31. december 1997	1. januar 2004
xxxx	31. december 1997	1. januar 2004
xxxx	31. december 1997	Stadig fastlåst samhandelsmønster
xxxx	31. december 1997	30. november 2001
xxxx	31. december 1997	Stadig under insolvensordningen
xxxx	31. december 1997	April 2001
xxxx	31. december 1997	Udgået af ordningen i 2004.

År	Andel af omsætning for samtlige apoteker som var fastlåst
1998	6,1 %

1999	6,0 %
2000	6,4 %
2001	5,6 %
2002	4,8 %
2003	4,2 %
2004	2,4 %

Figur 1: Andel af samtlige apotekeres omsætning, der har været fastlåst som følge af insolvensordningen



44. Figur 1 illustrerer hvor stor andel af samtlige apoteker – målt i omsætning - som havde fastlåst deres omsætning fra 1998 til 2004. Omsætningstal for 2005 er endnu ikke tilgængelige, hvorfor der ikke er statistik på, hvor stor procentdel af omsætningen, der har været fastlåst i de første 10 måneder af 2005.

Virksomhederne

45. De tre landsdækkende medicinalgrossister: K.V. Tjellesen, Nomeco og Max Jenne danner tilsammen brancheorganisationen MEGROS, som traditionelt har været eneste forsyningskilde af såvel lægemidler som sygeplejeartikler mv. til landets apoteker. Indtil videre er der kun få eksempler på, at producenter/importører har distribueret deres produkter uden om grossisterne.

46. K.V. Tjellesen A/S er et aktieselskab, som har hjemsted i Danmark. Selskabets formål er at drive engroshandel med medicinalvarer og beslægtede varer såvel i indland som i udland. Tjellesen er opdelt i en leverandør og en apoteksafdeling. Leverandørafdelingen har til huse i Skovlunde, mens apotekerafdelingen befinder sig i hovedsædet i Rødovre.

47. K.V. Tjellesens omsætning lå i 2003 på ca. 2.8 mia. kr.

48. Nomeco A/S er den største af de tre medicinalgrossister med en årlig omsætning på 8,3 mia. kr. i 2003/2004. Selskabets formål er bl.a. handel med lægemidler i grossistledet. Nomeco har filialer i Herlev, Århus, Aalborg, Kolding og Odense, samt en række helejede datterselskaber.

49. Organisatorisk er Nomeco opdelt i to divisioner (LeverandørDivisionen og ApoteksDivisionen) samt en række serviceafdelinger.

50. Leverandørdivisionen varetager forskellige servicefunktioner for medicinalproducenter og –importører og er baseret på samarbejdsaftaler med leverandørerne omkring planlægning, ordredisponering, import, lagring ordremodtagelse, fakturering og distribution.

51. Apoteksdivisionen står for engrossalget af lægemidler mv. til landets apoteker og sygehusapoteker og tilbyder en række serviceydelser til apotekerne inde for lagerstyring, rådgivning om vareopsætning og varedeling, andre salgsfremmende tiltag, it-bistand mv.

52. Max Jenne er den mindste af de danske grossister med en omsætning i 2002/2003 på ca. 1,1mia kr.

53. Virksomheden beskæftiger sig også med særlige serviceydelser over for leverandørerne, men driver en mere traditionel engrosvirksomhed. Max Jenne har afdelinger i Vejle og Aalborg, men hovedsædet ligger i Åbenrå.

54. Danmarks Apotekerforening er apotekernes arbejdsgiver- og brancheorganisation. Foreningen har 268 medlemmer, som er opdelt i ni kredse. Det overordnede ansvar for foreningens aktiviteter og politiske virksomhed varetages af bestyrelsen, der består af syv personer, herunder formanden Niels Kristensen, der er apoteker i Lyngby.

55. Foreningssekretariatet på ca. 70 ansatte står for den daglige servicering af medlemmerne.

Markedsbeskrivelse

Markedet for engrosdistribution af medicinalvarer

56. Omsætningen på markedet for grossistdistribution af medicinalvarer i Danmark ligger på omkring 12 mia. kr.

57. Der er tale om et koncentreret marked med kun 3 aktører, nemlig Nomeco med ca. 70% af markedet samt K.V. Tjellesen og Max Jenne med hhv. ca. 20% og 10% af markedet. Alle 3 er i princippet landsdækkende, men Tjellesen leverer hovedsagligt øst for Storebælt og Max Jenne hovedsagligt vest for Storebælt.

58. Der kræves særlig tilladelse til at drive grossistvirksomhed på lægemiddelmarkedet i Danmark, og der er fastsat regler om håndteringen af lægemidler, som virksomhederne skal overholde. Men bortset herfra er grossistledet på dette marked ikke underkastet særligt restriktive regler.

59. Alle 3 lægemiddelgrossister forhandler og markedsfører hver især samtlige fabriksfremstillede lægemidler, der er godkendt til markedsføring i Danmark. Dette skyldes ikke en lovmæssig forpligtelse men det forhold, at grossisternes kunder, dvs. apotekerne, er forpligtede til hurtigt at kunne fremskaffe ethvert godkendt præparat.

60. Det har siden 1. juli 2000 været tilladt lægemiddelleverandører at yde omkostningsbetingede rabatter til apotekerne (indtil da havde enhver form for rabatgivning været forbudt). Den relevante bestemmelse findes i bekendtgørelse om reklame for lægemidler, hvor der i § 8 står:

"*Stk 1. Der må ikke i reklameøjemed eller i øvrigt for at fremme salget af lægemiddel:*

Ydes, tilbydes eller loves medicinalpersoner økonomiske fordele, herunder rabatter, bonusbetalinger og lignende eller naturalier,

eller

afholdes konkurrencer for og udloddes præmier til medicinalpersoner..

Stk. 4. Forbudet i stk. 1 omfatter ikke rabatter, der modsvares af en omkostningsbesparelse hos leverandøren (omkostningsbegrundede rabatter). Rabatten skal stå i rimeligt forhold til omkostningsbesparelsen. Rabatten skal bestå af et nedslag i prisen og må kun ydes til den direkte køber af lægemidlet.".

61. Adgangen til at give omkostningsbetingede rabatter har medført, at det enkelte apotek kan opnå større rabatter, hvis de samler deres indkøb hos én grossist. For apoteker under insolvensordningen betyder det, at apoteket, på grund af fastlåsningen af samhandelsmønstret, ikke har haft mulighed for at optimere sine rabatter. Man skal i den forbindelse huske på, at det tidligere var det normale, at et apotek havde 2 til 3 leverandører samtidigt.

62. Danmarks Apotekerforening har i sit høringssvar (bilag 7) fremhævet, at et enkelt apotek kan opnå større omkostningsbestemte rabatter, hvis indkøbet samles, ikke nødvendigvis hos én grossist, men i færre daglige/ugentlige ordrer.

63. Foreningen har i forlængelse heraf anført, at for at få del i de omkostningsbestemte rabatter samler apotekerne nu deres indkøb. Mange har således en daglig ordre, eventuelt suppleret med en enkelt nul/minus ordrer (ordre med vare som er blevet lovet kunder eller hvor apoteket er udgået for varen.). Ved fastholdt samhandelsmønster kan apoteket forsat optimere de omkostningsbestemte rabatter ved at handle i store ordrer hos grossisterne frem for mange mindre ordrer. Hvis apoteket har flere grossister, kan man således fordele varekøbet pr. grossist pr. ugedag.

64. Styrelsen skal i forlængelse heraf bemærke, at det ikke desto mindre fremgår af referat af møde i Megros den 27. januar 2003 (bilag 8), at grossisterne ikke ser nogen mulighed for at yde omkostningsbegrundende rabatter.

Markedet for detailsalg af lægemidler

65. Salg af lægemidler til forbrugerne er (på nær enkelte håndkøbslægemidler) forbeholdt apotekerne. Forbrugerpriserne fastsættes af lægemiddelstyrelsen på baggrund af de apoteksindkøbspriser, som indberettes af leverandørerne.

66. Adgang til at drive et apotek forudsætter en bevilling, der meddeles af indenrigs- og sundhedsministeren. For at kunne komme i betragtning skal ansøgeren have en farmaceutisk kandidateksamen eller en tilsvarende udenlandsk eksamen.

Aftale mellem de tre medicinalgrossister

67. Det eksakte indhold af insolvensordningen er ikke nedskrevet i et enkelt dokument. Det nærmere indhold af aftalen må derfor fastlægges ud fra en lang række mødereferater, mails m.m., som styrelsen fandt under de gennemførte kontrolbesøg.

68. Det fremgår ikke af den indledende skrivelse, som blev fremsendt til samtlige apoteker, at apotekerne vil blive pålagt en forpligtelse til at opretholde samme samhandelsmønster med medicinalgrossisterne, hvis de indgår en aftale under insolvensordningen. Forpligtelsen til ikke at ændre sit indkøbsmønster fremgår derimod af den standardskrivelse (bilag 9), som fremsendes til apotekere, der indgiver en insolvenserklæring. I skrivelsen anføres bl.a. følgende:

"Indtil der er taget stilling til det videre forløb, beder vi Dem om at bibeholde det nuværende samhandelsforhold mellem apoteksgrossisterne"

69. Skrivelsen er underskrevet af Danmarks Apotekerforening, og MEGROS tre medlemmer: K.V. Tjellesen A/S, A/S Max Jenne, og Nomeco A/S.

70. I et internt notat, dateret den 17. april 1997 udarbejdet af PSL (direktør Peter Schøller-Larsen K.V. Tjellesen) (bilag 10), som blev fundet under kontrolundersøgelsen anføres bl.a. følgende i relation til spørgsmålet om fastlåsning af markedsandele:

"KVT har klart tilkendegivet at vi grundlæggende er imod, at grossisterne skal dække forskyldte insolvente apotekers tab under udøvelse af privilegiet eller ved pensionering. Vi mener samtidig det er konkurrenceretligt ulovligt, at låse markedsandelene fast og forhindre fri konkurrence.

...

En låsning af markedsandel vil utvivlsomt føre til at grossisterne slækker eller direkte minimere servicen. "Markedsandelen er jo sikret". Det forhindrer nogle af de apotekere, der med styring og stor indsats går målrettet efter en løsning af problemet, på at optimere driften. Ordningen får derved en modsat effekt end den tilsigtede."

71. På møde i akkordudvalget torsdag den 7. august 1997 diskuteres spørgsmålet om fastlåsning af samhandelsmønster. I referatet (bilag 1) anføres bl.a. følgende:

"Annelise Knudsen[K.V. Tjellesen] *pointerede kraftigt, at K.V. Tjellesen* ***vil****informeres om de kunder der er insolvente, således at man ikke kontakter dem.*

Søren Lundgaard [advokat for Danmarks Apotekerforening] *advarer om at konkurrere om tabene, men Annelise Knudsen fastholder, at man vil være frit stillet over for dem, der har en lang funktionsperiode, og som sandsynligvis bliver solvente.*

Peter Bjørn [Nomeco] *gør opmærksom på, at efter hans opfattelse skal samhandelsforholdet fastlåses, enten pr. 30.06 eller pr. den dato man modtager insolvenserklæringen."*

72. På grossistmødet den 14. august 1997 diskuteres spørgsmålet om fastlåsning igen. I referatet (bilag 11) anføres bl.a. følgende:

"Baggrunden for mødet var et ønske fra Paul Bundgaard [tidligere formand for Danmarks Apotekerforening] *om, at grossisterne blev enige om, hvorvidt markedsandelene skal være fastlåste, når kunderne er insolvente.*

...

Peter Clemmesen [K.V. Tjellesen] *gør rede for, at man er tvivlende over for, hvorvidt markedsandelene skal være fastlåste. For det første er der nogle insolvente som er kede af det. For det andet er det et spørgsmål, om det overhovedet er lovligt, og for det tredje vil alle nye apotekere, der etablerer en ombygning være insolvente. Alt dette begrænser markedet.*

...

Peter Clemmesen [K.V. Tjellesen] *spørger så om, fra hvornår andelen skal være fastlåst, enten den 30.06 eller den 31.12. Peter Bjørn* [Nomeco] *gør rede for de 2 forhold, og vi bliver enige om, at datoen skal være den 31.12 for at undgå enhver mistanke om, at indklassificering som type 1 eller type 2 er sket på baggrund af et ønske om, at markedsandelen skal være fastlåst.*

..

Peter Schøller [K.V. Tjellesen] *kommer ind på, hvad der skal ske med dem der kommer senere, men bliver enige om man må se på, når den tid kommer. Konklusionen er, at skæringsdatoen er 31.12.*

Peter Clemmesen kommer ind på, at vi ikke kender samtlige navne for type 1 og type 2, og Henning Østergaard [Max Jenne] *slog ud med hånden og bekræfter, man i samarbejdets navn og selvfølgelig fuldt fortroligt, bør have kendskab til alle navne. Peter Bjørn er af den opfattelse, at det er personlige oplysninger, men man bliver enige om, at de kunne videregives pr. telefon. "*

73. At det er et vigtigt element i insolvensordningen, at samhandelsmønstret fastlåses fremgår endvidere af et internt notat fra Danmarks Apotekerforening af 24. september 2002 (bilag 12). I notatet anføres bl.a. følgende på side 2:

"..Et andet problem som på sigt kan ødelægge ordningen er at grossisterne, som modydelse for deres medvirken i ordningen, forventer at apotekeren fastholder samhandelsmønstret som var gældende på det tidspunkt at insolvenserklæringen blev afgivet. Apotekerens interesse kan være at ændre dette f.eks. på grund af optimering af rabatterne eller indkøb via kædesamarbejde."

74. I kontrast hertil udtalte Nomeco på møde med Konkurrencestyrelsen den 26. april 2005 (bilag 13) følgende vedrørende spørgsmålet om, hvorfor apoteker under insolvensordningen fik fastlåst deres samhandelsmønster:

"*Kravet om fastlåsning havde ligget implicit. Grossisterne havde forstået, at det var nødvendigt med hjælp til de insolvente apoteker, og fastlåsningen havde været en nødvendig del heraf."*

75. Det skal i tilknytning hertil yderligere fremhæves, at Danmarks Apotekerforening på møde med Konkurrencestyrelsen den 24. juni 2005 (bilag 2) udtalte følgende vedrørende begrundelsen for fastlåsningen af samhandelsmønstret for insolvente apoteker:

"*Det er nemlig ikke ordningen eller aftalen, der giver ufriheden med hensyn til valg af samarbejdspartner, det er insolvensen, der medfører denne ufrihed. Den apoteker, der er solvent, kan vælge frit, mens den apoteker, som er insolvent, ikke kan vælge frit. Det samme gælder for enhver anden erhvervsdrivende.*"

76. I forlængelse heraf har Danmarks Apotekerforening i deres høringssvar anført, at insolvensen i sig selv indebærer, at det er pligtstridigt at foretage og deltage i forrykkelser, fordi det kan være en krænkelse i forhold til kreditorernes, som vil blive påført et tab.

77. Det må således konkluderes, at der ikke mellem Danmarks Apotekerforening og grossisterne er enighed om, baggrunden for, at samhandelsmønstret blev fastlåst, men at det kan lægges til grund, at der skete en fastlåsning af samhandelsmønstret for kvalificeret insolvente apoteker under solvensordningen.

78. En række dokumenter viser endvidere, at fastlåsningen af samhandelsmønstret har været håndhævet. Det anføres således i et referat fra møde i akkordudvalget den 8. januar 2001 (bilag 14) følgende:

"Samhandlen skal overholdes, her er der ikke den fornødne disciplin, og det vil driftsafdelingen sætte fokus på. Niels Philip Søgaard [Danmarks Apotekerforening] *mener dog, at rabatterne ikke har gjort det nemmere."*

79. I forlængelse heraf anføres det i referat af møde i Megros afholdt den 27. januar 2003 (bilag 8) følgende vedrørende fastlåsning af samhandelsmønster:

"*Der var enighed om, at apotekerforeningen skal sikre den omsætningsfordeling, der er aftalt under solvensordningen, samt at grossisterne ikke ser nogen mulighed for at etablere omkostningsbegrundede rabatter"*

80. Endvidere fremgår det af en række dokumenter, at medicinalgrossisterne har været inde og påtale en række tilfælde, hvor apotekerne har ændret indkøbsmønster. Der anføres således i mail af 9. oktober 2003 fra Lars Johansen, Nomeco til Morten Wittrup Præstgaard, Nomeco (bilag 15) følgende:

"*Jeg har haft en snak med xxxx om hans annonce i Tidende (resultatet er magert) og en snak om markedsandele, hvor jeg bad om at få 100% indtil han gik af – fordi vi er venner – fordi vi er høftlige og ikke har knurret over at NM's oprindelige 85% andel er blevet beskåret til ukendelighed – fordi vi rabatmæssigt vil kunne kompensere, og naturligvis matche Max J ugentlige leverancer fordi NM/jeg ville stå meget stærkere, hvis vi ved overtagelsen har lev. 100%. – "og det skylder du os"*

Jeg har forklaret xxxx følgende:

Tjelle måtte betragte det som en lettelse, at de ikke skulle levere 7½% til en kunde der lå så væk og aldeles uden for Tjelles distb.net. - beviset er at de ikke har klaget (0%)!

MaxJ kan ikke klage over at blive skåret ned til 0%, for deres oprindelige andel på 7½% har i 2 år ligget på 30-40% - dvs at Max J's fordeling rækker 8 år ind i fremtiden."

81. I en intern mail fra Peter Lørup (Nomeco) til Peter Bjørn Jensen og Jan Bonde (begge Nomeco) anføres følgende vedrørende xxxx (bilag 16):

"*Der ligger absolut ingen fjendtligheder overfor Nomeco i xxxx udspil! Han siger at motivet er et ønske om at overholde sine aftaler i henhold til Akkordudvalget – ikke mindst hvad angår fordelingen af køb hos grossisterne!*

...

1. fordele køb mellem Nomeco 51% og KVT 49%

Her skylder apoteket KVT 3,5 mkr fra 2003 og 1,5 mkr fra de første 5 måneder af 2004 xxxx forventer at købe for ca. 28 mkr i 2004, og har foreløbig købt for ca. 7 mkr hos Nomeco og 5,5mkr hos KVT! Såfremt apoteket skal rette op på såvel 2003 og 2004 i de restrende 7 måneder skal købet fordeles ca. således (xxxx revisor vil komme med de præcise tal) 4,5 mkr til Nomeco og 11 mkr til KVT. Herved vil KVT få et årskøb på 16,5 mkr og Nomeco 11,4 mkr, hvorefter der er "clearet"!

...

Vi fik i øvrigt en samhandelsoversigt fra xxxx, der viser præcist apotekets samhandel med grossisterne siden 1999 og til og med 2002.Kender I til denne statistik? xxxx og andre, der i tidens løb har snydt os ved øjensynligt ganske nøje at de ikke overholder deres aftale!!"

82. Konkurrencestyrelsen finder, at de ovenfor citerede dokumenter illustrerer, at der mellem de tre medicinalgrossister eksisterer en aftale (insolvensordningen). Et element i aftalen er, at apoteker, der indsender insolvenserklæring, og bliver kategoriseret som "gruppe 1" apotek, pålægges en forpligtelse til at opretholde samme samhandelsmønster.

Aftale mellem grossisterne og Danmarks Apotekerforening

83. Det er Danmarks Apotekerforening som tog initiativet til insolvensordningen. Det er da også Apotekerforeningen, som har haft motivet til ordningen, da det er foreningens medlemmer, som sikres mod personlig konkurs, hvis apoteket vælger at indtræde i ordningen. Derimod er det grossisterne, som kommer til at bære tabet, hvis apotekerne under ordningen ikke formår at blive solvente, inden deres funktionsperiode udløber.

84. Apotekerforeningen har endvidere på et møde afholdt med styrelsen fremført, at foreningens vedtægter ikke giver mulighed for, at foreningen selv finansierer insolvensordningen. Det har derfor været nødvendigt for foreningen at få grossisterne til at finansiere ordningen. Derudover oplyste Apotekerforeningen, at det blev betragtet som en selvfølge, at det var grossisterne som skulle bære et tab, da det var det sædvanlige inden for alle brancher.

85. Styrelsen har fundet en række dokumenter, som viser, at det er Danmarks Apotekerforening, som har administreret ordningen, og som har sikret, at ordningen kunne gennemføres i praksis.

86. Apotekerforeningen var medunderskriver på den indledende skrivelse, der blev sendt ud til foreningens medlemmer (bilag 3). Skrivelsen indeholder en opfordring til medlemmerne om at indsende meddelelse til deres grossister, hvis de i henhold til nogle nærmere definerede kriterier må anses som insolvente.

87. Derudover fremgår det af et dokument, der beskriver procedurer i forbindelse med Insolvens- og opfølgningsordningen (bilag 17), at Danmarks Apotekerforening spiller en meget aktiv rolle i insolvensordningen. I dokumentet anføres bl.a. følgende:

"*DA og repræsentant(er) for Fisch-Thomsen & Partnere afholder løbende interne møder (dvs. ca. hver anden måned) primært for at sikre at alle sager behandles efter planen.*

...

Da orienteres pr. telefon af grossisterne om hvilke apoteker, der er sendt brev til

1. Indledende behandling i DA (for nye gruppe 1'ere)

..

2. Apoteket "vurderes" på et internt møde

I mødet deltager repræsentanter fra Fisch-Thomsen & Partnere og repræsentant (er) fra DA's sekretariat

C. Indledende møde på apoteket (for nye gruppe 1'ere)

Deltagere: Apoteker og dennes ægtefælle samt revisor, repræsentant (er) fra DA's sekretariat

...

Den løbende opfølgning

Danmarks Apotekerforenings sekretariat følger løbende op på, hvorvidt den indgåede aftale overholdes. Det indbefatter en vurdering af indsendte råbalancer eller anden regnskabsmateriale samt kontrol af, at materialet indsendes med aftalt sekvens."

88. Det beskrives endvidere i proceduren, at det er Apotekerforeningen, der i forbindelse med den årlige opfølgning skal udarbejde en vurdering, der bl.a. tager stilling til, om omsætningsfordelingen er overholdt.

89. I forlængelse heraf fremgår det af mødereferat af 25. marts 1997 (bilag 18) af møde i Akkordudvalget følgende:

"Danmarks Apotekerforening stiller en hel del ressourcer til rådighed, bl.a. ansættes der en medarbejder ekstra i driftsafdelingen, og man har midler både til revisionshonorar og advokathonorar."

90. At insolvensordningen bygger på aftaler mellem de tre grossister og Danmarks Apotekerforening fremgår endvidere af et notat, som omhandler brugen af advokatfirmaet Fisch-Thomsen (bilag 19). I notatet anføres bl.a.:

"*Hele solvensordningen og den tilhørende opfølgningsordningen er baseret på en aftale mellem de 3 grossister og foreningen. Foreningen er som sådan ikke aftalepart, da aftalerne er mellem det enkelte medlem og grossisten, men foreningen betaler for halvdelen af udgifterne til advokaternes medvirke i ordningen. Samtidig har foreningen forpligtet sig til at udarbejde driftsanalyser hos de pågældende medlemmer, hvor hele aftalekomplekset og den efterfølgende opfølgningsordningen baserer sig på de i driftsanalysen påviste indsatsområder*"

91. Apotekerforeningens tætte engagement i insolvensordningen fremgår endvidere af en underskrevet aftale mellem Danmarks Apotekerforening og Megros vedrørende omkostninger i forbindelse med administration af Solvensordningen (bilag 20). I aftalen fastsættes bl.a. følgende:

"Medens ordningen løber

Det er aftalt, at omkostningerne deles ligeligt mellem Danmarks Apotekerforening og MEGROS's medlemmer, som det har været praktiseret gennem hele ordningens levetid"

92. Aftalen er underskrevet af Jan Bonde på vegne af MEGROS og Paul Bundgaard på vegne af Danmarks Apotekerforening i november 2003. Det fremgår af fakturaer fra Advokatfirmaet Fisch-Thomsen & Partnere, at advokatfirmaets honorar for opfølgningsordningen i 2002 udgjorde xxxx.

93. Styrelsen finder, at de ovenfor citerede dokumenter viser, at Danmarks Apotekerforening er part i insolvensordningen. Insolvensordningen har haft som formål eller følge at begrænse konkurrencen. Der eksisterer således mellem de tre medicinalgrossister og Danmarks Apotekerforening et vertikalt aftaleforhold, som har et konkurrencebegrænsende følge eller formål, jf. konkurrencelovens § 6 og artikel 81.

Høringssvar

94. K.V. Tjellesens advokat, har i høringssvar af 31. oktober 2005 (bilag 21) anført følgende:

"Jeg skal på klients vegne meddele, at denne kan tiltræde sagsfremstillingen.

Jeg skal samtidig tilføje, at min klient er glad for, at den ordning, som min klient ingen fordel har haft af, og hele tiden har været modstander af, nu ophører, og forhåbentligt erstattes af en ordning, der ikke overtræder nogen af de lovgivninger, såvel apotekerne som min klient er underlagt i branchen."

95. Nomeco har telefonisk oplyst, at selskabet ikke ønsker at give møde i forbindelse med Konkurrencerådets behandling af sagen, da man ikke ønsker at stå og forsvare en ordning, som man helst ser ophævet.

96. Derudover har Nomeco i høringssvar af 8. november 2005. Høringssvaret er vedlagt som sagens bilag 22 og er indarbejdet i nærværende notat.

97. Max Jenne har høringssvar af 9. november 2005 (bilag 23) anført følgende tre hovedsynspunkter.

- Insolvensordningen er ikke en konkurrencebegrænsende aftale, tværtimod er det en aftale, der giver mulighed for øget konkurrence.
- Insolvensordningen har på intet tidspunkt omfattet så mange apoteker, at man derved kommer over bagatelgrænsen.
- Det er overordentlig uheldigt, at Konkurrencestyrelsen i sit udkast til indstilling anfører en række navngivne apoteker.

98. Hertil skal styrelsens bemærke, at som anført tidligere er styrelsen opmærksom på, at insolvensordningen har givet mulighed for, at insolvente apoteker har haft mulighed for at videreføre driften på normale vilkår. Selvom ordningen givetvis har hindret en række betalingsstandsninger/konkurser, så har ordningen tillige indeholdt et konkurrencebegrænsende element, som skal vurderes i henhold til konkurrencelovens bestemmelser, jf. nedenfor.

99. For så vidt angår argumentet om, at ordningen falder under bagatelgrænsen skal styrelsen i det hele henvise til gennemgangen nedenfor vedrørende mærkbarhedskravet i konkurrenceloven.

100. Endelig skal styrelsen vedrørende spørgsmålet om navngivne apoteker i udkastet bemærke, at navne på apotekere vil blive fjernet i den udgave af notatet, som senere bliver offentliggjort.

101. Danmarks Apotekerforening har ved skrivelse af 9. november 2005 afgivet høringssvar. Høringssvaret er indarbejdet i nærværende notat, og vedlagt som sagens bilag 7.

102. Endelig har Konkurrencestyrelsens udkast til afgørelse været i høring hos Kommissionen. Kommissionen har tilkendegivet, at man er enig i styrelsens udkast til afgørelse.

Vurdering

Det relevante marked

Relevante produktmarked

103. Det relevante produktmarked afgrænses til at være markedet for engrosdistribution af medicinalvarer. Medicinalvarer omfatter for det første alle de godkendte præparater, som apotekerne har en lovmæssig forpligtelse til at kunne fremskaffe hurtigt, og for det andet "frihandelsvarer", der er de varer, som apotekerne fører, men hvor der ikke er faste priser.

Relevante geografiske marked

104. Det relevante geografiske marked kan afgrænses nationalt til Danmark. At markedet afgrænses nationalt skyldes, at der er en lovmæssig barriere, som betyder, at en tysk medicinalgrossist ikke kan sælge sine produkter i Danmark, uden at have en særskilt godkendelse til dette, og at en dansk grossist på samme måde ikke kan sælge sine produkter til tyske apoteker[1]. At markederne for distribution af medicinalvarer afgrænses nationalt underbygges endvidere af, at Max Jenne, som er beliggende i Åbenrå, ikke har noget salg til Tyskland.

105. At det relevante marked afgrænses til at omfatte hele Danmark understøttes af, at alle tre medicinalgrossister som udgangspunkt er landsækkende, selvom K.V. Tjellesen navnlig servicerer apoteker øst for storbælt og Max Jenne servicerer apoteker vest for Storebælt.

Samhandelspåvirkning

106. Efter forordning 1/2003 af 16. december 2002, der trådte i kraft 1. maj 2004, skal det undersøges, om aftalen har samhandelspåvirkning.

107. I Kommissionens meddelelse om samhandelspåvirkning[2] pkt. 52 er der anført en formodningsregel, der angiver, hvornår der ikke er en mærkbar påvirkning af samhandlen. For det første må ingen af aftaleparterne på "det relevante marked" have en markedsandel på over 5 %, og for det andet må parternes omsætning ved horisontale aftaler ikke overskride 300 mio. kr. Allerede fordi de tre medicinalgrossister har tæt på 100 % af markedet, vil formodningsreglen ikke finde anvendelse.

108. Aftalerne betyder, at insolvente apoteker får fastlåst deres samhandelsmønster, så længe de har en aftale under solvensordningen. Aftalerne omfatter ikke flere medlemsstater, og aftalens karakter og indhold skal derfor vurderes. Der er alene tale om samhandelspåvirkning, hvis aftalerne vurderes at have en markedsafskærmende virkning.

109. Aftalerne mellem de tre medicinalgrossister og Danmarks Apotekerforening vil teoretisk set have en markedsafskærmende virkning, da den udelukker potentielle udenlandske grossister fra at få samhandel med insolvente apoteker, som har indgået en aftale under solvensordningen. Hvorvidt aftalerne i praksis har haft en markedsafskærmende virkning er usikkert. Der er således ikke de seneste mange år været ansøgninger fra nye grossister, som ønskede at blive godkendt som medicinalgrossist på det danske marked. Heller ikke fra udenlandske grossister. Aftalernes vurderes derfor alene teoretisk set at have en markedsafskærmende virkning.

110. Det følger af Kommissionens meddelelse[3], at der ikke kræves en faktisk påvirkning af samhandlen. Det er tilstrækkeligt at aftalen kan føre til en påvirkning af samhandlen.

111. På denne baggrund vurderer Konkurrencestyrelsen, at aftalen kan påvirke samhandlen mellem medlemslandene, hvorfor aftalen skal vurderes efter såvel konkurrenceloven som EU-traktatens artikel 81 og 82.

Offentlig regulering

112. Danmarks Apotekerforening har såvel skriftligt som mundtlig overfor Konkurrencestyrelsen anført, at fastlåsningen af samhandelsmønstret følger af, at de involverede apoteker er insolvente. Det er således overfor styrelsen blevet fremført, at det følger af konkursloven, at allerede fordi en virksomhed er insolvent, vil virksomhedens samhandelsmønster være fastlåst.

113. Styrelsen har på denne baggrund rettet henvendelse til Justitsministeriet, som er ressortministerium for konkursloven, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 4.

114. Justitsministeren har besvaret (bilag 24) Konkurrencestyrelsens henvendelse med følgende:

"*På denne baggrund kan den omhandlede insolvensordning, der efter det oplyste ikke anmeldes til skifteretten, efter Justitsministeriets opfattelse ikke anses for at være en direkte og nødvendig følge af reglerne i konkurslovens kapitel om betalingsstandsning.*"

115. Da Justitsministeriets besvarelse skal lægges uprøvet til grund, kan det konkluderes, at fastlåsningen af samhandelsmønstret ikke er omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2, og fastlåsningen skal derfor vurderes i forhold til konkurrencelovens § 6 og artikel 81.

116. Danmarks Apotekerforening har i deres høringssvar, under henvisning til Justitsministeriet skrivelse, anført, at det følger af Justitsministeriets svar, at en apoteker vil kunne pådrage sig et erstatningsansvar over for kreditorerne efter dansk rets almindelige regler, hvis samhandelsforholdet ændres på et tidspunkt, hvor apotekeren burde indse, at en videreførelse ikke er mulig uden yderligere tab.

117. Hertil skal Konkurrencestyrelsen påpege, at som det fremgår af Justitsministeriets besvarelse, så vil der alene kunne blive tale om erstatningsansvar i de tilfælde, hvor en ændring af samhandelsmønstret påfører de eksisterende kreditorer en nærliggende risiko for tab, samt hvis apotekeren varetager uvedkommende hensyn ved ændring af samhandelsmønstret.

118. Som anført ovenfor er markedet for engrosdistribution af medicinalvarer et meget reguleret marked, hvor priserne er dikteret af lægemiddelstyrelsen. Hvis en apoteker ønsker at ændre indkøbsmønster, vil dette derfor ikke kunne få indflydelse på de priser, som skal betales for varerne. Apotekernes ændring af samhandelsmønster vil alene kunne få indflydelse på de rabatter som grossisterne giver, samt på det service niveau, som ydes overfor det enkelte apotek.

119. Styrelsen finder derfor ikke, at der på det relevante marked er grundlag for at antage, at en ændring af samhandelsmønster vil kunne pådrage apotekerne erstatningsansvar overfor dennes kreditorer.

120. Styrelsen fastholder således, at fastlåsningen af samhandelsmønstret ikke er omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2.

Konkurrencelovens § 6, stk. 1-3 og artikel 81, stk. 1

121. Det er en betingelse for, at forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler kan anvendes, at der er indgået en aftale (samordnet praksis eller vedtagelse) mellem virksomheder, og at aftalen, vedtagelsen eller den samordnede praksis har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Er det konkurrenceretlige aftalebegreb opfyldt

122. I relation til forholdet mellem de tre medicinalgrossister og aftaleforholdet mellem grossisterne og Danmarks Apotekerforening skal det vurderes, hvorvidt det konkurrenceretlige aftalebegreb er opfyldt.

123. Aftalebegrebet er i konkurrenceretten blevet fortolket meget bredt og i Kommissionens beslutning af 15. juli 1982, Re Stichting Sigarettenindustri Agreement, EUT [1982] L 232/1, præmis 106 udtalte Kommissionen, at alene det, at der foreligger "enighed" mellem parterne er tilstrækkeligt til at statuere, at der foreligger en aftale:

"□at der opnaas enighed mellem sammenslutninger af virksomheder er tilstrækkeligt til, at der foreligger en aftale efter artikel 85, stk. 1, også selv om indholdet heraf ikke er nedfældet i en af de pågældende parter underskrevet tekst;□"

124. Kommissionen bemærkede i sinbeslutningaf 21. oktober 1998, *Præisolerede rør-kartellet*, EUT [1999] L 24/1, at forbuddet i artikel 81 ikke forudsætter, at aftalen er udformet skriftligt, og at der heller ikke kræves formaliteter, kontraktlige sanktioner eller håndhævelsesforanstaltninger. Aftalen kan være indgået direkte eller fremgå indirekte af parternes adfærd. Ydermere anfører Kommissionen, at allerede før parterne indgår en endelig, samlet aftale om deres fælles aktivitet og inaktivitet på markedet, kan forhandlingsprocessen medføre, at der opstår foreløbige arrangementer og betinget eller delvis enighed, som begrænser konkurrencen.

125. En aftale efter artikel 81 kan også mangle en del af den vished, der kræves for håndhævelse af en kommerciel kontrakt. Dens nøjagtige betingelser vil måske aldrig blive udtrykt, og det skal måske udledes af omstændighederne, at der rent faktisk foreligger en aftale. Det kan også forholde sig således, at man aldrig når frem til formel enighed om alle spørgsmål, jfr. Kommissionens beslutningaf 21. oktober 1998,*Præisolerede rør-kartellet*, EUT [1999] L 24/1.

126. Det følger af ovenstående retspraksis, at den konkurrenceretlige definition af en "aftale" er særdeles vid og rækker ud over den traditionelle definition af en "aftale", som kendes fra aftalelovens regler. Således kan det konkluderes, at "*hensigten med opregningen i traktatens artikel [81], stk. 1, er□at lade bestemmelsen omfatte enhver form for hemmelig forståelse mellem virksomheder, uanset dens form. Der er en sammenhæng mellem de opregnede tilfælde. Det er kun forskellen mellem den, tilladte, selvstændige adfærd, og den, forbudte, hemmelige forståelse, der er afgørende, uanset hvordan der måtte blive sondret inden for rammerne af sidstnævnte begreb*" (jfr., EF-Domstolen i sag *C-49/92P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 108*).

127. Styrelsen har ikke under kontrolbesøgene fundet dokumenter, som præcist beskriver parterne i insolvensordningen eller det præcise indhold af ordningen. Det fremgår dog klart af bilag 9, at apoteker, som indsendte insolvenserklæring, blev pålagt ikke at ændre deres samhandelsmønster indtil der er taget nærmere stilling til apotekers forhold. Derudover fremgår det af en lang række bilag (bilag 6, 14, 15 og 16), at grossisterne har håndhævet fastlåsningen overfor de omfattede apoteker.

128. Samlet finder styrelsen, at der foreligger beviser for, at der mellem Nomeco, Max Jenne og K.V. Tjellesen eksisterer en horisontal aftale, der regulerer den adfærd, som grossisterne skal udvise overfor insolvente apoteker. Aftalen betyder, at insolvente apoteker, der indgår en aftale under insolvensordningen, ikke må ændre deres samhandelsmønster, så længe aftalen er i kraft.

129. I forlængelse heraf finder styrelsen, at sagens dokumenter, herunder navnlig bilag 17, 18 og 19, dokumenterer, at Danmarks Apotekerforening har været part i aftalen og med deres engagement sikret, at aftalen kunne gennemføres i praksis.

130. Danmarks Apotekerforenings engagement i insolvensordningen betyder, at de har været part i vertikale aftaler indgået med medicinalgrossisterne. Aftalerne har reguleret den adfærd, som de tre medicinalgrossister skal udvise overfor et insolvent apotek. Aftalerne har haft en konkurrencebegrænsende virkning på markedet for distribution af medicinalvarer.

131. Apotekerforeningen har i deres høringssvar, at for så vidt angår det civilretlige partsbegreb, så er Danmarks Apotekerforening ikke er part i sagerne.

132. Hertil bemærker Konkurrencestyrelsen, at det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det obligationsretlige partbegreb, og at der ikke ud fra sagens dokumenter (særlig bilag 18, 19 og 20) kan herske tvivl om, at Danmarks Apotekerforening konkurrenceretligt er at betragte som part i insolvensordningen.

Aftalernes forenelighed med konkurrencelovens § 6 og artikel 81

Aftaleforholdet mellem de tre medicinalgrossister

133. Et element i de tre medicinalgrossisters aftale om, hvilken adfærd de skal udvise over for insolvente apoteker er, at et insolvent apotek får fastlåst sit samhandelsmønster. Denne fastlåsning af samhandelsmønstret er udtryk for en horisontal markedsdelingsaftale.

134. Konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3 og artikel 81, litra c nævner eksplicit som eksempel på en konkurrencebegrænsning "at opdele markeder eller forsyningskilder".

135. En fastlåsning af samhandelsmønstret betyder, at de tre eneste aktører på markedet af betydning deler en bestemt kategori af kunderne i mellem sig.

136. En opdeling af kunderne hindrer konkurrencen, idet de i aftalen deltagende virksomheder hindres i at erobre større markedsandele. Derudover udelukker aftalen teoretisk set, at nye potentielle konkurrenter kan få adgang til samhandel med de insolvente apoteker.

137. Markedet for distribution af medicin er, som beskrevet ovenfor, et meget reguleret marked, hvor det eneste konkurrenceparameter indtil for kort tid siden har været grossisternes service overfor apotekerne. Markedet har været kendetegnet ved, at de tre grossister har haft konstante markedsandele gennem de sidste mange år. Det faktum, at konkurrencen på markedet for distribution af medicinalprodukter allerede er begrænset af andre årsager, retfærdiggør dog ikke en konkurrencebegrænsende aftale.[4]

138. Det skal i forlængelse heraf bemærkes, at der trods den intense regulering af branchen udspiller sig en intens konkurrence mellem de tre medicinalgrossister. Medicinalgrossisterne konkurrerede indtil 2000 på den service, de yder til de enkelte apoteker. Efter 2000 er der kommet et yderligere konkurrenceparameter til, nemlig muligheden for at yde rabatter. Det har i dag en stor betydning for de enkelte apoteker, hvor store rabatter som kan opnås, og der konkurreres, efter det af grossisterne oplyste, intenst om, hvilken grossist, der kan yde de største rabatter.

139. Der er de seneste år kommet en række såkaldte "short-line" grossister på markedet, som udelukkende distribuerer de præparater, som bliver anvendt i stort omfang. Disse nye grossister vil aldrig kunne dække et apoteks fulde behov for leverancer, da apotekerne er pålagt forpligtelse til at levere alle godkendte medicinalpræparater.

140. Selvom "short-line" grossisterne ikke vil kunne dække et apoteks fulde behov for leverancer, så vil de insolvente apoteker være en mulig kunde til disse "short-line" grossister.

141. Konkurrencestyrelsen finder på denne baggrund, at den aftale, som er indgået mellem de tre medicinalgrossister, udgør en kundedelingsaftale i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, nr. 3 og artikel 81, litra c.

142. Nomeco har sit høringssvar (bilag 22) anført, at ordningen ikke indebærer de karakteristika, som er nødvendige for at kvalificere ordningen som en markedsdelingsaftale i konkurrenceretlig forstand. Noemco finder, at markedsdelingsaftalen lider af den væsentlige mangel, at grossisterne som angiveligt har delt den yderst begrænsede del af markedet imellem sig, ikke kan styre de insolvente apotekers indkøbsadfærd, idet disse frit kunne vælge samhandelsniveau med alle grossisterne, hvilke viser, at ordningen hverken havde et konkurrencebegrænsende formål eller udgjorde et egnet middel til at eliminere den indbyrdes konkurrence om de kvalificeret insolvente apotekere.

143. Nomeco finder, at det på denne baggrund må kunne fastslås, at i hvert fald den hovedpart af apotekerne, der har været omfattet af ordningen, men som man kunne forudse ville blive solvente inden funktionsperiodens ophør, ikke har været begrænset i deres kommercielle indkøbsadfærd, eftersom saldokvitteringsgaranti for disse apotekeres vedkommende ikke kan have været udslagsgivende for deres indkøbsadfærd. De begrænsede ændringer i samhandelsmønstrene for de

insolvente apotekere kan således ikke henføres til insolvensordningen, men skyldes formentlig nærmere tilfredshed med de eksisterende samhandelsniveauer med de enkelte grossister.

144. Nomeco anfører således, at bl.a. den som bilag 6 fremlagte skrivelse fra Nomeco til xxxx kan og skal ikke opfattes som andet end en erindring om, at væsentlige ændringer i samhandelsmønstret indebærer bortfald af saldokvittering.

145. Konkurrencestyrelsen finder ikke, at det af Nomeco anførte kan føre til et andet resultat, end at aftalen mellem de medicinalgrossister udgør en markedsdelingsaftale. Der foreligger således en aftale mellem de tre medicinalgrossister, og et vigtigt element i denne aftale er, at de apoteker, som er omfattet af insolvensordningen ikke må skifte leverandør. Det foreligger bevis for, at grossisterne påtaler det overfor apotekerne, hvis denne del af aftalen ikke overholdes.

146. Det skal i den forbindelse endvidere fremhæves, at selvom det, som anført af Nomeco, ikke er grossisterne som foretager indkøbene, så har grossisterne en så kraftfuld sanktion overfor apotekerne, hvis samhandelsmønstret ændres, nemlig bortfald af muligheden for at modtage en saldokvittering, at grossisterne i praksis har kunnet gennemtvinge, at samhandelsmønstret ikke ændres væsentligt.

147. Aftalen kan ikke gives en ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9.

Aftaleforholdet mellem Danmarks Apotekerforening og de tre medicinalgrossister.

Er Danmarks Apotekerforening en erhvervsvirksomhed, jf. § 2, stk. 1?

148. Konkurrenceloven omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed, jf. § 2, stk. 1. Begrebet erhvervsvirksomhed skal forstås bredt, således at enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester, er omfattet af loven. Det er ikke afgørende, om virksomheden opnår en økonomisk gevinst.

149. Konkurrenceloven omfatter endvidere sammenslutning af erhvervsvirksomheder. Afgrænsningen af begrebet en sammenslutning af virksomheder omfatter brancheforeninger af enhver slags samt enhver form for organiseret samarbejde mellem virksomheder.[5]

150. Konkurrencestyrelsen finder, at Danmarks Apotekerforenings medlemmer, der består af ca. 270 apoteker, er omfattet af begrebet en sammenslutning af virksomheder i konkurrencelovens forstand. Konkurrencestyrelsen finder derfor også, at Apotekerforeningen er omfattet af begrebet sammenslutning af virksomheder i konkurrencelovens forstand. En aftale mellem Danmarks Apotekerforening og en anden erhvervsvirksomhed vil derfor kunne være omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvis de øvrige betingelser herfor er opfyldt.

Vurdering af de vertikale aftaleforhold

151. Som nævnt ovenfor eksisterer der mellem de tre medicinalgrossister og Danmarks Apotekerforening et vertikalt aftaleforhold.

152. Aftaleforholdet mellem Danmarks Apotekerforening og Nomeco, Max Jenne og K.V. Tjellesen har konkret udmøntet sig i tre individuelle vertikale aftaler mellem Apotekerforening og de tre medicinalgrossister. Det skal i forhold til hver af disse aftaler vurderes, om de udgør en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6, og artikel 81.

153. Det materielle indhold af de tre vertikale aftaler svarer til indholdet af de horisontale aftaler, der er beskrevet ovenfor. Aftalerne betyder således, at de tre grossister indvilger i at afskrive deres tilgodehavende, når et insolvent apoteks funktionsperiode udløber. Dette forudsætter, at apotekeren har opretholdt samme samhandelsmønster i den periode, hvor han har været part i en aftale under insolvensordningen, og i øvrigt har fulgt de anbefalinger om rationalisering af apotekets drift, som apotekerforeningen er kommet med.

154. De vertikale aftaler mellem Apotekerforeningen og de tre grossister er nødvendige for, at insolvensordningen overhovedet har kunnet fungere, og disse aftaler er derfor en integreret del af solvensordningen.

155. Det fremgår af Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger[6], at konkurrencelovens § 6 og artikel 81 finder anvendelse på vertikale aftaler, som hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen. Endvidere fremgår det af retningslinjerne, at vertikale aftaleforhold normalt kun giver anledning til konkurrencemæssige problemer, når der ikke er tilstrækkelig konkurrence mellem forskellige mærker, dvs. når der foreligger en vis markedsstyrke på leverandør- eller købersiden eller på begge sider. I de situationer kan vertikale aftaler være med til at hindre ny konkurrenter kommer ind på markedet.

156. Markedet for engros distribution af medicinalprodukter er et meget koncentreret marked, hvor der alene er tre aktører af betydning. Derudover er der tale om et marked, som på mange områder er reguleret. Det faktum, at der er tale om et koncentreret og på flere områder reguleret marked betyder, at konkurrencen mellem de tre medicinalgrossister i forvejen er begrænset.

157. På trods af den intense regulering af branchen, så udspiller der sig en intensiv konkurrence mellem de tre medicinalgrossister. Medicinalgrossisterne konkurrerer således om, hvem der kan yde den bedste service overfor apotekerne. Endvidere betyder den delvise liberalisering af markedet tilbage i 2000, at grossisterne tillige konkurrerer om, hvem der kan yde de bedste rabatter. Selvom det er lovbestemt, at rabatterne skal være omkostningsbetingede, så er der en hård konkurrence mellem grossisterne om at yde de bedste rabatter.

158. Aftalerne er medvirkende til, at den intense konkurrence der er mellem grossisterne om at yde den bedste service og om at yde de bedste rabatter elimineres, for så vidt angår apoteker under insolvensordningen.

159. Det skal i forlængelse heraf bemærkes, at det ikke følger af hverken konkurrencelovens § 6 eller art. 81 eller Kommissionens meddelelser, at en vertikal aftale skal virke konkurrencebegrænsende på downstream markedet (konkurrenceforholdet mellem apotekerne) for at falde ind under § 6/art. 81.

160. Det følger alene af konkurrencelovens § 6 og art. 81 at en aftale skal virke konkurrencebegrænsende for at være omfattet af disse bestemmelser. Det er således ikke fastsat i bestemmelserne, at konkurrencebegrænsningen skal ske på et bestemt marked eller på det eller de markeder hvor parterne befinder sig. En aftale mellem apotekere kan derfor godt være omfattet af konkurrencelovens § 6 eller art. 81, selvom der praktisk talt ikke er nogen konkurrence mellem apotekerne.

161. Som anført ovenfor er aftaleforholdet mellem de tre medicinalgrossister og Danmarks Apotekerforening medvirkende til, at konkurrencen på grossistmarkedet elimineres for så vidt angår de kvalificeret insolvente apoteker. I og med at de vertikale aftaler er en integreret del af insolvensordningen, så indeholder disse aftaler de samme konkurrencebegrænsende elementer, som den horisontale aftale.

162. De vertikale aftaleforhold er således medvirkende til, at konkurrencen mellem de eksisterende grossister begrænses, og samtidig er aftalerne med til at holde nye potentielle grossister ude af markedet.

163. Herudover skal det fremhæves, at markedet for distribution af medicinalvarer er præget af adgangsbarrierer i form af krav om autorisation ved drift af medicinalgrossistfirma. Der er således tale om et marked, hvor vertikale aftaler kan være medvirkende til, at konkurrencen begrænses.

164. Konkurrencestyrelsen finder på baggrund af ovenstående, at de tre vertikale aftaler mellem medicinalgrossisterne og Danmarks Apotekerforening udgør en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 og artikel 81.

165. Aftalerne kan ikke gives en ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9.

Mærkbarhed

Den horisontale aftale mellem de tre medicinalgrossister

166. Den horisontale aftale mellem Nomeco, Max Jenne og K.V. Tjellesen er en "hard core" overtrædelse, der har som sit objektive formål at begrænse konkurrence. Det er anført i Kommissionens bagatelmeddelelse[7], at en aftale, som deler kunder mellem konkurrenter, ikke er omfattet af bagatelmeddelelsen, og det er derfor som udgangspunkt ikke nødvendigt at påvise, at en sådan aftale opfylder kravene til markedsandele i meddelelsen.

167. Nomeco har i deres høringssvar anført, at ordningen ikke er af en sådan art, at den per se er konkurrencebegrænsende og ulovlig. Såfremt aftalens reelle formål har været at opdele markedet, havde grossisterne formentlig valgt at opdele hele markedet imellem sig, og ikke begrænse sig til mellem 2 og 6 % af det samlede marked.

168. I forlængelse heraf anfører Nomeco, at når det er uklart, om en aftale har en konkurrencebegrænsende formål, skal det undersøges, om aftalen har konkurrencebegrænsende virkninger.

169. Hertil bemærker Konkurrencestyrelsen, at selvom hovedformålet med aftalen muligvis ikke har været at begrænse konkurrencen mellem grossisterne, så har bestemmelsen om fastlåsning af samhandelsmønstret haft til formål at begrænse

konkurrencen. Dette illustreres af, at der i Referat af møde i Apotekerforeningen torsdag den 14. august 1997 (bilag 25) er anført følgende:

"*Henning Østergaard taler for, at når en kunde begynder at kunne skimte solvensen forude, skal DA meddele os dette, for at konkurrencen kan gives fri*"

170. Det fremgår af referatet, at formålet med bestemmelsen om fastlåsning bl.a. har været at få sat konkurrencen ud af kraft. Styrelsen mener derfor ikke der kan herske tvivl om, at bestemmelsen har haft til formål at begrænse konkurrencen.

171. I forlængelse heraf skal det yderligere fremhæves, at der ikke kan herske tvivl om, at bestemmelsen om fastlåsning tillige har haft den følge, at konkurrencen er blevet begrænset. Dette fremgår tydeligt af bilag 8, hvori det anføres, at grossisterne ikke ser nogen mulighed for, at etablere omkostningsbegrundede rabatter til de apotekere, der er omfattet af ordningen. Som anført tidligere er muligheden for at yde rabatter et vigtigt konkurrenceparameter mellem de enkelte grossister. Når der bliver etableret en ordning, som sætter dette konkurrenceparameter ud af kraft, har ordningen haft den følge, at konkurrencen er blevet begrænset.

172. Styrelsen finder således, at fastlåsningen af samhandelsmønstret for insolvente apoteker har haft til formål at begrænse konkurrencen og ordningen har endvidere også haft den følge at konkurrencen er blevet begrænset.

173. Det er i teorien omdiskuteret, hvorvidt det er nødvendigt at foretage en mærkbarhedsvurdering, når der er tale om en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen. I teorien er den overvejende holdning dog, at det følger af EF-domstolens praksis, at der ved siden af bagatelmeddelelsen stilles krav om, at aftalen skal opfylde visse minimumskrav for at udgøre en mærkbar konkurrencebegrænsning.

174. Det vil derfor blive analyseret, hvorvidt den horisontale aftale mellem de tre grossister lever op til EF-domstolens krav om mærkbarhed.

175. Første gang kravet om mærkbarhed blev fastslået af EF-domstole var i Völk-sagen, hvor domstolen fastslog, at en eksklusiv distributionsaftale mellem virksomheden Erd & Co og Vervaecke ikke var omfattet af forbudet i artikel 81, da aftalens parter havde en meget svag position på det relevante produktmarked. Parternes markedsandel udgjorde 0,08 % af den totale produktion i fællesskabsmarkedet, og 0,2 % af produktionen i Belgien.

176. I Miller-sagen[8] fastslog Domstolen derimod, at artikel 81 fandt anvendelse på en aftale, hvor Miller havde en markedsandel på ca. 5 % på det relevante produktmarked.

177. Det kan således udledes af EF-domstolens praksis, at der er tilfælde, hvor en aftale vedrører en så bagatelagtig del af markedet, at den ikke vil kunne udgøre en mærkbar konkurrencebegrænsning.

178. Der er i praksis ikke taget nærmere stilling til, hvorvidt aftaler, der vedrører mellem 1 og 5 % af markedet, kan udgøre en mærkbar konkurrencebegrænsning.

179. Som anført ovenfor havde de apoteker, som i perioden 1998-2001 havde fastlåst deres samhandelsmønster, over 5 % af den samlede omsætning af samtlige apoteker i Danmark. I 2002 og 2003 var andelen af apotekernes omsætning, som var fastlåst, henholdsvis 4,8 % og 4,2 %, mens procentdelen af apotekernes omsætning, der i 2004 var fastlåst, udgjorde 2,8 % af den samlede omsætning af apotekerne i Danmark

180. Styrelsen finder, at man ved vurdering af, hvorvidt ordningen har udgjort en mærkbar konkurrencebegrænsning, skal det yderligere skal lade det indgå i vurderingen, at der er tale om en grov overtrædelse af konkurrenceloven, hvis effekt på markedet er dokumenteret ved bilag 15 og 16, som viser, at grossisterne nøje planlægger hvordan apotekerne skal foretage deres indkøb, for at leve op til forpligtelserne under insolvensordningen. Insolvensordningen har således sat markedskræfterne ud af spil for grossisternes salg til de apotekere, som er omfattet af ordningen.

181. Derudover finder styrelsen, at det ved vurdering af, hvorvidt aftalen har udgjort en mærkbar konkurrencebegrænsning, skal inddrages, at Kommissionen i sin praksis har fastlåset, at kartelaftaler kan betragtes som en helhed[9].

182. Som anført tidligere er en fastlåsning af samhandelsmønstret en per se overtrædelse af konkurrenceloven, der har haft til formål at begrænse konkurrencen. Ved vurdering af aftalens mærkbarhed er det derfor relevant at se på aftaleperioden som en helhed.

183. På baggrund af ovenstående finder styrelsen, at aftalen set samlet set har udgjort en mærkbar konkurrencebegrænsning, i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 81.

184. Nomeco har i høringssvaret anført, at konkurrencesituationen ikke ville have udviklet sig anderledes i fravær af insolvensordningen, og at ordningen allerede af denne grund ikke har haft nogen konkurrencebegrænsende følger.

185. Til støtte for, at insolvensordningen ikke mærkbar har påvirket konkurrencen anfører Nomeco følgende omstændigheder:

- Fastlåsningen kan frit fraviges af apotekerne. Det har alene konsekvenser for grossisternes forholdsmæssige bidrag til en eventuel underbalance ved funktionsperiodens ophør at ændre væsentligt i samhandelsforholdet mellem grossisterne.
- Fastlåsningen har ikke haft indvirkning på pris. Priserne på medicinalvarer fastsættes af Lægemiddelstyrelsen, hvorfor fastlåsningen af grossisternes samhandelsandele derfor udelukkende kunne berøre konkurrencen på service og øvrige samhandelsbetingelser.
- Sagens bilag dokumenterer, at fastlåsningen ikke er blevet overholdt. Ingen af grossisterne har sanktioneret apotekernes formelle overtrædelse af ordningen.
- Fastlåsningen har aldrig berørt mere end ca. 3 % af markedet eller 9-10 apotekere, når der alene tages hensyn til de apotekere, for hvilke der allerede er afgivet saldokvittering eller må forventes at skulle afgive saldokvittering.

186. Konkurrencestyrelsen bemærker hertil, at der som dokumenteret ovenfor foreligger en horisontal markedsdelingsaftale mellem de tre grossister. En del af denne aftale er, at apoteker under insolvensordningen ikke må fravige deres hidtidige samhandelsmønster. Alle aftaler kan fraviges af aftalens parter, og det samme er naturligvis gældende for det aftaleforhold som ligger til grund for insolvensordningen. Det betyder imidlertid ikke, at aftalen ikke er omfattet af konkurrencelovens bestemmelser. I den forbindelse skal det endvidere fremhæves, at grossisterne har påtalt når samhandelsmønstret blev ændret, og har haft mulighed for at håndhæve aftalens bestemmelser i form af, at de kan nægte at udstede saldokvittering hvis samhandelsmønstret ændres.

187. Styrelsen skal endvidere bemærke, at den specielle regulering som eksisterer på det relevante marked er indgået i styrelsens vurdering af, hvorvidt der foreligger en konkurrencebegrænsning. Den intensive regulering af branchen, i form af faste priser betyder imidlertid, at de få konkurrenceparametre, som er tilbage får endnu større betydning. Det gælder konkurrenceparametrene service og omkostningsbestemte rabatter. At fastlåsningen ikke har haft indflydelse på priserne på markedet betyder derfor ikke, at konkurrencen ikke er blevet begrænset.

188. Endelig skal det af styrelsen bemærkes, at som dokumenteret ovenfor har fastlåsningen omfattet alle apoteker, der blev kategoriseret som gruppe 1 apoteker. Ved vurdering af hvorvidt konkurrencen er begrænset mærkbart er det derfor korrekt at medregne alle apoteker, der blev kategoriseret som gruppe 1 apotek, også selvom apoteket ikke har fået udstedt en saldokvittering.

189. Konkurrencestyrelsen skal på denne baggrund fastholde, at ordningen fra 1998 til 2004 har udgjort en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Det vertikale aftaleforhold mellem medicinalgrossisterne og Danmarks Apotekerforening

Vurdering af de vertikale aftaler

190. Som anført ovenfor udgør de tre vertikale aftaler mellem Apotekerforeningen og de tre medicinalgrossister en konkurrencebegrænsning. Da der ikke er tale om en hard core overtrædelse, jf. modsætningsvist artikel 4 i Kommissionens forordning om vertikale aftaler[10], skal det dels vurderes, om aftalerne opfylder betingelserne i bagatelmeddelelsen[11]. Det skal endvidere vurderes, om de betingelser som domstolen har opstillet for, at der er tale om en mærkbar konkurrencebegrænsning er opfyldt.

191. Hvorvidt aftalerne hver især opfylder kravene i Bagatelmeddelelsen skal som udgangspunkt afgøres separat for hver enkelt aftale. Det fremgår af bagatelmeddelelsens pkt. 7, stk. 1, at aftaler indgået mellem ikke-konkurrerende virksomheder

ikke begrænser konkurrencen mærkbart, hvis de enkelte aftaleparters markedsandel ikke overstiger 15 % på noget relevant marked, der er berørt af aftalen. Det fremgår af bagatelmeddelelsen, at hvis der er en begrænset konkurrence på det relevante marked som følge af den samlede virkning af foreliggende aftaler – kumulativ markedsafskærmning - så sænkes tærskelværdierne til 5 % for såvel aftaler mellem konkurrenter som aftaler mellem ikke konkurrenter.

192. Som anført ovenfor, har Max Jenne, K.V. Tjellesen og Nomeco en markedsandel på henholdsvis 10 %, 20 % og 70 % på markedet for distribution af medicinalvarer. Samtlige apoteker i Danmark er medlem af Danmarks Apotekerforening, og brancheforeningen har således en markedsandel på 100 % på apoteker markedet.

193. Det følger af ovenstående, at aftalerne mellem Danmarks Apotekerforening og henholdsvis Nomeco og K.V. Tjellesen ikke er omfattet af bagatelmeddelesen. Aftalen mellem Max Jenne og Apotekerforeningen vil derimod være omfattet af bagatelmeddelelsen, idet Max Jenne alene har en markedsandel på ca. 10 %.

194. Aftalen mellem Max Jenne og Danmarks Apotekerforening indgår dog i et net af lignende aftaler, idet de øvrige grossister på markedet har indgået parallelle aftaler med Danmarks Apotekerforening. Tærskelværdien i relation til bagatelmeddelelsen sænkes derfor til 5 %, og ingen af de vertikale aftaler er derfor omfattet af bagatelmeddelelsen.

195. Som anført ovenfor gælder der formentligt et mærkbarhedskrav ved siden af bagatelmeddelelsen.

196. Frem til og med 2003 omfattede de vertikale aftaler mellem 4,2 og 6,4 % af markedet. Andelen af samtlige apotekers omsætning, som var fastlåst i 2004 udgjorde 2,8 % af markedet. Da de vertikale aftaler er medvirkende og nødvendige for opretholdelse af en markedsdelingsaftale mellem de tre medicinalgrossister finder styrelsen, at de vertikale aftaler set samlet for perioden 1998 til 2004 har udgjort en mærkbar konkurrencebegrænsning, jf. den ovenfor under pkt. 176-183 anførte.

Konklusion

197. Nomeco, Max Jenne og K.V. Tjellesen har sammen indgået en række horisontale aftaler, der i praksis fungerer som en kundedelingsaftale. Aftalen er en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og artikel 81, da aftalen har som sit objektive formål at begrænse konkurrencen.

198. Fra ordningens opstart og frem til og med 2003 omfattede aftalen mellem 4,2 og 6,4 % af markedet. I 2004 omfattede aftalen 2,8 % af markedet. Aftalen har derfor set samlet for perioden 1998 til 2004 udgjort en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med art. 81 og konkurrencelovens § 6, stk. 1.

199. Mellem henholdsvis Nomeco, Max Jenne og K.V. Tjellesen og Danmarks Apotekerforening eksisterer der desuden tre vertikale aftaleforhold, som begrænser konkurrencen mellem de tre medicinalgrossister. De vertikale aftaler har været nødvendige for insolvensordningen kunne fungere i praksis.

200. De vertikale aftaler har set samlet for perioden 1998 til 2004 udgjort en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 81.

Gruppefritagelse

201. Ved vurdering af, om aftalen mellem grossisterne og Danmarks apotekerforening er omfattet af en gruppefritagelsesforordning, er det nødvendigt at sondre mellem, om der er tale om en horisontal eller en vertikal aftale.

202. Den horisontale aftale mellem grossisterne er ikke omfattet af en gruppefritagelsesforordning.

203. Det skal i forlængelse heraf vurderes, om de vertikale aftaler mellem grossisterne og Danmarks Apotekerforening er omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler.[12]

204. Det fremgår af forordningen artikel 2, 1. pkt., at gruppefritagelsen omfatter aftaler mellem to eller flere virksomheder, der i relation til forordningen virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled, når disse aftaler eller denne praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester. Denne afgrænsning af gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde afspejler, at denne tager sigte på at omfatte købs- og distributionsaftaler.

205. Som beskrevet ovenfor er insolvensordningen ikke en købs- eller distributionsaftale. Aftalen er en rammeaftale, hvor det er fastsat, hvordan medicinalgrossisterne skal agere overfor et insolvent apotek. At det som i et led i aftalen er fastsat, at de enkelte apotek ikke må ændre sit samhandelsmønster medfører ikke at der er tale om en købs- eller distributionsaftale.

206. De vertikale aftaler mellem de tre medicinalgrossister og Danmarks Apotekerforening er derfor ikke omfattet af en gruppefritagelse.

Individuel fritagelse

207. I henhold til konkurrencelovens § 8 og artikel 81, er en aftale ikke omfattet af konkurrenceloven, hvis den opfylder de fire betingelser, som er opregnet i konkurrencelovens § 8 og artikel 81. Det skal i det følgende undersøges, om virksomhederne kan påberåbe sig en fritagelse efter konkurrencelovens § 8 og samtidig undersøges hvorvidt betingelserne i artikel 81 (3) er opfyldt.

208. Bestemmelsen om fastlåsning af samhandelsmønstret kan udskilles fra de øvrige vilkår i aftalen. Dette underbygges af sagens bilag 12, hvori det anføres, at fastlåsningen er den modydelse, som grossisterne får, ved at indgå i insolvensordningen. Fastlåsningen er således ikke en integreret del af insolvensordningen.

209. At bestemmelsen om fastlåsning kan udskilles fra de øvrige vilkår i aftalen betyder, at vurderingen af om betingelserne for fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1 er opfyldt skal ske isoleret og ikke i forhold til ordningen i sin helhed.

§ 8, stk. 1, nr. 1 og artikel 81, stk. 3: Styrkelse af effektiviteten/fremme af udviklingen

210. I henhold til konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1 og artikel 81, stk. 3, skal aftalen bidrage til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser m.v. eller fremme den tekniske udvikling.

211. Fastlåsningen af samhandelsmønstret bidrager ikke til at styrke effektiviteten eller fremme den tekniske udvikling.

212. Apotekerforeningen i deres høringssvar anført, at de finder ordningen fremmer en effektivisering samt den tekniske udvikling. I driftsanalysen analyseres bl.a. apotekets forretnings- og arbejdsgange med henblik på at optimere disse. Mange forslag til besparelser i driftsanalyserne kommer fra besparelser på personalet. For at disse besparelser kan effektueres og forsvares, er det nødvendigt at kunne anvise ændringer i de eksisterende forretningsgange, Ved disse ændringer vil der ske en effektivisering af distributionen.

213. Styrelsen skal i den forbindelse bemærke, at selvom et enkelt element i ordningen er med til at effektivisere driften af et apotek, så betyder dette ikke, at bestemmelsen om fastlåsning af samhandelsmønster opfylder betingelsen om at styrke effektiviteten. Driftsanalyserne kan således gennemføres på konsulentbasis uden oprettelse af en egentlig insolvensordning og uden at der sker en fastlåsning af samhandelsmønstret. Da Apotekerforeningen ikke i øvrigt har anført forhold, som understøtter, at fastlåsningen af samhandelsmønstret fremmer effektiviteten finder styrelsen ikke, at bestemmelsen i § 8, stk.1, nr. 1 er opfyldt.

§ 8, stk. 1, nr. 2 og artikel 81, stk. 3: Mulige fordele for forbrugerne

214. I og med at aftalen ikke vil have nogle positive effekter på markedet, vil forbrugerne ikke kunne sikres en rimelig del heraf.

§ 8, stk. 1, nr. 3 og artikel 81, stk. 3: Ikke unødvendige begrænsninger

215. I henhold til konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3 og artikel 81, stk. 3, må aftalerne ikke pålægge virksomhederne konkurrencebegrænsninger, som ikke er nødvendige for at aftalens mål om at styrke effektiviteten ved distribution af produkterne på de relevante markeder.

216. allerede fordi, aftalen ikke har nogen positive effekter på markedet, vil de begrænsninger der pålægges per definition være unødvendige.

§ 8 stk. 1, nr. 4 og artikel 81, stk. 3: Ikke mulighed for at udelukke konkurrencen

217. Ydermere er det en betingelse for at kunne opnå fritagelse efter konkurrencelovens § 8 og artikel 81, at aftalen ikke medfører en udelukkelse af konkurrencen for en væsentlig del af varer eller tjenesteydelser. Aftalen og vedtagelsen medfører, at konkurrencen mellem grossisterne elimineres helt for så vidt angår de apoteker, som er klassificeret som gruppe 1 apotek under ordningen. Den fjerde betingelse i § 8 og artikel 81 er derfor heller ikke opfyldt.

Konklusion

218. Aftalen og vedtagelsen kan ikke meddeles en fritagelse under konkurrencelovens § 8 og artikel 81, stk. 3, da de fire betingelser for at opnå en fritagelse ikke er opfyldt.

Samlet konklusion

219. På baggrund af ovenstående finder Konkurrencestyrelsen, at insolvensordningen set samlet fra ordningens opstart i 1998 og frem til 2004 har udgjort en mærkbar konkurrencebegrænsning, i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1.

A/S Max Jenne, Nomeco A/S og Danmarks Apotekerforening har i december 2005 indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

---

[1] Bekendtgørelse nr. 656 af 28. juli 1995 af lov om lægemidler § 8, stk. 1.

[2] Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82.

[3] Ibid, pkt. 40.

[4] Dom af 10. december 1985 i forenede sager 240-269/82 – Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen.

[5] EF-domstolens dom af 27. januar 1987 i sag 45/85, Verband der Sachversicherer.

[6] Kommissionens meddelelse om Retningslinjer for vertikale begrænsninger (2000/C 291/01), pkt. 5 og 6.

[7] Meddelelse fra Kommissionen om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen. C 368 af 22. december 2001, side. 0013-0015

[8] Dom af 1. februar 1978 I sag 19/77, Miller-International Schalplatten GMBH mod Kommissionen.

[9] Andreas Christensen: Konkurrenceretten i EU, 2. udgave, side 77 og Richard Whish: Competition Law, p. 96.

[10] Kommissions forordning Nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.

[11] Meddelelse fra Kommissionen om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar konkurrencebegrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler).

[12] Kommissionens forordning Nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af EF-traktatens art. 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.