

2007-06-08: Danmarks Apotekerforening, Nomeco A/S og A/S Max Jenne mod Konkurrencerådet (ophævet)

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 8. juni 2007 i sagerne 2005-0004732, 2005-0004752 og 2005-0004753:

1) Danmarks Apotekerforening
(advokat Niels Fisch-Thomsen),

2) Nomeco A/S
(advokat Simon Evers Hjelmberg) og

3) A/S Max Jenne
(advokat Rune Hamborg)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Ulrik Lindow Sørensen)

1.0 Den påklagede afgørelse og sagens baggrund.

1.1 Danmarks Apotekerforening, Nomeco A/S og A/S Max Jenne har ved henholdsvis klageskrift af 21. december 2005 og klageskrifter af 23. december 2005 påklaget Konkurrencerådets sålydende afgørelse af 30. november 2005:

”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.”

1.2 Om sagens baggrund hedder det i det rådsnotat, der ligger til grund for konstateringen bl.a.:

”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 leverandørkrediten 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 ..., 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. ...

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. ...

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.

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 imødesee 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 ..., 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 oprindeligt 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 ... [Aftale vedrørende formuemæssig konsolidering og gældsafvikling], 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 ..., 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 (gruppe 1), som fik fastlåst deres samhandelsmønster. At fastlåsningsen 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 ... til apotekeren i ... 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 ... 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 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.

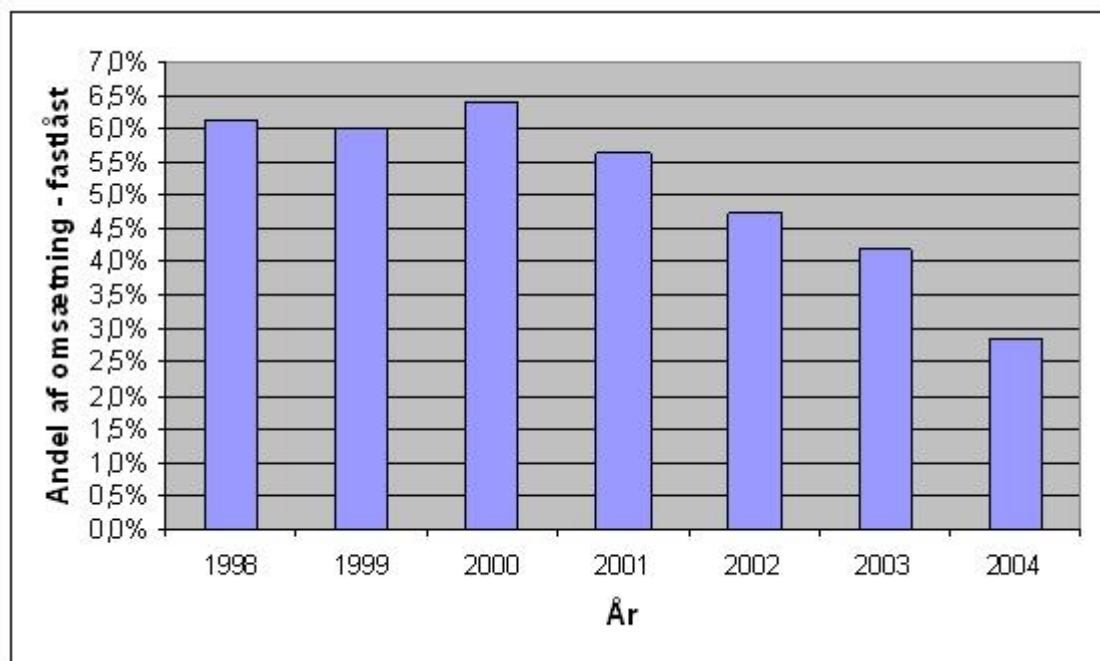
Oversigt over apoteker med fastlåsning af samhandelsmønster

Apotek	Fastlåst samhandels-mønstret fra den	Fastlåsningsen ophævet den
-	31. december 1997	13. juli 2005
-	31. december 1997	31. december 2004
-	31. december 1997	15. februar 2001

-	17. juni 1999	Stadig fastlåst samhandelsmønster
-	31. december 1997	Stadig fastlåst samhandelsmønster
-	Opnormeret til gruppe 1 apotek i 2000	Stadig fastlåst samhandelsmønster
	31. december 1997	Stadig fastlåst samhandelsmønster
-	31. december 1997	1. december 2000
-	31. december 1997	11. januar 2004
-	31. december 1997	1. september 2002
-	31. december 1997	16. februar 2001
-	31. december 1997	30. oktober 2000
-	31. december 1997	25. marts 2003.
-	31. december 1997	1. juni 2003
-	31. december 1997	1. marts 2000
-	31. december 1997	25. marts 2003
-	31. december 1997	30. juni 1998
-	31. december 1997	1. januar 2004
-	31. december 1997	1. januar 2004
-	31. december 1997	Stadig fastlåst samhandelsmønster
-	31. december 1997	30. november 2001
-	31. december 1997	Stadig under insolvensordningen
-	31. december 1997	April 2001
-	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 – mportører 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. 1,1 mia 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 modsvarer 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 fastlåsnings 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 ... 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 ordre (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 ..., 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 ..., 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) ..., 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 ... 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 ... 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 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 ... 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 ... 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 ... 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 ... 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 ... følgende:

”Jeg har haft en snak med ... 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 høflige 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 ... 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 ... Apotek:

”Der ligger absolut ingen fjendtligheder overfor Nomeco i ... 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 ... forventer at købe for ca. 28 mkr i 2004, og har foreløbig købt for ca. 7 mkr hos Nomeco og 5,5 mkr hos KVT! Såfremt apoteket skal rette op på såvel 2003 og 2004 i de restende 7 måneder skal købet fordeles ca. således (... 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 ..., der viser præcist apotekets samhandel med grossisterne siden 1999 og til og med 2002 Kender I til denne statistik? ... 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 samhandelsmønstre.

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 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 ..., 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 ... 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 I notatet anføres bl.a.:

”Hele solvensordningen og den tilhørende opfølgingsordningen 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 opfølgingsordningen 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 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 opfølgingsordningen i 2002 udgjorde ... kr.

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 ... 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 ... indarbejdet i nærværende notat.

97. Max Jenne har høringssvar af 9. november 2005 ... 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 henviser 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... .

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 [note: Bekendtgørelse nr. 656 af 28. juli 1995 af lov om lægemidler § 8, stk. 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 [note: Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82] 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 [note: Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 pkt. 40], 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 fastlåsningsen 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 ... 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 Justitsministeriets 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 indkøbsmønstre, vil dette derfor ikke kunne få indflydelse på de priser, som skal betales for varerne. Apotekernes ændring af samhandelsmønstre 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 samhandelsmønstre 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 sin beslutning af 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 beslutning af 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 ..., at apoteker, som indsendte insolvenserklæring, blev pålagt ikke at ændre deres samhandelsmønster indtil der er taget nærmere stilling til apotekers forhold. Derudover fremgår det ..., 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, ..., 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 ... 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. [Note: Dom af 10. december 1985 i forenede sager 240-269/82 – Stichting Sigarettenundertak m.fl. mod Kommissionen.]

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 ... anført, at ordningen ikke indebærer de karakteristika, som er nødvendige for at kvalificere ordningen som en markedsdelingsaftale i konkurrenceretlig forstand. Nomeco 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 ... fremlagte skrivelse fra Nomeco til ... 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. [Note: EF-domstolens dom af 27. januar 1987 i sag 45/85, Verband der Sachversicherer.]

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 [note: Kommissionens meddelelse om Retningslinjer for vertikale begrænsninger (2000/C 291/01), pkt. 5 og 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 [note: 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], 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 ... er anført følgende:

”Henning Østergaard taler for, at når en kunde begynder at kunne skimte solvansen 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 [referat af 27. januar 2003 af møde i MEGROS], 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-domstolen 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 [note: Dom af 1. februar 1978 I sag 19/77, Miller-International Schalplatten GMBH mod Kommissionen] 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 [mail af 9. oktober 2003 fra Nomeco vedrørende ...] og [mail af 6. april 2004 fra Peter Lørup vedrørende ...], 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 fastlåst, at kartelaftaler kan betragtes som en helhed [note: Andreas Christensen: Konkurrenceretten i EU, 2. udgave, side 77 og Richard Whish: Competition Law, p. 96].

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:

- Fastlåsningsen kan frit fraviges af apotekerne. Det har alene konsekvenser for grossisterne forholdsmæssige bidrag til en eventuel underbalance ved funktionsperiodens ophør at ændre væsentligt i samhandelsforholdet mellem grossisterne.
- Fastlåsningsen har ikke haft indvirkning på pris. Priserne på medicinalvarer fastsættes af Lægemiddelstyrelsen, hvorfor fastlåsningsen af grossisterne samhandelsandele derfor udelukkende kunne berøre konkurrencen på service og øvrige samhandelsbetingelser.
- Sagens bilag dokumenterer, at fastlåsningsen ikke er blevet overholdt. Ingen af grossisterne har sanktioneret apotekernes formelle overtrædelse af ordningen.
- Fastlåsningsen 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 samhandelsmønsteret blev ændret, og har haft mulighed for at håndhæve aftalens bestemmelser i form af, at de kan nægte at udstede saldokvittering hvis samhandelsmønsteret 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 fastlåsningsen 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 fastlåsningsen 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 [note: Kommissionens 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], skal det dels vurderes, om aftalerne opfylder betingelserne i bagatelmeddelelsen [note: 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)]. 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 bagatelmeddelelsen. 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. [Note: 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.]

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 [notat til Paul Bundgaard vedr. insolvens og opfølgingsordningen], 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.”

2.0 Parternes påstande.

2.1 Danmarks Apotekerforening og A/SMax Jenne har påstået ophævelse af Konkurrencerådets afgørelse af 30. november 2005.

Nomeco A/S har påstået ophævelse af Konkurrencerådets afgørelse af 30. november 2005, subsidiært ophævelse og hjemvisning til fornyet behandling i Konkurrencerådet.

2.2 Konkurrencestyrelsen har påstået stadfæstelse.

3.0 Supplerende sagsfremstilling.

3.1 På et møde i Konkurrencestyrelsen den 24. juni 2005 med Danmarks Apotekerforening oplyste foreningens (DA) ifølge referatet bl.a. følgende om insolvensordningen:

”Insolvensordningen blev etableret i 1997. Forud herfor havde man i apotekerforeningen det såkaldte akkordudvalg, som behandlede apotekere med særdeles alvorlige økonomiske problemer. Der var typisk tale om apotekere, som var kommet i overforfald til deres kreditorer. Grossisterne ønskede derfor ikke længere at yde kredit og overvejede at udøve sædvanlige kreditor beføjelser, herunder krav om kontant betaling.

I årene op til insolvensordningens etablering oplevede DA et stigende antal henvendelser til akkordudvalget. De apoteker som henvendte sig, havde en betydelig underbalance samtidig med, at anmeldelsen skete på et meget sent tidspunkt i apotekerens funktionsperiode.

Da man havde konstateret, at apotekerne i stigende omfang var insolvente, begyndte man at tænke mere struktureret, og det mandede ud i, at man samlet fra DA og grossisterne side etablerede insolvensordningen. Indledningsvist sendte man et brev ud til samtlige apotekere, og fortalte om insolvensordningen. Brevet er skrevet på MEGROS og DA's brevpapir. Det er grossisterne, som står bag ordningen, men med hjælp fra DA til administration af ordningen. I brevet til samtlige apoteker blev det anført, at alle apotekere, som havde økonomiske problemer, skulle indsende en insolvenserklæring, hvilket ville give dem amnesti i forhold til deres grossister.

De apoteker, som indsendte insolvenserklæring, fik udarbejdet en driftsanalyse, hvor det bliver fastlagt, hvordan driften af apoteket kunne optimeres. Hvis apoteket fulgte anbefalingerne, blev apotekeren tilbudt, at en eventuel underbalance ved ophør ville blive kvittet. De kreditorer, som ville kunne lide tab som følge af ordningen, er medicingros-sisterne.

Ved ordningens etablering var der en betydelig presseomtale, og som det fremgår af denne omtale, så var der ved ordningens etablering ca. 40 insolvente apotekere. I 1996/97 var der 280 til 290 apotekere, så det var et betydeligt antal, som var insolvente.

De apotekere, som reflekterede på den rundskrivelse, der blev fremsendt til samtlige apotekere, blev inddelt i 3 grupper afhængig af deres grad af insolvens. Apotekere med en insolvens under 250.000 kr., behøvede ikke at gøre noget. Apotekere med en insolvens på over 250.000 kr. blev kategoriseret som gruppe 2 apotekere. Disse apoteker blev ikke tilbudt aftale. Herefter havde man gruppe 1 apoteker, som havde en insolvens på over 1 million. Disse apoteker havde ofte driftsresultater, som kunne forbedres, samt for store armbevægelser vedrørende deres privatøkonomi. Disse apoteker blev tilbudt en aftale under insolvensordningen.

Efter 1997 har man således arbejdet med de apoteker, som var i gruppe 1. Ordningen har været en meget stor succes. Stort set alle apoteker, som har været med i ordningen, har forbedret deres resultat markant. Mange apoteker er blevet solvente som følge af ordningen.

Der har ikke været nogen anmeldelser af ordningen i de sidste år. Man har fra apotekerforeningens side undersøgt, hvorfor der ikke har været nogen nye anmeldelser. Undersøgelsen har vist, at apotekerne er blevet mere bevidste om sammenhængen mellem udgifter og indtægter.

Alternativerne til insolvensordningen ville være, at apotekerne gik i betalingsstandsning, hvilket ville pådrage grossisterne og skattevæsenet tab. Man er fra DA's side meget stolte over, at man ikke længere har disse sager."

3.2 Danmarks Apotekerforening og Megros, Foreningen af medicingrossister, sendte den 16. januar 1997 følgende meddelelse til samtlige apotekere i Danmark:

"Vedr.: Erklæring ved eventuel insolvens.

I de senere år har der været et stigende antal henvendelser til Apotekerforeningens Akkordudvalg. Henvendelserne har normalt haft som baggrund, at der forelå overforfalden gæld til grossisterne, eller at apotekeren kort forinden udløbet af funktionsperioden konstaterede, at det ikke var muligt at betale enhver sit efter afviklingen af apoteket.

Akkordudvalget og grossisterne fik således forelagt problemerne på et tidspunkt, hvor enten hele leverandørkreditten var forbrugt, eller et ophør nærmede sig. Det var endvidere et gennemgående træk, at omfanget af de økonomiske problemer var meget betydeligt, eller at den tidshorisont, der var til rådighed for en løsning af underbalanceproblemet var overordentlig kort.

Årsagen var i nogle tilfælde, at indtjeningen på apoteket i en årrække havde været utilstrækkelig, i andre tilfælde en følge af dispositioner inden for privatsfæren eller kombinationer heraf.

Det har været en væsentlig målsætning at fremrykke erkendelses- og reaktionstidspunktet i forhold til eventuel insolvens, og væsentligheden heraf har været påpeget ved flere lejligheder over for apotekerne og apoteksrevisorerne.

Apotekerforeningen og apoteksgrossisterne har desuagtet måttet konstatere, at disse bestræbelser ikke har båret tilstrækkelig frugt. Der forelægges fortsat Akkordudvalget akutte krisesager, hvor underbalancen har taget et omfang, hvor enhver realistisk mulighed for senere solvens er udelukket samt situationer, hvor underbalancen først erkendes umiddelbart før - eller i forbindelse med - ophør. Grossisterne har som de store usikrede kreditorer måttet bære betydelige tab som følge heraf.

Med henblik på at reducere antallet af disse sager og på længere sigt helt undgå insolvens ved funktionsperiodens ophør, er MEGROS' medlemmer A/S Max Jenne, Nomeco A/S og K.V. Tjellesen A/S enige om at anbefale, at apotekerne på frivillig basis afgiver en erklæring til MEGROS' medlemmer, såfremt der efter visse nærmere angivne kriterier foreligger insolvens. Danmarks Apotekerforening tilslutter sig denne anbefaling.

Erklæring om insolvens fremsendes til de af ovennævnte apoteksgrossister, der foretager leverancer til apoteket, og hvor der som følge heraf er et økonomisk mellemværende ved udgangen af 1996.

Efter frivillig underretning om insolvens vil der normalt kunne indgås aftale om, hvorledes en eventuel forudsigelig underbalance ved funktionsperiodens ophør skal behandles. Aftalerne vil så vidt muligt tage sigte på, at apotekeren ved pensionering vil kunne afvikle gælden til apoteksgrossisterne. Såfremt der er behov herfor, vil der sædvanligvis også kunne indgås aftale om betalingshenstand.

Parterne i aftalen vil være apotekeren og apoteksgrossisterne. Apotekerforeningen medvirker altid ved udformningen af en aftale og vil derfor blive orienteret om de økonomiske forhold, der ligger til grund for erklæringen om insolvens. Da der ofte er tale om komplicerede sager, vil Apotekerforeningen vederlagsfrit tilbyde juridisk bistand, rådgivning vedrørende driftsforhold på apoteket og anden relevant rådgivning.

En aftale vil normalt indeholde flere elementer som f.eks. justering af apoteksdriften og tilpasning af størrelsen af private udtræk, herunder niveauet for indbetaling til private pensionsordninger m.v.

Som nævnt ovenfor er det en forudsætning for at kunne indgå en aftale med grossisterne, at apotekeren indsender den til formålet udformede erklæring, såfremt der konstateres insolvens pr. 31. december 1996. Imidlertid anses underbalancer, der udgør under 250.000 kr., ikke for væsentlige, medmindre den resterende funktionsperiode er kortere end 5 år, idet det forudsættes, at apotekeren og dennes rådgivere er i stand til at tilrettelægge forholdene, således at disse mindre underbalancer elimineres.

Såfremt der ikke indsendes insolvenserklæring, vil apoteksgrossisterne naturligt antage, at der foreligger en normal situation. Viser det sig efterfølgende, at der ved funktions-periodens ophør alligevel er tale om insolvens, der burde være forudset, vil det indebære, at der ikke kan indgås aftaler af samme art som nævnt ovenfor, hvorefter sagen vil blive behandlet efter lovgivningens sædvanlige regler.

Formueforholdene opgøres på en særlig blanket, der vil ligge hos apoteksrevisorerne. Revisorerne er alle informeret om ordningen samtidig med udsendelsen af denne skrivelse. Oplysning indgives første gang på basis af regnskabet for 1996.

Erklæringen fremsendes snarest muligt og senest ved fristen for indsendelse af selvangivelsen for 1996, dvs. 30. juni 1997.

Tit orientering er vedlagt "Vejledning for opgørelse af solvensforhold", og det skema, som revisorerne skal benytte ved opgørelsen.

Vi håber; at forslaget på trods af det nedslående udgangspunkt må blive positivt modtaget idet målet med ordningen alene er, at det ved rettidig indgriben og korrektion af en uhensigtsmæssig økonomisk udvikling så vidt muligt sikres, at apotekeren ved funktionsperiodens ophør som minimum vil være gældfri."

3.3 Insolvensordningens indhold er i øvrigt belyst af en aftale af 10. august 1998 indgået som led i insolvensordningen mellem apoteker ... og Nomeco, Max Jenne og K.V. Tjellesen. Det hedder i denne aftale bl.a.:

"1. Parterne.

1.1 Apoteker ... har siden ... været indehaver af ... apotek. Apoteker ... funktionsperiode udløber den

1.2 Nomeco A/S, Max Jenne A/S og K.V. Tjellesen A/S benyttes af apoteker ... som grossister i forholdet ...%, ...%, ...%.

1.3 Danmarks Apotekerforening er ikke part i nærværende aftale, men Danmarks Apotekerforening er af parterne i fællesskab blevet anmodet om at bistå, forinden nærværende aftales indgåelse, ved aftalens indgåelse og i aftalens løbetid.

...

3. Solvenserklæringen.

3.1. I januar måned 1997 sendte Megros brev ud til samtlige apotekere med opfordring til, at apotekere med økonomiske vanskeligheder frivilligt afgav en erklæring om deres økonomiske situation til den eller de grossister, apoteket benytter.

3.2. Apoteker ... indgav i 1997 den som bilag 1 vedlagte solvenserklæring.

...

5. Driftsanalyse.

5.1. Som led i solvensordningen har man fra Danmarks Apotekerforenings side tilbudt at analysere den driftsmæssige situation. ... Apotek har i den forbindelse fået analyseret driften, og der er udarbejdet en driftsanalyse. Analysens undersøgelser har mundet ud i, at der kan spares ca. kr. ... årligt på driften. Driftsanalysen vedlægges nærværende aftale som bilag 4.

5.2. Driftsanalysen tjener til at belyse, hvorledes en faglig forsvarlig og rationel tilrettelæggelse af apoteksdriften kan finde sted på tidspunktet for driftsanalysens udfærdigelse.

Apoteker ... forpligter sig til i samråd med Danmarks Apotekerforening dels at effektuere og dels fremtidigt at følge de i driftsanalysen indeholdte anvisninger.

Såfremt apoteker ... måtte finde, at driften af ... Apotek nødvendiggør en forhøjelse af driftsudgifter, der ligger udover den almindelige for apotekssektoren gældende pris - og lønudvikling, herunder et højere personaleforbrug, end forudsat i driftsanalysen, er det aftalt, at apoteker ..., forinden sådanne omkostninger påtages, vil rette henvendelse herom til Danmarks Apotekerforening.

I tilfælde af en sådan henvendelse, forpligter Danmarks Apotekerforening sig til at foretage en fri og uafhængig saglig vurdering af den fremsatte forespørgsel, og skal til brug herfor udfærdige de efter Danmarks Apotekerforenings skøn fornødne undersøgelser.

Såfremt Danmarks Apotekerforening på baggrund af de foretagne undersøgelser ligeledes vurderer, at driften af ... Apotek nødvendiggør en højere omkostningsbelastning, anses de heraf følgende meromkostninger afholdt med fuld føje. Danmarks Apotekerforening forpligter sig til at tilsende Nomeco A/S, Max Jenne A/S og K.V. Tjellesen A/S genpart af forespørgslen og Danmarks Apotekerforenings vurdering.

Såfremt Danmarks Apotekerforening på baggrund af den foretagne undersøgelse ikke finder, at driften af ... Apotek nødvendiggør en højere omkostningsbelastning, anses Nomeco A/S, Max Jenne A/S og K.V. Tjellesen A/S for frigjort for enhver forpligtelse påtaget i medfør af nærværende aftale, såfremt omkostningerne desuagtet afholdes uden Nomeco A/S', Max Jenne A/S' og K.V. Tjellesen A/S' samlede samtykke.

Såfremt Danmarks Apotekerforening måtte skønne, at en fornyet driftsanalyse måtte være fornøden for at ajourføre den eksisterende driftsanalyses belysning af en faglig forsvarlig og rationel tilrettelæggelse af apoteksdriften, skal Danmarks Apotekerforening foranledige en sådan fornyet driftsanalyse udfærdiget i samarbejde med apoteker Grundlaget for et sådant skøn fra Danmarks Apotekerforening kan blandt andet være rationaliseringskrav for sektoren eller dele af denne fastsat i forbindelse med bruttoavancens forhandling, væsentlige ændringer i omsætningen eller omsætningssammensætningen på ... Apotek, teknologiske forandringer samt i det hele taget for apotekets drift relevante fremtidige ændringer. I så fald erstatter en sådan fornyet driftsanalyse den ... nærværende aftale vedlagte driftsanalyse.

...

7. Formål og hovedindhold.

7.1. Nærværende aftale tilsigter ved fortsat drift at eliminere underbalancen således, at ingen kreditor vil lide noget tab.

Driftsanalysens anbefalinger påregnes dels at bringe til ophør den nuværende tabsforvoldende drift efter de eksisterende moderate private hævninger, dels at muliggøre en sådan konsolidering, at underbalancen i den resterende funktionsperiode kan elimineres.

For det tilfælde, at det imidlertid mod forventning ikke ved apoteker ... fratræden vil være lykkedes at eliminere underbalancen, tilsikrer nærværende aftale yderligere at sikre en likvidationsakkord fra Nomeco A/S', Max Jenne A/S' og K.V. Tjellesen's side indebærende fornøden gældseftergivelse.

8. Konsolidering/private hævninger.

8.1. På baggrund af dels driftsanalysen og dels de på tidspunktet for nærværende aftales indgåelse i øvrigt kendte forhold vedrørende apotekssektoren, herunder avance- og udligningssystem, og under forudsætning af en ...% omsætningsstigning i 1998 og en tilsvarende stigning i 1999, har statsaut. revisor ... estimeret, at driftsresultatet i 1998 vil udgøre kr. ... , og i 1999 udgøre kr.

8.2 Under de i punkt 8.1. angivne forudsætninger, og under forudsætning af, at uændret realværdi af fast ejendom og værdipapirer samt yderligere under forudsætning af uændrede private hævninger i forhold til det i 1997 hævdede, påregnes apoteker ... at være solvent indenfor en periode af ca. ... år fra nærværende aftales indgåelse.

Apoteker ... har meddelt, at han for så vidt angår sidstnævnte forudsætning vedrørende størrelsen af de private hævninger agter at sikre denne forudsætnings effektivering.

9. Driften af ... Apotek.

9.1. Apoteker ... virker naturligvis fortsat i enhver henseende som selvstændig apoteker i overensstemmelse med de herom gældende regler.

9.2. Apoteker ... vil herunder fortsat anvende sin fulde arbejdskraft i apoteket.

9.3 For så vidt angår eventuelt behov for ansættelse af yderligere personale iværksættelse af væsentlige nye investeringer o.l. tiltag af betydning for de med apotekets drift forbundne omkostninger, henvises til det i nærværende aftales punkt 5.2. angivne.

Apoteker ... har erklæret, at han henset til den bestående underbalance ikke uden samtykke fra Danmarks Apotekerforening vil stifte gæld udover, hvad der følger af normal drift af apoteket og indenfor rammerne af normal kredit, ligesom apoteker ... har oplyst, at han ikke ønsker at foretage nye formueplaceringer (investeringer) i værdifulde aktiver, såsom fast ejendom, værdipapirer, udenlandsk valuta, optioner o.l.

...

11. Orientering til Danmarks Apotekerforening.

11.1. Danmarks Apotekerforening vil på apoteker ...'s begæring følge apotekets drift, og apoteker ... vil tilsende Danmarks Apotekerforening såvel kvartalsvise udskrifter af råbalance som årlige regnskaber, tillige omfattende privatsfæren. Endvidere vil apoteker ... indhente sin revisors attestation af, at de private hævninger ikke overstiger det i punkt 8.2. angivne.

Danmarks Apotekerforening skal være forpligtet til at videresende nævnte materiale til Nomeco A/S, Max Jenne A/S og K.V. Tjellesen A/S efter herom mellem Danmarks Apotekerforening og Nomeco A/S, Max Jenne A/S og K.V. Tjellesen A fastsatte retningslinier.

Såfremt modtaget materiale efter Nomeco A/S Max Jenne A/S og K.V. Tjellesen A/S skøn måtte rejse enten spørgsmål eller behov for yderligere oplysninger, forpligter Danmarks Apotekerforening sig til at bistå apoteker ... med at søge disse besvaret eller undersøgt.

12. Likvidationsakkord/gældseftergivelse

Såfremt

- underbalancen er ikke elimineret ved privilegiets opgivelse,
- dette ikke beror på apoteker ...'s forhold, herunder
- ikke beror på, at apoteker ... har undladt at efterleve driftsanalysens anbefaling uden at have iværksat den i punkt 5.2. angivne fremgangsmåde,
- ikke beror på, at de private hævninger jfr. herved punkt 8.2., sammenholdt med punkt 8.1., har umuliggjort den forudsatte konsolidering,
- ikke beror på, at apoteker ... har ønsket at ophøre som apoteker, uden at dette skyldes alder, sygdom eller anden tvingende omstændighed,

og i forventning om, og under forudsætning af, at apoteker ... ikke har gennemført væsentlige ændringer i det bestående samhandelsmønster med Nomeco A/S, Max Jenne A/S og K.V. Tjellesen A/S,

vil Nomeco A/S, Max Jenne A/S og K.V. Tjellesen A/S acceptere at stå tilbage for andre kreditorer og give saldokvittering for gæld i fornødent omfang efter nedennævnte retningslinier.

12.1. Akkordprovenue.

12.1.1. Det apoteker ... tilhørende private indbo realiseres ikke og medgår således ikke til fyldestgørelse af nogen kreditor under forudsætning af, at der ikke forefindes usædvanligt eller værdifuldt indbo.

12.1.2. Apoteker ...'s pensioner, ..., medregnes ikke til fyldestgørelse af nogen kreditor.

12.1.3. Apoteksejendommen medregnes, og friværdien medgår til fyldestgørelse af kreditorerne.

12.1.4. Den apoteker ... indehavende sommerbolig, beliggende ..., medregnes, og friværdien medgår til fyldestgørelse af kreditorerne.

...

12.1.5. ... Apotek realiseres i overensstemmelse med de herom i apotekerloven fastsatte regler samt sædvane og kutymen i øvrigt.

12.1.6. I øvrigt medgår til dækning af underbalancen ethvert ikke særligt undtaget aktiv, der ikke efter konkursloven kan holdes udenfor en konkursmasse.

12.2. Fordelingsnøgle

Det i nærværende aftales under punkt 12.1. angivne akkordprovenue fordeles efter følgende fordelingsnøgle:

Nomeco A/S, ... %

Max Jenne A/S, ... %

K.V. Tjellesen A/S, ... %

12.3. Tilbagetrædelseserklæring.

12.3.1. Nomeco A/S, Max Jenne A/S og KV. Tjellesen A/S står tilbage fra alle øvrige kreditorer, herunder

- enhver apoteker ... ved underskrivelse af nærværende aftale påhvilende gæld,
- gæld påtaget af apoteker ... efter indgåelse af nærværende overenskomst i det omfang gældspåtagelsen er sket i overensstemmelse med det heri fastsatte,
- omkostninger og udgifter ved realisation af apoteket, og
- omkostninger til revisor,

således at disse modtager fuld dækning.

12.4. Saldokvittering

12.4.1. Ved modtagelse af det herefter værende provenue, udsteder Nomeco A/S, Max Jenne A/S og K.V. Tjellesen A/S saldokvittering.

...

14. Løbetid.

14.1. Nærværende aftale ophører på det tidspunkt, hvor

- a. underbalancen, opgjort efter solvenserklæringens retningslinier, er elimineret,
- b. det tidligere tidspunkt, som apoteker ... måtte ønske, eller
- c. ved udstedelse af saldokvittering jfr. nærværende aftales punkt 12.4.

15. Omkostninger.

15.1. Danmarks Apotekerforening har afholdt de i forbindelse med nærværende aftales indgåelse og forhandling forbundne omkostninger.”

3.4 I referatet af mødet den 24. juni 2005 mellem Danmarks Apotekerforening og Konkurrencestyrelsen hedder det yderligere bl.a.:

”[Konkurrencestyrelsen] indledte med at byde velkommen til mødet og redegjorde for, at mødet var en opfølgning på den kontrolundersøgelse, som styrelsen havde gennemført hos Danmarks Apotekerforening. I forlængelse af besøget havde styrelsen en række faktuelle spørgsmål, som styrelsen ønskede at drøfte nærmere.

[Konkurrencestyrelsen] gjorde herefter opmærksom på, at da det endnu ikke var besluttet, om [sagen] ville blive oversendt til SØK, ar Apotekerforeningen ikke forpligtet til at udtale sig.

I forlængelse heraf redegjorde advokat ... [for Danmarks Apotekerforening] for formålet og baggrunden for ordningen. ...

... Det er grossisterne, som står bag ordningen, men med hjælp fra DA [Danmarks Apotekerforening] til administration af ordningen.”

3.5 Det hedder i Justitsministeriets besvarelse af 17. oktober 2005 på Konkurrencestyrelsens forespørgsel bl.a.:

”Konkurrencestyrelsen har ved brev af 13. juli 2005 ... anmodet Justitsministeriet om en udtalelse om, hvorvidt det er ”en direkte og nødvendig følge af den konkurrenceretlige lovgivning, at en insolvent virksomhed ikke må ændre sit samhandelsmønster så længe, apoteket er insolvent”, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 4.

...

Det fremgår af de fremsendte eksempler på insolvensordninger samt af det, som Danmarks Apotekerforening i øvrigt har oplyst, at der ved indgåelsen og gennemførelsen af en insolvensordning ikke sker anmeldelse af betalingsstandsning til skifteretten. ... Danmarks Apotekerforening [betragter] en insolvensordning som en såkaldt stille betalings-standsning, hvor apoteket og medicinalgrossisterne uden inddragelse af skifteretten afprøver mulighederne for at undgå, at apoteket går konkurs.

Konkurslovens kapitel 2 om betalingsstandsning fastsætter regler for betalings-standsninger, der anmeldes til skifteretten, jf. lovens § 10, stk. 1. Begrebet ”en stille betalingsstandsning” er ikke reguleret i konkursloven, men er alene behandlet i den juridiske litteratur og i retspraksis. Det kan ikke fastlægges entydigt, hvornår der foreligger en sådan stille betalingsstandsning, men en betalingsstandsning uden for konkurslovens kapitel 2 antages sædvanligvis at foreligge, når væsentlig forfalden forretningsgæld ikke bliver betalt, og når grunden hertil må formodes at være manglende betalingsevne, jf. f.eks. Konkursloven med kommentarer, 9. udgave (2001), side 112.

På denne baggrund kan den omhandlende 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 2 om betalingsstandsning.

Med hensyn til de øvrige regler i konkursloven bemærkes, at bl.a. utilbørlige dispositioner, hvorved en skyldners gæld forøges til skade for kreditorerne, kan fordres omstødt efter konkurslovens § 74, hvis skyldneren var eller ved dispositionen blev insolvent, og den begunstigede kendte eller burde kende skyldnerens insolvens og de omstændigheder, som gjorde dispositionen utilbørlig. Ved omstødelse efter denne bestemmelse skal den begunstigede betale erstatning efter almindelige erstatningsregler, jf. konkurslovens § 76. Det vil bero på en konkret vurdering af den enkelte sags omstændigheder, om en disposition, hvorved f.eks. en insolvent apoteker stifter gæld hos en (ny) leverandør, vil kunne omstødes efter konkurslovens § 74, hvis apoteket senere går konkurs. Der kan om konkurslovens § 74 bl.a. henvises til Konkursloven med kommentarer, side 491 ff.

Justitsministeriet bemærker i øvrigt, at det må antages, at en virksomhed/virksomhedsindehaver efter omstændighederne kan pådrage sig et erstatningsansvar over for kreditorerne efter dansk rets almindelige erstatningsregler, hvis virksomheden f.eks. på illoyal eller uforsvarlig vis fortsætter driften af virksomheden – herunder ændrer samhandelsmønster – på et tidspunkt, hvor virksomhedsindehaveren burde indse, at en videreførelse ikke er mulig uden yderligere tab. Der kan herom bl.a. henvises til principperne i Højesterets dom af 20. maj 1998 gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 1998, side 1137.

Det vil i overensstemmelse hermed bero på en konkret vurdering af den enkelte sag, om indehaveren af et insolvent apotek kan ifalde et erstatningsansvar efter dansk rets almindelige regler over for en eller flere af apotekets kreditorer, hvis apoteket ændrer sit samhandelsmønster på et tidspunkt, hvor apoteket er insolvent. Dette vil bl.a. kunne bero på en konkret vurdering af, om indgåelsen af en eller flere aftaler med nye leverandører i sig selv var en forretningsmæssig forsvarlig disposition, om indgåelsen af disse aftaler påførte de eksisterende kreditorer en nærliggende risiko for tab, og om apotekeren varetog uvedkommende, herunder illoyale hensyn ved ændringen af sit samhandelsmønster.”

4.0 Danmarks Apotekerforenings argumentation.

4.1 Danmarks Apotekerforening har til brug for sagen oplyst bl.a., at baggrunden for solvensordningens etablering var en stigende intensitet i antallet af henvendelser fra apotekere til Danmarks Apotekerforenings Akkordudvalg.

Henvendelserne havde normalt som baggrund, at apotekeren havde overforfalden gæld til grossisterne, eller at apotekeren kort forinden udløbet af funktionsperioden måtte konstatere, at det ikke var muligt at betale enhver sit efter afviklingen af apoteket. Akkordudvalget og grossisterne fik

på denne måde forelagt problemerne på et tidspunkt, hvor enten hele leverandørkrediten var forbrugt, eller et ophør nærmede sig. Det var endvidere et gennemgående træk, at omfanget af de økonomiske problemer var meget betydeligt, og at den tidshorisont, der var til rådighed for en løsning af underbalanceproblemet, var overordentlig kort.

Årsagen til insolvensen var i nogle tilfælde, at indtjeningen på apoteket i en årrække havde været utilstrækkelig, i andre tilfælde måtte den vurderes som en følge af dispositioner inden for privatsfæren. Som regel var der tale om en kombination heraf.

Det blev på denne baggrund en væsentlig målsætning at fremrykke erkendelses- og reaktionstidspunktet i forhold til eventuel insolvens, og væsentligheden heraf blev ved flere lejligheder påpeget overfor apotekerne og apoteksrevisorerne.

Apotekerforeningen og apoteksgrossisterne måtte desuagtet i 1997 konstatere, at disse bestræbelser ikke havde båret tilstrækkeligt frugt. Der blev stadig og i stigende omfang forelagt Akkordudvalget akutte krisesager, hvor underbalancen havde taget et omfang, som syntes at udelukke enhver realistisk mulighed for senere solvens, herunder situationer, hvor underbalancen først blev erkendt umiddelbart før – eller i forbindelse med – apotekerens ophør som sådan. Grossisterne måtte som de store usikrede kreditorer bære betydelige tab som følge heraf.

Danmarks Apotekerforening frygtede, at disse tab ville blive intensiverede i fremtiden, hvis ikke der blev gjort noget derved. Akkordudvalget indså, at den beskrevne situation ikke kunne bestå.

Solvensordningen var udtryk for Apotekerforeningens ønske om at reagere proaktivt herpå med det formål, at den i skrivelsen af januar 1997 tilkendegivne væsentlige målsætning om at fremrykke erkendelses- og reaktionstidspunktet i forhold til en eventuel insolvens kunne blive realiseret.

Kernen i solvensordningen var den, at alle de solvente apotekere intet skulle foretage sig. Solvenserklæringer skulle ikke afgives. Insolvente apotekere med en mere betydelig underbalance skulle tilbydes en økonomisk løsning, såfremt en fremtidig apoteksdrift tilrettelagdes optimalt, og de private hævninger reduceredes til det rimelige og nødvendige. I så fald spændte grossisterne et økonomisk sikkerhedsnet ud under en sådan apoteker bestående i, at grossisterne påtog sig at gøre apotekerens gældfri ved funktionsperiodens ophør efter, at der var sket realisation af apoteket og mere væsentlige private aktiver og pensionsordninger i det omfang de måtte ligge væsentligt udover normale pensionsordninger. I det omfang grossisterne ikke af apotekerens blev gjort bekendt med, at der forelå en betydelig underbalance forudsatte grossisterne, at apotekerens var solvent, og såfremt det senere måtte vise sig, at denne forudsætning var forkert, ville der ikke blive udvist nogen form for velvilje, og der måtte påregnes et ophør på konkursbasis.

4.2 Danmarks Apotekerforening har i forlængelse heraf anført, at der således var tale om en frivillig ordning indeholdende et meget betydeligt incitament for apotekere med vedvarende underbalance: Et fremtidigt i økonomisk henseende pletfrit liv ville udløse gældseftergivelse. En negligering og hemmeligholdelse af problemer ville på det tidspunkt, hvor problemerne ikke længere kunne skjules, føre til et ophør ”efter bogen”, det vil sige efter konkursloven.

De af ”Gruppe - 1” omfattede apotekere havde således kvalificerede økonomiske vanskeligheder indebærende forpligtelse på meddelelses- og erklæringstidspunktet til at disponere i overensstemmelse med de handlere regler, der efter dansk rets almindelige regler om optræden under

insolvens knytter sig til såkaldte stille betalingsstandsninger, herunder pligt til iagttagelse af et ikke-forrykkelses- og ikke-forringelsesprincip, og det uanset, at der ikke forudsættes etableret anmeldt betalingsstandsning i skifterettens regi eller konkurs.

En forpligtelse til at respektere en grundregel om ikke-forrykkelse, var således for de af ”Gruppe - 1” omfattede apotekere med alvorlig/kvalificeret insolvens ikke en konsekvens af nogen aftaleretlig forpligtelse, men en retlig forpligtelse bestående allerede i kraft af den konstaterede og erkendte alvorlige insolvens.

Det bemærkes i tilknytning hertil, at den af ”Gruppe - 1” omfattede alvorligt insolvente apoteker efter med den med de berørte grossister indgåede aftale havde adgang til at bringe aftalen til ophør uden varsel på et hvilket som helst tidspunkt. I så fald ville apotekeren ikke i kraft af nogen aftale være forpligtet til at følge de i driftsanalyser fastslåede retningslinjer for rational apoteksdrift, begrænsninger i privatforbrug med henblik på etablering af nettokonsolideringsmulighed eller begrænsninger i adgangen til at etablere kreditorbeskyttede pensionsordninger. Den eller de i aftalen involverede grossister ville til gengæld i denne situation for deres vedkommende være frigjort for en forpligtelse til at levere på kredit, uanset den konstaterede alvorlige insolvens, og ej heller være forpligtet til at stå tilbage for øvrige kreditorer eller at afgive saldokvittering efter modtagelse af et realisationsprovenu.

I den foreliggende situation er den stille betalingsstandsning alene enkelte af kreditorerne bekendt, nemlig de store usikrede grossistfirmaer, med en heraf følgende forpligtelse til ikke at påføre de med den økonomiske situation ubekendte kreditorer tab.

Den kreditorordning, der er etableret under solvensordningen indebærer, at medicinalgrossisterne, som de betydelige usikrede kreditorer lader sig efterstille de øvrige simple kreditorer, herunder told- og skat. Dette indebærer for så vidt angår skattekrav, at disse betales i deres helhed og til forfaldstid. Der konstateres således ikke tab for det offentlige i det omfang en apoteker med en underbalance ophører som insolvent under solvensordningen.

Den eller de involverede medicinalgrossister afgiver et betinget tilsagn om at dække den pågældende apotekers underbalance ved ophør. Det betingede tilsagn baserer sig i udgangspunktet på apotekerens skyldforhold til medicinalgrossisten på tidspunktet for afgivelse af det betingede tilsagn, men således at det skal have virkning med gældens størrelse på tidspunktet for insolvent ophør.

Det er derfor en nødvendig forudsætning for en realisering af insolvensordningens formål gennem de af medicinalgrossisterne givne tilsagn om saldokvittering, at der består et skyldforhold til den pågældende grossist på afviklingstidspunktet. Tilsagnet vil være uden mening hvis samhandlen - og dermed gælden - til den tid måtte være til en anden, som ikke havde givet dækningstilsagn. Akkordaftalen ville forspilde sit formål - og dermed være meningsløs.

I den tænkte situation, at apotekeren uanset insolvensen måtte have skiftet medicinalgrossist, ville akkorden ikke kunne gennemføres, eftersom det betingede tilsagn om at dække underbalancen baserer sig på skyldforholdet på tidspunktet for afgivelse af tilsagnet, men med virkning for den senere gæld.

Kendsgerningen er imidlertid, at apotekeren - ganske uafhængigt af akkordaftalen og således også forud for denne, nemlig i kraft af sin insolvens - var afskåret fra at skifte medicinalgrossist, fordi et skifte ville nødvendiggøre indfrielse af den gæld, som apotekeren ikke er i stand til at indfri. Det er således - ganske uafhængigt af akkordaftale og insolvensordning - insolvensen som sådan, der reelt må styre apotekerens indkøbsmønstre, hvis apoteket skal fortsætte. Det eneste alternativ hertil vil være en konkurs med tab for apotekeren og alle simple kreditorer til følge.

Det er således ikke akkordaftalen, men selve insolvensen, som medfører, at apotekeren må fastholde omsætningen med den pågældende medicinalgrossist. Når omsætningsmønsteret er fastlåst, så skyldes det insolvensen som sådan, fordi apotekeren ikke kan købe på kredit hos andre medicinalgrossister.

Det eneste alternativ til insolvensordningen måtte være, at sagerne behandledes som sædvanlige økonomiske sammenbrudssager, det vil sige efter konkurslovens regler. Dette kunne så ske enten på det tidspunkt, hvor underbalancen erkendes, eller på det tidspunkt hvor underbalancen ikke længere kan skjules over for omverdenen.

Der har været eksempler på, at alvorligt insolvente apotekere er ophørt uden en aftale om formuemæssig konsolidering og gældsafvikling.

Konsekvensen heraf har været, at der har været tab hos såvel medicingrossister som told- og skat, og andre simple kreditorer. Det har i disse sager været erfaringen, at tabene har været meget betydelige for alle usikrede kreditorer.

Af Konkurrencerådets afgørelse fremgår, at der er 21 apoteker under solvensordningen. Af disse apoteker har alene 3 en stadigvæk bestående aftale om formuemæssig konsolidering og gældsafvikling. De resterende apoteker er enten udgået af solvensordningen som solvente, er ophørt med apoteksdrift eller har ikke ønsket at indgå en aftale under solvensordningen, eller har slutteligt ikke haft en alvorligt kvalificeret underbalance.

Sagen repræsenterer - som det også fremgår af Justitsministeriets skrivelse af 17. oktober 2005 - et principielt regelsammenstød eller i hvert fald en regelkrydsning mellem på den ene side dansk rets almindelige regler om en insolvent skyldners forpligtelser over for sine kreditorer ("dansk insolvensret") og på den anden side konkurrencelovgivningens regler ("dansk konkurrenceret").

Det er klagerens hovedanbringende, at apotekernes handlemønster under den af Konkurrencerådet kritiserede insolvensordning var bestemt af disses forpligtelser som insolvente forretningsdrivende efter dansk rets almindelige regler om personer under insolvens, herunder som forretningsdrivende under stille betalingsstandsning, og at apotekernes handlemønster - således bestemt af insolvensreglerne - ikke kan bedømmes som handlinger i strid med konkurrenceloven, herunder dennes § 6 (eller EF-traktatens artikel 81).

Regelkrydsningen mellem konkurrencelovgivningen og dansk rets almindelige insolvensregler var netop baggrunden for Konkurrencestyrelsens forespørgsel hos Justitsministeriet i brev af 13. juli 2005 og for Justitsministeriets Lovafdelings svar i skrivelse af 17. oktober 2005 til Konkurrencestyrelsen.

Det vil ses, at Justitsministeriets Lovafdeling besvarer spørgsmålet - hvorvidt en insolvent virksomhed lovligt kan ændre sit samhandelsmønster, så længe virksomheden er insolvent - på grundlag af tre relevante retskilder, nemlig

- konkurslovens kapitel 2 om betalingsstandsning (skrivelsen p 3, 2. nye afsnit)
- øvrige regler i konkursloven, herunder reglerne om omstødelse og erstatning for omstødelige dispositioner i konkurslovens §§ 74 og 76 (skrivelsen p 3, 3. afsnit) og
- dansk rets almindelige erstatningsregler (skrivelsen p 3, 4. afsnit),

før Justitsministeriets Lovafdeling relaterer sine generelle juridiske betragtninger til apotekernes insolvensordning med den konklusion, at apotekeren efter en konkret vurdering vil kunne ifalde erstatningsansvar ved som insolvent at ændre sit samhandelsmønster. Det vil bl.a. kunne være tilfældet, hvis et leverandørskifte måtte påføre de eksisterende kreditorer en nærliggende risiko for tab.

Domstolenes praksis med hensyn til erstatningsansvar for forrykkelse af forholdet mellem kreditorer gennem stiftelse af nye gæld – som forholdet ville være ved leverandørskifte på kredit – er yderligere (efter Justitsministeriets skrivelse af 17. oktober 2005) blevet indskærpet, nemlig ved Højesterets dom af 19. oktober 2005 i den såkaldte Mindshipsag, UfR 2006.243H, hvor det i Højesterets præmisser hedder:

”Under disse omstændigheder var det i hvert fald den 23. september 1996 kun forsvarligt for bestyrelsen at beslutte at fortsætte driften, hvis det skete på en måde der sikrede, at der ikke stiftedes yderligere gæld, at eksisterende gæld ikke blev nedbragt, og at varekøb fremover skete mod kontant betaling Det må derfor tilregnes ham som en ansvarspådragende fejl, at han ikke tog skridt til, at bestyrelsen drøftede og besluttede, at driften fremover iagttog disse retningslinier, men tværtimod sammen med den øvrige bestyrelse accepterede delvis betaling af gammel leverandørgæld og stiftelse af ny gæld. Højesteret finder herefter, at ... er erstatningsansvarlig over for konkursboet for de betalinger af gammel gæld, der uberettiget fandt sted efter den 23. september 1996 og for stiftelse af ny gæld efter dette tidspunkt.”

Det er herigennem – på ny – bekræftet som gældende dansk ret, at en virksomhed/virksomhedsindehaver efter omstændighederne kan pådrage sig et erstatningsansvar over for kreditorerne efter dansk rets almindelige erstatningsregler, hvis virksomheden f.eks. på illoyal eller uforvarlig vis fortsætter driften af virksomheden, herunder ændrer samhandelsmønster, på et tidspunkt hvor virksomhedsindehaveren burde indse, at en videreførelse ikke er mulig uden yderligere tab.

Konkurrencestyrelsen og Konkurrencerådet har åbenbart ikke tillagt Justitsministeriets Lovafdelings svar nogen vægt - eller har undladt at læse det med fornøden omhu.

Dette fremgår med stor tydelighed af, at Konkurrencestyrelsen i sin indstilling i afsnittet om ”Offentlig regulering” (pkt. 112 - 120) indskrænker sig til alene at citere et enkelt afsnit fra Justitsministeriets Lovafdelings svar, nemlig dets p 3, 2. nye afsnit. Det er citeret i Konkurrencestyrelsens indstilling/Konkurrencerådets afgørelse under pkt. 114.

Konkurrencestyrelsen har således valgt alene at gengive Justitsministeriets Lovafdelings svar vedrørende ét af de i alt tre retsgrundlag, på hvilke Lovafdelingen har behandlet spørgsmålet, hvorvidt en insolvent virksomhed kan ændre samhandelsmønster, nemlig for det tilfælde, at der

foreligger anmeldt betalingsstandsning efter konkurslovens kap. 2. Det forelå ikke i apotekersagerne og derfor er det nemt og selvfølgelig for Justitsministeriet at svare, at insolvensordningen ikke var *"en direkte og nødvendig følge af reglerne i konkurslovens kapitel 2 om betalingsstandsning"*. Det var den ikke, fordi konkurslovens kapitel 2 slet ikke finder anvendelse på apotekernes insolvensordning, eftersom betalingsstandsningerne ikke var anmeldt.

Derimod har Konkurrencestyrelsen i sin indstilling og Konkurrencerådet i sin afgørelse - efter klagerens opfattelse med urette - udeladt en omtale og behandling af Justitsministeriets Lovafdelings besvarelse af det stillede spørgsmål om lovligheden af en insolvent virksomheds ændring af sit samhandelsmønster på de to yderligere af Justitsministeriet behandlede retsgrundlag, nemlig konkurrencelovens øvrige regler (omstødelse og erstatning efter lovens §§ 74 og 76) og dansk rets almindelige erstatningsregler.

Kun forudsætningsvis og indirekte og i form af en imødegåelse af klagerens argumentation omtales disse væsentligere dele af Justitsministeriets Lovafdelings besvarelse i Konkurrencestyrelsens indstilling (og Konkurrencerådets afgørelse) under punkterne 116 - 118.

Konkurrencestyrelsens herhenhørende argumentation (pkt. 118) er i øvrigt ikke rigtig. Det afgørende er ikke apotekerens eventuelle motivation for et ønske om at skifte leverandør, men hvorvidt et leverandørskifte (en ændring af samhandelsmønster) måtte være egnet til at påføre eksisterende kreditorer (her den eller de hidtidige leverandører) en nærliggende risiko for tab. Insolvensordningen og den under denne mellem en grossist og en insolvent apoteker indgåede aftale indebar, at grossisten fortsat ville levere til apoteket på usikret kredit. Der ville således fortsat - så længe insolvensen måtte bestå som sådan - være et gældsforhold til grossisten, som apotekeren ville være motiveret til at holde nede på et under ordningen acceptabelt niveau gennem betaling i muligt omfang for derigennem at sikre sig fortsatte løbende leverancer på usikret kredit. Ved et leverandørskifte ville denne motivation bortfalde og dermed ville ændringen af samhandelsmønsteret påføre den hidtidige leverandør som eksisterende kreditor en nærliggende forøget kreditrisiko og ultimativt et tab, som - i kraft af samhandelsmønsterændringen eller med insolvensrettens begreb forrykkelse af forholdet mellem kreditorerne - ville være egnet til at pådrage apotekeren et erstatningsansvar.

Det er apotekernes standpunkt, at de siden 1997 mellem insolvente apotekere og medicinalgrossisterne Nomeco A/S, Max Jenne A/S og K.V. Tjellesen A/S indgåede aftaler under den såkaldte "solvensordning" ikke har været eller er i strid med konkurrencelovens § 6 (eller art. 81).

Aftalerne indeholder et vilkår eller en forudsætning om en fastholdelse af det forud for aftaletidspunktet gældende samhandelsmønster med medicinalgrossisterne, men aftalerne er desuagtet ikke konkurrencelovstridige, eftersom det fastholdte samhandelsmønster hverken er et formål med eller en virkning af aftalerne, men følger allerede af de dispositionsbegrænsninger, som efter almindelig dansk insolvensret påhviler en alvorligt insolvent erhvervsdrivende. Det bekræftes i Justitsministeriets udtalelse, som bør læses i sin helhed og ikke blot i det intetsigende uddrag heraf, som er citeret i Konkurrencestyrelsens indstilling under pkt. 114.

Det anføres sammenfattende, at solvensordningsaftaler alene er indgået med alvorligt insolvente apotekere og for disse kun er gældende, så længe insolvensen varer. Solvensordningen er en kreditorordning, etableret med henblik på at nedbringe, minimere og helst eliminere apotekerens

underbalance, og dermed en ordning, som må respektere dansk insolvensrets almindelige regler for ligelig behandling af kreditorer under betalingsstandsning.

Insolvensen i sig selv, jf. Justitsministeriets udtalelse, for den alvorligt insolvente apoteker medfører begrænsning i apotekerens handlefrihed, herunder med hensyn til at ændre samhandelsmønster (*"kan pådrage sig erstatningsansvar hvis apoteket ændrer sit samhandelsmønster på et tidspunkt, hvor apoteket er insolvent"*). Enhver insolvent apoteker har således fra det tidspunkt, på hvilket han eller hun har måttet erkende sig som insolvent – i kraft af dansk rets almindelige insolvensregler – været pligtig ikke at forrykke forholdet mellem sine kreditorer. Den insolvente apoteker og medicinalgrossisterne - uanset konkurrencelovens § 6 og uden at komme i strid med denne - kan indføre i en solvensaftale begrænsninger, som - uafhængigt af aftalen - binder apotekeren efter almindeligt gældende dansk insolvensret. Den i solvensaftalen forudsatte samhandelsbegrænsning er således ikke en konsekvens af nogen aftaleretlig forpligtelse, men alene udslag af en i forvejen bestående retlig forpligtelse som følge af insolvensen. Dispositionsbegrænsningen for den insolvente apoteker er et udslag af det også for stille betalingsstandsninger almindeligt gældende ikke-forrykkelses- og ikke-forringelses princip. Det kan aldrig være i strid med konkurrencelovens § 6 at overholde de pligter, som dansk insolvensrets almindelige regler pålægger en forretningsdrivende.

Medtagelsen af en forudsætning om fastholdt samhandelsmønster i solvensaftalen - uanset at begrænsningen ville bestå også uden denne - har tjent det gode formål at advare aftalens parter mod potentielt erstatningspådragende forrykkelse af samhandelsmønsteret.

4.3 Solvensordningen har på sigt medvirket til at styrke konkurrencen på området i og med, at insolvente apotekere med de af insolvensen følgende dispositionsbegrænsninger i kraft af ordningen er blevet solvente med fuld frihed til herefter at ændre samhandelsmønster efter ønske.

5.0 Nomecos argumentation.

5.1 Nomeco har navnlig anført, at insolvensordningen ikke har til formål at begrænse konkurrencen, og at bestemmelsen om fastlåsning af samhandelen er uløseligt forbundet med ordningens overordnede formål.

I den anfægtede afgørelse (punkt 169) udtaler Konkurrencerådet, at " hovedformålet med aftalen muligvis ikke har været at begrænse konkurrencen mellem grossisterne" . Dog vurderes det, at " bestemmelsen om fastlåsning af samhandelsmønster har haft til formål at begrænse konkurrencen" . På denne baggrund tiltræder Konkurrencerådet, at hele ordningen samlet set har " som sit objektive formål at begrænse konkurrencen" (se punkt 166 og 173).

Ifølge den anfægtede afgørelse synes det således afgørende, at et delmoment i en aftale indebærer en (om end accessorisk) begrænsning af konkurrencen, også selv om det overordnede formål med aftalen ikke er en begrænsning af konkurrencen.

Det er Nomecos opfattelse, at Konkurrencerådets analyse er i strid med retspraksis, hvorefter en aftales formål skal vurderes i lyset af såvel dens ordlyd som den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår.

Det følger endvidere af retspraksis, at ved anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på en konkret sag skal det først tages i betragtning, i hvilken overordnet sammenhæng den undersøgte ordning indgår og har virkninger, og herunder særligt, hvilke mål der søges nået med vedtagelsen, jf. sag C-309/99, Wouters, præmis 97.

I Visa International (I)-sagen (Visa International (I) af 9. august 2001 i sag COMP/29.373) fastslog Kommissionen bl.a., at de vedtægtsmæssige forskrifter, der bl.a. pålagde bankerne at forbyde betalingsmodtagerne at opkræve et tillæg for betaling via Visa-kort, ikke var omfattet af artikel 81, stk. 1, på trods af det åbenbare priskoordinerende element.

I sag 35/85, BAT Cigaretten mod Kommissionen, tog Domstolen stilling til de konkurrenceretlige aspekter af de såkaldte varemærkeretlige "sameksistensaftaler" eller "afgrænsningsaftaler", der har til formål at afgrænse varemærkernes respektive anvendelsesområder for at undgå forveksling eller konflikter. Til trods for at sådanne aftaler reelt kan føre til en klar markedsdeling, fremgår det af dommen, at sådanne aftaler i princippet falder uden for artikel 81, medmindre der med aftalerne tilsigtes en markedsopdeling eller andre konkurrencebegrænsninger.

I sag C-309/99, Wouters, fandt Domstolen at visse advokatetiske regler (forbud mod indgåelse af integrerede samarbejdsforhold mellem advokater og revisorer) havde konkurrencebegrænsende virkninger og i øvrigt faldt ind under de eksempler på konkurrencebegrænsninger, der er opremset i artikel 81, stk. 1. Domstolen konstaterede dog, at reglernes overordnede formål ikke var at begrænse konkurrencen (men at beskytte principperne om god advokatetik) og ikke gik videre end, hvad der var nødvendigt til sikring af det forfulgte hensyn (se præmis 98-109). Domstolen fandt, at de omhandlede konkurrencebegrænsninger var "uadskilleligt forbundne" med den omtvistede ordning, og at ordningen således ikke var omfattet af forbudet i artikel 81.

Det fremgår endvidere af en lang række domme, at *accessoriske konkurrencebegrænsninger* er tilladte, såfremt de har en direkte forbindelse med og er nødvendige for gennemførelsen af en ikke-konkurrencebegrænsende hovedtransaktion og står i et rimeligt forhold til denne. I sag T-219/99, Métropole Télévision (M6), udtalte Retten således, at når *hovedtransaktionen* ikke er omfattet af forbudet i traktatens artikel 81, stk. 1, gælder det samme således for de begrænsninger, der er direkte forbundet med og nødvendige for denne transaktion.

Ovennævnte sager illustrerer, at også aftaler, der udtrykkeligt falder ind under (selv "hard-core") kategorierne opremset i artikel 81, stk. 1 (priskoordinering, markedsdelingsaftaler, produktionsbegrænsninger, m.v.) kan falde uden for forbudet i artikel 81. Sagerne viser, at det ved anvendelsen af artikel 81 på en konkret sag skal tages i betragtning, 1) i hvilken overordnet sammenhæng den pågældende foranstaltning indgår og har virkninger, og herunder særligt, hvilke mål der søges nået med vedtagelsen, jf. sag C-309/99, Wouters, præmis 97. Det er tillige afgørende, 2) at det forfulgte formål ikke kan sikres ved at anvende mindre vidtgående foranstaltninger, jf. Wouters, præmis 94.

Det er uomtvisteligt, at insolvensordningen *overordnet set* forfølger et andet formål end at begrænse konkurrencen. Dette synes endda at være accepteret af Konkurrencerådet i afgørelsens punkt 169, hvor det medgives, at " [...] *hovedformålet med aftalen muligvis ikke har været at begrænse konkurrencen mellem grossisterne [...]*" .

Det er endvidere Nomecos opfattelse, at insolvensordningen er begrænset til det absolut nødvendige og at eventuelle konkurrencebegrænsende elementer er uadskilleligt forbundne med ordningen.

Det skal i den forbindelse særligt fremhæves, at som det også fremgår af den anfægtede afgørelse, er det uomtvistet, at ordningen havde et socialt formål i forhold til en bred kreds af apotekere. Det er dokumenteret, at omfanget af økonomiske problemer blandt apotekere var betydeligt i 1996, og at problemet var stigende. De økonomiske problemer opstod pga. dårlig drift af apotekerforrentningen eller et for stort privatforbrug. Med implementeringen af insolvensordningen ønskede Apotekerforeningen, at man tidligere kunne tilbyde effektiv hjælp for at undgå konkurser.

Der var alene tale om et tilbud til apotekeren, som apotekeren frit kunne vælge at acceptere eller tage konsekvenserne af ikke at acceptere. De indgåede solvensaftaler var endvidere ensidigt forpligtende, idet apotekeren til enhver tid kunne frigøre sig fra aftalen, herunder samhandelsbegrænsningen. Fastlåsning af samhandelen var ikke en betingelse for fortsat samhandel, men alene en betingelse for garantien om en saldokvittering ved ophør. At der var tale om en frivillig ordning afspejles i øvrigt i en række apotekeres adfærd, idet flere apotekere valgte at stå uden for ordningen, efter at der blev opnået kendskab til ordningens betingelser.

Fastlåsningen af samhandelsmønstret var videre alene en (defensiv) reaktion på og følge af apotekerens insolvens. Som det er forklaret i brevet fra Apotekerforeningen til Konkurrencestyrelsen af 11. januar 2005, baserer det betingede tilsagn (saldokvitteringsgarantien), der afgives af grossisten i henhold til aftalen om formuemæssig konsolidering og gældsafvikling (FKG), sig i udgangspunktet på apotekerens skyldforhold til medicinalgrossisten på tidspunktet for afgivelse af saldokvitteringsgarantien, men således at denne i sagens natur først får virkning for den senere gæld på tidspunktet for insolvensens ophør. Som anført af Apotekerforeningen i det nævnte brev er det derfor en nødvendig forudsætning for tilsagnet, at der består et skyldforhold til den pågældende grossist på dette senere tidspunkt. Det ville således være uden mening, hvis samhandelen – og dermed gælden – påhvilede en anden, som ikke havde givet dækningstilsagn.

Grossisterne påtog sig således som led i ordningen en betydelig tabsrisiko, eftersom de skulle dække et eventuelt underskud ved udløb af apotekerens funktionsperiode, ligesom grossisternes fremtidige kredit var usikret. Derfor ønskede man en fastlåsning af samhandelsmønstret, så den enkelte grossist kunne imødesee en vis minimumsomsætning hos den insolvente apoteker som en rimelig compensation/modydelse. Uden denne sikkerhed var det kommercielt uforsvarligt at indgå i ordningen.

Det skal videre fremhæves, at ordningen ophørte, så snart apotekeren blev solvent.

Ordningen hverken indeholdt eller indebar således de karakteristika, der er nødvendige for at kvalificere ordningen som en markedsdelingsaftale i konkurrenceretlig forstand. Den såkaldte markedsdelingsaftale led således af den væsentlige mangel, at den, der angiveligt havde delt den yderst begrænsede del af markedet imellem sig, ikke kunne styre de insolvente apotekeres indkøbsadfærd, idet disse frit kunne vælge samhandelsniveau med alle grossisterne, hvilket viser, at ordningen hverken havde et konkurrencebegrænsende formål eller udgjorde et egnet middel til at eliminere den indbyrdes konkurrence om de kvalificeret insolvente apotekere.

Endvidere er bestemmelsen om fastlåsning af samhandelsmønstret alene en naturlig følge af de almindelige erstatningsregler, der gælder efter dansk ret på området for insolvens. Efter disse regler

vil en insolvent debitor kunne pådrage sig erstatningsansvar, såfremt han i insolvensperioden foretager dispositioner, der forrykker forholdet mellem kreditorerne eller forringer deres position. Der er nærmere redegjort for disse forhold i Justitsministeriets skrivelse af 17. oktober 2005 og i det af Danmarks Apotekerforening anførte.

Såfremt det overordnede formål med aftalen havde været en opdeling af markederne, ville det have formodningen imod sig, at aftalen var frivillig. Det ville endvidere have været oplagt, at aftalen havde været rettet mod andre apoteker end dem, der var insolvente og særligt de, der var så kvalificeret insolvente, at de havnede i " Gruppe 1" (en gruppe apoteker, hvis kommercielle attraktivitet netop er yderst begrænset). Endvidere ville det have formodningen imod sig, at ordningen ville ophøre ved apotekernes solvens (når apotekerne omsider blev kommercielt attraktive).

Det bemærkes, at det – som det fremgår af Wouters-dommen – ingenlunde udelukker opfyldelse af " nødvendighedskriteriet" , at det forfulgte mål kan nås ved anvendelse af andre ordninger, og at der i den forbindelse må indrømmes virksomhederne en vis frihed i deres valg af midler.

Det er således klart, at aftalen forfulgte et legitimt formål og at de eventuelle begrænsninger i apotekernes handelsfrihed, der fulgte af ordningen, alene var af accessorisk karakter og begrænset til det strengt nødvendige.

Det må derfor afvises, at insolvensordningens formål – eller bestemmelsen om fastlåsning af samhandelen isoleret set – skulle være at begrænse konkurrencen.

I forlængelse heraf bemærkes, at de insolvente apotekere, der ikke har indgået en aftale om formuemæssig konsolidering og gældsafvikling, er ikke omfattet af insolvensordningen.

Det er i den forbindelse nødvendigt, at der sondres skarpt mellem de insolvente apoteker, der har underskrevet aftale om FKG, og de apoteker, der ikke har underskrevet denne aftale, idet sidstnævnte gruppe ikke er omfattet af insolvensordningen. Det bemærkes i den forbindelse, at Konkurrencerådet hverken har godtgjort, at der i relation til denne gruppe af apoteker foreligger en aftale, eller at der foreligger samordnet praksis mellem grossisterne.

Som omtalt i Rådsafgårelsen (punkt 37ff) var der en række (nærmere bestemt 13) apotekere, der ikke indgik aftale om FKG. Konkurrencerådet har i afgørelsen anført, at også apotekere, der ikke havde indgået en sådan aftale, fik fastlåst deres samhandelsmønster (afgårelsens punkt 39-43). På den baggrund konkluderer Konkurrencerådet, at grossisterne også indgik en markedsdelingsaftale i relation til disse apoteker, ligesom der også ifølge Konkurrencerådet foreligger et vertikalt aftaleforhold i relation til disse apoteker.

Konkurrencerådet har imidlertid ikke ført bevis for, at der foreligger en aftale om markedsdeling mellem grossisterne i relation til de 13 apotekere, der ikke har indgået en aftale vedrørende formuemæssig konsolidering og gældsafvikling.

I afgørelsens punkt 67-82 citeres en række dokumenter. Ingen af disse dokumenter beviser dog, at der imellem grossisterne eksisterede en – udtrykkelig eller implicit – aftale om fastlåsning af samhandelen i relation til de Gruppe 1-apoteker, der ikke havde underskrevet aftalen.

Tværtimod fremgår det af flere af de fremlagte bilag, at der sondres klart mellem de apoteker, der har en aftale, og de apoteker, der ikke har en aftale (også udtrykt som værende " inden for eller uden for ordningen").

Der foreligger heller ikke samordnet praksis. Det følger af fast retspraksis, at begrebet samordnet praksis forudsætter et element af samordning, foruden en adfærd på markedet samt årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden, jf. bl.a. sag C-49/92 P, Anic, præmis 118. Konkurrencerådet har imidlertid ikke undersøgt, om – endsige ført bevis for, at – der er tale om samordning, hvorved forstås ens, koordineret adfærd mellem grossisterne.

Der er i den forbindelse flere eksempler på, at grossisterne har reageret forskelligt i relation til de kunder, der ikke deltog i ordningen. Som nævnt måtte der i relation til hver enkelt kunde indgås individuelle aftaler om mulighederne for apotekets fortsatte drift, under skyldig hensyntagen til de økonomiske udsigter m.v. Således var grossisternes reaktionsmønster i forhold til apotekerne også i sagens natur afhængigt af den enkelte apotekers individuelle forhold. Den i afgørelsens punkt 39 citerede skrivelse kan således alene tages til indtægt for Nomecos reaktion i relation til én apoteker, der på daværende tidspunkt var stærkt insolvent. I andre tilfælde accepterede grossisterne, at det pågældende apotek skiftede samhandelsmønster, evt. kombineret med at apoteket påtog sig visse forpligtelser over for grossisterne, f.eks. en orienteringspligt.

Under alle omstændigheder skal det understreges, at den blotte omstændighed, at virksomheder i en række sager har handlet ens på markedet, ikke er tilstrækkeligt bevis for, at der foreligger koordineret adfærd (samordning).

Kriterierne om koordination og samarbejde skal forstås ud fra den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrencebestemmelser, og hvorefter enhver erhvervsdrivende *uafhængigt* skal tage stilling til den politik, som han vil føre på det fælles marked, jf. bl.a. sag C-49/92 P, Anic, præmis 116.

Det er således ikke tilstrækkeligt at konstatere, at en gruppe af markedsaktører optræder på samme måde på markedet. Det følger af EF-domstolens retspraksis, at parallel adfærd ikke i sig selv beviser, at der er tale om koordineret adfærd, medmindre en sådan koordinering er den *eneste sandsynlige* forklaring på en sådan adfærd, og at " *selv om traktatens artikel [81] forbyder enhver hemmelig aftale, der fordrejer konkurrencen, udelukker den ikke de erhvervsdrivendes ret til at foretage de nødvendige tilpasninger til deres konkurrenters konstaterede eller antagelige adfærd*" .

I *Ahlström*-sagen, vedr. pris-annoncering, fandt EF-domstolen, at der var en række plausible forklaringer for de berørte virksomheders parallelle adfærd på markedet, henset bl.a. til markedets gennemsigtige og oligopolistiske struktur. Da Kommissionen ikke havde forelagt en samling " *tungtvejende, nøjagtige og samstemmende beviser*" , måtte EF-domstolen konkludere, at Kommissionen ikke havde bevist, at der forelå en overtrædelse af TEF artikel 81.

Som allerede nævnt i forrige afsnit har almindelig insolvensretlige betragtninger i den foreliggende sag kunnet give en yderst plausibel forklaring for, at grossisterne i en række tilfælde har reageret på samme måde over for en række insolvente apotekere, nemlig grossisternes ønske om ikke at få forringet deres stilling som kreditorer og/eller opleve en forrykkelse af deres indbyrdes forhold. Som nævnt var det i de fleste tilfælde en almindelig – individuel – kreditvurdering, der påvirkede grossisternes beslutning om at yde fortsat kredit til apotekere, der var kvalificeret insolvente og –

for nogles vedkommende – havde ringe udsigt til en solvent lukning inden funktionsperiodens ophør.

I denne forbindelse kan det i Rådsafgørelsens citerede brev af 18. august 2000 fra Nomeco alene ses som udtryk for et helt normalt insolvens-retligt reaktionsmønster i relation til en debitor, der på daværende tidspunkt var stærkt insolvent og som i øvrigt foretog en insolvent lukning kort tid efter udsendelsen af brevet (den 30. oktober 2000).

Som det fremgår af Ahlströhm-sagen, er det endvidere relevant hér at fremhæve det foreliggende markeds gennemsigthed og oligopolistiske struktur.

Konkurrencerådet har således ikke fremlagt "*tungtvejende, nøjagtige og samstemmende beviser*" for, at der foreligger samordning omfattet af TEF artikel 81.

Hvad angår de vertikale aftaler gøres gældende, at Konkurrencerådet ikke har undersøgt, om – endsige ført bevis for, at – der foreligger et aftaleforhold i relation til de apotekere, der ikke har underskrevet en aftale om formuemæssig konsolidering og gældsafvikling.

I afgørelsens punkt 83-93 vurderer Konkurrencerådet, at der endvidere foreligger en vertikal aftale mellem grossisterne og Danmarks Apotekerforening, idet disse skal ses som "*nødvendige for, at insolvensordningen overhovedet har kunnet fungere [og derfor er] en integreret del af [in]solvensordningen*" (punkt 154).

Som nævnt foreligger der ikke nogen horisontal aftale eller samordnet praksis, hvorved grossisterne har aftalt at opdele markedet imellem sig.

I det omfang der ikke desto mindre måtte findes at være et horisontalt element, er omfanget heraf under alle omstændigheder begrænset af det antal vertikale aftaler, der er indgået mellem grossisterne og de enkelte apotekere. Også på dette punkt adskiller ordningen sig fra en ordning, der har til formål at opdele markedet.

Det bemærkes, at en virksomheds ensidige adfærd ikke er omfattet af EF-traktatens artikel 81 eller Konkurrencelovens § 6. Det er således ikke nok, at en ensidig erklæring fra en opstrøms operatør (leverandør/grossist) har til formål at påvirke nedstrøms operatøren (forhandleren). Det kræves også, at sidstnævnte (forhandleren) har samtykket i opfordringen og at der således foreligger en samstemmende vilje (Volkswagen-dommen, præmis 59).

Begrebet aftale i artikel 81, stk. 1's forstand, som dette fortolkes i retspraksis, forudsætter, at to parter i det mindste har en samstemmende vilje, hvorved det ikke er afgørende, i hvilken form denne manifesterer sig, forudsat den udgør en korrekt afspejling af parternes vilje.

Retten har udtalt, at Kommissionen ikke er berettiget til at lægge til grund, at den tilsyneladende ensidige adfærd, som en fabrikant følger i sin forretningsforbindelse med sine sælgere, reelt udgør en aftale mellem virksomheder i traktatens artikel 81, stk. 1's forstand, medmindre den har godtgjort, at der foreligger et udtrykkeligt eller stiltiende samtykke fra de andre medkontrahenter til fabrikantens handlemåde.

I Bayer-dommen (vedr. et forbud fra producentens side mod, at forhandlerne videreeksporterede de leverede produkter) fandt Retten, at Kommissionen i sin beslutning ikke tilstrækkeligt havde godtgjort, at der forelå et samtykke fra forhandlernes side.

I Volkswagen-sagen (vedr. Volkswagens forbud mod, at forhandlerne ydede rabatter) blev Kommissionens beslutning annulleret " allerede fordi [Kommissionen] havde nøjedes med at anføre det indlysende forhold, at de omstridte opfordringer havde til formål at påvirke forhandlerne ved opfyldelsen af deres kontrakter." Retten annullerede afgørelsen, allerede fordi Kommissionen ikke havde fundet det " nødvendigt at bevise, at forhandlerne reelt havde samtykket i opfordringerne, da de blev bekendt hermed" .

Endelig kan der henvises til Rettens dom i Opel Nederland-sagen (vedr. Opel Nederlands påståede forsøg på at begrænse forhandlernes eksport af de leverede køretøjer), hvor Kommissionens beslutning blev annulleret, bl.a. fordi Kommissionen ikke havde ført bevis for, at leveringsbegrænsningsforanstaltningen var blevet meddelt til forhandlerne, ligesom det ikke var godtgjort, at denne foranstaltning indgik i kontraktforholdet mellem Opel Nederland og virksomhedens forhandlere.

Det fremgår af disse domme, at det påhviler konkurrencemyndigheden at føre bevis for, at der foreligger udtrykkeligt eller stiltiende samtykke fra medkontrahentens side. I mangel på sådant bevis må afgørelsen annulleres.

I den foreliggende sag har Konkurrencestyrelsen end ikke forsøgt at føre et sådant bevis. Den anfægtede afgørelse (punkt 83-93) giver i den forbindelse alene holdepunkter for at antage, at der har eksisteret en samstemmende vilje mellem grossisterne og Dansk Apotekerforening i relation til de apoteker, der har underskrevet aftale om formuemæssig konsolidering og gældsafvikling.

Afgørelsen må derfor annulleres allerede på dette grundlag.

5.2 Det gøres endvidere gældende, at insolvensordningen ikke fører til en begrænsning af konkurrencen.

Som omtalt har grossisterne ikke indgået en aftale (eller deltaget i en samordnet praksis), der har til formål at begrænse konkurrencen i relation til de apoteker, der var omfattet af " Gruppe 1" .

Når en ordning ikke har til formål at begrænse konkurrencen, påhviler det konkurrencemyndigheden at undersøge, om den pågældende ordning har haft konkurrencebegrænsende virkninger. Dette gælder i øvrigt også, når det er usikkert/uklart, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål.

En vurdering af, hvorvidt en aftale konkret har påvirket konkurrencen, må foretages ud fra en vurdering af, hvorledes konkurrencen ville have været uden den pågældende aftale. Der skal i den forbindelse tages hensyn til aftalens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng de pågældende virksomheder indgår i, de varer og tjenesteydelser der er tale om, samt til hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer.

Det gøres gældende, at konkurrencesituationen ikke ville have udviklet sig anderledes i fravær af insolvensordningen.

Der skal i den forbindelse sondres mellem på den ene side de apoteker, for hvem der forventes at skulle afgives saldokvittering, og på den anden side de apoteker, der havde en god udsigt til at blive solvente inden funktionsperiodens ophør.

For så vidt angår de 4 apoteker for hvem der enten er blevet afgivet saldokvittering eller eksisterer en ikke uvæsentlig risiko for afgivelse af saldokvittering, gøres gældende, at der reelt ikke var nogen konkurrence imellem grossisterne om disse apoteker. Eftersom ingen af disse apoteker havde/har udsigt til at blive solvente inden funktionsperiodens ophør, var/er der tale om apoteker uden den mindste kommercielle attraktivitet, og som alene kunne/kan fortsætte driften på grund af insolvensordningen, hvorved de fortsat kunne/kan modtage leverancer på kredit.

Hvad angår de apoteker, der efter nogen tid konstaterede, at de havde en god udsigt til at blive solvente inden funktionsperiodens udløb, gøres gældende, at saldokvitteringsgarantien for disse apotekeres vedkommende ikke kan have været udslagsgivende for deres indkøbsadfærd. For de apotekere, der havde fulgt insolvensordningen i nogen tid, kunne det konstateres, at garantiordningen med saldokvittering ikke blev aktuel. Risikoen for selv at skulle dække en eventuel underbalance ved funktionsperiodens ophør (og eventuel personlig konkurs) i forbindelse med væsentlige ændringer i samhandelsmønsteret med grossisterne var derfor for disse apotekere reelt ikke til stede.

Den omstændighed, at der i relation til denne gruppe af insolvente apotekere kun kunne iagttages begrænsede ændringer i samhandelsmønstrene, kan således ikke henføres til insolvensordningen, men skyldes formentlig nærmere tilfredshed med de eksisterende samhandelsniveauer med de enkelte grossister, idet det erindres, at en apoteker ikke nødvendigvis fik større rabatter eller en bedre service ved at ændre sit samhandelsmønster.

5.3 Der foreligger desuden ikke en mærkbar konkurrencebegrænsning.

En aftale eller samordnet praksis skal også føre til en mærkbar begrænsning af konkurrencen for at blive omfattet af EF-traktatens artikel 81 og konkurrencelovens § 6. Dette krav gælder, selv når der er tale om ordninger, der måtte have til formål at begrænse konkurrencen.

Det bestrides, at den anfægtede ordning medfører en mærkbar konkurrencebegrænsning.

For at nå frem til den konklusion, at der foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning, fremhæver Konkurrencerådet i den anfægtede afgørelse særligt fire forhold, nemlig

(i) at der er indgået en aftale mellem grossisterne, der udgør en grov ("hard core") overtrædelse af konkurrenceloven;

(ii) at aftalen har som sit objektive formål at begrænse konkurrencen;

(iii) at aftalen har fjernet grossisternes mulighed for at etablere omkostningsbegrundede rabatter til de apotekere, der er omfattet af ordningen; samt

(iv) at de fastlåste apoteker i perioden fra 1998 frem til og med 2003 stod for mellem 4,2% og 6,2% af den samlede omsætning af samtlige apoteker i Danmark.

For så vidt aftalens formål og overtrædelsens grovhed er denne beskrevet forkert i afgørelsen. Der henvises i den forbindelse til det tidligere anførte, hvoraf fremgår, at formålet med aftalen ingenlunde var en begrænsning af konkurrencen, og at bestemmelsen om samhandelsbegrænsning var nødvendig under de givne omstændigheder, henset til ”Gruppe 1”-apotekernes kvalificerede insolvens.

For så vidt grossisternes rabatter og serviceniveau ændres dette ikke under ordningen.

Konkurrencerådet har hverken undersøgt eller godtgjort, at den omtvistede ordning skulle have til følge at begrænse konkurrencen mærkbart i relation til de to eneste konkurrenceparametre identificeret i afgørelsen (rabatter og serviceniveau).

Som nævnt lægger Konkurrencerådet i afgørelsen afgørende vægt på, at grossisternes muligheder for at yde rabatter, var begrænset ved ordningen. Ifølge Konkurrencerådet er det, når dette konkurrenceparameter er sat ud af kraft, at ordningen har haft til følge at begrænse konkurrencen (afgørelsens punkt 171). Andetsteds i afgørelsen fremhæver Konkurrencerådet ligeledes betydningen af muligheden for at konkurrere på service (se punkt 138 og 157).

Det gøres gældende, at apotekernes rabatgivning og serviceniveau ikke er (mærkbart) påvirket af insolvensordningen.

I den forbindelse og vedrørende rabatgivning bemærkes, at hvad angår perioden før 2000, gjaldt der ifølge den dagældende lovgivning et forbud mod at yde rabatter. Det er på denne baggrund oplagt, at den anfægtede ordning ikke kunne have en indvirkning på grossisternes rabatpolitik før 2000.

Hvad angår perioden efter 2000 bemærkes, at grossisterne alene har mulighed for at give omkostningsbestemte rabatter. Rabatordningen indebærer, at den rabat, der gives til apotekerne, følger den enkelte leverance og afhænger af en lang række parametre. Det skal i den forbindelse understreges, at de tre grossisters priser er ens, ligesom alle grossister lagerfører de samme medicinalprodukter.

I princippet er der derfor underordnet, om en apoteker får leveret sine varer fra den samme grossist eller får leveret sine varer fra forskellige grossister, så længe den enkelte leverance lever op til de fastsatte rabatparametre. En apoteker kan således opnå den samme rabat ved at planlægge sine indkøb og nøjes med at få leveret fra én grossist ad gangen i stedet for at modtage leverancer fra samtlige grossister samtidig (eksempelvis samme dag eller samme uge). I praksis sker der typisk det, at en apoteker med to grossister i forholdet 50%-50% foretager sine indkøb hos den ene grossist i lige uger og sine indkøb hos den anden grossist i ulige uger.

Den omstændighed, at alle indkøb samles hos én grossist over en længere periode (f.eks. 3, 6 eller 12 måneder) giver således ikke i sig selv anledning til en større rabat. Det er tilsvarende klart, at for at en apoteker kan modtage en optimal rabat, kræves en vis grad af planlægning, uanset om apotekeren har én, to eller tre grossister.

Det må således afvises, at et apotek med et fastlåst handelsmønster vil være afskåret fra at opnå de samme rabatter som de apoteker, der frit kan ændre handelsmønster og eksempelvis samle alle sine indkøb hos én grossist over en længere periode (eksempelvis over hele året).

Endvidere bemærkes, at en række apoteker allerede har samlet alle deres køb hos én grossist. Ti af de apoteker, der er opremset i afgørelsens punkt 43, har således samlet deres køb hos én grossist. Fire af de apoteker, der har underskrevet aftale om FKG, har samlet alle deres køb hos én grossist. Såfremt Konkurrencerådet måtte få medhold i den påstand, at der kan opnås en besparelse ved at samle alle køb hos én grossist totalt set (*quod non*), burde det i hvert fald være klart, at den anfægtede ordning i relation til disse fire (/ ti) apoteker ikke kan have haft nogen indvirkning på de rabatter, der er blevet ydet i perioden. Dette forhold synes Konkurrencerådet ganske at have overset.

For så vidt det andet relevante konkurrenceparameter, som Konkurrencerådet har identificeret (dog ikke i relation til mærkbarhedsvurderingen), serviceniveauet, bemærkes, at det hverken er godtgjort eller undersøgt af Konkurrencerådet, at insolvensordningen skulle føre til et ringere serviceniveau i relation til de apoteker, hvis samhandelsmønster er fastlåst.

Som bekendt forventes det, at langt de fleste apoteker under insolvensordningen på et tidspunkt bliver solvente og derved kommercielt attraktive. For at grossisterne kan fastholde – og tiltrække – apotekerne ved ordningens udløb, er det afgørende at yde den mest attraktive service til det enkelte apotek under hele forløbet.

Hertil kommer, at – henset til markedets særlige kendetegn – vil en grossists serviceniveau i relation til én (solvent eller insolvent) apoteker have en generelt afsmittende effekt på grossistens almindelige omdømme i relation til samtlige apotekere. En mangelfuld service til en insolvent apoteker med et fastlåst samhandelsmønster vil således hurtigt blive kendt i branchen og kunne påføre den pågældende grossist varig skade i relation til samtlige kunder. Det er derfor Nomecos (og efter alt at dømme også de øvrige grossisters) klare politik at yde den samme høje service til alle apoteker, uanset om de er omfattet af insolvensordningen eller ej.

Konkurrencerådet har således hverken undersøgt eller godtgjort, at den omtvistede ordning skulle have til følge at begrænse konkurrencen mærkbart i relation til de to eneste konkurrenceparametre identificeret i afgørelsen (rabatter og serviceniveau).

Endelig bemærkes – ad de anvendte procentsatser i afgørelsens punkt 179 – at disse er for høje, da Konkurrencerådet medregner en række apoteker, der ikke bør medregnes.

I lyset af det tidligere anførte skal Konkurrencerådet i hvert fald udelade de apoteker, der ikke har underskrevet en aftale om FKG, og således alene medtage de 11 apoteker, der har indgået en sådan aftale. Herved fremkommer følgende satser:

1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Konkurrencerådet burde herefter have vurderet, at der ikke forelå en mærkbar begrænsning af konkurrencen.

Hvad angår procentsatserne bemærkes, at Konkurrencerådet netop for så vidt angår procentsatsen på 2,8 % (i år 2004) fandt, at der hér ikke forelå en mærkbar begrænsning af samhandelen. Som det fremgår af afgørelsen, er det kun i perioden fra 1998 til 2004 (men ikke inklusive 2004), at der forelå en mærkbar påvirkning af samhandelen.

5.4 Såfremt det måtte antages, at insolvensordningen er omfattet af artikel 81, stk. 1, hvilket bestrides, gøres gældende, at Konkurrencerådet har foretaget et åbenbart fejlskøn ved i afgørelsens punkt 207-218 at vurdere, at der ikke kan gives den omtvistede ordning en fritagelse efter konkurrencelovens § 8 eller EF-traktatens artikel 81, stk. 3.

Det gøres gældende, at insolvensordningen indebærer væsentlige fordele for de øvrige simple kreditorer, herunder told- og skat, og at ordningen herved forfølger et legitimt formål.

Det erindres, at den kreditorordning, som er etableret under insolvensordningen indebærer, at medicinalgrossisterne, som de betydelige usikrede kreditorer, lader sig efterstille de øvrige simple kreditorer, herunder Told- og Skat. Dette indebærer for så vidt angår skattekrav, at disse betales i sin helhed og til forfaldstid. Der konstateres således ikke tab for det offentlige, i det omfang en apoteker med en underbalance ophører som insolvent under solvensordningen.

Der findes eksempler på apoteker, der ikke har indgået en aftale om FKG, og som ved deres ophør blev taget under behandling efter de almindelige konkursregler, hvorved de simple kreditorer, herunder Told- og Skat, alene modtog en dividende af deres tilgodehavende. Dette ville være undgået, såfremt disse apoteker havde indgået en aftale om FKG.

De fordele, som ordningen er egnet til at bringe de øvrige usikrede kreditorer og navnlig Told- og Skat, er derfor egnet til at opfylde kravet i Konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1, og TEF artikel 81, stk. 3.

Det skal i den forbindelse understreges, at kravet om "forbedring af produktionen eller fordelingen af varerne eller fremme af den tekniske eller økonomiske udvikling" efter Kommissionens praksis ingenlunde er udtømmende, men også giver mulighed for at inddrage hensynet til eksempelvis industripolitikken, kulturpolitikken, miljøet, arbejdsmarkedet, regional udvikling, m.v.

For så vidt forbrugerfordele (§ 8, stk. 1, nr. 2, og artikel 81, stk. 3) bemærkes, at den omstændighed, at skattevæsenet undgår tab i forbindelse med insolvente apotekeres konkurs, betyder i sidste instans besparelser for forbrugerne (skatteyderne). Herved sikres forbrugerne uomtvisteligt en fordel ved ordningen.

For så vidt betingelsen om nødvendige begrænsninger (§ 8, stk. 1, nr. 3, og artikel 81, stk. 3) bemærkes, at som det fremgår af det tidligere anførte om formålet med den omtvistede ordning, er det Nomeskos klare opfattelse, at ordningen var begrænset til det strengt nødvendige. I øvrigt fremgår det klart af den anfægtede afgørelse (punkt 216), at Konkurrencerådet ganske har undladt at foretage en undersøgelse af dette element.

For så vidt betingelsen om udelukkelse af konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer (§ 8, stk. 1, nr. 4, og artikel 81, stk. 3) bemærkes, at det henset til det beskedne antal af apotekere, der efter Konkurrencerådets egen vurdering har været omfattet af ordningen, er overraskende, at Konkurrencerådet i afgørelsen kan konkludere, at ordningen heller ikke opfylder denne betingelse i konkurrencelovens § 8 og artikel 81, stk. 3 (se punkt 217). Det gøres gældende, at Konkurrencerådet heller ikke i relation til denne betingelse har foretaget en tilstrækkelig grundig analyse af ordningen.

Samlet konkluderes, at Konkurrencerådet skulle have udstedt en fritagelse efter konkurrencelovens § 8 og EF-traktatens artikel 81, stk. 3, i det omfang Konkurrencerådet måtte anse ordningen for omfattet af Konkurrencelovens § 6 og EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

5.5 I lyset af ovenstående bemærkninger gøres gældende, at Konkurrencerådet og Konkurrencestyrelsen ikke i tilstrækkelig grad har oplyst sagen og opfyldt deres forpligtelser efter officialmaksimen. Dette er særligt åbenbart for så vidt angår undersøgelsen af, om der foreligger en horisontal aftale eller samordnet praksis i relation til de apoteker, der ikke har indgået en aftale om FKG, hvor der slet ikke er foretaget nogen analyse i relation til spørgsmålet om samordnet praksis, jf. bl.a. forenede sager C-89/89 m.fl. Ahlströhm.

Det er desuden klart for så vidt angår undersøgelsen af, om der foreligger en vertikal aftale i forholdet mellem grossisterne og de apoteker, der ikke har indgået en aftale om FKG, hvor der slet ikke er foretaget nogen analyse af, om der foreligger en samstemmende vilje, jf. bl.a. sag T-41/96, Bayer.

Det er videre klart for så vidt angår undersøgelsen af ordningens konkurrencebegrænsende følger.

Konkurrencerådet har heller ikke foretaget fornøden undersøgelse af, om der foreligger nogen konkurrencebegrænsende følger i relation til de apotekere, der ikke havde nogen rimelig udsigt til at blive solvente inden ophøret af deres funktionsperiode og således ikke var kommercielt attraktive for grossisterne.

Undersøgelsen af ordningens mærkbarhed er mangelfuld, idet der på ingen måde er foretaget en analyse af, om ordningen mærkbart påvirker apotekernes rabatter eller deres serviceniveau (de to eneste konkurrenceparametre identificeret af Konkurrencerådet).

Endelig er der mangler ved undersøgelsen af, om der kan gives en fritagelse i henhold til konkurrencelovens § 8 og EF-traktatens artikel 81, stk. 3, hvor der ingenlunde er foretaget en tilbundsgående analyse af de relevante kriterier, herunder spørgsmålet om ordningens proportionalitet.

Konkurrenceankenævnets praksis fra 1. januar 1998 viser klart, at der stilles krav til tilstrækkelig sagsoplysning og kvalitetssikring af oplysningerne, samt at sagerne hjemvises til Konkurrencerådet for yderligere og fornøden sagsbehandling, såfremt kravene til oplysning ikke er opfyldt.

6.0 Max Jennes argumentation.

6.1 Max Jenne har navnlig anført, at det ikke er formålet med insolvensordningen at begrænse konkurrencen, og insolvensordningen har ikke konkurrencebegrænsende virkninger.

Formålet med insolvensordningen har været det helt igennem legitime at sikre insolvente apotekere imod at gå konkurs ved at få dem bragt økonomisk på fode og undgå en konkurs-behandling, som ikke er mulig, idet apoteket så ikke fortsat kunne drives. Insolvensordningen har ikke et konkurrencebegrænsende formål. Dette illustreres tydeligt ved, at Max Jenne og de øvrige to grossister ikke har indgået aftaler om fastholdelse af markedsandele for alle de solvente apotekere, der ikke har deltaget i ordningen.

Insolvensordningens omfang er endvidere begrænset til det absolut nødvendige for at formålet med ordningen - at sikre insolvente apotekere mod at gå konkurs - kunne opfyldes.

En fastholdelse af samhandelsmønstret mellem grossisterne har udgjort en nødvendig forudsætning for, at ordningen kunne fungere efter sit formål.

Konkurrencen mellem grossisterne har således ikke været elimineret.

6.2 Konkurrencerådets analyser har været utilstrækkelige.

Konkurrencen på markedet for distribution af medicinalvarer i Danmark er stærkt begrænset som følge af den lovgivningsmæssige prisregulering. Det har Konkurrencerådet ikke i fornødent omfang taget højde for, og der er ikke fra rådets side foretaget den nødvendige analyse af den markedsmæssige sammenhæng, hvori ordningen indgår. Konkurrencerådet har derved forsømt at tage højde for et ganske betydende forhold. Konkurrencerådet har blandt andet slet ikke foretaget en undersøgelse af, hvorledes handelsmønstret for solvente apotekere varierer. Dette må betragtes som en vigtig del af den analyse, der skal ligge til grund for en afgørelse i sag som denne, hvor Konkurrencerådet har fundet, at der foreligger en hard-core lovovertrædelse.

Konkurrencerådet har således forsømt at foretage de nødvendige analyser af de markedsmæssige forhold insolvensordningen indgår i og Konkurrencerådets analyse er derfor uegnet til at danne grundlag for en afgørelse om en overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

Der hersker for markedet som helhed en tendens til en meget begrænset grad af "switching" mellem leverandører. I den forbindelse gøres det gældende, at FKG-aftalernes bestemmelser om, at en apoteker ikke kan gennemføre "væsentlige ændringer i det bestående handelsmønster", ikke i sig selv har haft nogen konkurrencebegrænsende virkning.

6.3 Max Jenne kan i det hele tilslutte sig Nomecos bemærkninger om mærkbarhed. Det gøres således gældende, at Konkurrencerådet har opgjort andelen for de apoteker, der har deltaget i ordningen forkert, idet der er medtaget apoteker, der ikke har indgået en FKG-aftale. Det bestrides, at insolvente apoteker, der ikke havde indgået en FKG-aftale, har været afskåret fra at skifte leverandør.

6.4 Der gælder i øvrigt en række særlige forhold for Max Jenne.

Max Jenne har ikke på nogen måde taget initiativ til etableringen af insolvensordningen og Max Jenne har ikke frivilligt ønsket at deltage i denne.

Det er Danmarks Apotekerforening, der har den største interesse i ordningen, da det er foreningens medlemmer, som med ordningen sikres økonomisk overlevelse. Dette synes også anerkendt af Konkurrencerådet (jf. blandt andet pkt. 8, i rådsafgørelsen).

Fra Europa-Kommissionens praksis i sager, hvor én eller flere parter i en aftale ikke har taget initiativ til aftalen og ikke bidraget til udformningen kan henvises til Kommissions beslutning af 5. juni 1991 i sag IV/32.879. Sagen drejede sig om en række eneforhandleraftaler mellem Toshiba og forhandlere i forskellige medlemsstater. Eneforhandleraftalerne indeholdt alle eksportforbud, og Kommissionen fandt beviser for, at et eksportforbud reelt havde været i kraft. Kommissionen fandt,

at der var tale om en grov overtrædelse af art. 85, stk. 1, og pålagde Toshiba en bøde på 2 mio. EUR. Det interessante ved afgørelse er, at eneforhandlerne, der var parter i aftalerne, ikke blev anset for at have overtrådt art. 85, stk. 1. Kommissionen fandt således ikke bevis for at eneforhandlerne bidrog til udformningen af aftalerne, og Toshiba blev anset for at være hovedansvarlig for adfærden, jf. beslutningens pkt. 26.

I overensstemmelse med nævnte afgørelse bør Max Jenne ikke anses for at have overtrådt KL § 6 og EF-traktatens art. 81, stk. 1.

Max Jenne har haft en endog meget begrænset deltagelse i ordningen. Max Jenne er den mindste af de oprindelige tre danske grossister med en omsætning i 2002/2003 på ca. 1,1 mia. DKK og en markedsandel på ca. 10%. Hertil kommer, at Max Jenne alene har været part i 2 relevante aftaler med apoteker, der omfatter ca. 0,5 % af markedet. Max Jenne har endvidere alene haft begrænset samhandel med de to nævnte apoteker, svarende til ca. 12% af det samlede salg til ... Apotek og ca. 7 % af det samlede salg til ... Apotek. Endvidere har Max Jenne været part i en aftale med ... Apotek, men til dette apotek er der udstedt saldokvittering, hvorfor der bør bortses fra dette apotek.

Der har således alene været en ganske marginal effekt af Max Jennes deltagelse i insolvensordningen.

Der foreligger ingen dansk praksis, og heller ikke EU-retlig praksis, hvor en aftaleparts så marginale deltagelse har ført til en formel afgørelse om en overtrædelse af Konkurrencelovens § 6 eller EF-traktatens art. 81 i en sag som denne, hvor der ikke foreligger et hard-core forhold.

6.5 Max Jenne har videre anført, at betingelserne for en fritagelse i konkurrencelovens § 8 og EF-traktatens artikel 81, stk. 3, under alle omstændigheder er opfyldte for insolvensordningen, hvorfor insolvensordningen ikke er udtryk for en konkurrencebegrænsning i strid med forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 og EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

Insolvensordningen har således bidraget til at styrke effektiviteten. Som led i en FKG-aftale er foretaget en grundig driftsanalyse for det insolvente apotek, hvilket har bidraget til at effektivisere driften af apoteket og i et vidt omfang bidraget til, at insolvente apoteker er blevet solvente og derved har undgået konkurs.

En af de to apoteker, Max Jenne indgik FKG-aftale med, blev netop solvent efter at have fulgt en som led i FKG-aftalen udarbejdet driftsanalyse. Analysen identificerede mulige besparelser på kr. 200.000 årligt.

Insolvensordningen har desuden været egnet til at undgå konkurser for apoteker, hvilket har bidraget til at opretholde apoteker også i områder, hvor det forretningsmæssige grundlag er mindre godt. Dette er på linje med de sundhedspolitiske og fordelingsmæssige hensyn, der ligger bag lovreguleringen af distributionen af medicinalvarer i Danmark, og forbrugerne har nydt godt heraf.

De begrænsninger, der ligger i insolvensordningen går desuden ikke ud over hvad der er strengt nødvendigt for at opfylde ordningens formål. En fastholdelse af samhandelsmønstret mellem grossisterne har udgjort en nødvendig forudsætning for, at insolvensordningen har kunnet fungere efter sit formål.

Insolvensordningen har alene været udstrakt til en marginal del af danske apoteker, hvilket skal ses i forhold til, at de tre grossister samlet set har samhandel med samtlige danske apoteker. Selv med de markedsandele Konkurrencerådet har lagt til grund for vurderingen af mærkbarhed i sagen, som efter Max Jennes opfattelse er for høje, vil betingelsen om, at der ikke må ske udelukkelse af konkurrencen for en væsentlig del af markedet være opfyldt.

Samlet kan det således konkluderes, at samtlige betingelser for en fritagelse i henhold til konkurrencelovens § 8 og EF-traktatens artikel 81, stk. 3 er opfyldte.

7.0 Konkurrencerådets argumentation.

7.1 Konkurrencerådet har til støtte for en stadfæstelse af afgørelsen – og i forlængelse af det i afgørelsen anførte – gjort gældende, at konkurrencelovens kapitel 2 og 3 finder anvendelse, idet aftalen om fastfrysning af markedsandele, som er en del af insolvensordningen, ikke er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2.

Insolvensordningen har efter Danmarks Apotekerforenings initiativ og med foreningens og grossisterne aktive medvirken medført en opdeling af markeder mellem de tre eksisterende grossister, for så vidt angår en afgrænset, men kommerciel attraktiv, gruppe af apoteker (apoteker i Gruppe 1). Markedsdelingen har haft som sit objektive formål at afskære apoteker i Gruppe 1 fra at skifte fra en grossist til en anden eller ændre samhandelsmønster mellem de eksisterende leverandører. Konkurrencen mellem de tre grossister har været elimineret, og nye potentielle leverandører har været udelukket fra handel med de involverede apoteker.

Det er ikke korrekt – som anført af klagerne – at det fastlåste samhandelsmønster ikke har haft til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Markedsdelingens objektive formål er at udelukke apoteker i Gruppe 1 fra at skifte grossist eller ændre handelsmønsteret mellem eksisterende leverandører. Konkurrencen mellem grossisterne er derfor bevidst blevet sat ud af kraft. Konkurrencen har også været elimineret, for så vidt angår potentielle konkurrenter.

På grund af offentlig regulering er det ikke tilladt for grossisterne at konkurrere på pris, men det er tilladt at konkurrere på service, og siden den 1. juli 2000 har det været tilladt at yde omkostningsbestemte rabatter. I modsætning til deres solvente kollegaer har de insolvente apoteker i Gruppe 1 været afskåret fra at vælge en grossist til eller fra på grund af den pågældende grossists serviceniveau. Endvidere har de været afskåret fra at modtage tilbud om omkostningsbestemt rabat.

I kraft af det fastlåste samhandelsmønster har grossisterne været fritaget fra at anvende ressourcer på service, markedsføring m.v. over for apoteker i Gruppe 1. Den aftalte 'våbenhvile' mellem grossisterne har efter Konkurrencerådets opfattelse klart begrænset konkurrencen, hvilket bekræftes af udtalelser fra direktøren hos K.V. Tjellesen, der i et internt notat af 17. april 1997 om markedsdelingen har udtalt, at

”[e]n låsning af markedsdele vil utvivlsomt føre til, at grossisterne slækker eller direkte minimerer servicen ... Vi har ikke noget valg, men må være klar over, at vi ikke – måske i en meget lang årrække – ... kan få adgang til en markedsandel på 11,5 % af det totale marked...”

7.2 Konkurrencerådet har videre anført, at grossisterne fastfrysning af markedsandele med Danmarks Apotekerforenings aktive medvirken i perioden 1998-2004 udgjorde en mærkbar

konkurrencebegrænsning som beskrevet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og EF-traktatens artikel 81(1).

Konkurrencerådet fastholder, at afgørelsens afgrænsning af apoteker med fastlåst samhandelsmønster er korrekt. Ingen insolvente apoteker i Gruppe 1 kunne skifte leverandør, uanset om de havde indgået en aftale med grossisterne om gældsafvikling og konsolidering. Derfor skal alle apoteker i Gruppe 1 medregnes, når den konkurrenceretlige mærkbarhed gøres op, jf. punkt 43-44 i rådets afgørelse.

Konkurrencerådet gør derfor gældende, at det fastlåste samhandelsmønster i perioden 1998-2004 har omfattet mellem 2,4 og 6,4 pct. af landets apoteker, hvilket er en mærkbar konkurrencebegrænsning.

Konkurrencerådet fastholder, at alle apoteker i Gruppe 1 skal medregnes, når den konkurrenceretlige mærkbarhed gøres op. Alle apoteker i Gruppe 1 havde fastlåst samhandelsmønster. Den korrekte opgørelse heraf er derfor foretaget af Konkurrencerådet, jf. punkt 43-44 med tilhørende tabeller i rådets afgørelse af 30. november 2005. Omvendt er tabellerne med procentsatser fremført af Nomeco A/S irrelevante.

Herudover viser grossisternes adfærd over for apoteker i Gruppe 1, at konkurrencebegrænsningen konkret var mærkbar. Grossisterne har anset apoteker i Gruppe 1 som attraktive kunder, som grossisterne gerne ville beholde og værne mod konkurrence. Som den altovervejende hovedregel blev de insolvente apoteker solvente igen efter en periode. Dette var apotekerforeningens formål med insolvensordningen, og ordningen har på dette punkt været ”en bragende succes”.

Overtrædelse af markedsdelingen er løbende blevet påtalt. På et møde i Danmarks Apotekerforening den 8. januar 2001 blev det således fremhævet, at

”[s]amhandlen skal overholdes, her er der ikke den fornødne disciplin, og det vil driftsafdelingen sætte fokus på”.

Og fra referat af møde i Megros den 27. januar 2003 fremgår, at der også blandt grossisterne var

”enighed om, at Apotekerforeningen skal sikre den omsætningsfordeling, der er aftalt for apotekere under [in]solvensordningen”.

Af en intern e-mail fra Nomeco af 9. oktober 2003 med referat af en samtale med en insolvent apoteker i Gruppe 1, der stod over for pensionering, fremgår blandt andet, at den pågældende afsender af e-mailen over for apotekeren har beklaget sig over, at Nomecos oprindelige andel på 85 pct. ”er blevet beskåret til ukendelighed”, hvorimod Max Jennes andel er vokset.

Den løbende kontrol og påtaler af overtrædelser af det fastlåste samhandelsmønster er i sig selv et klart bevis på, at markedsdelingen har haft en virkning på markedet. Det fremgår tydeligt, at grossisterne føler sig snydt og beklager sig, hvis de er af den opfattelse, at de leverer mindre til en apoteker i Gruppe 1 end aftalt.

Der henvises i øvrigt til punkt 78-82 i rådets afgørelse.

7.3 Konkurrencerådet har desuden anført, at grossisternes fastfrysning af markedsandele ikke har været en forudsætning for, at insolvensordningen kunne fungere eller en nødvendig følge af anden offentligretlig regulering.

På baggrund af Justitsministeriets svar må Konkurrencerådet afvise det af klagerne anførte om, at reguleringen af de insolvente apotekers samhandelsmønster er en direkte eller nødvendig følge af de forpligtelser, som insolvente debitorer er underlagt efter konkurslovens og dansk rets almindelige regler. Justitsministeriet anfører, at ”den omhandlede insolvensordning ... ikke anses for at være en direkte og nødvendig følge af reglerne i konkurslovens kapitel 2 om betalingsstandsning”. Endvidere anføres, at der kan være tilfælde, hvor ændret samhandelsmønster efter omstændighederne er ansvars- og erstatningspådragende efter konkurslovens regler eller efter dansk rets almindelige erstatningsregler. Efter ministeriets opfattelse må dette imidlertid komme an på en konkret vurdering, herunder om adfærden er illoyal eller uforsvarlig.

Konkurrencerådet gør for det første gældende, at en privatretlig aftale om gældssanering m.v. ikke er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. Justitsministeriets svar. Et vilkår om opdeling af markeder mellem konkurrerende virksomheder, der indgår i en sådan aftale som et unødvendigt accessorium, kan under ingen omstændigheder være en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.

Konkurrencerådet gør endvidere gældende, at man ikke kan forsvare fastlåsningen af samhandelsmønstre med, at et apotek i modsat fald kan ifalde straffe- eller erstatningsretligt ansvar. Efter Konkurrencerådets opfattelse skal der foreligge særlige og anstødelige omstændigheder, før apotekerne kan ifalde ansvar, og udskiftning af en leverandør eller ændring af samhandelsmønsteret er efter Konkurrencerådets opfattelse ikke en af dem. Ansvarspådragende adfærd forudsætter, at en disposition på en utilbørlig måde udsætter en eller flere kreditorer for en konkret og nærliggende fare for tab, for eksempel hvis driften fortsættes på et tidspunkt, hvor det bør stå klart, at de udgiftskrævende aktiviteter ikke kan fortsætte.

I øvrigt henvises til punkt 112-120 i rådets afgørelse.

7.4 Konkurrencerådet har videre anført, at grossisternes fastfrysning af markedsandele ikke opfylder betingelserne for fritagelse fra forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og EFT artikel 81(1), jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1, og EFT artikel 81(3), idet fastlåsning af samhandelen blandt andet ikke styrker effektivitet eller fremmer udvikling.

Muligheden for individuel fritagelse efter EF-traktatens artikel 81(3) og konkurrencelovens § 8 er særdeles snæver, når der henses til, at det var klagernes formål at opdele markeder. Det er vanskeligt at se det effektivitetsfremmende i et system, der – med apotekerforeningens egne ord – blandt andet forhindrer apotekerne i at optimere rabatter eller indkøbe via kædesamarbejde.

Der henvises i øvrigt til punkt 210-217 i rådets afgørelse.

7.5 Konkurrencerådet bestrider, at officialmaksimen er tilsidesat.

Konkurrencerådet har på tilstrækkelig vis godtgjort, at markedsdelingen, som er en del af insolvensordningen, mærkbart har begrænset konkurrencen. Videre har Konkurrencerådet godtgjort,

at det fastlåste samhandelsmønster ikke er en direkte eller nødvendig følge af regler i konkursloven eller dansk rets almindelige regler om debitorers forpligtelser.

Endelig har Konkurrencerådet på tilstrækkelig vis godtgjort, at ikke en eneste af de fire kumulative betingelser for fritagelse fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler er opfyldt.

7.6 Konkurrencerådet bestrider det af Max Jenne anførte om, at selskabets deltagelse i insolvensordningen under ingen omstændigheder har været mærkbar.

A/S Max Jenne har på lige fod med Danmarks Apotekerforening og de to øvrige grossister deltaget i et net af lignende, konkurrencebegrænsende aftaler, der opdeler markedet. Det afgørende er, at aftalernes samlede virkning er mærkbart konkurrencebegrænsende, og enkelte aftaler i dette net kan ikke undtages fra forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, eller EF Traktatens artikel 81(1).

8.0 Konkurrenceankenævnets bemærkninger:

8.1 Det er ved den påklagede afgørelse statueret, at den i 1997 på initiativ af Danmarks Apotekerforening i samarbejde med de tre medicinalgrossister Nomeco A/S, K.V. Tjellesen A/S og A/S Max Jenne etablerede insolvensordning for apoteker i perioden 1998 til 2004 har udgjort en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6 og EF-traktatens artikel 81, idet ordningen omfatter en aftale mellem de tre medicinalgrossister om deling af markedet for så vidt angår de insolvente apoteker, hvis omsætning på markedet for grossistdistribution af medicinalvarer i Danmark i 1998 udgjorde 6,1%, i 2003 4,2% og i 2004 2,8%, og at en sådan horisontal markedsdelingsaftale er en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6, idet den har som sit formål at begrænse konkurrencen.

8.2 Ankenævnet lægger til grund, at der efter insolvensordningen er tilstræbt levering til et insolvent apotek under ordningen fra de tre grossister med samme procentvis andel af omsætningen som efter apotekets hidtidige samhandelsmønster.

Efter de foreliggende oplysninger finder ankenævnet, at der ikke i den påklagede afgørelse i de af Konkurrencerådet til støtte herfor angivne omstændigheder er fornødent faktisk belæg til statuering af en videregående aftale som sket.

8.3 Spørgsmålet under sagen er herefter, om den – som et led i ordningen aftalt mellem grossisterne og Apotekerforeningen – skete fastlåsning af de omfattede apotekers samhandelsmønstre med grossisterne har indebåret en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6 og EF-traktatens artikel 81.

8.4 Konkurrencerådet har i den påklagede afgørelse afgrænset det relevante marked til Danmark (pkt. 104). Om samhandelspåvirkning i EF-traktatens forstand har Konkurrencerådet vurderet aftalen til ”alene teoretisk set at have markedsafskærmende effekt” (pkt. 109).

Konkurrencerådet har på denne baggrund – altså alene ud fra denne teoretiske betragtning – vurderet, ”at aftalen kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne”.

Ankenævnet finder herefter, at der ikke i den påklagede afgørelse er fornødent faktisk belæg for at statuere, at aftalen kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Der har derfor ikke været fornødent grundlag for at statuere overtrædelse af EF-traktatens artikel 81 som sket.

8.5 Det er Apotekerforeningens synspunkt, at det er en følge af dansk rets almindelige insolvensregler, at en insolvent apoteker ved fortsat drift ikke må forrykke forholdet mellem sine kreditorer og som følge heraf er forpligtet til at fastholde sit samhandelsmønster med sine leverandører. Aftalen om insolvensordningen reflekterer denne pligt, og en sådan refleksion i en aftale om en insolvensordning kan ikke være en ulovlig konkurrencebegrænsning, eftersom pligten ikke følger af aftalen, men af de insolvensretlige regler.

Ankenævnet bemærker hertil, at det ikke henhører under konkurrencemyndighederne at træffe afgørelse herom. Det er i konkurrencelovens § 2, stk. 2, bestemt, at reglerne i bl.a. lovens kapitel 2 om forbud mod visse konkurrencebegrænsende aftaler ikke gælder, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, og i § 2, stk. 4, bestemt, at afgørelse herom træffes af den minister, under hvis ressortområde den pågældende regulering henhører.

Justitsministeriet har i overensstemmelse hermed den 17. november 2005 afgivet en udtalelse om, hvorvidt det er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, at en insolvent virksomhed ved fortsat drift som insolvent skal opretholde sit hidtidige samhandelsmønster med sine leverandører. Det fremgår af denne udtalelse, at en insolvent virksomheds gældsstiftelse hos en ny leverandør – beroende på en konkret vurdering af den enkelte sags omstændigheder – vil kunne omstødes, og at en insolvent virksomheds ændring af sit samhandelsmønster med sine leverandører – beroende på en konkret vurdering af den enkelte sags omstændigheder – vil være ansvarspådragende for indehaveren. Ankenævnet tiltræder, at det hermed af Justitsministeriet med bindende virkning for konkurrencemyndighederne er afgjort, at der ikke som en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering påhviler en insolvent virksomhed pligt til ved fortsat drift at opretholde sit hidtidige samhandelsmønster i forhold til leverandører.

8.6 Den aftalte fastlåsning af samhandelsmønstret er herefter ikke i medfør af konkurrencelovens § 2, stk. 2, undtaget fra forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, mod virksomheders indgåelse af aftaler, ”der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen”.

8.7 Det følger af konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3, at aftaler efter stk. 1 f.eks. kan bestå i ”at opdele markeder”.

Ankenævnet tiltræder, at den aftalte fastlåsning af samhandelsmønstret med de tre grossister for så vidt angår de insolvente apoteker, som blev omfattet af insolvensordningen, må anses for at indeholde en aftale om deling af den del af markedet, som disse apoteker udgør, og at aftalen for så vidt udgør en konkurrencebegrænsning.

8.8 Ankenævnet lægger til grund, at insolvensordningen er etableret på Apotekerforeningens initiativ for at hjælpe insolvente apoteker ud af insolvensen eller i det mindste friholde apotekeren for konkurs, at ordningen har vist sig særdeles velegnet til opnåelse af disse mål, og at aftalen om fastlåsning af samhandelsmønstret er indgået til opfyldelse af disse formål. Selv om aftalen om fastlåsning af samhandelsmønstret på denne måde er en integreret del af insolvensordningen, tiltræder ankenævnet, at fastlåsningsaftalen ikke kan anses for nødvendig for insolvensordningens

gennemførelse. Den i aftalen liggende konkurrencebegrænsning kan derfor ikke anses for at være af sådan accessorisk karakter, at den af den grund må anses for lovlig.

8.9 Den nærmere bedømmelse af den foreliggende konkurrencebegrænsnings mærkbarhed og lovlighed må ske på baggrund af forholdene på det relevante marked, som konkurrencemæssigt må anses for højst særegent.

På markedet optrådte i den periode, som den påklagede afgørelse angår, tre grossister som leverandører til noget under 300 apoteker. De godkendte præparaters kvalitet og deres salgspris i såvel grossist- som detailed var reguleret og således ikke genstand for konkurrence. Ved ordningens etablering var der alene mulighed for konkurrence mellem de tre grossister på service. Siden 2000 har der desuden været mulighed for en vis priskonkurrence derved, at grossisterne kan yde omkostningsbegrundede rabatter. Uanset disse – relativt svage – konkurrenceparametre er markedet, jf. den påklagede afgørelses pkt. 137, ”kendetegnet ved, at de tre grossister har haft konstante markedsandele gennem de sidste mange år”.

Det henstår efter sagsfremstillingen i den påklagede afgørelse som uafklaret, om de insolvente apoteker under insolvensordningen – inden for rammerne af de fastlåste indkøbsmønstre – overhovedet kan opnå rabat, og i hvilket omfang de i givet fald kan optimere omkostningsbegrundede rabatter, jf. afgørelsens pkt. 61-64, selv om der er tale om et forhold, hvorom der antageligt uden særlige vanskeligheder ville kunne fremskaffes fuldstændige oplysninger.

Efter det anførte om sagsfremstillingen er der ikke i det i pkt. 64 nævnte bilag fornødent faktisk belæg for at fastslå – som sket i afgørelsens pkt. 171 – at der ikke er mulighed for at yde omkostningsbegrundede rabatter til apoteker under insolvensordningen, og at aftalen om fastlåsning derfor ”har haft den følge, at konkurrencen er blevet begrænset”.

Om aftalens virkninger på markedet hedder det endvidere i den påklagede afgørelses pkt. 130 – uden videre – at Apotekerforeningens såkaldte vertikale aftaler med medicinalgrossisterne ”har haft en konkurrencebegrænsende virkning på markedet for distribution af medicinalvarer”.

Det er i afgørelsens pkt. 180 ved mærkbarhedsvurderingen inddraget, ”at der er tale om en grov overtrædelse af konkurrenceloven, hvis effekt på markedet er dokumenteret ved bilag 15 og 16”. Disse bilag er refereret i afgørelsens pkt. 80 og 81. Bilagene viser, at aftalen om fastlåsning af samhandelsmønstre for så vidt angår insolvente apoteker omfattet af ordningen søges gennemført. Bilagene dokumenterer imidlertid ikke noget om den markeds-mæssige effekt af aftalens gennemførelse.

8.10 Ankenævnet tiltræder som nævnt, at aftalen om fastlåsning af samhandelsmønstret må anses for at indeholde en aftale om markedsdeling. Når imidlertid henses til, at den er indgået som led i en af Apotekerforeningen initieret insolvensordning for en beskeden del af et marked, som er langt mere reguleret end konkurrencepræget, kan den ikke anses for at være af en tilsvarende grovhed som en klassisk kartelaftale. Aftalen må anses for pånødet grossisterne af Apotekerforeningen, hvis formål dermed ikke var konkurrencebegrænsning.

8.11 Ankenævnet tiltræder som nævnt, at hverken konkurslovens omstødelsesregler eller det forhold, at en virksomhedsledelse ved fortsat drift under insolvens kan ifalde erstatningsansvar over

for kreditorerne ved illoyal eller uforsvarlig adfærd, kan begrunde den med insolvensordningen aftalte fastlåsning af samhandelsmønstret. Selve det forhold, at aftalen må anses for at indeholde en aftale om markedsdeling, er efter ankenævnets opfattelse tilstrækkelig anledning for konkurrencemyndigheden til at søge forholdet bragt til ophør, men der er ikke fornødent grundlag for at karakterisere forholdet som en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6. Der er endvidere ikke i den påklagede afgørelse dokumenteret nogen mærkbar konkurrencebegrænsning i perioden 1998 til 2004 i strid med konkurrencelovens § 6. Da det er dette, som afgørelsen går ud på, ophæver ankenævnet afgørelsen.

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 30. november 2005 ophæves.

Klageafgiften tilbagebetales til klagerne.

Suzanne
Helsteen
Jens Fejø
Børge Dahl

Christian Hjorth-
Andersen
Ole Jess Olsen