



PARTER

Klagande

Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097
Gåshaga Brygga 1
181 66 Lidingö

Ombud: Advokaterna [REDACTED] och [REDACTED]
samt biträdande juristen [REDACTED]
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

Motpart

Konkurrensverket
Ringvägen 100
118 60 Stockholm

Intervenant (på Apotekstjänst Sverige AB:s sida)

Oriola Oyj, 199921-0
Orionintie 5
022 00 Espoo
Finland

Ombud: Advokaterna [REDACTED], [REDACTED] och [REDACTED]
Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
103 96 Stockholm

SAKEN

Förbud mot företagskoncentration

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Konkurrensverkets beslut den 29 april 2024 i ärende dnr 816/2023, se [bilaga 1](#)

BESLUT

1. Patent- och marknadsdomstolen avslår Apotekstjänst Sverige AB:s överklagande. Konkurrensverkets beslut står därmed fast. Förbudet ska dock såvitt gäller Apotekstjänst Sverige AB:s tillämpning och fullgörande av det underleverantörsavtal i dess justerade lydelse enligt tilläggsavtalet som beskrivs i p. 28 och 29 i det överklagade beslutet, bilaga 1, börja gälla först från och med den 19 december 2024.

2. Patent- och marknadsdomstolens beslut om inhibition den 29 maj 2024 ska inte längre gälla.

3. Apotekstjänst Sverige AB:s och Oriola Oyjs yrkanden om ersättning för rättegångskostnader lämnas utan bifall.

4. Sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska fortsätta att vara tillämplig på uppgifter som föredragits inom stängda dörrar och som framgår av följande handlingar i ärendet: aktbil. 135, 138, 259 och 369; bilderna 6–8, 18–28, 30, 33–42, 47–54 och 70 i aktbil. 579; bilderna 20, 32, 78–79, 105, 115, 133 och 155 i aktbil. 583; s. 3–12 i aktbil. 584; bilderna 18–19, 27–34, 40–50, 60–65, 70–71, 87–89 och 96–99 i aktbil. 593; bilderna 119, 124–127, 133–135, 140–144, 148–159, 176–178, 183, 208–210, 213, 216–217 och 226–229 i aktbil. 594; bilderna 227–233, 239–240, 244–283, 286–289, 298–303, 307–310 och 317–319 i aktbil. 595; s. 12, 19, 35, 54–61 och 68–69 i aktbil. 604; bilderna 46 och 47 i aktbil. 605; samt bilderna 12–34, 41 och 50–64 i aktbil. 615.

5. Sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen ska fortsätta att vara tillämplig på uppgifterna som framkommit i förhör inom stängda dörrar med

██████████, ██████████, ██████████, ██████████, ██████████
██████████, ██████████, ██████████, ██████████ och ██████████.

6. Sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen ska fortsätta att vara tillämplig på uppgifterna som framgår av beslutsskäl i bilaga 2 (sekretess).

Innehåll

BAKGRUND	6
YRKANDEN OCH INSTÄLLNING	8
GRUNDER M.M.	9
Apotekstjänst.....	9
Den relevanta marknaden.....	9
Klemperer-kriterierna.....	9
Konkurrensverkets analys och bedömning	10
Motverkande faktorer.....	12
Oriola.....	12
Konkurrensverket.....	15
Den relevanta marknaden.....	15
Klemperer-kriterierna.....	15
Marknadsandelar	16
Marknadens karaktär.....	17
Konkurrensverkets skadeteorier.....	17
Motverkande faktorer.....	18
Det kontrafaktiska scenariot.....	19
UTREDNINGEN	21
SKÄLEN FÖR BESLUTET	22
Rättsliga utgångspunkter.....	22
Tillämpliga bestämmelser m.m.....	22
Övergripande om rättsläget.....	24
Kontrafaktiskt scenario	25
Bevisbörda och beviskrav	26
Ramen för prövningen m.m.	30
Relevant marknad m.m.	30
Inledning	30
Bedömning.....	31

Påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens	32
Inledning	32
Marknadsandelar, koncentrationsgrad och kapacitet	33
Marknadens funktionssätt	35
Icke-samordnade effekter.....	40
Motverkande faktorer.....	50
Alternativt kontrafaktiskt scenario	53
Domstolens slutsatser.....	64
Apotekstjänsts andrahandsyrkande m.m.	65
Sammanfattning	66
Sekretess.....	67

BAKGRUND

Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst) och Oriola Oyj (Oriola) ingick den 13 oktober 2023 ett aktieöverlåtelseavtal enligt vilket Apotekstjänst förvärvade samtliga aktier i Oriolas helägda dotterbolag Svensk Dos AB (Svensk Dos) från Oriola. Företagskoncentrationen anmäldes den 29 november 2023 till Konkurrensverket som den 29 april 2024 beslutade att förbjuda Apotekstjänsts förvärv av ensam kontroll över Svensk Dos (förbudsbeslutet). Förbudet förenades med ett vite om 100 miljoner kr. Konkurrensverket förordnade vidare att förbudsbeslutet skulle börja gälla från och med den 1 juni 2024.

Förbudsbeslutet överklagades till Patent- och marknadsdomstolen av Apotekstjänst, Svensk Dos och Oriola. Patent- och marknadsdomstolen förordnade i beslut den 29 maj 2024 att beslutet tills vidare inte fick verkställas såvitt gällde Apotekstjänsts tillämpning och fullgörande av ett underleverantörsavtal mellan Apotekstjänst, Oriola och Svensk Dos i dess justerade lydelse enligt ett tilläggsavtal. Den 7 juni 2024 beslutade Patent- och marknadsdomstolen att dels avvisa Svensk Dos överklagande av förbudsbeslutet, dels avslå Konkurrensverkets yrkande att avvisa Oriolas överklagande av förbudsbeslutet. Svensk Dos och Konkurrensverket överklagade det beslutet till Patent- och marknadsöverdomstolen som den 15 juli 2024 beslutade att dels avslå Svensk Dos överklagande, dels avvisa Oriolas överklagande av förbudsbeslutet. Oriola tilläts den 30 juni 2024 att inträda i ärendet som intervenient på Apotekstjänsts sida med sådana befogenheter som tillkommer en ordinär intervenient enligt 14 kap. 11 § första stycket rättegångsbalken.

Patent- och marknadsdomstolen har hållit sammanträde i ärendet.

Apotekstjänst och Oriola har fört sin talan så att Apotekstjänst i huvudsak har argumenterat kring varför koncentrationen inte är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens i det som i ärendet kallas

koncentrationsscenario, dvs. i huvudsak vid en jämförelse mellan de konkurrensförhållanden som rådde före koncentrationen. Oriola har i sin tur argumenterat om varför koncentrationen inte är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens i det som i ärendet kallas alternativscenariot, dvs. vid en jämförelse mellan de konkurrensförhållanden som skulle råda i en situation där Svensk Dos avvecklar sin dosverksamhet i Sverige. Apotekstjänst har i huvudsak anslutit sig till det Oriola anfört om alternativscenariot.

Apotekstjänst har valt att under skriftväxlingen i ärendet i stor utsträckning inte ta del av uppgifter som rör Oriolas och Svensk Dos affärshemligheter, eftersom det är fråga om sådan konkurrensrättsligt känslig information som inte ansetts vara lämplig att dela ens mellan Apotekstjänst och Oriolas ombud. Apotekstjänst har vidare av samma skäl valt att inte delta vid de delar av sammanträdet där frågan om alternativscenariot behandlats. Oriola har av motsvarande skäl i huvudsak inte begärt att få del av uppgifter som rör Apotekstjänsts affärshemligheter och inte deltagit vid de delar av sammanträdet där frågan om koncentrationsscenario behandlats.

Varken Apotekstjänst eller Oriola har i några mer väsentliga avseenden framfört invändningar mot Konkurrensverkets redogörelse för olika sakförhållanden i förbudsbeslutet. Däremot har både Apotekstjänst och Oriola gjort gällande att Konkurrensverket dragit felaktiga slutsatser i flera centrala frågor, vilket redovisas nedan.

En i allt väsentligt ostridig redogörelse för aktuella marknadsförhållanden m.m. finns i förbudsbeslutet. Om inte annat anges använder Patent- och marknadsdomstolen i detta beslut samma terminologi och samma förkortningar som Konkurrensverket använt i förbudsbeslutet.

Delar av skälen för detta beslut innehåller uppgifter som omfattas av sekretess enligt 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen och där intresset av fortsatt sekretess väger väsentligt tyngre än intresset av offentlighet. Dessa uppgifter har maskerats i

beslutet och återfinns i bilaga 2 vilken omfattas av sekretess. Endast klaganden Apotekstjänst och motparten Konkurrensverket har vid expediering av beslutet fått del av bilaga 2. Därutöver har intervenienten Oriola i samband med expediering fått del av en version av bilaga 2 där de affärshemligheter som rör annan än Oriola eller dess dotterbolag Svensk Dos är maskerade.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Apotekstjänst har i första hand yrkat att Patent- och marknadsdomstolen ska upphäva förbudsbeslutet.

Apotekstjänst har i andra hand yrkat att Patent- och marknadsdomstolen med ändring av förbudsbeslutet

- a) ger förbudsbeslutet en sådan lydelse att det tydligt framgår att förbudsbeslutet inte omfattar Apotekstjänsts tillämpning och fullgörande av det avtal som i punkterna 28–30 i förbudsbeslutet benämns ”underleverantörsavtalet” i den justerade lydelse som följer av det tilläggsavtal som omnämns i punkten 29 i förbudsbeslutet, och
- b) sätter ned det vite som förbudsbeslutet har förenats med.

Apotekstjänst har också yrkat att Patent- och marknadsdomstolen, för det fall överklagandet avslås, ska förordna att beslutet ska gälla först från en senare tidpunkt så att Apotekstjänst ges möjlighet att överklaga och begära inhibition.

Oriola har biträtt Apotekstjänsts yrkande om att förbudsbeslutet ska upphävas.

Apotekstjänst och Oriola har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

Konkurrensverket har motsatt sig ändring av beslutet och bestritt yrkandena om ersättning för rättegångskostnader.

GRUNDER M.M.

Apotekstjänst

Apotekstjänst har som grund för sitt överklagande anfört i huvudsak följande i Patent- och marknadsdomstolen. Apotekstjänst har därutöver i huvudsak anslutit sig till det som Oriola har anfört om alternativscenariot och vidhållit det som redovisats om Apotekstjänsts talan i förbudsbeslutet.

Den relevanta marknaden

Den relevanta produktmarknaden består av tillhandahållande av dosdispenserings-tjänster till öppenvården i Sverige. Marknaden omfattar dock enbart regionerna. Kriminalvården, Statens institutionsstyrelse (SiS), privata aktörer och privatpersoner ingår alltså inte på den relevanta marknaden. Detta eftersom kontrakten med de aktörerna är små i relation till regionskontrakten, anbudspriserna är högre än i regionsupphandlingarna samt att Kriminalvården och SiS ställer andra krav i sina upphandlingar (på t.ex. IT-system). Den geografiska marknaden är nationell.

Klemperer-kriterierna

Den mycket hårda konkurrens som råder på dosdispenseringsmarknaden förklaras av att det är fråga om en ren upphandlingsmarknad enligt de kriterier som Paul Klemperer beskriver i sin artikel "Bidding Markets", skriven för Competition Commission i juni 2005.

Det första kriteriet är att "winner take all" och det andra kriteriet är att konkurrensen är "lumpy". Enligt det tredje kriteriet ska konkurrensen börja om vid varje kontrakt och det ska inte finnas några kapacitetsbegränsningar. Det fjärde kriteriet, som enbart behöver vara uppfyllt i de fall då det bara finns en anbudsgivare, är att det ska vara relativt lätt för nya aktörer att träda in på marknaden.

”Winner take all”-kriteriet är uppfyllt eftersom enbart en anbudsgivare vinner varje upphandling och tvåan inte får någon tilldelning. Det är vidare fråga om homogena tjänster och det finns ingen ”smooth trade-off” mellan pris och kvantitet.

På dosdispenseringsmarknaden finns vidare enbart få och stora kontrakt med långa avtalstider. Ett regionkontrakt kan motsvara ett företags hela omsättning och att förlora ett kontrakt kan vara förödande. Mot den bakgrunden är konkurrensen ”lumpy”.

Vidare börjar konkurrensen om vid varje upphandlingstillfälle eftersom det inte finns någon fördel av att ha vunnit det tidigare kontraktet. Detta bekräftas av att regionerna har bytt leverantör i 14 av 20 genomförda upphandlingar. Det finns inte heller några kapacitetsbegränsningar eftersom upphandlingarna sker långt i förväg och ytterligare kapacitet lätt kan byggas upp innan avtalsstart. Kapaciteten kan ökas antingen genom att köpa eller leasa ytterligare maskiner eller att öka nyttjandegraden av befintliga maskiner genom att t.ex. utöka antalet skift.

Det sista kriteriet om låga inträdeshinder behöver enbart vara uppfyllt om det endast är en aktör på marknaden, vilket inte är fallet i det nu aktuella ärendet. Oaktat detta är det låga inträdeshinder på dosdispenseringsmarknaden. Kostnaden för marknadsinträde är relativt lågt i relation till värdet av kontrakten. Det gäller i synnerhet för de befintliga öppenvårdsapoteken. De långa ledtiderna i upphandlingarna ger också gott om tid för en ny aktör att träda in på marknaden.

Konkurrensverkets analys och bedömning

Det finns inga incitament för Apotekstjänst att höja priserna eftersom det är en ren upphandlingsmarknad som kommer att präglas av hård konkurrens även efter förvärvet. Den kvarvarande aktören Apoteket AB kommer ha möjlighet att anpassa sin kapacitet och kommer inte att låta sig slås ut. Dessutom skulle även en ensam kvarvarande aktör på marknaden behöva ta hänsyn till potentiell konkurrens, eftersom det inte finns några inträdeshinder.

Konkurrensverkets skadeteorier är motsägelsefulla och ingen av dem är sannolik. Det kan inte vara sannolikt både att den kvarvarande aktören slås ut samtidigt som den aktören är kvar och höjer priserna gemensamt med Apotekstjänst. Vidare är det motsägelsefullt att Apotekstjänst skulle få höga marknadsandelar och därmed få en dominerande ställning samtidigt som marknaden är cyklisk och marknadsandelarna är volatila. Robusthet, kvalitet och leveranssäkerhet i dosdispenserings-tjänsten är inte faktorer som ska påverka bedömningen av koncentrationens påverkan på konkurrensen, särskilt inte eftersom Konkurrensverket inte har beaktat sådana omständigheter i förbudsbeslutet.

Marknadsandelar är inte avgörande på en ren upphandlingsmarknad. På dosdispenseringsmarknaden har marknadsandelarna varit mycket volatila. På en sådan marknad kan ingen ha en dominerande ställning. Konkurrensverket har inte presenterat någon ekonomisk analysmetod som förklarar varför konkurrensen på dosdispenseringsmarknaden är så hård trots att bara tre företag är aktiva på marknaden.

I fråga om leverantörernas styrkeförhållanden är det den kvarvarande aktören, Apoteket AB, som är Apotekstjänsts hårdaste konkurrent med hänsyn till att Apoteket AB har deltagit i samtliga upphandlingar och dessutom vunnit flera. Apoteket AB är finansiellt starkt och har ett starkt varumärke. Därutöver har Apoteket AB investerat i dosverksamheten och är vertikalt integrerade, vilket innebär att bolaget har fördel av vissa synergieffekter. Konkurrensverket har överskattat det konkurrenstryck som Svensk Dos, som har gått med förlust under 2023, kan utöva.

Inträdeshindren på marknaden är låga. Låga marginaler och låga priser kan påverka incitamenten att träda in, men utgör inga inträdeshinder. De investeringar som krävs för att träda in på marknaden är små i förhållande till kontraktsvärdena. De regulatoriska kraven är enkla att komma över för flera existerande öppenvårdsapotek, vilka dessutom är finansiellt starka. För såväl Apotekstjänst som Svensk Dos tog det enbart nio månader att träda in på marknaden. Regionerna kan därutöver styra vilka

krav de ställer i upphandlingarna för att underlätta inträde. Det finns t.ex. inget generellt krav på att relevanta tillstånd måste vara på plats redan när anbud lämnas.

Konkurrensverket har inte presenterat någon rimlig förklaring till den hårda konkurrensen på dosdispenseringsmarknaden. Det är marknadens speciella och ovanliga karaktär som förklarar den välfungerande konkurrensen. Med Konkurrensverkets resonemang borde priserna och vinstmarginalerna vara höga. Konkurrensen kan till och med bli mer välfungerande med två aktörer i stället för tre.

Motverkande faktorer

Det finns inga inträdeshinder på marknaden. Det är tvärtom förhållandevis enkelt för nya aktörer att träda in, vilket Apotekstjänst är ett exempel på. Dålig lönsamhet på en marknad till följd av hård konkurrens är inte ett inträdeshinder. Om priserna enligt vad Konkurrensverket påstår skulle stiga till följd av koncentrationen skulle dessutom potentiella konkurrenter få ett starkare incitament att träda in på marknaden.

Regionerna utövar en köparmakt som kan motverka eventuella negativa effekter på konkurrensen. Regionerna styr över konkurrensförhållandena och kan närsomhelst ensidigt anpassa upphandlingarna. Det är regionerna som har valt att upphandla i kluster. Dosapoteken är helt beroende av regionernas upphandlingar. De negativa priserna på marknaden visar på en stark motverkande köparmakt.

Koncentrationen kommer att leda till effektivitetsvinster som leder till lägre pris för regionerna. Med två aktörer på marknaden kan företagen få större skalfördelar och lägre genomsnittskostnader. Genom förvärvet får Apotekstjänst dessutom ett bredare erbjudande och möjlighet till inträde på andra dosmarknader.

Oriola

Oriola har som grund för sin talan anfört i huvudsak följande.

Effekterna av koncentrationen ska inte jämföras med de marknadsförhållanden som rådde vid tidpunkten för koncentrationen utan med det mest troliga kontrafaktiska scenariot i vilket Svensk Dos avvecklar sin dosverksamhet. En sådan jämförelse ger vid handen att koncentrationsscenarioet inte är mer konkurrensskadligt än alternativscenariot.

Det är Konkurrensverket som har bevisbördan för att koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma en effektiv konkurrens. Det saknas stöd i praxis för att det är de anmälade parterna som har bevisbördan för alternativscenariot. I vart fall råder det en växelverkan mellan Oriolas bevisbörda och Konkurrensverkets utredningsskyldighet.

Oriola åberopade det alternativa scenariot där Svensk Dos avvecklas redan under förhandskontakterna med Konkurrensverket den 27 november 2023 och har utvecklat det flera gånger under utredningen.

Det saknas objektiva förutsättningar att bedriva verksamheten i Svensk Dos vidare och det finns inte någon annan realistisk köpare av bolaget än Apotekstjänst. Detta bl.a. eftersom Svensk Dos under kort tid tappade flera regionsavtal och därmed ca 90 procent av sitt kundunderlag, även om bolaget därefter vann avtalet med regionklustret Treklövern. Oriola och Svensk Dos har under 2022–2023 gjort en strategisk översyn men inte funnit något sätt för Svensk Dos att återhämta sig i närtid. Det är mot denna bakgrund inte rationellt för Oriola att behålla Svensk Dos, vilket Oriola också har kommunicerat med marknaden. Oriola har även redogjort för lönsamhetskalkyler, Svensk Dos maskinpark och avvecklingskostnader.

Det saknar betydelse att Oriola inte har fattat något definitivt beslut om att avveckla Svensk Dos. Oriola har i första hand försökt sälja Svensk Dos eftersom det kan ge en intäkt medan en avveckling enbart innebär en kostnad. Det har inte funnits något affärsmässigt skäl för Oriola att fatta ett beslut om eller planera för en avveckling, eftersom ett sådant beslut måste kommuniceras till marknaden enligt börsrättsliga regler och detta skulle ha påverkat möjligheterna att sälja Svensk Dos negativt.

Det förhållande att Svensk Dos har ingått ett nytt kundavtal med ett privat vårdbolag och deltagit i den senaste KKBÖJ-upphandlingen motsäger inte att Svensk Dos kommer avvecklas om inte koncentrationen tillåts. Svensk Dos anbud i KKBÖJ-upphandlingen ger närmast stöd för alternativscenariot eftersom det är tydligt att bolaget inte längre kan lägga konkurrenskraftiga anbud.

Svensk Dos kan inte övervintra i avvaktan på nya upphandlingar. De tidigare tillfällen som andra dosapotek har övervintrat har varit under andra marknadsförhållanden då dospengen var positiv. Svensk Dos kan inte heller hitta nya marknadsstrategier och har redan effektiviserat sin verksamhet så långt som möjligt för att minska sina kostnader. Andra marknadsstrategier har redan uttömts. Konkurrensverkets marknadskontakter visar att det enda rimliga alternativet till den beslutade försäljningen är avveckling.

Det saknas andra realistiska köpare av Svensk Dos än Apotekstjänst. Det är Konkurrensverket som har att utreda om alternativa köpare finns. Med hänsyn till Svensk Dos finansiella utmaningar och dosmarknadens förutsättningar bedömde Oriola att det sannolikt skulle finnas få intresserade köpare. Oriola har gjort troligt att det inte finns någon annan realistisk köpare. Att företag inte har fått ett erbjudande från Oriola om att köpa Svensk Dos innebär inte att de varit en realistisk köpare. Inget företag som Konkurrensverket har varit i kontakt med under utredningen har uttryckt intresse av att köpa Svensk Dos, även om det funnits visst intresse för bolagets maskinpark.

Svensk Dos tillgångar medför inte någon konkurrensfördel för Apotekstjänst som den kvarvarande aktören Apoteket AB inte kan möta genom motsvarande investeringar. Svensk Dos maskinpark och IT-system ger inte Apotekstjänst en konkurrensfördel. Vad gäller Svensk Dos IT-system är det inte utrett om de ens kan implementeras i Apotekstjänsts IT-miljö. Inträdeströsklarna i alternativscenariot är alltför höga. Det finns därför ingen annan realistisk köpare av Svensk Dos som hade kunnat träda in på marknaden genom ett förvärv av samtliga aktier i Svensk Dos eller delar av verksamheten. Svensk Dos kommer inte att kunna fortsätta utöva ett konkurrenstryck. Både

Apotekstjänst och Apoteket AB kommer dessutom att kunna följa Svensk Dos avvecklingsprocess via offentlig information och det skulle kräva en stor kursomvändning för att reversera de redan vidtagna avvecklingsåtgärderna och starta upp dosdispenseringsproduktionen igen.

Konkurrensverket

Konkurrensverket har vidhållit de skäl som verket angett i förbudsbeslutet och har i Patent- och marknadsdomstolen anfört i huvudsak följande.

Den relevanta marknaden

Den relevanta marknaden består av tillhandahållande av dosdispenserings tjänster till öppenvården i Sverige. Kunder inom öppenvården består av regionerna, Kriminalvården, SiS, privata vårdgivare och privatpersoner. Dosdispenserings tjänster till slutenvården ingår inte på samma marknad eftersom det är fråga om tjänster som skiljer sig åt i fråga om bl.a. leverans och ledtider. Det saknas skäl att avgränsa marknaden ytterligare utifrån kundgrupp inom öppenvården eftersom det finns tillräckliga likheter i den levererade tjänsten. Marknaden omfattar inte försäljningen av läkemedel i dospåsar, originalförpackningar eller handelsvaror. Det föreligger ingen utbudssubstitution avseende dosdispenserings tjänster. Den geografiska marknaden utgörs av Sverige.

Klemperer-kriterierna

Dosdispenseringsmarknaden utgör inte en ren upphandlingsmarknad enligt en Klemperer-modell. Varken vinstmarginalerna eller prisutvecklingen på marknaden kan förklaras av Klemperer-modellen.

I fråga om det första kriteriet ”winner take all” finns flera undantag. Regionerna upphandlar i kluster oberoende av varandra och det finns exempel där ett och samma

dosapotek inte har kunnat vinna hela upphandlingen. Även om kontrakten visserligen är förhållandevis stora är marknaden inte "lumpy" enligt det andra kriteriet eftersom förlusten av ett enskilt kontrakt inte kan äventyra en hel verksamhet. Det tredje kriteriet innebär att konkurrensen måste börja om vid varje tillfälle. Detta är inte uppfyllt eftersom det finns betydande inläsningseffekter på marknaden. Detta med hänsyn bl.a. till att det förekommer direktupphandlingar där det i regel är den befintliga leverantören som får fortsätta samt att det är en marknad med betydande skalfördelar. Marknaden präglas dessutom av kapacitetsbegränsningar. Det fjärde kriteriet, som också måste vara uppfyllt för att det ska vara fråga om en ren upphandlingsmarknad, innebär att det inte får finnas några inträdeshinder. Som nämns nedan är detta kriterium inte uppfyllt på dosdispenseringsmarknaden.

Marknadsandelar

Marknadsandelar kan indikera viss marknadsmakt. Apotekstjänst och Svensk Dos har gemensamt under åren 2021–2023 haft stora marknadsandelar som inte har varierat i någon större utsträckning. Vid den framåtblickande bedömningen av dosapotekens marknadsandelar måste hänsyn tas till kontrakt som löper ut och har tilldelats under ärendets handläggning. En sådan analys visar att Apotekstjänst under 2024–2025 kommer att ha en ännu högre marknadsandel om förvärvet tillåts. Marknadsandelarna skiljer sig inte nämnvärt beroende på om beräkningen görs utifrån antalet dospatienter eller kontraktsvärde. Koncentrationsgraden på marknaden efter koncentrationen är hög och HHI-nivåerna överstiger de tröskelvärden som anges i p. 19–21 i kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (2004/C 31/03) (kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer). Vad gäller koncentration i kapacitet kommer Apotekstjänst efter förvärvet vara den enda aktören som ensamt kan tillgodose hela marknadens behov. Bedömningen i ärendet skulle endast förändras marginellt med en hypotetiskt bredare marknad där slutenvården inkluderas.

Marknadens karaktär

Vissa marknadsförhållanden är av särskild relevans för bedömningen av om en koncentration är skadlig för konkurrensen. Dosdispenseringsmarknaden är en vanlig upphandlingsmarknad där aktörerna konkurrerar på pris och marknaden har kännetecknats av en starkt nedåtgående prisutveckling sedan omregleringen.

Marknaden kännetecknas också av kapacitetsbegränsningar p.g.a. osäkerheten i lönsamheten av en investering i kapacitet, överprövningar, att det krävs stora volymer, flera avtalsperioder samt att företagen måste införskaffa maskiner innan avtalskrivning. Vidare är inträdeshindren på dosdispenseringsmarknaden höga. Det finns regulatoriska inträdeshinder med hänsyn till de krav som finns på tillstånd, lokaler, personal, maskiner m.m. I flera regioners upphandlingar är det ett ska-krav att ha detta på plats redan när anbud lämnas. Flera regioner kräver dessutom att dosapoteken ska kunna ange referensuppdrag från dosdispenseringsmarknaden. Dessa krav anses nödvändiga med hänsyn till patientsäkerheten. Vidare tar det lång tid att införskaffa den nödvändiga infrastrukturen, t.ex. maskiner och expeditionssystem. Därutöver finns det marknadsstrukturella inträdeshinder med hänsyn till de komplexa upphandlingarna, förekomsten av överprövningar och osäkerhet kring lönsamhet. Marknaden karaktäriseras också av bristande transparens. Detta hindrar andra aktörer från att träda in på marknaden.

Konkurrensverkets skadeteorier

Konkurrensverkets skadeteorier bygger på att en dominerande ställning skapas eller förstärks samt att koncentrationen under alla förhållanden medför att konkurrenstrycket från Svensk Dos försvinner. Utfallet har stöd i grundläggande ekonomisk teori och Konkurrensverket har utgått från en Bertrand-Edgeworth-modell.

Koncentrationen riskerar att skapa eller förstärka en dominerande ställning. Apotekstjänst kommer efter koncentrationen ha en mycket hög marknadsandel och

koncentrationsgraden på marknaden kommer att vara hög. Produktionskapaciteten kommer vidare att koncentreras till Apotekstjänst. För det fall att koncentrationen tillåts kommer Apotekstjänst att vara i en position där bolaget har utrymme att agera på olika sätt, som alla är konkurrensbegränsande, oberoende av sin viktigaste konkurrent och sina kunder. Detta kan leda till att Apotekstjänst sänker sina priser så att den enda kvarvarande konkurrenten Apoteket AB slås ut från marknaden eller så drar båda de kvarvarande aktörerna nytta av det minskade konkurrenstrycket och kan höja priserna.

Konkurrenstrycket från Svensk Dos, som har varit en viktig aktör och nära konkurrent till Apotekstjänst, försvinner till följd av koncentrationen. Att Svensk Dos har utövat ett väsentligt konkurrenstryck framgår av följande omständigheter. Svensk Dos är den enda som har levererat dostjänsten till SiS och Kriminalvården. Bolaget har dessutom avtal med privata vårdgivare samt ett regionskontrakt. Även i den senaste KKBÖJ-upphandlingen våren 2024 utövade Svensk Dos ett konkurrenstryck. Apotekstjänst och Svensk Dos har konkurrerat mot varandra i nästan samtliga regionupphandlingar. Det minskade konkurrenstrycket om koncentrationen tillåts ger Apotekstjänst incitament att höja priserna och den kvarvarande aktören Apoteket AB har incitament att följa sådana prishöjningar. Kvaliteten, robustheten och leveranssäkerheten i dostjänsten riskerar att försämrans om det blir ett lägre konkurrenstryck och färre aktörer på marknaden.

Koncentrationen medför även att inträdeshindren ökar samt att incitamenten för nya aktörer att träda in på marknaden minskar.

Motverkande faktorer

Det är inte troligt att någon av de aktörer som har öppenvårdstillstånd har förmåga eller incitament att träda in på den svenska marknaden för tillhandahållande av dosdispenserings tjänster till öppenvården. Detta ligger i linje med att det inte har skett något inträde vid sidan av Apotekstjänst och Svensk Dos sedan apoteksmarknaden

omreglerades år 2009. Det finns således inget potentiellt konkurrenstryck som skulle kunna uppväga de negativa effekterna som följer av koncentrationen.

Det föreligger inte heller någon motverkande köparmakt som kan kompensera för de negativa effekterna på konkurrensen. Regionerna har en begränsad förhandlingsstyrka och saknar laglig möjlighet att välja bort tjänsten eller att utföra den i egen regi. Det är inte heller möjligt att byta leverantör eller att gå över till alternativa leveranskällor om priserna höjs. Regionernas redan begränsade förhandlingsstyrka kommer att minska ytterligare till följd av koncentrationen. Det är inte möjligt för regionerna att utöver de åtgärder som redan vidtagits underlätta nya inträden på marknaden.

De effektivitetsvinster som Apotekstjänst har påstått är inte koncentrationsspecifika, har inte visats och kan inte kontrolleras. De kan därför inte heller väga upp de negativa effekterna på konkurrensen.

Det kontrafaktiska scenariot

Konkurrensverket har utgått från det mest sannolika scenariot koncentrationen förutan. Utgångspunkten för bedömningen är de konkurrensförhållanden som rådde vid tidpunkten för koncentrationen (se kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, p. 9). Händelser på marknaden som har skett till följd av koncentrationen ska inte beaktas eftersom parterna i koncentrationen då skulle kunna påverka förutsättningarna.

Oriola har inte fattat något beslut om avveckling av Svensk Dos och har inte kommunicerat något annat scenario till marknaden än avyttring. Efter förbudsbeslutet har Oriola enbart kommunicerat till marknaden att de ska överväga sina alternativ. Det står inte klart att det enda realistiska alternativet är avveckling. Det framgår inte av interna dokument att planen har varit att avveckla Svensk Dos. I stället visar interna dokument att bolaget har diskuterat hur verksamheten kan utvecklas m.m. Vidare har Svensk Dos pågående avtal med Treklövern, Kriminalvården, SiS och privata

vårdgivare, vilket visar att bolaget kan fortsätta verka på marknaden. Dessutom lämnade Svensk Dos anbud i den senaste KKBÖJ-upphandlingen, vilket bolaget varit berett att fullfölja. Det saknas alltså inte objektivet sett förutsättningar att driva verksamheten i Svensk Dos vidare. Oriola har snarare av affärsskäl satsat på avyttring i stället för att fortsätta driva verksamheten. Av interna dokument framgår att beslut för Svensk Dos framtid kommer att fattas först när Oriola vet om koncentrationen kommer äga rum eller inte. Det mest sannolika scenariot är inte att Svensk Dos avvecklar sin verksamhet.

Vad gäller alternativa köpare har Oriola inte utrett om det finns andra köpare än Apotekstjänst. Konkurrensverkets marknadskontakter ger inte stöd för att Oriola har sökt efter någon alternativ köpare. Oriolas finansiella rådgivare har enbart gjort en översiktlig analys men inte fått något uppdrag. Det kan därför inte uteslutas att det finns andra köpare.

Konkurrensverkets har vidtagit de utredningsåtgärder som varit motiverade. Vid ett flertal tillfällen har Konkurrensverket behövt efterfråga ytterligare material eftersom Oriola inte gett in fullständigt material. Konkurrensverket har också under utredningen haft kontakt med potentiella köpare och den finansiella rådgivaren som Oriola anlidade. Det påstådda alternativscenariot angavs inte i koncentrationsanmälan och även om det vid något tillfälle har nämnts under Konkurrensverkets utredning har det inte utvecklats av Oriola i senare skriftväxling. Oriola konkretiserade alternativscenariot först den 12 mars 2024, dvs. dagen efter tilldelningsbeslutet i KKBÖJ-upphandlingen. Konkurrensverket ålade då vid två tillfällen Oriola att inkomma med ytterligare underlag och information. Så sent som den 24 april 2024 inkom Oriola med handlingar.

Under alla förhållanden hämmar koncentrationen en effektiv konkurrens påtagligt även i jämförelse med ett avvecklingsscenario, eftersom Svensk Dos i avvecklingsscenario kommer att vara kvar på marknaden en inte obetydlig tid. Ett beslut om avveckling kan

dessutom omvärderas och Svensk Dos kan utöva ett konkurrenstryck med disciplinerande effekt. Svensk Dos tillgångar förblir hos bolaget i ett avvecklingsscenario och kan avyttras till någon annan än Apotekstjänst. Avtalet med Treklövern kan dessutom fullgöras av Svensk Dos eller någon annan än Apotekstjänst.

UTREDNINGEN

Enligt 27 § första stycket lagen (1996:242) om domstolsärenden ska domstolens beslut grundas på det som handlingarna innehåller och det som i övrigt förekommit i ärendet. Patent- och marknadsdomstolen har hållit sammanträde i ärendet. Vid detta har parterna bl.a. redogjort för de uppgifter i den skriftliga bevisningen som de särskilt önskat att domstolen ska uppmärksamma.

På Apotekstjänsts begäran har hållits partsförhör med [REDACTED], styrelseledamot i Apotekstjänst och VD för Bonver AB, samt med [REDACTED], VD för Apotekstjänst. Sakkunnigförhör har hållits med [REDACTED], Principal från RBB Economics, och vittnesförhör har hållits med [REDACTED], anbudsansvarig på Apotekstjänst.

På Oriolas begäran har hållits partsförhör med [REDACTED], VD för Oriola och Svensk Dos, samt med [REDACTED], Manager, Property & Technical Management för Oriola. Vittnesförhör har hållits med [REDACTED] från Access Partners.

På Konkurrensverkets begäran har hållits vittnesförhör med följande personer.

- [REDACTED], affärsområdeschef, Apoteket AB
- [REDACTED], VD för ApoEx AB
- [REDACTED], VD för DOZ Apotek AB
- [REDACTED], VD för Apotea AB
- [REDACTED], VD för MEDS Apotek AB
- [REDACTED], regulatoriskt ansvarig vid Apoteket Hjärtat AB

- [REDACTED], läkemedelschef vid Region Skåne
- [REDACTED], avdelningschef vid Region Stockholm
- [REDACTED], upphandlingsjurist vid Region Halland
- [REDACTED], läkemedelschef och apotekare vid Region Jämtland Härjedalen
- [REDACTED], apotekare vid Region Jönköpings län
- [REDACTED], upphandlare och tf. gruppchef vid Region Uppsala
- [REDACTED], upphandlare vid Kriminalvården
- [REDACTED], upphandlare vid SiS

SKÄLEN FÖR BESLUTET

Rättsliga utgångspunkter

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 4 kap. 1 § första och andra styckena konkurrenslagen (2008:579) ska en företagskoncentration förbjudas, om koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det. Vid prövningen av om en företagskoncentration ska förbjudas ska särskilt beaktas om den medför att en dominerande ställning skapas eller förstärks. Ett förbud får meddelas endast om inga väsentliga nationella säkerhets- eller försörjningsintressen därigenom åsidosätts.

Reglerna om företagskoncentration i konkurrenslagen är utformade med EU:s motsvarande regler som förebild (se prop. 1998/99:144 s. 37 f.). Artikel 2 i förordningen (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (koncentrationsförordningen) innehåller bestämmelser om bedömningen av koncentrationer. Enligt artikel 2.1.a ska vid bedömningen av koncentrationers förenlighet med den gemensamma marknaden bl.a. strukturen på alla de berörda marknaderna och den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag som är belägna inom eller utanför gemenskapen beaktas. Vidare ska enligt artikel 2.1.b i

förordningen bl.a. följande omständigheter beaktas: de berörda företagens marknadsställning och deras ekonomiska och finansiella styrka, leverantörernas och konsumenternas valmöjligheter, deras tillgång till leveranser eller marknader, rättsliga eller andra hinder för inträde på marknaden samt utvecklingen av tillgång och efterfrågan på de aktuella varorna och tjänsterna.

I artikel 2.3 koncentrationsförordningen återfinns den förbudsbestämmelse som motsvaras av den svenska förbudsbestämmelsen i 4 kap. 1 § konkurrenslagen. Av artikeln framgår att en koncentration ska förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden, om den påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks.

Förbudsbestämmelsen i 4 kap. 1 § konkurrenslagen ska tolkas i linje med EU-rätten. Av särskild betydelse för tolkningen av 4 kap. 1 § konkurrenslagen är därför koncentrationsförordningen samt EU-domstolens avgöranden. Kommissionens tillkännagivanden och riktlinjer är inte bindande för andra än kommissionen, men deras innehåll har i viss utsträckning godtagits i EU-rättslig och nationell praxis och därmed blivit en del av rådande praxis. (Se Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 24 november 2016 i mål PMT 7499-16 och däri gjorda hänvisningar.) Enligt Patent- och marknadsdomstolen bör viss vägledning i nationella ärenden om företagskoncentrationer också kunna hämtas från kommissionens beslutspraxis i liknande ärenden. Slutligen har Patent- och marknadsöverdomstolens framhållit att svenska domstolar, vid tolkningen av materiella nationella konkurrensrättsliga bestämmelser som utformats efter EU-rätten och till sitt innehåll överensstämmer med EU-rätten, så gott som undantagslöst har att följa EU-domstolens praxis (se beslut den 18 januari 2017 i mål PMT 7497-16).

Övergripande om rättsläget

Det första ledet i prövningen av om en koncentration är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det, är en bedömning av den relevanta marknaden. Detta led har två delar: dels en bedömning av den relevanta produktmarknaden, dels en bedömning av den relevanta geografiska marknaden. Marknadsbedömningen ligger därefter till grund för bedömningen av koncentrationens effekter på konkurrensen.

Effektbedömningen innebär att en företagskoncentration alltså ska förbjudas om den är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det. Ordalydelsen ”påtagligt hämma” uttrycker, liksom artikel 2.3 i koncentrationsförordningen, det s.k. substanstestet. Effekten av koncentrationen måste alltså vara substantiell, dvs. vara påtaglig för konkurrensen på den relevanta marknaden, för att koncentrationen ska förbjudas. (Se Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 24 november 2016 i mål PMT 7499-16.)

Den relevanta produktmarknaden utgörs av de produkter som p.g.a. sina egenskaper m.m. är utbytbara med varandra. Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de relevanta produkterna tillhandahålls och konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade för samtliga ekonomiska aktörer, så att det är möjligt att göra en rimlig bedömning av den anmälda företagskoncentrationens effekter på konkurrensen (se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-68/94, Kali & Salz, EU:C:1998:148, p. 143).

Prövningen av om en företagskoncentration vid tillämpning av substanstestet är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens bygger på marknadsbedömningen. Vid denna prövning av företagskoncentrationens effekter ska, som framgår av konkurrenslagen och koncentrationsförordningen, särskilt beaktas om koncentrationen medför att en dominerande ställning skapas eller förstärks, det s.k. dominanstestet. Med dominerande ställning förstås att ett företag har en sådan

ekonomisk maktställning att den kan hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att ställningen tillåter företaget att i betydande mån agera oberoende i förhållande till bl.a. sina konkurrenter och kunder (se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-52/09 TeliaSonera, EU:C:2011:83, p. 23 med vidare hänvisningar).

Effektprövningen inleds ofta med bedömningen av om koncentrationen medför att en dominerande ställning skapas eller förstärks. Därefter görs – oavsett om det föreligger en dominerande ställning eller inte – en bedömning av effekten av koncentrationen som helhet. Eftersom marknadsbedömningen är en utgångspunkt i effektbedömningen är domstolens bedömning i effektdelen avgörande för den slutliga bedömningen av om koncentrationen ska förbjudas eller inte. (Se Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 24 november 2016 i mål PMT 7499-16 och däri gjorda hänvisningar.)

Kontrafaktiskt scenario

Vid bedömningen av en koncentrations inverkan på konkurrensen ska en jämförelse ske mellan de konkurrensvillkor som skulle bli följden av den anmälda koncentrationen och de villkor som skulle ha rått om koncentrationen inte skulle ha genomförts. I de flesta fall är de konkurrensförhållanden som råder vid tidpunkten för koncentrationen det relevanta jämförelseobjektet när en koncentrations inverkan bedöms. Under vissa omständigheter kan emellertid framtida förändringar på marknaden som rimligen kan förutsägas beaktas i bedömningen. Hänsyn kan tas till om det är troligt att företag kommer in på eller lämnar marknaden om koncentrationen inte genomförs vid bedömningen av vad som är ett relevant jämförelseobjekt. (Se kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, p. 9).

Ett kontrafaktiskt scenario är alltså en hypotetisk bedömning av vad som skulle ha hänt koncentrationen förutan. Prövningen av effekterna av en koncentration bör göras mot det kontrafaktiska scenario som är det mest troliga utfallet utan koncentrationen (jfr EU-domstolens domar i mål C-376/20 P, CK Telecoms, EU:C:2023:561, p. 84-87,

med vidare hänvisningar och i mål C-581/22 P, Thyssenkrupp, EU:C:2024:821, p. 91 och t.ex. Johan Karlsson & Trine Osen Bergqvist, Konkurrensrätt En handbok, sjätte uppl., 2021, s. 706).

Bevisbörda och beviskrav

I fall där det saknas EU-rättsliga förfaranderegler ska nationella domstolar i enlighet med principen om processuell autonomi tillämpa nationell processrätt vid prövning av en talan som bygger på EU-rättsliga regler. Men i enlighet med effektivitetsprincipen ska ändå svenska regler om bevisbörda och beviskrav tillämpas på ett sätt som medför att bestämmelserna i 4 kap. 1 § konkurrenslagen får ett genomslag som är i linje med motsvarande bestämmelse i koncentrationsförordningen. Om svenska domstolar exempelvis skulle tillämpa ett väsentligt högre beviskrav än EU-domstolen skulle det kunna innebära att Sverige tillät företagskoncentrationer som skulle förbjudits om de kommit under EU-rättslig prövning och vice versa. Effekten av den svenska bestämmelsen skulle därmed bli en annan än den som följer av denna bestämmelses motsvarighet i koncentrationsförordningen.

Bedömningen av frågorna om bevisbörda och beviskrav i ett mål om förbud mot en företagskoncentration bör alltså göras med hänsyn till den praxis som utvecklats inom EU-rätten, även om det i grunden råder nationell processautonomi. Det avgörande blir att tillämpa och tolka svensk rätt om bevisbörda och beviskrav på så sätt att effekterna av de svenska materiella bestämmelserna är i linje med EU-rätten. (Se EU-domstolens domar i mål C-74/14 Eturas, EU:C:2016:42, p. 30–41, och mål C-261/95 Palmisani, EU:C:1997:351, p. 27 samt Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 24 november 2016 i mål PMT 7499-16 och däri gjorda hänvisningar).

Patent- och marknadsöverdomstolen har i det nyss nämnda målet – som avsåg en talan om förbud mot en företagskoncentration som handlades enligt rättegångsbalken – uttalat bl.a. att det är Konkurrensverket som har bevisbördan för de omständigheter som ligger till grund för bedömningen av om en företagskoncentration är ägnad att

påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en väsentlig del av det. Vad gäller beviskravet ska Konkurrensverket göra sannolikt att koncentrationen har sådana negativa effekter på konkurrensen att den ska förbjudas. Detta gäller dock enbart den slutliga bedömningen av koncentrationens effekter. Beträffande de omständigheter som ska läggas till grund för ett beslut att förbjuda en företagskoncentration gäller i stället beviskravet styrkt/visat. Den relevanta marknaden utgör också en sådan omständighet som Konkurrensverket har att styrka. (Se Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 24 november 2016 i mål PMT 7499-16 och däri gjorda hänvisningar till bl.a. EU-domstolens domar i mål C-413/06 P, Bertelsmann, EU:C:2008:392 och mål C-12/03 P, TetraLaval, EU:C:2005:87).

EU-domstolen har därefter i bl.a. målet CK Telecoms uttalat sig särskilt om beviskraven vid prövning av koncentrationer. EU-domstolen anförde bl.a. att den framåtblickande analys som måste göras vid förhandskontroll av koncentrationer innebär att det är nödvändigt att föreställa sig olika händelseförlopp med beaktande av orsak och verkan för att kunna fastställa vilka förlopp som är troligast. Det förhållandet att den ekonomiska analys som kommissionen ska göra är av framåtblickande natur innebär att bevisnivån – för att visa att en koncentration påtagligt skulle hämma, eller tvärtom inte skulle hämma den effektiva konkurrensen – inte är alltför hög. Under dessa omständigheter och med beaktande av bl.a. den symmetriska strukturen i artikel 2.2 och 2.3 i koncentrationsförordningen, samt det förhållandet att den ekonomiska analys som kommissionen ska göra i fråga om företagskoncentrationer är av framåtblickande natur, räcker det att kommissionen, med hjälp av tillräckligt väsentliga och samstämmiga uppgifter, visar att det är mer sannolikt än osannolikt att koncentrationen i fråga påtagligt skulle – eller inte skulle – hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av den, för att kommissionen ska kunna förklara att koncentrationen är oförenlig respektive förenlig med den inre marknaden. EU-domstolen har särskilt framhållit att kommissionen inte är skyldig att visa att det med ”stor sannolikhet” föreligger påtagliga hinder för en effektiv konkurrens efter en koncentration utan att det tillämpliga beviskravet är att

detta ska vara ”mer sannolikt än osannolikt”. (Se EU-domstolens dom i mål C-376/20 P, CK Telecoms, EU:C:2023:561, p. 84-88; se även EU-domstolens dom i mål C-581/22 P, Thyssenkrupp, EU:C:2024:821, p. 126–128 och jfr EU-domstolens dom i mål C-413/06 P, Bertelsmann, EU:C:2008:392, p. 144–145 med vidare hänvisningar).

Som angetts ovan bör bestämmelsen i 4 kap. 1 § konkurrenslagen tolkas EU-konformt även i fråga om bevisbörda och beviskrav. Mot bakgrund av särskilt EU-domstolens avgörande i målet CK Telecoms anser Patent- och marknadsdomstolen att beviskravet i ärenden om förbud mot företagskoncentration bör tillämpas så att Konkurrensverket, med hjälp av tillräckligt väsentliga och samstämmiga uppgifter, ska visa att det är mer sannolikt än osannolikt att den anmälda koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det.

Vad gäller påstådda motverkande effektivitetsvinster har de anmälade företagen bevisbördan (se t.ex. Tribunalens domar i mål T-175/12, Deutsche Börse, EU:T:2015:148, p. 361–363 och T-342/07, Ryan Air, EU:T:2010:280, p. 412–414, skäl 29 i koncentrationsförordningen och kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, p. 87). Det ankommer alltså på de anmälade företagen att lägga fram utredning som visar att det finns koncentrationsspecifika och kontrollerbara effektivitetsvinster som är till nytta för konsumenterna och som motverkar de negativa effekter på konkurrensen som koncentrationen annars skulle ge upphov till.

I fråga om det kontrafaktiska scenariot är, som tidigare redovisats, utgångspunkten att prövningen av en koncentrations effekter ska göras mot de konkurrensförhållanden som rådde vid tidpunkten för koncentrationen. Det är vidare Konkurrensverket som har bevisbördan för att koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det, och i den bevisbördan ingår att visa vilket kontrafaktiskt scenario som är

troligast. Trots detta anser Patent- och marknadsdomstolen att om de anmälade parterna gör gällande att prövningen ska ske mot ett alternativscenario där målbolaget går i konkurs eller där verksamheten i målbolaget ändå skulle avvecklas eftersom det saknas förutsättningar att fortsätta bedriva verksamheten i bolaget och det inte finns några alternativa köpare eller mindre konkurrensbegränsande alternativ så bör det ankomma på dem att lägga fram utredning som visar att ett sådant alternativscenario är troligast. En sådan ordning är förenlig med kommissionens fasta praxis och har godtagits av EU-domstolen och i litteraturen (se kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, p. 89–91 med vidare hänvisningar till EU-domstolens praxis; se även t.ex. kommissionens beslut den 8 september 2015 i ärende M.7278, General Electric/Alstom, avsnitt 8.10.2 och 8.10.3.6, den 26 januari 2011 i ärende M.5830, Olympic/Aegean Airlines, p. 2074–2087, den 2 april 2003 i ärende M.2876, Newscorp/Telepiù, avsnitt V, och den 3 februari 1999 i ärende M.1221, Rewe/Meinl, p. 66, samt t.ex. Kenny Carlsson & Mats Bergman, Konkurrenslagen En kommentar, kommentaren till 4 kap. 1 §, p. 6.9, JUNO v. 3). En annan ordning skulle dessutom innebära att företagen i en företagskoncentration även i slutskedet av Konkurrensverkets utredning – eller t.o.m. under handläggningen i domstol efter ett eventuellt överklagande av ett förbudsbeslut – skulle kunna framställa invändningar som verket inte har någon praktisk möjlighet att utreda och motbevisa.

Därutöver bör vid prövningen som utgångspunkt inte hänsyn tas till sådana förändringar på marknaden som är en direkt följd av koncentrationen. Företagen skulle annars ha möjlighet att under Konkurrensverkets utredning – eller under en efterföljande domstolsprocess – agera på olika sätt som medför att det i praktiken t.ex. inte längre finns förutsättningar att bedriva verksamheten i målbolaget vidare. Detta skulle i sin tur kunna medföra att koncentrationen inte längre skulle vara ägnad att påverka konkurrensen negativt jämfört med det som blir det nya troligaste kontrafaktiska scenariot. Företagen skulle alltså då själva kunna skapa en situation där det inte längre finns förutsättningar att förbjuda en koncentration trots att den vid tidpunkten för anmälan var ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det. Enligt domstolen

skulle detta vara oförenligt med syftet med reglerna om prövning av företagskoncentrationer.

Som tidigare anförts ska domstolens beslut grundas på det som handlingarna innehåller och det som i övrigt förekommit i ärendet. Som utgångspunkt anser dock domstolen att uppgifter som enbart framgår ur t.ex. tjänsteanteckningar eller åläggandesvar har ett lägre bevisvärde än uppgifter som har lämnats i förhör vid sammanträdet och där motparten har fått möjlighet att hålla motförhör (jfr den allmänna processrättsliga principen om användning av det bästa bevismedlet).

Ramen för prövningen m.m.

Konkurrensverket har gjort gällande att ramen för Patent- och marknadsdomstolens prövning utgörs av förbudsbeslutet och att domstolens bedömning bör grundas på förhållandena vid tidpunkten för anmälan av företagskoncentrationen. Som anförts ovan anser dock domstolen att eventuella ändrade förhållanden på marknaden kan beaktas, så länge dessa inte är orsakade av just koncentrationen (jfr t.ex. kommissionens beslut den 8 september 2015 i ärende M.7278, General Electric/Alstom, avsnitt 8.10.3.6). Detta gäller inte bara ändrade förhållanden som har inträffat under Konkurrensverkets utredning av koncentrationen utan kan också omfatta omständigheter – som inte är orsakade av koncentrationen – som inträffat under handläggningen i domstol. (Jfr Patent- och marknadsöverdomstolens beslut den 28 februari 2020 i mål PMÖÄ 1519-19 och dom den 27 december 2018 i mål PMT 7004-17.)

Relevant marknad m.m.

Inledning

Patent- och marknadsdomstolen ansluter sig till den redogörelse för marknadsförhållandena som Konkurrensverket gjort i förbudsbeslutet och som varken

Apotekstjänst eller Oriola framfört några invändningar mot. Domstolen ansluter sig vidare till de utgångspunkter för avgränsning av den relevanta marknaden som Konkurrensverket redogjort för i beslutet.

Bedömning

Patent- och marknadsdomstolen delar Konkurrensverkets bedömning i förbudsbeslutet att tillhandahållande av dosdispenseringstjänster till öppenvården respektive slutenvården utgör två olika produktmarknader samt att dosdispenserade läkemedel inte ingår på den relevanta produktmarknaden.

Apotekstjänst har anfört att den relevanta produktmarknaden ska avgränsas ytterligare så att den enbart omfattar tillhandahållande av dosdispenseringstjänster till regioner verksamma i öppenvården. Konkurrensverket har bl.a. invänt att eftersom regionerna står för ca 95 procent av efterfrågan på dosdispenseringstjänster till öppenvården saknas anledning att göra någon sådan ytterligare marknadsavgränsning för att bedöma koncentrationens effekter.

Patent- och marknadsdomstolen konstaterar att av efterfrågan på dosdispenseringstjänster i öppenvården står Kriminalvården och SiS för ca 1–3 procent samt privata vårdgivare och privatpersoner tillsammans för ca 3 procent. Av förhören med upphandlarna [REDACTED] från Kriminalvården och [REDACTED] från SiS har framkommit att båda myndigheterna upphandlar dosdispenseringstjänster på ett i allt väsentligt motsvarande sätt och med liknande krav som regionerna. Det är alltså fråga om att den anbudsgivare som erbjuder lägst pris (dospeng) får leverera dosdispenserade läkemedel och läkemedel i originalförpackning. Dospengen i Kriminalvårdens och SiS upphandlingar har varit högre än för regionerna vilket bl.a. kan bero på att det är fråga om färre kunder och att leveranser sker till hela Sverige. Kriminalvården har vidare i tidigare upphandlingar ställt krav på att leverantören ska ha ett IT-system som kan hantera klienter utan svenskt personnummer. Av de tre befintliga leverantörerna av dosdispenseringstjänster till öppenvården är det bara Svensk Dos som har ett sådant

IT-system och som därmed har lämnat anbud till Kriminalvården. Det har dock framkommit i ärendet att Kriminalvården har för avsikt att i framtiden ansluta sig till samma IT-system som regionerna använder. Apotekstjänst, Svensk Dos och Apoteket AB har alla lämnat anbud i SiS upphandlingar vilka Svensk Dos har vunnit. Svensk Dos levererar dessutom sedan en tid tillbaka dosdispenseringstjänster till åtminstone en privat vårdgivare.

Enligt Patent- och marknadsdomstolen talar övervägande skäl för att även dosdispenseringstjänster till Kriminalvården och SiS samt till privata vårdgivare och privatpersoner ingår på den relevanta produktmarknaden. Domstolen delar dock Konkurrensverkets bedömning att analysen av koncentrationens effekter inte skulle påverkas i någon beaktansvärd grad även om den relevanta produktmarknaden enbart skulle omfatta regionerna, eftersom de står för ca 95 procent av efterfrågan på dosdispenseringstjänster till öppenvården.

När det gäller den relevanta geografiska marknaden anser domstolen, i likhet med Konkurrensverket i förbudsbeslutet, att den omfattar Sverige.

Patent- och marknadsdomstolen delar alltså Konkurrensverkets bedömning att den relevanta marknaden i ärendet utgörs av tillhandahållande av dosdispenseringstjänster till öppenvården i Sverige.

Påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens

Inledning

Patent- och marknadsdomstolen har ovan konstaterat att det som utgångspunkt är de konkurrensförhållanden som råder vid tidpunkten för koncentrationen som ska ligga till grund för bedömningen av om koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det. Hänsyn kan vidare tas till framtida förändringar på

marknaden som rimligen kan förutsägas. Ändrade förhållanden på marknaden som inträffat under Konkurrensverkets utredning – eller t.o.m. under handläggningen i domstol – kan alltså också beaktas, så länge sådana ändrade förhållanden inte är föranledda av just koncentrationen.

Konkurrensverket har i förbudsbeslutet sammanfattningsvis bedömt att koncentrationen innebär att Apotekstjänst får en dominerande ställning på marknaden för tillhandahållande av dosdispenserings tjänster till öppenvården och att Apotekstjänst därigenom får utrymme att antingen agera så att Apoteket AB slås ut från marknaden och därefter höja priserna eller – utan att det är fråga om något otillåtet samarbete – hitta ett jämviktsläge där båda företagen konkurrerar mindre aggressivt och kan höja sina priser. Under alla förhållanden medför koncentrationen att konkurrenstrycket från den nära konkurrenten Svensk Dos försvinner vilket också kommer ge Apotekstjänst ökade möjligheter och incitament att höja dospengen. Slutligen kommer koncentrationen att medföra ökade inträdeshinder på marknaden.

Apotekstjänst har bestritt att bolaget skulle få en dominerande ställning och har invänt att eftersom det är fråga om en s.k. ren upphandlingsmarknad kommer konkurrensen att vara lika hård med två aktörer som med tre. Apotekstjänst har vidare anfört att det under alla förhållanden finns motverkande faktorer i form av möjligheter till inträde, motverkande köparmakt och effektivitetsvinster som uppväger eventuella konkurrens-hämmande effekter.

Marknadsandelar, koncentrationsgrad och kapacitet

Konkurrensverket har i förbudsbeslutet redogjort för Apotekstjänsts, Svensk Dos och Apoteket AB:s marknadsandelar beräknat utifrån dels angivet antal dospatienter baserat på upphandlingsunderlag från de upphandlande myndigheterna respektive åläggandesvar från företagen, dels utifrån genomsnittliga intäkter från försäljning av dosdispenserade läkemedel baserat på åläggandesvar från företagen. Apotekstjänst har

invänt mot Konkurrensverkets slutsatser om relevansen av marknadsandelar men har inte invänt mot beräkningarna som sådana.

Av förbudsbeslutet framgår sammanfattningsvis att Apotekstjänst och Svensk Dos tillsammans har haft marknadsandelar, beräknat utifrån antalet dospatienter, om mellan ca 55–75 procent under åren 2018–2020 och mellan ca 55–65 procent under åren 2021–2023. Konkurrensverket har vidare redovisat hur Apotekstjänsts, Svensk Dos och Apoteket AB:s marknadsandelar kommer att påverkas under åren 2024–2026 med anledning av de regionkontrakt som vid tidpunkten för förbudsbeslutet var tilldelade men där avtalstiden inte hade hunnit börja löpa. Av denna redovisning framgår att Apotekstjänst och Svensk Dos tillsammans kommer att ha en marknadsandel beräknad utifrån antalet dospatienter omkring ca 60 procent 2024 och ca 80 procent 2025. Beräkningen bygger dessutom på att Apoteket AB får behålla tilldelningen av avtalet med regionklustret KKBÖJ vilken är föremål för överprövning i förvaltningsdomstol och omfattar ca 15 procent av antalet dospatienter på marknaden. Om regionerna utnyttjar förlängningsoptionerna i befintliga avtal, vilket de genomgående gjort sedan omregleringen, kommer vidare omkring ca 20 procent av marknaden att konkurrensutsättas fram till och med år 2026.

Konkurrensverket har dessutom redovisat i beslutet att koncentrationsgraden på marknaden är hög och skulle bli ännu högre om koncentrationen får genomföras. Apotekstjänst har inte ifrågasatt Konkurrensverkets beräkningar men påpekat att höga koncentrationsnivåer ligger i sakens natur på en marknad där antalet aktörer går från tre till två.

Slutligen har Konkurrensverket i beslutet redogjort för Apotekstjänsts, Svensk Dos och Apoteket AB:s produktionskapacitet. Konkurrensverkets analys visar att inte något av företagen ensamt kan tillgodose hela marknadens efterfrågan med befintlig maskinpark, men att Apotekstjänst efter koncentrationen ensamt skulle kunna göra det. Därutöver visar Konkurrensverkets analys att den mest kostnadseffektiva produktions-

kapaciteten för samtliga tre företag är väsentligt lägre än den maximala produktionskapaciteten. Konkurrensverket har anfört att ju högre ledig kapacitet ett företag har, desto starkare incitament har företaget att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Detta gäller särskilt om företaget har ett kapacitetsutnyttjande som inte är tillräckligt för att kunna bedriva verksamheten med lönsamhet.

Apotekstjänst har inte heller i denna del invänt mot Konkurrensverkets beräkningar men framhållit att företag enkelt kan utöka sin kapacitet genom att exempelvis investera i eller leasa nya maskiner, även efter det att företaget vunnit ett anbud.

Marknadens funktionssätt

Apotekstjänst har, som nämnts, anfört att marknaden för tillhandahållande av dosdispenseringstjänster till öppenvården är en s.k. ren eller ideal upphandlingsmarknad. Detta innebär att konkurrensen kommer att vara lika hård med två aktörer som med tre och att koncentrationen ska tillåtas. Till stöd för sitt påstående har Apotekstjänst använt sig av en ekonomisk modell som tagits fram av Paul Klemperer, professor i nationalekonomi.

Modellen ställer upp följande fyra kriterier som enligt Apotekstjänst är uppfyllda på marknaden: 1) att konkurrensen är ”winner take all”, 2) att konkurrensen är ”lumpy”, 3) att konkurrensen ”börjar om” för varje kontrakt och att det inte finns några kapacitetsbegränsningar samt 4) att det är relativt enkelt att träda in på marknaden (se vidare Paul Klemperer, *Bidding Markets*, 2005). Dessutom förutsätts att upphandlingarna görs med ett system för budgivning vilket ostridigt är fallet i ärendet för regionernas, Kriminalvårdens och SiS ordinarie upphandlingar.

Enligt Apotekstjänst är det för bifall till överklagandet tillräckligt att de första tre kriterierna är uppfyllda, eftersom det fjärde bara behöver uppfyllas på marknader med endast en aktör. Apotekstjänst har vidare framhållit att den enda rimliga förklaringen till att konkurrensen på marknaden är så hård att dospengen numera är negativ trots att

det bara är tre aktörer på marknaden, är just att det är fråga om en ren upphandlingsmarknad.

Konkurrensverket har anfört att det i ärendet är fråga om en vanlig upphandlingsmarknad där antalet aktörer påverkar konkurrensen. Konkurrensverket har i förbudsbeslutet analyserat de fyra Klempererkriterierna och bedömt att inte något av dem är uppfyllt. Enligt Konkurrensverket måste dessutom samtliga fyra kriterier vara uppfyllda för att det ska vara fråga om en ren eller ideal upphandlingsmarknad.

Patent- och marknadsdomstolen konstaterar inledningsvis att det är Konkurrensverket som har bevisbördan för att koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det. Enligt domstolen är det ändå lämpligt att som ett första steg pröva om marknaden för tillhandahållandet av dosdispenseringstjänster till öppenvården är en sådan ren eller ideal upphandlingsmarknad där en koncentration från tre till två företag som utgångspunkt är oproblematisk ur konkurrenssynpunkt. Mot bakgrund av hur Apotekstjänst fört sin talan bör prövningen göras med utgångspunkt i Klempererkriterierna. Vid prövningen av om kriterierna är uppfyllda är det relevant att notera att Paul Klemperer själv beskrivit dem som extrema antaganden som leder till extrema slutsatser samt att så snart något av kriterierna inte är uppfyllt är det inte längre frågan om en ren upphandlingsmarknad (Paul Klemperer, Bidding Markets, s. 4).

När det gäller kriteriet att konkurrensen ska vara ”winner take all” kan domstolen konstatera att regionerna, Kriminalvården och SiS står för över 95 procent av marknaden. Samtliga deras upphandlingar har endast en vinnare och övriga anbudsgivare får inte någon tilldelning. Det enda undantaget är att Region Stockholm/Gotland år 2022 delade upp upphandlingen i två olika delområden där samma företag inte kunde vinna båda delarna. Enligt domstolen får därmed kriteriet ”winner take all” i hög grad anses uppfyllt.

Beträffande kriteriet att konkurrensen ska vara ”lumpy” står regionerna som nämnts för över 90 procent av marknaden. De upphandlar dosdispenseringstjänsten i kluster och det finns totalt 6–8 kontrakt som upphandlas med omkring 3–5 års mellanrum (se vidare p. 157–160 i förbudsbeslutet). Vart och ett av dessa kontrakt omfattar minst 5–10 procent av marknaden och är därmed tillräckligt stort för att uppfylla kriteriet ”lumpy”. På den återstående delen av marknaden finns dessutom mindre avtal som upphandlas av Kriminalvården och SiS samt avtal med privata vårdgivare och privatpersoner. Därutöver har regionerna i flera fall direktupphandlat leverans av dostjänsten med anledning av överprövningsprocesser i förvaltningsdomstol. Mot bakgrund av att en helt övervägande del av marknaden består av stora kontrakt med lång avtalstid anser domstolen att även kriteriet att konkurrensen ska vara ”lumpy” är uppfyllt i hög grad.

Det tredje kriteriet är att konkurrensen ska ”börja om” vid varje upphandling. Detta betyder att den befintliga leverantören av ett kontrakt inte ska ha någon fördel vid nästa upphandling. Paul Klemperer har själv angett att kriteriet sannolikt inte är uppfyllt om en auktion eller ett upphandlingsförfarande upprepas, särskilt inte om konkurrensen är ”winner take all” och ”lumpy” (Bidding markets, s. 8).

Apotekstjänst har i denna del särskilt lyft fram att det vid 14 av de 20 kontrakt som upphandlats av regionerna sedan omregleringen har skett ett byte av leverantör samt att den tidigare monopolisten Apoteket AB på kort tid tappade många kontrakt när marknaden omreglerades. Domstolen instämmer i att dessa omständigheter i och för sig talar för att konkurrensen ”börjar om”.

Patent- och marknadsdomstolen kan dock konstatera att eftersom regionernas upphandlingar upprepas med jämna mellanrum har leverantörerna möjlighet att ta hänsyn till återverkningarna på andra upphandlingar när de lämnar sina bud. Detta har särskilt betydelse eftersom det är fråga om en marknad som kännetecknas av skalfördelar där kostnaden per dospatient blir lägre både ju större volym ett enskilt kontrakt har och ju fler andra kontrakt leverantören har.

██████████ från Apoteket AB har t.ex. berättat att beroende på vilka avtal man redan har kan det vara möjligt att ██████████ för att exempelvis uppnå skalfördelar tillsammans med andra kontrakt. På motsvarande sätt har ██████████ från Oriola och Svensk Dos berättat att Svensk Dos vid regionklustren VGR:s, Treklöverns och Fyrklöverns upphandlingar år 2022 ██████████
██████████
██████████

██████████ och ██████████ från Apotekstjänst har bekräftat att marknaden karaktäriseras av skalfördelar. ██████████ har berättat att Apotekstjänst vid anbudsgivning brukar göra en kalkyl ██████████
██████████ har uppgett att han brukar göra en kalkyl ██████████
██████████ Enligt domstolen talar ovan nämnda omständigheter tydligt mot att kriteriet att konkurrensen ”börjar om” är uppfyllt på marknaden.

Även det förhållandet att Apotekstjänst i interna strategidokument har resonerat kring att ██████████
██████████ talar i viss mån mot att företagen sätter sina priser oberoende av övriga aktörer och mot att konkurrensen ”börjar om”.

Domstolen delar vidare Konkurrensverkets bedömning att det finns kapacitetsbegränsningar genom att det kan vara förhållandevis kostsamt och ta relativt lång tid att utöka sin produktionskapacitet. ██████████ från Apotekstjänst och ██████████
██████████ från Apoteket AB har i och för sig berättat att det går att öka produktionskapaciteten genom att öka nyttjandegraden av befintliga maskiner, men att detta ökar produktionskostnaden. ██████████ och ██████████ från Apotekstjänst samt ██████████ från ApoEx AB har samtliga framhållit möjligheten att på relativt kort tid utöka kapaciteten genom att leasa maskiner.

██████████ och ██████████ från Oriola har båda berättat att det är en omfattande process att skaffa nya maskiner och att det kan ta så lång tid som upp till ett och ett halvt år från det att en maskin beställts till det att den är färdiginstallerad och kan användas i produktionen. Dessutom är i vart fall delar av leverantörernas kostnader ”sunk costs”, dvs. oåterkalleliga, exempelvis kostnader för installation av maskiner och rekrytering av personal. ██████████ har dessutom berättat att det är svårt och dyrt att sälja begagnade dosdispenseringsmaskiner varför åtminstone en del av investeringskostnaden för maskiner är oåterkallelig. Även dessa förhållanden talar mot att konkurrensen ”börjar om” (se Paul Klemperer, Bidding Markets, s. 8).

Ytterligare ett skäl som talar mot att konkurrensen ”börjar om” är att den som vinner ett kontrakt får ett informationsövertag gentemot övriga aktörer. Vinnaren får exempelvis en bättre uppfattning om hur lönsamt kontraktet faktiskt är med hänsyn till exempelvis efterfrågad volym, möjligheter att byta förpackningsstorlekar på läkemedel för att öka handelsmarginalen och transportkostnader. När det gäller informationsövertag har också bl.a. ██████████ från ApoEx AB och ██████████ från Apotea AB som hörts i ärendet berättat att ett skäl till att de inte försöker träda in på marknaden är att det p.g.a. bristande transparens är svårt att beräkna kostnader och intäkter. Därutöver har den befintliga leverantören av ett kontrakt en fördel genom att överprövningar är mycket vanligt förekommande på marknaden vilket medför att regionerna i många fall förlänger avtalstiden med den befintliga leverantören genom direktupphandlingar.

Sammanfattningsvis delar alltså Patent- och marknadsdomstolen Konkurrensverkets bedömning att det tredje Klempererkriteriet att konkurrensen ska ”börja om” inte är uppfyllt på marknaden för tillhandahållandet av dosdispenserings tjänster till öppenvården. Detta innebär att marknaden inte är en sådan ideal upphandlingsmarknad där det som utgångspunkt inte hämmar konkurrensen att gå från tre till två aktörer. I sammanhanget noterar domstolen att det förhållandet att dospengen numera är negativ inte nödvändigtvis säger något om hur hårt konkurrensstrycket är på marknaden eftersom leverantörerna fortfarande kan gå med vinst genom att de tjänar pengar på

handelsmarginalen på de läkemedel som säljs tillsammans med dostjänsten. Flera av företrädarna för regionerna, bl.a. [REDACTED] från Region Jämtland Härjedalen och [REDACTED] från Region Jönköpings län, har dessutom framhållit att de har svårt att få insyn i den delen av kontrakten som avser läkemedel och att kostnaderna för läkemedel har ökat samtidigt som dospengen har sjunkit.

Som tidigare nämnts är det ändå Konkurrensverket som har att visa att koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det och domstolen övergår därför till att pröva Konkurrensverkets skadeteorier.

Icke-samordnade effekter

Dominerande ställning

Vid prövningen av en företagskoncentrations effekter ska, som nämnts, särskilt beaktas om koncentrationen medför att en dominerande ställning skapas eller förstärks. Med dominerande ställning förstås att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att den kan hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att ställningen tillåter företaget att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till bl.a. sina konkurrenter och kunder (se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-52/09 TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, p. 23 med vidare hänvisningar). Annorlunda uttryckt handlar det om att ett företag ska ha en betydande marknadsmakt under en längre period.

Några av de viktigaste faktorerna vid bedömningen av om ett företag har en dominerande ställning är företagets absoluta och relativa marknadsandel över tid, möjligheten att faktiska konkurrenter expanderar eller potentiella konkurrenter inträder på marknaden samt om det finns motverkande köpmakt. Om en aktör har en marknadsandel över 50 procent medför det en presumtion för en dominerande ställning (se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-62/86 AKZO mot kommissionen,

EU:C:1991:286, p. 60, och kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, p. 17).

Konkurrensverket har till stöd för sin slutsats att Apotekstjänst genom koncentrationen får en dominerande ställning på marknaden för tillhandahållandet av dosdispenserings-tjänster till öppenvården framhållit Apotekstjänsts och Svensk Dos gemensamma höga marknadsandelar över tid, koncentrationsgraden på marknaden, att Apotekstjänst får kapacitet att tillgodose hela marknads behov, att det är höga inträdeshinder och att det saknas motverkande köparmakt.

Apotekstjänst har till stöd för att bolaget inte skulle få en dominerande ställning framhållit att samtliga tre aktörer på marknaden har haft mycket volatila marknadsandelar över tid, att marknadsandelar har mindre betydelse på upphandlingsmarknader med få och långa kontrakt, att den f.d. monopolisten Apoteket AB är en finansiellt stark och vertikalt integrerad konkurrent, att det är förhållandevis enkelt och billigt att öka produktionskapaciteten, att inträdeshindren på marknaden är låga och att regionerna har stark motverkande köparmakt.

Patent- och marknadsdomstolen kan konstatera att det i och för sig är riktigt som Apotekstjänst har påtalat att sedan omregleringen har samtliga tre befintliga företags marknadsandelar varit volatila. Samtidigt har Apotekstjänst och Svensk Dos gemensamma marknadsandel, som redovisats ovan, sedan 2018 med viss marginal överstigit 50 procent. Apotekstjänsts marknadsandel kan vidare till följd av de regionavtal som är tilldelade men där avtalstiden inte har börjat löpa förväntas öka ytterligare under kommande år. (Jfr kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, p. 15.) Redan detta förhållande talar med viss styrka för att koncentrationen skulle skapa en dominerande ställning. Detta gäller särskilt eftersom det är fråga om en marknad som i hög grad präglas av skalfördelar. Den enda kvarvarande befintliga konkurrenten, det statliga bolaget Apoteket AB, är vertikalt integrerad och har egna fysiska butiker för utlämning. Apoteket AB har vidare ett starkt varumärke och får också antas vara finansiellt starkt. Beträffande Apoteket

AB:s möjlighet att öka produktionskapaciteten har, som redan nämnts, bl.a. affärsområdeschefen [REDACTED] samt [REDACTED] och [REDACTED] från Apotekstjänst berättat att det kan vara möjligt att öka nyttjandegraden av befintliga maskiner genom att t.ex. öka antalet skift, men att marginalkostnaden till följd av bl.a. ökade personalkostnader blir högre vid flera skift. Det kan alltså i viss utsträckning vara relativt enkelt att öka produktionskapaciteten, även om detta kan medföra ökade kostnader (jfr kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, p. 34). Som nämnts har vidare [REDACTED] och [REDACTED] från Apotekstjänst samt [REDACTED] från ApoEx AB berättat att det är möjligt att på relativt kort tid utöka kapaciteten genom att leasa maskiner. Som framgår nedan visar utredningen samtidigt att sådana utökningar av produktionskapaciteten som kräver nya maskiner kan vara förhållandevis kostsamma och tidskrävande (jfr kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, p. 34).

När det gäller möjligheterna till inträde av potentiella konkurrenter har både Apotekstjänst och Svensk Dos lyckats ta sig in på marknaden på relativt kort tid, ca nio månader, och därefter lyckats ta relativt höga marknadsandelar. De är dock de enda två företagen som har trätt in på marknaden sedan omregleringen år 2009 vilket i sig talar mot att det finns ett högt konkurrenstryck från potentiella konkurrenter.

Konkurrensverket har i förbudsbeslutet beskrivit de inträdeshinder som finns i form av krav på investeringar i bl.a. tillstånd, utrustning, lokaler och personal. Domstolen har ovan konstaterat att vissa av dessa investeringar är s.k. sunk costs vilket ytterligare försvårar inträde. Det som Apotekstjänst anfört om att kostnaderna för inträde är låga i förhållande till det totala värdet på de stora regionkontrakten är enligt domstolen inte relevant, eftersom jämförelsen bör göras mot den eventuella vinst potentiella konkurrenter bedömer att de kan göra genom träda in på marknaden.

Genom förhören med företrädarna för regionerna, bl.a. [REDACTED] från Region Jämtland Härjedalen och [REDACTED] från Region Skåne, har vidare framkommit att flera regioner ställer krav på att relevanta tillstånd från Läkemedelsverket ska finnas

på plats redan vid anbudsinslämning medan andra godtar att tillstånd inhämtas först efter tilldelningsbeslutet men före det att kontraktet börjar löpa. Vissa regioner, bl.a. Region Skåne och Region Halland, ställer också med anledning av patientsäkerheten krav på tidigare erfarenhet av liknande verksamhet vilket naturligtvis är ett hinder för nya aktörer att ta sig in på marknaden.

De företrädare för dosapoteket ApoEx AB samt öppenvårdsapoteken DOZ Apotek AB, Apotea AB, MEDS Apotek AB och Apoteket Hjärtat AB som hörts i ärendet har alla bedömt att det skulle kräva relativt stora investeringar och innebära hög risk att träda in på marknaden för tillhandahållande av dosdispenserings tjänster till öppenvården. De har gjort olika uppskattningar i fråga om hur lång tid det skulle krävas för att träda in på marknaden och bedömt att tidsåtgången skulle variera mellan så lite som sex månader till upp till två år. [REDACTED] från Apotekstjänst har uppskattat att ett marknadsinträde i vart fall inte skulle ta längre tid än de 7–9 månader det tog för Apotekstjänst att träda in. Både han och [REDACTED] samt [REDACTED] från ApoEx AB har, som nämnts, också framhållit möjligheten att på kort tid skaffa kapacitet genom att leasa maskiner.

[REDACTED] från ApoEx AB, som redan tillhandahåller dosdispenserings tjänster till slutenvården, har uppskattat tiden för marknadsinträde till 6–12 månader inklusive utveckling av ett nytt IT-system samt bedömt att bolaget inte skulle kunna lägga anbud först och göra nödvändiga investeringar först efter ett tilldelningsbeslut. På motsvarande sätt har [REDACTED] från MEDS Apotek AB berättat att han bedömer att det inte skulle vara möjligt att göra nödvändiga investeringar m.m. först efter ett beslut om tilldelning. Vidare noterar domstolen att [REDACTED] från Apoteket AB och [REDACTED] från Oriola, som nämnts, har uppskattat att det kan ta upp till ett och ett halvt år från beställning av en viss maskin till att få den i produktion.

Under sammanträdet har domstolen, som nämnts, hört företrädare för fyra större apotekskedjor och av dessa har ingen uttryckt intresse av att träda in på marknaden i närtid. Samtliga har bedömt att det skulle vara förhållandevis kostsamt och ta

förhållandevis lång tid att göra ett marknadsinträde. Eftersom det är fråga om en marknad med skalfördelar har bl.a. [REDACTED] från DOZ Apotek AB och [REDACTED] från MEDS Apotek AB bedömt att det inte skulle vara möjligt att träda in i liten skala utan att det krävs stora volymer för att få affären att gå runt (jfr kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, p. 69). De båda har också framhållit att det är svårare att träda in på marknaden eftersom tilldelningsbesluten regelmässigt överklagas. Ett ytterligare argument mot inträde på marknaden som nämnts av bl.a. [REDACTED] från ApoEx AB är osäkerhet kring lönsamheten eftersom dospengen är negativ och vinsten tas in på handelsmarginalen vid försäljning av läkemedel.

Flera av företrädarna för öppenvårdsapoteken, bl.a. [REDACTED] från DOZ Apotek AB och [REDACTED] från Apoteket Hjärtat AB, har bedömt att inträdeshindren skulle bli ännu högre om Apotekstjänst får förvärva Svensk Dos bl.a. eftersom marknaden präglas av skalfördelar. Det skulle då krävas ännu större initiala investeringar för att en ny aktör ska kunna konkurrera effektivt med de befintliga. [REDACTED] från ApoEx AB har uppgett att om priserna på dostjänsten stiger med anledning av koncentrationen kan det bli mer intressant att träda in på marknaden, men att inträde ändå kan hindras av regionernas referenskrav.

Sammanfattningsvis delar Patent- och marknadsdomstolen Konkurrensverkets bedömning i förbudsbeslutet att möjligheterna till inträde av potentiella konkurrenter är mycket små eftersom det är höga inträdeshinder på marknaden.

När det gäller motverkande köparmakt har Konkurrensverket i förbudsbeslutet redogjort för att regionerna anser att de har en svag förhandlingsposition mot leverantörerna av dostjänsten p.g.a. att det är fråga om en kritisk tjänst som de inte kan utföra i egen regi.

Vid sammanträdet har hörts företrädare för en region i vart och ett av de sex s.k. kluster som brukar upphandla dosdispenseringstjänsten. Företrädarna har alla bekräftat

att det är fråga om en tjänst som regionerna i praktiken måste erbjuda invånarna samtidigt som de saknar laglig möjlighet att utföra tjänsten i egen regi. Även [REDACTED] från Kriminalvården har uppgett att myndigheten inte har praktisk möjlighet att utföra tjänsten själv. Det enda alternativet till att köpa tjänsten skulle, som [REDACTED] från Region Stockholm och [REDACTED] från Region Jämtland Härjedalen har berättat, vara att anställa sjuksköterskor som packar läkemedel i dosetter vilket skulle bli mycket dyrare.

Företrädarna för regionerna har vidare samstämmt berättat att de redan försöker utforma upphandlingarna i fråga om både omfattning och kravställning så att de ska få så många anbudsgivare som möjligt. Samtidigt har flera av dem, bl.a. [REDACTED] från Region Skåne och [REDACTED] från Region Halland, framhållit att de med hänsyn till patientsäkerheten måste ställa strikta ska-krav i fråga om kvalitet och utförande av tjänsten. Vissa av företrädarna för regionerna, exempelvis [REDACTED] från Region Jämtland Härjedalen och [REDACTED] från Region Jönköpings län, har vidare berättat att det är svårt att utöva tillsyn över hur leverantörerna exempelvis använder olika förpackningsstorlekar för att maximera handelsmarginalen på de läkemedel som dispenseras.

När det gäller kontraktens storlek har bl.a. [REDACTED] från Region Jönköpings län och [REDACTED] från Region Uppsala, lyft fram att om kontrakten delas upp i mindre områden skulle vissa mindre regioner riskera att inte få in några anbud. Regionföreträdarna har vidare samstämmt berättat att det är fråga om relativt komplicerade upphandlingar där tilldelningsbesluten ofta överklagas och att det skulle vara dyrt om varje region behövde hantera upphandlingarna själva. När det gäller avtalstiden bedöms det vidare bli mindre attraktivt för leverantörerna med kortare avtal och dessutom dyrare för regionerna att behöva upphandla oftare. Längre avtalstider än de som används idag är inte möjligt enligt de upphandlingsrättsliga reglerna.

Beträffande tiden mellan anbud och påbörjande av leveranser försöker regionerna redan säkerställa att den blir tillräckligt lång för att både ta höjd för eventuella

överprövningsprocesser och för att ge anbudsgivarna gott om tid för att göra nödvändiga investeringar m.m. Det bedöms inte vara möjligt att utöka tiden ännu mer eftersom det skulle leda till alltför stora osäkerheter om vad som kan hända i omvärlden mellan anbudsinslämning och påbörjande av leveranser för både de upphandlande myndigheterna och leverantörerna. [REDACTED] från Region Halland har t.ex. berättat att det skulle vara svårt att bedöma behovet av tjänsten med ännu längre tid mellan anbudsinslämning och påbörjande av kontrakt. [REDACTED] från Apoteket AB har uppgett att det med ännu längre tid mellan upphandling och kontraktsstart skulle bli svårare att göra prognoser vid anbudsberäkningen.

Domstolen delar mot denna bakgrund Konkurrensverkets bedömning i förbudsbeslutet att regionerna saknar motverkande köparmakt. Det starkaste skälet för detta är att regionerna i praktiken måste tillhandahålla dosdispenseringstjänsten till invånarna samtidigt som de saknar laglig möjlighet att utföra tjänsten själva.

Sammanfattningsvis visar alltså utredningen i ärendet att Apotekstjänst tillsammans med Svensk Dos under lång tid har haft en marknadsandel över 50 procent och att denna marknadsandel kommer att öka de närmaste åren. Det är dessutom fråga om en marknad som i hög utsträckning kännetecknas av skalfördelar. Även om den kvarvarande konkurrenten Apoteket AB skulle kunna utöka sin produktionskapacitet är detta förenat med kostnader och viss tidsutdräkt. Det har vidare framkommit att inträdeshindren på marknaden är höga och att det saknas motverkande köparmakt.

Mot denna bakgrund delar domstolen Konkurrensverkets bedömning att koncentrationen medför att Apotekstjänst får en dominerande ställning på marknaden för tillhandahållande av dosdispenseringstjänster till öppenvården i Sverige. Denna slutsats är dock inte nödvändig för att koncentrationen ska vara ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet eller en väsentlig del av det, eftersom koncentrationen under alla förhållanden leder till att konkurrenstrycket från Svensk Dos försvinner.

Minskat konkurrenstryck på marknaden

Konkurrensverket har i förbudsbeslutet utförligt redogjort för de upphandlingar som genomförts på marknaden sedan den omreglerades. Av analysen framgår att Apotekstjänst och Svensk Dos är nära konkurrenter och att Svensk Dos historiskt sett har utövat ett starkt konkurrenstryck mot Apotekstjänst. Domstolen noterar särskilt att Svensk Dos har vunnit en beaktansvärd andel av de upphandlingar som genomförts på marknaden och att bolaget så sent som i februari 2023 vann regionklustret Treklöverns upphandling.

Domstolen har vidare konstaterat att det inte är fråga om en sådan ideal upphandlingsmarknad där en minskning av antalet aktörer från tre till två som utgångspunkt saknar betydelse för konkurrenstrycket. Tvärtom framgår, som nämnts, av Apotekstjänsts interna strategidokument att [REDACTED]

[REDACTED] Apotekstjänst har vidare under Konkurrensverkets utredning anfört att [REDACTED]

[REDACTED] Enligt domstolen talar redan dessa omständigheter tydligt för att koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet eller en väsentlig del av det.

Det har vidare framkommit i förhör med företrädarna för Apotekstjänst, Svensk Dos och Apoteket AB att det är relativt komplicerat att upprätta kalkyler inför anbud.

Exempelvis har [REDACTED] från Apotekstjänst berättat att han och VD:n [REDACTED], vilket talar för att det finns en osäkerhet i att uppskatta värdet av olika kontrakt. [REDACTED]

har uppgett att han [REDACTED]

[REDACTED] från Oriola och Svensk Dos har berättat att Oriola [REDACTED]

[REDACTED] Ett exempel är regionklustret

KKBÖJ:s upphandling våren 2024 där [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Värdet av ett kontrakt för ett företag påverkas alltså bl.a. av hur många kontrakt företaget redan har och vad man har för produktionskapacitet med befintliga maskiner och personal. Som redan nämnts kan företag med lågt kapacitetsutnyttjande ha incitament att bjuda särskilt aggressivt eftersom det är nödvändigt att ha en viss volym på verksamheten för att gå med vinst. [REDACTED] har t.ex. berättat att Apoteket AB [REDACTED]

[REDACTED] Kontrakten som upphandlas har alltså olika värden för olika företag och dessa värden beror åtminstone delvis på förhållanden som övriga företag inte har någon insyn i, exempelvis kapacitetsutnyttjande och investeringsbehov. [REDACTED] har t.ex. berättat att Apoteket AB har en uppfattning om vilka volymer Apotekstjänst och Svensk Dos har men inte vad de har för produktionskapacitet.

Mot denna bakgrund är det mer sannolikt att ett företag befinner sig i en sådan situation att det har incitament att lägga ett särskilt konkurrenskraftigt anbud om det finns tre företag på marknaden än två. Dessutom bildar rationella anbudsgivare normalt förväntningar om vad kontraktet är värt för dess konkurrenter och anpassar sitt anbud till dessa för att undvika att betala ett för högt pris för kontraktet. Ju fler budgivare som deltar desto högre är det värde som varje budgivare kan förvänta sig vara det näst högsta, vilket också medför att konkurrensen blir hårdare med tre aktörer än två (se t.ex. Paul Klemperer, Auction Theory: A Guide to the Literature, Journal of Economic Surveys, 1999, s. 257–259 och Paul Klemperer, Auctions: Theory and Practice, Princeton University Press, 2004). Detta gäller särskilt på den nu aktuella marknaden eftersom även anbudspriserna i tidigare upphandlingar i hög utsträckning omfattas av sekretess. Enligt domstolen talar även ovan nämnda omständigheter för att koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens i Sverige.

Dessutom har samtliga företrädare för regionerna, Kriminalvården och SiS som hörts i ärendet på olika sätt uttryckt oro för att konkurrensen kommer att påverkas negativt om Apotekstjänst får förvärva Svensk Dos. Företrädarna för de upphandlande myndigheterna har bl.a. framhållit att deras erfarenhet från upphandlingar av t.ex. läkemedel är att priserna höjs om det är färre anbudsgivare och att det finns en risk att Apotekstjänst på längre sikt blir ensamt kvar på marknaden. Vissa företrädare, bl.a. [REDACTED] [REDACTED] från Region Stockholm och [REDACTED] från Region Härjedalen Jämtland, har också framhållit att kvaliteten kan försämrats och att det blir mer sårbart med färre leverantörer av dostjänsten. Även om företrädarna för de upphandlande myndigheterna endast har redogjort för sina hypotetiska antaganden och gjort jämförelser med upphandlingar på andra områden, talar även deras uppgifter i någon mån för att konkurrensen kommer att hämmas om koncentrationen får genomföras.

Domstolen instämmer också i Konkurrensverkets bedömning att koncentrationen medför en risk att Apotekstjänst på sikt blir ensamt kvar på marknaden. Eftersom Apotekstjänst tillsammans med Svensk Dos under de närmaste åren kommer att ha mycket höga marknadsandelar skulle det kunna vara rationellt att kortsiktigt lägga så låga anbud att Apoteket AB inte anser det lönsamt att vara kvar på marknaden. Apotekstjänst skulle därefter inte behöva ta hänsyn till några befintliga konkurrenter i sin budgivning och eftersom det är höga inträdes hinder på marknaden skulle bolaget i ett sådant scenario kunna höja sina priser. En annan rimlig hypotes är att Apotekstjänst och Apoteket AB, utan att samarbeta på ett otillåtet sätt, hittar någon form av jämviktsläge där båda företagen kan konkurrera mindre aggressivt vilket skulle medföra höjda priser (jfr kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, p. 24).

[REDACTED] från Apoteket AB har berättat att [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] I de delar [REDACTED] har uttalat sig om följderna av

koncentrationen värderar dock domstolen hans uppgifter med viss försiktighet, eftersom Apoteket AB har ett direkt intresse i frågan.

Apotekstjänst har helt riktigt påpekat att det inte samtidigt kan vara övervägande sannolikt både att Apotekstjänst agerar så att Apoteket AB slås ut från marknaden och att Apotekstjänst och Apoteket AB hittar ett jämviktsläge med högre priser. Det är dock inte nödvändigt för att koncentrationen ska vara ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens att Konkurrensverket visar att någon av dessa hypoteser är övervägande sannolik (jfr EU-domstolens domar i mål C-581/22 P, Thyssenkrupp, EU:C:2024:821, p. 200–211 och mål C-307/18, Generics, EU:C:2020:52, p. 112–122). Det är i stället tillräckligt att Konkurrensverket gör det sannolikt att Apotekstjänsts förvärv av Svensk Dos leder till att Apotekstjänst får en dominerande ställning och att det i tillräckligt hög grad får negativa effekter på konkurrensen när konkurrenstrycket från Svensk Dos försvinner. Domstolen har ovan redovisat varför koncentrationen är ägnad att på ett påtagligt sätt leda till ett lägre konkurrenstryck på marknaden för tillhandahållande av dosdispenserings tjänster till öppenvården i Sverige.

Sammanfattningsvis anser alltså Patent- och marknadsdomstolen, i likhet med Konkurrensverket, att koncentrationen med en tillräckligt hög grad av sannolikhet är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom Sverige, om det inte finns några motverkande faktorer som uppväger de negativa effekterna av koncentrationen.

Motverkande faktorer

Patent- och marknadsdomstolen har redan ovan bedömt att det är höga inträdeshinder på marknaden och att regionerna saknar beaktansvärd motverkande köparmakt. I likhet med Konkurrensverket anser alltså domstolen att varken potentiell konkurrens eller motverkande köparmakt uppväger de negativa effekterna på konkurrensen som koncentrationen medför.

När det gäller effektivitetsvinster har Apotekstjänst, i huvudsak i enlighet med vad som redovisats i förbudsbeslutet, anfört att koncentrationen medför att bolaget får ett bredare erbjudande, utökad kapacitet och möjlighet till inträde på andra dosmarknader.

Apotekstjänst skulle genom koncentrationen få ett bredare erbjudande genom att tillgång till Svensk Dos [REDACTED] medför att Apotekstjänst skulle kunna [REDACTED] [REDACTED] Enligt domstolen kan det diskuteras om den påstådda effektivitetsvinsten är koncentrations-specifik, eftersom Apotekstjänst också skulle kunna investera i att utveckla ett eget motsvarande [REDACTED]. Det är dock inte nödvändigt att ta slutlig ställning i frågan eftersom domstolen delar Konkurrensverkets bedömning i förbudsbeslutet att det saknas stöd för att Apotekstjänst eventuella ökade intäkter till följd av ett sådant bredare erbjudande skulle användas för att subventionera dostjänsten. Detta gäller särskilt eftersom koncentrationen medför att konkurrenstrycket på dosmarknaden minskar. Det som Apotekstjänst anfört om att bolaget får ett bredare erbjudande uppväger alltså inte det minskade konkurrenstryck som koncentrationen är ägnad att medföra.

Även när det gäller Apotekstjänsts utökade kapacitet till följd av förvärvet av Svensk Dos kan det diskuteras om den är koncentrationsspecifik. Apotekstjänst skulle sannolikt kunna göra motsvarande investeringar ändå och [REDACTED] har berättat att [REDACTED] Det är dock inte heller här nödvändigt att ta slutlig ställning i den frågan. Apotekstjänsts eventuella kostnadsbesparingar genom att [REDACTED] [REDACTED] kan inte medföra några effektivitetsvinster som kommer kunderna till del för redan existerande kontrakt, eftersom dospengen redan är beslutad. Beträffande framtida kontrakt noterar domstolen dels att Svensk Dos bedömer att [REDACTED] [REDACTED] dels att det minskade konkurrenstrycket som blir följden av koncentrationen talar mot att eventuella kostnadsbesparingar skulle komma kunderna till del. Även i fråga om utökad kapacitet instämmer alltså domstolen i Konkurrensverkets bedömning i

förbudsbeslutet att den påstådda effektivitetsvinsten, om den skulle anses vara koncentrationsspecifik, inte uppväger de negativa effekterna på konkurrensen.

Beträffande möjligheten till inträde på andra marknader har Apotekstjänst främst argumenterat för möjligheten att med hjälp av Svensk Dos [REDACTED] lägga anbud i [REDACTED]. Även här kan det diskuteras om effektivitetsvinsten är koncentrationsspecifik, eftersom Apotekstjänst skulle kunna investera i ett eget [REDACTED] men det är inte nödvändigt att ta ställning till frågan. Svensk Dos är den enda aktören som har lagt anbud i Kriminalvårdens senaste upphandlingar och om Apotekstjänst är effektivare än Svensk Dos skulle detta kunna medföra en effektivitetsvinst. Den kvarvarande konkurrenten Apoteket AB har [REDACTED] och det är, som nämnts, höga inträdeshinder på marknaden. Enligt domstolen saknas därför anledning att anta att Apotekstjänst skulle lägga lägre anbud än Svensk Dos har gjort. Det har dessutom framkommit att Kriminalvården har för avsikt att i framtiden ansluta sig till samma IT-system som regionerna använder. Under alla förhållanden omfattar [REDACTED] upphandlingar endast en liten del av marknaden vilket medför att även om påstådda effektivitetsvinster skulle anses vara koncentrationsspecifika så uppväger de inte det minskade konkurrenstryck som koncentrationen är ägnad att medföra.

Sammanfattningsvis delar alltså Patent- och marknadsdomstolen i allt väsentligt Konkurrensverkets bedömning i förbudsbeslutet att koncentrationen inte medför några koncentrationsspecifika effektivitetsvinster som, ens tillsammans, uppväger koncentrationens negativa påverkan på konkurrensen på den svenska marknaden för tillhandahållande av dosdispenseringstjänster till öppenvården.

Domstolens slutsats blir alltså att koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på dosmarknaden i Sverige, om jämförelsen görs med de konkurrensförhållanden som rådde vid tidpunkten för

koncentrationen och med hänsyn tagen till de förändringar på marknaden som skett eller rimligen kan förväntas ske och som inte är orsakade av koncentrationen.

Alternativt kontrafaktiskt scenario

Inledning

Den prövning av koncentrationens effekter på konkurrensen som domstolen har gjort ovan har i enlighet med huvudregeln utgått från en jämförelse med de konkurrensförhållanden som rådde vid tidpunkten för koncentrationen. Domstolen har därutöver beaktat sådana förändringar som har skett och rimligen kan förväntas ske på marknaden och som inte är hänförliga till koncentrationen, t.ex. till följd av kontrakt där tilldelningsbeslut i upphandlingar redan hade meddelats men avtalstiden inte börjat löpa.

Oriola har dock gjort gällande att det mest troliga kontrafaktiska scenariot är att Svensk Dos helt avvecklar sin dosdispenseringsverksamhet eftersom det objektivt sett saknas förutsättningar för att bedriva Svensk Dos verksamhet vidare. Oriola har vidare anfört att det inte heller finns några andra köpare än Apotekstjänst. Slutligen har Oriola argumenterat för varför koncentrationen inte är mer konkurrensskadlig än alternativscenariot. Apotekstjänst har, som nämnts, i huvudsak anslutit sig till det som Oriola anfört.

Konkurrensverket har med hänvisning till bedömningen i förbudsbeslutet bestritt att prövningen i ärendet ska utgå från Oriolas alternativscenario. Konkurrensverket har särskilt framhållit att Oriola först den 12 mars 2024 har utvecklat redogörelsen för alternativscenariot och så sent som den 24 april 2024 inkommit med vissa handlingar som enligt Oriola var relevanta för prövningen.

Patent- och marknadsdomstolen har ovan gjort bedömningen att även om Konkurrensverket har bevisbördan för att koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens bör det vara den anmälade parten som har att lägga fram sådan utredning som gör det troligast att målbolaget utan koncentrationen skulle avveckla verksamheten.

I den fortsatta bedömningen prövar alltså domstolen om Oriola har visat att det troligaste scenariot är att verksamheten i Svensk Dos skulle avvecklas utan koncentrationen och, i sådant fall, om alternativscenariot är mindre skadligt än koncentrationen.

Saknas förutsättningar att driva verksamheten i Svensk Dos vidare?

Oriola har med hänvisning till bl.a. interna lönsamhetskalkyler och strategidokument anfört att det objektivt sett saknas förutsättningar att driva verksamheten i Svensk Dos vidare eftersom bolaget under 2022 och 2023 tappade tre stora kontrakt (Region Skåne, Region Stockholm/Gotland och Region Norrland). Verksamheten under åren 2018–2022 var däremot lönsam.

Oriolas underlag har beskrivits i avsnittet ”Parternas påstådda kontrafaktiska scenario” i förbudsbeslutet och kan sammanfattas enligt följande.

Av underlag och protokoll från styrelsemöten i Svensk Dos och Oriola framgår att Svensk Dos under första halvåret 2022 analyserade olika scenarion och strategier och presenterade dessa för Oriolas styrelse. De strategier som övervägdes innefattade bl.a.

[REDACTED]

[REDACTED] Det

framgår vidare att Svensk Dos skulle ha som strategi att [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Av
underlag till ett styrelsemöte i Oriola i augusti 2022 framgår bl.a. att [REDACTED]

[REDACTED] Vid samma möte beslutade styrelsen
att [REDACTED]

Under andra halvan av 2022 och första halvan av 2023 har Oriolas styrelse fortsatt
diskutera den svenska dosverksamheten. Det framgår av underlag och protokoll att
[REDACTED]
men att bolaget i februari 2023 enbart vann Treklövern som omfattar ca 25 000
dospatienter.

Enligt en strategisk analys från kvartal 3 år 2023 – som har tagits fram av Svensk Dos
operativa ledning – [REDACTED]

[REDACTED] Av analysen framgår vidare att även om Svensk
Dos [REDACTED]

[REDACTED] Vidare anges att möjligheten att [REDACTED]

Sammanfattningsvis anges att även det mest gynnsamma framtida scenariot innefattar

[REDACTED] I analysen rekommenderas därför att Svensk
Dos [REDACTED]

[REDACTED] har i förhör berättat att [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Av underlag och protokoll från ett styrelsemöte i Oriola [REDACTED] framgår att bolaget hade inlett diskussioner med Apotekstjänst om en försäljning av Svensk Dos. Villkoren innefattar bl.a. att köpeskillingen bestäms till 110 miljoner kr och att

[REDACTED] Vid ett styrelsemöte i Oriola [REDACTED]

[REDACTED] Styrelsen beslutade därför att genomföra en försäljning av Svensk Dos till Apotekstjänst enligt de föreslagna villkoren. Samtidigt noterades att Oriola [REDACTED]

[REDACTED] har i förhör berättat att [REDACTED]

[REDACTED] I ett pressmeddelande den 13 oktober 2023 informerade Oriola om beslutet att sälja Svensk Dos till Apotekstjänst. Beslutet framgår även av Oriolas årsredovisning för 2023.

När det gäller tiden efter försäljningen finns bl.a. en lönsamhetskalkyl från april 2024,

[REDACTED] Oriola har vidare redogjort för de beräknade kostnaderna för att avveckla Svensk Dos och anført att [REDACTED]

I underlag till ett styrelsemöte i Oriola den 24 april 2024 redogörs för olika handlingsalternativ om Konkurrensverket skulle förbjuda koncentrationen. Ett alternativ anges vara att [REDACTED]

[REDACTED] I ett pressmeddelande den 30 april 2024, dvs. dagen efter förbudsbeslutet, anger Oriola att bolaget kommer att överväga andra alternativ för att lämna den svenska dosmarknaden. [REDACTED] har i förhör berättat att Oriola nu diskuterar i styrelsen

vad som ska ske med Svensk Dos [REDACTED]
[REDACTED]

Som Konkurrensverket har påtalat har Oriola alltså inte fattat något formellt beslut om att avveckla verksamheten i Svensk Dos. Enligt domstolen har detta dock inte någon avgörande betydelse vid prövningen av vilket som är det troligaste kontrafaktiska scenariot. Som Oriola har anfört skulle ett sådant beslut ha behövts kommuniceras till marknaden enligt börsrättsliga regler, vilket skulle ha haft en negativ påverkan på Oriolas förutsättningar att sälja Svensk Dos. Dessutom skulle ett eventuellt sådant beslut när som helst kunna ändras.

När det gäller händelseförloppet efter anmälan av koncentrationen har Konkurrensverket framhållit att Svensk Dos träffade avtal om leveranser av dostjänst med en privat vårdgivare i december 2023 samt att Svensk Dos deltog i regionklustret KKBÖJ:s upphandling i mars 2024. Detta visar enligt Konkurrensverket att det har funnits förutsättningar att fortsätta bedriva verksamhet i Svensk Dos.

Oriola har dock invänt att Svensk Dos ingick avtalet med den privata vårdgivaren och lämnade anbud i KKBÖJ:s upphandling endast för att det [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] Enligt Oriola var redan förhandlingarna med den privata vårdgivaren långt framskridna när aktieöverlåtelseavtalet ingicks. Oriola har vidare framhållit att Svensk Dos anbud i KKBÖJ:s upphandling inte var konkurrenskraftigt vilket visar att Svensk Dos inte längre kan utöva något beaktansvärt konkurrenstryck.

Domstolen kan dock konstatera att det framgår av protokoll från ett styrelsesammanträde i Svensk Dos att KKBÖJ-upphandlingen har diskuterats och att [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] från Oriola och Svensk Dos har i förhör berättat att [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Enligt [REDACTED] var detta [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] har vidare berättat att hon
ändå bedömde att det var fråga om ett konkurrenskraftigt anbud och att [REDACTED]
[REDACTED] har uppgett att [REDACTED]
[REDACTED]

Enligt Patent- och marknadsdomstolen finns det flera omständigheter som talar mot att det vid tidpunkten för koncentrationen objektivt sett saknades förutsättningar att fortsätta bedriva dosverksamheten i Svensk Dos. För det första har dosverksamheten haft ett positivt rörelseresultat under åren 2018–2022. Svensk Dos har dessutom vunnit avtalet med regionklustret Treklövern i februari 2023 och det avtalet gäller till den 31 mars 2027 med option på förlängning om upp till 12 månader. Därutöver har Svensk Dos i december 2023 träffat avtal om dostjänster med en privat vårdgivare. Detta betyder att Svensk Dos, tillsammans med avtalen med Kriminalvården och SiS, har mellan [REDACTED] dospatienter vilket är en låg men inte obetydlig andel av marknaden, som i och för sig präglas av skalfördelar.

Svensk Dos har dessutom deltagit i regionklustret KKBÖJ:s upphandling i mars 2024 med vad [REDACTED] bedömde vara ett konkurrenskraftigt anbud. Det har också framkommit att [REDACTED]

[REDACTED] Enligt domstolen förefaller det sannolikt att Konkurrensverkets utredning av företagskoncentrationen har bidragit till att [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED] har i förhör beskrivit det som att [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Enligt domstolen är det förhållandet att Svensk Dos efter koncentrationen fullföljde avtalsförhandlingarna med en privat vårdgivare och lade ett anbud i KKBÖJ-upphandlingen, som [REDACTED] bedömde vara konkurrenskraftigt, omständigheter som talar mot att det vid tidpunkten för koncentrationen objektivt sett saknades förutsättningar för Svensk Dos att stanna kvar på marknaden.

Det finns också exempel på Svensk Dos agerande på marknaden som domstolen anser har orsakats av koncentrationen. Det första exemplet är att Svensk Dos i samband med avyttringen av bolaget till Apotekstjänst [REDACTED] återkallade sitt överklagande av regionklustret VGR:s beslut att tilldela det senaste kontraktet till Apotekstjänst. Detta gjordes trots att det [REDACTED]

[REDACTED] Det har dessutom framkommit i ärendet, genom bl.a. [REDACTED] från Region Uppsala och [REDACTED] från Region Halland, att överklaganden av regionernas tilldelningsbeslut i många fall har varit framgångsrika och även resulterat i skadeståndsprocesser mot regionerna. Det andra exemplet är att Svensk Dos i april 2024 inte började leverera dostjänsten till regionklustret Treklövern utan i stället träffade ett underleverantörsavtal med Apotekstjänst. [REDACTED]

I nu nämnda delar har alltså Svensk Dos självt med anledning av koncentrationen agerat på ett sätt som medför att förutsättningarna för att fortsätta bedriva verksamhet i bolaget klart försämrats. Det kan därför inte anses vara fråga om sådana framtida förändringar på marknaden som rimligen kunde förutses även utan koncentrationen. Enligt domstolen bör därför dessa omständigheter inte läggas till grund för Oriolas påstående att en avveckling av Svensk Dos verksamhet var det troligaste alternativscenariot.

Sammanfattningsvis kan domstolen konstatera att Oriola i och för sig har lagt fram utredning som tydligt visar att Svensk Dos vid tidpunkten för koncentrationen befann sig i ett svårt ekonomiskt läge [REDACTED]

[REDACTED] I Oriolas och Svensk Dos interna analyser nämns också olika alternativ för dosverksamheten som inkluderar [REDACTED]

[REDACTED] Vidare har under Konkurrensverkets utredning flera företrädare för konkurrerande företag, öppenvårds- apotek och regioner uppgett att de bedömer att det finns en risk att Svensk Dos kommer att gå i konkurs eller behöva avveckla verksamheten med anledning av att bolaget tappat flera stora regionkontrakt. Samtliga dessa omständigheter talar för att det vid tidpunkten för koncentrationen objektivt sett saknades förutsättningar att bedriva verksamheten i Svensk Dos vidare.

Samtidigt saknas konkret bevisning från Oriola eller Svensk Dos från tiden före det att diskussionerna med Apotekstjänst om en försäljning inleddes som ger stöd för att en avveckling av dosverksamheten skulle vara det troligaste alternativet till en försäljning. Som domstolen redovisat ovan har vidare Svensk Dos varit lönsamt under åren 2018–2022 och bolaget har under 2023 vunnit ett regionkontrakt och träffat avtal om leverans av dostjänster med en privat vårdgivare. Svensk Dos har dessutom lämnat anbud i regionklustret KKBÖJ:s upphandling som är en av de största på marknaden. Svensk Dos har därutöver [REDACTED]

[REDACTED] återkallat ett överklagande av regionklustret VGR:s tilldelningsbeslut vilket annars skulle kunna ha resulterat i en förlängning av Svensk Dos befintliga avtal och en chans att vinna en ny upphandling. Enligt Patent- och marknadsdomstolen talar de ovan nämnda omständigheterna sammantaget med viss styrka mot att det vid tidpunkten för koncentrationen troligaste alternativet till en försäljning var att avveckla av verksamheten i Svensk Dos.

Mot denna bakgrund anser Patent- och marknadsdomstolen att Oriola inte har lagt fram utredning som visar att det vid tidpunkten för koncentrationen objektivt sett saknades förutsättningar att driva verksamheten i Svensk Dos vidare, vilket medför att

ett alternativscenario där Svensk Dos avvecklar verksamheten inte ska läggas till grund för prövningen i ärendet. Domstolen går ändå vidare och prövar frågan om det är visat att det saknas alternativa köpare av Svensk Dos eller bolagets tillgångar om det inte skulle ha funnits förutsättningar att driva verksamheten vidare.

Saknas alternativa köpare?

Oriola har, som nämnts, anfört att det inte finns några andra realistiska köpare av Svensk Dos än Apotekstjänst. Detta framgår bl.a. av Oriolas egna undersökningar och bekräftas av att inte något av de företag Konkurrensverket kontaktat under utredningen har uttryckt något intresse av att köpa Svensk Dos.

Konkurrensverket har invänt att Oriolas ansträngningar för att hitta alternativa köpare varit förhållandevis begränsade och att utredningen inte visar med tillräcklig styrka att någon annan aktör än Apotekstjänst inte skulle ha ett intresse av att förvärva Svensk Dos eller bolagets tillgångar.

Oriolas och Svensk Dos VD [REDACTED] har vid sammanträdet berättat att Svensk Dos under slutet av 2022 anlidade [REDACTED] från Access Partners för att undersöka vilka som kunde vara intresserade av att köpa Svensk Dos [REDACTED]

[REDACTED] har vidare uppgett att [REDACTED]

[REDACTED] Enligt [REDACTED] är [REDACTED]

[REDACTED] har berättat att Access Partners i oktober 2022 fick i uppdrag av Oriola att sondera olika alternativ beträffande verksamheten i Svensk Dos, eftersom Svensk Dos hade tappat flera stora kontrakt. Han gjorde visst förberedande arbete baserat på underlag han fick från Oriola och gav Oriola en offert i december 2022 i vilken han presenterade tre alternativ. [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Vid tidpunkten hade Svensk Dos inte några regionkontrakt men han vet att de idag har vunnit avtalet med Treklövern så utsikterna för bolaget borde inte vara lika dåliga. Oriola beslutade att inte anta offerten och anlita Access Partners varför [REDACTED] inte vidtog några ytterligare åtgärder.

Domstolen kan konstatera att [REDACTED] uppgifter ger stöd för att det inte funnits något större intresse för att köpa Svensk Dos bland företag som inte redan är verksamma på den svenska dosmarknaden. Samtidigt har han bara gjort visst förberedande arbete för att kunna lämna en offert och det är fullt möjligt att en djupare analys hade gett ett annat resultat. När det gäller [REDACTED] uppgifter om

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Sammanfattningsvis har Oriola alltså inte visat att bolaget gjort annat än helt begränsade insatser för att hitta alternativa köpare.

Oriola har framhållit att det i praktiken inte är möjligt för bolaget att utreda och visa att det inte finns någon annan köpare. Oriola har vidare gett exempel på att både kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter i samband med koncentrationsprövningar aktivt har undersökt om det finns andra potentiella köpare och beaktat utfallet av undersökningarna i sina beslut. Domstolen instämmer i att sådana undersökningar kan vara relevanta vid prövningen av vilket kontrafaktiskt scenario som är troligast. Samtidigt är, som noterats ovan, utgångspunkten att parterna i koncentrationen ska lägga fram utredningen som visar att det saknas alternativa köpare eller mindre konkurrensbegränsande alternativ till koncentrationen. I förevarande fall har Oriola dessutom först i ett sent skede av Konkurrensverkets utredning utvecklat

argumenten för alternativscenariot och lagt fram ett fullständigt underlag beträffande sådana förhållanden som kan vara relevanta för prövningen.

I förevarande fall har Konkurrensverket också vidtagit vissa utredningsåtgärder genom att bl.a. fråga tänkbara potentiella konkurrenter, främst dosapoteket ApoEx AB och flera öppenvårdsapotek, om deras eventuella intresse av att träda in på dosmarknaden och i några fall specifikt om deras intresse av att köpa Svensk Dos eller Svensk Dos tillgångar. Dessa marknadskontakter ger inte något stöd för att det finns företag som inte redan är verksamma på den svenska dosmarknaden som har ett sådant intresse. Det förhållandet att Svensk Dos vid tidpunkten för koncentrationen befann sig i ett svårt ekonomiskt läge [REDACTED] [REDACTED] talar också mot att det skulle finnas ett intresse av att träda in på marknaden genom att köpa bolaget. Dessa omständigheter talar i och för sig mot att det finns alternativa köpare.

[REDACTED] har dock berättat i förhör att Apoteket AB absolut skulle vara intresserat av och ha möjlighet att leverera dostjänster enligt Svensk Dos avtal med regionklustret Treklövern samt eventuellt också vara intresserat av att köpa vissa av Svensk Dos tillgångar. Även om Apoteket AB har ett eget intresse i ärendet ser domstolen inte någon anledning att ifrågasätta [REDACTED] uppgifter i dessa delar. Som redan nämnts framgår också av underlag till ett styrelsemöte i Oriola 2022 att [REDACTED]

[REDACTED] vilket i någon mån talar för att det skulle kunna finnas intresse att köpa Svensk Dos. Dessutom noterar domstolen att även om [REDACTED]

Sammanfattningsvis anser domstolen att utredningen inte ger något stöd för att det finns alternativa köpare av Svensk Dos som inte redan är aktiva på dosmarknaden i Sverige. Samtidigt har det framkommit att Apoteket AB skulle vilja ta över Svensk Dos avtal med regionklustret Treklövern och eventuellt också vissa av Svensk Dos tillgångar. Även om Svensk Dos objektivt sett skulle sakna förutsättningar att bedriva verksamheten vidare så skulle det alltså finnas ett alternativ som visserligen också leder till att antalet aktörer på marknaden minskar från tre till två, men som sannolikt skulle vara mindre konkurrensbegränsande än en försäljning av Svensk Dos till Apotekstjänst, eftersom alternativet inte skulle bidra till att skapa en dominerande ställning (jfr EU-domstolens dom i mål C-68/94, Kali & Salz, EU:C:1998:148, p. 114–115). Även detta förhållande medför att Oriolas alternativscenario inte ska läggas till grund för bedömningen i ärendet.

Domstolens slutsatser

Det saknas tillräckligt stöd i utredningen för att det vid tidpunkten för koncentrationen – med hänsyn till sådana förändringar på marknaden som har skett och rimligen kan förväntas ske och som inte är hänförliga till koncentrationen – objektivt sett saknades förutsättningar att driva verksamheten i Svensk Dos vidare. Även om så skulle ha varit fallet så finns det alternativ som sannolikt skulle vara mindre konkurrensbegränsande än en försäljning av Svensk Dos till Apotekstjänst och som inte skulle bidra till att Apotekstjänst får en dominerande ställning. Oriolas alternativscenario ska alltså inte ligga till grund för prövningen av koncentrationens effekter.

Patent- och marknadsdomstolen delar mot denna bakgrund Konkurrensverkets bedömning att koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på marknaden för tillhandahållande av dosdispenserings tjänster i Sverige. Ett förbud medför inte att några väsentliga nationella säkerhets- eller försörjningsintressen åsidosätts. Det har inte heller framkommit att det finns några ändrade förhållanden i övrigt som medför att ett förbud, vid äventyr av vite, inte bör meddelas.

Apotekstjänsts andrahandsyrkande m.m.

Apotekstjänst har i andra hand yrkat att Patent- och marknadsdomstolen ska dels ge förbudsbeslutet en sådan lydelse att det tydligt framgår att förbudet inte omfattar Apotekstjänsts tillämpning och fullgörande av det avtal som i punkterna 28–30 i förbudsbeslutet benämns ”underleverantörsavtalet” i den justerade lydelse som följer av det tilläggsavtal som omnämns i punkten 29 i förbudsbeslutet, dels sätta ned det vite som förbudsbeslutet har förenats med.

Konkurrensverket har bestritt andrahandsyrkandet och ifrågasatt om domstolen i detta ärende över huvud taget kan pröva frågan om förbudsbeslutet omfattar Apotekstjänst tillämpning och fullgörande av underleverantörsavtalet.

Patent- och marknadsdomstolen konstaterar att Konkurrensverket den 29 april 2024 har förbjudit Apotekstjänsts förvärv av ensam kontroll över Svensk Dos, vid vite om 100 miljoner kr. Konkurrensverket har förordnat att förbudsbeslutet ska gälla först från och med den 1 juni 2024 för att möjliggöra för de som berörs att säkerställa lösningar för leveranser till regionklustret Treklövern enligt det avtal som Svensk Dos vunnit. Domstolen har därefter på yrkande av Apotekstjänst i beslut den 29 maj 2024 förordnat att förbudsbeslutet, efter en samlad bedömning som innefattar en avvägning mellan parternas och tredje mans intressen, tills vidare inte får verkställas såvitt gäller Apotekstjänsts tillämpning och fullgörande av underleverantörsavtalet.

Det har framkommit i ärendet att Konkurrensverket har informerat Apotekstjänst om att verkets inställning är att underleverantörsavtalet mellan Apotekstjänst och Svensk Dos strider mot ett eventuellt förbudsbeslut. Konkurrensverket har dock inte i förbudsbeslutet prövat den frågan. Enligt Patent- och marknadsdomstolen medför detta att domstolen inte i detta beslut kan pröva om underleverantörsavtalet omfattas av förbudsbeslutet. Detta blir i stället en fråga i ett eventuellt mål om utdömande av det förelagda vitet. Under alla förhållanden har inte framkommit skäl att begränsa Konkurrensverkets förbud i enlighet med Apotekstjänsts yrkande. Det kan diskuteras

om den aktuella delen av Apotekstjänsts andrahandsyrkande borde avvisas. Eftersom yrkandet har utformats som en begäran om att domstolen ska omformulera det av Konkurrensverket meddelade förbudet anser dock domstolen att yrkandet bör avslås och inte avvisas.

När det gäller vitesbeloppet delar Patent- och marknadsdomstolen Konkurrensverkets bedömning att det bör bestämmas till 100 miljoner kr. Även den andra delen av Apotekstjänsts andrahandsyrkande ska alltså avslås.

Domstolens inhibitionsbeslut ska inte längre gälla. Med hänsyn till bl.a. patient-säkerheten bör Apotekstjänst och Svensk Dos ges möjlighet att säkerställa fortsatta leveranser av dostjänster till regionklustret Treklövern utan att riskera att överträda förbudsbeslutet. Förbudet bör därför såvitt gäller Apotekstjänsts tillämpning och fullgörande av underleverantörsavtalet i dess justerade lydelse börja gälla först från och med den 19 december 2024.

Med de bedömningar domstolen gjort i ärendet ska Apotekstjänsts och Oriolas yrkanden om ersättning för rättegångskostnader lämnas utan bifall.

Sammanfattning

Patent- och marknadsdomstolen har bedömt att Apotekstjänsts förvärv av Svensk Dos är ägnat att påtagligt hämma förekomsten eller utveckling av en effektiv konkurrens på marknaden för tillhandahållande av dosdispenserings tjänster till öppenvården i Sverige genom att Apotekstjänst får en dominerande ställning och konkurrenstrycket från den nära konkurrenten Svensk Dos försvinner. Domstolen har inte ansett att det finns anledning att utgå från ett alternativscenario där Svensk Dos ändå skulle avveckla verksamheten och även om så skulle vara fallet skulle det finnas mindre konkurrensbegränsande alternativ än en försäljning av Svensk Dos till Apotekstjänst. Det har inte heller framkommit skäl att begränsa förbudets utformning eller att sänka vitesbeloppet.

Apotekstjänsts överklagande ska därför avslås och Konkurrensverkets beslut stå fast. Med hänsyn till bl.a. patientsäkerheten ska förordnas att förbudet i fråga om Apotekstjänsts tillämpning av och fullgörande av ett visst underleverantörsavtal inte ska gälla förrän från och med den 19 december 2024.

Sekretess

Sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen bör fortsätta att vara tillämplig i enlighet med vad som anges i beslutet p. 4–6. När det gäller förordnandet i p. 6 om fortsatt sekretess i enlighet med 43 kap. 8 a § för de uppgifter som återfinns i skälen i bilaga 2 (sekretess) och som har maskerats i detta beslut har Patent- och marknadsdomstolen bedömt att intresset av sekretess väger väsentligt tyngre än intresset av offentlighet. Domstolen har vid den bedömningen lagt särskild vikt vid intresset av offentlighet för uppgifter om vilka överväganden domstolen har gjort vid sin prövning och om resultatet av prövningen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 3 (PMD-13)

Ett överklagande, ställt till Patent- och marknadsöverdomstolen, ska ha inkommit till Patent- och marknadsdomstolen senast den 10 december 2024. Prövningstillstånd krävs.



Daniel Severinsson



Peter Adamsson

Jerker Holm

Jens Josephson

I avgörandet har deltagit rådmännen Daniel Severinsson, ordförande och referent, och Peter Adamsson samt de ekonomiska experterna professorerna Jerker Holm och Jens Josephson.