

## Projektervaluering og opfølgingsplan

**Rådssag: Nomeco og Tjellesen Max Jennes koordinering af gebyrer og andre forretningsbetingelser**

Dato: 19. februar 2015

Sag: METS-12/07423

Sagsbehandler: /mef/Ita

<b>Indstilling</b>	Projekt <b>Nomeco og TMJs fælles retningslinjer (lægemidler)</b> afsluttes og slettes fra porteføljen.
<b>Erfaringer</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Det kan være en fordel, at lade to jurister behandle en meget juridisk kompleks sag.</li><li>• JUS sparringspartner kunne med fordel inddrages tidligere i processen vedrørende de centrale parametre i sagens opbygning.</li><li>• Ét dokument kan være tilstrækkeligt bevis for at fastslå, at der foreligger en overtrædelse, forudsat at der ikke er nogen tvivl om dokumentets bevisværdi, og at dokumentet i sig selv med sikkerhed viser, at overtrædelsen forelå.<sup>1</sup></li><li>• Det er ikke nødvendigt at kvalificere hvert enkelt element i en konkurrencebegrænsende adfærd som en ”aftale” eller ”samordnet praksis”, når blot overtrædelsen omfatter elementer, der kan kvalificeres som en aftale, og elementer, der kan kvalificeres som en samordnet praksis.<sup>2</sup></li><li>• Det kan overvejes at undlade at dokumentere varigheden af en aftale, hvis det besluttes, at sagen ikke skal forelægges SØIK, medmindre andet taler imod (fx mulige erstatningssager).</li><li>• I til formål-analysen blev der foretaget en separat vurdering af 1) aftalens indhold, 2) de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og 3) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår. De tre elementer er velkendte i både råds- og kommissionspraksis. Det er besluttet, at det er denne tilgang, der skal anvendes i fremtidige sager.</li><li>• Høringssvar blev behandlet løbende under de relevante afsnit i</li></ul>

**KONKURRENCE- OG  
FORBRUGERSTYRELSEN**

**ERHVERVS- OG  
VÆKSTMINISTERIET**

<sup>1</sup> Jf. Retten i Første Instans' dom af 15. marts 2000 i de forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95 – T-39/95, T-42/95 – T-46/95, T-48/95, T-50/95 – T-65/95, T-68/95 – T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, *Cimenteries m.fl. mod Kommissionen*, præmis 1838.

<sup>2</sup> Se EF-Domstolens dom af 8. juli 1999 i sag C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, præmis 131-132, og Rettens dom af 20. april 1999 i de forenede sager T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 – T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, *Limburgse*, præmis 697-698. Tilsvarende EF-Domstolens dom af 17. december 1991 i sag T-7/89, *Hercules Chemicals mod Kommissionen*, præmis 264.

vurderingsafsnittet, hvilket gav en god struktur og et godt flow i sagen.

- Påbud – især en udvidelse af de traditionelle påbud – skal begrundes.
- Det vil være hensigtsmæssigt at ændre processerne i forbindelse med offentliggørelse af afgørelser, sådan at den ikke-fortrolige version af afgørelsen samt pressemeddelelse først offentliggøres på styrelsens hjemmeside, efter at case teamet har meddelt KOM, at fortrolige versioner er tilsendt parterne, hvilket skal ske hurtigst muligt samme dag.
- Den nuværende ”tjekliste for sagsbehandleren” i rådssagsmodellen sætter uhensigtsmæssigt stramme deadlines i perioden mellem høringsmødet og rådsmødet. Tjeklisten tager ikke højde for, at udkast skal godkendes af chef/souschef og efterfølgende cleares i JUS og MØK og af direktionen samt formandskabet, og at der skal indregnes tid til efterfølgende omskrivning af klagepunktsmeddelelse/udkast til rådsnotat.

Evaluering	
<b>Succeskriterier og leverancer</b>	<p>Parterne har opfyldt påbuddene.</p> <p>Lægemiddelleverandører har udvist stærk begejstring for afgørelsen, idet der nu er åbnet op for reelle forhandlinger med grossisterne.</p> <p>Sagen har fået megen medieomtale.</p>
<b>Fremdrift</b>	<p>Sagen startede op på baggrund af en klage i 2008 og blev afsluttet i 2014. Sagen har skiftet sagsbehandler fire gange i forløbet, blandt andet på grund af fratrædelse og barsel, hvilket har trukket sagen ud. Derudover har sagsbehandlerne været involveret i flere fusioner undervejs, hvilket har betydet, at tidsplanen måtte justeres løbende.</p>
<b>Ressourcer</b>	<p>Sagen er en meget kompleks juridisk sag, som har krævet mange ressourcer. Det har derfor været nødvendigt at udvide projektet med flere timer end oprindeligt estimeret.</p>

**Erfaringer** De tre største hurdler i sagen var aftale-begrebet, til formål-analysen og påbuddets udformning.

*Aftale-begrebet*

Nomeco og TMJ's fælles regelsæt udsprang af en lovlig brancheaftale, som blev indgået før konkurrencelovens ikrafttræden. Efter konkurrencelovens ikrafttræden udsendte Nomeco og TMJ i fællesskab et brev til samtlige leverandører. Vedlagt brevet var et opdateret regelsæt til erstatning for det hidtidige.

De indledende knaster gik på, hvorvidt der var tale om en aftale, eller om brevet var et udtryk for en ukoordineret parallel adfærd som følge af den tidligere brancheaftale. Vi nåede efter en ordlydsfortolkning af brevet frem til, at den fælles udsendelse af brevet udgjorde en aftale og/eller en samordnet praksis.

Sagen støttede sig alene på ét enkelt dokument (det fælles udsendte brev). De yderligere beviser i sagen kunne ikke selvstændigt dokumentere en aftale, hvorfor det ene brev var af afgørende betydning. Det følger af EU-praksis, at ét dokument kan være tilstrækkeligt bevis for at fastslå, at der foreligger en overtrædelse, forudsat at der ikke er nogen tvivl om dokumentets bevisværdi, og at dokumentet i sig selv med sikkerhed viser, at overtrædelsen forelå.<sup>3</sup>

Vi havde kun bevis for, at brevet var sendt fra grossisterne til leverandørerne, selvom det vedlagte regelsæt vedrørte både forholdet mellem grossist og leverandør, og forholdet mellem grossist og apotek. Spørgsmålet var derfor, om grossisternes aftale kunne udstrækkes til også at omfatte apotekerne. Vi nåede i vurderingen frem til, at aftalen skulle udstrækkes til også at omfatte apotekerne. I fremtidige lignende sager bør det – hvor det ikke vil være ressourcekrævende – overvejes at spørge berørte interessenter (i dette tilfælde apoteker), om aftalen bliver anvendt i praksis. Rent juridisk ville det ikke have haft betydning for vurderingen, men det ville være hensigtsmæssigt af hensyn til afgørelsens læsere at kunne vise, at aftalen ikke blot forelå rent formelt, men også var implementeret.

Afvielser fra en konkurrencebegrænsende aftale medfører ikke, at aftalen ikke har eksisteret eller ikke længere eksisterer.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Jf. Retten i Første Instans' dom af 15. marts 2000 i de forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95 – T-39/95, T-42/95 – T-46/95, T-48/95, T-50/95 – T-65/95, T-68/95 – T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, *Cimenteries m.fl. mod Kommissionen*, præmis 1838.

<sup>4</sup> Jf. Jf. Rettens dom af 24. marts 2011 i sag T-377/06, *Comap SA mod Kommissionen*, præmis 98-99. I samme retning Retten i Første Instans' dom af 15. juni 2005 i forenede sager T-871/03, T-74/03, T-87/03 og T-91/03, *Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen*, præmis 74 og 75, og

Derudover blev det diskuteret, hvorvidt vi alene skulle dokumentere, at der var indgået en aftale (hvilket ville være tilstrækkeligt), eller om vi også burde dokumentere *varigheden* af aftalen, idet særligt det sidste voldte store problemer på grund af sagens karakter. Dokumentation af varigheden af aftalen ville dels være vigtig i forbindelse med en efterfølgende sag hos SØIK; og kunne dels være vigtig i forbindelse med en efterfølgende privat anlagt erstatnings-sag mod grossisterne. Ultimativt besluttede vi ikke at oversende sagen til SØIK – på baggrund af konkrete omstændigheder.

#### *Til formål-afsnittet*

Den anden store hurdle i sagen var, hvorvidt vi skulle godtgøre, at hele aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, eller hvorvidt vi skulle godtgøre, at hver enkelt konkurrencebegrænsning, som fulgte af visse af aftalens bestemmelser, havde til formål at begrænse konkurrencen. Ved den indledende analyse vurderede vi, at *hele aftalen* havde til formål at begrænse konkurrencen. Sidenhen blev det vurderet, at det var nødvendigt at påvise, at hvert enkelt *element* i de relevante *bestemmelser* i aftalen hver for sig havde til formål at begrænse konkurrencen. Derudover vurderede vi, at konkurrencebegrænsningen blev så meget desto større, når elementerne blev vurderet *samlet*.

#### *Påbuddet*

Den sidste store hurdle var spørgsmålet om, hvorvidt vi udover at påbyde parterne at bringe overtrædelsen til ophør, også kunne påbyde dem at genforhandle de vertikale aftaler mellem i) grossist og leverandør og ii) grossist og apotek.

I de indledende udkast lagde vi op til et påbud om genforhandling. Det blev dog besluttet, at der ikke skulle meddeles påbud om genforhandling, idet genforhandlingen blandt andet ville involvere parter, som ikke var adressater for afgørelsen (leverandørerne og apotekerne).

For at påbuddet skulle have tilstrækkelig effekt i markedet, udvidede vi påbuddet til at indeholde en orienteringsforpligtelse for Nomeco og TMJ. Vi begrundede orienteringsforpligtelsen med, at det er nødvendigt for de leverandører og apoteker, som er berørt af overtrædelsen, at blive informeret om Konkurrencerådets afgørelse, idet deres betingelser for returnering og kreditering er fastlagt i Nomeco og TMJ's aftale.

**Opfølgningsplan**

**Opfølgning** 6 måneder efter projektafslutning tager styrelsen kontakt til leverandører med henblik på at vurdere, om afgørelsen har haft den ønskede effekt.