

Rådsmøde den 26. november 2014

26-11-2014

12/07423

LTA/MEF

**NOMECO OG TJELLESEN MAX JENNES
KOORDINERING AF GEBYRER OG ANDRE
FORRETNINGSBETINGELSER**

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**
Erhvervs- og Vækstministeriet

Indholdsfortegnelse

1.	RESUMÉ.....	3
2.	AFGØRELSE.....	5
3.	SAGSFREMSTILLING.....	6
3.1	INDLEDNING.....	6
3.2	DE INVOLVEREDE VIRKSOMHEDER.....	6
3.3	MARKEDSBESKRIVELSE.....	7
3.3.1	Lægemidler.....	8
3.3.1.1	Prisdannelse på apoteksforbeholdte lægemidler.....	10
3.3.2	Omsætningsleddene på lægemiddelmarkedet.....	12
3.3.2.1	Leverandørleddet.....	12
3.3.2.2	Grossistleddet.....	13
3.3.2.3	Apoteker- og sygehusleddet.....	16
3.4	DEN OMHANDLEDE ADFÆRD.....	19
3.4.1	Nomeco og TMJ's fælles udmelding om ændrede retningslinjer for returnering og kreditering.....	19
3.4.2	Indholdet af Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering.....	23
3.4.3	Tiltag i forbindelse med forsøgt revision af retningslinjerne for returnering og kreditering.....	27
3.5	INDFØRELSE AF REGULERING OM RETURNERING OG KREDITERING.....	34
3.6	HØRINGSSVAR.....	37
4.	VURDERING.....	45
4.1	MARKEDSAFGRÆNSNING.....	45
4.1.1	Det relevante produktmarked.....	45
4.1.2	Det relevante geografiske marked.....	48
4.1.3	Konklusion vedrørende markedsafgrænsning.....	50
4.2	SAMHANDELSPÅVIRKNING.....	50
4.3	KONKURRENCELOVENS § 6 OG TEUF ARTIKEL 101.....	52
4.3.1	Virksomhedsbegrebet.....	52
4.3.2	Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis.....	53
4.3.2.1	Nomeco og TMJ's fælles brev af 26. november 2001 opfylder aftalebegrebet.....	54
4.3.2.2	Nomeco og TMJ's aftale m.v. har været gældende i hvert fald indtil midten af 2011.....	60
4.3.2.3	Delkonklusion vedrørende aftale, vedtagelse og samordnet praksis.....	64
4.3.3	Til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.....	64

4.3.3.1	Hvornår har en aftale til formål at begrænse konkurrencen.....	65
4.3.3.2	Horisontal koordinering af gebyrer og andre forretningsbetingelser antages generelt at have til formål at begrænse konkurrencen.....	67
4.3.3.3	Nomeco og TMJ's koordinering af gebyrer og andre forretningsbetingelser har til formål at begrænse konkurrencen.....	71
4.3.3.4	Delkonklusion vedrørende til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.....	84
4.3.4	Mærkbar konkurrencebegrænsning	85
4.3.4.1	Kvantitativ mærkbarhed	85
4.3.4.2	Kvalitativ mærkbarhed	86
4.3.4.3	Delkonklusion vedrørende mærkbar konkurrencebegrænsning.....	87
4.3.5	Konklusion vedrørende konkurrencelovens § 6.....	87
4.4	FRITAGELSE	88
4.4.1	Aftalen m.v. er ikke omfattet af en gruppefritagelse.....	88
4.4.2	Aftalen m.v. opfylder ikke betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8	88
4.4.3	Konklusion vedrørende fritagelse	90
4.5	BEGRUNDELSE FOR PÅBUD	90
4.6	SAMLET KONKLUSION.....	90
5.	BILAG	92

1. RESUMÉ

1. Denne sag drejer sig om, at to konkurrerende lægemiddelgrossister, Nomeco A/S ("Nomeco") og Tjellesen Max Jenne A/S ("TMJ"), har indgået en aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af betingelser i deres retningslinjer for returnering og kreditering af lægemidler.
2. Lægemidler har stor økonomisk og sundhedsmæssig betydning – både for samfundet som helhed og for den enkelte forbruger. Lægemiddelmarkedet adskiller sig fra øvrige markeder, fordi det er underlagt en omfattende offentlig regulering. Det gælder både i leverandør-, grossist- og apotekerleddet.
3. Ifølge offentlig regulering har leverandører pligt til hver 14. dag at indmelde apotekernes indkøbspriser på apoteksforbeholdte lægemidler til Sundhedsstyrelsens takstsystem, hvorefter priserne gælder de næste 14 dage. Sundhedsstyrelsen fastsætter apotekernes udsalgspriser til forbrugerne. Priserne kan ikke fraviges af apotekerne og er dermed ens på alle landets apoteker. Derudover fastsætter Sundhedsstyrelsen regler for lægemidlers kvalitet.
4. De klassiske konkurrenceparametre såsom pris og kvalitet er dermed betydeligt svækket mellem grossisterne. Samtidig er grossistledet generelt præget af høje adgangsbARRIERER, som dels gør det svært for nye grossister at komme ind på markedet, og dels gør det svært for leverandørerne at handle udenom de to grossister. Det skal ses i sammenhæng med, at Nomeco og TMJ stort set er de eneste grossister på markedet.
5. Sagen blev startet på baggrund af en henvendelse fra Industriforeningen for Generiske Lægemidler. Henvendelsen gik blandt andet ud på, at Nomeco og TMJ havde fastsat salgspriser og andre forretningsbetingelser, herunder betingelser for returnering og kreditering. Ifølge IGL's oplysninger, har flere af foreningens medlemmer gentagne gange forsøgt at forhandle sig til andre returnerings- og krediteringsvilkår.
6. I januar 2012 foretog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kontrolundersøgelser hos branchens aktører. Det modtagne materiale viser blandt andet, at grossisterne via brancheforeningen MEGROS i fællesskab har udmeldt de gældende retningslinjer til samtlige leverandører af lægemidler den 26. november 2001. Derudover viser materialet, at Nomeco's og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering af lægemidler er identiske og trådte i kraft 1. januar 2002.
7. Det er styrelsens vurdering, at der i denne sag kan afgrænses fire relevante markeder, der er indbyrdes forbundne:
 - Det danske marked for leverandørers salg af lægemidler
 - Det danske marked for grossisters indkøb af lægemidler til forsyning af apoteker
 - Det danske marked for grossisters salg af lægemidler til apoteker
 - Det danske marked for apotekers detailsalg af lægemidler
8. Styrelsen har dog ikke foretaget en endelig afgrænsning af de relevante markeder, da det ikke i denne sag er nødvendigt for sagens udfald.
9. Det er styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ har indgået en aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af gebyrer og andre forretningsbetingelser (de såkaldte retningslinjer for returnering og kreditering af lægemidler).

10. Nomeco og TMJ's retningslinjer regulerer forholdet mellem i) apotek og grossist, og ii) grossist og leverandør og vedrører alle apoteksforbeholdte lægemidler, der indgår i 14 dages takstsystemet.
11. Retningslinjerne fastsætter mere specifikt betingelser om gebyrer, priskreditering ved ændring af apotekernes indkøbspris, kreditering ved returnering og minimumssatser. Af retningslinjerne fremgår eksempelvis, at der er fastsat gebyrer på 4 kr. i forbindelse med visse former for returnering af lægemidler. Gebyrerne betales af apoteker eller leverandører.
12. Derudover følger det af retningslinjerne, at apoteker og grossister modtager priskreditering, som i sidste ende betales af leverandøren, når lægemidlerne på apotekets og grossistens lager *falder i pris* i forhold til indkøbsprisen. Når grossistens varelager *stiger i pris*, afregner grossisten med leverandøren den del af værdistigningen, der overstiger 10 pct. Det vil sige, at grossisten beholder de første 10 pct. af lægemidlets prisstigning.
13. Det er styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ ved i fællesskab at fastsætte betingelser for returnering og kreditering har elimineret væsentlige konkurrenceparametre imellem dem. Betingelserne er reguleret helt ned til mindste detalje, heriblandt minimumssatser.
14. På lægemiddelmarkedet, hvor konkurrencen på pris og kvalitet ved lovgivning i forvejen er betydeligt svækket, er det særligt vigtigt at bevare de få tilbageværende konkurrenceparametre, herunder betingelser for returnering og kreditering.
15. Det er styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale og/eller samordnede praksis om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering begrænser konkurrencen mellem dem, på en måde som er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at have et konkurrencebegrænsende formål. Konkurrencebegrænsningen kan medføre forringelse af service og i sidste ende højere priser for forbrugerne, da priserne på lægemidler vil kunne stige som følge af leverandørernes øgede omkostninger og deraf indmelding af højere medicinpriser i Sundhedsstyrelsens takstsystem.
16. Det er derudover styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's adfærd kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart, hvorfor nærværende sag behandles efter både konkurrenceloven og Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde ("TEUF").
17. Det er endelig styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ ikke har godtgjort, at deres adfærd medfører effektivitetsgevinster, som kommer forbrugerne til gode.
18. Samlet set er det styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ har indgået en konkurrencebegrænsende aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering af lægemidler, der har til formål at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

2. AFGØRELSE

19. Det meddeles Nomeco A/S og Tjellesen Max Jenne A/S, at virksomhederne har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a, ved:
- at have indgået en horisontal aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af betingelser i *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* af 1. januar 2002 ("Retningslinjerne") om følgende:
 - 1) Gebyrer ved returnering, som nævnt i Retningslinjerne (ad i og ii: årsagskode 3) og (ad ii: årsagskode 4)
 - 2) Priskreditering ved ændring af apotekernes indkøbspris, som nævnt i Retningslinjerne (ad i og ii: årsagskode 5), herunder minimumssatser som nævnt i Retningslinjerne (ad i og ii: årsagskode 5)
 - 3) Kreditering ved returnering, som nævnt i Retningslinjerne (indledninger til afsnittene om returnering fra apotek til grossist henholdsvis returnering fra grossist til leverandør), (ad i og ii: årsagskode 1), (ad i og ii: årsagskode 2), (ad i: årsagskode 3), (ad i og ii: årsagskode 4) og (ad i og ii: årsagskode 6), herunder minimumssatser, som nævnt i Retningslinjerne (ad i og ii: årsagskode 1) og (ad i: årsagskode 3)
20. Nomeco A/S og Tjellesen Max Jenne A/S påbydes i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, jf. § 24, stk. 1:
- hver især straks at bringe den i punkt 19 nævnte overtrædelse til ophør, såfremt dette ikke allerede er sket
 - fremover at afstå fra aftaler, vedtagelser og/eller samordnet praksis, der har samme eller tilsvarende formål eller følge som beskrevet i punkt 19
 - at informere deres respektive leverandører og kunder, som er berørt af den i punkt 19 nævnte overtrædelse, om Konkurrencerådets afgørelse, og at aftalen eller den samordnede praksis udgør en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a, og dermed er ugyldig, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 5, og TEUF artikel 101, stk. 2.
 - senest 14 hverdage fra rådets afgørelse at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for, at påbuddene er opfyldt

-
- i) Returnering fra apotek til grossist
ii) Returnering fra grossist til leverandør

3. SAGSFREMSTILLING

3.1 INDLEDNING

21. Denne sag vedrører Nomeco A/S ("Nomeco") og Tjellesen Max Jenne A/S ("TMJ") retningslinjer for returnering og kreditering af farmaceutiske specialiteter ("lægemidler").¹
22. Konkurrence- og Forbrugestyrelsen hørte oprindeligt om retningslinjerne i december 2008 i forbindelse med en henvendelse om en række forskellige forhold fra Industriforeningen for Generiske Lægemidler ("IGL").
23. Styrelsen har efterfølgende løbende afholdt en række møder med repræsentanter fra IGL, hvor de forskellige forhold i klagen er blevet drøftet og prioriteret. Ifølge IGL's oplysninger har deres medlemmer gentagne gange – uden held – forsøgt at forhandle Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering af lægemidler.
24. På baggrund af dialog med aktører på markedet blev styrelsen bekendt med, at Nomecos og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering er identiske – ord for ord.
25. Styrelsen iværksatte en kontrolundersøgelser hos markedets aktører den 10. januar 2012.
26. Den 10. april 2013 sendte styrelsen en meddelelse om betænkeligheder til både Nomeco og TMJ for at orientere Nomeco og TMJ om de mulige konkurrencemæssige problemer, som styrelsen foreløbigt havde identificeret i sagen.
27. Nomeco og TMJ fremkom med deres respektive bemærkninger til styrelsens meddelelse om betænkeligheder den 13. maj 2013, som parterne fik lejlighed til at uddybe på møder af 21. maj 2013 og 29. maj 2013.
28. Den 10. juli 2014 sendte styrelsen en klagepunktsmeddelelse til Nomeco og TMJ.
29. TMJ og Nomeco fremkom med deres respektive bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen henholdsvis den 4. og 5. september 2014, som parterne fik lejlighed til at uddybe på møder af 10. og 30. september 2014.

3.2 DE INVOLVEREDE VIRKSOMHEDER

30. I dette afsnit præsenteres de virksomheder, som sagen er adresseret til.
31. Virksomhederne er:
 - Nomeco A/S (CVR-nr. 20678232)
 - Tjellesen Max Jenne A/S (CVR-nr. 79091812)

¹ Farmaceutiske specialiteter er fabriksfremstillede lægemidler, der er optaget i Sundhedsstyrelsens specialitetsregister, og som forhandles i brugsfærdige standardpakninger.

32. Nomeco og TMJ er landsdækkende lægemiddelgrossister i Danmark, som hver især forhandler og markedsfører samtlige fabriksfremstillede lægemidler, der er tilgængelige på det danske marked.²
33. Begge grossister er eneste medlemmer af brancheforeningen MEGROS.
34. Nomeco distribuerer ca. 65 pct. af lægemidler og frihandelsvarer til apoteker i Danmark. Nomeco omsætter for ca. 5,9 mia. kr. om året³ og er ejet af den tyske PHOENIX koncern, som er verdens femte største lægemiddeldistributør.
35. TMJ omsætter for ca. 2,9 mia. kr. om året⁴ og distribuerer de resterende ca. 35 pct. af lægemidler og frihandelsvarer til apoteker i Danmark. TMJ er et resultat af sammenlægningen mellem K.V. Tjellesen A/S og A/S Max Jenne den 1. juli 2009. Før sammenlægningen var der i alt tre grossister, som forsynede danske apoteker med lægemidler. TMJ er en del af Celesio AG, som er Europas største lægemiddeldistributør. Celesio AG blev i oktober 2013 solgt til det amerikanske selskab, McKesson Corporation.

3.3 MARKEDSBESKRIVELSE

36. Lægemidler er et område, som har stor økonomisk og sundhedsmæssig betydning – både for samfundet som sådan, men også for den enkelte forbruger. En gennemsnitlig dansk husstand havde i 2012 udgifter til lægemidler for ca. 4.600 kr.^{5 6}
37. I 2012 blev der via apoteker- og sygehussektoren solgt lægemidler for ca. 20 mia. kr. i Danmark.^{7 8}
38. På grund af de væsentlige økonomiske og sundhedsmæssige interesser, som der er knyttet til lægemidler, er området generelt karakteriseret ved at være underlagt en omfattende offentlig regulering i alle omsætningsled. Et af hovedformålene med reguleringen er at sikre befolkningen let adgang til lægemidler af høj kvalitet.
39. Overordnet består lægemiddelmarkedet af følgende omsætningsled:
 - *Leverandørledet*, der udvikler, producerer og leverer lægemidler
 - *Grossistledet*, der distribuerer til apoteker og sygehuse

² Enkelte leverandører distribuerer alene via én grossist, men det betyder blot, at grossisterne er kunder hos hinanden i forhold til disse produkter, sådan at de hver især kan forsyne deres kunder med ethvert lægemiddel.

³ Jf. Nomecos årsrapport for 2013/2014.

⁴ Jf. TMJ's årsrapport for 1. januar - 31. december 2013.

⁵ Jf. Statens Seruminstitut, *Samlet salg af lægemidler i Danmark, 2008-2012*, udgivet i juni 2013, tabel 1 (2012).

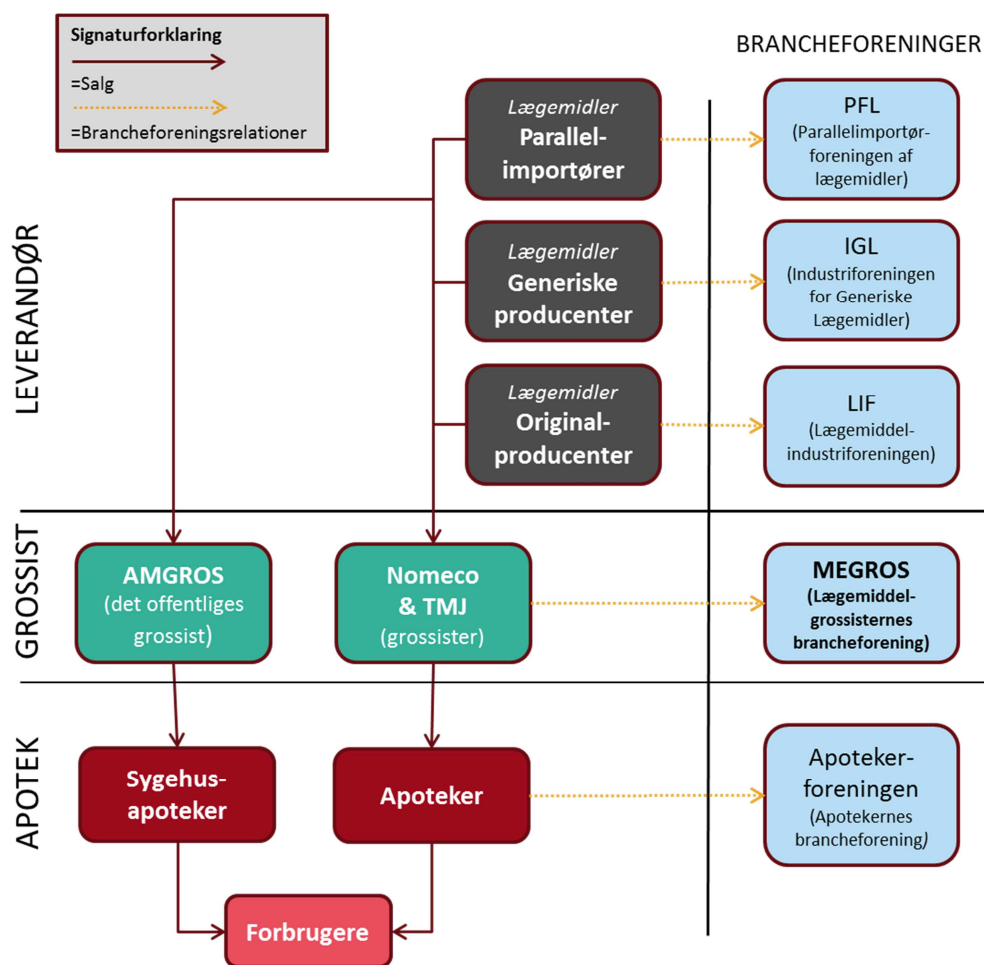
⁶ Udgifter til lægemidler er beregnet på baggrund af apotekernes udsalgspris, som er indkøbsprisen pålagt avance, moms samt et recepturgebyr ved receptekspedition.

⁷ Jf. Statens Seruminstitut, *Samlet salg af lægemidler i Danmark, 2008-2012*, udgivet i juni 2013, tabel 1 (2012).

⁸ Omsætning for apotekersektoren er beregnet på baggrund af udsalgsprisen, som er indkøbsprisen pålagt avance, moms samt et recepturgebyr ved receptekspedition. Omsætningen for sygehussektoren er de interne afregningspriser mellem sygehusafdelingerne og leverandørerne, som er sygehusapotekerne, apotekerne og Statens Serum Institut, inklusiv moms.

- *Apoteker- og sygehusledet*, der forestår salg og udlevering til forbrugerne
40. Omsætningsleddene gennemgås nærmere nedenfor i afsnit 3.3.2.1, 3.3.2.2 og 3.3.2.3.
41. Nedenstående Figur 3.1 viser en oversigt over primære aktører i de tre nævnte omsætningsled samt deres indbyrdes handelsmønstre.

Figur 3.1 **Oversigt over primære aktører på lægemiddelmarkedet**



3.3.1 Lægemidler

42. Et lægemiddel er enhver vare, der er egnet til behandling eller forebyggelse af sygdomme hos mennesker eller dyr.⁹

⁹ Jf. lbkg. nr. 506 af 20. april 2013 om lægemidler ("lægemiddelloven") § 2 a, nr. 1.

43. Lægemidler forhandles i form af lægemiddelpræparater. Et lægemiddelpræparat består af aktive stoffer og af inaktive hjælpestoffer, og tilsammen indgår de i en lægemiddelform (tabletter, væsker, salver m.m.).
44. Fabriksfremstillede lægemidler kan underopdeles i følgende typer:¹⁰
- *Receptpligtige lægemidler*, som kun kan købes på apotek, og som kræver recept
 - *Apoteksforbeholdte håndkøbslægemidler*, som kun kan købes på apotek, men som ikke kræver recept
 - *Liberaliserede håndkøbslægemidler*, som kan købes bredt i detailhandlen, herunder på apoteker, og som ikke kræver recept
45. Receptpligtige lægemidler og apoteksforbeholdte håndkøbslægemidler betegnes samlet som apoteksforbeholdte lægemidler.
46. For at et lægemiddel kan forhandles som et lægemiddel i Danmark, skal det først og fremmest godkendes af myndighederne. Det er Europa-Kommissionen eller Sundhedsstyrelsen, der godkender og udsteder markedsføringstilladelsen for det pågældende lægemiddel.¹¹
47. Godkendelsen af et produkt som lægemiddel kræver, at producenten over for Sundhedsstyrelsen dokumenterer produktets deklarerede virkning, og at produktet ikke har bivirkninger i et uacceptabelt omfang. Når godkendelse er opnået, og markedsføringstilladelsen er udstedt, kan lægemidlet bringes på markedet i Danmark.¹²
48. Enhver virksomhed, der håndterer lægemidler, skal have en såkaldt § 39-tilladelse:
- "Fremstilling, indførsel, udførsel, oplagring, forhandling, fordeling, udlevering, opsplitting og emballering af lægemidler må kun ske med tilladelse fra Sundhedsstyrelsen."*¹³
49. Ovennævnte krav om tilladelse gælder i alle omsætningsled. Det betyder, at leverandører, grossister og detailforhandlere alle skal have specifik tilladelse til at håndtere og forhandle lægemidler. Dette gælder dog ikke apotekerne, idet apotekerne allerede i kraft af deres bevilling til at drive apotek har tilladelse til at detailforhandle lægemidler.
50. Sundhedsstyrelsen fastsætter tillige regler om lægemidlers kvalitet.¹⁴ Alle lægemidler er underlagt de samme krav til forarbejdning, kvalitetskontrol, godkendelse og markedsføringstilladelse.

¹⁰ Der findes også såkaldte "magistrelle lægemidler", der tilberedes på et apotek til den enkelte patient eller det enkelte dyr efter recept fra en læge eller en dyrlæge, jf. lægemiddellovens § 11, stk.1, nr. 1.

¹¹ Jf. lægemiddellovens § 7, stk. 1.

¹² Jf. lægemiddellovens § 7, stk. 2 (i overensstemmelse med artikel 6, stk. 1, i direktiv 2001/83/EF eller artikel 6, stk. 1, i direktiv 2001/82/EF).

¹³ Jf. lægemiddellovens § 39, stk. 1.

¹⁴ Jf. lægemiddellovens §§ 51-52.

3.3.1.1 Prisdannelse på apoteksforbeholdte lægemidler

51. I Danmark fastsætter leverandørerne hver især apotekernes indkøbspris (AIP).¹⁵
52. Det danske lægemiddelmarked er særegent derved, at apotekernes udsalgspriser på apoteksforbeholdte lægemidler ændres hver 14. dag. Leverandører har pligt til hver 14. dag at indmelde AIP til Sundhedsstyrelsens takstsystem, som skal gælde de næste 14 dage.¹⁶ Udover at danne grundlag for forbrugerpriserne, danner AIP desuden udgangspunkt for fastsættelsen af det offentlige medicintilskud. På medicinpriser.dk offentliggøres gældende priser samt tilskudsprisen. Det skaber fuldstændig prisgennemsigtighed på markedet.
53. Det er Sundhedsstyrelsen, der fastsætter apotekernes udsalgspriser til forbrugerne ("AUP").¹⁷ AUP udgøres af AIP med tillæg af en aftalt bruttoavance ("AA").¹⁸ AUP kan ikke fraviges af apotekerne.
54. AIP og AUP er således den samme for alle apoteker i Danmark og er ikke afhængig af, hvilken grossist apotekerne køber ind hos.
55. AIP er ligeledes grossisternes salgspriser til apotekerne, som er anmeldt til Sundhedsstyrelsen af leverandørerne. Dermed kan AIP umiddelbart ikke fraviges af grossisterne i nedadgående retning.¹⁹
56. Grossisterne kan dog yde apotekerne omkostningsbegrundede rabatter.²⁰ Rabatten kan alene gives, såfremt apotekerne udviser en adfærd, der indebærer en omkostningslettelse for grossisten. En sådan omkostningslettelse kan eksempelvis bestå i, at apoteket får leveret større mængder fordelt på færre leverancer.
57. Derudover er grossisters indkøbspris ("GIP") – lige så vel som grossisters avance ("GA") – ikke lovgivningsmæssigt reguleret, men forhandles individuelt mellem grossister og leverandører.
58. De enkelte bestanddele af prisdannelsen i de forskellige omsætningsled er illustreret nedenfor i Figur 3.2.

¹⁵ Lægemiddelindustriforeningen, LIF, har dog indgået en aftale med Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse, om loft over lægemiddelpriserne i 2012-2014, som markedsføres af LIF's medlemmer. Dette med henblik på særligt at mindske usikkerheden om regionernes udgifter til patenteret medicin hos originalproducenterne.

¹⁶ Jf. lægemiddellovens § 77, stk. 1.

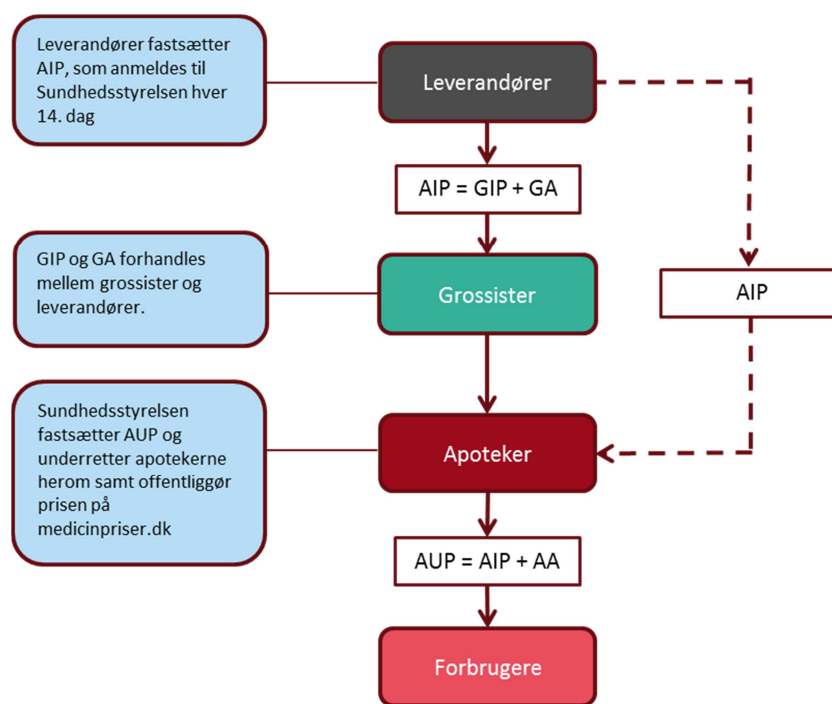
¹⁷ Prisfastsættelsen og avancereguleringen reguleres i lbkg nr. 1040 af 3. september 2014 om apoteksvirksomhed ("apotekerloven"), §§ 44-46.

¹⁸ Bruttoavancen er fastsat ved en aftale mellem Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse og Danmarks Apotekerforening. Bruttoavancen udgør et fast beløb per solgt lægemiddelpakning samt en procentuel avance til dækning af udligningsordningen og øvrige sektorafgifter samt moms.

¹⁹ I princippet er der intet til hinder for, at grossisterne, hvis en apoteker ønsker særlige leveringsvilkår, tager en pris, der er højere end AIP.

²⁰ Jf. lægemiddellovens § 71 b og bkg. nr. 1153 af 22. oktober 2014 om reklame mv. for lægemidler ("reklamebekendtgørelsen"), § 36.

Figur 3.2 Prisdannelse af apoteksforbeholdte lægemidler



Note: AIP er ensidigt fastsat af leverandørerne og er ikke til forhandling.

Def.: AIP er apotekernes indkøbspris, GIP er grossisters indkøbspris, GA er grossisters avance, AA er apotekernes avance og AUP er apotekernes udsalgspris.

59. Lægemedelforsyningen til sygehuse er som hovedregel adskilt fra forsyningen til apoteker, og sygehusenes indkøb er således ikke forbundet til det takstsystem, som gælder for de almindelige apoteker.²¹
60. Lægemedler inddeles af Sundhedsstyrelsen i kategorier af produkter, som indeholder samme aktive stof, og som derfor tillægges samme virkning på forbrugeren. En sådan kategori kaldes en "substitutionsgruppe", idet produkterne vurderet ud fra deres medicinske aktive stof kan erstatte/substituere hinanden.
61. Inden for en given gruppe af substituerbare lægemidler kaldes det billigste produkt i en 14 dages periode for "A-produktet". Hvis et lægemiddel er A-produkt, vil det være dette produkt, som apotekerne skal udlevere til forbrugeren – medmindre lægen specifikt har anført andet

²¹ Sygehuse kan købe medicin til gældende AIP men køber i langt størstedelen af tilfældene ind via det offentlige indkøbsselskab AMGROS.

(fx at det skal være originalproduktet) på recepten,²² hvilket kun er tilfældet i ca. 10 pct. af tilfældene.²³

62. Det er en væsentlig fordel for de enkelte leverandører at indmelde den billigste pris (AIP) til Sundhedsstyrelsen, idet leverandøren herved opnår en væsentlig andel af det danske salg inden for kategorien i den næste 14 dages periode. Dermed tilskynder takstsystemet leverandørerne til at indmelde lave priser til Sundhedsstyrelsen.
63. Indmeldingssystemet medfører relativt lave priser på medicin i Danmark i forhold til andre lande vi normalt sammenligner os med. Hvis der ses bort fra moms og afgifter, var de samlede lægemiddelpriser i Danmark – bedømt ud fra en europæisk forbrugersammensætning – 12 pct. lavere end gennemsnittet af syv velstående EU-lande i 2010.²⁴

3.3.2 Omsætningsleddene på lægemiddelmarkedet

64. I dette afsnit beskrives de primære omsætningsled, der er involveret i handel med lægemidler. Derudover beskrives den relevante regulering af området, der gælder for de forskellige omsætningsled.

3.3.2.1 Leverandørleddet

65. I leverandørleddet, som omfatter producenter og importører, kan der sondres mellem tre kategorier af lægemidler:
 - *Originale lægemidler*, som er nye og patentbeskyttede lægemidler baseret på betydelige forsknings- og udviklingsomkostninger
 - *Generiske lægemidler*²⁵, som er generiske versioner af originale lægemidler (indeholdende samme aktive stoffer), som kan fremstilles efter patentbeskyttelsens udløb
 - *Parallelimporterede lægemidler*, som er originale/generiske lægemidler, der importeres (fra andre EU-lande med lavere priser), og sælges af importøren i Danmark
66. Leverandørerne af originale lægemidler, det vil sige de forskende lægemiddelleverandører, er organiseret i brancheforeningen Lægemiddelindustriforeningen ("LIF"). Leverandørerne af generiske lægemidler har deres egen brancheforening, Industriforeningen for Generiske Lægemidler ("IGL"). Endelig har parallelimportørerne også deres egen brancheforening, Parallelimportørforeningen af lægemidler ("PFL").
67. Som anført ovenfor under afsnit 3.3.1.1 er priserne på lægemidler i Danmark generelt relativt lave. Priserne på originale lægemidler ligger på niveau med priserne i resten af Europa.

²² Bkg. nr. 1671 af 12. december 2013 om recepter, § 38.

²³ Jf. <http://www.sum.dk/Aktuelt/Publikationer/Medicintilskud-rigtig-anv-af-laegemidler-maj-2004/Kapitel%208.aspx>, afsnit 8.2.2.

²⁴ Danmarks Apotekerforening, *Lægemidler i Danmark 2013*, side 45.

²⁵ Også kaldet generika og kopimedicin.

Imidlertid er priserne på generiske lægemidler meget lave i Danmark sammenlignet med resten af Europa.²⁶

68. Overordnet set medfører konkurrencen på generiske lægemidler på grund af det danske takstsystem med 14 dages takstperiode kombineret med apotekernes substitution til billigste lægemiddel, at salget af generisk medicin vokser eksplosivt, umiddelbart efter patentbeskyttelsens ophør.²⁷

3.3.2.2 Grossistledet

69. De to grossister, Nomeco og TMJ, er begge engrosforhandlere af lægemidler.
70. Tilladelse til engrosforhandling af lægemidler inden for EU/EØS udstedes samlet for lægemidler til human og veterinær brug og dækker udelukkende engrosforhandling af færdige lægemidler, der er frigivet af en leverandør.²⁸
71. Der er forskellige typer af engrosforhandlere. I bekendtgørelse om distribution af lægemidler defineres engrosforhandling som enhver form for aktivitet, *"der består i at købe, sælge, modtage, opbevare eller levere lægemidler indenfor EU/EØS eller i at eksportere lægemidler til tredjelande, med undtagelse af udlevering af lægemidler til brugerne."*²⁹
72. Nomeco og TMJ distribuerer som de eneste i Danmark alle fabriksfremstillede lægemidler til de danske apoteker.³⁰ Foruden lægemidler distribuerer begge grossister også de såkaldte frihandelsvarer (cremer, plastre, vitaminpiller m.v.) til apotekerne.
73. Der findes et par mindre aktører i grossistledet (Pharmadirect A/S, Pharmaservice I/S og OBA Gross ApS) på det danske marked, som alene distribuerer visse fabriksfremstillede lægemidler. De har dog en markedsandel på under 1 pct.
74. Som anført i afsnit 3.3.1.1 har Nomeco og TMJ ikke mulighed for at konkurrere med hinanden om apotekernes indkøbspriser.³¹ Derudover er kvaliteten af lægemidler ligeledes reguleret i lægemiddelloven.³² De klassiske konkurrenceparametre såsom pris og kvalitet er således betydeligt svækket mellem grossisterne. Det bemærkes, at grossisterne imidlertid stadig har mulighed for at konkurrere om omkostningsbestemte rabatter og serviceydelser. En serviceydelse kan eksempelvis bestå i muligheder for returnering og kreditering af lægemidler.
75. Generelt er grossistledet præget af høje adgangsbarrierer, som dels gør det svært for nye grossister at komme ind på markedet, og dels gør det svært for leverandørerne at handle udenom de to grossister.

²⁶ Danmarks Apotekerforening, *Lægemidler i Danmark 2013*, side 44-45.

²⁷ Danmarks Apotekerforening, *Lægemidler i Danmark 2013*, side 43-44.

²⁸ Jf. Sundhedsstyrelsens opdaterede vejledning af 22. januar 2014 til ansøgning om tilladelse til engrosforhandling af lægemidler inden for EU/EØS.

²⁹ Jf. bkg. nr. 1359 af 18. december 2012 om distribution af lægemidler, § 3, nr. 3.

³⁰ Som førnævnt er der enkelte leverandører, der alene distribuerer via én grossist, men det betyder blot, at grossisterne er kunder hos hinanden i forhold til disse produkter, så at de hver især kan forsyne deres kunder med ethvert lægemiddel.

³¹ Jf. lægemiddellovens § 77.

³² Jf. lægemiddellovens §§ 51-52.

76. For det første kræver det relativt store investeringer i IT-faciliteter. Det har i praksis vist sig vanskeligt for alternative grossister og distributører at få deres ordresystem integreret med apotekernes it-system, således at apotekerne kan håndtere flere grossisters systemer på én gang. Stort set alle apoteker køber lægemidler ind via Nomeco eller TMJ.³³
77. For det andet er det gunstigt for apotekerne at foretage alt indkøb via én grossist – navnlig for de mange apoteker, der benytter sig af grossisternes automatiske ordresystemer – såkaldt ”leverandørstyret lager”. Det vil sige, at Nomeco eller TMJ disponerer over apotekets ordrer og lagerhold, så varebestillingen sker automatisk på baggrund af elektronisk udveksling af apotekets salgs- og lagertal.³⁴ Grossisterne leverer denne ydelse ”gratis”, hvilket betyder, at apotekerne sparer de personaleomkostninger, som de almindeligvis ville have afholdt i forbindelse med indkøbs- og lagerstyring.
78. Eksempelvis har over 150 apoteker i Danmark indgået et logistisk partnerskab med Nomeco, og mere end halvdelen af omsætningen på danske apoteker håndteres med Nomecos leverandørstyret lager.³⁵
79. For det tredje kan apotekerne opnå rabat ved at overgå til grossisternes ordreplanlægning, da begge grossister har anført dette som et rabatelement i deres respektive rabatordninger.³⁶
80. Desuden forstærkes apotekernes incitament til at foretage alt indkøb hos én grossist af grossisternes progressive rabatskala på lægemidler, hvor rabatsatsen øges i takt med den omsætning, som det enkelte apoteker genererer hos grossisten.³⁷
81. Det kan i den forbindelse nævnes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har kendskab til, at to aktører de seneste to år har oplevet store vanskeligheder med at etablere sig på markedet.
82. Den ene var Pharma Change ApS, der i 2009 forsøgte at etablere sig som lægemiddelgrossist med et begrænset varesortiment, der til gengæld havde et større omsætningsmæssigt volumen. Pharma Change ApS gik i sommeren 2010 i likvidation.
83. Den anden er Farmadirect A/S, som i 2012 startede med at tilbyde leverandører tredjeparts logistik for detaildistribution af lægemidler primært til apoteker. Farmadirect A/S har oplyst, at det er problematisk at etablere sig som distributør af lægemidler i Danmark. Farmadirect A/S anvender en såkaldt DTP-løsning (Direct To Pharmacy), hvor det egentlige grossistled springes over. Leverandørerne sælger således lægemidlerne direkte til apotekerne, og Farmadirect A/S sørger alene for logistikken.³⁸ Farmadirect A/S er stadig aktive på markedet som distributør af lægemidler.

³³ Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens markedsundersøgelse i Konkurrencerådets afgørelse af 26. juni 2013, *Konkurrencebegrænsende vedtagelse i A-apoteket*, afsnit 3.3.2.

³⁴ Se fx Nomecos beskrivelse af VMI-systemet: <http://nomeco.dk/nomecodk/i-site.nsf/pages/loesningertilapoteker.html>.

³⁵ Jf. <http://nomeco.dk/nomecodk/i-site.nsf/pages/vendormanagedinventory.html>.

³⁶ Jf. Nomecos og TMJ's offentliggjorte standardleverings- og rabatbetingelser (afsnit vedrørende ordreplanlægning) – gældende fra henholdsvis 01/05-2012 og 01/11-2012.

³⁷ Jf. Nomecos og TMJ's offentliggjorte standardleverings- og rabatbetingelser (afsnit vedrørende basisrabatter) – gældende fra henholdsvis 01/05-2012 og 01/11-2012.

³⁸ Jf. Farmadirects hjemmeside: www.farmadirect.dk/om-farmadirect

Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering

84. Nomeco og TMJ har identiske retningslinjer, som fastsætter betingelser for returnering og kreditering af lægemidler (de såkaldte *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter*).³⁹ Disse vedlægges som udgangspunkt grossistaftaler med leverandører af lægemidler og gælder i hele det vertikale led mellem leverandør, grossist og apotek.
85. Det fremgår af Nomeco og TMJ's respektive retningslinjer, at apoteker og grossister har mulighed for at returnere lægemidler og modtage priskreditering under nærmere bestemte betingelser.
86. Priskreditering kan ske, når et lægemiddel falder i pris (reduktion i AIP) på grund af prisændringer, der indmeldes hver 14. dag til Sundhedsstyrelsens takstsystem. Her priskrediterer grossisten apoteket for det beløb, der svarer til differencen mellem den gamle og nye værdi af apotekets lagerbeholdning, dog kun hvis forskellen er på mere end 150 kr. per varenummer.⁴⁰
87. Samtidig priskrediteres grossisten af leverandøren, for et beløb, der svarer til den samlede GIP reduktion for antal af krediteringsberettigede pakninger, der er indrapporteret af apoteket til grossisten. Leverandøren krediterer desuden grossisten for et beløb, der svarer til reduktionen af grossistens egen lagerværdi, såfremt differencen mellem gammel og ny GIP værdi udgør mindst 300 kr. per varenummer.⁴¹
88. Nedenfor i Figur 3.3 fremgår værdien af priskreditering modtaget af Nomeco henholdsvis apoteker ved reduktion af AIP i årene 2008, 2011, 2012 og 2013 (fra 1.1-30.9).

Figur 3.3 **Værdien af priskrediterede lægemidler**

[xx]

Note 1: [xx]

Kilde: Nomeco.

89. Figur 3.3 viser, at Nomeco i 2012 modtog ca. [xx] mio. kr. fra leverandører, hvoraf [xx] mio. kr. ud af de [xx] mio. kr. blev kanaliseret videre til apoteker, således at de resterende [xx] mio. kr. udgjorde kompensation til Nomeco for reduceret lagerværdi. Der er tale om anseelige beløb, der har været stødt stigende i hvert fald siden 2008.⁴²

³⁹ Jf. Bilag 3 og 4: Nomecos og TMJ's *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* af 1. januar 2002.

⁴⁰ Jf. Bilag 1: Nomeco og TMJ's *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* af 1. januar 2002, ad i: årsagskode 5.

⁴¹ Jf. Bilag 1: Nomeco og TMJ's *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* af 1. januar 2002, ad ii: årsagskode 5.

⁴² Tallene for 2013 er alene fra 1.1 – 30-9.

90. Styrelsen har ingen grund til at antage, at tallene relativt set skulle være anderledes for TMJ, givet Nomeco og TMJ's identiske retningslinjer for returnering og kreditering.
91. IGL har desuden overfor styrelsen oplyst, at de skønner at deres medlemmer vil priskreditere apotekerne i størrelsesordenen 15-20 mio. kr. om året regnet fra juni 2013. I forhold til grossisterne priskrediteringer har IGL oplyst, at der er tale om et betydeligt større tal, der skønnes at være omtrent 120-150 mio. kr. om året.
92. Derudover har Nomeco og TMJ fastsat et gebyr på 4 kr. ved hvert returneret lægemiddel, som tilhører kategorien salgbare lægemidler (generel returret indtil 6 måneder før udløbsmånedens begyndelse). Tilsvarende, når et lægemiddel er defekt, modtager grossisten ved returnering et tillæg i form af et gebyr på 4 kr.
93. I Figur 3.4 nedenfor fremgår antal lægemiddelpakninger apoteker har returneret til Nomeco for så vidt angår salgbare lægemidler, afregistrerede/tilbagekaldte lægemidler og udløbne lægemidler, der er nærmere defineret i retningslinjerne.

Figur 3.4 **Oversigt over antal lægemiddelpakninger returneret fra apoteker til Nomeco**

[xx]

Note: [xx]

Kilde: Nomeco.

-
94. Det fremgår af Figur 3.4, at apotekerne returnerede over [xx] mio. lægemiddelpakninger i 2012 til Nomeco. Størstedelen af disse var salgbare lægemidler.⁴³ Givet Nomeco og TMJ's identiske retningslinjer for returnering og kreditering er der ingen grund til at antage, at tallene for TMJ's vedkommende relativt set skulle være anderledes.

3.3.2.3 Apoteker- og sygehusleddet

95. Som nævnt i afsnit 3.3.1.1 er lægemiddelforsyningen til sygehuse som hovedregel adskilt fra forsyningen til apoteker, og sygehusenes indkøb er således ikke forbundet til det takstsystem, som gælder for de almindelige apoteker.
96. Salg af lægemidler til forbrugerne sker hovedsagligt gennem apoteker og er ca. 60 pct. af den samlede omsætning af lægemidler. Den resterende ca. 40 pct. af omsætningen af lægemidler sker gennem sygehusene.⁴⁴

⁴³ Nærmere om salgbare lægemidler under afsnit 3.4.2.

⁴⁴ Jf. Statens Seruminstitut, *Samlet salg af lægemidler i Danmark, 2008-2012*, juni 2013, tabel 1 (2012). Omsætning for apotekersektoren beregnes på baggrund af udsalgsprisen, som er indkøbsprisen pålagt avance, moms samt et recepturgebyr ved receptekspedition. Omsætningen for sygehussektoren er de interne afregningspriser mellem sygehusafdelingerne og leverandørerne, som er sygehusapotekerne, apotekerne og Statens Serum Institut inklusiv moms.

Apoteker

97. Samlet set omsatte den danske apotekersektor for ca. 12 mia. kr. i 2012.⁴⁵ Ved udgangen af maj måned 2014 var der 238 apoteker i Danmark. Apotekerne er organiseret i brancheforeningen Danmarks Apotekerforening ("DA").⁴⁶
98. Apotekssektoren er ligesom andre dele af sundhedsvæsenet underkastet omfattende offentlig regulering. Hovedelementerne i den danske regulering er et bevillingssystem for etablering af apotek, en udligningsordning, pris- og avanceregulering samt regler om pligt til udlevering.
99. Forhandling af apoteksforbeholdte lægemidler til forbrugerne kan som udgangspunkt kun ske via apoteker (det såkaldte "apoteksforbehold"). De liberaliserede håndkøbslægemidler er undtaget fra apoteksforbeholdet.⁴⁷
100. Bevillingssystemet betyder, at kun farmaceuter kan eje apoteker og denne kan højst eje 4 apoteker. Apotekernes udligningsordning betyder, at der overføres midler fra apoteker med stor omsætning til andre apoteker med lav omsætning. Pris- og avancereguleringen betyder blandt andet, at priserne på lægemidler er ens på alle apoteker, og at der er et loft for den samlede bruttoavance for alle apotekerne.
101. Ifølge apotekerlovens § 41, stk. 1 og 2, skal apoteker have et varelager, som er passende og tilstrækkeligt i forhold til efterspørgslen det pågældende sted. Derudover gælder, at apoteker hurtigst muligt skal efterkomme anmodninger om fremskaffelse af ethvert lægemiddel, hvis forhandling er forbeholdt apotekerne, eller som ordineres ved recept og lovligt kan forhandles her i landet.
102. Apotekerne må ikke drive eller være tilknyttet virksomheder, der fungerer som lægemiddelgrossister.⁴⁸
103. Langt hovedparten af det samlede salg af lægemidler i Danmark er omfattet af apotekernes eneret, det vil sige apoteksforbeholdte lægemidler. Apotekerne sælger ikke kun lægemidler. Således hidrører en ikke-ubetydelig del af apotekernes salg fra de såkaldte frihandelsvarer (fx ikke-medicinske cremer, shampoo m.v.).
104. Nedenfor i Figur 3.5 vises fordelingen af apotekernes omsætning på de forskellige typer af lægemidler og frihandelsvarer for 2012.

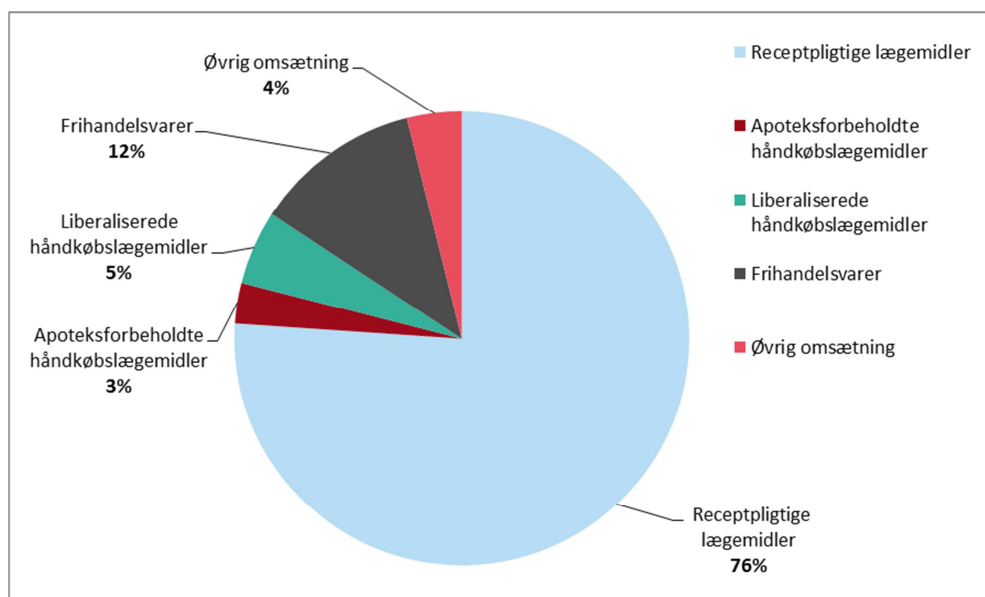
⁴⁵ Jf. Statens Seruminstitut, *Samlet salg af lægemidler i Danmark, 2008-2012*, udgivet i juni 2013, tabel 1 (2012).

⁴⁶ 17 af apotekerne er supplerende enheder. Hertil kommer 74 apoteksfilialer, 118 apoteksudsalg, 600 håndkøbsudsalg og 250 medicinudleveringssteder, der alle er tilknyttet et af apotekerne, jf. <http://sundhedsstyrelsen.dk/da/medicin/salg/apoteker>.

⁴⁷ Jf. lægemiddellovens § 60, stk. 1 og stk. 2.

⁴⁸ Jf. apotekerlovens § 3, stk. 3.

Figur 3.5 Apotekernes omsætning fordelt på typer af lægemidler inklusiv frihandelsvarer i pct. for 2012



Kilde: Sundhedsstyrelsen, *Undersøgelse over apotekernes driftsforhold - 77. årgang*

105. Det fremgår af Figur 3.5 at ca. 76 pct. af apotekernes omsætning hidrører fra receptpligtige lægemidler og næsten 80 pct. stammer fra apoteksforbeholdte lægemidler. Frihandelsvarer, der udgjorde ca. 12 pct. af apotekernes omsætning, er dog kommercielt interessante for apotekerne, da dækningsbidraget er markant højere på frihandelsvarer end på lægemidler generelt.⁴⁹

Sygehussektoren

106. Sygehusene forsynes via indkøb gennem det regionsejede indkøbsselskab AMGROS. 98 pct. af de lægemidler, der anvendes på landets offentlige sygehuse, er handlet gennem AMGROS. Sygehussektorens totale omsætning på lægemidler var i 2012 tæt på 8 mia. kr.^{50 51}
107. For lægemidler, der både kan anvendes i hospitaler og sælges gennem apoteker til private, opnår AMGROS store rabatter på 23-37 pct. på alle produktkategorier. Der opnås også betydelige rabatter på lægemidler, hvor der er monopol eller begrænset konkurrence. Det

⁴⁹ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 26. juni 2013, *Konkurrencebegrænsende vedtagelse i A-apoteket*, afsnit 3.3.1.

⁵⁰ Jf. Statens Seruminstitut, *Samlet salg af lægemidler i Danmark, 2008-2012*, juni 2013, tabel 1. Omsætningen for sygehussektoren er de interne afregningspriser mellem sygehusafdelingerne og leverandørerne, som er sygehusapotekerne, apotekerne og Statens Serum Institut inklusiv moms.

⁵¹ Sygehuse kan købe medicin til gældende AIP men køber i langt størstedelen af tilfældene ind via det offentlige indkøbsselskab AMGROS.

skyldes til dels den såkaldte "spillover effect", hvor leverandørerne giver betydelige rabatter (i forhold til udsalgsprisen til apotekerne) for at komme ind i hospitalssektoren og dermed opnå produktkendskab hos forbrugerne, som kan fremme et efterfølgende privat forbrug af lægemidler gennem apotekerne.⁵²

3.4 DEN OMHANDLEDE ADFÆRD

108. I de følgende afsnit beskrives Nomeco og TMJ's adfærd på baggrund af det materiale, som blev indhentet under kontrolundersøgelsen primo 2012 for så vidt angår:

- Nomeco og TMJ's fælles udmelding om ændrede retningslinjer for returnering og kreditering af lægemidler (afsnit 3.4.1)
- Indholdet af Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering af lægemidler (afsnit 3.4.2)
- Tiltag i forbindelse med forsøgt revision af Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering af lægemidler (afsnit 3.4.3)

109. Efter udsendelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens meddelelse om betænkeligheder ("MOB") har parterne fremsendt materiale i forbindelse med deres svar på styrelsens MOB. Uddrag af det materiale vil ligeledes blive inddraget i de følgende afsnit.

110. Det bemærkes, at citaterne nedenfor er gengivet nøjagtigt, inklusiv slåfejl.

3.4.1 Nomeco og TMJ's fælles udmelding om ændrede retningslinjer for returnering og kreditering

111. Den 26. november 2001 udsendte A/S Max Jenne, K.V. Tjellesen A/S (nu fusioneret til TMJ) og Nomeco – i MEGROS regi – et fælles brev til leverandører med varslings om, at et af afsnittene i grossisterens gældende regler for returnering og kreditering af lægemidler ville blive erstattet af et nyt afsnit, samt at de øvrige afsnit fortsat skulle gælde. Det samlede og reviderede regelsæt blev udsendt sammen med et fælles brev:

"Retningslinier for returnering og kreditering af farmaceutiske specialiteter

På opfordring fra flere leverandører har lægemiddelgrossisterne gennemgået de gældende retningslinier for returnering og kreditering af farmaceutiske specialiteter.

Leverandørerne begrundet deres ønsker om en gennemgang af regelsættet med, at det nugældende regelsæt stammer fra en tid med et relativt stabilt marked og derfor ikke tager tilstrækkeligt hensyn til de mange – og ofte store – prisstigninger, og dermed store værdistigninger af grossisterens varelager, vi oplever nu.

Grossisterne har derfor besluttet at ændre regelsættet mellem grossist og leverandør, afsnit 1.5 årsagskode 5, der omhandler ændringer af AIP, så grossisterne på anfordring tilbagebetaler leverandøren værdistigninger af varelageret med den del, der overstiger 10% af prisstigningen. Hvis en pris forøges med f.eks. 25% tilbagebetaler grossisterne 15% til leverandøren.

⁵² Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Konkurrenceanalyse 03/2010, Effektivt offentligt indkøb*, side. 70.

Regelsættets afsnit 1.5 er ændret i overensstemmelse med det ovenfor beskrevne, og er eneste ændring af det samlede regelsæt.

Af praktiske årsager har vi valgt at fremsende et samlet regelsæt til erstatning for det hidtidige.

Ændringen vil træde i kraft den 1. januar 2002.

Med venlig hilsen

A/S Max Jenne Nomeco A/S K.V. Tjellesen A/S⁵³

[Styrelsens understregning]

112. Ifølge et internt notat hos Nomeco dateret 27. november 2001 informeres medarbejdere i Nomeco om ændringen af reglerne for returnering og kreditering og om, at samtlige leverandører er blevet informeret om det nye tiltag:

”Ændring pr. 1. januar 2002 af

’Retningslinjer for returnering og kreditering af lægemidler’

Med virkning fra den 1.1.2002 ændres et afsnit til reglerne for returnering og kreditering af lægemidler. Ændringen omfatter regelsættet mellem grossist og leverandør, afsnit 1.5 årsagskode 5, der omhandler ændring af AIP, og hvor følgende tilføjes:

Ved forhøjelse af AIP på over 10% tilbagebetaler grossisten på anfordring leverandøren værdistigningen af grossistens varelager med den del, der overstiger 10% af prisstigningen. Hvis en pris forøges med f.eks. 25% tilbagebetaler grossisten 15% til leverandøren. En forudsætning for afregningen er, at leverandøren skriftligt informerer grossisten om afregningsbeløbet per varenummer, jfr. også vedlagte eksemplar af ’Retningslinier for returnering og kreditering per 1.1.2002’.

Samtlige leverandører af lægemidler er med MEGROS’ brev af 26.11.2002 [sic] blevet informeret om ovenstående. Kopi af brevet vedlægges til information.

I bedes i fornødent omfang informere og instruere relevante medarbejdere om ovenstående, og ligeledes sørge for at korrigere tilhørende forretningsgange og instruktioner i procesområdet indkøb.”⁵⁴

113. Det fremgår af et mødereferat i MEGROS af 18. januar 2002, at MEGROS ikke skulle anses som forhandlingspart men alene formidler af brevet, som de tre grossister havde udsendt samlet:

”Retningslinier for returnering og kreditering

⁵³ Jf. Bilag 1: Brev af 26. november 2001 fra MEGROS til samtlige leverandører, vedlagt samlet regelsæt af 1. januar 2002.

⁵⁴ Jf. Bilag 2: Memo af 27. november 2001 fra Nomeco, vedlagt retningslinjerne for returnering og kreditering af lægemidler, punkt 1.5 vedrørende forholdet mellem grossist og leverandør.

MEGROS har modtaget henvendelse fra 4 leverandører, der kommenterer den vejledning til returnering og kreditering, som de 3 grossister udsendte samlet. Det fremgår af henvendelserne, at disse leverandører fejlagtigt har opfattet MEGROS som forhandlingspart og ikke bare som formidler af vejledningen.

De enkelte grossister kontakter hver især leverandørerne og diskuterer samhandelsbetingelserne, herunder også hvilke returnerings- og krediteringsbetingelser, der skal være gældende.

*MEGROS besvarer henvendelserne til foreningen enslydende.*⁵⁵

114. MEGROS udsendte efterfølgende (den 18. januar 2002) enslydende breve til fire forskellige leverandører af lægemidler:

"Vi bekræfter modtagelsen af brev af 20. december 2001 vedrørende de udsendte retningslinier for returnering og kreditering af farmaceutisk specialiteter.

*Rent praktisk valgte grossisterne at udsende materialet samlet, men eventuelle diskussioner om vejledningens indhold i relation til samhandelsforholdet mellem MEGROS' medlemmer og [leverandør] vil efterfølgende blive behandlet af de enkelte medlemmer."*⁵⁶

115. Brevet er underskrevet af Jan Bonde, på vegne af MEGROS, der på daværende tidspunkt var administrerende direktør i Nomeco og formand for MEGROS.
116. Den 15. februar 2005 henholdsvis 17. februar 2005 meddelte IGL og PFL hver især over for MEGROS, at de ikke længere ville kompensere apotekerne i forbindelse med prissænkninger og ytrede ønske om at ændre grossisternes samhandelsbetingelser. Som reaktion herpå sendte Jan Bonde (tidligere administrerende direktør i Nomeco og formand for MEGROS) den 25. februar 2005 henholdsvis 21. april 2005 et brev til IGL og PFL om opsigelse af deres grossistaftaler. Brevene til IGL og PFL er stort set enslydende, hvorfor kun det ene er gengivet nedenfor:

"Opsigelse af grossistaftale

Vi anerkender hermed modtagelse af PFL's skrivelse af 17. februar 2005 fremsendt pr. e-mail til undertegnede d.d., idet det kan oplyses, at den oprindelige skrivelse ikke tidligere er modtaget af MEGROS.

MEGROS har noteret, at PFL's medlemmer, fra den 1. april 2005 ikke længere vil kompensere apotekerne i forbindelse med prissænkninger samt ønsker at ændre grossisterne samhandelsbetingelser.

Eftersom MEGROS er af den opfattelse, at de pågældende samhandelsvilkår vedrørende returnering og kreditering indgår som en integreret del af de aftaler, som PFL's medlemmer har indgået med de enkelte grossister, opfattes henvendelsen fra PFL som et ønske om at opsiges samtlige grossistaftaler indgået mellem PFL's medlemmer og grossisterne.

⁵⁵ Jf. Bilag 6: Referat af møde den 18. januar 2002 i MEGROS.

⁵⁶ Jf. Bilag 5: Breve af 18. januar 2002 fra MEGROS til fire leverandører.

Det skal præciseres, at samhandelsvilkårene vedrørende returnering og kreditering ikke er udtryk for en brancheaftale, men derimod som nævnt en aftale mellem de enkelte grossister og PFL's medlemmer.

MEGROS kan selvsagt ikke indgå en dialog/forhandling med PFL's medlemmer vedrørende de enkelte grossisters samhandelsvilkår. Ud over at MEGROS ikke besidder den fornødne bemyndigelse, skal det fremhæves, at en forhandling på brancheorganisationsplan kunne få karakter af en samordning af praksis i strid med den gældende konkurrencelovgivning.

Såfremt PFL's medlemmer vil opsig de enkelte grossistaftaler, skal MEGROS således opfordre til, at aftalerne opsiges med det varsel, der måtte være aftalt mellem de enkelte parter. En opsigelse skal naturligvis ske direkte over for de enkelte grossister.

Ud over det formelle vedrørende aftaleparter og bemyndigelse mv., giver PFL's henvendelse anledning til at præcisere, at de indtægter, som grossisterne oppebærer som følge af prisstigninger, anvendes til at finansiere det omfattende arbejde, der er forbundet med håndteringen af de mange varenumre, der ryger ind og ud af taksten, og de mange returneringer – udløb og tilbagekaldelser – fra apotekerne.

Ud over selve håndteringen, herunder bl.a. varemottagelse, taksering, påpladslægning og lageromflytninger (højfrekvens/lavfrekvens lager), optager disse varenumre lagerplads, ligesom de helt naturligt påfører grossisterne en væsentlig finansieringsudgift. Når grossisterne ofte opbevarer disse varenumre i stedet for at returnere dem til leverandørerne, sker det i leverandørernes interesse for at sikre varerne den bedst mulige tilgængelighed, når varerne igen er salgbare efter takstændringen.

Det skal fremhæves, at antallet af returlinier til grossisterne er steget med mere end 300% i løbet af de seneste få år.

[...]

Afslutningsvis skal det pointeres, at PFL forventes at forestå al kommunikation til apotekerne vedrørende eventuelle ændringer i samhandlen, der måtte få konsekvenser for apotekernes hverdag, herunder at PFL's medlemmer påtænker at ophøre med at kompensere apotekerne i forbindelse med prissænkninger.⁵⁷

117. Det bemærkes, at Nomeco i forbindelse med svar på meddelelse om betænkeligheder har fremsendt ni eksempler på afvigelser af retningslinjerne for returnering og kreditering.⁵⁸ Der

⁵⁷ Jf. Bilag 7: Brev af 25. februar 2005 fra MEGROS til IGL og brev af 21. april 2005 fra MEGROS til PFL.

⁵⁸ Jf. Bilag 16: Eksempler på afvigelser fra retningslinjer for returnering og kreditering (Nomecos svar af 13. maj 2013 på styrelsens meddelelse om betænkeligheder af 10. april 2013).

er ligeledes i TMJ's svar på meddelelse om betænkeligheder et eksempel på, at TMJ har fraveget retningslinjerne for returnering og kreditering.⁵⁹

118. Ovennævnte skal ses i sammenhæng med, at der ved udgangen af 2010 var knap 200 leverandører af apoteksforbeholdte lægemidler.⁶⁰

3.4.2 Indholdet af Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering

119. Nomecos betingelser for returnering og kreditering af lægemidler fremgår af Nomecos *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* af 1. januar 2002.⁶¹
120. TMJ's betingelser for returnering og kreditering af lægemidler fremgår af TMJ's *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* af 1. januar 2002.⁶²
121. Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering er opdelt i:
- i) Returnering fra apotek til grossist
 - ii) Returnering fra grossist til leverandør
122. Nomecos og TMJ's respektive retningslinjer for returnering og kreditering er ordlydsmæssigt identiske – selv den atypiske stavemåde for ordet "retningslinier" (og ikke "retningslinjer"). Den eneste forskel mellem de to regelsæt er skrifttypen. De pågældende retningslinjer, som er dateret 1. januar 2002, er ifølge oplysninger fra PFL og IGL gældende i dag.^{63 64} Derudover er der eksempler på, at TMJ i 2011 har vedlagt retningslinjerne som standard til deres grossistaftaler med leverandører.⁶⁵
123. Nedenfor gennemgås uddrag af indholdet af Nomeco og TMJ's *Retningslinier for RETURNERING OG KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* af 1. januar 2002. Som nævnt, er indholdet i de to retningslinjer identiske.

⁵⁹ Jf. Bilag 17: Eksempel på afvigelse fra retningslinjer for returnering og kreditering (TMJ's svar af 13. maj 2013 på styrelsens meddelelse om betænkeligheder af 10. april 2013).

⁶⁰ Jf. punkt 200-202.

⁶¹ Jf. Bilag 3: Nomecos *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* af 1. januar 2002.

⁶² Jf. Bilag 4: TMJ's *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* af 1. januar 2002.

⁶³ Jf. Bilag 18: *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* (udleveret af en af PFL's medlemsvirksomheder til styrelsen 15. november 2013).

⁶⁴ Jf. Bilag 19: *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* (sendt fra IGL til styrelsen 27. januar 2014).

⁶⁵ Jf. Bilag 20: Eksempler på, at retningslinjer for returnering og kreditering af farmaceutiske specialiteter af 1. januar 2002 vedlægges som standard til grossistaftaler (aftale af 1. marts 2011 mellem [XX] og TMJ og aftale af 1. maj 2011 mellem [XX] og TMJ).

124. Der fremgår blandt andet følgende af Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering:

(i) RETURNERING FRA APOTEK TIL GROSSIST

"Returvarer og kreditopgørelser sendes af apoteket til grossisten, der afregner efter nedenstående retningslinier og på basis af gældende AIP.

1. Årsag/årsagskoder

Apoteket kan returnere varer til grossisten og/eller modtage kreditering for vare af følgende årsager:

Årsagskoder: Årsag:

- 1. Udløb*
- 2. Afregistrering eller tilbagekaldelse*
- 3. Returnering af salgbare varer*
- 4. Defekte varer*
- 5. Ændring af AIP*
- 6. Returnering af vare med specielle krav til opbevaring"*

125. Hvad angår udløbne lægemidler gælder blandt andet følgende (årsagskode 1):

"Udløbne varer kan returneres til grossisten for kreditring til AIP-værdi senest 2 uger efter varens påtrykte dato for udløb, dog kun såfremt den samlede AIP-værdi per varenummer er mindst 150 kr."

126. Der gælder følgende, når lægemidler bliver afregistreret eller tilbagekaldt (årsagskode 2):

"Efter modtagelse af meddelelse om afregistrering eller tilbagekaldelse af en vare skal apoteket efter senest 2 uger returnere sit lager af varen til grossisten, der krediterer apoteket for AIP-værdien."

127. For så vidt angår returnering af salgbare lægemidler gælder blandt andet følgende (årsagskode 3):

"Salgbare varer kan returneres til grossisten indtil 6 måneder før udløbsmånedens begyndelse.

Varen skal på tidspunktet for returnering være optaget i specialitetstaksten, og der må ikke være varslet afregistrering eller tilbagekaldelse. Emballagen skal være ubeskadiget og må ikke bære mærker efter apotekets egne påsatte etiketter.

[...]

Grossisten krediterer apoteket for AIP-værdien efter fradrag af et gebyr på 4,00 kr. per pakning, dog mindst 150 kr."

128. For defekte lægemidler gælder blandt andet følgende (årsagskode 4):

"Hvis apoteket konstaterer eller modtager reklamation over fejl og/eller mangler ved en vare eller emballage skal dette omgående meddeles til producenten eller importøren af varen.

Varen returneres omgående til grossisten, der krediterer apoteket for AIP-værdien af varen. [...]"

129. Hvad angår prisreduktion af AIP gælder, at apotekerne kan indkøbe et lægemiddel og vente til leverandøren sætter prisen ned. Falder lægemidlerne i pris bliver apoteket kompenseret fuld ud for pristabet (årsagskode 5):

"Ved prisreduktion krediterer grossisten apoteket for det beløb, der svarer til differencen mellem gammel og ny AIP-værdi af apotekets lagerbeholdning på tidspunktet for prisreduktionens ikrafttræden. Hvis beløbsdifferencen er mindre end 150 kr. per varenummer krediteres ikke."

130. Retningslinjerne regulerer derimod ikke, hvis der sker prisstigninger på lægemidler. Det vil sige, hvis prisen på et lægemiddel stiger, kan apoteker sælge lægemidlet til den højere pris, uden at skulle betale denne ekstra fortjeneste tilbage til leverandøren.

131. Der gælder ligeledes betingelser for lægemidler med særlige krav til opbevaringstemperatur (årsagskode 6):

"Ved fejll levering fra grossisten krediteres apoteket for de fejll leverede varers AIP-værdi."

132. Herefter – ca. i midten af Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering – fremgår følgende betingelser for så vidt angår:

(ii) RETURNERING FRA GROSSIST TIL LEVERANDØR

"Returvarer og egne kreditopgørelser sendes af grossisten til leverandøren, der afregner efter nedenstående retningslinier og på basis af gældende GIP.

1. Årsag/årsagskoder

Grossisten kan returnere varer til leverandøren og/eller modtage kreditering for varer af følgende årsager:

Årsagskoder: Årsag:

- 1. Udløb.*
- 2. Afregistrering eller tilbagekaldelse.*
- 3. Returnering af salgbare varer.*
- 4. Defekte varer.*
- 5. Reduktion af AIP.*
- 6. Returnering af vare med specielle krav til opbevaring."*

133. For udløbne lægemidler gælder blandt andet følgende (årsagskode 1):

"Grossistens samlede beholdning af udløbne varer til kreditering (inklusive returvarer fra apotekerne) returneres til leverandøren senest 4 uger efter varens påtrykte dato for udløb.

Værdien af returvarer fra apotekerne opgøres til gældende AIP. Værdien af grossistens egen beholdning af varer opgøres til gældende GIP.

Returnering og kreditering finder sted, hvis den samlede værdi per varenummer, opgjort som ovenfor nævnt, er mindst 300 kr. I modsat fald returneres og krediteres ikke, og varen destrueres af grossisten."

134. I forhold til afregistrering eller tilbagekaldelse af lægemidler gælder følgende (årsagskode 2):

"Efter modtagelse af meddelelse om afregistrering eller tilbagekaldelse af en vare skal grossisten efter senest 4 uger returnere sit samlede lager af varen (inkl. returvarer fra apotekerne) til leverandøren.

Grossisten krediteres for gældende AIP værdi af returvarer fra apotekerne og for gældende GIP værdi af egen beholdning af varer."

135. Hvad angår returnering af salgbare lægemidler gælder blandt andet følgende (årsagskode 3):

"Returnering af salgbare varer kan kun finde sted efter aftale med leverandøren.

Såfremt det af leverandøren, i særlige tilfælde, meddeles direkte til apoteket, at salgbare varer kan returneres til grossisten, skal grossisten altid informeres herom. For sådanne returnerede varer vil grossisten hos leverandøren opkræve et gebyr per pakning på 4,00 kr."

136. For så vidt angår defekte lægemidler gælder blandt andet følgende (årsagskode 4):

"Defekte varer, som grossisten har modtaget retur fra apoteket, videresendes omgående til leverandøren, der krediterer til GIP med tillæg af et gebyr på 4,00 kr. per pakning. Kopi af apotekets returseddel vedlægges krediteringsopgørelsen."

137. Når der sker ændringer af AIP, herunder prisreduktion af et lægemiddel gælder blandt andet følgende (årsagskode 5):

"Ved reduktion af AIP krediteres grossisten af leverandøren for et beløb, der svarer til den samlede GIP reduktion for antallet af krediteringsberettigede pakninger, der er indrapporteret af apoteket til grossisten.

Leverandøren krediterer desuden grossisten for et beløb, der svarer til reduktionen af grossistens egen lagerværdi, såfremt differencen mellem gammel og ny GIP værdi udgør mindst 300 kr. per varenummer.

138. Ved prisforhøjelser på et lægemiddel gælder der i øvrigt, at grossisten med leverandøren afregner værdistigningen af varelageret, der overstiger 10 pct. Det vil sige, at grossisten beholder de første 10 pct. af lægemidlets prisstigning (årsagskode 5):

"Forhøjelse af AIP på over 10%"

Ved forhøjelse af AIP på over 10% afregner grossisten værdistigningen af varelageret med den del, der overstiger 10%. Denne afregning forudsætter, at en leverandør informerer grossisten om prisstigningen senest onsdag morgen, når ændringen er gældende fra den efterfølgende mandag. Informationen gives i et særskilt skema og supplerer således den almindelige information om varenummer, ny AIP og ny GIP gældende fra om mandagen.

Skemaet skal angive:

Varenummer, ny og gammel GIP, de beløb, som den nye GIP overstiger den gamle GIP med, dels 10% og dels beløbet over 10%, samt stigningen i alt.

Eksempel:

Varenr.	Gammel GIP	Ny GIP	Stigning på 10%	Stigning over 10%	Stigning i alt
999999	170,00 kr.	230,00 kr.	17,00 kr.	43,00 kr.	60,00 kr."

139. Der gælder yderligere betingelser for returnering af salgbare varer med specielle krav til opbevaring (årsagskode 6):

"Varen returneres altid fra apoteket til grossisten, der videresender varen til leverandøren med mindre der foreligger skriftlig instruktion om, at grossisten kan destruere varen.

Leverandøren krediterer grossisten som følger:

Lagersanering eller fejlbestilling fra apoteket:

Leverandøren krediterer grossisten for varen til gældende GIP. Grossisten vedlægger krediteringsopgørelsen en kop af apotekets returseddel.

Fejll levering fra grossisten:

Varen destrueres af grossisten og der krediteres ikke."

3.4.3 Tiltag i forbindelse med forsøgt revision af retningslinjerne for returnering og kreditering

140. Den 17. februar 2009 skrev [xx] (IGL) et brev til [xx] (DA) og gav udtryk for, at der blandt IGL's medlemmer var en betydelig frustration over grossisternes adfærd:

"Kære [xx]

[xx].

I vores medlemskreds er der også en betydelig frustration over grossisternes fremfærd, deres vane med, efter vor opfattelse, ensidigt at ville bestemme samhandelsvilkår, de tilsyneladende identiske vilkår for samhandel med de to grossister osv., og vi sætter meget stor pris på, at I rejser den problematik så direkte og umisforståeligt.

Imidlertid er det en myte, som effektivt forsøges udbredt, at det er vores medlemmer, der underminerer grossisterens mulighed for at tilbyde jeres medlemmer service og rabatter. Tværtimod udsættes også vores medlemmer for præcis de samme forhandlingsmetoder, som dem du beskriver.

IGL-medlemmernes omkostninger til grossisterne falder ikke – de stiger tværtimod. Nomeco har over for alle varslet minimumspriser for de billigste pakninger. Det betyder væsentligt forøgede distributionsomkostninger på et tidspunkt, hvor de generiske virksomheder i forvejen har røde tal på grund af det meget lave prisniveau og den hårde konkurrence.

Det er også et spin, at der er indgået en aftale mellem grossisterne og IGL's medlemmer. Der er ingen aftaler. Men grossisterne har dikteret de ændrede samhandelsvilkår medlemsvirksomhed for medlemsvirksomhed, og opsiges eller truer med at opsiges samarbejdet, hvis der ikke rettes ind. Og det er som skrevet samhandelsvilkår, der betyder stigende priser for vores medlemmer.

Vi deltager meget gerne i en dialog med jer om, hvordan vi kan løse op for den fastlåste situation på grossistområdet i Danmark.

Med venlig hilsen
[xx]⁶⁶

[Styrelsens understregning]

141. I et brev af 24. august 2010 fra Jan Bonde (tidligere administrerende direktør i Nomeco og formand for MEGROS) til Lægemeddelstyrelsen, fremgår det, at Nomecos priskrediteringsregelsæt har været gældende i hvert fald siden 1990:

"Priskreditering til apoteker [...]"

I brev fra Lægemeddelstyrelsen dateret den 5. august 2010 beder styrelsen Nomeco om at redegøre nærmere for praksis i forbindelse med priskreditering til apoteker.

Konkret anmoder Lægemeddelstyrelsen om at få en oversigt over udbetalt godtgørelse for priskreditering er fra og med kalenderåret 2007 – herunder det beløb, det enkelte apotek har modtaget pr. kalender år. En sådan oversigt er vedlagt dette brev.

Endvidere beder Lægemeddelstyrelsen om at få oplyst vilkårene for, at et apotek kan opnå kompensation, og hvorvidt alle lægemidler er omfattet. Som svar på dette kan vi oplyse, at leverandører af apoteksforbeholdte lægemidler giver apotekerne adgang til kompensation i tilfælde af prisfald. Baggrunden for dette er, at leverandørerne fastsætter AIP, og kompensationen sikrer, at apotekerne ikke lider tab på deres varelager.

Rent formel [sic] sker dette ved, at leverandøren underskriver en aftale med Nomeco om priskreditering. Aftalens ordlyd er som følger:

"Ved prisreduktion krediterer grossisten apoteket for det beløb, der svarer til differencen mellem gammel og ny AIP-værdi af apotekets lagerbeholdning på tidspunktet for prisreduktionens ikrafttræden. Hvis beløbsdifferencen er mindre

⁶⁶ Jf. Bilag 8: Brev af 17. februar 2009 fra IGL til DA.

end 150 kr. per varenummer, krediteres ikke. Apoteket rapporterer sin lagerbeholdning til grossisten senest 5 arbejdsdage efter ikrafttræden af ny AIP-pris.”

Dette minimumskrediteringsbeløb på kr. 150 pr. varenummer pr. prisændring er fastsat af administrative årsager.

I praksis udsteder Nomeco en kreditnota til apoteket på vegne af leverandøren. Kreditnotaen dokumenteres overfor leverandøren, der modtager en oversigt pr. apotek, over hvilke varer der er krediteret. Alle apoteksforbeholdte lægemidler er omfattet af ordningen.

Endelig beder Lægemedelstyrelsen om at få oplyst, hvordan det påvirker godtgørelsen, hvis prisen på et senere tidspunkt stiger igen eller falder yderligere – herunder om der udbetales kompensation flere gange for samme lægemiddel.

Som det fremgår af ordlyden i priskrediteringsregelsættet, så vil apotekets lagerværdi stige, såfremt leverandøren lader AIP stige. Lader leverandøren AIP falde yderligere, vil apoteket blive kompenseret for det 'nye prisfald' (under forudsætning af, at krediteringsbeløbet er større end kr. 150 pr. varenummer). Et apotek vil således, jævnfør aftalen, over en periode kunne opnå priskompensation flere gange for det samme lægemiddel.

Afsluttende bemærkninger.

Til lægemiddelstyrelsens orientering har det ovenfor beskrevne priskrediteringsregelsæt været gældende i mere end 20 år. Indtil midten af halvfemserne var regelsættet en branchestandard udarbejdet af LIF, MEDIF, MEFA og Megros. Men en ændring i konkurrencelovgivningen medvirkede til, at regelsættet ophørte med at være branchestandard, hvorefter Nomeco indarbejdede bestemmelserne fra regelsættet i kontrakten med den enkelte leverandør.

Det er Nomecos opfattelse, at priskreditering i en eller anden form er en forudsætning for, at lægemidler kan 'flyde' effektivt apoteker og grossister imellem. Uden en udsigt til at blive kompenseret, hvis en leverandør sænker AIP, vil apotekerne formentlig kun i begrænset omfang lagerføre den pågældende leverandørs produkter. Priskreditering er således en vital del af 'den danske distributionsmodel' med bl.a. 14-dags licitationer – og grundlaget for apotekernes servicering af borgerne og ikke mindst for patientsikkerheden.

[...]

*Med venlig hilsen
Nomeco A/S⁶⁷*

[styrelsens understregning]

142. I 2011 tog Nomeco initiativ til at foretage en fælles revidering af retningslinjerne for returnering og kreditering, som skulle udmøntes i en egentlig brancheaftale. Tiltaget skete i

⁶⁷ Jf. Bilag 9: Brev af 24. august 2010 fra Nomeco til Lægemedelstyrelsen, vedlagt oversigt over udbetalte priskrediteringer fra Nomeco i perioden januar 2007 – juli 2010.

forbindelse med et udspil fra Indenrigs- og Sundhedsministeriet om ændringer i den offentlige regulering af returnering og kreditering af lægemidler.

143. Nedenfor fremgår e-mailkorrespondance af 23.-24. maj 2011 mellem [xx] (Nomeco) og [xx] (DA) om initiativ til et brancheudspil:

Fra Nomeco:

"Hej [xx],

Vi har som tidligere nævnt haft møder med Parallelimportørerne og Generikaproducenterne med henblik på at få uddybet indholdet i respektive virksomheders og organisationers [sic] høringsvar, herunder også lytte til den kritik, som rejses fra fleres side.

I den forbindelse har flere parter nuanceret deres synspunkter om ikke mindst returnerings- og priskrediteringsproblematikkerne. Men problemstillinger i relation til at reducere medicinspild og "særstatus" i 1-2 taksteprojekter [sic] blev også nævnt. [...]

Vi har efterfølgende lavet en del analyser af priskrediterings- og returneringsomfanget.

Tiden er nok kommet til at vi bør sætte os sammen – så vi kan uddybe indholdet i møderne, "smage" på de akutte problemstillinger endnu en gang – og vurdere mulighederne for et (nyt eller fornyet) brancheudspil.

Hvad siger du til et møde i meget nær fremtid? [...]

Jeg ringer til dig om lidt!

Med venlig hilsen

[xx]"

Fra Nomeco:

"Hej [xx],

[...] er torsdag den 26.5 om eftermiddagen (14.00-) en mulighed [...]

Lad mig høre hvad du synes om det."

DA:

"Det siger vi ja tak til [...]"⁶⁸

[Styrelsens understregning]

144. Det fremgår af e-mailkorrespondance af 1. juni 2011 mellem [xx] (DA) og [xx] (Nomeco), at Nomeco sendte det gældende regelsæt til DA med henblik på, at DA skulle udarbejde et udkast til en brancheaftale:

Fra DA:

"Hej [xx]

⁶⁸ Jf. Bilag 10: E-mailkorrespondance af 23.-24. maj 2011 mellem Nomeco og DA.

Som du sikkert kan regne ud er jeg blevet sat til at være pennefører på et første udkast til den brancheaftale vil talte om på mødet her inde. I den forbindelse kunne jeg egentlig godt tænke mig at se den nuværende gamle aftale, men jeg har ikke været i stand til at finde den i vores systemer. Vi er jo heller ikke en egentlig deltager i den nuværende aftale, så det kan jo være forklaringen på det.

Har du mulighed for at sende mig en kopi af den gamle aftale?

*Venlig hilsen
[xx]"*

[Styrelsens understregning]

*Fra Nomeco:
"Hej [xx],*

[...] Jeg har vedhæfter en kopi af 'regelsættet'. Som du kan se, er der ikke gjort meget væsen af form og indhold! Det er afsnit 5, som nok er mest interessant i relation priskreditering. [...]

*Med venlig hilsen
[xx]"⁶⁹*

145. Herefter tog DA initiativ til at revidere de gældende regler. [xx] (DA) skrev i e-mail af 27. juni 2011 til MEGROS, LIF, IGL og PFL angående "Udkast til revideret brancheaftale vedrørende returneringer og krediteringer" følgende:

"Kære Leverandørorganisationer

*Jan Bonde, Megros
Henrik Vestergaard, LIF
Asbjørn Haugstrup, IGL
Flemming Mieth, PFL*

Som det er jer bekendt udsendte indenrigs- og Sundhedsministeriet i februar måned et meget omfattende udspil til ændringer i reguleringen af lægemiddeldistributionen. Det videre arbejde har vist, at der næppe er udsigt til en ændret regulering af det samlede område indenfor en kortere tidshorisont. På den anden side har såvel selve udspillet som høringssvarene til udspillet vist, der er på en række områder er enighed om at imødegå visse uhensigtsmæssigheder.

Apotekerforeningen har gennem en periode overvejet muligheden for en fælles brancheaftale på området for kreditering og returneringer. Afsættet for en aftale må være, at omfanget af krediteringer og returnering er har vokset sig for stort, som følge af at enkelte apoteker udnytter de nuværende regler til på en uhensigtsmæssig måde at sikre en fortjeneste, der ikke hidrører fra deres salg af lægemidler til forbrugere.

Apotekerforeningen har gennem hele forløbet været interesseret i at afskære mulighederne for at misbruge muligheden for returneringer og krediteringer. Til gengæld ønsker vi, at ordningerne opretholdes og målrettes imod det egentlige

⁶⁹ Jf. Bilag 11: E-mailkorrespondance af 1. juni 2011 mellem DA og Nomeco.

formål, nemlig at understøtte apotekernes mulighed for at hjemtage varer til at imødekomme forbrugernes behov, uden at blive påført risiko for tab på disse indkøb der hidrører fra producenterens prisændringer, som apotekerne er uden indflydelse på.

Der eksisterer allerede en aftale mellem producenter og grossister, der regulerer området. Det forekommer derfor nærliggende, at denne aftale udvides til også at forpligte apotekerne på de regler aftalen indeholder, samt at udbygge aftalen med en række begrænsninger i apotekernes adgang til returnering og kreditering. Disse begrænsninger skal sikre, at det ikke fremover vil være interessant for apoteker at spekulere i at indkøbe store partier af varer med henblik på en gevinst, men på den anden side gøre det muligt at fortsætte med returneringer og krediteringer for de vare, som indkøbes som led i den almindelige apoteksdrift. Vi har derfor taget udgangspunkt i de eksisterende retningslinjer og med ændringsmarkering indskrevet den tekst, som vi foreslår tilføjet.

Det er klart, at vi nu er kommet så tæt på den forestående sommerferie, [...] Jeg vil dog alligevel bede jer se på det vedlagte og give en tilbagemelding om, hvorvidt dette er en form, som efter jeres opfattelse kan danne grundlaget for et møde på politisk niveau, med henblik på at foreningerne kan indgå en samarbejdsaftale om de fremtidige rammer for kreditering og returnering.

Det bemærkes, at en eventuel brancheaftale efter vores opfattelse vil skulle forelægges Forbruger- og konkurrencestyrelsen.

Med venlig hilsen
[xx]"⁷⁰

[Styrelsens understregning]

146. Af Udkast til Brancheaftale, som var vedhæftet ovenstående e-mail, fremgår, at DA har taget udgangspunkt i de eksisterende retningslinjer fra 1. januar 2002. Der er blandt andet indsat en indledning med følgende indhold:

"Afhensyn til at sikre, at apotekerne [...] har incitament til at hjemtage lægemidler i et tilstrækkeligt omfang til at opretholde en høj servicegrad overfor patienterne, samt til at hjemtage lægemidler, hvor efterspørgselen er usikker har der gennem en årrække været en aftale mellem grossister og lægemiddelleverandører som har dannet grundlag for de standardbetingelser der er gældende for samhandlen mellem leverandører og grossister, samt mellem grossister og apoteker.

Parterne er derfor enige om, at der er behov for – indenfor visse grænser – at immunisere apotekerne overfor de tab på deres varelager, de uden særlige aftaler ville kunne blive påført. Dette vedrører særligt muligheden for at returnere lægemidler til den gældende dagspris og muligheden for at opnå kreditering for prisfald på apoteksforbeholdte lægemidler.

Parterne er endvidere enige om, at reglerne vedrørende muligheden for at returnere lægemidler til den gældende dagspris og muligheden for at opnå kreditering for prisfald på apoteksforbeholdte lægemidler skal videreføres, men at de skal begrænses

⁷⁰ Jf. Bilag 12: E-mail af 27. juni 2011 fra DA til MEGROS, LIF, IGL og PFL, vedhæftet Udkast til Brancheaftale.

til kun at rumme apotekernes varelagerbevægelser ved normal apoteksdrift og dermed forhindre spekulative opkøb af varepartier.

Disse begrænsninger er indarbejdet i nærværende reviderede aftale, som træder i stedet for den hidtil gældende aftale.

[...] Parterne bag aftalen opfordrer alle virksomheder, der står udenfor de medvirkende organisationer til at tilslutte sig aftalens principper.”

[Styrelsens understregning]

147. *Udkast til Brancheaftale* indeholder konkrete tilføjelser til den eksisterende aftale, som går ud på, at der skal gælde *dels* et loft for, hvor mange pakninger et apotek kan returnere, og *dels* et loft for hvor mange pakninger, et apotek kan modtage kreditering for – i det konkrete tilfælde op til 50 pakninger. DA lagde således op til, at der skulle gælde en ”CAP 50-regel”.
148. I forlængelse af [xx] (DA’s) e-mail til leverandørerne skrev Jan Bonde (tidligere administrerende direktør i Nomeco og formand for MEGROS) den 29. juni 2011 til blandt andet Jørgen Kelkjær (administrerende direktør i TMJ) og spurgte om TMJ kunne tilslutte sig *Udkast til Brancheaftale*, hvorefter TMJ accepterede den 5. juli 2011:

Fra MEGROS/Nomeco:

”Emne: Vs: Udkast til revideret brancheaftale vedrørende returneringer og krediteringer

Jeg beder om jeres tilbagemelding hurtigst muligt og senest onsdag den 6. juli.

Med venlig hilsen

Jan Bonde”

Fra TMJ:

”Kære Jan

I log med at det svarer til de principper vi anvender i dag med enkelte ændringer og begrænsninger kan vi selvfølgelig kun tilslutte os forslaget. Kan forestille mig at forslaget vil møde modstand i industrikredse.

Med venlig hilsen/Kind regards

Joergen Kelkjaer”⁷¹

[Styrelsens understregning]

149. På vegne af MEGROS udtrykte Jan Bonde (tidligere administrerende direktør i Nomeco og formand for MEGROS) i brev af 7. juli 2011 til [xx] (DA) skepsis i forhold til den foreslåede ”CAP 50-regel”:

”Brancheaftale om returnering og kreditering

Tak for tilsendte af 27. juni 2011.

Umiddelbart ser vi ikke den store ændring i forhold til den ordning, der allerede eksisterer. Vi har derfor ingen problemer med teknisk at effektivisere ordningen.

⁷¹ Jf. Bilag 13: E-mailkorrespondance af 29. juni – 5. juli 2011 mellem Nomeco/MEGROS og TMJ.

Den foreslåede CAP vil hindre spekulative indkøb i store mængder, men det vil næppe medføre et mærkbart fald i antallet af returneringer.

Løsningen giver imidlertid mulighed for at spekulere i et bredere sortiment op til CAP'en. Hvis det sker, vil det medføre stigende omkostninger for industrien samt stigende antal returneringer.

Det er vores opfattelse, at industrien ønsker en model med fuld udligning, der sikrer, at apotekerne hverken kan tabe eller tjene på varelageret.

*Med venlig hilsen
MEGROS⁷²*

150. I forbindelse med overvejelser om branchens fælles revision af retningslinjerne for returnering og kreditering henvendte DA sig til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sommeren 2011. På et møde hos DA den 3. oktober 2011 udtrykte styrelsen konkurrenceretlige betænkeligheder ved at indgå en sådan brancheaftale.
151. I forlængelse af e-mail af 11. juli 2011 fremsendte [xx] (DA) en e-mail til MEGROS, LIF, IGL og PFL) hvoraf fremgår, at der efter DA's opfattelse ikke længere var grundlag for at forsætte overvejelserne om en fælles brancheaftale på grund af styrelsens betænkeligheder herved:

"Med Konkurrencestyrelsens melding er der efter vores opfattelse ikke grundlag for at fortsætte overvejelserne om en fælles aftale. På den anden side er det vigtigt for os at der findes en løsning, så muligheden for returnering og kreditering ikke kan misbruges. Dette fører til, at vi må opfordre sundhedsministeriet til sammen med parterne at afdække hvilke basisvilkår for samhandelsforholdet, der eventuelt kan fastlægges i lovgivningen."⁷³

152. Den fælles revision af retningslinjerne for returnering og kreditering blev derfor ikke gennemført.

3.5 INDFØRELSE AF REGULERING OM RETURNERING OG KREDITERING

153. Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse udsendte den 15. marts 2013 en høring over ændringer vedrørende returnering, priskreditering og leveringsforhold på lægemiddelmarkedet.⁷⁴ Høringen var en opfølgning på høring af 21. januar 2011 over forslag til ændringer i regler vedrørende medicinpriser, leveringsforhold, rabatter m.v. og skal blandt andet ses i forlængelse heraf.⁷⁵

⁷² Jf. Bilag 14: Brev af 7. juli 2011 fra MEGROS til DA.

⁷³ Jf. Bilag 15: Udateret e-mail fra DA til MEGROS, LIF, IGL og PFL.

⁷⁴ Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse, *Høring over ændringer vedr. returnering, priskreditering og leveringsforhold på lægemiddelmarkedet*, 15. marts 2013.

⁷⁵ Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse, *Høring over forslag til ændringer i regler vedr. medicinpriser, leveringsforhold, rabatter mv.*, 21. januar 2011.

154. Det bemærkes, at udkastet til ændringer vedrørende returnering og priskreditering af 15. marts 2013, i vid udtrækning er identisk med det udkast, der blevet sendt i høring den 21. januar 2011.
155. I høringsbrevet af 21. januar 2011 vedrørende returnering af lægemidler fremgår det, at Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse var af den opfattelse, at muligheden for returneringer af lægemidler er en forudsætning for at få tilskudssystemet med 14 dages prisændringer til at fungere, og at det stigende antal returneringer af lægemidler er unødvendigt i forhold til tilskudssystemet. Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse anførte yderligere i samme høringsbrev at udvalgte apoteker og grossister har anvendt adgangen til priskreditering til at spekulere i prisarbitrage, og at ministeriet på denne baggrund foreslår indførelse regler på området.
156. I høringsbrevet af 15. marts 2013 oplyste Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse, at der eksisterer en branchepraksis, som indebærer, at apotekerne får kompensation fra leverandører, hvis lægemidler på apoteket falder i pris i forhold til den pris, apotekerne har indkøbt. I modsætning hertil findes der ikke en lignende praksis for betaling fra apoteker til leverandører, når lægemidler stiger i værdi:

"Begrænsning af priskreditering og returnering

Af bruttoavanceaftalen for 2013-2014 indgået mellem Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse og Danmarks Apotekerforening fremgår det, at "parterne er enige om, at der i foråret 2013 ses på mulige lovgivningsmæssige rammer, der kan forhindre uhensigtsmæssig udnyttelse af mulighederne for kreditering og returnering af lægemidler mellem apoteker og grossister/lægemiddelproducenter."

Der eksisterer i dag en branchepraksis, der indebærer, at apoteker kan få kompensation (priskreditering) fra leverandørerne, hvis lægemidlerne på apotekets lager falder i pris i forhold til den pris, apotekerne har indkøbt til. Hvis prisen på et lægemiddel bliver sat op, og apotekets lager derfor bliver mere værd, tilbagebetaler apoteket imidlertid ikke denne passive fortjeneste til leverandørerne. Det har nogle udvalgte apotekere udnyttet til risikofrit at spekulere i fremtidige prisændringer, hvilket har medført en uhensigtsmæssig adfærd for så vidt angår indkøb og lagerforhold.

For at apotekerne ikke skal brænde inde med et stort lager af lægemidler, der pga. prisændringer, som apotekerne ikke har indflydelse på, ikke længere kan sælges, har der desuden udviklet sig en branchepraksis, hvorefter apotekerne kan returnere lægemidler til engrosforhandleren. Udvalgte apoteker har spekuleret i returnering ved at købe uforholdsmæssigt stort ind, høste eventuelle priskrediteringsgevinster og til sidst returnere beholdningen, når produkterne er for gamle.

Ministeriet finder, at apotekernes adgang til priskreditering og returnering er en forudsætning for, at tilskudssystemet med 14. dages prisændringer fungerer. Grundet ovennævnte spekulation findes det imidlertid nødvendigt at begrænse denne adgang."

[Styrelsens understregning]

157. På den baggrund foreslog Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse en ordning, hvor priskreditering (kun) lovligt kunne finde sted ved to nærmere definerede betingelser:

"For så vidt angår priskreditering foreslås det derfor, at priskreditering (kun) lovligt kan finde sted på visse nærmere betingelser, nemlig at den enkelte apoteker enten:

- *ved aftale forpligter sig til at lade krediteringen "gå begge veje", dvs. til ikke kun at blive krediteret ved prisnedsættelser, men også debiteret, altså betale penge tilbage, ved prisstigninger, eller – hvis en sådan aftale ikke er indgået –*
- *højest kan blive krediteret for 20 pakninger pr. varenummer pr. prisperiode.*

Begge modeller vil afskære apotekere fra at opnå store gevinster på spekulation i lægemidler. Modellerne vil samtidig sikre, at en apoteker, der har et normalt og passende lager, ikke uforvarende taber penge på sit lager i forbindelse med prisændringer.

Det vil fortsat være op til den enkelte virksomhed selv at beslutte, om den ønsker at tilbyde apotekerne en krediteringsordning.

For så vidt angår returnering foreslås det, at et apotek højest kan returnere 20 pakninger pr. varenummer pr. prisperiode."⁷⁶

[Styrelsens understregning]

158. Høringen af 15. marts 2013 udmøntede sig blandt andet i en ændring af reklamebekendtgørelsen for så vidt angår returnering og kreditering af lægemidler fra apotek til engrosforhandler.⁷⁷ Det fremgår af den endelige reklamebekendtgørelse, at priskreditering er tilladt, men at apotekers adgang til returnering og kreditering er begrænset af en antalsbegrænsning på 30 pakninger per varenummer per 14 dages takstperiode. Før ændringen gjaldt der ingen antalsbegrænsning.
159. Reklamebekendtgørelsen kom således i sidste ende ikke til at indeholde en bestemmelse om, at krediteringen skulle "gå begge veje" som omhandlet i høringsbrevene, hvorved det enkelte apotek krediteres ved prisnedsættelser, og betaler penge til engrosforhandleren i tilfælde af prisstigninger men alene en antalsbegrænsning på 30 pakninger per varenummer per 14 dages takstperiode.
160. Reklamebekendtgørelsens regler om returnering og kreditering er som følger:⁷⁸

"§ 31

Stk. 1. Uanset bestemmelsen i § 22, stk. 1, er priskreditering tilladt. Ved priskreditering forstås, at en virksomhed, der har en tilladelse efter lægemiddellovens § 39, stk. 1, kompenserer et apotek for det fald i et lagerført lægemiddels værdi, som indtræffer, hvis den til Sundhedsstyrelsen anmeldte apoteksindkøbspris bliver sat ned.

⁷⁶ Jf. Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse, Høring over ændringer vedrørende returnering, priskreditering og leveringsforhold på lægemiddelmarkedet af 15. marts 2013.

⁷⁷ Jf. bkg. nr. 574 af 24. maj 2013 om ændring af bekendtgørelse om reklame mv. for lægemidler, §§ 27a-27b.

⁷⁸ Jf. bkg. nr. 1153 af 22. oktober 2014 om reklame mv. for lægemidler ("reklamebekendtgørelsen").

Stk. 2. En virksomhed må højst kreditere et apotek for 30 pakninger af et lægemiddel i en given pakningsstørrelse, lægemiddelform og styrke (dvs. pr. varenummer) pr. 14 dages prisperiode.

§ 32

Stk. 1. Et apotek må højst returnere 30 pakninger af et lægemiddel i en given pakningsstørrelse, lægemiddelform og styrke (dvs. pr. varenummer) pr. 14 dages prisperiode til engrosforhandleren.

Stk. 2. Et apotek må kun returnere indkøbte og leverede lægemiddelpakninger til den engrosforhandler, der har leveret pakningerne til apoteket, jf. § 36 a i bekendtgørelse om distribution af lægemidler.

Stk. 3. Bestemmelsen i stk. 1 gælder ikke, hvis

1) lægemidlet er blevet tilbagekaldt af den virksomhed, der bringer det på markedet, eller

2) markedsføringstilladelsen til lægemidlet er blevet suspenderet eller tilbagekaldt af Sundhedsstyrelsen eller Europa-Kommissionen.

§ 33

En apoteker må ikke anmode om eller modtage ydelser i strid med § 31."

3.6 HØRINGSSVAR

161. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sendte en meddelelse om betænkeligheder til Nomeco og TMJ den 10. april 2013. Styrelsen modtog parternes skriftlige bemærkninger til meddelelsen om betænkeligheder ved breve af 13. maj 2013. Den 21. maj 2013 og 29. maj 2013 holdt styrelsen møder med henholdsvis Nomeco og TMJ, som her fik lejlighed til at uddybe deres skriftlige bemærkninger.
162. Parternes bemærkninger til styrelsens meddelelse om betænkeligheder er indarbejdet i de relevante afsnit nedenfor.
163. Den 10. juli 2014 sendte styrelsen en klagepunktsmeddelelse i høring hos TMJ og Nomeco. Styrelsen har henholdsvis den 4. og 5. september 2014 modtaget parternes skriftlige bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen.^{79 80}
164. Den 10. september 2014 afholdt styrelsen et møde med Nomeco, og den 30. september 2014 blev der afholdt et møde med TMJ. På møderne fik parterne mulighed for at uddybe deres skriftlige bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen.

⁷⁹ Jf. Bilag 21: Nomecos høringssvar af 5. september 2014 med bilag 1-5 til styrelsens klagepunktsmeddelelse af 10. juli 2014.

⁸⁰ Jf. Bilag 22: TMJ's høringssvar af 4. september 2014 med bilag 1-2 til styrelsens klagepunktsmeddelelse af 10. juli 2014.

165. I det følgende gennemgås Nomecos og TMJ's bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen. Ydermere, er Nomecos og TMJ's bemærkninger indarbejdet i de enkelte, relevante afsnit i denne afgørelse, ligesom også styrelsens bemærkninger hertil fremgår af de pågældende afsnit.
166. Nomecos og TMJ har følgende overordnede bemærkninger:
- i) Der foreligger ingen aftale eller samordnet praksis
 - ii) De dagældende brancheregler for returnering og kreditering havde hverken til formål eller følge at begrænse konkurrencen
 - iii) Styrelsen har ikke taget den regulatoriske kontekst i betragtning
 - iv) Påbuddet er ikke egnet til efterlevelse
 - v) Andre bemærkninger

(i) Der foreligger ingen aftale eller samordnet praksis

167. Parterne bestrider, at der foreligger en aftale eller en samordnet praksis om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering af lægemidler. Parterne har blandt andet henvist til følgende:
- Den påståede parallelle adfærd udgør ikke et bevis for koordinering mellem Nomeco og TMJ (punkt 295-298)
 - Betingelser for returnering og kreditering forhandles i praksis individuelt med leverandørerne (punkt 299-304)
 - Parternes adfærd i forlængelse af deres fælles udmelding i 2001 viser, at TMJ og Nomeco ikke har koordineret retningslinjerne (punkt 305-315)
 - Udkast til brancheaftale i 2011 indikerer ikke en koordinering (punkt 326-338)
 - Parternes nuværende standardbetingelser adskiller sig fra retningslinjerne fra 2002 (punkt 339-350)
168. Parternes argumenter er behandlet i de relevante punkter i vurderingsafsnittet, uden at styrelsen herved har ændret sin vurdering af, at Nomeco og TMJ siden 1. januar 2002 har haft en aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering af lægemidler.

(ii) De dagældende brancheregler for returnering og kreditering havde hverken til formål eller følge at begrænse konkurrencen

169. Parterne har anført, at de dagældende brancheregler for returnering og kreditering hverken havde til formål eller følge at begrænse konkurrence, idet:
- Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. juni 2007, *insolvensaftale-sagen*, bør give styrelsen anledning til revurdering af, om sagen skal gennemføres (punkt 171-177)
 - Betingelser for returnering og kreditering er ikke væsentlige konkurrenceparametre (punkt 178-182)
 - Styrelsens overvejelser om det konkurrencebegrænsende formål og/eller følge opfylder ikke de krav, som er etableret retspraksis (punkt 184-187)
 - Der er ingen konkurrence mellem Nomeco og TMJ i forhold til leverandørerne (punkt 445-451)
170. Påstanden om, at der ikke er nogen konkurrence mellem Nomeco og TMJ i forhold til leverandørerne er behandlet i de relevante punkter i vurderingsafsnittet, uden at styrelsen herved har ændret sin vurdering af, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. om fastsættelse af

betingelser for returnering og kreditering af lægemidler har til formål at begrænse konkurrencen.

171. Hvad angår Konkurrenceankenævnets kendelse om den såkaldte *insolvensaftale-sag* har TMJ i sit hørings svar anført, at *insolvensaftale-sagen* ”bør give KFST anledning til revurdering af, om nærværende sag skal gennemføres. Ligeledes i sagen om den såkaldte insolvensordning foreligger der i nærværende sag ikke hverken et konkurrencebegrænsende formål eller en konkurrencebegrænsende følge.”⁸¹
172. Indledningsvis bemærkes, at styrelsen ikke er enig i, at *insolvensaftale-sagen* giver anledning til at ændre vurderingen, idet *insolvensaftale-sagen* ikke er sammenlignelig med forholdene i nærværende sag.
173. Konkurrencerådets afgørelse om *insolvensaftale-sagen*⁸² drejede sig om en aftale indgået mellem Apotekerforeningen og tre medicinalgrossister, hvorved grossisterne delte markedet for insolvente apoteker imellem sig. Rådet kom frem til, at insolvensaftalen var i strid med konkurrencelovens⁸³ § 6 og TEUF artikel 101.
174. Konkurrenceankenævnet tiltrådte rådets afgørelse for så vidt, at der var indgået en markedsdelingsaftale mellem de tre grossister.⁸⁴ Efter en helhedsvurdering kom ankenævnet frem til, at der ikke forelå en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6, og at rådet ikke havde dokumenteret nogen mærkbar konkurrencebegrænsning:

*”[...] Selve det forhold, at aftalen må anses for at indeholde en aftale om markedsdeling, er efter ankenævnets opfattelse tilstrækkelig anledning for konkurrencemyndigheden til at søge forholdet bragt til ophør, men der er ikke fornødent grundlag for at karakterisere forholdet som en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6. Der er endvidere ikke i den påklagede afgørelse dokumenteret nogen mærkbar konkurrencebegrænsning i perioden 1998 til 2004 i strid med konkurrencelovens § 6. Da det er dette, som afgørelsen går ud på, ophæver ankenævnet afgørelsen.”*⁸⁵
175. Styrelsen bemærker endvidere, at der ifølge *insolvensaftale-sagen* alene var 24 ud af 290 apoteker, som fik fastlåst deres samhandelsmønster i henhold til insolvensaftalen. Der var således tale om relativt få apoteker, som var omfattet af insolvensaftalen.
176. I nærværende sag vedrører Nomeco og TMJ’s retningslinjer for returnering og kreditering samtlige lægemiddelleverandører og apoteker, som handler med en af de to grossister, hvilket er stort set alle. Retningslinjerne vedlægges som aftale til grossistaftalerne med leverandørerne og har dermed betydning i hele det vertikale led mellem leverandør, grossist og apotek. Der er yderligere tale om betydelige antal returneringer og krediteringer hvert år.

⁸¹ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. juni 2007, *Danmarks Apotekerforening, Nomeco A/S og A/S Max Jenne mod Konkurrencerådet* (ophævet).

⁸² Jf. Konkurrencerådet afgørelse af 30. november 2005, *Insolvensaftalen – ulovligt apotekersamarbejde*.

⁸³ Lbkg nr. 700 af 18. juni 2013 (”Konkurrenceloven”).

⁸⁴ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. juni 2007, *Danmarks Apotekerforening, Nomeco A/S og A/S Max Jenne mod Konkurrencerådet* (ophævet).

⁸⁵ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. juni 2007, *Danmarks Apotekerforening, Nomeco A/S og A/S Max Jenne mod Konkurrencerådet* (ophævet), punkt 8.11.

Eksempelvis blev der alene i 2012 returneret over [xx] mio. pakninger fra apoteker til Nomeco,⁸⁶ jf. nærmere herom i afsnit 4.3.4.2 om mærkbarhed.

177. Af ovennævnte grunde er *insolvensaftale-sagen* og nærværende sag ikke sammenlignelige. Desuden beror det på en konkret vurdering fra sag til sag, om en aftale m.v. har til formål at begrænse konkurrencen. Det følger af fast praksis fra Domstolen, at vurderingen af om en aftale m.v. har et konkurrencebegrænsende formål, skal foretages på grundlag af aftalens indhold, de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår, jf. herom afsnit 4.3.3.1.
178. Til støtte for, at betingelser for returnering og kreditering ikke er væsentlige konkurrenceparametre, har TMJ anført, at logistikkvalitet – i modsætning til betingelserne for returnering og kreditering – er et "*meget centralt konkurrenceparameter*". TMJ har i den forbindelse anført, at Konkurrenceankenævnet i *insolvensaftale-sagen* har betegnet service som et "*relativt svagt*" konkurrenceparameter.
179. Styrelsen er umiddelbart enig i, at logistikkvalitet kan være et væsentligt konkurrenceparameter. Det ændrer imidlertid ikke ved vurderingen af, at andre servicevilkår også er væsentlige konkurrenceparametre, herunder betingelser om (1) gebyrer ved returnering af lægemidler, (2) priskreditering ved ændring af apotekernes indkøbspris og (3) kreditering ved returnering.
180. Med hensyn til TMJs argument om, at Konkurrenceankenævnet i *insolvensaftale-sagen* har betegnet service som et "*relativt svagt*" konkurrenceparameter bemærkes det, at Kommissionen i *SSI-sagen* fandt, at når konkurrencen i forvejen er begrænset som følge af offentlig regulering, er det så meget desto vigtigere, at virksomheder ikke udelukker den konkurrence, der stadig består.⁸⁷
181. TMJ har fremhævet, at logistikkvalitet er et "*meget centralt konkurrenceparameter*".
182. Styrelsen fastholder derfor, at Nomeco og TMJ ved at koordinere betingelser for returnering og kreditering af lægemidler har indgået en aftale m.v. om fastsættelse af væsentlige konkurrenceparametre, som har til formål at begrænse konkurrencen, jf. nærmere herom afsnit 4.3.3.3.
183. Ankenævnets kendelse i *insolvensaftale-sagen* giver dermed ikke anledning til at ændre styrelsens vurdering og konklusion.
184. Nedenfor behandles Nomecos argument om, at styrelsens overvejelser om det konkurrencebegrænsende formål og/eller følge ikke opfylder de krav, som er etableret i retspraksis. Nomeco har i den forbindelse henvist til *GlaxoSmithKline-sagens* præmis 58.⁸⁸
185. Det fremgår af *GlaxoSmithKline-sagens* præmis 58, at "[...] det følger af fast retspraksis, at man ved vurderingen af en aftales konkurrencebegrænsende karakter navnlig skal forholde sig til rækkevidden af dens bestemmelser, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår [...]. Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af en aftales restriktive karakter, er der dog intet, der

⁸⁶ Kilde: Nomeco.

⁸⁷ Jf. Kommissionens beslutning af 15. juli 1982 i sag IV 29.525 og IV/30.000, *SSI*, punkt 100 d.

⁸⁸ EF-Domstolens dom af 6. oktober 2009 i de forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, *GlaxoSmithKline*, præmis 58.

forbyder Kommissionen eller Fællesskabets retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning [...]”

186. Styrelsen bemærker hertil, at styrelsen har anvendt ovennævnte test i vurderingen af, om Nomeco og TMJ's aftale m.v. har til formål at begrænse konkurrencen, jf. afsnit 4.3.3.3.
187. Nomecos argument vedrørende styrelsens anvendelse af retspraksis i forhold til vurderingen af, om aftalen m.v. har et konkurrencebegrænsende formål og/eller følge, giver dermed ikke anledning til at ændre styrelsens vurdering og konklusion.

(iii) Styrelsen har ikke taget den regulatoriske kontekst i betragtning

188. Parterne har anført, at det er en forudsætning for at 14 dages takstsystemet kan fungere, at apotekerne har adgang til returnering og kreditering, og at styrelsen ikke har taget tilstrækkelig højde for den regulatoriske kontekst for en lægemiddelgrossist. Parternes argumenter er behandlet i punkt 465-473 i vurderingsafsnittet, uden at styrelsen har ændret sin vurdering og konklusion.
189. Styrelsen bestrider ikke, at apotekernes adgang til returnering og kreditering er en forudsætning for, at tilskudssystemet med 14 dages prisændringer fungerer, men hverken 14 dages takstsystemet eller den regulatoriske kontekst i øvrigt hindrer Nomeco og TMJ i at have selvstændige betingelser for returnering og kreditering af lægemidler.
190. TMJ har anført, at betingelser for returnering og kreditering under visse omstændigheder kunne have karakter af en skjult rabat, der ikke opfylder lægemiddelovens og reklamebekendtgørelsens bestemmelse om, at rabatter skal være omkostningsbegrundede. TMJ's argument er behandlet i punkt 472-473 i vurderingsafsnittet, uden at styrelsen har ændret sin vurdering og konklusion.

(iv) Påbuddet er ikke egnet til efterlevelse

191. Parterne har anført, at påbuddet ikke er egnet til efterlevelse, da det ikke fremgår, hvordan den påståede overtrædelse skal bringes til ophør.
192. Styrelsen vurderer, at påbuddet er klart og præcist, og at påbuddet ikke går videre end nødvendigt. Påbuddet er desuden i overensstemmelse med seneste praksis fra Konkurrenceankenævnet⁸⁹ og Konkurrencerådet⁹⁰ samt Kommissionen⁹¹. Styrelsen bemærker i den forbindelse, at det er op til parterne at efterleve påbuddet og eventuelt foretage handlinger, som måtte være nødvendige.
193. Ovenstående bemærkninger giver dermed ikke anledning til at ændre styrelsens påbud.

⁸⁹ Jf. eksempelvis Konkurrenceankenævnets kendelse af 9. december 2012, *Deutz*.

⁹⁰ Jf. eksempelvis Konkurrencerådets afgørelse af 25. juni 2014, *Lely's koordinering af priser og markeder*, Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering*, og Konkurrencerådets afgørelse af 26. marts 2014, *CAD opfordrer medlemsværksteder til at boykotte autobutlers udbudsportal, www.autobutler.dk*, som opretholdt ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. oktober 2014, *Centralforeningen af Autoreparatører i Danmark*.

⁹¹ Jf. eksempelvis Kommissionens beslutning af 10. juli 2013 i sag AT.39748, *Automotive Wire Harnesses*.

(v) Andre bemærkninger

194. Parterne har anført en række yderligere bemærkninger, som behandles nedenfor:

a) Betalingen til Nomeco for håndtering af returnering og kreditering afspejler Nomecos omkostninger

195. Nomeco har anført, at [xx].⁹²

196. Styrelsen bemærker indledningsvis, at uanset om håndteringen af returnering af lægemidler er forbundet med omkostninger for grossisterne, er det ikke ensbetydende med, at der ikke kan konkurreres om prisen for denne serviceydelse.

197. Derudover bemærkes, at det er uden betydning, [xx]. Desuden må Nomeco og TMJ – givet deres forskelle i markedsandele – antages at have forskellige omkostningsstrukturer.

198. Der kan i øvrigt henvises til *Beef Industry-sagen*, hvor Domstolen nåede frem til, at de pågældende aftaler havde til formål at begrænse konkurrencen på trods af, at de var indgået med den subjektive hensigt at afhjælpe virkningerne af en krise i sektoren. En aftale kan således have et restriktivt formål, selv om den ikke udelukkende har til formål at begrænse konkurrencen, men ligeledes forfølger andre, lovlige mål.⁹³

199. Ovenstående bemærkninger giver ikke anledning til at ændre styrelsens vurdering og konklusion.

b) Kun 168-190 leverandører leverede lægemidler, som indgår i 14 dages takssystemet

200. Derudover har Nomeco påpeget, at de 566 leverandører, som styrelsen nævner i klagepunktsmeddelelsen, omfatter samtlige leverandører til apoteker i Danmark og i vidt omfang inkluderer leverandører, hvis produkter ikke indgår i 14 dages takssystemet. Efter Nomecos opfattelse er det alene relevant at inddrage de 168 leverandører, hvis lægemidler er apoteksforbeholdte og indgår i 14 dages takssystemet.

201. TMJ har ligeledes anført, at der på nuværende tidspunkt (2014) vurderes at være ca. 193 leverandører af apoteksforbeholdte lægemidler på det danske marked, og at der ved udgangen af 2010 vurderedes at være 190.

202. Styrelsen har tilrettet sagens faktum i overensstemmelse med ovenstående bemærkninger, uden at det giver anledning til at ændre styrelsens vurdering og konklusion.

c) Styrelsen har haft svært ved at lægge sig fast på, hvordan de relevante markeder i sagen skal afgrænses

203. Efter TMJ's opfattelse har styrelsen ikke i tilstrækkeligt omfang taget højde for den regulatoriske kontekst i markedsafgrænsningen. TMJ har påpeget, at der er tale om sammenhængende markeder, hvor den regulerede adfærd på et marked afspejler forholdene og adfærden på et andet marked.

⁹² Jf. Bilag 21: Bilag 2 til Nomecos høringssvar af 5. september 2014.

⁹³ Jf. EF-Domstolens dom af 20. november 2008 i sag C-209/07, *Kommissionen mod Beef Industry m.fl.*, præmis 21.

204. Styrelsen bemærker, at markedsafgrænsningen er foretaget med støtte i tidligere praksis på området med henblik på at konstatere, hvilke konkurrenter, der er i stand til at begrænse de involverede virksomheders adfærd og forhindre dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres, jf. afsnit 4.1.
205. I øvrigt bemærkes det, at det i denne sag ikke er nødvendigt at foretage en endelig afgrænsning af de relevante markeder. Det skyldes, at vurderingen vil være den samme, idet parterne er indbyrdes konkurrenter, uanset om det relevante marked afgrænses snævrere eller bredere.
206. Ovenstående bemærkninger giver ikke anledning til at ændre styrelsens vurdering og konklusion.
- d) Styrelsen har haft indgående kendskab til betingelserne for returnering og kreditering siden 2005*
207. TMJ har anført, at styrelsen i forbindelse med den såkaldte *insolvensaftale-sag*⁹⁴ foretog en grundig vurdering af samhandelsforholdene mellem leverandør, grossist og apotek, hvorfor styrelsen senest under behandlingen af *insolvensaftale-sagen* er blevet fuldt ud bekendt med grossisterens vilkår for returnering og kreditering.
208. Styrelsens bemærker hertil, at styrelsens bekymringer i forbindelse med *insolvensaftale-sagen* var nogle andre end bekymringerne i denne sag.
209. Derudover bemærker styrelsen, at den omstændighed, at styrelsen i forbindelse med *insolvensaftale-sagen* fik kendskab til dokumenter til brug for behandlingen af *insolvensaftale-sagen*, ikke er ensbetydende med, at styrelsen har godkendt indholdet i alle disse dokumenter.
210. Endelig bemærkes, at styrelsen ikke har haft kendskab til Nomeco og TMJ's koordinering af betingelser for returnering og kreditering af lægemidler, før styrelsen i forbindelse med kontrolundersøgelse den 10. januar 2012 i nærværende sag fik kendskab til brev af 26. november 2001.⁹⁵
211. Ovenstående bemærkninger giver ikke anledning til at ændre styrelsens vurdering og konklusion.
- e) Det er den enkelte leverandør og ikke grossisterne som beslutter hvorvidt apotekerne skal have mulighed for returnering og kreditering.*
212. Nomeco har anført, at det reelt er leverandørerne – og ikke Nomeco – som har afgørende indflydelse på apotekernes vilkår for returnering og kreditering. Nomeco har i den forbindelse henvist til e-mail af 12. august 2013 vedrørende syv parallelimportørers udmelding om ny model for priskreditering og returnering af lægemidler i forbindelse med indførelsen af ”CAP 30-reglen” i reklamebekendtgørelsen.⁹⁶
213. Det er styrelsens vurdering, at eftersom Nomeco og TMJ har indgået en aftale m.v. om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering, der specifikt regulerer blandt andet

⁹⁴ Jf. Konkurrencerådet afgørelse af 30. november 2005, *Insolvensaftalen – ulovligt apotekersamarbejde*.

⁹⁵ Jf. Bilag 1: Brev af 26. november 2001 fra MEGROS til samtlige leverandører, vedlagt samlet regelsæt af 1. januar 2002.

⁹⁶ Jf. Bilag 21: Bilag 5 til Nomecos høringssvar af 5. september 2014.

apotekernes adgang hertil samt er udsendt af Nomeco og TMJ til samtlige leverandører, er der således ikke tale om en aftale m.v., som er pånødet grossisterne af leverandørerne.

214. Desuden bemærker styrelsen, at det er uden betydning, at syv parallelimportører har forsøgt at indføre nye vilkår for returnering og kreditering udenom Nomeco, idet forslaget ikke blev gennemført.
215. Ovenstående bemærkning giver dermed ikke anledning til at ændre styrelsens vurdering og konklusion.

f) Brev af [XX]

216. TMJ har henvist til et brev⁹⁷ [xx]. [xx] hvilket ifølge TMJ viser, at betingelser for returnering og kreditering ikke er væsentlige konkurrenceparametre.
217. Styrelsen bemærker, at [xx].
218. [xx] kan ikke tages som udtryk for, at betingelser for returnering og kreditering ikke er væsentlige konkurrenceparametre.
219. Ovenstående bemærkninger giver ikke anledning til at ændre styrelsens vurdering og konklusion.

g) Mindre faktuelle bemærkninger

220. Parterne har derudover fremkommet med nogle mindre faktuelle rettelser, som styrelsens har indarbejdet direkte i afgørelsen, uden at det giver anledning til at ændre styrelsens vurdering og konklusion.^{98 99}

⁹⁷ Jf. Bilag 22: TMJ's høringssvar af 4. september 2014 med bilag 1-2 til styrelsens klagepunktsmeddelelse af 10. juli 2014.

⁹⁸ Jf. Bilag 21: Nomecos høringssvar af 5. september 2014 med bilag 1-5 til styrelsens klagepunktsmeddelelse af 10. juli 2014.

⁹⁹ Jf. Bilag 22: TMJ's høringssvar af 4. september 2014 med bilag 1-2 til styrelsens klagepunktsmeddelelse af 10. juli 2014.

4. VURDERING

4.1 MARKEDSAFGRÆNSNING

221. For at vurdere, om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 er det som udgangspunkt nødvendigt at afgrænse det relevante marked. Det er ikke nødvendigt endeligt at afgrænse det relevante marked i forbindelse med anvendelsen af § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, medmindre det uden en sådan afgrænsning ikke er muligt at afgøre, om aftalen m.v. kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater og/eller har til formål eller til følge mærkbart at begrænse konkurrencen.¹⁰⁰
222. Formålet med at afgrænse et marked er at fastslå, hvilke egentlige konkurrenter, der er i stand til at begrænse de involverede virksomheders adfærd og forhindre dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres.¹⁰¹ Udgangspunktet for markedsafgrænsningen er derfor en analyse af efterspørgsels- og udbudssubstitution.¹⁰²
223. Det relevante marked består af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked.
224. I de følgende afsnit vil det relevante produktmarked og geografiske marked blive undersøgt med henblik på at afgrænse det relevante marked i nærværende sag.

4.1.1 Det relevante produktmarked

225. Ved det relevante produktmarked forstås markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugerne anser for indbyrdes substituerbare på grund af produkternes eller tjenesteydelsernes egenskaber, pris og anvendelsesformål.¹⁰³
226. Ved afgrænsningen af det relevante produktmarked tages der udgangspunkt i de produkter eller tjenesteydelser, som sagen omhandler. Denne sag omhandler grossisters indkøb af lægemidler samt salg af sådanne til apotekerne.
227. Markedet for lægemidler kan underopdeles på baggrund af kategorier af leverandør, engrosforhandler, detailforhandler og produkt.
228. I forhold til leverandørers salg af lægemidler har Kommissionen blandt andet fastslået i *AstraZeneca-sagen* vedrørende en lægemiddelproducent, at der kan afgrænses et separat marked for en bestemt type af lægemidler.¹⁰⁴
229. Hvad angår grossisters indkøb af lægemidler hos lægemiddelproducenter ses der ikke at foreligge tidligere praksis, der endeligt forholder sig til markedsafgrænsningen.

¹⁰⁰ Jf. Rettens dom af 25. oktober 2005 i sag T-38/02, *Groupe Danone mod Kommissionen*, præmis 99.

¹⁰¹ Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked (1997/C 372/02) ("markedsafgrænsningsmeddelelsen"), punkt 2.

¹⁰² Jf. markedsafgrænsningsmeddelelsen, pkt. 13, første punktum.

¹⁰³ Jf. markedsafgrænsningsmeddelelsen, punkt 7.

¹⁰⁴ Jf. Kommissionens beslutning af 15. juni 2005 i sag COMP/A. 37.507/F3 – *AstraZeneca*.

Konkurrencerådet har i forhold til dagligvaregrossisters indkøb overvejet et bredt indkøbsmarked for dagligvarer, der omfatter leverandørerne og deres kunder, herunder grossister.¹⁰⁵ Rådet har desuden fundet, at et sådant indkøbsmarked kan afgrænses til samtlige produkter, der tjener til forsyning af supermarkeder m.v.¹⁰⁶ Rådet lod dog den endelige afgrænsning stå åben. En lignende afgrænsning er anvendt indenfor byggebranchen, hvor styrelsen har overvejet at afgrænse et marked for indkøb af byggematerialer til byggemarkeder og trælaste.¹⁰⁷

230. Med hensyn til grossisters salg af lægemidler, er det endvidere fastslået i praksis, at engrosmarkedet henholdsvis detailmarkedet for farmaceutiske produkter¹⁰⁸ ikke er substituerbare og udgør to separate men relaterede produktmarkeder.¹⁰⁹ Kommissionen har fundet det *sandsynligt*, at der kan afgrænses to separate engrosmarkeder for henholdsvis receptpligtige lægemidler og ikke-receptpligtige lægemidler.¹¹⁰ En anden mulig segmentering af produktmarkedet kan ifølge Kommissionen være engrossalg til hospitaler og andre institutioner i forhold til engrossalg til detailhandelsbutikker.¹¹¹ Endelig har Kommissionen fundet det sandsynligt, at *apotekers* detailsalg af farmaceutiske produkter kan udgøre et separat produktmarked. Det begrundes med, at materialister eller andre detailhandelsbutikker ikke kan antages at udøve et tilstrækkeligt konkurrencepres på apoteker til, at de kan anses for at være på samme marked.¹¹²
231. I fusionssagen vedrørende *Celesios køb af Tjellesen og Max Jenne* fandt Konkurrencerådet, at der kan afgrænses et produktmarked for fuldsortiment-engrosdistribution af lægemidler ("*full-line wholesale distribution of pharmaceuticals*").^{113 114}
232. I *Matas-sagen* vurderede Konkurrencerådet, at der kan afgrænses et produktmarked for de ikke-apoteksforbeholdte håndkøbslægemidler (som eventuelt kan underopdeles afhængig af produkttype) i forhold til kosttilskud og naturlægemidler.^{115 116}

¹⁰⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 25. oktober 2013, *NorgesGruppen Danmark ApS' erhvervelse af fælles kontrol sammen med KFI Erhvervsdrivende Fond over Dagrofa ApS*, afsnit 5.1.4.

¹⁰⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, *Dagrofa A/S' overtagelse af aktierne i ISO-ICA A/S*, punkt 23.

¹⁰⁷ Jf. Konkurrencestyrelsens afgørelse af 29. februar 2008 refereret på Konkurrencerådets møde 26. marts 2008, *Saint Gobain Distribution Nordic AB's overtagelse af aktiekapitalen i DLH Træ & Byg A/S*, afsnit 2.

¹⁰⁸ Omfattende lægemidler fra originalproducent ("*prescription branded*"), receptpligtige lægemidler fra generikaproducent ("*generic*") og liberaliserede håndkøbslægemidler ("*OTC*" eller "*over-the-counter*").

¹⁰⁹ Jf. Kommissionens beslutning af 22. marts 1996 i sag COMP/M.716, *Gehe/Lloyds*, præmis 26.

¹¹⁰ Jf. Kommissionens beslutning af 22. september 2006 i sag COMP/M.4301, *Alliance Boots/Cardinal Health*, præmis 16.

¹¹¹ Kommissionens beslutning af 7. december 2000 i sag COMP/M.2193, *Alliance Unichem/Interpharm*, præmis 8.

¹¹² Kommissionens beslutning af 7. december 2000 i sag COMP/M.2193, *Alliance Unichem/Interpharm*, præmis 9.

¹¹³ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 21. juni 2006, *The acquisition of Tjellesen and Max Jenne by Celesio*, præmis 79.

¹¹⁴ En fuldsortiment-grossist kan levere alle de lægemidler og øvrige varer, der efterspørges på apoteker og sygehusapoteker i Danmark.

¹¹⁵ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 31. januar 2007, *CVC's overtagelse af Matas A/S og en række Matas-butikker*, præmis 158 og 162 samt note 39.

233. I *A-apoteket-sagen* vurderede Konkurrencerådet umiddelbart, at detailsalg af receptpligtige lægemidler fra apoteker kan udgøre et separat produktmarked, som kan afgrænses overfor detailsalg af håndkøbslægemidler.¹¹⁷ Derudover vurderede rådet umiddelbart, at der kan afgrænses et separat detailmarked for apoteksforbeholdte håndkøbslægemidler overfor liberaliserede håndkøbslægemidler.¹¹⁸ Endelig vurderede rådet umiddelbart, at der kan afgrænses et produktmarked for detailsalg af liberaliserede håndkøbslægemidler, der adskiller sig fra detailsalg af andre produkter end lægemidler.¹¹⁹ ¹²⁰ Med hensyn til frihandelsvarer har rådet vurderet, at der kan afgrænses dels et produktmarked for detailsalg af frihandelsvarer, der adskiller sig fra detailsalg af andre produkter end frihandelsvarer¹²¹ – og dels et produktmarked for engrossalg af frihandelsvarer, der adskiller sig fra engrossalg af andre produkter end frihandelsvarer.¹²² Sidstnævnte marked kan muligvis segmenteres yderligere, jf. Konkurrencerådets afgørelse om *lægemiddelgrossisternes rabataftale*.¹²³ I denne sag fandt rådet, at den pågældende aftale vedrørte engroshandel med frihandelsvarer *til apoteker*, uden at der dog blev foretaget en præcis markedsafgrænsning.¹²⁴
234. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at forholdene på lægemiddelmarkedet ikke har ændret sig betydeligt siden Konkurrencerådets afgørelse af 26. juni 2013 i ovennævnte *A-apoteket-sag*.¹²⁵
235. Nomeco og TMJ er begge engrosforhandlere af lægemidler til apoteker i Danmark og er således i direkte konkurrence med hinanden på deres indkøbs- og salgsmarkeder. Derudover er Nomeco og TMJ begge aktive på markedet for engrossalg af frihandelsvarer. Nomeco og TMJ er ikke i konkurrence med AMGROS, som forsyner sygehusene med lægemidler. Det skyldes, at lægemiddelforsyningen til sygehuse som hovedregel er adskilt fra forsyningen til apoteker, idet sygehusenes indkøb ikke er forbundet til det takstsystem, som gælder for de almindelige apoteker.¹²⁶
236. Den konkurrencebegrænsning, der er genstand for undersøgelse i nærværende sag, udspringer af Nomeco og TMJ's koordinering af betingelser for returnering og kreditering af lægemidler. Retningslinjerne har betydning for hele det vertikale led mellem leverandør,

¹¹⁶ Konkurrencerådet lod dog den endelige afgrænsning stå åben, da en snævrere eller bredere markedsafgrænsning ikke havde betydning for den endelige vurdering af effekten af fusionen.

¹¹⁷ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 26. juni 2013, *Konkurrencebegrænsende vedtagelse i A-apoteket*, præmis 205.

¹¹⁸ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 26. juni 2013, *Konkurrencebegrænsende vedtagelse i A-apoteket*, præmis 220.

¹¹⁹ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 26. juni 2013, *Konkurrencebegrænsende vedtagelse i A-apoteket*, præmis 239.

¹²⁰ Konkurrencerådet tog dog ikke endelig stilling til afgrænsningen af de relevante produktmarkeder, idet A-apotekets tilsagn under alle omstændigheder imødekom styrelsens betænkeligheder.

¹²¹ Konkurrencerådets afgørelse af 26. juni 2013, *Konkurrencebegrænsende vedtagelse i A-apoteket*, præmis 256.

¹²² Konkurrencerådets afgørelse af 26. juni 2013, *Konkurrencebegrænsende vedtagelse i A-apoteket*, præmis 272.

¹²³ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 30. september 1998, *Anmeldelse af lægemiddelgrossisternes rabataftale*.

¹²⁴ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 30. september 1998, *Anmeldelse af lægemiddelgrossisternes rabataftale*, afsnit 3.3.

¹²⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 26. juni 2013, *Konkurrencebegrænsende vedtagelse i A-apoteket*.

¹²⁶ Sygehuse kan købe medicin til gældende AIP men køber i langt størstedelen af tilfældene ind via det offentlige indkøbsselskab AMGROS.

grossist og apotek, hvilket omfatter i) leverandørers salg af lægemidler til grossisterne, ii) grossisternes indkøb af lægemidler til forsyning af apoteker, iii) grossisternes salg af lægemidler til apoteker og iv) apotekers detailsalg af lægemidler.

237. Lægemidler anvendes til forebyggelse eller behandling af sygdom og adskiller sig fra andre produkter end lægemidler for så vidt angår indhold, dokumentation for virkninger, kontrol og markedsføring m.v. Lægemidler har således særlige egenskaber, indhold og anvendelsesformål til forebyggelse og behandling af sygdom i modsætning til andre produkter end lægemidler. En aftager vil derfor ikke kunne dække sit behov for lægemidler ved køb af andre produkter end lægemidler. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at der ikke er efterspørgselssubstitution fra lægemidler over imod andre produkter, som ikke er lægemidler.
238. For at kunne håndtere lægemidler skal der opnås tilladelse hertil (fremstilling, indførsel, forhandling m.v.), jf. lægemiddellovens § 39. Derudover kræves der markedsføringstilladelse eller, for så vidt angår apoteker, apotekerbevilling. Tilladelserne opnås ved ansøgning til Sundhedsstyrelsen, som kontrollerer, at den pågældende ansøger råder over personale, lokaler, teknisk udstyr og kontrolmuligheder, der muliggør, at ansøgeren kan overholde reglerne for håndtering af lægemidler. Det er ikke uden omkostninger for en udbyder af andre produkter end lægemidler at udvide sit produktsortiment til at omfatte lægemidler. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at der ikke er udbudssubstitution fra andre produkter end lægemidler over imod lægemidler.
239. Det er styrelsens vurdering, at der kan afgrænses fire relevante produktmarkeder, der er indbyrdes forbundne:
- Markedet for leverandørers salg af lægemidler
 - Markedet for grossisters indkøb af lægemidler til forsyning af apoteker
 - Markedet for grossisters salg af lægemidler til apoteker
 - Markedet for apotekers detailsalg af lægemidler
240. De relevante produktmarkeder kan sandsynligvis i overensstemmelse med tidligere praksis segmenteres yderligere i henholdsvis, men ikke begrænset til, receptpligtige lægemidler, apoteksforbeholdte håndkøbslægemidler og liberaliserede håndkøbslægemidler. En nærmere afgrænsning af produktmarkedet har dog ikke betydning for sagens udfald, og styrelsen vil derfor lade spørgsmålet stå åbent.
241. Det skyldes, at Nomeco og TMJ er aktuelle eller potentielle konkurrenter på de markeder hvor de agerer, uanset om produktmarkederne afgrænses bredere eller snævrere, jf. punkt 438-440. På baggrund af karakteren af overtrædelsen (horisontal aftale vedrørende priser på indkøbs- og salgsmarkeder) er det styrelsens vurdering, at der både ved den snævrere og den bredest mulige afgrænsning foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101. På den baggrund er det ikke nødvendigt at foretage en endelig afgrænsning af det relevante produktmarked.

4.1.2 Det relevante geografiske marked

242. Ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor de involverede virksomheder udbyder eller efterspørger produkter eller tjenesteydelser, som har tilstrækkelig ensartede

konkurrencevilkår, og som kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene dér er meget anderledes.¹²⁷

243. I *insolvensaftale-sagen* vurderede Konkurrencerådet, at markedet for engrosdistribution af medicinalvarer kunne afgrænses nationalt til Danmark.¹²⁸ I fusions sagen vedrørende *Celesios køb af Tjellesen og Max Jenne* fandt Konkurrencerådet ligeledes, at markedet for fuldsortiment-engrosdistribution af lægemidler kan afgrænses nationalt til Danmark.¹²⁹ Endelig for så vidt angår markedet for håndkøbslægemidler¹³⁰ har Konkurrencerådet i *Matas-sagen* fastslået, at markedet kan afgrænses nationalt til Danmark.¹³¹
244. Der kræves som nævnt særlig tilladelse til at handle med lægemidler i Danmark, og der er fastsat regler om håndteringen af lægemidler, som virksomhederne skal overholde. Det følger således af lægemiddelovens § 39, at blandt andet fremstilling, indførsel, forhandling og udlevering af lægemidler kun må ske med tilladelse fra Sundhedsstyrelsen.
245. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at de relevante produktmarkeder for henholdsvis leverandørers salg af lægemidler, grossisters indkøb af lægemidler til forsyning af apoteker, grossisters salg af lægemidler til apoteker og apotekers detailsalg af lægemidler kan afgrænses nationalt til Danmark. Det skyldes, at Nomeco og TMJ er landsdækkende grossister, som begge servicerer apoteker i hele Danmark. Det forhold, at der mellem Danmark og øvrige lande er relativt store prisforskelle på lægemidler, understøtter ligeledes, at de geografiske markeder kan afgrænses nationalt til Danmark.
246. Det er styrelsens vurdering, at de relevante produktmarkeder umiddelbart kan afgrænses nationalt til Danmark.
247. Styrelsen har dog ikke foretaget en endelig afgrænsning af de relevante geografiske markeder, da en nærmere afgrænsning af det geografiske marked ikke har betydning for sagens udfald.
248. Det skyldes, at Nomeco og TMJ er aktuelle eller potentielle konkurrenter på de markeder hvor de agerer, uanset om de geografiske markeder afgrænses bredere eller snævrere, jf. punkt 438-440. På baggrund af karakteren af overtrædelsen (horisontal aftale vedrørende priser på indkøbs- og salgsmarkeder) er det styrelsens vurdering, at der både ved den snævrere og den bredest mulige afgrænsning foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101. På den baggrund er det ikke nødvendigt at foretage en endelig afgrænsning af det relevante geografiske marked.

¹²⁷ Jf. markedsafgrænsningsmeddelelsen, punkt 8.

¹²⁸ Konkurrencerådet afgørelse af 30. november 2005, *Insolvensaftalen – ulovligt apotekersamarbejde*, præmis 104.

¹²⁹ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 21. juni 2006, *The acquisition of Tjellesen and Max Jenne by Celesio*, præmis 116.

¹³⁰ Det vil sige apoteksforbeholdte håndkøbslægemidler og liberaliserede håndkøbslægemidler.

¹³¹ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 31. januar 2007, *CVC's overtagelse af Matas A/S og en række Matas-butikker*, præmis 163.

4.1.3 Konklusion vedrørende markedsafgrænsning

249. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at der kan afgrænses fire relevante produktmarkeder, der er indbyrdes forbundne:
- Markedet for leverandørers salg af lægemidler
 - Markedet for grossisters indkøb af lægemidler til forsyning af apoteker
 - Markedet for grossisters salg af lægemidler til apoteker
 - Markedet for apotekers detailsalg af lægemidler
250. Alle fire produktmarkeder kan umiddelbart afgrænses nationalt til Danmark.
251. Styrelsen har dog ikke foretaget en endelig afgrænsning af de relevante markeder, da det ikke vurderes nødvendigt i nærværende sag. Det skyldes, at Nomeco og TMJ er aktuelle eller potentielle konkurrenter på de markeder hvor de agerer, uanset om de relevante markeder afgrænses bredere eller snævrere, jf. punkt 438-440. På baggrund af karakteren af overtrædelsen (horisontal aftale vedrørende priser på indkøbs- og salgsmarkeder) er det styrelsens vurdering, at der både ved den snævrere mulige og den bredest mulige afgrænsning foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101. På den baggrund er det ikke nødvendigt at foretage en endelig afgrænsning af det relevante marked.

4.2 SAMHANDELSPÅVIRKNING

252. Efter forordning nr. 1/2003¹³² skal det undersøges, om en eventuel konkurrencebegrænsende aftale mærkbart kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Hvis det er tilfældet, er Konkurrencerådet forpligtet til at anvende TEUF artikel 101.¹³³
253. Ved vurdering af, om en aftale m.v. mærkbart kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater fremgår det af selve ordlyden af TEUF artikel 101 og Kommissionens samhandelsmeddelelse¹³⁴, at der især skal lægges vægt på følgende tre kriterier:
- Handelen mellem medlemsstater
 - Kan påvirke
 - Mærkbart
254. Først og fremmest omfatter "handel" alle former for økonomisk aktivitet. Ifølge fast EU-praksis omfatter begrebet også aftaler m.v. der påvirker konkurrencestrukturerne på markedet.¹³⁵ Også i de tilfælde, hvor det relevante geografiske marked er nationalt eller subnationalt kan kriteriet være opfyldt.¹³⁶

¹³² Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 ("forordning nr. 1/2003"). EF-traktatens artikel 81 og 82 er blevet til henholdsvis artikel 101 og 102 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde ("TEUF"). De to sæt bestemmelser er i det væsentlige identiske. I forordninger og meddelelser vedtaget inden 1. december 2009 skal henvisninger til EF-traktatens artikel 81 og 82 forstås som henvisninger til TEUF artikel 101 og 102.

¹³³ Jf. forordning nr. 1/2003, artikel 3, stk. 1.

¹³⁴ Jf. Kommissionens meddelelse af 27. april 2004 om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 (2004/C 101/07) ("samhandelsmeddelelsen"), punkt 18.

¹³⁵ Jf. samhandelsmeddelelsens punkt 20.

¹³⁶ Jf. samhandelsmeddelelsens punkt 22.

255. Kriteriet "kan påvirke" er opfyldt, når aftalen m.v. *"på grund af samtlige objektive, retlige og faktiske forhold kan forudses med tilstrækkelig sandsynlighed, [...] direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt øver indflydelse på samhandelen mellem medlemsstater."*¹³⁷ Internationale transaktioner vil således kunne påvirke handelen mellem medlemsstater.¹³⁸
256. Endelig skal påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstater være "mærkbar". Kommissionen har opstillet en gendrivelig negativ formodningsregel for, hvornår en aftale m.v. i princippet ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne mærkbart – den såkaldte NAAT-regel.¹³⁹ Ifølge NAAT-reglen er der en formodning for, at aftalen m.v. ikke påvirker samhandelen mærkbart, når følgende kumulative betingelser er opfyldt:
- parterne har ikke på nogen af de relevante markeder inden for EU en samlet markedsandel på over 5 pct., og
 - de deltagende virksomheder har ikke en samlet årlig omsætning inden for EU indenfor de produkter, der er omfattet af aftalen m.v., på over 40 mio. euro (knap 300 mio. kr.).
257. Nomeco og TMJ's engrossalg af lægemidler har hidtil været til apoteker i Danmark, men anvendelse af handelspåvirkningskriteriet er uafhængig af definitionen af det relevante geografiske marked.¹⁴⁰ Nomeco og TMJ er i praksis uomgængelige handelspartnere for både danske og internationale leverandører, som ønsker at entrere eller ekspandere på det danske marked med henblik på at afsætte/importere deres lægemidler til apoteker i Danmark. Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering af lægemidler vedlægges grossistaftaler med internationale¹⁴¹ og nationale leverandører og gælder i hele det vertikale led mellem leverandør, grossist og apotek.
258. En stor del af de lægemidler, der sælges via apoteker på det danske marked, kommer fra internationale leverandører, som stort set alle entrerer med Nomeco og/eller TMJ for at afsætte deres lægemidler til apotekerne. Derfor bliver apotekernes indkøb af lægemidler ligeledes påvirket af leverandørernes mulighed for at sælge lægemidler til Nomeco og TMJ.
259. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at grossisternes adfærd med tilstrækkelig sandsynlighed kan påvirke handelen mellem medlemsstater.
260. Derudover er tærskelværdierne i NAAT-reglen overskredet, idet der tale om to store grossistvirksomheder, der tilsammen har en omsætning på ca. 8,8 mia. kr. og en markedsandel tæt på 100 pct. Betingelserne i NAAT-reglen er dermed ikke opfyldt.
261. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's adfærd kan påvirke samhandelen mellem mellemstater mærkbart. Dermed skal nærværende sag behandles både efter konkurrencelovens og TEUF's regler.

¹³⁷ Jf. samhandelsmeddelelsens punkt 23.

¹³⁸ Jf. EF-Domstolen dom af 14. juli 1981 i sag 172/80, *ZÜCHNER*, præmis 18.

¹³⁹ Jf. samhandelsmeddelelsens punkt 52. NAAT står for "no appreciable affectation of trade", jf. samhandelsmeddelelsens punkt 3.

¹⁴⁰ Jf. samhandelsmeddelelsens punkt 22.

¹⁴¹ Jf. Bilag 20: Eksempler på, at retningslinjer for returnering og kreditering af farmaceutiske specialiteter af 1. januar 2002 vedlægges som standard til grossistaftaler (aftale af 1. marts 2011 mellem [xx] og TMJ og aftale af 1. maj 2011 mellem [xx] og TMJ).

262. Klagepunktsmeddelelsen af 10. juli 2014 har derfor været forelagt Europa-Kommissionen, der ikke har ønsket at indlede en procedure efter artikel 11, stk. 6, i forordning 1/2003. Konkurrencerådet kan derfor træffe afgørelse i denne sag.

4.3 KONKURRENCELOVENS § 6 OG TEUF ARTIKEL 101

263. Forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 omfatter aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart.
264. Der er fire betingelser, der alle skal være opfyldt for, at konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 finder anvendelse. Der skal være tale om:
- 1) erhvervsvirksomheder, der
 - 2) indgår en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller udøver samordnet praksis, som
 - 3) har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen
 - 4) mærkbart.
265. I det følgende vil det blive vurderet, hvorvidt den i sagen omhandlede adfærd opfylder disse fire betingelser.

4.3.1 Virksomhedsbegrebet

266. Den første betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 finder anvendelse, er som nævnt, at der skal være tale om "erhvervsvirksomheder" eller en "sammenslutning af erhvervsvirksomheder".
267. Begrebet "erhvervsvirksomheder" skal fortolkes meget bredt, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 1, hvorefter loven omfatter "*enhver form for erhvervsvirksomhed.*" Det præciseres yderligere i forarbejderne til loven, at begrebet omfatter "*enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer eller tjenester.*"¹⁴²
268. Denne fortolkning er i overensstemmelse med EU-praksis, idet EF-Domstolen har fastslået, at begrebet erhvervsvirksomhed omfatter:
- "enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde [...]."*¹⁴³
269. Nomeco og TMJ udøver økonomisk aktivitet i form af indkøb og videresalg samt distribution af lægemidler. De er derfor omfattet af begrebet "erhvervsvirksomhed" i konkurrencelovens forstand.
270. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at betingelsen om at der skal være tale om erhvervsvirksomheder, er opfyldt.

¹⁴² Jf. Forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997 (FT 1996/97, tillæg A, s. 3653).

¹⁴³ Jf. EF-Domstolens dom af 23. april 1991 i sag C-41/90, *Höfner & Elser*, præmis 21.

4.3.2 Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

271. Den anden betingelse for at forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 finder anvendelse er som nævnt, at der skal være tale om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis.
272. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb og omfatter både mundtlige og skriftlige aftaler, udtrykkelige og stiltiende aftaler samt fx "gentlemen's agreements".
273. Det afgørende for, om der foreligger en aftale efter konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, er, at de involverede virksomheder har udtrykt en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde. Det er uden betydning, hvordan aftalen kommer til udtryk, når blot den korrekt afspejler parternes vilje.¹⁴⁴
274. Der stilles indenfor konkurrenceretten ikke krav om, at en aftale antager en juridisk bindende form, at der er fastsat sanktioner mellem aftaleparterne, eller at aftalen kan tvangsfuldbyrdes. Det er endvidere ikke afgørende om virksomhederne føler sig forpligtet – juridisk, faktisk eller moralsk – til at udvise den aftalte adfærd.¹⁴⁵
275. Samordnet praksis mellem virksomheder er også omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1. Samordnet praksis er en form for koordinering mellem virksomheder, som uden at være udmøntet i en egentlig aftale, bevidst erstatter konkurrencerisikoen med et praktisk samarbejde.¹⁴⁶ Der er overordnet tre kriterier, der skal være opfyldt, for at der er tale om en samordnet praksis er. For det første skal der være en eller anden form for kontakt mellem virksomhederne, fx afholdelse af møder, korrespondancer eller udveksling af informationer. For det andet skal der foreligge "meeting of minds", det vil sige viljemæssig tilpasning eller en fælles forståelse om at agere på en bestemt måde (i modsætning til en parallel adfærd, hvor virksomhederne ganske vist agerer ens, men uden at det beror på en fælles forståelse). For det tredje skal der foreligge en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af samordningen, samt årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden.¹⁴⁷
276. Grænserne mellem, hvornår der foreligger en aftale og en samordnet praksis, er flydende og beror primært på, om der kan bevises en egentlig aftale, eller om beviserne peger mere i retning af den viljemæssige tilpasning, som karakteriserer en samordnet praksis.
277. I *Anic Partecipazioni-sagen* udtalte EF-Domstolen, at:

"Det fremgår af sammenligningen mellem begrebet "aftale" og "samordnet praksis" [...], at begreberne, set fra et subjektivt standpunkt, omfatter former for hemmelig forståelse, som er af samme karakter, og som kun adskiller sig fra hinanden ved deres grad og den form, herunder de kommer til udtryk.

¹⁴⁴ Jf. Rettens i Første Instans' dom af 26. oktober 2000 i sag T-41/96, *Bayer*, præmis 69, og EF-domstolens dom af 6. januar 2004 i de forenede sager C-2/01 P og C-3/01 P, *Bayer*, præmis 118.

¹⁴⁵ Jf. fx Retten i Første Instans' dom af 20. marts 2002 i sag T-9/99, *Rørkartel*, præmis 199-200.

¹⁴⁶ Jf. EF-Domstolen dom af 14. juli 1972 i sag 48/59, *ICI*, præmis 64.

¹⁴⁷ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 25. januar 2012, *Konkurrencebegrænsende samordning i ejendomsmæglerbranchen*, punkt 289.

278. Heraf følger, at begreberne »aftale« og »samordnet praksis« nok har delvis forskellige grundelementer, men at de ikke er indbyrdes uforenelige. Retten havde følgelig i modsætning til hvad Anic har påstået, ikke pligt til at kræve, at Kommissionen kvalificerede hver enkelt konstateret handling som enten aftale eller samordnet adfærd, men var berettiget til at antage, at Kommissionen korrekt principalt havde kvalificeret nogle af handlingerne som »aftale«, og subsidiært andre som »samordnet praksis«¹⁴⁸ I samme retning udtalte Retten i *Limburgse-sagen*, at:

"The Commission is therefore entitled to classify that type of complex infringement as an agreement 'and/or' concerted practice, inasmuch as the infringement includes elements which are to be classified as an 'agreement' and elements which are to be classified [sic] as a 'concerted practice'.

In such a situation, the dual classification must be understood not as requiring simultaneous and cumulative proof that every one of those factual elements reveals the factors constituting an agreement and a concerted practice, but rather as designating a complex whole that includes factual elements of which some have been classified as an agreement and others as a concerted practice within the meaning on Article 85(1) of the Treaty, which does not provide for any specific classification in respect of that type of complex infringement."¹⁴⁹

279. Det er på den baggrund 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.

4.3.2.1 Nomeco og TMJ's fælles brev af 26. november 2001 opfylder aftalebegrebet

280. Den konkurrencebegrænsning, som er genstand for undersøgelse i denne sag, er Nomeco og TMJ's fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering af lægemidler. Retningslinjerne indeholder regler for priskreditering samt hvordan og hvornår returnering og kreditering skal ske i forholdet mellem i) apotek og grossist og ii) grossist og leverandør.
281. Som omtalt i afsnit 3.4.3 var regelsættet indtil midten af halvfemserne en branchestandard udarbejdet af brancheorganisationerne LIF, MEDIF, MEFA og MEGROS. Men en ændring i konkurrencelovgivningen¹⁵⁰ medvirkede til, at regelsættet ifølge Nomecos oplysninger ophørte med at være branchestandard.¹⁵¹

¹⁴⁸ Jf. EF-Domstolens dom af 8. juli 1999 i sag C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, præmis 131-132.

¹⁴⁹ Jf. 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.

¹⁵⁰ Med virkning fra 1. januar 1998 blev forbudsprincippet indført i dansk konkurrencelovgivning. Princippet indebærer, at konkurrencebegrænsende aftaler er forbudt fra det øjeblik, de bliver vedtaget eller effektueret.

¹⁵¹ Jf. Bilag 9: Brev af 24. august 2010 fra Nomeco til Lægemiddelstyrelsen, vedlagt oversigt over udbetalte priskrediteringer fra Nomeco i perioden januar 2007 - juli 2010.

282. Den 26. november 2001 udsendte A/S Max Jenne, K.V. Tjellesen A/S (nu fusioneret til TMJ) og Nomeco i fællesskab et brev til samtlige leverandører med varslng om ændring af grossisternes gældende regelsæt for returnering og kreditering:

"Retningslinier for returnering og kreditering af farmaceutiske specialiteter

På opfordring fra flere leverandører har lægemiddelgrossisterne gennemgået de gældende retningslinier for returnering og kreditering af farmaceutiske specialiteter.

Leverandørerne begrundet deres ønsker om en gennemgang af regelsættet med, at det nugældende regelsæt stammer fra en tid med et relativt stabilt marked og derfor ikke tager tilstrækkeligt hensyn til de mange – og ofte store – prisstigninger, og dermed store værdistigninger af grossisternes varelager, vi oplever nu.

Grossisterne har derfor besluttet at ændre regelsættet mellem grossist og leverandør, afsnit 1.5 årsagskode 5, der omhandler ændringer af AIP, så grossisterne på anfordring tilbagebetaler leverandøren værdistigninger af varelageret med den del, der overstiger 10% af prisstigningen. Hvis en pris forøges med f.eks. 25% tilbagebetaler grossisterne 15% til leverandøren.

Regelsættets afsnit 1.5 er ændret i overensstemmelse med det ovenfor beskrevne, og er eneste ændring af det samlede regelsæt.

Af praktiske årsager har vi valgt at fremsende et samlet regelsæt til erstatning for det hidtidige.

Ændringen vil træde i kraft den 1. januar 2002.

Med venlig hilsen

A/S Max Jenne Nomeco A/S K.V. Tjellesen A/S¹⁵²

[Styrelsens understregning]

283. Ovennævnte brev fremstår på MEGROS' brevpapir, og afsendere af brevet er de tre grossister, som på daværende tidspunkt var eneste medlemmer af MEGROS.
284. Brevet omtaler udtrykkeligt et samlet regelsæt, som gælder for alle grossisterne ("vi [har] valgt at fremsende et samlet regelsæt til erstatning for det hidtidige."). Grossisterne omtales i flertal ("vi"), hvorimod både det tidligere regelsæt ("det hidtidige") og det nye ("et samlet regelsæt") omtales i ental. Den valgte formulering viser, at der gælder et samlet – og dermed et fælles – regelsæt. Såfremt der ikke skulle gælde et fælles regelsæt, men derimod selvstændige regelsæt, ville det ikke give mening for grossisterne at udsende "et samlet regelsæt" i fællesskab.
285. Endvidere fremgår det af brevets første linje, at regelsættet er blevet gennemgået af grossisterne ("lægemiddelgrossisterne [har] gennemgået de gældende retningslinier"). Selvom det ikke entydigt kan udledes af ordlyden af denne linje, hvorvidt regelsættet er blevet drøftet mellem grossisterne eller gennemgået individuelt af hver grossist, viser brevets øvrige afsnit,

¹⁵² Jf. Bilag 1: Brev af 26. november 2001 fra MEGROS til samtlige leverandører, vedlagt samlet regelsæt af 1. januar 2002.

at grossisterne har truffet en beslutning, som forudsætter en forudgående koordinering mellem dem ("*Grossisterne har derfor besluttet at ændre regelsættet mellem grossist og leverandør, afsnit 1.5*" sammenholdt med "*Regelsættets afsnit 1.5 [...] er eneste ændring af det samlede regelsæt*"). I beslutningen om, at den "*eneste ændring*" er afsnit 1.5, ligger således også en beslutning om ikke at ændre andet og dermed at fastholde de øvrige afsnit.

286. Brevet viser, at grossisterne – i regi af MEGROS – har truffet en fælles beslutning om dels at ændre en konkret betingelse i regelsættet og dels at videreføre de resterende betingelser i det allerede gældende regelsæt.
287. Ifølge EU-praksis kan et dokument være tilstrækkeligt til at bevise en overtrædelse af konkurrencereglerne, herunder eksistensen af en aftale. *Cimenteries-sagen* er et eksempel herpå:

"Det må imidlertid fastslås, at der ikke findes et fællesskabsretligt princip, der er til hinder for, at Kommissionen alene støtter sig på et enkelt dokument, når den fastslår, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikel [101, stk. 1], forudsat at der ikke er nogen tvivl om dokumentets bevisværdi, og at dokumentet i sig selv med sikkerhed viser, at overtrædelsen forelå. Ved vurderingen af bevisværdien af et dokument må der først og fremmest tages hensyn til sandsynligheden af den beretning, som dokumentet indeholder. Der må herved navnlig tages hensyn til, fra hvem dokumentet hidrører, under hvilke omstændigheder det er blevet til, hvem det er rettet til, og om dokumentet efter sit indhold virker fornuftigt og troværdigt [...]"¹⁵³

[Styrelsens understregning]

288. På baggrund af ordlyden af brevet af 26. november 2001 samt de med brevet vedlagte fælles retningslinjer er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at der ikke er nogen tvivl om dokumentets bevisværdi, og at dokumentet i sig selv med sikkerhed viser, at overtrædelsen foreligger.
289. Styrelsen vurderer herudover, at der også er bevis for, at der foreligger en samordnet praksis. Der kan i den forbindelse henvises til *Cimenteries-sagen*, hvor Retten i Første Instans udtalte, at grebet samordnet praksis forudsætter:

"[...] kontakt, der er kendetegnet ved gensidighed [...]. Denne betingelse er opfyldt, når en konkurrent efter ønske fra en anden eller med dennes accept over for vedkommende afslører, hvad han agter at foretage sig, eller hvilken adfærd han fremtidigt vil indtage på markedet."¹⁵⁴

290. Som nævnt er det afgørende, at der er tilstrækkelige beviser for, at der har foreligget en aftale "og/eller" en samordnet praksis, mens det ikke nødvendigt at fastslå præcis, hvilken af de to kategorier der er tale om.

¹⁵³ 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.

¹⁵⁴ 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 1849.

291. Det er styrelsens vurdering, at materialet indeholder tilstrækkeligt bevis for, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale "og/eller" samordnet praksis. Materialet viser, at Nomeco og TMJ i fællesskab – i regi af MEGROS – har udsendt tilrettede retningslinjer af 1. januar 2002 til samtlige leverandører af lægemidler, hvilket forudsætter, at parterne på forhånd er nået til enighed om indholdet af dem. Det fælles brev indebærer således, at der har været en forudgående kontakt mellem virksomhederne og en fælles forståelse om at agere på en bestemt måde på markedet. Brevet er udsendt til samtlige leverandører, og ifølge sagens oplysninger har retningslinjerne som følge heraf været anvendt i praksis af leverandørerne i hvert fald indtil midten af 2011, jf. nedenfor.
292. Derudover viser sagens materiale, at også apotekerne er omfattet af Nomeco og TMJ's koordinering og at apotekerne i praksis har anvendt Nomeco og TMJ's betingelser for returnering og kreditering af lægemidler.¹⁵⁵
293. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at de tre kriterier for, hvornår der foreligger en samordnet praksis, som nævnt i punkt 275, er opfyldt.
294. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at Nomeco, Max Jenne og K.V. Tjellesen ved deres fælles brev af 26. november 2001 har indgået en aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering af lægemidler. Max Jenne og K.V. Tjellesen er sidenhen fusioneret til TMJ, hvorved det konkurrenceretlige ansvar er overført til TMJ ved fusionen.¹⁵⁶

Parterne har ikke anført argumenter som modbeviser eksistensen af en aftale og/eller samordnet praksis

295. Nomeco har i sit høringsvar til styrelsens klagepunktsmeddelelse anført, at en parallel adfærd ikke udgør et bevis for koordinering mellem Nomeco og TMJ. Nomeco har i den forbindelse henvist til Domstolens dom i sag C-89/85, *Ahlström m.fl. (Cellulose II-sagen)*, hvor det blev fastslået, at parallel adfærd ikke udgør et tilstrækkeligt bevis på samordning, når der kan være andre sandsynlige forklaringer på den parallelle adfærd.
296. Styrelsen bemærker indledningsvist, at spørgsmålet om parallel adfærd alene er relevant, hvis der ikke foreligger beviser for eksistensen af en aftale og/eller samordnet praksis. I denne sag foreligger der beviser for eksistensen af en aftale og/eller samordnet praksis og spørgsmålet om parallel adfærd er derfor ikke relevant.
297. Parternes fælles udsendelse af brevet af 26. november 2001¹⁵⁷ er ikke et udtryk for en ukoordineret parallel adfærd. Som behandlet ovenfor viser brevet, at der har fundet en koordinering sted mellem parterne om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering.
298. Det er derfor styrelsens vurdering, at Nomecos argument vedrørende parallelle adfærd ikke giver anledning til at ændre vurderingen af, at Nomeco og TMJ har indgået en aftale og/eller samordnet praksis.

¹⁵⁵ Jf. Bilag 12: E-mail af 27. juni 2011 fra DA til MEGROS, LIF, IGL og PFL, vedhæftet *Udkast til Brancheaftale*.

¹⁵⁶ Jf. Østre Landsrets dom af 25. april 2005, *Anklagemyndigheden mod T* (Ufr 2005.2343 Ø).

¹⁵⁷ Jf. Bilag 1: Brev af 26. november 2001 fra MEGROS til samtlige leverandører, vedlagt samlet regelsæt af 1. januar 2002.

299. Nomeco og TMJ har derudover i deres hørings svar til styrelsens klagepunktsmeddelelse oplyst, at de individuelt har forhandlet betingelser i retningslinjerne for returnering og kreditering med leverandører.^{158 159}
300. Nomeco har anført, at *"Nomeco i dag har aftalt vilkår for returnering og kreditering, der både adskiller sig fra Schedule X og fra 2002-retningslinjerne, med [xx] leverandører, som tegner sig for [xx] % af Nomecos omsætning af lægemidler indenfor 14-dages takstsystemet."*
301. TMJ har ligeledes anført følgende: *"De af TMJ individuelt forhandlede vilkår om returnering og kreditering har således efter TMJ's opfattelse dækket ca. [xx] % af TMJ's samhandel med apotekerne og ca. [xx] % af TMJ's samhandel med hospitalsapoteker."*
302. Styrelsen bemærker hertil for det første, at afvigelser fra en konkurrencebegrænsende aftale ikke medfører, at aftalen ikke har eksisteret eller ikke længere eksisterer. Det fremgår blandt andet af Retten i Første Instans' dom i *Comap-sagen*:

"Den omstændighed, at kartellet ikke overholdes, ændrer [ikke] på, at der er tale om et kartel. Det kan således ikke i det foreliggende tilfælde antages, at sagsøgerens deltagelse i overtrædelsen var ophørt i den undersøgte periode alene som følge af, at sagsøgeren udnyttede kartellet til egen fordel, idet selskabet ikke fuldt ud overholdt de aftalte priser."

Medlemmerne af et kartel er således fortsat konkurrenter, hvor hver enkelt på et hvilket som helst tidspunkt kan være fristet til at udnytte de andres prisdisciplin i kartellet til at sænke sine egne priser med henblik på at øge sin markedsandel, samtidig med at der opretholdes et generelt forholdsvist højt prisniveau. Den omstændighed, at sagsøgeren ikke altid har anvendt de aftalte priser, indebærer under alle omstændigheder ikke, at selskabet anvendte de priser, det kunne have forlangt, hvis kartellet ikke havde eksisteret."¹⁶⁰

[Styrelsens understregning]

303. For det andet fremgår det af Nomecos og TMJ's hørings svar, at parterne har forhandlet individuelle betingelser for returnering og kreditering i henholdsvis [xx] pct.^{161 162} og [xx] pct.¹⁶³ af samhandlen med leverandørerne af lægemidler indenfor 14 dages takstsystemet.

¹⁵⁸ Jf. Bilag 16: Eksempler på afvigelser fra retningslinjer for returnering og kreditering (Nomecos svar af 13. maj 2013 på styrelsens meddelelse om betænkeligheder af 10. april 2013).

¹⁵⁹ Jf. Bilag 17: Eksempel på afvigelse fra retningslinjer for returnering og kreditering (TMJ's svar af 13. maj 2013 på styrelsens meddelelse om betænkeligheder af 10. april 2013).

¹⁶⁰ 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 Rettens i Første Instans' dom af 14. maj 1998 i sag T-308/94, *Cascades mod Kommissionen*, præmis 230, vedrørende formildende omstændigheder ved bødeudmåling.

¹⁶¹ Jf. Bilag 21: Nomecos hørings svar af 5. september 2014 med bilag 1-5 til styrelsens klagepunktsmeddelelse af 10. juli 2014.

¹⁶² Nomeco har i den forbindelse som bilag 3 til sit hørings svar vedlagt en oversigt, der viser samtlige af Nomecos leverandører af lægemidler indenfor 14 dages takstsystemet i de senest 12 måneder. Af bilaget fremgår, hvilke leverandører, som i dag anvender Nomecos Schedule X, og hvilke der har aftalt nogle alternative vilkår.

¹⁶³ Jf. Bilag 22: TMJ's hørings svar af 4. september 2014 med bilag 1-2 til styrelsens klagepunktsmeddelelse af 10. juli 2014.

Styrelsen bemærker hertil, at dette dog samtidig betyder, at Nomeco og TMJ i de fleste tilfælde (henholdsvis [xx] pct. og [xx] pct.) ikke har fraveget retningslinjerne fra 2002.

304. Det forhold, at Nomeco og TMJ måtte have indgået individuelle forhandlinger med visse af deres leverandører, ændrer derfor ikke på styrelsens vurdering af, at Nomeco og TMJ har indgået en aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering af lægemidler.
305. TMJ har i sit høringssvar til styrelsens klagepunktsmeddelelse anført, at parternes adfærd i forlængelse af deres fælles udmelding i 2001 tydeliggør, at TMJ og Nomeco ikke på nogen måde har koordineret indholdet af de endelige betingelser mellem den enkelte grossist og grossistens samhandels partnere. TMJ henviser til mødereferat i MEGROS den 18. januar 2002:

*"De enkelte grossister kontakter hver især leverandørerne og diskuterer samhandelsbetingelserne, herunder også hvilke returnerings- og krediteringsbetingelser, der skal være gældende."*¹⁶⁴

306. TMJ henviser yderligere til MEGROS' udsendelse af fire enslydende breve til fire forskellige leverandører af lægemidler:

*"[...] eventuelle diskussioner om vejledningens indhold i relation til samhandelsforholdet mellem MEGROS' medlemmer og [leverandør] vil efterfølgende blive behandlet af de enkelte medlemmer."*¹⁶⁵

307. Styrelsen bemærker for det første, at udmeldingen henviser til MEGROS' medlemmer i flertal og retningslinjerne i ental ("vejledningens"), hvilket understøtter, at der er tale om et fælles aftalt sæt retningslinjer.
308. Styrelsen bemærker for det andet, at udmeldingen alene rettes til fire leverandører og sker efter den fælles udsendelse af brev af 26. november 2001 til samtlige leverandører.
309. Ovennævnte mødereferat af 27. november 2001 i Nomeco viser, at "Samtlige leverandører af lægemidler er med MEGROS' brev af 26.11.2002 [sic!] blevet informeret om ovenstående [indholdet af brev]. Kopi af brevet vedlægges til information."¹⁶⁶ [styrelsens understregning].
310. Endvidere fremgår det af MEGROS' mødereferat af 18. januar 2002, at "*MEGROS har modtaget henvendelse fra 4 leverandører, der kommenterer den vejledning til returnering og kreditering, som de tre grossister udsendte samlet. Det fremgår af henvendelserne, at disse leverandører fejlagtigt har opfattet MEGROS som forhandlingspart og ikke bare som formidler af vejledningen.*"
311. Som det fremgår af mødereferatet, anså MEGROS sig alene som formidler af vejledning og ikke forhandlingspart. Det forhold, at retningslinjerne efterfølgende skal forhandles mellem grossist og leverandør er dog ikke ensbetydende med, at grossisternes ikke har indgået en

¹⁶⁴ Jf. Bilag 2: Memo af 27. november 2001 fra Nomeco, vedlagt retningslinjerne for returnering for kreditering af lægemidler, punkt 1.5 vedrørende forholdet mellem grossist og leverandør.

¹⁶⁵ Jf. Bilag 5: Breve af 18. januar 2002 fra MEGROS til fire leverandører.

¹⁶⁶ Jf. Bilag 2: Memo af 27. november 2001 fra Nomeco, vedlagt retningslinjerne for returnering for kreditering af lægemidler, punkt 1.5 vedrørende forholdet mellem grossist og leverandør.

aftale om betingelser for returnering og kreditering, som danner et fælles udgangspunkt grossisternes imellem.

312. For det tredje bemærker styrelsen, at udmeldingen ikke har nogen indflydelse på, hvorvidt der forinden er indgået en aftale og/eller samordnet praksis.
313. Styrelsen bemærker i øvrigt, at det har vist sig vanskeligt for leverandører at ændre betingelser for returnering og kreditering. Eksempelvis har IGL og PFL i 2005 hver især givet udtryk overfor MEGROS, at de ønskede at ændre retningslinjerne. Som reaktion herpå har Jan Bonde (tidligere administrerende direktør i Nomeco og formand for MEGROS) meddelt dem hver især, at MEGROS anså deres henvendelser som *"et ønske om at opsige samtlige grossistaftaler indgået mellem [PFL's henholdsvis IGL's] medlemmer og grossisterne."*¹⁶⁷
314. Derudover skrev IGL i 2009 et brev til DA, hvori IGL gav udtryk for, at grossisterne har dikteret betingelser for returnering og kreditering og truet med at opsige samarbejdet med IGL's medlemmer:

"I vores medlemskreds er der også en betydelig frustration over grossisternes fremfærd, deres vane med, efter vor opfattelse, ensidigt at ville bestemme samhandelsvilkår, de tilsyneladende identiske vilkår for samhandel med de to grossister osv., og vi sætter meget stor pris på, at I rejser den problematik så direkte og umisforståeligt. [...]"

*"Det er også et spin, at der er indgået en aftale mellem grossisterne og IGL's medlemmer. Der er ingen aftaler. Men grossisterne har dikteret de ændrede samhandelsvilkår medlemsvirksomhed for medlemsvirksomhed, og opsiger eller truer med at opsige samarbejdet, hvis der ikke rettes ind. Og det er som skrevet samhandelsvilkår, der betyder stigende priser for vores medlemmer."*¹⁶⁸

[Styrelsens understregning]

315. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at TMJ's argument vedrørende grossisternes adfærd i forlængelse af deres fælles udmelding i 2001 ikke giver anledning til at ændre vurderingen af, at Nomeco og TMJ har indgået en aftale og/eller samordnet praksis.

4.3.2.2 Nomeco og TMJ's aftale m.v. har været gældende i hvert fald indtil midten af 2011

316. Nomeco sendte i midten af 2011 det på daværende tidspunkt gældende regelsæt ("*den nuværende gamle aftale*")¹⁶⁹ fra 2002 til Danmarks Apotekerforening.
317. Ligeledes fremgår det af TMJ's grossistaftaler, at TMJ i hvert fald indtil midten af 2011 har vedlagt de oprindelige retningslinjer fra 2002 som standardbetingelser.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Jf. Bilag 7: Brev af 25. februar 2005 fra MEGROS til IGL og brev af 21. april 2005 fra MEGROS til PFL.

¹⁶⁸ Jf. Bilag 8: Brev af 17. februar 2009 fra IGL til DA.

¹⁶⁹ Jf. Bilag 11: E-mailkorrespondance af 1. juni 2011 mellem DA og Nomeco.

¹⁷⁰ Jf. Bilag 20: Eksempler på, at retningslinjer for returnering og kreditering af farmaceutiske specialiteter af 1. januar 2002 vedlægges som standard til grossistaftaler (aftale af 1. marts 2011 mellem [xx] og TMJ og aftale af 1. maj 2011 mellem [xx] og TMJ).

318. Derudover har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen på et møde den 15. november 2013 mellem PFL og styrelsen modtaget et sæt retningslinjer¹⁷¹ fra en af PFL's medlemsvirksomheder,¹⁷² og ved e-mail af 27. januar 2014 modtaget et sæt retningslinjer¹⁷³ fra IGL.¹⁷⁴ Ingen af disse retningslinjer er daterede men er ifølge PFL's og IGL' oplysninger de nugældende retningslinjer. Begge sæt retningslinjer er ordlydsmæssigt identiske med retningslinjerne af 1. januar 2002.
319. Endvidere kan henvises til e-mails af 1. juni 2011 mellem Nomeco/MEGROS og DA.¹⁷⁵ Af korrespondancen fremgår, at Nomeco i 2011 tog initiativ til at revidere retningslinjerne med skriftligt input fra DA ("*Udkast til Brancheaftale*").
320. *Udkast til Brancheaftale* tog direkte udgangspunkt i retningslinjerne fra 1. januar 2002 og indeholdt – udover en nøjagtig gengivelse af de oprindelige retningslinjer – konkrete rettelsesmarkeringer, som udvidede betingelserne vedrørende returnering fra apotek til grossist.
321. Ved e-mail af 29. juni 2011 sendte Jan Bonde (tidligere administrerende direktør i Nomeco og formand for MEGROS) til Jørgen Kelkjær (administrerende direktør i TMJ) *Udkast til Brancheaftale* med henblik på TMJ's bemærkninger:
- "Jeg beder om jeres tilbagemelding hurtigst muligt og senest onsdag den 6. juli."*¹⁷⁶
322. Af e-mail af 5. juli 2011 fremgår, at Jørgen Kelkjær (administrerende direktør i TMJ) over for Jan Bonde (tidligere administrerende direktør i Nomeco og formand for MEGROS) tilsluttede sig *Udkast til Brancheaftale*:
- "I og med at det svarer til de principper vi anvender i dag med enkelte ændringer og begrænsninger kan vi selvfølgelig kun tilslutte os forslaget. Kan forestille mig at forslaget vil møde modstand i industrikredse."*¹⁷⁷
323. Af brev af 7. juli 2011 fra Jan Bonde (tidligere administrerende direktør i Nomeco og formand i MEGROS) til [xx] (DA) fremgår, at MEGROS ikke havde nogen problemer med teknisk at effektivisere ordningen:
- "Umiddelbart ser vi ikke den store ændring i forhold til den ordning, der allerede eksisterer. Vi har derfor ingen problemer med teknisk at effektivisere ordningen."*¹⁷⁸

¹⁷¹ Jf. Bilag 18: *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* (udleveret af en af PFL's medlemsvirksomheder til styrelsen 15. november 2013).

¹⁷² Leverandøren har oplyst, at det er de gældende retningslinjer i branchen.

¹⁷³ Jf. Bilag 19: *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* (sendt fra IGL til styrelsen 27. januar 2014).

¹⁷⁴ [xx] i PFL har ved e-mail af 27. januar 2014 til styrelsen oplyst, at retningslinjerne, som han har forstået det, er den "standard", som tidligere – muligvis konsekvent – blev vedlagt som et bilag til konkrete aftaler med grossisterne.

¹⁷⁵ Jf. Bilag 11: E-mailkorrespondance af 1. juni 2011 mellem DA og Nomeco.

¹⁷⁶ Jf. Bilag 12: E-mail af 27. juni 2011 fra DA til MEGROS, LIF, IGL og PFL, vedhæftet *Udkast til Brancheaftale*.

¹⁷⁷ Jf. Bilag 13: E-mailkorrespondance af 29. juni – 5. juli 2011 mellem Nomeco/MEGROS og TMJ.

¹⁷⁸ Jf. Bilag 14: Brev af 7. juli 2011 fra MEGROS til DA.

324. Den fælles brancheaftale blev dog ikke gennemført på trods af, at både Jan Bonde (tidligere administrerende direktør i Nomeco og formand for MEGROS) og Jørgen Kelkjær (administrerende direktør i TMJ) havde en samstemmende vilje om at ændre retningslinjerne. Det skyldes, at DA efterfølgende tilkendegav overfor MEGROS, LIF, IGL og PFL, at DA ikke fandt grundlag for at fortsætte overvejelserne om en fælles brancheaftale som følge af styrelsens betænkeligheder ved en sådan brancheaftale.¹⁷⁹
325. Ovennævnte eksempel på korrespondance mellem Nomeco og TMJ viser, at grossisterne i midten af 2011 har haft en detaljeret korrespondance med hinanden om ændringer af reglerne for returnering og kreditering.

På denne baggrund er det styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ i hvert fald indtil midten af 2011 har koordineret betingelser for returnering og kreditering af lægemidler.

Parterne har ikke anført argumenter som modbeviser at aftalen eller den samordnede praksis har været gældende indtil midten af 2011

326. Nomeco har anført, at den korrespondance fra 2011 vedrørende brancheaftalen ikke udgør dokumentation for den tidsmæssige udstrækning af den påståede koordinering mellem Nomeco og TMJ.
327. Nomeco bemærker i den forbindelse for det første, at *"den e-mail korrespondance, der er vedlagt klagepunktsmeddelelsen som bilag 11, er udvekslet mellem DA [Apotekerforeningen] og Nomeco og ikke mellem DA, Nomeco og TMJ.*
328. For det andet, at *"Bilag 10 til klagepunktsmeddelelsen dokumenterer tilsvarende, at det var Nomecos selvstændige initiativ at drøfte en ny brancheaftale med DA. Nomecos henvendelse til DA udsprang ikke af koordination med TMJ, men derimod af henvendelser fra flere leverandører [...]."*
329. For det tredje *"står Nomeco uforstående over for, det forhold, at Jan Bonde [Nomeco] har videresendt DA's udkast til en revideret brancheaftale til TMJ [jf. Bilag 12], på nogen måde dokumenterer den påståede koordinering mellem Nomeco og TMJ."*
330. Nomeco har i den forbindelse anført, at *"[...] Jan Bonde videresendte [udkast til brancheaftale] til MEGROS' andet medlem, nemlig TMJ med henblik på at få TMJ til at vurdere, om de vilkår, som fremgik af DA's udkast, rent teknisk kunne håndteres."*
331. TMJ har i sit høringsvar til styrelsens klagepunktsmeddelelse anført, at TMJ ikke tog del i initiativet om brancheaftalen i 2011, hvilket efter TMJ's opfattelse tydeliggør, at grossisterne har ageret individuelt og ikke været bundet over for hinanden.
332. TMJ har derudover anført, at brancheaftalen skulle forelægges styrelsen og har i den forbindelse henvist til Bilag 12¹⁸⁰.
333. Styrelsen bemærker hertil, at udkastet til brancheaftalen fra 2011¹⁸¹ tager direkte udgangspunkt i de oprindelige retningslinjer fra 2002, idet aftalen er skrevet ind med mark-

¹⁷⁹ Jf. Bilag 15: Udateret e-mail fra DA til MEGROS, LIF, IGL og PFL.

¹⁸⁰ Jf. Bilag 12: E-mail af 27. juni 2011 fra DA til MEGROS, LIF, IGL og PFL, vedhæftet *Udkast til Brancheaftale*.

up i det oprindelige dokument fra 2002 ("*Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter*") af 1. januar 2002, jf. Bilag 1¹⁸²).

334. Som anført ovenfor viser Bilag 13, at Jan Bonde (tidligere administrerende direktør i Nomeco og formand for MEGROS) tog kontakt til Jørgen Kelkjær (administrerende direktør i TMJ) med henblik på at få TMJ's accept af den reviderede brancheaftale, og at TMJ herefter tilsluttede sig forslaget.
335. Styrelsen bemærker derudover, at Bilag 14 viser, at MEGROS selvstændigt har tilkendegivet, at MEGROS ikke havde nogen problemer med teknisk at effektivisere ordningen.
336. Dette viser, at MEGROS også bakkede op om forslaget til brancheaftalen.
337. Afslutningsvis bemærkes, at selvom DA havde til hensigt at forelægge brancheaftalen fra 2011 for styrelsen, har det har ingen betydning for vurderingen af, hvorvidt der allerede forinden var indgået en konkurrencebegrænsende aftale. Styrelsen understreger, at parterne på dette stadie allerede havde haft detaljeret korrespondance om ændringer af betingelser for returnering og kreditering af lægemidler.
338. Det er styrelsens vurdering, at parternes argumenter vedrørende udkast til brancheaftale af 2011 ikke giver anledning til at ændre vurderingen af, at Nomeco og TMJ har indgået en aftale og/eller samordnet praksis, samt at aftalen m.v. har været gældende i hvert fald indtil midten af 2011.
339. Nedenfor behandles Nomeco og TMJ's høringsvar for så vidt angår parternes nuværende standardbetingelser.
340. Nomeco har som bilag 2 til sit høringsvar til styrelsens klagepunktsmeddelelse vedlagt *Schedule X to the Wholesale Agreement between the Supplier and Nomeco* ("*Schedule X*"), der indeholder de nuværende standardbetingelser for Nomecos betingelser for returnering og kreditering af lægemidler. Ifølge Nomeco er mange af de ændringer, som fremgår af *Schedule X* løbende blevet indfaset i aftaleforholdet med Nomecos leverandører i de seneste [xx] år. I lyset af disse ændringer, herunder den såkaldte "Cap 30"-regel, valgte Nomeco i 2013 at udarbejde *Schedule X* for at have et sæt opdaterede standardbetingelser for returnering og kreditering. I sin helhed har *Schedule X* været anvendt siden 2013.
341. Nomeco har hertil bemærket, at "*Schedule X* indeholder flere ændringer i forhold til de retningslinjer fra 2002 [...], som KFST – fejlagtigt – har antaget, at Nomeco anvender i dag."
342. Det fremgår af Nomecos høringsvar, at Nomeco – udover ovenstående ændring vedrørende "CAP 30"-reglen – har foretaget følgende ændringer i Nomecos nuværende standardbetingelser, som afviger fra retningslinjerne fra 2002:
 - [xx]
 - [xx]
 - [xx]

¹⁸¹ Jf. Bilag 12: E-mail af 27. juni 2011 fra DA til MEGROS, LIF, IGL og PFL, vedhæftet *Udkast til Brancheaftale*.

¹⁸² Jf. Bilag 1: Brev af 26. november 2001 fra MEGROS til samtlige leverandører, vedlagt samlet regelsæt af 1. januar 2002.

343. TMJ har ligeledes anført i sit høringssvar til styrelsens klagepunktsmeddelelse, at *”for så vidt angår TMJ’s vilkår for returnering bemærkes, at disse materielt er ændret som følge af lovændringer [...]”*
344. Styrelsen bemærker hertil, at intet i parternes høringssvar dokumenterer, at parterne har ændret deres standardbetingelser før 2013 (i forbindelse med indførelse af ”CAP 30”-reglen). I øvrigt bemærker styrelsen, at ændringerne således er foretaget efter styrelsens udsendelse af meddelelse om betænkeligheder til parterne den 10. april 2013.
345. [xx]. [xx]. [xx].
346. Styrelsen bemærker i den forbindelse, at det fremgår af Nomecos Schedule X fra 2013 (jf. Bilag 2 til Nomecos høringssvar¹⁸³), at [xx].¹⁸⁴
347. Derudover bemærkes, at ifølge TMJ’s standardbetingelser fra 2011 fremgår, at [xx].¹⁸⁵
348. Ovenstående synes umiddelbart i strid med Nomecos og TMJ’s påstand om, at [xx].
349. [xx] har det ingen betydning for, hvorvidt parterne indtil midten af 2011 har haft et fælles udgangspunkt om at opkræve gebyrerne på 4 kr.
350. Det er styrelsens vurdering, at parternes argumenter vedrørende deres nuværende standardbetingelser ikke giver anledning til at ændre vurderingen af, at Nomeco og TMJ har indgået en aftale og/eller samordnet praksis, samt at aftalen m.v. har været gældende i hvert fald indtil midten af 2011.

4.3.2.3 Delkonklusion vedrørende aftale, vedtagelse og samordnet praksis

351. Det er samlet set Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ siden 1. januar 2002 i hvert fald indtil midten af 2011 har haft en aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering af lægemidler. Det kan dermed konkluderes, at betingelsen i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 om, at der skal være tale om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis, er opfyldt.

4.3.3 Til formål eller til følge at begrænse konkurrencen

352. Den tredje betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens 6 og TEUF artikel 101 finder anvendelse, er som nævnt, at aftalen m.v. direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.
353. Det fremgår af Domstolens praksis, at visse former for aftaler m.v. mellem virksomheder kan være tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge

¹⁸³ Jf. Bilag 21: Nomecos høringssvar af 5. september 2014 med bilag 1-5 til styrelsens klagepunktsmeddelelse af 10. juli 2014.

¹⁸⁴ Jf. Bilag 21: Bilag 2 til Nomecos høringssvar af 5. september 2014 [xx].

¹⁸⁵ Jf. Bilag 20: Eksempler på, at retningslinjer for returnering og kreditering af farmaceutiske specialiteter af 1. januar 2002 vedlægges som standard til grossistaftaler (aftale af 1. marts 2011 mellem [xx] og TMJ og aftale af 1. maj 2011 mellem [xx] og TMJ).

deres virkninger for konkurrencen.¹⁸⁶ Denne retspraksis bunder i den omstændighed, at visse former for aftaler m.v. mellem virksomheder *efter deres art* kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår.¹⁸⁷

354. Hvis en aftale m.v. har et konkurrencebegrænsende formål er det overflødigt at påvise konkrete virkninger på markedet.¹⁸⁸

4.3.3.1 Hvornår har en aftale til formål at begrænse konkurrencen

355. Ifølge Domstolens praksis er det væsentlige kriterium for at afgøre, om en aftale m.v. har et konkurrencebegrænsende formål, konstateringen af, at en sådan aftale m.v. *"i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen."*¹⁸⁹
356. For at vurdere, om en aftale m.v. er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at kunne anses for at have konkurrencebegrænsende formål, skal der ifølge Domstolens praksis tages hensyn til (i) aftalens indhold, (ii) de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og (iii) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår.¹⁹⁰
357. I *Beef Industry-sagen* fandt EF-Domstolen, at *"der skal lægges vægt på ordlyden af bestemmelserne og de tilsigtede målområder."*¹⁹¹ Parten gjorde i sagen gældende, at målet med aftalerne ikke var at skade konkurrencen og forbrugernes velfærd, men at rationalisere oksekødssektoren for at gøre den mere konkurrencedygtig ved at nedbringe den for store produktionskapacitet, uden derved at eliminere den.¹⁹² EF-Domstolen afviste argumentationen og anførte, at:

"Selv om det i denne forbindelse antages, at det er godtgjort, at parterne i en aftale har handlet uden subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen, men med det formål at afhjælpe virkningerne af en krise i sektoren, er sådanne betragtninger ikke relevante ved anvendelsen af den nævnte bestemmelse. En aftale kan således antages

¹⁸⁶ Jf. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 50, og den deri nævnte retspraksis.

¹⁸⁷ Jf. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 50, og den deri nævnte retspraksis.

¹⁸⁸ Jf. fx EF-Domstolens dom af 8. juli 1999 i sag C-49/92 P, *Kommissionen mod Anic Partecipazioni*, præmis 99, Retten i Første Instans' dom af 9. juli 2003 i sag T-224/00, *Archer Daniels mod Kommissionen*, præmis 142 og EF-Domstolens dom af 20. november 2008 i sag C-209/07, *Kommissionen mod Beef Industry m.fl.*, præmis 16 og 21.

¹⁸⁹ Jf. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 57.

¹⁹⁰ Jf. blandt andet Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 53, EF-Domstolens dom af 4. juni 2009 i sag C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV m.fl.*, præmis 43 og 27, og EF-Domstolens dom af 6. oktober 2009 i de forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, *GlaxoSmithKline*, præmis 58, samt Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler, 2011/C 11/01 ("horisontale retningslinjer"), punkt 25.

¹⁹¹ Jf. EF-Domstolens dom af 20. november 2008 i sag C-209/07, *Kommissionen mod Beef Industry m.fl.*, præmis 21.

¹⁹² Jf. EF-Domstolens dom af 20. november 2008 i sag C-209/07, *Kommissionen mod Beef Industry m.fl.*, præmis 19.

at have et restriktivt formål, selvom den ikke udelukkende har til formål at begrænse konkurrencen, men ligeledes forfølger andre, lovlige mål.”¹⁹³

[Styrelsens understregning]

358. I *Compagnie Royale-sagen*¹⁹⁴, der omhandlede begrænsning af parallelimport, gjorde virksomheden gældende, at en aftale kun kan have et konkurrencebegrænsende formål, hvis de to aftaleparter sammen har sat sig dette mål. EF-Domstolen afviste dette og udtalte i den forbindelse:

*”Dette kan ikke tiltrædes. For at afgøre, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det uden betydning hvem af de to aftaleparter, der måtte have foranlediget dette eller hint vilkår indføjet, eller om parterne har haft en fælles hensigt med aftalen på tidspunktet for dens indgåelse. Afgørende er derimod de formål, aftalen som sådan må antages at forfølge, når henses til den økonomiske sammenhæng, hvori den skal anvendes.”*¹⁹⁵

[Styrelsens understregning]

359. Om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen beror således på en objektiv vurdering af de ovenfor nævnte kriterier og er uafhængigt af, om én eller begge parter i sagen har haft til hensigt at begrænse konkurrencen eller om det er godtgjort, at aftalen forfølger andre lovlige mål ud over at have et restriktivt formål.
360. Derudover har EF-Domstolen fastslået i *GlaxoSmithKline-sagen*¹⁹⁶, som vedrørte begrænsning af parallelhandlen af lægemidler, at det ikke er en betingelse, at den endelige forbruger fratages fordele af en effektiv konkurrence:

*”Det følger på ingen måde af denne bestemmelse, at alene aftaler, der fratager forbrugerne visse fordele, kan have et konkurrencebegrænsende formål. Det skal endvidere understreges, at Domstolen har fastslået, at artikel 81 EF i lighed med traktatens øvrige konkurrenceregler ikke kun har til formål at beskytte konkurrenters eller forbrugeres umiddelbare interesser, men derimod at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurrencen som sådan. Følgelig er konstateringen af, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, ikke betinget af, at den endelige forbruger fratages fordele af en effektiv konkurrence vedrørende forsyning og pris [...]”*¹⁹⁷

[Styrelsens understregning]

¹⁹³ Jf. EF-Domstolens dom af 20. november 2008 i sag C-209/07, *Kommissionen mod Beef Industry m.fl.*, præmis 20-21.

¹⁹⁴ EF-Domstolens dom af 28. marts 1984 i de forenede sager 29/83 og 30/83, *Compagnie royale asturienne des mines SA m.fl. mod Kommissionen*.

¹⁹⁵ Jf. EF-Domstolens dom af 28. marts 1984 i de forenede sager 29/83 og 30/83, *Compagnie royale asturienne des mines SA m.fl. mod Kommissionen*, præmis 26.

¹⁹⁶ EF-Domstolens dom af 6. oktober 2009 i de forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, *GlaxoSmithKline*.

¹⁹⁷ Jf. EF-Domstolens dom af 6. oktober 2009 i de forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, *GlaxoSmithKline*, præmis 63.

361. I *DTL-sagen* fastslog Konkurrenceankenævnet, at en aftale m.v. må anses for at have et konkurrencebegrænsende formål "når [aftalen m.v.] efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det til imødegåelse heraf ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger."¹⁹⁸

4.3.3.2 Horisontal koordinering af gebyrer og andre forretningsbetingelser antages generelt at have til formål at begrænse konkurrencen

362. Den konkurrencebegrænsning, der er genstand for undersøgelse i nærværende sag, udspringer af Nomeco og TMJ's koordinering af gebyrer og andre forretningsbetingelser i deres retningslinjer for returnering og kreditering af lægemidler af 1. januar 2002.
363. Nomeco og TMJ's aftale m.v. udgør en horisontal koordinering mellem konkurrerende lægemiddelgrossister, som berører alle led i det vertikale forhold mellem leverandør, grossist og apotek.
364. Nomeco og TMJ's retningslinjer er ens og indeholder betingelser for returnering og kreditering af lægemidler. Retningslinjerne fastsætter blandt andet følgende:
- Gebyrer mellem konkurrerende grossistvirksomheder
 - Fælles regler for risikoen for og omkostningerne ved udsving i AIP i forhold til den løbende regulering af lagerværdi
 - Fælles regler for risikoen for og omkostningerne ved udsving i AIP i forhold til returnering af lægemidler
365. Af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, fremgår udtrykkeligt, at konkurrencebegrænsende aftaler kan bestå i at "fastsætte købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser." Tilsvarende fremgår det af TEUF artikel 101, stk. 1, litra a, at aftaler m.v., som begrænser konkurrencen, blandt andet kan bestå i "direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser."
366. Erfaringen fra retspraksis og økonomisk teori viser, at aftaler m.v. mellem konkurrenter om priser, inklusiv gebyrer, har til formål at begrænse konkurrencen, fordi de udgør overtrædelser, der i sig selv er tilstrækkelig skadelige for konkurrencen. Det skyldes blandt andet, at sådanne aftaler m.v. sætter de normale markedsvilkår ud af kraft og medfører højere priser, hvilket indebærer et velfærdstab.
367. Priser er normalt det mest relevante konkurrenceparameter mellem virksomheder. Ifølge praksis udgør fastsættelse af priser "en åbenlys begrænsning af konkurrencen".¹⁹⁹ Fastsættelse af såvel salgspriser²⁰⁰ som indkøbspriser²⁰¹ kan have til formål at begrænse konkurrencen.

¹⁹⁸ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 30 november 2009, *DTL*, punkt 6.3.

¹⁹⁹ Jf. Rettens i Første Instans' dom af 13. december 2006 i de forenede sager T-217/03 og T-245/03, *FNSEA*, præmis 83.

²⁰⁰ Jf. Rettens i Første Instans' dom af 13. december 2006 i de forenede sager T-217/03 og T-245/03, *FNSEA*, præmis 83.

²⁰¹ Jf. Kommissionens beslutning af 20. oktober 2005 i sag COMP/C.38.281/B.2, *Raw Tobacco Italy*, punkt 285.

368. Der kan i den forbindelse henvises til Generaladvokat F. G. Jacobs forslag til afgørelse i *AOK Bundesverband-sagen*, hvor F. G. Jacobs anfører, at fastsættelse af indkøbspriser bør ligestilles med fastsættelse af salgspriskarteller.²⁰²
369. I *Groupement des cartes bancaires-sagen*²⁰³ udtalte Domstolen, at adfærd, der resulterer i horisontal prisfastsættelse, har til formål at begrænse konkurrencen, da erfaringer viser, at det fører til nedgang i produktion og prisstigninger og dermed i sidste ende skader forbrugerne:
- ”Det står således fast, at visse former for hemmelig adfærd såsom adfærd, der resulterer i kartellers horisontale prisfastsættelser, kan anses for at kunne have så negative virkninger for navnlig prisen, kvantiteten eller kvaliteten af varer eller tjenesteydelser, at det med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF er uforholdsmæssigt at godtgøre, at de har konkrete virkninger på markedet [...]. Erfaringen viser, at sådan adfærd medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger, hvilket resulterer i en ringe ressourcfordeling til skade for navnlig forbrugerne.”*²⁰⁴
370. Priskoordinering med hensyn til en del af prisen kan også have til formål at begrænse konkurrencen. I *Freight Forwarders-sagen* koordinerede flere transportfirmaer forskellige gebyrer.²⁰⁵
371. *Fine Art Auction Houses-sagen*²⁰⁶ omhandlede konkurrenters fastsættelse af priser og andre forretningsbetingelser. Christies og Sotheby, to af verdens førende auktionshuse, havde aftalt og/eller samordnet procentsatsen for deres kommission og andre betalings- og handelsbetingelser.
372. Auktionshusene havde fx fastsat følgende betingelser for sælgere:
- *“agreeing to introduce a new “sliding scale for vendor’s commission”*
 - *“agreeing and/or concerting on the terms and conditions of advances for particular auction sales”*
 - *“agreeing to limit the payment of introductory commission to 1 % of the buyer’s premium in cases where there was no vendor’s commission (0%)”*
373. Derudover havde auktionshusene også fastsat følgende betingelse for købere:
- *“agreeing to limit credit terms to trade buyers to 90 days”*²⁰⁷

²⁰² Jf. Generaladvokat F. G. Jacobs forslag til afgørelse fremsat den 22. maj 2003 i de forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, *AOK Bundesverband v Ichthyol-Gesellschaft Cordes*, punkt 69.

²⁰³ Jf. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13P – *Groupement des cartes bancaires* mod Europa-Kommissionen.

²⁰⁴ Jf. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13P – *Groupement des cartes bancaires* mod Europa-Kommissionen, præmis 51.

²⁰⁵ Jf. Kommissionens beslutning af 28. marts 2012, i sag COMP/39462, *Freight Forwarders*.

²⁰⁶ Kommissionens beslutning af 30. oktober 2002 i sag COMP/E-2/37.784, *Fine Art Auction Houses*.

²⁰⁷ Kommissionens beslutning af 30. oktober 2002 i sag COMP/E-2/37.784, *Fine Art Auction Houses*, punkt 164.

374. Kommissionen fandt i forhold til overtrædelsen, at:

“Given the common design and common objective of eliminating competition in the fine art auction services, the Commission considers that the complex of collusive arrangements mentioned above has as its object the restriction of competition within the meaning of Article 81(1) of the Treaty and Article 53(1) EEA.

[...]

The collusive arrangements and mechanisms adopted by two auction houses were all ultimately aimed at an inflation of the prices to their benefit and above the level which would be determined by conditions of free competition.

The prohibition of Article 81(1) covers agreement not only on "prices" in the narrow sense, but also on discounts, rebates, payment and credit terms [...].²⁰⁸

[Styrelsens understregning]

375. I VOV-sagen²⁰⁹ fandt Konkurrencerådet, at brancheforeningen VOV's fastsættelse af vejledende salgs-, leverings- og reklamationsbestemmelser i form af prisreguleringsforbehold, en høj morarentesats og forringelse af købers stilling ved forsinkelser og mangler, var omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. VOV's formål med disse bestemmelser var at tilbyde såvel medlemmer som kunder ensartede betingelser ved samhandel.²¹⁰ Konkurrenceankenævnet opretholdt rådets afgørelse og udtalte følgende:

“Ankenævnet tiltræder, at en brancheforenings vedtagelse af salgs-, leverings- og reklamationsbetingelser – alt afhængig af indhold og/eller anvendelse – kan have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen og således være forbudt efter konkurrencelovens § 6, stk.1, jf. § 6, stk. 2, nr.1, jf. § 6, stk. 3.

[...]

Ankenævnet tiltræder, at en brancheforenings vedtagelse af vejledende salgs-, leverings- og reklamationsbetingelser – uanset deres vejledende karakter – kan få eller have en sådan betydning for medlemsvirksomhedernes markedsmæssige adfærd, at vedtagelsen i sig selv – når der ikke foreligger oplysninger, som kan begrunde en anden bedømmelse – må anses for konkurrencebegrænsende, hvis den omfatter vilkår.

²⁰⁸ Jf. Kommissionens beslutning af 30. oktober 2002 i sag COMP/E-2/37.784, *Fine Art Auction Houses*, punkt 160-163.

²⁰⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 26. august 1998, *Salgs-, leverings- og reklamationsbestemmelser ved salg af værktøj og værktøjsmaskiner* (journal nr. 2:8032-29) som opretholdt Konkurrenceankenævnets kendelse af 18. marts 1999, *Foreningen af Grossister i Værktøj og Værktøjsmaskiner ctr. Konkurrencerådet*.

²¹⁰ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 26. august 1998, *Salgs-, leverings- og reklamationsbestemmelser ved salg af værktøj og værktøjsmaskiner* (journal nr. 2:8032-29) som opretholdt Konkurrenceankenævnets kendelse af 18. marts 1999, *Foreningen af Grossister i Værktøj og Værktøjsmaskiner ctr. Konkurrencerådet*, afsnit 3.

som regulerer forhold vedrørende f.eks. pris, tid, kvalitet og service, som i et effektivt marked vil være konkurrenceparametre."²¹¹

[Styrelsens understregning]

376. Formuleringen "i sig selv [...] må anses for konkurrencebegrænsende" viser, at ankenævnet har anset adfærden for at have til formål at begrænse konkurrencen.

377. Derfor kom ankenævnet frem til, at:

*"[...] de forhold, der er reguleret i de vilkår i klagers salgs-, leverings, og reklamationsbetingelser, som den påklagede afgørelse angår, er sådanne forhold, som i et effektivt marked vil være – sekundære – konkurrenceparametre, og at vedtagelsen af betingelserne med disse vilkår derfor indebærer en konkurrencebegrænsning omfattet af § 6, stk. 1."*²¹²

378. I sagen om brancheforeningen for International Transport Danmarks ("ITD"), fandt Konkurrencerådet, at ITD's informationer til medlemmerne havde til formål at begrænse konkurrencen.²¹³ ITD's medlemsinformation bestod blandt andet af forhold (iv) vedrørende udarbejdelse af et dokument til foreningens medlemmerne med ventetidssatser samt angivelse af ventetidssatserne i foreningens standardkontrakter.

379. Konkurrenceankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse i relation til forhold (iv) og udtalte, at adfærden havde til formål at begrænse konkurrencen:

"Det er i den påklagede afgørelse ikke søgt dokumenteret, at ITD's adfærd har til følge at begrænse konkurrencen [...]. Afgørelsen er baseret på, at hvert af de påtalte forhold må anses at have til formål at begrænse konkurrencen ved at være egnet til at ensrette ITD's medlemsvirksomheders prissætning, og at kravet til mærkbarhed er opfyldt for hvert af de påtalte forhold.

Det må medgives Konkurrencerådet, at [...] tiltaget i sig selv [med et sådant indhold] – i den givne markedsmæssige sammenhæng – må anses at have konkurrencebegrænsning som formål. Det vil være tilfældet, når tiltaget efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det til imødegåelse heraf ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger."²¹⁴

[Styrelsens understregning]

380. I en sag om brancheforeningen Dansk Beton Industriforening fandt Konkurrencestyrelsen, at en kasserabat på 2 pct. og afhentningsgodtgørelse på 0-8 pct. i deres salgs- og

²¹¹ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 18. marts 1999, *Foreningen af Grossister i Værktøj og Værktøjsmaskiner ctr. Konkurrencerådet*, punkt 6.

²¹² Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 18. marts 1999, *Foreningen af Grossister i Værktøj og Værktøjsmaskiner ctr. Konkurrencerådet*, punkt 6.

²¹³ Jf. Konkurrencerådet afgørelse af 25. februar 2009, *ITD*.

²¹⁴ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 26. november 2009, *ITD*, punkt 6.3 og 6.4.

leveringsbetingelser var i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, idet bestemmelserne vedrørte den pris, som kunden skulle betale (det vil sige en betalingsbetingelse).²¹⁵

381. Det er på baggrund af ovennævnte retspraksis fastslået, at fastsættelse af priser, herunder gebyrer, og andre forretningsbetingelser kan have til formål at begrænse konkurrencen. Begrebet "priser" skal ikke fortolkes indskrænkende, men dækker ligeledes over afslag i pris, rabatter, betaling og kreditbetingelser. Derudover er det fastslået, at betingelser vedrørende pris, tid, kvalitet og service, som i et effektivt marked er konkurrenceparametre – i sig selv kan begrænse konkurrencen og derfor kan have konkurrencebegrænsning som formål.

4.3.3.3 Nomeco og TMJ's koordinering af gebyrer og andre forretningsbetingelser har til formål at begrænse konkurrencen

382. I det følgende vurderes det, hvorvidt Nomeco og TMJ's aftale m.v. om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering har til formål at begrænse konkurrencen. Ved vurderingen heraf, tages der udgangspunkt i ovennævnte kriterier fra dansk- og EU-praksis og de horisontale retningslinjer. Der ses således på (i) aftalens m.v. indhold, (ii) de målsætninger, der søges gennemført med aftalen m.v., og (iii) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen m.v. indgår.²¹⁶

(i) Aftalens indhold

383. Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering indeholder betingelser, som er underopdelt i (i) returnering fra apotek til grossist og (ii) returnering fra grossist til leverandør. For en nærmere gennemgang af indholdet af retningslinjerne henvises til afsnit 3.4.2 i sagsfremstillingen.
384. Nedenfor gennemgås de betingelser i Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering af lægemidler, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i denne sag har valgt at undersøge nærmere og vurderer har til formål at begrænse konkurrencen. Det skal i den forbindelse bemærkes, at styrelsen derved ikke har taget stilling til, om de øvrige betingelser har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.
385. Betingelserne, som styrelsen vurderer har til formål at begrænse konkurrencen, kan opdeles i følgende kategorier:
- 1) Gebyrer ved returnering
 - 2) Priskreditering ved ændring af apotekernes indkøbspris
 - 3) Kreditering ved returnering
386. Overordnet indebærer Nomeco og TMJ's aftale m.v. et fælles grundlag for, hvordan de to virksomheder skal agere i markedet. Nedenfor behandles de enkelte betingelser separat i

²¹⁵ Jf. Konkurrencestyrelsens afgørelse af 12. februar 2001 refereret på Konkurrencerådets møde den 28. februar 2001, *Salgs- og leveringsbetingelser for betonvarer* (journal nr. 3.1120-0388-105).

²¹⁶ Jf. blandt andet Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 53, EF-Domstolens dom af 4. juni 2009 i sag C8/08, *T-Mobile Netherlands BV m.fl.*, præmis 43 og 27, og EF-Domstolens dom af 6. oktober 2009 i de forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, *GlaxoSmithKline*, præmis 58, samt de horisontale retningslinjer pkt. 25.

afsnit (1)-(3). Konkurrencebegrænsningen bliver så meget desto større, når grossisterne aftale m.v. vurderes samlet, hvilket behandles i afsnit (4).

(1) Gebyrer ved returnering

387. Det fremgår af Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering, at grossisterne har fastsat gebyrer, for samme serviceydelse angående salgbare lægemidler, der returneres fra apotek til grossist. Der gælder blandt andet følgende (ad i: årsagskode 3):

"Salgbare varer kan returneres til grossisten indtil 6 måneder før udløbsmånedens begyndelse. [...] Grossisten krediterer apoteket for AIP-værdien efter fradrag af et gebyr på 4,00 kr. per pakning, dog mindst 150 kr."

[Styrelsens understregning]

388. Det fremgår yderligere for salgbare lægemidler (ad ii: årsagskode 3), at returnering fra grossist til leverandør alene kan ske ved særskilt aftale med leverandøren. I de tilfælde, hvor leverandøren meddeler direkte til apoteket, at salgbare lægemidler kan returneres til grossisten, skal grossisten altid informeres herom:

"For sådanne returnerede varer vil grossisten hos leverandøren opkræve et gebyr per pakning på 4,00 kr."

[Styrelsens understregning]

389. Hvad angår defekte lægemidler fremgår blandt andet følgende (ad ii: årsagskode 4):

"Defekte varer, som grossisten har modtaget retur fra apoteket, videresendes omgående til leverandøren, der krediterer til GIP værdi med tillæg af et gebyr på 4,00 kr. per pakning."

[Styrelsens understregning]

390. Nomeco og TMJ har med ovennævnte betingelser fastsat gebyrer på 4 kr. per pakning returnerede salgbare lægemidler (ad i og ii: årsagskode 3) og per pakning returnerede defekte lægemidler (ad ii: årsagskode 4).

391. Det fremgår af praksis, at aftaler m.v. om fastsættelse af priser, herunder gebyrer,²¹⁷ kan have til formål at begrænse konkurrencen²¹⁸, og at begrebet "priser" ikke fortolkes indskrænkende.²¹⁹ Endvidere kan fastsættelse af betingelser, som regulerer forhold vedrørende pris og service have til formål at begrænse konkurrencen.²²⁰

²¹⁷ Jf. Kommissionens beslutning af 28. marts 2012, i sag COMP/39462, *Freight Forwarders*.

²¹⁸ Jf. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13P – *Groupement des cartes bancaires mod Europa-Kommissionen*, præmis 51, og Konkurrenceankenævnets kendelse af 26. november 2009, *ITD*, punkt 6.3 og 6.4.

²¹⁹ Jf. Kommissionens beslutning af 30. oktober 2002 i sag COMP/E-2/37.784, *Fine Art Auction Houses*, punkt 160-163.

²²⁰ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 18. marts 1999, *Foreningen af Grossister i Værktøj og Værktøjsmaskiner ctr. Konkurrencerådet*, punkt 6.

392. Det er styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ har fastsat priser for serviceydelser, der går ud på at håndtere returnering af lægemidler.
393. Nomeco og TMJ's fastsættelse af gebyrer eliminerer priskonkurrencen på de pågældende serviceydelser og sikrer grossisterne en indtjening samt minimerer den risiko, der ellers ville gælde under normale konkurrenceforhold på markedet. En sådan prisaftale er af de tidligere anførte årsager tilstrækkelig skadelige for konkurrencen til at have et konkurrencebegrænsende formål.
394. Ovenstående betingelser om gebyrer sætter dermed væsentlige konkurrenceparametre ud af kraft. Fastsættelse af gebyrer vil være til forhandling på et velfungerende marked.
395. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. om fastsættelse af gebyrer i bestemmelserne (ad i og ii: årsagskode 3) og (ad ii: årsagskode 4) eliminerer væsentlige konkurrenceparametre og har til formål at begrænse konkurrencen.

(2) Priskreditering ved ændring af apotekernes indkøbspris

396. I Nomecos og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering (ad i og ii: årsagskode 5) fremgår betingelser for priskreditering, herunder minimumssatser, når der sker prisstigning og prisfald i apotekers henholdsvis grossisters lagerværdi som følge af ændring af AIP.
397. Når der sker prisfald i AIP, som medfører en reduktion i værdien af henholdsvis grossisterne og apotekernes lagerbeholdning, gælder blandt andet følgende (ad i og ii: årsagskode 5):

"Ved prisreduktion krediterer grossisten apoteket for det beløb, der svarer til differencen mellem gammel og ny AIP-værdi af apotekets lagerbeholdning på tidspunktet for prisreduktionens ikrafttræden. Hvis beløbsdifferencen er mindre end 150 kr. per varenummer krediteres ikke."

[...]

"Ved reduktion af AIP krediteres grossisten af leverandøren for et beløb, der svarer til den samlede GIF reduktion for antallet af krediteringsberettigede pakninger, der er indrapporteret af apoteket til grossisten."

Leverandøren krediterer desuden grossisten for et beløb, der svarer til reduktionen af grossistens egen lagerværdi, såfremt differencen mellem gammel og ny GIF værdi udgør mindst 300 kr. per varenummer."

[Styrelsens understregning]

398. Når der sker prisstigning i AIP, som medfører en stigning i værdien af henholdsvis grossisterne og apotekernes lagerbeholdning, gælder blandt andet følgende (ad ii, årsagskode 5):

Ved forhøjelse af AIP på over 10% afregner grossisten værdistigningen af varelageret med den del, der overstiger 10%. Denne afregning forudsætter, at en leverandør informerer grossisten om prisstigningen senest onsdag morgen, når ændringerne er gældende fra den efterfølgende mandag."

[Styrelsens understregning]

399. Aftalen m.v. ensretter betingelserne for priskreditering af lægemidler. Det betyder, at konkurrencen på de pågældende serviceydelser elimineres ved at fastsætte betingelser for, hvornår og hvordan priskreditering kan ske samt størrelsen heraf.
400. Betingelserne for priskreditering indeholder økonomiske incitamenter for apoteker, grossister og leverandører. Når prisen på et lægemiddel falder, kompenseres apoteket af grossisten 100 pct. for prislefaldet i apotekets lagerbeholdning. Samtidig kompenseres grossisten af leverandøren for 100 pct. af reduktionen i grossistens egen lagerbeholdning (inklusive GIP-reduktionen for antallet af krediteringsberettigede pakning, der er indrapporteret af apoteket til grossisten). Når prisen derimod stiger på et lægemiddel, betaler grossisten ikke det fulde beløb af værdistigningen af egen lagerbeholdning til leverandøren men beholder 10 pct. af værdistigningen.
401. Denne priskrediteringsmekanisme vedrører således direkte det beløb, som grossisten/leverandøren skal betale, når der sker ændringer i AIP.
402. Aftalen m.v. vedrører betingelser for priskreditering i de vertikale forhold mellem i) apotek og grossist og ii) grossist og leverandør. De betingelser, der regulerer forholdet mellem apotek og grossist kan ikke ses isoleret, men skal ses i sammenhæng med den priskreditering, der sker mellem grossist og leverandør. Derudover er betingelserne om minimumssatser en forudsætning for, hvornår priskreditering ved ændring i AIP kan ske.
403. Det følger af praksis, at aftaler m.v. om fastsættelse af priser kan have til formål at begrænse konkurrencen²²¹, og at begrebet "priser" ikke fortolkes indskrænkende.²²² Endvidere kan fastsættelse af betingelser, som regulerer forhold vedrørende pris og service have til formål at begrænse konkurrencen.²²³
404. Aftalen m.v. sætter konkurrenceparameteret "priskreditering" ud af kraft.²²⁴ På et velfungerende marked vil fordelingen af fortjeneste og risiko være til forhandling mellem markedsaktørerne.
405. Det er styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. regulerer fortjeneste og risiko mellem apoteker, grossister og leverandører på samme måde som fastsættelse af købs- og salgspriser. En sådan aftale m.v. er af de tidligere anførte årsager tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at have et konkurrencebegrænsende formål.
406. Samlet set vurderer styrelsen, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. om fastsættelse af priskreditering og minimumssatser i bestemmelserne (ad i og ii: årsagskode 5) eliminerer væsentlige konkurrenceparametre og har til formål at begrænse konkurrencen.

²²¹ Jf. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13P – Groupement des cartes bancaires mod Europa-Kommissionen, præmis 51, og Konkurrenceankenævnets kendelse af 26. november 2009, *ITD*, punkt 6.3 og 6.4.

²²² Jf. Kommissionens beslutning af 30. oktober 2002 i sag COMP/E-2/37.784, *Fine Art Auction Houses*, punkt 160-163.

²²³ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 18. marts 1999, *Foreningen af Grossister i Værktøj og Værktøjsmaskiner ctr. Konkurrencerådet*, punkt 6.

²²⁴ Efter indførelsen af regler om antalsbegrænsning på 30 pakninger per varenummer per 14. dags prisperiode, jf. reklamebekendtgørelsens §§ 31-32, er der alene mulighed for at forhandle om priskreditering og returnering op til de 30 pakninger.

(3) Kreditering ved returnering

407. I Nomecos og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering fremgår ligeledes betingelser for den almindelige returret, herunder minimumssatser. Det følger af indledningen til retningslinjerne for så vidt angår returnering fra apotek til grossist, at:

"Returvarer og kreditopgørelser sendes af apoteket til grossisten, der afregner efter nedenstående retningslinier og på basis af gældende AIP."

[Styrelsens understregning]

408. Af indledningen til retningslinjerne for returnering fra grossist til leverandør fremgår følgende:

"Returvarer og egne kreditopgørelser sendes af grossisten til leverandøren, der afregner efter nedenstående retningslinier og på basis af gældende GIP."

[Styrelsens understregning]

409. Når der returneres lægemidler fra (i) apotek til grossist og (ii) grossist til leverandør, krediteres apoteket til 100 pct. af gældende AIP og grossisten til 100 pct. af gældende GIP.

410. Det kan eksempelvis illustreres med følgende bestemmelse angående udløbne lægemidler (ad i: årsagskode 1):

"Udløbne varer defineres som varer, der ikke er salgbare i henhold til varens påtrykte udløbstid [...]"

Værdien af returvarer fra apotekerne opgøres til gældende AIP. Værdien af grossistens egen beholdning af varer opgøres til gældende GIP.

Returnering og kreditering finder sted, hvis den samlede værdi per varenummer, opgjort som ovenfor nævnt, er mindst 300 kr. [...]"

[Styrelsens understregning]

411. Ovenstående betyder for det første, at grossisterne ikke konkurrerer med hinanden om, hvor stor en del af værdien af de returnerede lægemidler fra apotek til grossist, som grossisterne skal betale til apotekerne. Apotekerne modtager 100 pct. af AIP-værdien af grossisten i forbindelse med returnering af udløbne lægemidler (ad i: årsagskode 1), afregistrering eller tilbagekaldelse af lægemidler (ad i: årsagskode 2), salgbare lægemidler (ad i: årsagskode 3), defekte lægemidler (ad i: årsagskode 4) og lægemidler med specielle krav til opbevaring (ad i: årsagskode 6).

412. For det andet konkurrerer grossisterne ikke med hinanden om, hvor stor en del af værdien af de returnerede lægemidler leverandørerne i sidste ende skal betale til grossisten. Grossisterne returnerer deres samlede varelager (inklusive lægemidler, der er kommet retur til grossisten fra apoteket) til leverandøren og bliver krediteret for 100 pct. af værdien af GIP. Det gælder for så vidt angår udløbne lægemidler (ad ii: årsagskode 1), afregistrering eller tilbagekaldelse af lægemidler (ad ii: årsagskode 2), defekte lægemidler (ad ii: årsagskode 4) og lægemidler med særlige krav til opbevaring (ad ii: årsagskode 6).

413. Derudover indeholder følgende betingelser minimumssatser på henholdsvis 150 kr. og 300 kr.: Udløbne lægemidler (ad i og ii: årsagskode 1) og salgbare lægemidler (ad i: årsagskode 3).
414. De pågældende minimumssatser regulerer konkret, hvornår der kan ske kreditering ved returnering af lægemidler til gældende AIP og til gældende GIP. Betingelserne vedrørende minimumssatser er således udslagsgivende for, om kreditering ved returnering kan ske.
415. I henhold til praksis kan aftaler m.v. om fastsættelse af priser have til formål at begrænse konkurrencen.²²⁵ Begrebet "priser" skal ikke fortolkes indskrænkende.²²⁶ Endvidere kan fastsættelse af betingelser, som regulerer forhold vedrørende pris og service have til formål at begrænse konkurrencen.²²⁷
416. Nomeco og TMJ's aftale m.v. ensretter betingelser for, hvor stor en del af værdien af de returnerede lægemidler, som betales til apotek og grossist. Denne værdi er konkret fastsat til 100 pct. af AIP-værdien og 100 pct. af GIP-værdien.
417. Nomeco og TMJ's aftale m.v. sætter konkurrenceparameteret "betaling ved returnering af lægemidler" og "minimumssatser".²²⁸ På et velfungerende marked vil fordelingen af fortjeneste og risiko være til forhandling mellem markedsaktørerne.
418. Det er styrelsens vurdering, at de nævnte betingelser for betaling ved returnering af lægemidler regulerer – på samme måde som betingelser vedrørende priskreditering – risiko og fortjeneste mellem apoteker, grossister og leverandører. En sådan aftale m.v. er af de tidligere anførte årsager tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at have et konkurrencebegrænsende formål.
419. Samlet set vurderer styrelsen, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. om fastsættelse af betingelser om betaling til henholdsvis gældende AIP og gældende GIP ved returnering af lægemidler, eliminerer væsentlige konkurrenceparametre og har til formål at begrænse konkurrencen. Betalingsbetingelserne kommer til udtryk i følgende bestemmelser:
- Indledningerne til afsnittene om returnering fra (i) apotek til grossist henholdsvis (ii) grossist til leverandør
 - Udløbne lægemidler (ad i og ii: årsagskode 1)
 - Afregistrering eller tilbagekaldelse af lægemidler (ad i og ii: årsagskode 2)
 - Salgbare lægemidler (ad i: årsagskode 3)
 - Defekte lægemidler (ad i og ii: årsagskode 4)

²²⁵ Jf. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13P – Groupement des cartes bancaires mod Europa-Kommissionen, præmis 51, og Konkurrenceankenævnets kendelse af 26. november 2009, *ITD*, punkt 6.3 og 6.4.

²²⁶ Jf. Kommissionens beslutning af 30. oktober 2002 i sag COMP/E-2/37.784, *Fine Art Auction Houses*, punkt 160-163.

²²⁷ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 18. marts 1999, *Foreningen af Grossister i Værktøj og Værktøjsmaskiner ctr. Konkurrencerådet*, punkt 6.

²²⁸ Efter indførelsen af regler om antalsbegrænsning på 30 pakninger per varenummer per 14. dags prisperiode, jf. reklamebekendtgørelsens §§ 31-32, er der alene mulighed for at forhandle om priskreditering og returnering op til de 30 pakninger.

- Lægemidler med specielle krav til opbevaring (ad i og ii: årsagskode 6)
420. Ligeledes vurderer styrelsen, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. om fastsættelse af betingelser om minimumssatser eliminerer væsentlige konkurrenceparametre og har til formål at begrænse konkurrencen. Minimumssatserne kommer til udtryk i følgende bestemmelser:
- Udløbne lægemidler (ad i og ii: årsagskode 1)
 - Salgbare lægemidler (ad i: årsagskode 3)

(4) Samlet vurdering af de enkelte elementer i aftalen m.v.

421. De ovenfor gennemgåede elementer i aftalen m.v. regulerer betingelser vedrørende (1) gebyrer ved returnering af lægemidler, (2) betaling når der sker ændringer i apotekernes indkøbspriser og (3) betaling i forbindelse med returnering af lægemidler samt de heri nævnte minimumssatser, som er udslagsgivende for, hvornår betingelserne i ovennævnte kategorier (2)-(3) finder anvendelse.
422. Som nævnt berører aftalen m.v. alle led i det vertikale forhold mellem leverandør, grossist og apotek. Dertil kommer, at de betingelser, som vedrører forholdet mellem apotek og grossist, har en direkte virkning på de betingelser, der vedrører forholdet mellem grossist og leverandør.
423. Endelig er de pågældende kategorier (1)-(3) indbyrdes forbundne. Det kan eksempelvis illustreres med følgende bestemmelse angående returnering af salgbare lægemidler (ad i: årsagskode 3):

"Salgbare varer kan returneres til grossisten indtil 6 måneder før udløbsmånedens begyndelse. [...]"

Grossisten krediterer apoteket for AIP-værdien efter fradrag af et gebyr på 4,00 kr. per pakning, dog mindst 150 kr."

[Styrelsens understregning]

424. Der er dermed fastsat et gebyr og betaling i forbindelse med returnering samt minimumssatser for, hvornår de øvrige betingelser finder anvendelse.
425. Det er styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. om fastsættelse af betingelserne i kategorierne (1)-(3) er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at have et konkurrencebegrænsende formål. Dette gælder, når betingelserne vurderes hver for sig, og så meget desto mere, når de vurderes samlet.
426. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. om fastsættelse af betingelserne i kategorierne (1)-(3) også samlet har til formål at begrænse konkurrencen.

(ii) De målsætninger, der søges gennemført med aftalen m.v.

427. Nomeco og TMJ's aftale m.v. fastsætter gebyrer, betingelser for priskreditering, kreditering ved returnering og minimumssatser.
428. Det er styrelsens vurdering, at målsætningen med aftalen m.v. er at eliminere priskonkurrencen på de pågældende konkurrenceparametre mellem Nomeco og TMJ, idet

aftalen indebærer, at grossisterne ikke konkurrerer med hinanden om gebyrer, priskreditering, kreditering ved returnering og minimumssatser – hverken i forhold til den pris apotekerne skal betale, eller den pris leverandørerne skal betale for de pågældende serviceydelser. Derudover mindskes apotekernes og leverandørernes incitament til at "shoppe" grossist, da betingelserne er de samme uanset om de handler med den ene eller anden grossist.

429. Dertil kommer, at betingelserne regulerer risikoen for prisfald og prisstigninger på lægemidler, det vil sige fortjeneste og risiko mellem apoteker, grossister og leverandører.
430. Som nævnt i afsnit 4.3.3.2 viser erfaringen fra retspraksis og økonomisk teori, at aftaler m.v. mellem konkurrenter om priser, inklusiv gebyrer, sætter de normale markedsvilkår ud af kraft og medfører højere priser, hvilket indebærer et velfærdstab og derfor har til formål at begrænse konkurrencen. Det samme gælder indkøbspriser.
431. Flere apoteker har udnyttet Nomeco og TMJ's betingelser for returnering og kreditering, jf. afsnit 3.5. Apotekerne har derved i praksis anvendt betingelserne og har indtil indførelsen af "CAP 30"-reglen i 2013 haft mulighed for risikofrit at spekulere i fremtidige prisændringer, hvilket har medført en u hensigtsmæssig adfærd for så vidt angår indkøb og lagerforhold.
432. Det er primært leverandørerne, der afholder omkostningerne ved priskreditering af lægemidler (kategori 2, jf. ovenfor). Ved prisfald i AIP priskrediterer leverandøren grossisten direkte, og apoteket indirekte. Det betyder, at grossisterne – ligesom apotekerne – ikke kan tabe på prisfald af lægemidler. Ved prisstigning i AIP yder grossisterne derimod kun delvis betaling til leverandørerne, idet grossisterne beholder de første 10 pct. af prisstigningen. Det kan medføre en forringelse af leverandørens stilling på markedet og skade strukturen på markedet. Det gælder særligt for generiske leverandører, hvis produkter i høj grad er omfattet af prisændringer, og for hvem den marginale indtjening per pakke er relativt mindre. De aftalte betingelser for returnering og kreditering kan derfor være særligt skadelige for generiske leverandører.
433. Ligeledes gælder for kreditering ved returnering af lægemidler (kategori 3, jf. ovenfor), at det er leverandøren, der i sidste ende betaler, uanset om returvarer kommer fra apotek eller grossist. En begrænsning af konkurrencen mellem TMJ og Nomeco på parameteret "betaling ved returnering af lægemidler" forringer således primært leverandørens stilling på markedet. Det kan endvidere medføre forringelse af service og højere priser for forbrugerne, da priserne på lægemidler vil kunne stige som følge af leverandørernes øgede omkostninger og deraf indmelding af højere priser i Sundhedsstyrelsens takstsystem.
434. I øvrigt bemærker styrelsen, at konkurrencereglerne ikke kun har til formål at beskytte konkurrenters eller forbrugeres umiddelbare interesser, men derimod at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurrencen som sådan. Dermed er det ikke en forudsætning for, at en aftale m.v. kan have et konkurrencebegrænsende formål, at den endelige forbruger fratages fordele af en effektive konkurrence.²²⁹
435. Det er styrelsens vurdering, at målsætningen med Nomeco og TMJ's aftale m.v. er at eliminere priskonkurrencen på de pågældende konkurrenceparametre mellem dem og dermed har til formål at begrænse konkurrencen.

²²⁹ Jf. EF-Domstolens dom af 6. oktober 2009 i de forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, *GlaxoSmithKline*, præmis 63.

(iii) Den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen m.v. indgår

436. For så vidt angår den retlige og økonomiske sammenhæng, som aftalen m.v. indgår i, vil styrelsen vurdere Nomeco og TMJ's adfærd set i sammenhæng med a) markedets karakteristika og b) den regulatoriske kontekst.

a) Markedets karakteristika

437. Nomeco og TMJ er begge engrosforhandlere af lægemidler og agerer i samme omsætningsled.
438. Det er styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ er konkurrenter på det danske marked for grossisters indkøb af lægemidler til forsyning af apoteker og det danske marked for grossisters salg af lægemidler til apoteker.
439. Det skyldes, at Nomeco og TMJ agerer som fuldsortimentsgrossister for apotekerne og dermed køber alle apoteksforbeholdte lægemidler enten af leverandørerne eller hos hinanden. Det er muligt for leverandører at distribuere lægemidler gennem begge grossister eller blot én grossist eller distributør. Det er således styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ er aktuelle eller potentielle konkurrenter på det danske marked for grossisters indkøb af lægemidler til forsyning af apoteker.
440. For så vidt angår det danske marked for grossisters salg af lægemidler til apoteker bemærker styrelsen, at Nomeco og TMJ distribuerer alle apoteksforbeholdte lægemidler til de danske apoteker. Apotekerne vælger hovedsageligt kun at indgå kontrakt med én grossist. Det er således styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ er aktuelle eller potentielle konkurrenter på dette marked.
441. Derudover vurderer styrelsen, at Nomeco og TMJ tilsammen har en stor markedsstyrke på deres indkøbs- og salgsmarked. Det har i praksis vist sig vanskeligt for alternative grossister og distributører at entrere markedet. Leverandører leverer i størstedelen af tilfældene lægemidler via Nomeco og/eller TMJ, og stort set alle apoteker køber lægemidler ind via Nomeco eller TMJ.²³⁰ Givet grossisternes markedsstyrke er grossisterne i praksis uomgængelige handelspartnere for leverandører og apoteker, da leverandører og apoteker har en meget begrænset mulighed for at anvende alternative grossister.
442. Der er samtidig høje adgangsbarrierer ved etablering i grossist- og distributionsleddet. Det har i praksis vist sig særdeles vanskeligt for potentielle nye grossister og distributører at få adgang til de it-systemer, som grossisterne anvender, og som langt hovedparten af alle apoteker også benytter sig af.²³¹ Uanset at potentielle nye grossister og distributører måtte få adgang til de pågældende it-systemer, vil det alligevel være vanskeligt at være ny grossist eller distributør på markedet, idet it-systemerne forudsætter, at konkurrenter (Nomeco eller TMJ) disponerer indkøbet (såkaldt "leverandørstyret lager"). Det betyder, at Nomeco eller TMJ disponerer over apotekets ordrer og lagerhold, så varebestillingen sker automatisk på baggrund af elektronisk udveksling af apotekets salgs- og lagertal.
443. Det er på baggrund af ovenstående styrelsens vurdering, at lægemiddelmarkedet er præget af to stærke konkurrenter på grossisterne indkøbs- og salgsmarked.

²³⁰ Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens markedsundersøgelse i Konkurrencerådets afgørelse af 26. juni 2013, *Konkurrencebegrænsende vedtagelse i A-apoteket*, afsnit 3.3.2.

²³¹ Se uddybning i afsnit 3.3.2.2.

444. Det er sammenfattende styrelsens vurdering, at den økonomiske sammenhæng understøtter, at aftalens m.v. indhold og målsætninger udgør en begrænsning, der har til formål at begrænse konkurrencen.

Parterne har ikke anført argumenter som modbeviser at parterne er konkurrenter i forhold til leverandørerne

445. Nomeco har i sit høringssvar til styrelsens klagepunktsmeddelelse anført, at der ikke består nogen reel konkurrence mellem Nomeco og TMJ:

"leverandørerne [...] distribuerer [som hovedregel] deres lægemidler gennem både Nomeco og TMJ, idet apotekerne som følge af forbuddet mod rabatter, der ikke er omkostningsbegrundede, de facto anvender én grossist.

Som følge heraf består der ikke nogen reel konkurrence mellem Nomeco og TMJ i forhold til leverandørerne, eftersom disse – som følge af apotekernes indkøbsmønster – ikke foretager et valg mellem 2 leverandører, men derimod anvender begge grossister.

Derfor ville det i øvrigt ikke være muligt for Nomeco og TMJ at forbedre deres respektive markedsposition gennem koordinering."

446. Styrelsen bemærker hertil, at det er muligt for leverandører at distribuere lægemidler gennem begge grossister eller blot én grossist eller distributør. Leverandørerne er ikke ved lov forpligtet til at anvende begge grossister.
447. Såvel Nomeco som TMJ har i visse tilfælde forhandlet individuelle betingelser med leverandører, som afviger fra retningslinjerne fra 2002.²³² Det er dermed ikke givet, at betingelserne kun kan udformes på én måde, da det er muligt for Nomeco og TMJ at konkurrere om at have de mest fordelagtige betingelser. Betingelserne kan have betydning i de vertikale forhandlinger mellem leverandør, grossist og apotek, idet betingelserne kan have en indvirkning på de øvrige betingelser, som grossisterne kan konkurrere om – såsom størrelsen af grossisternes avance på lægemidler, omkostningsbegrundede rabatter og omfanget af de logistikydelse, som grossisterne kan tilbyde sammen med adgangen til returnering og kreditering.
448. Hvis eksempelvis grossist X stiller krav om, at leverandøren krediterer grossisten som følge af en AIP-reduktion for et beløb, der svarer til den samlede GIP-reduktion for antallet af krediteringsberettigede pakninger, der er indrapporteret af apoteket til grossisten – mens grossist Y kun stiller krav om 80 pct. – kan det ikke udelukkes, at leverandøren vil vælge den grossist, som kun stiller krav om 80 pct., frem for den anden grossist, eller alternativt vælge begge grossister og give den ene bedre samhandelsvilkår.
449. Tilsvarende, hvis grossist X som følge af en forhøjelse af AIP på over 10 pct. tilbyder leverandøren værdistigningen af varelageret med den del, der overstiger 10 pct. – mens grossist Y tilbyder det samme, men med en lavere procentsats – kan det ikke udelukkes, at

²³² Jf. Bilag 16 og 17: Eksempler på afvigelser fra retningslinjer for returnering og kreditering (Nomecos svar af 13. maj 2013 på styrelsens meddelelse om betænkeligheder af 10. april 2013) og eksempel på afvigelse fra retningslinjer for returnering og kreditering (TMJ's svar af 13. maj 2013 på styrelsens meddelelse om betænkeligheder af 10. april 2013).

leverandøren vil vælge den grossist, som tilbyder den lavere procentsats, frem for den anden grossist, eller alternativt vælge begge grossister og give den ene bedre samhandelsvilkår.

450. I øvrigt vurderer styrelsen, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. kan have betydning for apotekerne i forbindelse med valg af grossist. Hvis eksempelvis grossist X tilbyder et apotek, at apoteket kan returnere varer, når den samlede AIP-værdi per varenummer er mindst 150 kr. – mens grossist Y tilbyder det samme, men med en lavere minimumssats – kan det ikke udelukkes, at det vil være medvirkende til at apoteket vil vælge den grossist, som har den lavere minimumssats, frem for den anden grossist.
451. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at parterne ikke har anført argumenter, som modbeviser, at parterne er konkurrenter i forhold til leverandørerne.
452. *b) Den regulatoriske kontekst*
453. Som nævnt i afsnit 3.5, blev der i 2013 indført nye regler i reklamebekendtgørelsen, der regulerer omfanget af returnering og kreditering af lægemidler fra apotek til engrosforhandler. Af reklamebekendtgørelsen fremgår blandt andet følgende:

” § 31

Stk. 1. Uanset bestemmelsen i § 22, stk. 1, er priskreditering tilladt. Ved priskreditering forstås, at en virksomhed, der har en tilladelse efter lægemiddellovens § 39, stk. 1, kompenserer et apotek for det fald i et lagerført lægemiddels værdi, som indtræffer, hvis den til Sundhedsstyrelsen anmeldte apoteksindkøbspris bliver sat ned.

Stk. 2. En virksomhed må højst kreditere et apotek for 30 pakninger af et lægemiddel i en given pakningsstørrelse, lægemiddelform og styrke (dvs. pr. varenummer) pr. 14 dages prisperiode.

§ 32

Stk. 1. Et apotek må højst returnere 30 pakninger af et lægemiddel i en given pakningsstørrelse, lægemiddelform og styrke (dvs. pr. varenummer) pr. 14 dages prisperiode til engrosforhandleren.”

454. Reklamebekendtgørelsen fastsætter et maksimalt loft for antallet af returneringer og krediteringer ("CAP 30-reglen").
455. Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse har i forbindelse med indførelsen af ændringen af reklamebekendtgørelsen udtalt, dels at der eksisterer en branchepraksis, der indebærer, at leverandører priskrediterer apoteker, og dels at apotekers adgang til priskreditering er en forudsætning for, at tilskudssystemet med 14 dages prisændringer fungerer.²³³
456. Reklamebekendtgørelsen giver apotekerne adgang til at returnere og modtage kreditering af lægemidler. Tilskudssystemet med 14 dages prisændringer er ikke til hinder for, at en engrosforhandler og et apotek fortsat har mulighed for at aftale nærmere regler for returnering og kreditering, herunder eventuelt et lavere loft end 30 pakninger.

²³³ Jf. Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse, Høring over ændringer vedr. returnering, priskreditering og leveringsforhold på lægemiddelmarkedet, 15. marts 2013.

457. Der kan i den forbindelse henvises til Konkurrencerådets afgørelse i sagen vedrørende lægemiddelgrossisters anvendelse af ens rabatskala ved salg af frihandelsvarer til apoteker.²³⁴ Rådet udtalte, at så længe det er muligt at konkurrere om rabatter, kan rabatter anvendes som et konkurrenceparameter mellem grossisterne:

"Den anmeldte aftale mellem lægemiddelgrossisterne vedrørende rabatter på frihandelsvarer må karakteriseres som konkurrencebegrænsende, idet den medfører neutralisering af konkurrenceparameteren "rabatgivning" parterne imellem. [...]"

Parterne har anført, at de aftalte rabatsatser er etableret med henblik på at undgå overtrædelse af rabatforbuddet i apotekerlovens § 3 b, og at rabatterne i øvrigt er godkendt af Sundhedsministeriet.

Det må heroverfor anføres, at apotekerlovens § 3 b (og de ovenfor citerede bemærkninger til bestemmelsen) ikke så vidt ses indebærer et forbud mod, at rabatter på frihandelsvarer anvendes som konkurrenceparameter mellem grossisterne."²³⁵

[Styrelsens understregning]

458. Det er styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ – uanset indførelsen af "CAP 30"-reglen – fortsat har mulighed for at have selvstændige betingelser for returnering og kreditering og at anvende betingelserne som konkurrenceparametre.
459. I Danmark fastsætter leverandørerne hver især apotekernes indkøbspriser, som skal gælde i en 14 dages takstperiode.²³⁶ Med udgangspunkt i apotekernes indkøbspriser fastsætter Sundhedsstyrelsen apotekernes avance og dermed apotekernes udsalgspriser.²³⁷
460. Der er på baggrund af ovennævnte system med 14 dages takstperiode begrænset mulighed for at konkurrere på priser, der normalt anses for et af de væsentligste konkurrenceparametre. Der er ganske vist mulighed for at forhandle om grossisters avance, men eftersom apotekernes indkøbspris fastsættes af leverandørerne, og apotekernes udsalgspris fastsættes af Sundhedsstyrelsen, er priskonkurrencen mellem grossisterne betydeligt svækket på indkøbsmarkedet og helt sat ud af kraft på salgsmarkedet.
461. Dertil kommer, at der er begrænset mulig for at konkurrere på kvaliteten af lægemidler, idet der gælder særlige regler for lægemidlers kvalitet i henhold til lov.²³⁸
462. I sagen om foreningen SSI, fandt Kommissionen, at når konkurrencen i forvejen er begrænset som følge af offentlig regulering, er det så meget desto vigtigere, at virksomheder ikke udelukker den konkurrence, der stadig består:

"[...] når konkurrencen på grund af anvendelsen af eksisterende lovgivning og forskrifter allerede er begrænset, er det så langt vigtigere, at virksomheder ikke

²³⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 30. september 1998, *Anmeldelse af lægemiddelgrossistersnes rabataftale*.

²³⁵ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 30. september 1998, *Anmeldelse af lægemiddelgrossistersnes rabataftale*, afsnit 4.

²³⁶ Jf. lægemiddelovens § 77, stk. 1.

²³⁷ Jf. apotekerlovens §§ 44-46.

²³⁸ Jf. lægemiddelovens §§ 51-52.

*indgår nogen aftaler eller træffer foranstaltninger, hvorved den konkurrence der stadig består, udelukkes [...]”.*²³⁹

463. Det er styrelsens vurdering, at på lægemiddelmarkedet, hvor priskonkurrencen er betydeligt svækket på indkøbsmarkedet og sat ud af kraft på salgsmarkedet, indtager de resterende konkurrenceparametre, såsom betingelser for returnering og kreditering, en endnu mere fremtrædende og væsentlig rolle. Derudover er der intet i den regulatoriske kontekst, der hindrer Nomeco og TMJ i at konkurrere om disse betingelser.
464. Sammenfattende er det styrelsens vurdering, at den retlige sammenhæng understøtter, at aftalens m.v. indhold og målsætninger udgør en begrænsning, der har til formål at begrænse konkurrencen.
- Parterne har ikke anført argumenter som modbeviser at aftalen m.v. har til formål at begrænse konkurrencen på trods af den regulatoriske kontekst*
465. Nomeco har i sit høringssvar til styrelsens klagepunktsmeddelelse anført, at *”apotekernes adgang til returnering og kreditering er en forudsætning for, at 14-dages takstsystemet kan fungere, jf. brev af 15. marts 2013 fra Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse.”*
466. Derudover har Nomeco fremhævet, at det er meningsfuldt, at der har udviklet sig en branchesædvane på grund af den snævre sammenhæng mellem returnering og kreditering og prisreguleringen på lægemiddelområdet, herunder 14 dages takstsystemet.
467. TMJ har i sit høringssvar anført, at *”klagepunktsmeddelelsen lider af den alvorlige og afgørende mangel, at KFST ikke har taget tilstrækkelig højde for den regulatoriske kontekst for en lægemiddelgrossist.”*
468. TMJ har yderligere anført, at styrelsen ikke har taget i betragtning, at en grossists betingelser for returnering og kreditering af lægemidler under visse omstændigheder kunne have karakter af en skjult rabat, der ikke opfylder reklamebekendtgørelsens betingelser om, at rabatter skal være omkostningsbegrundede.
469. Styrelsen bestrider ikke, som anført af Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse i høringsbrev af 15. marts 2013, at apotekernes adgang til priskreditering og returnering er en forudsætning for, at tilskudssystemet med 14 dages prisændringer fungerer.
470. Det er styrelsens vurdering, at indførelsen af ”CAP 30”-reglen på ingen måde lægger op til en ensretning af reglerne for returnering og kreditering af lægemidler. Det er således fortsat – også efter 2013 – muligt for grossisterne selvstændigt at forhandle de nærmere betingelser, som giver apoteker adgang til returnering og kreditering.
471. Det bemærkes derudover, at den pågældende ændring af reklamebekendtgørelsen alene er relevant efter 5. juni 2013, eftersom det først var ved indførelsen af ”CAP 30”-reglen,²⁴⁰ at området for returnering og kreditering af lægemidler blev reguleret ved lov.
472. For så vidt angår TMJ’s kommentar om omkostningsbegrundede rabatter bemærker styrelsen, at det alene henhører under sundhedsmyndighedernes kompetence at vurdere, hvorvidt en rabat er omkostningsbegrundet i overensstemmelse med lægemiddeloven og

²³⁹ Jf. Kommissionens beslutning af 15. juli 1982 i sag IV 29.525 og IV/30.000, SSI, punkt 100 d.

²⁴⁰ Jf. bkg. nr. 574 af 24. maj 2013 om ændring af bekendtgørelse om reklame mv. for lægemidler, §§ 27a-27b.

reklamebekendtgørelsen. Sundhedsmyndighederne har ikke tidligere haft anledning til at gribe ind over for betingelser om returnering og kreditering som følge af, at de skulle være i strid med forbuddet mod omkostningsbegrundede rabatter.

473. Det er samlet styrelsens vurdering, at parterne ikke har anført argumenter, som modbeviser, at aftalen m.v. har til formål at begrænse konkurrencen.

4.3.3.4 Delkonklusion vedrørende til formål eller til følge at begrænse konkurrencen

474. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. om fastsættelse af følgende betingelser for returnering og kreditering har til formål at begrænse konkurrencen:

- 1) Gebyrer ved returnering
- 2) Priskreditering ved ændring af apotekernes indkøbspris, herunder minimumssatser
- 3) Kreditering ved returnering, herunder minimumssatser

475. Ved vurderingen har styrelsen særligt lagt vægt på følgende:

- Betingelser for returnering og kreditering (gebyrer, priskreditering ved ændring af apotekernes indkøbspris, kreditering ved returnering samt minimumssatser) er væsentlige konkurrenceparametre
- Nomeco og TMJ's aftale m.v. vedrører fastsættelse af priser og regulerer fortjeneste og risiko mellem markedets aktører, hvorfor aftalen m.v. er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at have et konkurrencebegrænsende formål
- Målsætningen med Nomeco og TMJ's aftale m.v. er at eliminere priskonkurrencen mellem grossisterne på disse parametre
- De særlige omstændigheder på markedet, hvor der er to stærke grossister, og konkurrencen på priser og kvalitet er betydeligt svækket, gør, at det er særlig vigtigt at bevare de parametre på markedet, der kan konkurreres på
- Der er intet i den regulatoriske kontekst, der hindrer Nomeco og TMJ i at have selvstændige betingelser for returnering og kreditering og at anvende betingelserne som konkurrenceparametre

476. Det er styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. begrænser konkurrencen mellem grossisterne og skader strukturen på markedet. Det kan medføre forringelse af service og i sidste ende højere priser for forbrugerne, da priserne på lægemidler vil kunne stige som følge af leverandørernes øgede omkostninger og deraf indmelding af højere priser i Sundhedsstyrelsens takstsystem.

477. Endvidere kan aftalen m.v. påvirke nye grossisters og distributørers mulighed for at trænge ind på markedet, da det kan være vanskeligt for potentielle aktører at leve op til de betingelser, som Nomeco og TMJ's har fastsat for returnering og kreditering af lægemidler.

478. Det er styrelsens samlede vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. om fastsættelse af de i punkt 19 nævnte betingelser for returnering og kreditering af lægemidler har til formål at begrænse konkurrencen, jf. konkurrenceloven § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, jf. stk. 3, og TEUF

artikel 101, stk. 1, litra a. Betingelsen i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 om, at aftalen m.v. skal have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, er dermed opfyldt.

479. I den forbindelse bemærkes, at styrelsen derved ikke har taget stilling til, hvorvidt de resterende betingelser i Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering af lægemidler har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

4.3.4 Mærkbar konkurrencebegrænsning

480. Den fjerde og sidste betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse, er som nævnt, at der skal være tale om en mærkbar konkurrencebegrænsning. Det betyder, at den pågældende konkurrencebegrænsning skal være egnet til at påvirke konkurrencen på det relevante marked i et vist omfang.
481. Vurderingen af, om en konkurrencebegrænsning er mærkbar, er toledet: der skal både foretages en kvantitativ og en kvalitativ vurdering.

4.3.4.1 Kvantitativ mærkbarhed

482. Det følger af konkurrencelovens § 7, stk. 1, at forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v. ikke gælder, såfremt de deltagende virksomheder har:
- en samlet omsætning på under 1 mia. kr. og en samlet markedsandel for den pågældende vare eller tjenesteydelse på under 10 pct. eller
 - en samlet årlig omsætning på under 150 mio. kr.
483. Kommissionens tidligere bagatelmeddelelse²⁴¹ undtog visse konkurrencebegrænsende aftaler mellem konkurrenter fra forbuddet i TEUF artikel 101, medmindre aftalen indeholder visse alvorlige begrænsninger, såsom aftaler mellem konkurrenter, der har til formål at fastsætte priser, jf. meddelelsens punkt 11 (1) (a).
484. Den nugældende bagatelmeddelelse²⁴² undtager ligeledes visse konkurrencebegrænsende aftaler mellem konkurrenter fra forbuddet i TEUF artikel 101, medmindre aftalen har til formål at begrænse konkurrencen.²⁴³
485. Nomecos og TMJ's samlede årlige omsætning er ca. 8,8 mia. kr. Nomeco og TMJ's aftale m.v. er derfor ikke omfattet af bagatelgrænserne i konkurrencelovens § 7, stk. 1. Hverken den tidlige og nugældende bagatelmeddelelse finder anvendelse, da aftalen m.v. har til formål at begrænse konkurrencen i form af fastsættelse af priser.

²⁴¹ Kommissionens meddelelse af 22. december 2001 om aftaler om ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til traktatens artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler) (2001/C 368/07)

²⁴² Kommissionens meddelelse af 25. juni 2014 om aftaler om ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til traktatens artikel 101, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler) (C(2014) 4136 final) ("bagatelmeddelelsen").

²⁴³ Kommissionens meddelelse af 25. juni 2014 om aftaler om ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til traktatens artikel 101, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler) (C(2014) 4136 final) ("bagatelmeddelelsen").

486. Samlet er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. er egnet til at begrænse konkurrencen kvantitativt mærkbart.

4.3.4.2 Kvalitativ mærkbarhed

487. Det kvalitative mærkbarhedskrav følger ikke direkte af lov men er fast antaget i både dansk og EU-praksis og betyder, at en aftale m.v. skal være egnet til at have en vis påvirkning af konkurrencen på det pågældende marked. Vurderingen skal tage hensyn til aftalens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de ydelser, der er tale om i aftalen, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer.²⁴⁴
488. I *insolvensaftale-sagen*, som vedrørte en aftale indgået mellem Apotekerforeningen og tre medicinalgrossister fandt Konkurrenceankenævnet ud fra en helhedsvurdering, at der ikke forelå en mærkbar konkurrencebegrænsning. Dette på trods af, at et led i insolvensaftalen var, at lægemiddelgrossister delte markedet imellem sig.²⁴⁵
489. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at det af ankenævnet anførte i *insolvensaftalen* ikke gør sig tilsvarende gældende i nærværende sag. Som det fremgår af afgørelsen i *insolvensaftale-sagen*, var der fra 1997 op til 24 apoteker, som blev kategoriseret som alvorligt insolvente og derfor fik fastlåst deres samhandelsmønster i henhold til insolvensaftalen. Der var tale om relativt få apoteker (24 ud af 290), som var omfattet af insolvensaftalen.
490. Nærværende sag adskiller sig væsentligt fra *insolvensaftale-sagen*, idet Nomeco og TMJ's retningslinjer for returnering og kreditering berører samtlige eller i hvert fald størstedelen af lægemiddelleverandører og apoteker, som handler med en af de to grossister. Retningslinjerne vedlægges som aftale til grossistaftalerne med leverandørerne og har dermed betydning for alle de vertikale led mellem leverandør, grossist og apotek. Apotekerne har i praksis anvendt betingelserne for returnering og kreditering og har indtil indførelsen af "CAP 30"-reglen i 2013 haft mulighed for risikofrit at spekulere i fremtidige prisændringer, jf. afsnit 3.5.
491. Derudover er der tale om betydelige antal returneringer og krediteringer hvert år. Eksempelvis blev der alene i 2012 returneret over [xx] mio. pakninger fra apoteker til Nomeco.²⁴⁶ Derudover blev Nomeco i 2012 priskrediteret for et beløb på ca. [xx] mio. kr. som følge af prisreduktion af AIP, mens Nomeco priskrediterede apotekerne for et beløb på op mod [xx] mio. kr. som følge af prisreduktion af AIP.²⁴⁷
492. Dertil kommer, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. har til formål at begrænse konkurrencen, hvilket i sig selv udgør en formodning for, at der er tale om en kvalitativt mærkbar konkurrencebegrænsning. Det kvalitative element indebærer, at det er konkurrencebegrænsningens art og egnethed – og ikke parternes markedsstyrke – der er afgørende for, om kravet om kvalitativ mærkbarhed er opfyldt. Når det som i denne sag drejer

²⁴⁴ Jf. fx. Retten i Første Instans' dom af 15. september 1998 i forenede sager T-374/94 m.fl., European Night Services m.fl. mod Kommissionen, præmis 136.

²⁴⁵ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. juni 2007, *Danmarks Apotekerforening, Nomeco A/S og A/S Max Jenne mod Konkurrencerådet (ophævet)*, punkt 8.10-8.11.

²⁴⁶ Kilde: Nomeco.

²⁴⁷ Kilde: Nomeco.

sig om en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen, ses kravet om mærkbarhed reelt ikke at være eksisterende.²⁴⁸

493. Der kan endvidere henvises til *Expedia*-sagen²⁴⁹, hvor Domstolen fandt, at en aftale med fællesskabspåvirkning med et konkurrencebegrænsende formål udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen. Domstolen udtalte følgende:

*"Det må således fastslås, at en aftale, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål, efter sin art og uanset aftalens faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen."*²⁵⁰

494. Samlet er det styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. er egnet til at begrænse konkurrencen kvalitativt mærkbart.

4.3.4.3 Delkonklusion vedrørende mærkbar konkurrencebegrænsning

495. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning, idet aftalen m.v. ikke er omfattet af bagatelreglerne i konkurrencelovens § 7 og tidligere og nuværende bagatelmeddelelse, samt det kvalitative mærkbarhedskrav er opfyldt. Betingelsen i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 om, at konkurrencebegrænsningen skal være mærkbar, er dermed opfyldt.

4.3.5 Konklusion vedrørende konkurrencelovens § 6

496. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering,
- at Nomeco og TMJ hver især er erhvervsvirksomheder
 - at Nomeco og TMJ har indgået en aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering af lægemidler
 - at Nomeco og TMJ's aftale m.v. om følgende betingelser har til formål at begrænse konkurrencen:
 - 1) Gebyrer ved returnering
 - 2) Priskreditering ved ændring af apotekernes indkøbspris, herunder minimumssatser
 - 3) Kreditering ved returnering, herunder minimumssatser
 - at Nomeco og TMJ's aftale m.v. udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning
497. Det er på denne baggrund styrelsens samlede vurdering, at Nomeco og TMJ har indgået en konkurrencebegrænsende aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af ovenfor nævnte betingelser for returnering og kreditering af lægemidler, der har til formål at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a.

²⁴⁸ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 9. december 2013, *Den Danske Dyrlægeforening*, afsnit 6.

²⁴⁹ Jf. Domstolens dom af 13. december 2012 i sag C-226/11, *Expedia Inc.*

²⁵⁰ Jf. Domstolens dom af 13. december 2012 i sag C-226/11, *Expedia Inc.*, præmis 37.

4.4 FRITAGELSE

4.4.1 Aftalen m.v. er ikke omfattet af en gruppefritagelse

498. Hverken Nomeco eller TMJ har påberåbt sig en gruppefritagelse. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering ikke er omfattet af en gruppefritagelse.

4.4.2 Aftalen m.v. opfylder ikke betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8

499. Det følger af konkurrencelovens § 8, stk. 1 (svarende indholdsmæssigt til TEUF artikel 101, stk. 3), at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, ikke finder anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder opfylder fire betingelser.

500. De fire – kumulative – betingelser er, at aftalen m.v.:

- 1) bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,
- 2) sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,
- 3) ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og
- 4) ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

501. Ingen aftale m.v. er på forhånd udelukket fra at kunne fritages efter konkurrencelovens § 8, stk. 1/TEUF artikel 101, stk. 3. Imidlertid har det formodningen imod sig, at en aftale m.v. kan opfylde samtlige fire betingelser i bestemmelsen, hvis aftalen m.v. indebærer en alvorlig overtrædelse af konkurrenceloven, og navnlig hvis aftalen m.v. har til formål at begrænse konkurrencen.

502. Det er virksomhederne, der har bevisbyrden for, at alle betingelserne for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1/TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt.²⁵¹

503. Hverken Nomeco eller TMJ har påberåbt sig effektivitetsgevinster. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har alligevel foretaget en vurdering ud fra foreliggende oplysninger af, om betingelserne for en individuel fritagelse er til stede.

Ad 1) bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling

504. Det er vanskeligt at se, at Nomeco og TMJ's *aftale m.v.* kan styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling. Det skyldes, at der er tale om en begrænsning af væsentlige konkurrenceparametre, såsom gebyrer og andre forretningsbetingelser i et marked, hvor de primære konkurrenceparametre i forvejen er betydeligt svækket. Dertil kommer, at aftalen m.v. har til formål at begrænse konkurrencen.

²⁵¹ Jf. FT 2004/05, 1. samling, tillæg A, side 1638 v.sp. og forordning nr. 1/2003, artikel 2.

505. Henset til formålet med aftalen m.v. er det styrelsens vurdering, at aftalen m.v. er indgået for at tilgodese apoteker og grossister ved at sikre deres indtjening og reducere deres risiko. Derfor vurderer styrelsen, at det ikke er effektivitetshensyn, der er baggrunden for aftalen m.v., og at aftalen m.v. ikke indebærer effektivitetsfordele. Nogle af forholdene vil kunne være til apotekernes fordel. Da alle de øvrige betingelser under alle omstændigheder ikke er opfyldt, er det ikke fornødent at undersøge dette forhold nærmere, herunder om det vil kunne klassificeres som en effektivitetsfordel.

Ad 2) sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved

506. Det er styrelsens vurdering, at aftalen m.v. (med det i punkt 505 nævnte forbehold) ikke styrker produktionen eller distributionen af lægemidler eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling, hvorfor det ikke er relevant at vurdere de øvrige betingelser.
507. Selv hvis der var sådanne effektivitetsfordele, er det vanskeligt at se, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved. Selv hvis der kunne dokumenteres effektivitetsgevinster (fx i forhold til apotekerne), har aftalen m.v. også virkninger for leverandørerne samt forbrugerne. Det er styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. alene kommer apoteker og grossister til gode, og dermed ikke forbrugerne. Tværtimod kan aftalen m.v. i sidste ende komme forbrugerne til skade, idet der er en sandsynlighed for, at leverandører vil hæve apotekernes indkøbspriser på grund af højere omkostninger for leverandørerne som følge af, at konkurrencen i grossistledet er begrænset. Som nævnt sker den pågældende konkurrencebegrænsning i et marked, hvor det er vanskeligt for potentielle nye grossister og distributører at trænge ind, og hvor Nomeco og TMJ samtidig i praksis er uomgængelige handelspartnere for leverandørerne.

Ad 3) ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål

508. Det er styrelsens vurdering, at aftalen m.v. (med det i punkt 505 nævnte forbehold) ikke styrker produktionen eller distributionen af lægemidler eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling og under alle omstændigheder ikke sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, hvorfor det ikke er relevant at vurdere, hvorvidt aftalen m.v. pålægger virksomheder begrænsninger, som er nødvendige for at nå disse mål.
509. Selv hvis der var effektivitetsfordele og disse kom forbrugerne til gode, er det imidlertid vanskeligt at se, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. er nødvendig for at realisere disse effektivitetsfordele og ikke kunne være realiseret uden koordinering blandt de to virksomheder.

Ad 4) ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser

510. Det er styrelsens vurdering, at aftalen m.v. (med det i punkt 505 nævnte forbehold) ikke styrker produktionen eller distributionen af lægemidler eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling, under alle omstændigheder ikke sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved og under alle omstændigheder pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, hvorfor det ikke er relevant at vurdere de øvrige betingelser.
511. Det er styrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. under alle omstændigheder er egnet til at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende aftaleprodukter. Det skyldes, at Nomeco og TMJ leverer langt hovedparten af lægemidlerne til de danske apoteker

samt foretager hovedparten af indkøbene til brug for det danske marked hos lægemiddelleverandørerne. Desuden er betingelserne for returnering og kreditering væsentlige konkurrenceparametre på markedet, hvor blandt andet priskonkurrencen på lægemidler i forvejen er betydeligt svækket.²⁵²

512. Det er styrelsen vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. er egnet til at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende aftaleprodukter.

4.4.3 Konklusion vedrørende fritagelse

513. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at Nomeco og TMJ's aftale m.v. om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering af lægemidler hverken er omfattet af en gruppefritagelse eller opfylder de fire kumulative betingelser for individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8/TEUF artikel 101, stk. 3.

4.5 BEGRUNDELSE FOR PÅBUD

514. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det er nødvendigt at udstede påbud til Nomeco og TMJ med henblik på at bringe overtrædelsen til ophør, for så vidt dette ikke allerede er sket, samt for at sikre en effektiv virkning af afgørelsen.
515. Det er nødvendigt for de leverandører og kunder, som er berørt af den i punkt 19 nævnte overtrædelse, at blive informeret om Konkurrencerådets afgørelse, idet deres betingelser for returnering og kreditering er fastlagt i Nomeco og TMJ's aftale og/eller samordnede praksis.
516. Dertil kommer, at aftalen eller den samordnede praksis har været gældende siden 1. januar 2002, at Nomeco og TMJ har fortsat koordineringen af betingelserne for returnering og kreditering af lægemidler i hvert indtil midten af 2011, og at det har vist sig vanskeligt for leverandører at forhandle individuelle betingelser herom med Nomeco og TMJ.
517. Det er styrelsens vurdering, at påbuddene ikke går videre end, hvad der er nødvendigt, henset til overtrædelsens karakter.

4.6 SAMLET KONKLUSION

518. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens samlede vurdering:
- at der kan afgrænses fire relevante markeder, der er indbyrdes forbundne:
 - Det danske marked for leverandørers salg af lægemidler
 - Det danske marked for grossisters indkøb af lægemidler til forsyning af apoteker
 - Det danske marked for grossisters salg af lægemidler til apoteker
 - Det danske marked for apotekers detailsalg af lægemidlerStyrelsen har dog ikke foretaget en endelig afgrænsning af de relevante markeder, da det ikke i denne sag er nødvendigt for sagens udfald
 - at Nomeco og TMJ's adfærd kan påvirke samhandelen mellem mellemstater mærkbart

²⁵² I samme retning Kommissionens retningslinjer af 27. april 2004 for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08), punkt 21 ("retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3"), punkt 110 og 107.

- at Nomeco og TMJ begge er erhvervsvirksomheder
 - at Nomeco og TMJ har indgået en aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering af lægemidler
 - at Nomeco og TMJ's aftale m.v. om følgende betingelser har til formål at begrænse konkurrencen:
 - Gebyrer ved returnering
 - Priskreditering ved ændring af apotekernes indkøbspris, herunder minimumssatser
 - Kreditering ved returnering, herunder minimumssatser
 - at Nomeco og TMJ's aftale m.v. udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning
 - at Nomeco og TMJ's aftale m.v. ikke er omfattet af en gruppefritagelse
 - at Nomeco og TMJ's aftale m.v. ikke opfylder betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8/TEUF artikel 101, stk. 3
519. På den baggrund har Nomeco og TMJ indgået en konkurrencebegrænsende aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af betingelser for returnering og kreditering af lægemidler, der har til formål at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a.

5. BILAG

1. Brev af 26. november 2001 fra MEGROS til samtlige leverandører, vedlagt samlet regelsæt af 1. januar 2002
2. Memo af 27. november 2001 fra Nomeco, vedlagt retningslinjerne for returnering for kreditering af lægemidler, punkt 1.5 vedrørende forholdet mellem grossist og leverandør
3. Nomecos *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* af 1. januar 2002
4. TMJ's *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* af 1. januar 2002
5. Breve af 18. januar 2002 fra MEGROS til fire leverandører
6. Referat af møde den 18. januar 2002 i MEGROS
7. Brev af 25. februar 2005 fra MEGROS til IGL og brev af 21. april 2005 fra MEGROS til PFL
8. Brev af 17. februar 2009 fra IGL til DA
9. Brev af 24. august 2010 fra Nomeco til Lægemiddelstyrelsen, vedlagt oversigt over udbetalte priskrediteringer fra Nomeco i perioden januar 2007 – juli 2010
10. E-mailkorrespondance af 23.-24. maj 2011 mellem Nomeco og DA
11. E-mailkorrespondance af 1. juni 2011 mellem DA og Nomeco
12. E-mail af 27. juni 2011 fra DA til MEGROS, LIF, IGL og PFL, vedhæftet *Udkast til Brancheaftale*
13. E-mailkorrespondance af 29. juni – 5. juli 2011 mellem Nomeco/MEGROS og TMJ
14. Brev af 7. juli 2011 fra MEGROS til DA
15. Udateret e-mail fra DA til MEGROS, LIF, IGL og PFL
16. Eksempler på afvigelser fra retningslinjer for returnering og kreditering (Nomecos svar af 13. maj 2013 på styrelsens meddelelse om betænkeligheder af 10. april 2013)
17. Eksempel på afvigelse fra retningslinjer for returnering og kreditering (TMJ's svar af 13. maj 2013 på styrelsens meddelelse om betænkeligheder af 10. april 2013)
18. *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* (udleveret af en af PFL's medlemsvirksomheder til styrelsen 15. november 2013)
19. *Retningslinier for RETURNERING og KREDITERING af farmaceutiske specialiteter* (sendt fra IGL til styrelsen 27. januar 2014)

20. Eksempler på, at retningslinjer for returnering og kreditering af farmaceutiske specialiteter af 1. januar 2002 vedlægges som standard til grossistaftaler (aftale af 1. marts 2011 mellem [xx] og TMJ og aftale af 1. maj 2011 mellem [xx] og TMJ)
21. Nomecos høringssvar af 5. september 2014 med bilag 1-5 til styrelsens klagepunktsmeddelelse af 10. juli 2014
22. TMJ's høringssvar af 4. september 2014 med bilag 1-2 til styrelsens klagepunktsmeddelelse af 10. juli 2014