



## SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Eintak án trúnaðar

Fimmtudagur, 18. október 2018

Ákvörðun nr. 28/2018

### **Kaup Lyfja og heilsu hf. á Opnu ehf.**

#### **Efnisyfirlit**

	bls.
I. SAMANDREGIN NIÐURSTAÐA .....	3
II. SAMRUNATILKYNNINGIN OG MÁLSMEÐFERÐ.....	5
III. SAMRUNINN OG AÐILAR HANS .....	19
IV. UM ATHUGASEMDIR VIÐ MÁLSMEÐFERÐ .....	21
1. Meðalhófsreglan .....	21
2. Breyting á stjórnvaldsframkvæmd og jafnræðisreglan .....	22
3. Rannsóknarreglan og skortur á hlutlægni .....	24
V. SKILGREINING MARKAÐA .....	28
1. Vörumarkaðurinn .....	30
2. Landfræðilegi markaðurinn .....	35
2.1 Sjónarmið í samrunaskrá og andmælaskjali .....	35
2.2 Niðurstaða.....	36
VI. SAMKEPPNISLEG ÁHRIF SAMRUNANS .....	65
1. Almenn um 17. gr. c. samkeppnislaga og tengd atriði .....	65
1.1. Markaðsráðandi staða .....	67
1.2 Samkeppni raskast „að öðru leyti með umtalsverðum hætti“ .....	69
2. Sjónarmið samrunaaðila o.fl. ....	73
3. Eðli samruna þessa máls .....	76
3.1 Um meint bann við veitingu afsláttar .....	76



4.	Markaðshlutdeild .....	78
5.	Samþjöppun .....	82
6.	Staða keppinauta og efnahagslegur styrkleiki.....	84
7.	Önnur atriði sem tengjast mati á einhliða láréttum áhrifum samrunans .....	85
7.1	Samrunaaðilar eru nánir keppinautar í Mosfellsbæ.....	86
7.2	Áhrif af innkomu Apótek MOS á Apótekarann í Mosfellsbæ.....	91
7.3	Mikilvægur keppinautur hverfur af markaði.....	96
7.4	Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins .....	100
8.	Möguleg samkeppni og aðgangshindranir að markaðnum .....	100
8.1	Sjónarmið samrunaaðila.....	100
8.2	Mat Samkeppniseftirlitsins .....	101
9.	Möguleg hagræðing .....	104
VII.	NIÐURSTAÐA.....	106
1.	Tillögur að skilyrðum .....	107
VIII.	Ákvörðunarorð:.....	110



## I. SAMANDREGIN NIÐURSTAÐA

1. Í þessari ákvörðun er tekið til athugunar hvort fyrirhugaður samruni Lyfja og heilsu hf. og Opnu ehf. raski samkeppni, sbr. 17. gr. c. samkeppnislaga nr. 44/2005.

### *Aðilar*

2. Aðilar málsins eru annars vegar Lyf og heilsa hf. (hér eftir Lyf og heilsa) og Opna ehf. (hér eftir Opna). Lyf og heilsa rekur apótek um landið annars vegar undir heitinu Lyf og heilsa og hins vegar Apótekarinn, sbr. umfjöllun í kafla II. Tilgangur Opnu er rekstur lyfjaverslana. Félagið rekur eitt apótek, Apótek MOS, sem staðsett er í Háholti, Mosfellsbæ.

### *Eðli samruna*

3. Samruni málsins er láréttur en samrunaaðilar eru einu starfandi keppinautarnir í smásölu lyfja í Mosfellsbæ.

### *Markaðir*

4. Vöru- og þjónustumarkaður máls þessa er markaður fyrir smásölu lyfja. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins hefur leitt í ljós að lyfsala í Mosfellsbæ ber einkenni þess að vera staðbundin. Þannig sýnir rannsóknin að staðsetning apóteka hefur mikil áhrif á val viðskiptavina á apóteki. Þá er hátt hlutfall viðskiptavina apótekanna í Mosfellsbæ Mosfellingar, auk þess sem nokkuð langt er í önnur apótek. Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að í máli þessu teljist Mosfellsbær vera sérstakur landfræðilegur markaður. Taka ber þó fram að niðurstaða um skaðleg áhrif samrunans væru til staðar jafnvel þótt landfræðilegur markaður málsins væri talinn vera höfuðborgarsvæðið.

### *Samkeppnislegt mat*

5. Samkeppniseftirlitið telur að samrunaaðilar séu nánir og mikilvægir keppinautar í Mosfellsbæ, raunar einu keppinautarnir í bæjarfélaginu. Í kjölfar samrunans mun því það samkeppnislega aðhald sem þeir hafa veitt hvor öðrum hverfa og mun það að mati Samkeppniseftirlitsins, eitt og sér, raska samkeppni með umtalsverðum hætti.
6. Það er jafnframt mat Samkeppniseftirlitsins að með samrunanum yrði til fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir smásölu lyfja í Mosfellsbæ og að tilkoma þess væri til þess fallin að draga með alvarlegum hætti úr virkri samkeppni á þeim markaði. Þá gæti hið sameinaða fyrirtæki í krafti stöðu sinnar takmarkað samkeppni. Hið sameinaða fyrirtæki myndi búa yfir miklum fjárhagslegum og efnahagslegum styrkleika en mikilvægt er í þessu sambandi að hafa í huga að Lyf og heilsa eru fyrir samrunann einn stærsti lyfjasmásali á landinu.
7. Þá er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að aðgangshindranir séu það miklar að ekki séu verulegar líkur á því að nýr öflug keppinautur geti komið inn á markaðinn innan skamms tíma og dregið úr markaðsstyrk og skaðlegum áhrifum þessa samruna.



*Niðurstaða*

8. Með hliðsjón af framansögðu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruninn raski samkeppni og fari gegn 17. gr. c. samkeppnislaga. Ógildir Samkeppniseftirlitið því samrunann.



## II. SAMRUNATILKYNNINGIN OG MÁLSMEÐFERÐ

9. Upphaf málsins má rekja til þess að þann 9. maí 2018 barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá Lyfjum og heilsu hf. (hér eftir Lyf og heilsa). Með bréfinu var eftirlitið upplýst um að samruni í skilningi samkeppnislaga nr. 44/2005 hefði átt sér stað með kaupum Lyfja og heilsu á 100% hlutafé í Opnu ehf. (hér eftir Opna), sem rekur Apótek MOS ehf. í Mosfellsbæ (hér eftir Apótek MOS). Lyf og heilsa rekur apótek undir heitinu Apótekarinn í Mosfellsbæ. Eru þetta einu apótekin sem starfrækt eru í Mosfellsbæ. Í bréfinu kom jafnframt fram að ekki væri um að ræða tilkynningarskyldan samruna þar sem veltumörk 1. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga væru ekki uppfyllt. Samrunaaðilar hefðu því upplýst um samrunann og sent samrunatilkynning ásamt fylgigögnum umfram skyldu. Kysi stofnunin að nýta undantekningarheimild 3. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga hefði fullnægjandi samrunatilkynning þá þegar verið send að mati samrunaaðila.
10. Með bréfi, dags. 16. maí 2018, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að í ljósi þess að um láréttan samruna væri að ræða á milli tveggja keppnauta sem starfi m.a. í nálægð hvor við annan í Mosfellsbæ teldi Samkeppniseftirlitið verulegar líkur á að umræddur samruni gæti dregið umtalsvert úr virkri samkeppni. Þá lægi fyrir að heildarvelta samrunaaðila væri meiri en einn milljarður króna. Teldi Samkeppniseftirlitið því rétt að beita heimild 3. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga. Í ljósi þess að Lyf og heilsa hefði þegar afhent tilkynningu, sem fullbúin væri að mati fyrirtækisins, myndi Samkeppniseftirlitið yfirfara þá tilkynningu og meta hvort hún væri fullnægjandi.
11. Með bréfi, dags. 17. maí 2018, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að samrunatilkynningin teldist ófullnægjandi í skilningi 17. gr. a. samkeppnislaga og vísaði í því sambandi til upplýsinga sem eftirlitið teldi að á skorti að kæmu fram í samrunaskrá. Hefðu frestir Samkeppniseftirlitsins til að rannsaka samrunann skv. 17. gr. d. samkeppnislaga, sbr. 9. gr. reglna um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum, því ekki byrjað að líða.
12. Viðbótarupplýsingar sem á vantaði bárust frá samrunaaðilum með bréfi þann 18. maí 2018. Í bréfinu lýstu samrunaaðilar sig jafnframt ósammála því mati Samkeppniseftirlitsins að samrunatilkynning, sem barst eftirlitinu 9. maí 2018, teldist ófullnægjandi. Því teldu samrunaaðilar að lögbundnir frestir hefðu byrjað að líða við afhendingu þeirrar tilkynningar. Áskildu samrunaaðilar sér allan rétt vegna þessa.
13. Samrunamál lúta lögmæltum tímafresti samkvæmt samrunaákvæðum samkeppnislaga. Þær dagsetningar sem hér skipta máli eru eftirfarandi:
  - Með bréfum, dags. 4. júní 2018, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að samrunaskráin teldist fullnægjandi og að frestir Samkeppniseftirlitsins til að rannsaka samrunann hefðu byrjað að líða frá og með 18. maí 2018.



- Með bréfum Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. júní 2018, var samrunaaðilum tilkynnt að eftirlitið teldi ástæðu til að rannsaka frekar samkeppnisleg áhrif samrunans, sbr. 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga.
  - Með bréfum, dags. 20. september 2018, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að í ljósi m.a. framkominna athugasemda samrunaaðila, teldi Samkeppniseftirlitið óhjákvæmilegt að framlengja frest vegna athugunar á samrunanum.
14. Mál þetta hefur sætt ítarlegri rannsókn Samkeppniseftirlitsins. Hefur eftirlitið aflað gagna, skýringa og upplýsinga frá samrunaaðilum og átt með þeim fundi. Jafnframt hefur eftirlitið aflað gagna frá Sjúkratryggingum Íslands. Að því marki sem upplýsingar og athugasemdir þessara aðila skipta máli fyrir niðurstöðu málsins er þeirra getið sérstaklega þar sem það á við. Er rétt að lýsa rannsókn eftirlitsins nánar.
  15. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 4. júní 2018, tilkynnti eftirlitið samrunaaðilum að samrunaskráin teldist fullnægjandi og að frestir Samkeppniseftirlitsins til að rannsaka samrunann hefðu því byrjað að líða frá og með 18. maí 2018.
  16. Í samtali Samkeppniseftirlitsins við tengiliði samrunaaðila þann 12. júní 2018 var aðilum tilkynnt um að eftirlitið hefði í hyggju að láta framkvæma neytendakönnun hjá viðskiptavinum samrunaaðila í Mosfellsbæ í því skyni að rannsaka samkeppnislegt aðhald á milli samrunaaðila. Ástæða þess væri sú að það væri mat eftirlitsins að við rannsókn þessa máls væri sérstök ástæða til að taka til skoðunar staðbundin áhrif samrunans. Þann sama dag fengu samrunaaðilar send drög að slíkri könnun í tölvupósti.
  17. Með tölvupóstum, dags. 13. júní 2018, bárust athugasemdir frá báðum samrunaaðilum þar sem framkvæmd neytendakönnunar var mótmælt og athugasemdir voru gerðar við einstakar spurningar í drögunum. Jafnframt taldi Lyf og heilsa að félaginu væri ekki veittur raunhæfur frestur til að gæta andmælaréttar síns, sbr. 13. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, og að Samkeppniseftirlitið væri að ganga mun lengra með framkvæmd könnunarinnar en þörf krefðist í þágu rannsóknarinnar, sbr. meðalhófsreglu 7. gr. stjórnarsýslulaga. Jafnframt taldi félagið að einkum spurningar fjögur<sup>1</sup> og fimm<sup>2</sup> hefðu verulega skaðleg áhrif á rekstur samrunaaðila og þar sem byggt væri á því að fyrirhuguð könnun bryti gegn ákvæðum stjórnarsýslulaga þá áskildu samrunaaðilar sér allan rétt yrði af könnuninni, þar á meðal til skaðabóta.
  18. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. júní 2018, var málsaðilum tilkynnt að Samkeppniseftirlitið teldi ástæðu til að rannsaka frekar samkeppnisleg áhrif samrunans, sbr. 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga.

<sup>1</sup> Spurning 4. Ef þú hefur vitað, áður en þú fórst í [Apótek Mosfellsbæjar EDA Apótekarann í Mosfellsbæ], að [því EDA honum] hefði verið lokað fyrir fullt og allt, hvers konar verslun hefðir þú valið í staðinn?

<sup>2</sup> Spurning 5. Hvaða apótek hefðir þú valið í stað [Apóteks Mosfellsbæjar EDA Apótekarans í Mosfellsbæ]?



19. Í því skyni að koma til móts við sjónarmið samrunaaðila gerði Samkeppniseftirlitið tiltekna breytingar á könnuninni og sendi samrunaaðilum í kjölfarið ný drög með tölvupósti, dags. 15. júní 2018, og veitti þeim frest til 21. júní til að koma á framfæri frekari athugasemdum um þau. Jafnframt var samrunaaðilum boðið að mæta til fundar hjá Samkeppniseftirlitinu þann 19. júní til fara með ítarlegri hætti yfir drögin. Mættu fulltrúar beggja samrunaaðila á fund hjá Samkeppniseftirlitinu þann dag.
20. Í kjölfar þess að hafa mætt til fundar hjá Samkeppniseftirlitinu bárust með tölvupósti, dags. 19. júní 2018, frekari athugasemdir Lyfja og heilsu um framkvæmd fyrirhugaðrar neytendakönnunar. Með tölvupósti, dags. 21. júní 2018, sendi Samkeppniseftirlitið Lyfjum og heilsu nánari útskýringar á þeim atriðum sem félagið hafði gert athugasemdir við. Þá tilkynnti Samkeppniseftirlitið að könnunin yrði framkvæmd vikuna eftir og óskaði eftir upplýsingum um tengilið í Apótekanum í Mosfellsbæsem yrði til staðar vikuna sem könnunin yrði framkvæmd. Bárust svör frá Lyfjum og heilsu sama dag þar sem áréttaðar voru þær athugasemdir sem fyrr höfðu verið gerðar varðandi framkvæmd könnunarinnar, tilgang hennar og aðferðafræði. Jafnframt voru veittar upplýsingar um tengilið vegna könnunarinnar.
21. Í kjölfar fundar með seljanda Apóteks MOS bárust Samkeppniseftirlitinu jafnframt frekari athugasemdir frá honum með tölvupósti, dags. 20. júní 2018, þar sem lagt var til að upplýsinga yrði aflað frá embætti Landlæknis og/eða Sjúkratryggingum Íslands.
22. Með tölvupósti, dags. 21. júní 2018, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands og Landlæknisembættinu til að fá gleggri mynd af dreifingu viðskiptavina apótekanna. Með tölvupósti sama dag upplýsti Samkeppniseftirlitið seljanda Apóteks MOS um að eftirlitið hefði óskað eftir upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands og Landlæknisembættinu. Lýsti eftirlitið því jafnframt að það teldi enn tilefni til að framkvæma könnunina og tilkynnti að hún yrði framkvæmd vikuna eftir.
23. Þann 21. júní 2018 barst tölvupóstur frá Embætti landlæknis þar sem eftirlitinu var bent á að embættið hefði ekki umbeðnar upplýsingar í sínum umráðum og benti eftirlitinu á að hafa samband við Sjúkratryggingar Íslands.
24. Þann 22. júní 2018, bárust athugasemdir og mótmæli seljanda Apóteks MOS við framkvæmd neytendakönnunarinnar og fór hann fram á svör við spurningum í sjö tölulíðum. Meðal annars fór hann fram á svar við því hvort það myndi koma í veg fyrir samrunann ef framkvæmd neytendakönnunarinnar yrði alfarið hafnað af hans hálfu. Sama dag sendi Samkeppniseftirlitið seljanda Apóteks MOS svör við athugasemdum hans. Upplýsti eftirlitið m.a. að könnunin yrði ekki framkvæmd í apóteki hans ef hann samþykkti ekki framkvæmd hennar. Þá gæti eftirlitið ekki tekið afstöðu til þess á þeim tímapunkti hvaða áhrif það kynni að hafa á niðurstöðu málsins ef framkvæmd könnunarinnar yrði hafnað alfarið af hálfu hans. Vakti Samkeppniseftirlitið athygli á heimildum þess til gagnaöflunar skv. 19. gr. samkeppnislaga. Ef framkvæmd könnunarinnar yrði hafnað myndi Samkeppniseftirlitið taka til skoðunar hvort það kynni að fela í sér brot gegn skyldu til að veita upplýsingar skv. 19. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið upplýsti



seljanda Apóteks MOS jafnframt um að það væri tilbúið að taka til skoðunar þær breytingartillögur sem hann kynni að hafa um spurningar könnunarinnar en þær þyrftu að berast eftirlitinu tafarlaust og eigi síðar en á hádegi mánudaginn 25. júní 2018.

25. Með tölvupósti, dags. 25. júní 2018, barst Samkeppniseftirlitnu svar frá seljanda Apóteks MOS þar sem hann ítrekaði fyrri sjónarmið. Taldi hann m.a. að könnunin gengi nálægt friðhelgi skjólstæðinga hans og þá sérstaklega spurningar 1<sup>3</sup>, 5<sup>4</sup> og 6<sup>5</sup>. Í tölvupóstinum kom einnig fram að hann gæti ekki tekið áhættu á því að fyrirtækið yrði beitt stjórnvaldssektum og gerði hann því tillögu um að tveimur tilteknum spurningum yrði bætt við könnunina. Annars vegar lagði hann til að svarendur yrðu spurðir hvort þeir hefðu verslað í apóteki utan Mosfellsbæjar nýverið og hins vegar hvort þeir færu oft til Reykjavíkur og/eða annarra sveitarfélaga á höfuðborgarsvæðinu.
26. Með tölvupóstum, dags. 25. júní 2018, tilkynnti Samkeppniseftirlitið báðum samrunaaðilum að markaðsrannsóknarfyrirtækið MMR myndi hefja upplýsingaöflun með framkvæmd neytendakönnunar morguninn eftir. Spyrlar myndu svo mæta til viðbótar einn til tvo daga í þeirri viku. Í því skyni að koma til móts við sjónarmið seljanda Opnu gerði Samkeppniseftirlitið í kjölfarið breytingar á könnuninni sem fólust í því að tveimur spurningum var bætt við könnunina og ein fjarlægð. Í tölvupóstunum voru samrunaaðilar upplýstir um þær breytingar sem eftirlitið hafði gert á könnuninni í framhaldi af athugasemdum samrunaaðila. Með tölvupóstum, sama dag, sendi eftirlitið báðum samrunaaðilum endanlega útgáfu könnunarinnar.
27. Þann 26. júní 2018 barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá Lyfjum og heilsu þar sem gerðar voru athugasemdir við framkvæmd neytendakönnunarinnar. Taldi félagið að könnunin hafi tekið verulegum breytingum frá þeim drögum sem kynnt höfðu verið því á fyrri stigum og því væri ótækt að telja um sömu könnunina að ræða. Gerði félagið athugasemdir við að því hafi aldrei verið gefinn kostur á að tjá sig um efni þeirrar könnunar sem að endingu hafi verið lögð fyrir. Áskildi það sér allan rétt vegna þessa og ítrekaði fyrri mótmæli sín þess efnis að könnunin væri bersýnilega tilgangslaus og sýnilega ómarktæk. Þá byggði félagið á því að þessi framkvæmd könnunarinnar bryti a.m.k. gegn þeim réttindum sem því væri tryggð með ákvæðum 12. og 13. gr. stjórnisýslulaga. Þá gerði félagið að lokum athugasemd við það að við framkvæmd könnunarinnar hafi ekki verið haft samráð við þann tengilið Lyfja og heilsu sem gefinn hafi verið upp í samskiptum við Samkeppniseftirlitið.
28. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til Lyfja og heilsu, dags. 3. júlí 2018, komu fram svör eftirlitsins við bréfi Lyfja og heilsu frá 26. júní 2018. Í bréfinu kom fram að samkvæmt 10. gr. stjórnisýslulaga bæri Samkeppniseftirlitinu, að eigin frumkvæði, að sjá til þess að mál væru nægjanlega upplýst áður en ákvörðun væri tekin í því. Væri það því hlutverk eftirlitsins að lögum að meta með hvaða hætti samrunamál væru rannsökuð.

<sup>3</sup> Spurning 1. Fyrir hversu háa upphæð verslaðir þú í þessari ferð (námunda að næsta hundraði)?

<sup>4</sup> Spurning 5. Hvaða apótek hefðir þú valið í stað [Apóteks Mosfellsbæjar EDA Apótekarans í Mosfellsbæ]?

<sup>5</sup> Spurning 6. Hvar er sú verslun [Apótekarans] sem þú hefðir valið staðsett?





29. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins kom jafnframt fram að samrunaaðilar væru þeir einu sem starfræktu apótek í Mosfellsbæ og því væri það mat eftirlitsins að við rannsókn þessa máls væri sérstök ástæða til að taka til skoðunar staðbundin áhrif samrunans. Í því skyni að rannsaka m.a. samkeppnislegt aðhald milli samrunaaðila hafi Samkeppniseftirlitið ákveðið að láta framkvæma neytendakönnun hjá viðskiptavinum samrunaaðila í Mosfellsbæ. Á Samkeppniseftirlitinu hvíldi ekki skylda að gefa samrunaaðilum færi á að tjá sig um efni eða fyrirkomulag slíkra kannanna áður en þær væru framkvæmdar. Slík könnun væri þó meðal gagna málsins sem aðilar ættu rétt á að tjá sig um áður en ákvörðun yrði tekin í málinu, sbr. 13. gr. stjórnisýslulaga. Samkeppniseftirlitinu þætti þó gagnlegt að leita sjónarmiða aðila, umfram skyldu, áður en könnun væri framkvæmd. Slíkt gæti leitt til þess að könnun skilaði meiri árangri en ella.
30. Þá kom fram í bréfinu að Samkeppniseftirlitið hefði upplýst MMR um athugasemdir Lyfja og heilsu varðandi að ekki hafi verið haft samband við tengilið félagsins við framkvæmd könnunarinnar. Í svari frá MMR hafi komið fram að yfirleitt hafi ekki verið talin þörf á að hafa samband við tengiliði nema eitthvað komi upp á varðandi framkvæmdina. Í ljósi athugasemda hafi starfsmaður MMR þó haft samband við tengilið apóteksins um kl. 9.00 þann 27. júní 2018 til að láta vita að starfsmaður þeirra yrði staddur í versluninni þann dag.
31. Í bréfinu kvaðst Samkeppniseftirlitið ekki geta fallist á að framkvæmd neytendakönnunar bryti gegn réttindum félagsins skv. 12. og 13. gr. stjórnisýslulaga. Framkvæmd könnunarinnar hafi eðli máls samkvæmt ekki falið í sér töku stjórnvaldsákvörðunar. Samrunar gætu raskað hagsmunum neytenda með alvarlegum hætti og íhlutun í samruna væri íþyngjandi fyrir aðila máls. Því fengi Samkeppniseftirlitið ekki séð að það gæti falið í sér brot á meðalhófsreglu stjórnisýslulaga að framkvæmd væri könnun sem lið í því að meta samkeppnisleg áhrif umrædds samruna. Að lokum kom fram að Samkeppniseftirlitið hafi ótvíræðar heimildir til gagnaöflunar, sbr. 19. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt ákvæðinu geti eftirlitið krafist einstök fyrirtæki sem lögin taki til um allar upplýsingar sem nauðsynlegar þyki við athugun einstakra mála.
32. Með tölvupóstum, dags. 4. júlí 2018, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að niðurstöður úr könnun MMR myndu liggja fyrir þá vikuna og að eftirlitið vildi gefa aðilum færi á að mæta á fund til að ræða framhald málsins.
33. Með tölvupóstum, dags. 6. júlí 2018, greindi Samkeppniseftirlitið frá niðurstöðum kannananna. Jafnframt kom fram að á grundvelli niðurstaðna og miðað við fyrirliggjandi gögn væri það frummat eftirlitsins að Apótekarinn í Mosfellsbæ og Apótek MOS veiti hvort öðru mikið samkeppnislegt aðhald. Eftirlitið hygðist því rannsaka frekar áhrif samrunans á samkeppni.
34. Svar barst með tölvupósti frá Lyf og heilsu sama dag. Þar var óskað eftir því að áður en fundur yrði boðaður, líkt og Samkeppniseftirlitið lagði til þann 4. júlí 2018, myndi liggja fyrir skýr dagskrá. Þá var það sjónarmið félagsins að fá að kynna fyrir Samkeppniseftirlitinu þær breytingar á lyfjamarkaði sem hefðu orðið á síðastliðnum árum, auk sjónarmiða um skilgreiningu markaða og stöðu fyrirtækja á markaðnum.



Jafnframt var óskað eftir aðgangi að gögnum frá embætti Landlæknis og Sjúkratryggingum Íslands um hvar íbúar Mosfellsbæjar leystu út sín lyf, á grundvelli 15. gr. stjórnsýslulaga. Af hálfu Lyfja og heilsu væru það slíkar grundvallarupplýsingar að þær yrðu að liggja fyrir áður en til fundar væri boðað að ekki væri unnt að ræða niðurstöður könnunarinnar í tómarúmi.

35. Svar barst með tölvupósti frá Apóteki MOS þann 8. júlí 2018. Þar kom fram að könnunin tæki aðeins til takmarkaðs hluta íbúa Mosfellsbæjar og gæti því ekki talist marktæk. Sú niðurstaða könnunarinnar að [80-85]% viðskiptavina hafi verið í brýnni þörf fyrir þá vöru sem þeir voru að versla skýrðist af því að könnunin væri framkvæmd undir lok verslunarmánaðar og á lokadegi þátttöku Íslands á HM í fótbolta. Því hafi sá dagur skorið sig úr. Niðurstöðurnar sýni ekki fram að staðgöngu milli apótekanna heldur fremur hið gagnstæða.
36. Í tölvupósti frá Samkeppniseftirlitinu til Lyfja og heilsu, dags. 9. júlí 2018, kom fram að ætlun eftirlitsins hafi verið að bjóða Lyfjum og heilsu að mæta á fund til að ræða um niðurstöður könnunarinnar og áframhaldandi rannsókn málsins. Óskaði félagið eftir að eiga slíkar viðræður væri eftirlitið tilbúið til að eiga fund með félaginu síðar þá viku. Hvað varði ósk félagsins um að kynna breytingar á lyfjamarkaði væri eftirlitið tilbúið til að hlýða á þau sjónarmið á fundi og/eða móttaka þau skriflega. Að lokum kom fram að eftirlitið hefði til skoðunar hvort 17. gr. stjórnsýslulaga ætti við um umbeðin gögn og að beiðni um afhendingu yrði svarað svo fljótt sem auðið væri.
37. Í tölvupósti Lyfja og heilsu til Samkeppniseftirlitsins, dags. 10. júlí 2018, var óskað upplýsinga um hvort í tölvupósti eftirlitsins frá deginum áður fælist ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um að synja um aðgang að gögnum, sem þá væri kæránleg til áfrýjunarnefndar, eða hvort stofnunin myndi vilja taka formlega ákvörðun þess efnis.
38. Með tölvupósti, dags. 11. júlí 2018, upplýsti Samkeppniseftirlitið Lyf og heilsu um að í fyrrnefndum tölvupósti fælist ekki ákvörðun eftirlitsins um að synja um aðgang að gögnum. Færi fyrirtækið fram á aðgang að gögnum á grundvelli 15. gr. stjórnsýslulaga væri þess óskað að slík beiðni yrði sett fram í formlegu erindi til eftirlitsins.
39. Með bréfum, dags. 13. júlí 2018, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir gögnum og upplýsingum frá samrunaaðilum. Óskað var eftir öllum gögnum sem unnin hefðu verið af eða lögð fyrir stjórnendur, stjórn eða eigendur fyrirtækjanna í tengslum við aðdraganda samrunans. Jafnframt var óskað eftir öllum fyrirliggjandi gögnum síðastliðinna þriggja ára er vörðuðu þjónustu og smásölu á lyfjum og annarri vöru í verslunum félaganna. Þá var óskað eftir rökstuðningi frá Lyfjum og heilsu um ástæður þess að mat fyrirtækisins á markaði málsins hefði breyst frá kæru Lyfja og heilsu, dags. 26. mars 2010, á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2010. Óskað var eftir upplýsingum um útgjöld félaganna vegna markaðsmála sem beintengd væru rekstri einstakra apóteka. Jafnframt var óskað eftir upplýsingum frá Lyfjum og heilsu um mánaðarleg útgjöld vegna markaðsmála sem ekki væru beintengd rekstri einstakra apóteka en sem nýtt væru til að auglýsa keðjur fyrirtækisins. Þá



var óskað eftir upplýsingum um mánaðarleg útgjöld félagsins vegna fjárfestinga í innréttingum og/eða húsnæði einstakra apóteka á höfuðborgarsvæðinu. Óskað var eftir upplýsingum um hvort breytingar hefðu orðið á þjónustustigi Apótekarans í Mosfellsbæ. Að lokum var óskað eftir upplýsingum frá félögunum um mánaðarlegar tekjur flokkað eftir lyfseðilsskyldum lyfjum, S-merktum lyfjum og lausasölulyfjum. Var þess óskað að svör bærust Samkeppniseftirlitinu eigi síðar en 27. júlí 2018.

40. Með bréfum, dags. 17. júlí 2018, krafðist Lyf og heilsa að félaginu yrði afhent gögn frá Sjúkratryggingum Íslands sem sýndu hlutfallslega skiptingu þess innan hvaða póstnúmera íbúar höfuðborgarsvæðisins, skipt eftir póstnúmerum, leystu út lyf sín. Til skýringa væri átt við sömu upplýsingar og birtar hefðu verið í töflu á bls. 10 í greinargerð Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, dags. 19. apríl 2010, nema fyrir árin 2015, 2016, 2017 og 2018. Fyrir lægi að Samkeppniseftirlitið hefði aflað þessara upplýsinga. Í ljósi jafnræðisreglu 11. gr. stjórnssýslulaga nr. 37/1993 og nauðsyn þess að samræmis væri gætt í stjórnvaldsframkvæmd ætti Lyf og heilsa skýrt tilkall til þeirra upplýsinga. Þá gætu upplýsingarnar ekki fallið undir undantekningarheimild 17. gr. stjórnssýslulaga.
41. Með tölvupósti, dags. 30. júlí 2018, var óskað eftir upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands um heildartekjur og heildarfjölda viðskiptavina apóteka árin 2015, 2016, 2017 og á fyrri helmingi ársins 2018, flokkað eftir lyfseðilsskyldum lyfjum, S-merktum lyfjum og lausasölulyfjum. Þau gögn bárust Samkeppniseftirlitinu þann 16. ágúst 2018.
42. Svör við upplýsingabeiðni eftirlitsins frá 13. júlí 2018 bárust frá Apóteki MOS þann 26. júlí. Svör við upplýsingabeiðninni ásamt fylgiskjöllum bárust frá Lyf og heilsu þann 31. júlí. Í svörunum kom m.a. fram að Lyf og heilsa þætti svo víðtæk upplýsingabeiðni koma sér spánskt fyrir sjónir. Fyrirtækið yrði að geta treyst því að Samkeppniseftirlitið, sem stjórnvald, gætti þeirra reglna sem um starfsemi þess giltu, þ.m.t. hlutlægnisskyldu og jafnræðisreglu. Taldi félagið margt benda til þess að rannsókn málsins væri ekki í eðlilegum farvegi m.t.t. framangreindra reglna. Þá kom einnig fram að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2001 og allar götur síðar hefði Samkeppniseftirlitið skilgreint markaðinn sem smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu, þ.m.t. Mosfellsbæ. Væri stofnunin bundin af þeirri skilgreiningu komi engin lagabreyting til, vegna jafnræðisreglu stjórnssýsluréttar og óskráðra meginreglna um réttmætar væntingar og fyrirsjáanleika stjórnvaldsframkvæmdar. Samrunaaðilar þyrftu að geta treyst ákvörðunum og málsmeðferð stjórnvalda og geta byggt ákvarðanatöku sína á því. Ella væri hætt við að skaðabótaskylda ríkisins stofnaðist. Þá sagði að vinnubrögð Samkeppniseftirlitsins í ákvörðunum er tengdust lyfjamarkaðinum sl. misseri gæfu fyrirtækinu tilefni til að óttast að önnur sjónarmið en málefnaleg réðu för. Væri slíkt síst til þess fallið að auka traust félagsins til rannsóknarinnar.
43. Þann 17. ágúst 2018 upplýsti Samkeppniseftirlitið Lyf og heilsu um að svör félagsins við upplýsingabeiðni eftirlitsins væru ekki fullnægjandi og óskaði Samkeppniseftirlitið eftir því að Lyf og heilsa myndu veita umbeðnar upplýsingar um mánaðarleg útgjöld fyrirtækisins vegna markaðsmála sem beintengd væru rekstri einstaka apóteka, þ.m.t. Apótekarans í Mosfellsbæ. Ástæða þess var sú að



undir rannsókn málsins fann Samkeppniseftirlitið nokkuð af auglýsingum, m.a. í bæjarblaðinu Mosfellingi, þar sem auglýsingum Apótekarans var beint að íbúum Mosfellsbæjar en kostnaður vegna auglýsinganna virtist ekki hafa verið tiltekin í svörum Lyfja og heilsu vegna markaðsmála sem beintengd væru rekstri Apótekarans í Mosfellsbæ. Þau gögn sem óskað var eftir bárust Samkeppniseftirlitinu þann 21. ágúst 2018. Meðfylgjandi voru jafnframt auglýsingar Apótekarans í Mosfellsbæ sem beint var að Mosfellingum. Í bréfinu kom jafnframt fram að Lyf og heilsa tæki fram að félagið yrði að hafa þann fyrirvara á svörum sínum að veittur svarfrestur hafi að hans mati verið óboðlegur og ekki í samræmi við áskilnað meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga. Væri af þeim sökum ekki unnt að tryggja að um tæmandi svör væri að ræða.

44. Andmælaskjal var birt samrunaaðilum þann 24. ágúst 2018. Í því rökstuddi Samkeppniseftirlitið þá frumniðurstöðu að samruni Lyfja og heilsu og Apóteks MOS væri skaðlegur samkeppni, sbr. 17. gr. c. samkeppnislaga. Var samrunaaðilum gefið færi á að tjá sig um efni andmælaskjalsins.
45. Kröfu Lyfja og heilsu frá 17. júlí 2018, um aðgang að tilteknum gögnum frá Sjúkratryggingum Íslands, var svarað með bréfi Samkeppniseftirlitsins þann 30. ágúst sl. Í bréfinu benti Samkeppniseftirlitið á að þær upplýsingar sem eftirlitið hefði aflað frá Sjúkratryggingum Íslands væru ekki þær sömu og Lyf og heilsa óskaði eftir. Samkeppniseftirlitið hefði annars vegar óskað eftir gögnum frá Sjúkratryggingum Íslands sem sýndu skiptingu viðskiptavina apóteka Lyfja og heilsu og Apóteks MOS eftir búsetu á höfuðborgarsvæðinu árið 2018, þ.e. eftir póstnúmeri. Hins vegar væru það upplýsingar um skiptingu veltu apóteka Lyfja og heilsu og Apóteks MOS á höfuðborgarsvæðinu árið 2018 eftir póstnúmeri. Var Lyf og heilsu bent á að þegar af þessari ástæðu gæti Samkeppniseftirlitið ekki afhent umbeðin gögn. Í bréfinu kom og fram að í þeim gögnum sem Samkeppniseftirlitið hefði undir höndum kæmu fram viðkvæmar viðskiptaupplýsingar sem leynt ættu að fara. Með vísan til m.a. úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 12/2010, *Vífilfell gegn Samkeppniseftirlitinu*, var talið unnt að veita framangreindar upplýsingar á tilteknu bili (þ.e. upplýsingar um sölu á 5% bili). Voru upplýsingarnar sendar með þessum hætti til Lyfja og heilsu. Jafnframt var vakin athygli á kærueimild til áfrýjunarnefndar samkeppnismála en Lyf og heilsa nýtti sér ekki kærurétt sinn.
46. Með bréfi, dags. 31. ágúst 2018, skoraði Lyf og heilsa á Samkeppniseftirlitið að afla þeirra upplýsinga frá Sjúkratryggingum Íslands sem tilgreindar voru í bréfi félagsins frá 17. júlí 2008. Ástæða þess væri sú að þær upplýsingar hefðu, að mati Lyfja og heilsu, á árinu 2010 haft lykilþýðingu fyrir röksemdir Samkeppniseftirlitsins um hvernig bæri að skilgreina markaðinn. Vætti það furðu að sambærilegra upplýsinga hefði ekki verið aflað nú. Þannig kynnu slíkar upplýsingar sýnilega að hafa þýðingu við mat á því hvort neytendahegðun innan Mosfellsbæjar væri svo frábrugðin öðrum svæðum höfuðborgarsvæðisins að réttlæti það grundvallarfrávik frá fyrri framkvæmd sem birtist í andmælaskjali. Byggði Lyf og heilsa á því að ef ákvörðun yrði tekin í málinu án þess að slíkra upplýsinga væri aflað, fælist í því brot gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga. Þá var því haldið fram að þær upplýsingar, sem Samkeppniseftirlitið hefði undir höndum, fellu ekki undir ákvæði 17. gr.



stjórnsýslulaga. Krafist var þess að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sem tilkynnt var þann 30. ágúst yrði endurupptekin, sbr. 24. gr. stjórnsýslulaga, eða afturkölluð, sbr. 25. gr. laganna og umbeðin gögn afhent þegar í stað.

47. Með bréfi, dags. 5. september 2018, áréttaði Samkeppniseftirlitið að Lyf og heilsa hefði þegar fengið aðgang að gögnum málsins frá Sjúkratryggingum Íslands, sem eftirlitið hefði undir höndum og væru ekki háð trúnaði. Þá breyttu sjónarmið félagsins ekki þeirri niðurstöðu eftirlitsins að gögnin væru háð trúnaði. Taldi eftirlitið því ekki forsendur til að endurupptaka eða afturkalla umrædda ákvörðun. Hvorki væri um það að ræða að ákvörðunin hefði byggst á ófullnægjandi eða röngum upplýsingum um málsatvik eða að atvik hefðu breyst að verulegu leyti frá því að ákvörðunin hafi verið tekin. Varðandi kröfu Lyfja og heilsu um að eftirlitið aflaði tiltekinna ganga var áréttað að forræði á rannsókn málsins, og eftir atvikum mat á þörf á frekari gagnaöflun, væri í höndum Samkeppniseftirlitsins. Tekið var fram í bréfinu að Samkeppniseftirlitið „mun við rannsókn málsins leggja mat á það hvort þörf sé á öflun þeirra upplýsinga sem Lyf og heilsa vísar til.“
48. Sjónarmið Apóteks MOS bárust með tölvupósti, dags. 5. september 2018. Í athugasemdum Apóteks MOS var frummati Samkeppniseftirlitsins mótmælt. Verður nánar fjallað um athugasemdir Apóteks MOS í tengslum við einstaka efnispætti málsins.
49. Athugasemdir Lyfja og heilsu við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins bárust með bréfi, dags. 7. september 2018. Í athugasemdunum er frummati Samkeppniseftirlitsins alfarið hafnað. Byggir félagið á því að engin lagaheimild standi til íhlutunar í samrunann, að gættri réttari lögskýringu. Telur félagið raunar blasa við að slík íhlutun sé bersýnilega ólöglegt og áskilur það sér allan rétt vegna þessa, þ.m.t. til skaðabóta. Gerir Lyf og heilsa verulegar athugasemdir við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Gerir félagið m.a. alvarlegar athugasemdir við annars vegar framkvæmd neytendakönnunar og hins vegar synjun Samkeppniseftirlitsins á kröfum félagsins um aðgang að gögnum, og eftir atvikum verulegan galla á rannsókn Samkeppniseftirlitsins því tengdu. Þá eru að mati Lyfja og heilsu að finna annars vegar fjölmargar rangfærslur í andmælaskjalinu og hins vegar fjölmargar ályktanir sem ekki fá staðist. Segir í niðurlagi bréfs Lyfja og heilsu að „því fer fjarri að í framangreindu felist tæmandi athugasemdir við þá umfjöllun sem finna má í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins. Byggir enda félagið á því að slíkar athugasemdir séu ónauðsynlegar.“ Samkvæmt þessu kaus Lyf og heilsa að tjá sig ekki um margvíslega þætti í andmælaskjalinu. Verður nánar fjallað um þær athugasemdir sem Lyf og heilsa settu fram í tengslum við umfjöllun um form- og efnispætti málsins.
50. Eftir útgáfu andmælaskjals og í framhaldi af athugasemdum samrunaaðila framkvæmdi Samkeppniseftirlitið athugun á meðal lyfsöluleyfshafa allra apóteka á höfuðborgarsvæðinu, að undanskildum apótekum í rekstri Lyf og heilsu eða Opnu ehf. Í athuguninni voru lyfsöluleyfshafarnir m.a. spurðir um mat þeirra sjálfra á því hvað réði viðskiptum viðskiptavina apótekanna og hver væri þeirra helsti keppinautur. Tuttugu og tveir lyfsöluleyfshafar svöruðu athuguninni.



51. Þann 5. september 2018 átti Samkeppniseftirlitið samtál Sjúkratryggingar Íslands, í síma. Í samtalinu kom fram að Sjúkratryggingar Íslands hefðu í hyggju að birta tiltekna upplýsingar á heimasíðu sinni. Þær upplýsingar fólu í sér dreifingu viðskipta við apótek eftir svæðum á höfuðborgarsvæðinu.
52. Þann 13. september 2018 barst Samkeppniseftirlitinu tölvupóstur frá Sjúkratryggingum þar sem fram kom að til stæði að nota töflu er fram kom í greinargerð Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, dags. 19. apríl 2010, sem fyrirmynd til að varpa ljósi á dreifingu lyfjaverslunar á höfuðborgarsvæðinu. Í tölvupóstinum var Samkeppniseftirlitinu jafnframt veitt tækifæri til að hafa samband ef það hefði eitthvað við fyrrnefnda nálgun að athuga.
53. Með tölvupósti þann 14. september 2018 spurðu Sjúkratryggingar Íslands Samkeppniseftirlitið hvort eftirlitið teldi ástæðu til að sameina upplýsingar um apótek þegar einungis eitt apótek væri í póstnúmeri. Þann 18. september 2018 sendi Samkeppniseftirlitið tölvupóst á Sjúkratryggingar þar sem fram kom það mat eftirlitsins að æskilegra væri, með hliðsjón af samkeppnissjónarmiðum, að sleppa því að birta upplýsingar um fjölda lyfjaafhendinga á svæðum þar sem eitt apótek starfi og birta upplýsingarnar á prósentubili þar sem tvö apótek starfi. Með tölvupósti, dags. 18. september 2018, tilkynntu Sjúkratryggingar að í samræmi við tillögu eftirlitsins myndu Sjúkratryggingar sameina svæði þannig að hvergi yrðu færri en tvö apótek á uppgefnu svæði.
54. Þann 19. september 2018 sendu Sjúkratryggingar Samkeppniseftirlitinu lokaútgáfu af skjali sem birta átti á heimasíðu Sjúkratrygginga. Í kjölfarið voru tiltekna upplýsingar birtar á heimasíðu Sjúkratrygginga Íslands. Var þar að finna tvær töflur sem sýndu hvaðan viðskiptavinir apóteks á tilteknu svæði komi og einnig voru birtar tvær töflur sem sýndu hvar íbúar á tilteknu svæði ættu viðskipti. Sýndar voru tölur fyrir bæði árin 2016 og 2017. Þann 20. september óskaði Samkeppniseftirlitið eftir sambærilegum töflum en fyrir árið 2015. Þessar upplýsingar bárust ekki frá Sjúkratryggingum. Vísuðu Sjúkratryggingar til þess að umbeðin gögn væru geymd í öðrum gagnagrunni og væri mjög tímafrekt og kostnaðarsamt að vinna upplýsingarnar.
55. Með tölvupósti, dags. 18. september 2018, frá eiganda Apóteks MOS kom fram að hann fengi ekki séð af gögnum málsins að Samkeppniseftirlitið hefði svarað þeirri spurningu sinni hvort eftirlitið tæki mið af þeim breytingum sem ættu sér stað með reglugerð nr. 1266/2017, m.t.t. aukinnar virkrar samkeppni á þjónustusviðum. Samkeppniseftirlitið svaraði tölvupóstinum sama dag. Var bent á að í andmælaskjalinu hefði komið fram frummat Samkeppniseftirlitsins á samkeppnislegum áhrifum fyrirhugaðs samruna. Meðfylgjandi andmælaskjali hefðu samrunaaðilar fengið afhentan lista yfir gögn sem Samkeppniseftirlitið byggði frummat sitt m.a. á. Þá tæki Samkeppniseftirlitið ávallt mið af gildandi lögum og reglugerðum við úrlausn mála. Í sjónarmiðum Apóteks MOS við andmælaskjalið hafi ekki verið vikið að þeim sjónarmiðum sem fram komu í tölvupósti félagsins þann 18. september. Í sama pósti var fyrirtækinu gefið færi á að koma fram með sjónarmið. Slík sjónarmið bárust Samkeppniseftirlitinu með tölvupósti þann 19. september 2018.



56. Í sjónarmiðum Lyf og heilsu var staðhæft að þær grundvallarbreytingar hefðu orðið á lyfjamarkaði hér á landi á undanförunum árum að óheimilt sé að veita afslætti af lyfjum sem falla undir greiðslupáttöku Sjúkratrygginga Íslands. Sökum þessa geti „engin verðsamkeppni“ ríkt í sölu á þessu lyfjum og samruninn að þessu leyti ekki haft áhrif á samkeppni. Í ljósi þessa óskaði Samkeppniseftirlitið þann 19. september 2018 eftir upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands um hvort apótekum væri óheimilt að veita afslætti af lyfjum sem falla undir greiðslupáttöku Sjúkratrygginga. Í svari Sjúkratrygginga Íslands, dags. 21. september 2018, er vísað í frétt á vef stofnunarinnar frá 31. mars 2016 þar sem fram kemur að í samræmi við tilmæli frá velferðarráðuneytinu muni Sjúkratryggingar Íslands breyta framkvæmd við útreikninga á greiðslupáttöku Sjúkratrygginga í lyfjakostnaði þegar apótek veiti afslætti af lyfjum. Með öðrum orðum væru ekki skorður settar við því að lyfjaverslanir veittu viðskiptavinum sínum afslætti.
57. Með bréfi, dags. 20. september 2018, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að í ljósi m.a. framkominna athugasemda samrunaaðila, einkum varðandi markaðsskilgreiningar, teldi eftirlitið nauðsynlegt að afla frekari upplýsinga til að geta lagt betur mat á samkeppnisleg áhrif samrunans. Hefði Samkeppniseftirlitið ákveðið að afla frekari upplýsinga varðandi markað fyrir smásölu lyfja. Í ljósi þess teldi Samkeppniseftirlitið óhjákvæmilegt að framlengja frest vegna athugunar á samrunanum.
58. Með bréfi, dags. 24. september 2018, vakti Lyf og heilsa athygli Samkeppniseftirlitsins á tölulegum upplýsingum sem Sjúkratryggingar Íslands hefði þegar birt á heimasíðu sinni. Væri um að ræða sömu upplýsingar og Lyf og heilsa hefði krafist þess að Samkeppniseftirlitið aflaði undir rannsókn málsins. Þá var það mat Lyfja og heilsu að birting Sjúkratrygginga á upplýsingunum vektu áleitnar spurningar um rannsókn Samkeppniseftirlitsins og staðhæfingar í andmælaskjali. Sé það m.a. vegna þess að Samkeppniseftirlitið hefði staðhæft að Sjúkratryggingar Íslands teldi þær upplýsingar háðar trúnaði. Hafi synjun Samkeppniseftirlitsins um aðgang að þeim m.a. byggt á þessari staðhæfingu. Þá væru upplýsingarnar þvert á frumniðurstöður Samkeppniseftirlitsins. Sýndu þær óumdeilanlega að Mosfellsbær hefði engin þau sérstöku staðbundnu einkenni að teljast sérstakur landfræðilegur markaður, sem væri enda þvert á áratuga framkvæmd Samkeppniseftirlitsins. Því væri engin ástæða til frekari rannsóknar af hálfu stofnunarinnar. Þaðan af síður stæði lagaheimild til íhlutunar í samrunann. Væri þess því vænst af hálfu Lyfja og heilsu að rannsókn málsins yrði þegar í stað hætt og tilkynnt um að ekki væri ástæða til að aðhafast vegna samrunans.
59. Þann 26. september 2018 átti Samkeppniseftirlitið samtali við LSH um starfsemi Sjúkrahúsapóteksins. Í kjölfarið sendi eftirlitið tölvupóst á LSH þar sem óskað var eftir því að LSH legði mat á þá staðhæfingu samrunaaðila að rangfærslur væri að finna í umfjöllun Samkeppniseftirlitsins í andmælaskjali um sjúkrahúsapótekið. Svör bárust frá Landspítalanum þann 2. október 2018 þar sem tekið var undir fyrrgreinda lýsingu Samkeppniseftirlitsins í andmælaskjali.



60. Þann 26. september 2018 sendi Samkeppniseftirlitið upplýsingabeiðni til Sjúkratrygginga Íslands. Þar var m.a. óskað eftir:
1. Sundurgreiningu upplýsinga sem Samkeppniseftirlitið fékk afhent frá Sjúkratryggingum þann 16. ágúst 2018. Var þannig óskað eftir sundurgreiningu á veltu Lyfju, LSH, Costco, Lyfjavers og Lyfjavals.
  2. Skýringu á því hvers vegna breyting á hlutfalli Mosfellinga sem verslaði í heimabyggð hafi verið svo skörp á milli þeirra talna sem birtar voru á vefsíðu stofnunarinnar fyrir árið 2017 í samanburði við þær tölur sem Sjúkratryggingar Íslands afhentu Samkeppniseftirlitinu fyrir maí 2017 til júní 2018.
  3. Hvers vegna hlutfallið á svæðinu Reykjavík (Fossvogur, Háaleiti, Skeifan), í töflu sem birt var á heimasíðu Sjúkratrygginga, hefði verið svo hátt.
  4. Óskað var eftir að sambærilegar töflur og birtar voru fyrir árin 2016 og 2017 á heimasíðu Sjúkratrygginga yrðu afhentar fyrir fyrri hluta árs 2018.
  5. Óskað var upplýsinga um fjölda einstaklinga í hverju greiðsluprepi lyfjakaupa þann 1. júní 2016, 1. júní 2017 og 1. júní 2018, flokkað eftir greiðslupátttöku almennt annars vegar og öldruðum 67 ára og eldri, örorkulífeyrisþegum, börnum og ungmönnum yngri en 22 ára hins vegar.
  6. Upplýsingum um fjölda útleysta lyfseðla fyrir þá sem búsettir væru í póstnúmeri 270 fyrir árin 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 og fyrri hluta árs 2018.
  7. Að lokum var óskað eftir mati á umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um S-merkt lyf í andmælaskjali.
61. Ítrekaði Samkeppniseftirlitið framangreinda upplýsingabeiðni þann 28. september 2018.
62. Svör Sjúkratrygginga Íslands við lið 7 í upplýsingabeiðni bárust þann 28. september 2018. Þar kom fram að S-merkt lyf væru að mestu ætluð til notkunar á deildum sjúkrahúsa eða í tengslum við sjúkrahúsmeðferðir en þau væru ekki á lyfjalista Sjúkratrygginga. Önnur S-merkt lyf, þ.e. sem ekki væru ætluð til notkunar á deildum sjúkrahúsa eða í tengslum við sjúkrahúsmeðferðir, væru afgreidd jafnt í sjúkrahúsapótekum og öðrum apótekum. Að meðaltali væru S-merkt lyf dýrari en almenn lyf svo álagningin væri hærri að krónutölu en álagningarprósentan væri lægri. Voru svör Sjúkratrygginga í samræmi við umfjöllun Samkeppniseftirlitsins í andmælaskjali.
63. Í samtali Samkeppniseftirlitsins og Sjúkratrygginga Íslands, dags. 1. október 2018, innti eftirlitið eftir svörum við þeim hluta upplýsingabeiðninngar er Sjúkratryggingar Íslands hefðu ekki svarað.
64. Þann 2. október 2018 átti Samkeppniseftirlitið samtal við Sjúkratryggingar Íslands þar sem eftirlitið óskaði eftir því að Sjúkratryggingar svöruðu þeim spurningum er svör höfðu ekki borist við. Tilkynntu Sjúkratryggingar Íslands að svör myndu berast innan skamms.
65. Þann 4. október 2018 sendi Samkeppniseftirlitið tölvupóst á Sjúkratryggingar Íslands þar sem fram kom að eftirlitinu hefði enn ekki borist umbeðin svör og hvenær þeirra væri að vænta.





66. Svör við öðrum liðum í upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins barst frá Sjúkratryggingum Íslands þann 5. október 2018. Þar kom fram að vinnsla þeirra gagna sem óskað var eftir væri þess eðlis að ekki væri unnt að framkvæma hana í samræmi við viðurkenndar aðferðir innan þeirra tímamarka sem Sjúkratryggingum var veitt. Í svörum Sjúkratrygginga kom jafnframt fram að atriði 1, 4, 5, og 6 hér að framan kölluðu á vinnslu persónugreinanlegra upplýsinga og væri stofnunin að skoða hvort henni væri heimilt að vinna vinnsluna. Þá kom fram varðandi spurningu tvö að Samkeppniseftirlitið hefði óskað í tvígang eftir að umrædd gögn yrðu afhent á mismunandi tímum. Tvær vinnslur hefðu farið af stað og því gætu forsendur verið ólíkar. Sjúkratryggingar hefðu ekki náð að yfirfara forsendur beggja fyrirspurna til að bera þær saman og leggja mat á.

67. Þann 8. október 2018 sendi Samkeppniseftirlitið bréf til samrunaaðila þar sem gerð var grein fyrir þeirri rannsókn sem fram hefði farið í kjölfar útgáfu andmælaskjals. Var einnig rökstutt það frummat eftirlitsins að þessi viðbótarrannsókn breytti ekki þeirri niðurstöðu andmælaskjalins að samruni þessa máls raski samkeppni. Í bréfinu kom m.a. fram að Samkeppniseftirlitið hefði við athugun þessa máls framkvæmt ítarlega rannsókn á markaðnum fyrir smásölu lyfja. Samkeppniseftirlitið hefði í kjölfar útgáfu andmælaskjals m.a. tekið skilgreiningu vöru- og landfræðilega markaðarins til frekari rannsóknar auk þess að rannsaka frekar samkeppnisleg áhrif samrunans. Þá hefði Samkeppniseftirlitið framkvæmt framangreinda athugun meðal lyfsöluleyfifasha og aflað nánari upplýsinga frá Sjúkratryggingum Íslands og LSH. Einnig var þetta tekið fram í bréfinu:

*„Í andmælaskjali var komist að þeirri frumniðurstöðu að landfræðilegi markaður málsins væri Mosfellsbær. Þá var það frummat Samkeppniseftirlitsins að samruninn myndi hindra virka samkeppni og kalli á íhlutun á grundvelli 17. gr. c. samkeppnislaga. Það væri þó ljóst að það myndi litlu breyta um mat á skaðlegum áhrifum samrunans hvort sem litið væri á höfuðborgarsvæðið heilt og óskipt sem sérstakan landfræðilegan markað eða þá Mosfellsbæ einan og sér. Var þetta t.d. skýrt tekið fram í mgr. 245 – 246 í andmælaskjali.*

*Samkeppniseftirlitið hefur þannig í rökstuddu andmælaskjali birt fyrir samrunaaðilum það frummat sitt að samruni þessa máls raski samkeppni hvort sem markaður málsins telst vera Mosfellsbær eða höfuðborgarsvæðið. Hefur samrunaaðilum og verið gefið færi á að koma að sjónarmiðum sínum vegna þessa. Lyf og heilsa hefur hins vegar kosið að nýta sér ekki andmælarétt sinn til fulls. Eðli málsins samkvæmt er ekki unnt að horfa til sjónarmiða sem fyrirtæki setja ekki fram og hafa ber í huga að það er „á ábyrgð málsaðila að taka afstöðu til þess hvort og þá hvernig hann nýtir sér andmælarétt sinn“, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 4. febrúar 2016 í máli nr. 272/2015, Skeljungur hf. gegn Samkeppniseftirlitinu.“*

68. Þann 11. október 2018 bárust sjónarmið Lyfja og heilsu við bréf Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2018 þar kemur fram að fyrirtækið hafni niðurstöðu frummats Samkeppniseftirlitsins og sér í lagi þeim tilhæfulausu ásökunum og dylgjum sem þar komi fram. Sérstaka athygli veki umfjöllun í bréfinu



um lögmæti afsláttar sem sé í ósamræmi við ítrekaðar munnlegar upplýsingar sem félaginu hafi verið veittar af Sjúkratryggingum. Félagið telur sér að öðru leyti ekki fært að setja fram sérstakar efnislegar athugasemdir við frummatið, umfram þær sem áður hafi verið settar fram. Stafi það af því að félagið telur ljóst að rannsókn stofnunarinnar sé ólögmæt, þar sem jafnt hlutlægnisskylda, rannsóknarregla og jafnræðisregla stjórnarsýslulaga hafi verið fótum troðnar. Telji félagið einsýnt að það ráðist af fyrirfram mótaðri afstöðu Samkeppniseftirlitsins til samrunans, þar sem gögn sem ekki henti málatilbúnaði stofnunarinnar séu hunsuð. Lyf og heilsa telur ljóst að frummat Samkeppniseftirlitsins byggji á rannsókn þar sem vísitandi hafi verið litið framhjá raungögnum sem félagið hafi þó ítrekað vakið athygli á. Telji félagið liggja í augum uppi að væri hlutlægni gætt við rannsóknina, blasi það við að samruninn sé ekki til þess fallinn að raska samkeppni. Verði endanleg ákvörðun eftirlitsins í samræmi við frummat þess muni félagið kæra þá ákvörðun til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Verði þá sett fram sjónarmið félagsins í heild sinni, enda vænti félagið þess að þar muni það njóta hlutlægrar málsmeðferðar. Félagið áskilji sér sérstaklega rétt til allra lögbundinna úrræða, þ.m.t. skaðabóta, vegna þess tjóns sem hin ætlaða ólögmæta málsmeðferð leiðir til.

69. Þann 11. október 2018 barst svar frá Apóteki MOS við bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2018. Í svarinu áréttar fyrirtækið að í umfjöllun um afslætti í framkomnum athugasemdum hafi fyrirtækið vissulega átt við einhliða afslátt af hluta viðskiptavinar eingöngu án tilkynningar til Sjúkratrygginga Íslands. Þá hafi eiganda fyrirtækisins ekki verið kunnugt um fréttatilkynningu Sjúkratrygginga Íslands. Taki hún þó eingöngu til hluta Sjúkratrygginga Íslands, en ekki hluta til sjúkratryggða. Gerð er athugasemd við að rannsókn málsins hafi aldrei verið kannað hversu stórt hlutfall íbúa Mosfellsbæjar leysi út lyf sín annars staðar. Að mati fyrirtækisins er málið alls ekki fullrannsakað. Þá hafi Apóteki MOS aldrei verið boðið upp á sáttaviðræður og af þeim sökum áskilur eigandi sér allan rétt í þessu máli er varði hagsmuni hans. Meðferð málsins virðist án fordæma sé litið til annarra samrunamála, sem Samkeppniseftirlitið hefur haft til meðferðar og úrskurðað í nýlega.
70. Þann 15. október 2018 sendi Samkeppniseftirlitið tölvupóst á Sjúkratryggingar Íslands þar sem óskað var eftir að staðfestar yrðu upplýsingar frá Sjúkratryggingum um heildarstærð markaðarins fyrir smásölu lyfja. Svör bárust frá Sjúkratryggingum Íslands þann 17. október 2018.
71. Í kjölfar útgáfu andmælaskjalsins lögðu samrunaaðilar fram tiltekna tillögur að skilyrðum sem þeir töldu leysa úr þeim samkeppnislegu vandamálum sem samruninn kynni annars að leiða til. Samkeppniseftirlitið taldi að þær tillögur leystu ekki úr þeim vanda sem annars stafaði af samrunanum, fjallað er nánar um þessar tillögur samrunaaðila í kafla VII. 1 í ákvörðuninni.



### III. SAMRUNINN OG AÐILAR HANS

72. Samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga telst samruni hafa átt sér stað þegar breyting verður á yferráðum til frambúðar. Samruni getur þannig m.a. falist í því að fyrirtæki taki annað fyrirtæki yfir eða það nái yferráðum í heild eða hluta yfir öðru fyrirtæki, t.d. með því að kaupa hluta af eignum þess eða þær allar, sbr. 1. mgr. 17. gr. laganna.
73. Í samrunatilkynningu kemur fram að með kaupsamningi, dags. 15. mars. 2018, hafi Lyf og heilsa skuldbundið sig til að kaupa, og Thorsig ehf. hafi skuldbundið sig til að selja, allt hlutfé í Opnu, sem sé rekstraraðili Apóteks MOS.
74. Í samrunaskrá kemur fram að tilgangur Lyfja og heilsu sé rekstur lyfjaverslana. Félagið rekur apótek um landið annars vegar undir heitinu Lyf og heilsa og hins vegar Apótekarinn. Lyf og heilsa er eigandi alls hlutfjár í félaginu Vetro ehf. Það félag fer svo með yferráð í Glerverksmiðjunni Samverk ehf. Vetro ehf. er jafnframt eigandi 99,9% hlutfjár í Berki hf. Þá er Lyf og heilsa eigandi 79% hlutfjár í félaginu Hljóðfærahúsið ehf. Starfsemi félagsins felst í rekstri hljóðfæraverslunar. Loks á Lyf og heilsa 6,16% eignarhlut í félaginu Orkuhúsið sf., sem er eignarhaldsfélag um rekstur fasteignarinnar að Suðurlandsbraut 34, Reykjavík.
75. Lyf og heilsa er í eigu félagsins Faxar ehf., en félagið er fasteignafélag. Meginstarfsemi Faxe felst í eignarhaldi þeirra fasteigna sem dótturfélag þess, Lyf og heilsa nýtir. Faxar ehf. er að fullu í eigu félagsins Faxi ehf. sem er eignarhaldsfélag sem hefur þann megintilgang að halda utan um hlutfjáreign í Faxar. Faxi ehf. fer jafnframt með yferráð í félaginu Váttur ehf., sem er eignarhaldsfélag um jörðina að Galtalæk, félaginu Fet ehf., sem á og rekur hrossaræktarbúið Fet, og félaginu Lækjarbraut ehf., sem er með takmarkaða starfsemi. Félagið Faxi ehf. er að fullu í eigu félagsins Toska ehf. Toska ehf. er eignarhaldsfélag sem hefur þann megintilgang að halda utan um hlutfjáreign í Faxi ehf. Félagið Toska ehf. er loks að fullu í eigu Jóns Hilmars Karlssonar. Fer Jón Hilmar, eða félög undir hans yferráðum, ekki með yferráð í öðrum félögum en hér hafa verið nefnd.
76. Í samrunaskrá kemur fram að tilgangur Opnu sé rekstur lyfjaverslana. Félagið rekur eitt apótek, Apótek MOS, sem staðsett er í Háholti, Mosfellsbæ. Apótek MOS er að fullu í eigu Þórs Sigþórssonar.
77. Samkvæmt samrunaskrá setti Lyf og heilsa sig í samband við forsvarsmann Apóteks MOS um möguleg kaup á félaginu. Úr varð að félagið gerði formlegt kautilboð um allt hlutfé í félaginu þann 15. mars 2018, sem samþykkt var þann sama dag, með fyrirvara um samþykki Samkeppniseftirlitsins.
78. Fram kemur að ekki sé um að ræða samruna að félagarétti. Samkvæmt kautilboðinu mun Lyf og heilsa, a.m.k. fyrst um sinn, eftir kaupin fara með 100% yferráð í Apóteki MOS, hvort sem er í gegnum eigið eignarhald eða eignarhald félags undir sömu yferráðum.
79. Í samrunaskrá segir að markmið samrunans sé einkum að ná fram hagræðingu í rekstri Lyfja og heilsu með því að fjölga tekjuberandi stoðum í rekstrinum. Sér í lagi



þar sem fyrir liggja miklar kostnaðarlegar áskoranir í rekstri samstæðunnar, s.s. innleiðing á nýjum persónuverndarlögum, innleiðing jafnlaunavottunar auk innleiðingar nýs tölvukerfis sem byggir á sam-evrópskum reglum um rekjanleika lyfja.

80. Með vísan til framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að kaup Lyf og heilsu á öllu hlutafé í Opnu feli í sér samruna í skilningi 17. gr. a. samkeppnislaga. Samruninn er tekinn til rannsóknar samkvæmt heimild í 3. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga.



#### IV. UM ATHUGASEMDIR VIÐ MÁLSMEÐFERÐ

81. Líkt og kemur fram í kafla I. hér að framan hafa samrunaaðilar gert athugasemdir við meðferð og rannsókn málsins. Er rétt að víkja að þeim athugasemdum hér.

##### 1. Meðalhófsreglan

82. Lyf og heilsa heldur því fram að Samkeppniseftirlitið hafi gengið lengra en nauðsyn krefði í þágu rannsóknar málsins með því að framkvæma neytendakönnun og hafi þar með brotið gegn 12. gr. stjórnslulaga. Í því samhengi bæri að líta sérstaklega til þess að ekki væri um tilkynningarskyldan samruna að ræða, auk þess sem um fjórðungur veltu Apóteks MOS stafaði frá sölu á vöruflokkum sem væru í verðsamkeppni við Lyf og heilsu. Jafnframt yrði að horfa til þess að upplýsingar lægju fyrir hjá opinberum aðilum.

83. Samkeppniseftirlitinu er falið samkvæmt samkeppnislögum að rannsaka samkeppnisleg áhrif samruna. Samkvæmt 10. gr. stjórnslulaga ber Samkeppniseftirlitinu, að eigin frumkvæði, að sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Af þessu leiðir að það er hlutverk eftirlitsins að lögum að meta með hvaða hætti samrunamál eru rannsökuð.

84. Í samkeppnisrétti geta neytendakannanir gefið mikilvægar vísbendingar þegar samkeppnisleg áhrif samruna eru metin.<sup>6</sup> Í máli þessu er um að ræða samruna einu apótekanna sem starfa í Mosfellsbæ. Við blasir að mikilvægt álitaefni í málinu er hversu nánir keppinautar apótekin eru og hvort eða að hvaða leyti apótek í öðrum sveitarfélögum veita samrunaaðilum samkeppnislegt aðhald. Ef slíkt aðhald er ekki fyrir hendi eða er mjög takmarkað getur samruni einu apótekanna í Mosfellsbæ valdið alvarlegri röskun á samkeppni. Upplýsingar um viðhorf neytenda geta eðli málsins skipt máli við mat af þessum toga. Í því skyni að rannsaka samkeppnislegt aðhald á milli samrunaaðila ákvað Samkeppniseftirlitið því að láta framkvæma neytendakönnun hjá viðskiptavinum samrunaaðila í Mosfellsbæ.

85. Líkt og fram kom í bréfi Samkeppniseftirlitsins til samrunaaðila, dags. 3. júlí 2018, geta samrunar raskað hagsmunum neytenda með alvarlegum hætti og íhlutun í samruna er íþyngjandi fyrir aðila máls. Því fái Samkeppniseftirlitið ekki séð að það fari gegn meðalhófsreglu stjórnslulaga að framkvæmd sé könnun sem liður í því að meta samkeppnislag áhrif umrædds samruna. Þvert á móti er framkvæmd könnunarinnar til þess fallin að upplýsa málið að fullu í samræmi við vandaða stjórnsluhætti.

86. Ekki fæst séð að máli skipti að samruni þessa máls uppfylli ekki veltumörk 17. gr. a. samkeppnislaga. Samkeppnislög leggja til grundvallar að slíkir samrunar geti eftir sem áður raskað samkeppni, sbr. 3. mgr. 17. gr. b. laganna. Þegar Samkeppniseftirlitið beitir þeirri heimild ber að rannsaka málið með fullnægjandi hætti líkt og í öðrum samrunamálum.

87. Sem fyrr segir er á því byggt að aðeins fjórðungur veltu Apóteks MOS stafi frá sölu á vöruflokkum sem væru í verðsamkeppni við Lyf og heilsu. Þetta sjónarmið Lyfja

<sup>6</sup> Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli COMP/M.4439 – Ryanair/Aer Lingus.



og heilsu og Apóteks MOS á þeirri röngu staðhæfingu að óheimilt sé að veita afslætti af lyfjum sem falla undir greiðsluþátttöku Sjúkratrygginga Íslands og getur því enga þýðingu haft.

88. Þegar framangreint er virt er ekki unnt að fallast á að Samkeppniseftirlitið hafi, við rannsókn málsins, brotið gegn meðalhófsreglu stjórnsýslulaga.

## 2. Breyting á stjórnvaldsframkvæmd og jafnræðisreglan

89. Í athugasemdum Lyfja og heilsu við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins kemur fram að í frummati eftirlitsins um landfræðilega markað málsins felist frávik frá áratugalangri markaðsskilgreiningu samkeppnisyfivalda á lyfjamarkaði hér á landi. Lyf og heilsa mótmælir því að markaðurinn sé nú skilgreindur á annan hátt en fram til þessa og því að Samkeppniseftirlitinu sé heimilt að breyta markaðsskilgreiningunni á þennan hátt. Sé slík skyndileg breyting á stjórnvaldsframkvæmd bersýnilega ólögmæt og áskilur félagið sér allan rétt vegna þessa. Af þeirri ástæðu einni séu engar forsendur til að aðhafast vegna samrunans. Þannig geti hann hvorki skapað eða styrkt markaðsráðandi stöðu á lyfjamarkaði á höfuðborgarsvæðinu, né að öðru leyti raskað samkeppni á þeim markaði. Í bréfi Lyfja og heilsu frá 11. október 2018 er því haldið fram að rannsókn Samkeppniseftirlitsins sé ólögmæt m.a. vegna brota á jafnræðisreglu stjórnsýslulaga. Ekki er hins vegar rökstutt í hverju þetta ætlaða brot felist.
90. Samkeppniseftirlitið fær ekki betur séð en Lyf og heilsa byggja á því að Samkeppniseftirlitið brjóti gegn reglum stjórnsýsluréttarins um réttmætar væntingar ef það leggi til grundvallar aðra markaðsskilgreiningu en gert hafi verið í eldri málum. Þá virðist áfrýjandi byggja á því að slík breyting fari einnig gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga.
91. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 11. nóvember 2010 í máli nr. 151/2010 segir að ganga „verður út frá því að hafi stjórnsýsluframkvæmd lengi tíðkast og almennt verið kunn geti stjórnvald ekki breytt henni svo að íþyngjandi sé gagnvart almenningi á þeim grunni einum að málefnalegar ástæður búi þar að baki, heldur verði að taka slíka ákvörðun á formlegan hátt og kynna hana þannig að þeir, sem breytingin varðar, geti gætt hagsmuna sinna.“
92. Reglan um réttmætar væntingar í íslenskum stjórnsýslurétti er, líkt og aðrar stjórnsýslureglur (jafnræðisreglan, meðalhófsreglan, andmælaréttur o.fl.) sambærileg þeirri reglu sem gildir í EES/ESB-rétti. Sækir íslenskur stjórnsýsluréttur fyrirmynd sína til evrópskrar réttarhefðar líkt og stjórnsýsluréttur EES/ESB.<sup>7</sup> Í dómi EFTA dómstólsins frá 10. maí 2011 er reglunni um réttmætar væntingar lýst.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Sjá Páll Hreinsson, Stjórnsýslulögin, 1994, bls. 119-120. Stefán Már Stefánsson, Evrópusambandið og Evrópska Efnahagssvæðið, 2000 bls. 195. Páll Hreinsson, Meðalhófsregla stjórnsýslulaga, Lögberg, Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands, 2003 bls. 505.

<sup>8</sup> Dómur í sameinuðum málum nr. E-4/10, E-6/10 og E-7/10, mgr. 143: „As regards the right of Reassur and Swisscom to rely on the principle of legitimate expectations and the compatibility of ESA's decision with that principle, it has repeatedly been held by the Union Courts that this principle extends to any economic operator in a situation where a European Union institution has caused him to entertain expectations which are justified. However, a person may not plead infringement of that principle unless he has been given precise assurances by that institution. Similarly, if a prudent and alert economic operator could have foreseen the adoption of a measure likely to affect his interests, he cannot plead that principle if the measure is adopted ...“



Samkvæmt dómnum verða væntingarnar að vera hlutlægt séð réttlætanagerar.<sup>9</sup> Þá skiptir einnig höfuðmáli að reglan verður ekki virk nema stjórnvaldið hafi gefið viðkomandi nákvæm fyrirheit (e. precise assurances).

93. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga felst að mál sem eru sambærileg í lagalegu tilliti skuli hljóta samskonar úrlausn. Ekki er hins vegar um að ræða mismunun í lagalegu tilliti, jafnvel þótt mismunur sé á úrlausn mála, ef sá mismunur byggist á frambærilegum og lögmætum sjónarmiðum, sbr. ummæli í greinargerð með frumvarpi sem varð að stjórnsýslulögum. Ber og að hafa í huga að ákvarðanir í samkeppnismálum geta „byggst á fjölda breyta sem horfa ólíkt við í hverju einstöku máli“, sbr. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Atvik hvers máls eru sérstök auk þess sem þeir markaðir sem um ræðir breytast frá einum tíma til annars. Samrunamál eru með öðrum orðum sjaldnast sambærileg í lagalegu tilliti.
94. Hér ber og að líta til þess að við skilgreiningu markaða í samrunamálum er unnt og gagnlegt að hafa hliðsjón af fordæmum í innlendri lagaframkvæmd og í EES/ESB-samkeppniserétti, sbr. m.a. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 277/2012, *Stjórnugrís hf. og Arion banki hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hins vegar geta skilgreiningar í eldri málum ekki verið skuldbindandi eða falið í sér framkvæmd sem óheimilt er að breyta. Í samkeppniserétti verður ávallt að meta hvort aðstæður á markaði séu hinar sömu og í eldra máli.<sup>10</sup> Þá liggur fyrir í samkeppniserétti að, eðli málsins samkvæmt, geta markaðsskilgreiningar í eldri málum ekki skapað fyrirtækjum lögmætar væntingar. Þá duga ekki órökstuddar tilvísanir til jafnræðisreglunnar.
95. Framangreindu til stuðnings má horfa til General Electric (GE) málsins. Framkvæmdastjórn ESB hafði ógilt samruna GE og Honeywell. GE skaut ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar til undirréttarins og krafðist þess að hún yrði felld úr gildi.<sup>11</sup> Var í því sambandi m.a. bent á að mikilvægir þættir í mati framkvæmdastjórnarinnar væru í ósamræmi við eldri ákvarðanir sem vörðuðu sömu starfsemi. Undirréttur ESB féllst ekki á þetta. Sagði dómstóllinn að þegar framkvæmdastjórnin tæki ákvörðun á grundvelli samrunatilkynningar og gagna í því máli væri ekki unnt að draga niðurstöður hennar í efa á þeim grunni að komist hafi verið að annarri niðurstöðu í öðru máli á grundvelli gagna þess máls, jafnvel þótt um svipaða eða sömu markaði væri að ræða. Tilvísun til eldri ákvarðana væri því þýðingarlaus.<sup>12</sup> Dómstóllinn bætti við að fyrirtæki gætu ekki haft réttmætar

<sup>9</sup> Sjá einnig Lárus L. Blöndal og Stefán Már Stefánsson, Möguleg bótaskylda ESB, grein sem birtist í Morgunblaðinu 14. janúar 2010.

<sup>10</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 22. mars 2000 í sameinuðum málum nr. T-125/97 og T-127/97, *The Coca Cola Company gegn framkvæmdastjórninni*, mgr. 81-82: „... a finding of a dominant position by the Commission, even if likely in practice to influence the policy and future commercial strategy of the undertaking concerned, does not have binding legal effects as referred to in the IBM judgment. Such a finding is the outcome of an analysis of the structure of the market and of competition prevailing at the time the Commission adopts each decision. The conduct which the undertaking held to be in a dominant position subsequently comes to adopt in order to prevent a possible infringement of Article 86 of the Treaty is thus shaped by the parameters which reflect the conditions of competition on the market at a given time.

Moreover, in the course of any decision applying Article 86 of the Treaty, the Commission must define the relevant market again and make a fresh analysis of the conditions of competition which will not necessarily be based on the same considerations as those underlying the previous finding of a dominant position.”

<sup>11</sup> Dómur undirréttar ESB í máli nr. T-210/01 *General Electric Company v Commission* [2006] 4 CMLR 15.

<sup>12</sup> „... when the Commission takes a decision on the compatibility of a concentration with the common market on the basis of a notification and a file pertaining to that transaction, an applicant is not entitled to call the



væntingar til þess að stjórnarsýsluframkvæmd í matskenndum málum breyttist ekki.<sup>13</sup> Tók dómstóllinn fram að hvað sem öðru liði væri hvorki hann né framkvæmdastjórnin bundin af samkeppnislegu mati sem fram hefði komið í eldri ákvörðun. Jafnvel þótt engin málefnaleg rök réttlættu mismunandi niðurstöður í eldra og yngra máli ætti aðeins að ógilda yngri ákvörðunina ef fyrir lægi að hún sjálf væri haldin annmörkum.<sup>14</sup>

96. Hnykkt var á framangreindri túlkun í dómi undirréttarins frá maí 2009.<sup>15</sup>
97. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það að niðurstaða þessa máls feli í sér þá breytingu á framkvæmd sem Lyf og heilsa heldur fram, sbr. kafli V 2.2.1 hér á eftir. Þess fyrir utan gat Lyf og heilsa ekki með réttu lagt til grundvallar að nálgun eða niðurstaða Samkeppniseftirlitsins gæti ekki tekið breytingum. Til viðbótar ber að horfa til þess að Samkeppniseftirlitið hefur ítrekað gefið samrunaaðilum tækifæri á því að tjá sig m.a. um frummat eftirlitsins á skilgreiningu markaðarins.
98. Aðalatriðið er að í þessu máli hefur verið ráðist í ítarlega rannsókn á því hvort Mosfellsbær teljist sérstakur landfræðilegur markaður í skilningi samkeppnislaga. Byggir sú rannsókn m.a. á sjónarmiðum samrunaaðila og öðrum gögnum sem hefur verið aflað hjá þeim, svörum í neytendakönnun, svörum lyfsöluleyfifshafa í athugun sem framkvæmd var á meðal þeirra, svörum frá Sjúkratryggingum Íslands og Landspítala Háskólasjúkrahúsi. Allt eru þetta upplýsingar sem ekki hafa legið fyrir í fyrri málum Samkeppniseftirlitsins. Af þessu leiðir að tilvísanir Lyf og heilsu til ákvarðana í öðrum málum hafa hér takmarkaða þýðingu.

### 3. Rannsóknarreglan og skortur á hlutlægni

99. Lyf og heilsa heldur því fram að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga. Í m.a. athugasemdum félagsins við andmælaskjalið er á því byggt að neytendakönnunin hafi verið stórlega gölluð. Þá

---

*Commission's findings into question on the ground that they differ from those made previously in a different case, on the basis of a different notification and a different file, even where the markets at issue in the two cases are similar, or even identical. Thus, in so far as the applicant relies in this instance on assessments made by the Commission in its previous decisions, in particular in the Engine Alliance decision, those parts of its arguments are irrelevant. "*

<sup>13</sup> „Even supposing that those complaints could be classified instead as allegations of an infringement of the principle of the protection of legitimate expectations, economic operators have no grounds for a legitimate expectation that a previous practice in taking decisions that is capable of being varied will be maintained ... ”

<sup>14</sup> „In any event, neither the Commission nor, a fortiori, the Court of First Instance is bound in this instance by the findings of fact or economic assessments in the Engine Alliance decision. Even supposing that the analysis in the two decisions differs without any objective justification for that difference, the Court ought to annul the contested decision here only if satisfied that that decision, as opposed to the Engine Alliance decision, is vitiated by error. ”

<sup>15</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 7. maí 2009 í máli nr. T-151/05, NVV gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 136: „It should first be recalled that, according to case-law, although the Commission must give an account of its reasoning if a decision goes appreciably further than the previous decision-making practice (Case 73/74 *Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique and Others v Commission* [1975] ECR 1491, paragraph 31), economic operators have no grounds for a legitimate expectation that a previous decision-making practice, that is capable of being varied when the Community institutions exercise their discretion, will be maintained (see *General Electric v Commission*, paragraph 53 above, paragraph 512, and the case-law cited therein). In particular, the applicants cannot have entertained such a legitimate expectation on the ground that the Commission had defined markets in a particular way in a previous decision, since the Commission – and, a fortiori, the Court – is not bound by the findings made in such a decision (see, to that effect, *General Electric v Commission*, paragraph 53 above, paragraph 514).”





er því haldið fram að eftirlitið hafi vanrækt að afla mikilvægra upplýsinga frá Sjúkratryggingum. Í bréfi frá 24. september 2018 vísaði Lyf og heilsa til tölulegra upplýsinga sem Sjúkratryggingar Íslands hefðu birt á heimasíðu sinni. Væri um að ræða sömu upplýsingar og Lyf og heilsa hefði krafist þess að Samkeppniseftirlitið aflaði undir rannsókn málsins. Þá segir að birting Sjúkratrygginga á upplýsingunum vektu áleitnar spurningar um rannsókn Samkeppniseftirlitsins og staðhæfingar í andmælaskjali. Sé það m.a. vegna þess að Samkeppniseftirlitið hefði staðhæft að Sjúkratryggingar Íslands teldi þær upplýsingar háðar trúnaði. Í bréfi frá 11. október 2018 kemur fram að Lyf og heilsa telji sér ekki fært að setja fram sérstakar efnislegar athugasemdir umfram þær sem áður hafi verið settar fram. Stafi það af því að félagið telji ljóst að rannsókn stofnunarinnar sé ólögmæt, þar sem m.a. jafnt hlutlægnisskylda og rannsóknarregla stjórnarsýslulaga hafi verið fótum troðnar. Telji félagið einsýnt að rannsóknin ráðist af fyrirfram mótaðri afstöðu Samkeppniseftirlitsins til samrunans, þar sem gögn sem ekki henti málatalibúnaði stofnunarinnar séu hunsuð.

100. Í tölvupósti Apóteks MOS, dags. 11. október 2018, kemur fram að það sé mat fyrirtækisins að málið sé alls ekki fullrannsakað.
101. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að samkvæmt 10. gr. stjórnarsýslulaga skal stjórnvald sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Ljóst er að mál telst nægilega rannsakað þegar þeirra upplýsinga hefur verið aflað sem nauðsynlegar eru til þess að hægt sé að taka efnislega rétta ákvörðun í því. Markmiðið með rannsókn stjórnvalds er að tekin sé efnislega rétt ákvörðun í því máli sem er til umfjöllunar hverju sinni. Ákvæðið áskilur hins vegar ekki, eins og samrunaaðilar virðast telja, að stjórnvald afli gagna með nánar tilteknum hætti. Það er á forræði stjórnvaldsins að ákveða hvaða upplýsinga á að afla og meta hvaða þætti nauðsynlegt er að rannsaka.<sup>16</sup> Eins og nánar greinir í athugasemdum við 10. gr. frumvarps þess er varð að stjórnarsýslulögum þá felst ekki í rannsóknarreglunni, að stjórnvald þurfi sjálft að afla allra upplýsinga, enda gera lögin ráð fyrir því að aðili máls eigi þess kost að tjá sig um efni þess, meðal annars með því að leggja fram gögn, áður en ákvörðun er tekin. Er þannig ljóst að rannsóknarregla stjórnarsýslulaga tengist náð andmælarétti skv. sömu lögum.<sup>17</sup>
102. Samkeppniseftirlitið telur að rannsókn þessa máls hafi verið vönduð. Samkeppniseftirlitið bauð samrunaaðilum að tjá sig um framkvæmd umræddrar neytendakönnunar og var að hluta tekið tillit til sjónarmiða þeirra. Er það mat eftirlitsins að sú könnun hafi í þessu máli verið liður í vandaðri rannsókn.
103. Í andmælaskjalinu gerði Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum ítarlega grein fyrir rannsókn málsins og setti fram rökstutt frummat á samkeppnislegum áhrifum

<sup>16</sup> Sjá t.d. Páll Hreinsson, Stjórnarsýsluréttur Málsmeðferð, 2013 bls. 470-471. Þar er m.a. rætt um mikilvægi þess að „starfsmenn stjórnarsýslunnar nálgist stjórnarsýslögin, ekki síst rannsóknarregluna með augum stjórnandans.“ Sjá einnig Nørgaard, Carl Aage og Hens Garde, Forvaltningsret Sagsbehandling, 4. útg., bls. 123.

<sup>17</sup> Sjá t.d. Páll Hreinsson, Stjórnarsýsluréttur Málsmeðferð, 2013 bls. 483: „Rannsóknarreglan tengist náð andmælaeglunni sem fram kemur í 13. gr. stjórnarsýslulaga þar sem mál verða í mörgum tilvikum ekki nægjanlega upplýst nema aðila hafi verið gefin kostur á að kynna sér gögn málsins, svo og að koma að frekari upplýsingum um málsatívk.“



samrunans. Var samrunaaðilum boðið að tjá sig um þetta og leggja fram ný gögn. Í ljósi athugasemda aðila samrunans voru tilteknir þættir málsins rannsakaðir frekar og þeim aftur gefið tækifæri á að tjá sig um frummat eftirlitsins og leggja fram ný gögn. Með þessum hætti leitaðist Samkeppniseftirlitið eftir því að upplýsa þetta mál eins vel og unnt væri.

104. Telur Samkeppniseftirlitið að málið sé nægjanlega upplýst í skilningi 10. gr. stjórnsýslulaga og verður nánari grein gerð fyrir efnislegum grundvelli málsins hér síðar.
105. Engu breytir um framangreint þótt Sjúkratryggingar Íslands hafi ekki talið sér unnt eða heimilt að veita Samkeppniseftirlitinu allar þær upplýsingar sem beðið var um. Eins og umfjöllun um efni málsins ber með sér býr Samkeppniseftirlitið þegar yfir fullnægjandi gögnum og yfirsýn til þess að taka ákvörðun í málinu.
106. Hvað varða athugasemdir Lyfja og heilsu við andmælaskjal sem snéru að því að eftirlitið hafi vanrækt að afla mikilvægra upplýsinga frá Sjúkratryggingum Íslands sem Sjúkratryggingar Íslands birtu svo á vefsíðu sinni í september sl. Þá vill Samkeppniseftirlitið taka eftirfarandi fram. Þessar upplýsingar liggja fyrir við töku þessara ákvörðunar. Hefur Samkeppniseftirlitið metið þær og túlkað, sbr. það bréf sem sent var þann 8. október 2018 til Lyfja og heilsu og Apótek MOS en þar gafst samrunaaðilum færi á að tjá sig um mat eftirlitsins á fyrrgreindum upplýsingum. Hefur Samkeppniseftirlitið því tekið fullt tillit til þessara upplýsinga sem samrunaaðilar töldu mikilvægar.
107. Hvað varðar athugasemdir Lyfja og heilsu um birtingu Sjúkratrygginga Íslands á heimasíðu sinni á tilteknum upplýsingum vill Samkeppniseftirlitið taka eftirfarandi fram. Þær upplýsingar sem Sjúkratryggingar Íslands birtu á vefsíðu sinni voru ekki þær upplýsingar sem Samkeppniseftirlitið hafði óskað eftir fyrir útgáfu andmælaskjals og Sjúkratryggingar afhent Samkeppniseftirlitinu. Þær upplýsingar sem afhentar voru Samkeppniseftirlitinu eru afar nákvæmar upplýsingar um dreifingu viðskiptavina Apótek MOS og hvers og eins apóteks apóteks í eigu Lyf og heilsu, eftir póstnúmerum, á höfuðborgarsvæðinu. Auk þess afhentu Sjúkratryggingar Íslands samandregnar upplýsingar um dreifingu viðskiptavina allra annarra apóteka á höfuðborgarsvæðinu, allra apóteka á landsbyggðinni utan apóteka Lyf og heilsu og allra apóteka Lyf og heilsu á landsbyggðinni. Við meðferð málsins fóru Sjúkratryggingar Íslands með skýrum hætti fram á það að umræddar upplýsingar sem eftirlitið hafði óskað eftir yrðu háðar trúnaði. Að mati eftirlitsins er eðlilegt að fyrrgreindar upplýsingar fari leynt og verði ekki birtar markaðsaðilum nema á tilteknu bili, enda eru þetta viðkvæmar upplýsingar sem markaðsaðilar hafa almennt ekki aðgang að. Hvað varðar síðari birtingu á upplýsingum á heimasíðu stofnunarinnar getur Samkeppniseftirlitið ekki tjáð sig enda er ekki um að ræða sömu upplýsingar og Samkeppniseftirlitið hafði óskað eftir fyrir útgáfu andmælaskjals. Hvað varðar misræmi á milli framangreindra upplýsinga, þá hafa skýringar ekki borist frá Sjúkratryggingum. Þetta misræmi hefur hins vegar ekki áhrif á efnislegt mat á samrunanum, sbr. umfjöllun í kafla V.2.2.5 mgr. 224 hér á eftir.



108. Ekki er rökstutt af hálfu Lyfja og heilsu með hvaða hætti Samkeppniseftirlitið hafi sýnt af sér hlutdrægni. Virðist þetta beinast að þeim niðurstöðum og ályktunum sem Samkeppniseftirlitið dregur af gögnum málsins. Það að Samkeppniseftirlitið túlki gögn með öðrum hætti en samrunaaðilar kjósa felur ekki í sér hlutdrægni eða brot á rannsóknarreglunni.



## V. SKILGREINING MARKAÐA

109. Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna samkvæmt 17. gr. c. samkeppnislaga er nauðsynlegt að skilgreina þann markað sem samrunaaðilar starfa á. Samkvæmt 4. gr. laganna er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgönguvöru eða þjónustu og staðgönguþjónustu. Staðganga er þegar vara eða þjónusta getur að fullu eða verulegu leyti komið í stað annarrar vöru eða þjónustu. Með hliðsjón af hagfræðilegum rökum þarf að líta á viðkomandi markað út frá a.m.k. tveimur sjónarmiðum; annars vegar vöru- eða þjónustumarkaði og hins vegar landfræðilegum markaði. Hafa ber þó í huga að markaðsskilgreiningar í samkeppnisrétti geta ekki orðið nákvæmar og eru aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

110. Í kafla 7 í viðauka I við reglur Samkeppniseftirlitsins nr. 684/2008 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum segir m.a. svo um skilgreiningu á mörkuðum:

*„Með viðkomandi vörumarkaði er átt við markað fyrir vörur og/eða þjónustu sem neytendur líta á sem staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu vegna eiginleika sinna, verðs og áformaðrar notkunar. Markaður er sölusvæði vöru og staðgönguvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgönguþjónustu, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar.*

*Meðal þátta, sem skipta máli við mat á viðkomandi markaði, er greining á því hvers vegna viðkomandi vara eða þjónusta tilheyrir þessum markaði og hvers vegna önnur vara eða þjónusta tilheyrir honum ekki samkvæmt framangreindri skilgreiningu og með hliðsjón af, meðal annars, hvort varan eða þjónustan nýtist sem staðgönguvara eða staðgönguþjónusta, samkeppnisstöðu, verði, verðsveiflum vegna eftirspurnar eða öðrum þáttum sem máli skipta við skilgreiningu á markaðnum.“*

111. Í reglunum um tilkynningu samruna er landfræðilegur markaður skilgreindur svo:

*„Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og/eða eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.*

*Meðal þátta sem skipta máli við mat á viðkomandi landfræðilegum markaði eru eðli og einkenni viðkomandi vöru eða þjónustu, hugsanlegar aðgangshindranir eða neytendavenjur, greinilegur munur á markaðshlutdeild fyrirtækja á þessu svæði og aðliggjandi svæðum eða verulegur verðmunur.“*



112. Tilgangur þess að skilgreina viðkomandi markað í samrunamálum er að greina það svið viðskipta sem samruninn hefur áhrif á.<sup>18</sup> Með markaðsskilgreiningunni er leitast við að afmarka hvar samkeppni milli fyrirtækja á sér stað í þeim tilgangi að greina á kerfisbundinn hátt þær skorður sem samkeppni á markaði setur á hegðun þeirra fyrirtækja sem starfa á þeim markaði sem samruninn hefur áhrif á og meta þannig það samkeppnislega aðhald sem hið sameinaða fyrirtæki býr yfir. Með því að afmarka markaðinn bæði með hliðsjón af þeirri vöru eða þjónustu sem seld er á markaðnum og frá landfræðilegu sjónarmiði er reynt að greina þá keppinauta samrunaaðila á markaði sem í raun geta sett hegðun samrunaaðilanna skorður.<sup>19</sup>
113. Þegar viðkomandi markaður hefur verið skilgreindur er hægt að reikna markaðshlutdeild aðila sem starfa á markaðnum og leggja mat á önnur atriði sem hafa þýðingu við mat á því hvort samruni raski samkeppni.
114. Af þessu leiðir að hugtakið „markaður“ í skilningi samkeppnislaga (e. relevant market) er frábrugðið öðrum skilgreiningum sem oft eru notaðar til að lýsa mörkuðum, s.s. þeim að „markaður“ vísi til þess landsvæðis þar sem fyrirtæki selur vörur sínar, eða að „markaður“ vísi gróflega til þeirrar atvinnugreinar eða þess geira sem fyrirtæki starfar innan.<sup>20</sup>
115. Þær skorður, sem samkeppni veitir fyrirtækjum á markaði, má flokka í þrennt: eftirspurnarstaðgöngu (e. demand substitution), framboðsstaðgöngu (e. supply substitution) og mögulega samkeppni (e. potential competition).
116. Eftirspurnarstaðganga er beinasta og virkasta ögunarvaldið sem hefur áhrif á ákvarðanir fyrirtækja um vöruverð. Fyrirtæki getur ekki haft umtalsverð áhrif á aðstæður á markaði, svo sem verðlag, ef viðskiptavinir þess geta auðveldlega keypt staðgönguvörur á sambærilegu eða lægra verði af öðrum fyrirtækjum á markaðnum. Við slíkar aðstæður búa aðilar á markaði við aðhald eða ögunarvald samkeppninnar. Markaðsskilgreiningin hefur þannig í grundvallaratriðum þann tilgang að greina það framboð, sem viðskiptavinir þeirra fyrirtækja sem um ræðir, geta í rauninni nýtt sér, bæði vegna vöru- eða þjónustuframboðs fyrirtækjanna og vegna landfræðilegrar staðsetningar þeirra.<sup>21</sup>
117. Framboðsstaðganga er það kallað, þegar fyrirtæki geta brugðist við lítilsháttar (hlutfallslegri) verðhækkun til frambúðar með því að breyta framleiðslu sinni og markaðssetja aðra vöru (eða þjónustu) en framleidd var áður, innan skamms tíma og án þess að þurfa að leggja út í umtalsverðan kostnað eða áhættu. Þegar slíkt á við, hefur þessi nýja framleiðsla aðhaldsáhrif á hegðun þeirra fyrirtækja sem fyrir

<sup>18</sup> Sjá m.a. 2. mgr. í tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður (98/EES/28/01). Í ECS/AKZO málinu, OJ 1985 L374/1 lýsti framkvæmdastjórn ESB því t.a.m. yfir að: „the object of market definition is to define the area of commerce in which the conditions of competition and the market power of the dominant firm is to be assessed.“

<sup>19</sup> Sjá 2. mgr. í tilkynningu ESA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður.

<sup>20</sup> Sjá 3. mgr. í framangreindri tilkynningu ESA. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 1. júlí 2010 í máli nr. T-321/05, AstraZeneca AB gegn framkvæmdastjórninni: „... the concept of relevant market is different from other definitions of market often used in other contexts, such as the area where the companies sell their products or, more broadly, the industry or sector to which the companies belong“, sbr. dóm dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli nr. C-457/10.

<sup>21</sup> Sjá 2. mgr. í tilkynningu ESA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður.



voru á markaðnum. Þessi áhrif eru sambærileg við áhrifin af eftirspurnarstaðgöngu.<sup>22</sup> Skammur tími í þessum skilningi er tími sem nægir ekki til að leggja út í umtalsverðar breytingar á t.d. fastafjármunum eða óáþreifanlegum eignum, svo sem þekkingargrunni fyrirtækisins.

118. Möguleg samkeppni, þ.e.a.s. ógnin sem aðilum á markaði getur stafað af innkomu nýrra aðila á markaðinn, er ekki tekin með í reikninginn þegar markaðir eru skilgreindir. Venjulega er því aðeins fjallað um mögulega samkeppni í málum af þessu tagi þegar búið er að fjalla um þá aðila sem fyrir eru á markaðnum og staðan á markaðnum veldur samkeppnisyfivöldum áhyggjum.<sup>23</sup> Nánar er fjallað um möguleika nýrra keppnauta og aðgangshindranir hér að neðan.

## 1. Vörumarkaðurinn

### 1.1 Sjónarmið í samrunaskrá og andmælaskjali

119. Í samrunaskrá kemur fram það mat að snertiflötur samrunaaðila takmarkist við markað fyrir rekstur lyfjaverslana og að mati samrunaaðila sé ekki ástæða til að greina á milli sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum og lausasölulyfjum. Jafnframt telja samrunaaðilar að hvorttveggja starfsemi sjúkrahúsapóteka sem og sala á S-merktum lyfjum tilheyri markaði fyrir starfsemi lyfjabúða.
120. Samkvæmt þessu er ljóst að samrunaaðilar telja sig vera keppnauta í rekstri apóteka. Apótek selja mikilvægar vörur og nam heildarsala þeirra á lyfjum sem niðurgreidd eru að hluta eða heild af Sjúkratryggingum Íslands tæplega 16 milljörðum á landinu öllu á árinu 2017 en um 10 milljörðum króna á höfuðborgarsvæðinu.<sup>24</sup> Við blasir að með samrunanum hverfur sú samkeppni sem ríkt hefur á milli samrunaaðila en báðir reka þeir apótek.
121. Í andmælaskjalinu var frumniðurstaða Samkeppniseftirlitsins að því er varðaði vörumarkað málsins dregin svo saman:
- „Með hliðsjón af framansögðu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að vöru- og þjónustumarkaður máls þessa sé markaður fyrir smásölu lyfja. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki nauðsynlegt fyrir niðurstöðu þessa máls að taka afstöðu til þess hvort sala sjúkrahúsapóteka á almennum lyfseðilsskyldum lyfjum, lausasölulyfjum og S-merktum lyfjum, sem heimilt er að selja í almennum apótekum, teljist hluti af markaðnum. Samkeppniseftirlitið telur hér einnig rétt að taka fram að markaður þessa máls takmarkast við smásölu lyfja, þ.e. til markaðar þessa máls telst ekki markaður fyrir aðrar vörur sem seldar eru í apótekum en lyf, en sem dæmi um slíkar vörur eru m.a. ýmsar húð- og snyrtivörur, hreinlætisvörur og hjúkrunar- og lækningavörur. Er það í samræmi við sjónarmið samrunaaðila um markaði málsins.“*
122. Í athugasemdum sínum í kjölfar andmælaskjals fallast samrunaaðilar ekki lengur á að vörumarkaður málsins sé markaður fyrir smásölu lyfja og gera ýmsar

<sup>22</sup> Sjá nánar 20.- 23. mgr. í tilkynningu ESA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður.

<sup>23</sup> Sjá nánar 24. mgr. í tilkynningu ESA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður.

<sup>24</sup> Ef svokölluð 0 merkt lyf eru tekin með inn í reikninginn, sem ekki eru greidd af Sjúkratryggingum Íslands, heldur einstaklingum sjálfum, var heildarsala apóteka á lyfjum tæplega 19 milljarðar króna á landinu öllu á árinu 2017 og 13 milljarðar króna á höfuðborgarsvæðinu á árinu 2017.



athugasemdir við skilgreiningu markaðarins í andmælaskjali. Er þetta breytt afstaða frá því sem kom fram í samrunaskrá, sbr. framangreint. Vikið er að einstaka athugasemdum samrunaaðila hér að aftan.

## 1.2 Niðurstaða

123. Samkeppnisyfirvöld hafa áður fjallað um lyfjamarkaðinn og hefur smásölumarkaður lyfja þar verið skilgreindur sem sérstakur vörumarkaður. Um skilgreiningu markaða má t.a.m. vísa til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2017, *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2016, *Framsál Glitnis hf. á öllu hlutafé til Ríkissjóðs Íslands*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2016, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006, *Samruni DAC ehf. og Lyfjavers ehf.*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Einnig má vísa til ákvörðunar nr. 4/2010, *Misnotkun Lyfja og heilsu á markaðsráðandi stöðu sinni*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 5/2010, og að lokum dóms Hæstaréttar 14. mars 2012 í máli nr. 355/2012.
124. Smásala á lyfjum til neytenda á Íslandi fer að mestu leyti fram í lyfjabúðum en í lyfjalögum nr. 93/1994, með síðari breytingum, er gerður greinarmunur á mismunandi rekstrarformi lyfjabúða. Lyfjabúðir á Íslandi eru starfræktar samkvæmt sérstöku lyfsöluleyfi sem gefið er út fyrir hverja búð. Hvert lyfsöluleyfi takmarkast því við rekstur einnar lyfjabúðar, en leyfishafi getur þó sótt um leyfi til að reka útibú frá lyfjabúð sinni í byggðarlagi þar sem fyrir er ekki starfrækt lyfjabúð. Starfa útibúin samkvæmt sama lyfsöluleyfi og lyfjabúðin en þjónustustig þar er lægra. Í nokkrum smærri sveitarfélögum eru einnig starfræktar svokallaðar lyfsölur sem eru reknar af læknum og/eða tilteknum sveitarfélögum.
125. Samkeppniseftirlitið hefur í framangreindum ákvörðunum talið að smásölu á lyfjum megi skipta í annars vegar sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum og hins vegar lausasölulyfjum. Veiti lyfsöluleyfi lyfjabúðum heimild til að selja bæði lyfseðilsskyld lyf og lausasölulyf. Samkeppniseftirlitið hefur þó ekki til þessa talið ástæðu til að greina á milli sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum annars vegar og lausasölulyfjum hins vegar við mat á vörumarkaðnum, enda bjóði lyfjabúðir almennt upp á hvort tveggja. Auk þess að hafa á boðstólnum lyf bjóða flestar lyfjaverslanir úrval af öðrum vörum, s.s. heilsuvörur, snyrtivörur, hreinlætis- og hjúkrunarvörur.
126. Sem fyrr segir fékk Samkeppniseftirlitið MMR til að framkvæma neytendakönnun með það að markmiði að varpa m.a. skýrara ljósi á innkaupavenjur viðskiptavina Apóteks MOS og Apótekarans í Mosfellsbæ í því skyni að meta markað málsins. Könnunin var framkvæmd dagana 26. og 27. júní 2018 á þann hátt að spyrjar á vegum MMR nálguðust viðskiptavini Apóteks MOS annars vegar og Apótekarans í Mosfellsbæ hins vegar, sem þegar höfðu greitt fyrir vörur sínar, og voru á leið út úr verslun. Svör viðskiptavina, sem samþykktu að taka þátt í könnuninni, voru skráð í miðlægan gagnagrunn í gegnum nettengdar spjaldtölvur. [ ]<sup>25</sup> einstaklingar

---

<sup>25</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



svöruðu í Apótek MOS og [ ]<sup>26</sup> einstaklingar í Apótekanum í Mosfellsbæ. Niðurstöður könnunarinnar eru raktar í ákvörðuninni eins og við á.

127. Til að kanna staðgöngu á milli apóteka og annarra tegunda verslana voru viðskiptavinir apótekanna spurðir að því hvers konar verslun þeir hefðu valið ef viðkomandi hefði ekki átt kost á því að versla í viðkomandi apóteki.<sup>27</sup> Svörin eru tilgreind í töflu 1.

**Tafla 1: Tegund verslunar valin í stað Apóteks MOS / Apótekarans í Mosfellsbæ.<sup>28</sup>**

Svarmöguleiki	Apótekarinn	Apótek MOS
Annað apótek	[90-95]%	[80-85]%
Snyrtivöruverslun	[0-5]%	[0-5]%
Dagvöruverslun (s.s. stórmarkaður og/eða kjörbúð)	[0-5]%	[0-5]%
Annað, hvað?	0%	0%
Hefði ekki valið aðra verslun	0%	[10-15]%

Heimild: Könnun MMR fyrir Samkeppniseftirlitið

128. Niðurstöður könnunarinnar benda til þess að aðrar tegundir verslana, s.s. dagvöru-, eða snyrtivöruverslanir, komi ekki nema að litlu leyti í stað apóteka, en [90-95]% viðskiptavina Apótekarans og [80-85]% viðskiptavina Apóteks MOS hefðu valið annað apótek í stað þess apóteks sem viðkomandi var staddur í, sbr. töflu 1.
129. Í athugasemdum Lyfja og heilsu við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins, dags. 7. september 2018, voru gerðar athugasemdir við að eftirlitið hafi einblínt á lyfjamarkað og litið framhjá öðrum mörkuðum s.s. fyrir bætiefni, vítamín, snyrtivöru og annað sem apótek selji. Eigi apótekin í samkeppni um sölu slíkra vara við fjölda stórmarkaða á höfuðborgarsvæðinu, þ.m.t. í Mosfellsbæ.
130. Með hliðsjón af framangreindri könnun og því að staða samrunaaðila á markaði fyrir bætiefni, vítamín, snyrtivöru o.fl. er ekki jafn sterk og í sölu á lyfjum verður ekki fallist á það sjónarmið Lyfja og heilsu við andmælaskjal að skilgreina beri sérstaklega markaði fyrir bætiefni, vítamín, snyrtivöru og annað sem apótek selji við mat á samkeppnislegum áhrifum þessa samruna. Ástæða þess er sú að samruninn kemur ekki til með að hafa umtalsverð áhrif á samkeppni á framangreindum mörkuðum. Er það því mat Samkeppniseftirlitsins að vörumarkaður þessa máls sé smásala lyfja.
131. Auk þess liggur fyrir að hefðbundnar verslanir hafa ekki leyfi til að selja lyf nema að afar takmörkuðu leyti og eru það einkum lausasölulyf (þ.e. tyggigýmmí) sem innihalda níkótín. Um þetta vísast nánar til lyfjalaga nr. 93/1994 og eftirlits Lyfjastofnunar. Er því engin staðgang fyrir hendi á milli apóteka og annarra verslana hvað þessar vörur varðar.

<sup>26</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>27</sup> Spurning 4. Ef þú hefðir ekki átt kost á því að versla í [Apóteki MOS EDA Apótekanum í Mosfellsbæ], hvers konar verslun hefðir þú valið í staðinn?

<sup>28</sup> Spurning 4. Ef þú hefðir ekki átt kost á því að versla í [Apótek MOS], hvers konar verslun hefðir þú valið í staðinn?





132. Auk þeirra almennu lyfjabúða sem hér hefur verið fjallað um er heimilt, samkvæmt lyfjalögum, að starfrækja sérstök sjúkrahúsapótek. Sjúkrahúsapótek eru ekki hefðbundnir keppinautar á lyfsölumarkaði heldur sætir starfsemin umtalsverðum takmörkunum. Samkvæmt 39. gr. lyfjalaga nr. 39/1994 er sjúkrahúsapóteki aðeins „heimilt að afgreiða lyf til sjúklinga sem útskrifast af sjúkrahúsinu og göngudeildarsjúklinga. Sjúkrahúsapóteki er einungis heimilt að afgreiða lyfseðla sem merktir eru sjúkrahúsinu og gefnir eru út af læknum þess.“
133. Hlutverk sjúkrahúsapóteka er að hafa umsjón með og bera ábyrgð á öflun og varðveislu lyfja fyrir sjúkrahúsin og hafa eftirlit með notkun þeirra á einstökum deildum. Af m.a. 39. gr. lyfjalaga leiðir að sjúkrahúsapótekum er óheimilt að afgreiða lyfseðla sem gefnir eru út af læknum utan sjúkrahússins auk þess sem aðeins er heimilt að afgreiða lyf til sjúklinga sem útskrifast af sjúkrahúsinu og göngudeildarsjúklinga.<sup>29</sup> Starfrækir LSH tvö sjúkrahúsapótek, eitt afgreiðsluapótek og annað apótek sem afgreiðir lyf á dag- og göngudeildir.
134. Hvað varðar hugsanlega samkeppni sjúkrahúsapóteka við einkarekin apótek hefur Samkeppniseftirlitið í fyrri ákvörðunum tekið fram þær takmarkanir sem nefndar eru hér að framan. Þegar sjúkrahúsapótekin nýta sér heimild til að gefa út lyfseðla til göngudeildarsjúklinga og útskrifaðra sjúklinga má færa fyrir því rök að unnt sé að líta svo á að þau starfi að einhverju leyti í samkeppni við einkarekin apótek, enda ljóst að sjúklingar geta í þessum tilvikum valið á milli þess að kaupa lyf sín hjá viðkomandi sjúkrahúsapóteki eða í almennri einkarekinni lyfjaverslun. Samkeppni á milli sjúkrahúsapóteka og einkarekinna apóteka takmarkast þó umtalsvert af ýmsum orsökum. Þar þarf fyrst að nefna að sala afgreiðsluapóteks sjúkrahúsapóteks LSH er fyrst og fremst í S-merktum lyfjum, úrval í apótekinu af samheitalyfjum í lausasölu er minna en í hefðbundnum apótekum og sala almennra lyfseðilsskyldra lyfja og lausasölu lyfja er óveruleg. Þá er sjúkrahúsapótekum óheimilt að afgreiða lyfseðla sem gefnir eru út af læknum utan sjúkrahúsanna líkt og áður segir.
135. Umgjörð sjúkrahúsapóteka og einkarekinna apóteka er jafnframt mjög ólík en úrval hreinlætis- og snyrtivara, hjúkrunarvara og fæðubótarefna er þar mjög takmarkað á meðan þeir vörflokkar geta talist hluti hefðbundins vöruframboðs einkarekinna apóteka. Jafnframt hefur staðsetning sjúkrahúsapóteka vægi við mat á því hvort þau teljist í samkeppni við einkarekin apótek, en þau sjúkrahúsapótek er starfrækt eru hér á landi eru öll staðsett inn á sjúkrahúsum þar sem aðgangur að þeim er því ekki jafn greiður og að öðrum apótekum. Þá eru þau ekki sýnileg með sama hætti og einkarekin apótek, t.a.m. stunda þau enga markaðssetningu gagnvart almenningi. Í Mosfellsbæ, þar sem samrunaaðilar starfrækja apótek, er ekkert sjúkrahúsapótek að finna.
136. Samrunaaðilar hafa mótmælt lýsingu Samkeppniseftirlitsins á starfsemi sjúkrahúsapóteka og hugsanlegri samkeppni við einkarekin apótek. Telja samrunaaðilar að sjúkrahúsapótek starfi í samkeppni við einkarekin apótek. Til að varpa skýrari ljósi á fyrrgreint óskaði Samkeppniseftirlitið eftir sjónarmiðum hjá

---

<sup>29</sup> Sjá XIV. kafla lyfjalaga nr. 93/1994, með síðari breytingum, 37.-41. gr.



Landspítala Háskólasjúkrahúsi sem rekur stærsta sjúkrahúsapótekið á landinu, með tölvupósti dags. 26. september 2018, varðandi athugasemdir samrunaðila sem og um fyrrgreinda lýsingu. Svör bárust frá Landspítalanum þann 2. október 2018 þar sem tekið var undir fyrrgreinda lýsingu Samkeppniseftirlitsins.

137. Af framangreindu leiðir að sterk rök mæla með því að sjúkrahúsapótek falli undan skilgreiningu markaðarins. Í því ljósi að endanleg afstaða til framangreinds hefur ekki áhrif á niðurstöðu málsins er að mati Samkeppniseftirlitsins ekki nauðsynlegt að taka afstöðu til þess hvort sala sjúkrahúsapóteka á lyfjum teljist hluti af markaðnum.
138. Varðandi svokölluð S-merkt lyf hefur Samkeppniseftirlitið í fyrri ákvörðunum talið þau annars eðlis en lyf sem almenningi eru almennt aðgengileg og ekki talið þau hluta markaðarins fyrir smásölu lyfja. S-merkt lyf séu að mestu ætluð til notkunar á deildum sjúkrahúsa eða í tengslum við sjúkrahúsmeðferðir undir handleiðslu lækna eða annarra sérfræðinga. Væri því um að ræða ólíka eiginleika og notkunarvið milli S-merktra lyfja og lyfja á almennum markaði. Þá sé aðeins óverulegur hluti af S-merktum lyfjum seldur í almennum lyfjaverslunum og S-merkt lyf af þeim sökum lítill hluti af heildarveltu hinna almennu apóteka. Á árinu 2017 nam hlutfall S-merktra lyfja, af heildarsölu lyfja sem niðurgreidd voru af Sjúkratryggingum Íslands að hluta eða heild, um [ ]% í tilviki Apótek MOS og um [ ]% í tilfalli Apótekarans í Mosfellsbæ.
139. Þann 1. apríl 2015 var gerð sú breyting á sölufyrirkomulagi S-merktra lyfja að nú er heimilt að selja hluta þeirra í almennum apótekum samhliða því að þau eru seld í sjúkrahúsapótekum.<sup>30</sup> Má þannig færa fyrir því viss rök að ekki séu lengur forsendur til að greina með sama hætti og áður á milli S-merktra lyfja sem nú er heimilt að selja í almennum apótekum annars vegar og annarra almennra lyfseðlisskyldra lyfja og lausasölulyfja hins vegar. Benda verður hins vegar á í þessu sambandi að almennt er um að ræða mun dýrari og sérhæfðari lyf og álagning á þannig lyfjum sé mun lægri en á almennum lyfjum auk þess sem þau eru ávallt að fullu greidd af Sjúkratryggingum Íslands.
140. Lyf og heilsa telur að umfjöllun um S-merkt lyf eigi sér takmarkaða stoð í raunveruleikanum. Þannig sé það rangt að S-merkt lyf séu að mestu ætluð til notkunar á deildum sjúkrahúsa eða í tengslum við sjúkrahúsmeðferðir. Þá séu S-merkt lyf ekki frábrugðnari en svo að Lyfjastofnun hafi ákveðið að stærstur hluti þeirra lyfja sem áður hafi verið sérstaklega S-merktur skuli ekki vera það lengur frá og með 1. janúar nk. Í andmælaskjali sé ranglega staðhæft að S-merkt lyf séu almennt mun dýrari og sérhæfðari lyf og álagning sé almennt lægri og álagningarfyrirkomulag sé hið sama á S-merktum lyfjum og öðrum lyfjum.
141. Til að varpa skýrari ljósi á sjónarmið samrunaaðila um S-merkt lyf óskaði Samkeppniseftirlitið eftir mati Sjúkratrygginga Íslands á eftirfarandi sjónarmiðum Lyf og heilsu. :

<sup>30</sup> Sjá heimasíðu Sjúkratrygginga Íslands: <http://www.sjukra.is/lyf-og-hjalpartaeki/lyf/s-lyf-til-afgreiðslu-i-apotekum/>.



*“Þannig er það rangt að S-merkt lyf séu að mestu ætluð til notkunar á deildum sjúkrahúsa eða í tengslum við sjúkrahúsmeðferðir. Það eigi einungis við um þau S-merktu lyf sem ekki séu á lyfjalista Sjúkratrygginga, en þau séu afhent á dag- eða göngudeildum heilbrigðisstofnana og séu ekki hluti af veltu sjúkrahúsapótekanna. Önnur S-merkt lyf, sem séu á lyfjalista Sjúkratrygginga, sé heimilt að fá afgreidd í jafnt sjúkrahúsapótekunum sem öðrum apótekum og séu ekki sérstaklega ætluð til notkunar á sjúkrahúsum.”*

*“Í andmælaskjali er ranglega staðhæft að S-merkt lyf séu almennt mun dýrari og sérhæfðari lyf og álagning sé almennt lægri. Þetta sé rangt, líkt og Lyf og heilsa hafi áður gert ítarlega grein fyrir gagnvart Samkeppniseftirlitinu. Er sérstaklega á það bent að álagningarfyrirkomulag sé hið sama á S-merktum lyfjum og öðrum lyfjum.”*

142. Svör Sjúkratrygginga Íslands, dags. 28. september 2018, má taka saman á eftirfarandi hátt:

- S-merkt lyf eru að mestu ætluð til notkunar á deildum sjúkrahúsa eða í tengslum við sjúkrahúsmeðferðir en þau eru ekki á lyfjalista Sjúkratrygginga.
- Önnur S-merkt lyf, þ.e. sem ekki eru ætluð til notkunar á deildum sjúkrahúsa eða í tengslum við sjúkrahúsmeðferðir, eru afgreidd jafnt í sjúkrahúsapótekum og öðrum apótekum.
- Að meðaltali eru S-merkt lyf dýrari en almenn lyf og álagningarprósenta þeirra er lægri.

143. Með hliðsjón af öllu framansögðu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að vörumarkaðar máls þessa sé markaður fyrir smásölu lyfja. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki nauðsynlegt fyrir niðurstöðu þessa máls að taka afstöðu til þess hvort sala sjúkrahúsapóteka á almennum lyfseðilsskyldum lyfjum, lausasölulyfjum og S-merktum lyfjum, sem heimilt er að selja í almennum apótekum, teljist hluti af markaðnum. Tekið er fullt tillit til S-merktra lyfja og sölu sjúkrahúsapóteka í samkeppnismatinu samrunaaðilum til hagsbóta. Eins og áður segir hefur það ekki áhrif á niðurstöðu málsins.

## **2. Landfræðilegi markaðurinn**

### **2.1 Sjónarmið í samrunaskrá og andmælaskjali**

144. Í samruna þessa máls felst að einu apótekin sem starfa í Mosfellsbæ renna saman. Í samrunaskrá kemur fram að samrunaaðilar telji landfræðilegan markað málsins vera höfuðborgarsvæðið og Mosfellsbær sé hluti af þeim markaði. Líta samrunaðilar þannig á að t.d. apótek í Reykjavík séu í beinni samkeppni við apótek þeirra í Mosfellsbæ.

145. Í andmælaskjalinu var frumniðurstaða Samkeppniseftirlitsins að því er varðaði landfræðilegan markað málsins dregin svo saman:

*„Með vísan til alls framangreinds er það mat Samkeppniseftirlitsins að sá landfræðilegi markaður sem horfa beri til í fyrirliggjandi máli sé staðbundinn markaður. Vegna staðbundinna einkenna lyfsölu í Mosfellsbæ, því háa hlutfalli íbúa Mosfellsbæjar sem versla í Apótekarunum í Mosfellsbæ og Apóteki MOS og*



*fjarlægðrar annarra apóteka er það mat Samkeppniseftirlitsins að í máli þessu teljist Mosfellsbær vera sérstakur landfræðilegur markaður."*

146. Í bæði andmælaskjalinu sem og bréfi Samkeppniseftirlitsins til samrunaaðila frá 8. október 2018, voru samrunaaðilar upplýstir um það frummat Samkeppniseftirlitsins að það myndi litlu breyta um mat á skaðlegum áhrifum samrunans hvort sem litið væri á höfuðborgarsvæðið heilt og óskipt sem sérstakan landfræðilegan markað eða þá Mosfellsbæ einan og sér, sjá nánar kafla VII. varðandi þessa niðurstöðu.
147. Samrunaaðilar geta ekki fallist á framangreint. Víkið er að einstaka athugasemdum þeirra hér á eftir.

## 2.2 Niðurstaða

148. Í framangreindum reglum Samkeppniseftirlitsins nr. 684/2008 um tilkynningu á samruna er hugtakið landfræðilegur markaður skilgreint í samræmi við fyrirmyndir í EES/ESB-samkeppnisrétti. Aðalatriðið er að finna það landfræðilega svæði þar sem viðkomandi fyrirtæki selja vöru eða veita þjónustu og „*samkeppnisiskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum ...*” Tilgangur þessa er m.a. að gera samkeppnisyfirlöðum kleift að leggja fullnægjandi mat á samkeppnisleg áhrif samruna.<sup>31</sup> Í reglum Samkeppniseftirlitsins kemur fram að eðli viðkomandi þjónustu, neytendavenjur o.fl. geti veitt vísbendingu um stærð hins landfræðilega markaðar. Eins og áður hefur komið fram ber þó að hafa í að í huga að markaðsskilgreiningar í samkeppnisrétti geta ekki orðið nákvæmar og eru aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.
149. Fræðilega séð getur landfræðilegur markaður verið ýmist staðbundinn, svæðisbundinn landsmarkaður eða alþjóðamarkaður. Stærð landfræðilegs markaðar veltur m.a. á því að hvaða marki þörf er talin á því að kaupandinn sé í nálægð við seljandann. Þetta mat ræðst venjulega af því hvað einkennir vöruna/þjónustuna og viðskiptavinina, eftir hvaða leiðum sala og þjónusta fer fram svo og af eðli viðskiptanna. Sérstaklega skiptir máli hversu mikil þörf er á beinu sambandi milli kaupanda og seljanda og hver yrði tíma- og ferðakostnaður við að nálgast seljanda í meiri fjarlægð. Markaðir hafa þannig tilhneigingu til að vera staðbundnir þegar mikil þörf er á beinum samskiptum viðskiptavina og seljanda vörunnar. Hefur almennt verið litið svo á í samkeppnisrétti að smásölumarkaðir séu staðbundnir.<sup>32</sup> Á t.d. markaðnum fyrir smásölu dagvara hefur Samkeppniseftirlitið

<sup>31</sup> Sjá dóm undirréttar ESB frá 8. júlí 2003 í máli nr. T-374/00, Verband der freien Rohrwerke gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 141: „*It has been consistently held that the relevant geographical market is a defined geographical area in which the product concerned is marketed and where the conditions of competition are sufficiently homogeneous for all economic operators, so that the effect on competition of the concentration notified can be evaluated rationally (see Case 27/76 United Brands v Commission [1978] ECR 207, paragraphs 11 and 44, and the judgment in France and Others v Commission, cited in paragraph 105 above, paragraph 143).*”

<sup>32</sup> Sjá t.d. grein Mario Monti þáverandi framkvæmdastjóra samkeppnismála hjá framkvæmdastjórn ESB, Market Definition as a Cornerstone of EU Competition Policy, Workshop on Market Definition, Helsinki 2002, bls. 24. Sjá einnig skýrslu breskra samkeppnisyfirlöðna frá 10. apríl 2017, Retail mergers commentary. Þar segir: „*Bricks-and-mortar retailers compete to attract customers to their stores. The CMA's starting point is therefore that retailers compete with other stores in the local area. ... The CMA's starting point has been to recognise that customers shop in local retail stores within a given travel time of their home or work. Against this background the CMA's strong starting assumption at phase 1 has been that there will be material local competition on one or more aspects of the retail offer. The CMA has previously found evidence of local competition across a wide variety of sectors, including: supermarkets, cinemas, pharmacies, opticians, and bookmakers.*” Í þessu sambandi var



m.a. horft til fordæma frá framkvæmdastjórn ESB þar sem lagt er til grundvallar að landfræðilegi markaðurinn sé tiltekið markaðssvæði (e. *catchment area*) sem sé innan ákveðins radíusar frá staðsetningu viðkomandi verslunar, sbr. ákvörðun eftirlitsins nr. 64/2008 og dómur Hæstaréttar Íslands í máli nr. 188/2010. Í þessari ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sagði einnig:

*„Ljóst er að nálægð kaupanda við dagvöruverslanir er að öllu jöfnu æskileg ef ekki nauðsynleg. Í því samhengi má t.a.m. benda á hvernig verslunarkostnaður og fjarlægðir hafa áhrif á eftirspurn eftir dagvörum, sbr. hagfræðilíkan sem kynnt var hér að framan. Sökum þess að ferðakostnaður neytenda eykst u.þ.b. línulega eftir því sem verslun liggur fjær þeim er landfræðilegt markaðssvæði hverrar verslunar takmarkað. Þar af leiðandi er staðgang milli verslana sem staðsettar eru á mismunandi landssvæðum því sem næst engin.“*

150. Stærð landfræðilega markaðssvæðisins ræðst af eðli viðkomandi smásölumarkaða. Í framkvæmd í samkeppnisrétti hefur t.d. verið komist að þeirri niðurstöðu að markaðssvæðið sé minna í tilviki apóteka heldur en í tilviki dagvöruverslana, sbr. nánar hér á eftir.
151. Samrunaaðilar gera athugasemdir við það mat Samkeppniseftirlitsins að apótek þeirra í Mosfellsbæ starfi á sérstökum landfræðilegum markaði. Með því sé með ólögmætum hætti fallið frá eldri markaðsskilgreiningu samkeppnisyrvalda þar sem landfræðilegi markaðurinn fyrir smásölu lyfja hafi verið allt höfuðborgarsvæðið.
152. Í kafla IV. 2 hér að framan var m.a. fjallað um réttmætar væntingar vegna skilgreininga markaða í samkeppnisrétti og vísast til þess. Þrátt fyrir að skilgreiningar í eldri málum séu ekki bindandi er sem fyrr segir gagnlegt að horfa til fyrri framkvæmdar. Í ljósi staðhæfinga samrunaaðila um stefnubreytingu í þessu máli þykir rétt að horfa í upphafi til fyrri framkvæmdar hér á landi og til úrlausna erlendra samkeppnisyrvalda.

#### 2.2.1 Eldri úrlausnir

153. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 var fjallað um samruna Lyfja og heilsu við apótek sem starfaði í Reykjavík (Lyfjaver). Eitt helsta álitafni í málinu var hvort Lyfja og Lyf og heilsa væru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu og hvort samruni Lyfjavers og Lyfja og heilsu myndi styrkja þá sameiginlegu markaðsráðandi stöðu.
154. Í málinu byggðu samrunaaðilar á því að landfræðilegi markaðurinn fyrir smásölu lyfja væri landið allt og sættu þeir því samkeppnislegu aðhaldi frá öllum apótekum á landinu. Var í því sambandi m.a. vísað til þess „að sífellt færirst í vöxt að lyfjaverslanir heimsendi lyf á höfuðborgarsvæðinu og út um land allt. Sé nú svo komið að telja verði landið allt mynda eitt markaðssvæði. Verði þar einnig að hafa í huga að lyfjainnkaup landsbyggðarfólks á höfuðborgarsvæðinu hafi lengi uppfyllt

---

nefnt mál sem varðaði samruna apóteka: „*In Celesio/Sainsbury's (2016) evidence showed that pharmacies are able to (and do in practice) vary a number of aspects of the retail offer at a local level in response to competition. These included location, quality and speed of service, opening hours, stocking levels and waiting times. As a result the CMA assessed the effect of the merger on local competition.*“



verulegan hluta þarfa þeirra." Samkeppniseftirlitið féllst ekki á þetta og í ákvörðuninni segir m.a.:

*„Við afmörkun á landfræðilegum markaði fyrir smásölu lyfja verður að hafa í huga að ætla má að notendur lyfja séu oft á tíðum ófúsir að ferðast langar vegalengdir í lyfjabúðir þegar aðkallandi er að fá lyf í hendur. Í því sambandi skiptir staðsetning lyfjabúða miklu, nánar tiltekið er líklegt að notendur lyfja sem t.d. hafa verið hjá lækni velji þá lyfjabúð sem næst er læknastofunni eða heimili þeirra. Þá eru aldraðir og/eða sjúklingar einn þeirra hópa sem nota lyf en almennt má ætla að þessi hópur eigi erfðara með að ferðast langar vegalengdir og afla sér lyfja og því líklegri til að kaupa lyf sín í lyfjabúð sem er nærri heimili þeirra.*

*Framkvæmdastjórn EB hefur í ákvörðunum sínum varðandi lyfjamarkaðinn lagt til grundvallar að landfræðilegur markaður fyrir smásölu lyfja sé mjög staðbundinn markaður og að unnt sé að miða við að viðkomandi markaðssvæði sé innan 2-4 km radíusar frá staðsetningu lyfjabúða. Gefur þetta til kynna að landfræðilegir markaðir í smásölu lyfja séu í samkeppnisrétti almennt taldir vera mjög staðbundnir.*

155. Var í málinu ekki fallist á það með samrunaaðilum að landfræðilegi markaðurinn væri stærrí en höfuðborgarsvæðið. Samrunaaðilar áfrýjuðu niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins í málinu. Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu, staðfesti nefndin niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins, m.a. að landfræðilegur markaður málsins væri höfuðborgarsvæðið en ekki landið allt líkt og Lyf og heilsa hafði byggt á.
156. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 var m.a. vísað til niðurstöðu framkvæmdastjórnar ESB frá 22. mars 1996 í máli nr. M.716 Gehe/Lloyds um að landfræðilegur markaður apóteka í Bretlandi væri mjög afmarkaður eða 1-2 mílna radíus.<sup>33</sup> Einnig var vísað til ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB frá 30. nóvember 2005 í máli nr. M.3990 Boots/Alliance UniChem og umfjöllunar breska samkeppniseftirlitsins (e. Office of Fair Trading(OFT)) vegna samruna á lyfjamarkaði, sbr. ákvörðun OFT frá 6. febrúar 2006 *Anticipated acquisition by Boots plc of Alliance UniChem plc*. Þar var niðurstaðan að miða við sambærilegan eða jafnvel minni radíus en í máli Gehe/Lloyds.
157. Í ákvörðun bandarískra samkeppnisyfirvalda (Federal Trade Commission) í máli frá 21. september 2007 vegna samruna Rite Aid og PJC var talið að samruninn raskaði samkeppni á 23 landfræðilegum mörkuðum.<sup>34</sup> Í málinu kom fram að viðskiptavinir væru ekki tilbúnir til að ferðast um langa vegalengd til að kaupa lyf. Landfræðilegi markaður málsins var því talinn staðbundinn. Voru markaðirnir aðallega litlir bæir sem ekki höfðu nægilega marga íbúa til að hagkvæmt væri að opna þar annað

<sup>33</sup> Í þessari ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB segir: „As regards pharmaceutical retailing, the geographical reference market is a small area with a radius of at most one or two miles and, with respect to the FHSa criteria, probably smaller still.”

<sup>34</sup> Ákvörðun FTC frá 4. júní 2007 í máli nr. 0610257, Rite Aid Corporation and The Jean Coutu Group (PJC).



apótek.<sup>35</sup> Markaðirnir sem um ræddi voru verulega samþjappaðir og höfðu samrunaaðilar ýmist 50 til 100% markaðshlutdeild á þeim mörkuðum. Meirihluti viðskiptavina töldu apótekin vera sitt fyrsta eða annað val.<sup>36</sup>

158. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2010, *Misnotkun Lyfja og heilsu hf., á markaðsráðandi stöðu sinni*, var komist að þeirri niðurstöðu að smásölumarkaður lyfja væri að öllu jöfnu staðbundinn markaður en smásala lyfja á Akranesi var í því máli talinn vera sérstakur markaður. Var sú niðurstaða í samræmi við sjónarmið Lyfja og heilsu en félagið taldi landfræðilegan markað málsins vera Akranes.
159. Í ákvörðun nr. 4/2010 taldi Samkeppniseftirlitið hins vegar að horfa yrði til þess að tengsl væru á milli smásölumarkaða á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu og á Akranesi. Það þótti skipta máli við mat á því hvort Lyf og heilsa hefði verið í markaðsráðandi stöðu á Akranesi en ákvörðuninni er m.a. bent þetta: „Í þessu samhengi skipta sameiginleg yfirráð Lyfja og heilsu og Lyfju á markaðnum fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu einnig miklu máli en sá markaður er nátengdur þeim sem er á Akranesi.“ Var Lyf og heilsa ósammála því mati Samkeppniseftirlitsins.
160. Lyf og heilsa kærði ákvörðunina til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í úrskurði sínum í máli nr. 5/2010, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, hafnaði áfrýjunarnefndin því að tengsl væru á milli smásölumarkaða á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu og á Akranesi:

*„Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2006 sem áður er vísað til er á því byggt að staðsetning lyfjabúða skipti miklu máli og þá þannig að lyfjabúðir þurfi að vera í nágrenni við sjúklinga. Þetta felur í sér að fjarlægðir til annarra apóteka sem mælast í tugum kílómetra draga mjög úr líkum á því sjúklingar beini viðskiptum sínum þangað. Því er það niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála að smásölumarkaðir á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu og á Akranesi séu ekki tengdir í skilningi samkeppnisréttar. Hins vegar kann sterkt staða áfrýjanda almennt í*

<sup>35</sup> Dæmi um einstaka landfræðilega markaði í málinu. Bæirnir Le Roy og Lake Placid í New York fylki og Mercer í Pensilvaníu. Leit á netinu gefur til kynna að íbúar í Mercer séu rétt tæplega 2000, um 2400 í Lake Placid og um 7600 í Le Roy.

<sup>36</sup> Benti FTC m.a. á þetta. „*The evidence indicates that pricing in the cash prescription market is not constrained by competitive conditions in the third party payor prescription market, nor by mail order pharmacies or discount cards. Cash customers pay prices that are consistently higher than prices on the same drugs paid for by third party payors, and there is a significant disparity in profit margins between sales to cash customers and sales to customers covered by third party payors. Cash customers are most likely unable to purchase health insurance or obtain health benefits from an employer in response to a post-merger price increase for cash prescriptions.*

*Evidence indicates that cash customers typically do not travel far to fill prescriptions and that pharmacies evaluate competition for cash customers on a localized basis. Therefore, it is appropriate to analyze the competitive effects of the proposed transaction in local geographic markets. The complaint identifies the specific twenty-three relevant geographic markets in which to analyze the effects of the proposed transaction, which include individual towns, cities, boroughs, villages and census-designated areas, or combinations thereof.*

*The local markets for the retail sale of pharmacy services to cash customers identified in the complaint are highly concentrated. In each of these markets, Rite Aid and Eckerd/Brooks are two of a small number of pharmacies offering cash services, and combined account for at least half, and up to 100 percent, of the pharmacies in the market. Moreover, there is evidence that a significant number of customers view the Rite Aid and Eckerd/Brooks pharmacies in these markets as their first and second choices based on their physical proximity, convenient locations and services offered. Therefore, the complaint alleges that the proposed transaction likely would allow Rite Aid to unilaterally exercise market power, thereby making it likely that cash pharmacy customers would pay higher prices in these areas.“*



*smásölu á lyfjum að hafa þau áhrif að fyrirtækið verði fremur talið markaðsráðandi en ella hefði verið, sbr. nánar hér á eftir."*

161. Taldi áfrýjunarnefndin að Lyf og heilsa hefði verið í markaðsráðandi stöðu á Akranesi. Í kjölfarið höfðaði fyrirtækið mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur þar sem það krafðist þess að úrskurðurinn yrði felldur úr gildi. Héraðsdómur sýknaði Samkeppniseftirlitið af þeirri kröfu. Í dómi héraðsdóms sagði um markað málsins:

*„Ágreiningslaust er meðal aðila, að sá markaður, sem hér um ræðir sé smásölu-markaður lyfja á Akranesi, sbr. þá niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála, að smásölumarkaðir á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu og á Akranesi væru ekki tengdir í skilningi samkeppnisréttar, enda þótt sterk staða stefnanda almennt í smásölu á lyfjum kynni að hafa þau áhrif, að fyrirtækið yrði fremur talið markaðsráðandi en ella.“<sup>37</sup>*

162. Lyf og heilsa áfrýjaði dómi héraðsdóms til Hæstaréttar sem staðfesti hann með vísan til forsendna.<sup>38</sup>

163. Í ákvörðun breskra samkeppnisyfirvalda frá 29. júlí 2016, *A report on the anticipated acquisition by Celesio AG of Sainsbury's Pharmacy Business*, var fjallað um samruna apóteka. Celsio (sem rak keðju apóteka undir heitinu „Lloyds“) tók yfir apótek sem Sainsbury rak í dagvöruverslunum sínum. Samrunaaðilar töldu landfræðilega markaði vera eftirfarandi:

*„In previous OFT decisions the geographic market was considered to be a 1-mile radius around each of the relevant pharmacies. The Parties said that there was no reason to depart from the 1-mile radius catchment area for Lloyds' pharmacies, but suggested that for Sainsbury's we should adopt the standard catchment areas used for large grocery stores (10-minute drive-time in urban areas and 15-minute drive-time in rural areas).“*

164. Niðurstaða breska yfirvalda var þessi:

<sup>37</sup> Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 29. febrúar 2012.

<sup>38</sup> Dómur Hæstaréttar 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.





5.15 Table 4 summarises the average radius of the catchment areas for the various area types. We have therefore identified the average customer catchment area of any of the Parties' pharmacies as being the circle centred on the pharmacy with radius as in Table 4. Depending on the type of analysis, the relevant competitors are defined either as those rival pharmacies located within the catchment area around the pharmacy being considered, or the rival pharmacies whose catchment areas intersect that of the pharmacy being considered.

**Table 4: Average radius of catchment areas**

Area type	miles	
	Lloyds	Sainsbury's*
Conurbation	1.4	2.4
City and town	1.4	3.4
Rural	2.3	4.7
Very rural	3.6	4.7

Source: CMA calculations.

\* The estimate for 'rural' areas is based on the only observation available; in the absence of observations, the estimate for 'very rural' areas is set equal to that for 'rural' areas.

165. Landfræðilegir markaðir voru þannig mismunandi eftir einstaka svæðum. Í aðliggjandi byggðarkjörnum (e. conurbation), bæjum og borg í tilviki hefðbundinna apóteka var landfræðilegi markaðurinn 2,3 km radíus frá viðkomandi apóteki samrunaaðila. Í dreifbýli var radíusinn talinn rétt stærri. Þar sem dagvöruverslanir ná almennt til stærra landsvæðis (e. catchment area) en apótek var miðað við aukinn radíus tilviki apóteka Sainsbury.
166. Í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 3. mars 2016 nr. M.7818, Mckesson/UDG Healthcare, var áréttað að landfræðilegir markaðir fyrir smásölu lyfja séu mjög staðbundnir.<sup>39</sup>
167. Í ákvörðun pólskra samkeppnisyfirvalda, nr. DKK-71/2017, frá árinu 2017 var lagt til grundvallar að landfræðilegur markaður fyrir smásölu lyfja sé staðbundinn og markaðssvæði samsvaraði u.þ.b. 1 km radíus frá hverju apóteki samrunaaðila. Í ákvörðun ungverskra samkeppnisyfirvalda nr. Vj/085-021/2010 frá árinu 2010 er byggt á því að landfræðilegur markaður sé staðbundinn. Í tilfelli þorpa myndi þau ein og sér landfræðilegan markað sem leiði til þess að hægt sé að skipta stærri borgum og bæjum í enn afmarkaðri landfræðilega markaði.
168. Fjallað var m.a. um markaði fyrir smásölu lyfja og smásölu dagvara í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2017, *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.* Kemur þar fram að smásölumarkaðir séu jafnan staðbundnir og að þeir „landfræðilegu markaðir sem um ræðir séu þau markaðssvæði þar sem verslanir samrunaaðila eru starfræktar, auk þess sem vissa hliðsjón má hafa af stöðu þeirra á höfuðborgarsvæðinu annars vegar og landinu í heild hins vegar.“ Hagar og Lyfja eru ekki keppinautar í smásölu lyfja og þurfti því ekki í málinu að greina nákvæmlega landfræðilegan markað vegna smásölu lyfja. Var við mat á markaðshlutdeild Lyfju í smásölu lyfja horft annars

<sup>39</sup> „... from the demand side, retail pharmacy markets were considered as fundamentally local in nature, e.g. limited to a certain radius around each pharmacy.“



vegar til stöðu fyrirtækisins á höfuðborgarsvæðinu og hins vegar á landinu öllu enda kölluðu aðstæður málsins ekki á aðra nálgun.

169. Í ákvörðun írskra samkeppnisyfirvalda frá 28. mars 2018 var m.a. lagt mat á hvort samruni apóteka í borginni Limrick raskaði samkeppni.<sup>40</sup> Þar segir:

*Charlotte Quay Pharmacy, Charlotte Quay, Limerick City*

22. McSweeney Dispensers 7 Limited currently operates a pharmacy in Limerick city which trades as *Charlotte Quay Pharmacy*. Lloyds currently operate 4 pharmacies within a 2km radius of *Charlotte Quay Pharmacy* located at Charlotte Quay. Thus, on the basis of a geographic market comprising a catchment area of within a radius of 2km from *Charlotte Quay Pharmacy* in Limerick city, there is a horizontal overlap between the parties. Following completion of the Proposed Transaction, there will remain at least 9 fascia of retail pharmacies active within a radius of 2km from *Charlotte Quay Pharmacy* which will continue to exert a competitive constraint on Lloyds. Therefore, the Commission considers that the Proposed Transaction will not substantially lessen competition in the supply of prescription and non-prescription medicines in retail pharmacies in the potential local market comprising a catchment area of within a radius of 2km from *Charlotte Quay Pharmacy* in Limerick city.

**Table 1: Analysis of the pharmacies which are located within a radius of 2km of the Charlotte Quay Pharmacy.**

Brand	Pharmacy location	Distance from Charlotte Quay Pharmacy
<i>Charlotte Quay Pharmacy</i>	Charlotte Quay	-
<i>Haven Pharmacy</i>	Windmill Court, Lower Gerald Griffin Street	0.55km
	33 Davis Street	1.0km
<i>Boots Pharmacy</i>	4-5 William Street	0.6km
<i>Prescription Center</i>	14 William Street	0.6km
<i>Lloyds Pharmacy</i>	53 William Street	0.65km
	Grove Island Shopping Centre, Corbally	0.7km
	1-3 Rices Corner, Thomondgate	1.0km
	Parkway Shopping Centre	1.9km
<i>O'Sullivan's Pharmacy</i>	19/20 Sarsfield Street	0.65km
	Unit 1 Corbally Centre, Corbally Road	0.75km
<i>Hogan's Pharmacy</i>	46 Upper William Street	0.7km
<i>Michael Hanley Chemist</i>	20 Shannon Street	0.8km
<i>Roberts Pharmacy</i>	105 O'Connell Street	0.85km
<i>Scanlon's Express</i>	Mount Kenneth	1.2km
<i>Late Night Pharmacy</i>	Apartments, Dock Road	
<i>Thomond pharmacy</i>	76 Sexton Street North	1.4km

170. Gefa framangreind mál til kynna að landfræðilegir markaðir í smásölu lyfja séu í samkeppnisrétti taldir vera mjög staðbundnir. Gögn þessa máls gefa til kynna að hið sama eigi við í þessu máli, sbr. umfjöllun hér á eftir.
171. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 var ekki þörf á því að höfuðborgarsvæðinu væri skipt niður í afmarkaða staðbundna markaði. Unnt var að leggja fullnægjandi mat á sameiginlega markaðsráðandi stöðu og áhrif samruna

<sup>40</sup> Mál nr. M/18/024 – Lloyds Pharmacy/MCSweeney Group.



Lyfja og heilsu og Lyfjavers með því að afmarka markaðinn við höfuðborgarsvæðið. Í því tilviki sem hér til skoðunar eru aðstæður ekki með sama hætti enda samrunaaðilar staðbundnir keppinautar á svæðinu sem afmarkast við Mosfellsbæ. Verður því þessu máli að skoða hvort þessir keppinautar starfi á markaðssvæði sem sé a.m.k. ekki stærra en Mosfellsbær. Í ákvörðun nr. 4/2010 komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að skilgreina bæri Akranes sem markað málsins og höfuðborgarsvæðið sem tengdan markað. Niðurstaðan í málinu, sem endaði með dómi Hæstaréttar í máli nr. 355/2012, var að Akranes væri sérstakur landfræðilegur markaður sem væri ekki tengdur höfuðborgarsvæðinu. Er það til stuðnings því að landfræðilegir markaðir í smásölu séu staðbundnir.

#### 2.2.2 Staðsetning og þjónusta hefur mest áhrif á val neytenda á apóteki

172. Samkvæmt framangreindum reglum Samkeppniseftirlitsins nr. 684/2008 hafa þættir eins og eðli viðkomandi þjónustu og neytendavenjur áhrif við skilgreiningu á hinum landfræðilega markaði. Við mat á þessu hafa þannig grundvallareiginleikar eftirspurnar áhrif, sbr. mgr. 46 í tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður að því er varðar samkeppnislög á Evrópska efnahagssvæðinu.<sup>41</sup> Í leiðbeiningunum er t.d. bent að máli geti skipt hvort þörf sé fyrir staðbundið útibú á tilteknu landssvæði.
173. Til að meta eiginleika eftirspurnar eftir lyfjum fékk Samkeppniseftirlitið MMR til þess að framkvæma neytendakönnun á meðal viðskiptavina apóteka samrunaaðila í Mosfellsbæ til að fá skýrari mynd af því hvaða þættir hefðu áhrif á val viðskiptavina apótekanna. Eftir útgáfu andmælaskjals og í framhaldi af athugasemdum samrunaaðila um fyrrgreinda könnun framkvæmdi Samkeppniseftirlitið athugun á meðal lyfsöluleyfshafa allra apóteka á höfuðborgarsvæðinu.
174. Samrunaaðilar hafa mótmælt áreiðanleika könnunar MMR af þeim sökum að þýði hennar sé einungis viðskiptavinir apóteka samrunaaðila í Mosfellsbæ og úrtakið hafi aðeins náð til einstaklinga sem hafi einmitt verið á þeim tímapunkti sem könnunin hafi verið gert, statt í Mosfellsbæ. Sleppi þannig könnunin öllum þeim hópi sem versli ýmist í Mosfellsbæ eða annars staðar á höfuðborgarsvæðinu, en hafi á þessum tímapunkti verið staddur í öðrum verslunum höfuðborgarsvæðisins. Ómögulegt sé að átta sig á hvaða þýðingu niðurstöður um kauphegðun þess konar þýðis eigi að hafa.
175. Apótek MOS gerði jafnframt athugasemdir við athugun Samkeppniseftirlitsins á meðal lyfsöluleyfshafa og taldi hana „*einskonar viðhorfskönnun*“.
176. Í tilefni af þessum athugasemdum samrunaaðila skal áréttað að markmiðið með könnuninni var að afla upplýsinga um neytendahegðun viðskiptavina apótekanna. Af þeim sökum var könnunin framkvæmd í apótekum samrunaaðila. Telur Samkeppniseftirlitið niðurstöður könnunarinnar gefa raunsanna mynd af viðskiptum viðskiptavina apótekanna í Mosfellsbæ en [40-45]-[60-65]% þeirra viðskiptavina sem tóku þátt í könnuninni versla ýmist í Mosfellsbæ eða annarsstaðar á

<sup>41</sup> <http://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea-supplements/icelandic/1998-is/su-nr-28-is-16-07-1998.pdf>.



höfuðborgarsvæðinu. Um [25-30]% svarenda höfðu verslað í Mosfellsbæ [ ] sinnum af síðustu 5 skiptum, [15]-[35]% höfðu verslað 1-2 sinnum af síðustu 5 skiptum og um [0-5]% hafði ekki verslað í Mosfellsbæ í sl. fimm skiptum. Af framangreindu er ljóst að í úrtakinu er hópur viðskiptavina sem Lyf og heilsa heldur fram að hafi verið sleppt, þ.e. þeir sem versla ýmist í Mosfellsbæ eða annarstaðar á höfuðborgarsvæðinu. Þess ber þó að geta að niðurstöðurnar sýna jafnframt að töluverður hluti viðskiptavina beggja keðjanna á aðeins viðskipti í Mosfellsbæ, eða [35-40]% í tilfalli Apótekarans í Mosfellsbæ og [50-55]%

177. Að mati Samkeppniseftirlitsins gefur athugunin á meðal lyfsöluleyfishafa jafnframt góða mynd af markaðnum og hvernig þeir aðilar sem starfa á honum frá degi til dags líta á hann.

#### Ástæður fyrir viðskiptum

178. Í neytendakönnun þeirri sem MMR framkvæmdi fyrir Samkeppniseftirlitið voru viðskiptavinir í spurningu eitt spurðir um *ástæður* fyrir því að viðkomandi verslaði við viðkomandi apótek en finna má svör, sundurgreind eftir apótekum, í töflu 2.

**Tafla 2: Ástæður fyrir viðskiptum við viðkomandi apótek - neytendakönnun.**

Svarmöguleiki	Apótekarinn	Apótek MOS
Staðsetning	[90-95]%	[75-80]%
Þjónusta	[30-35]%	[45-50]%
Verð	[30-35]%	[5-10]%
Vöruúrval	[20-25]%	[15-20]%
Gæði	[0-5]%	[20-25]%
Opnunartími	[5-10]%	[5-10]%
Annað	[0-5]%	[0-5]%

Heimild: Könnun MMR fyrir Samkeppniseftirlitið

179. Samkvæmt niðurstöðum í töflu 2 eiga viðkomandi apótek það sammerkt að flestir viðskiptavinir svöruðu því til að staðsetning væri ein af ástæðum fyrir viðskiptunum eða [90-95]% í tilfalli Apótekarans og [75-80]% í tilfalli Apóteks MOS. Næstflestir svarendur nefndu þjónustu eða [30-35]% í tilfalli Apótekarans og [45-50]% í tilfalli Apóteks MOS. Það atriði sem kom þar á eftir var verð í tilfalli Apótekarans, [30-35]%, og gæði í tilfalli Apótek MOS, [20-25]%. Önnur atriði höfðu minna vægi.
180. Í fyrstu spurningu þeirrar athugunar sem gerð var á meðal lyfsöluleyfishafa var spurt um mat viðkomandi lyfsöluleyfishafa á höfuðborgarsvæðinu á þremur helstu ástæðum þess að viðskiptavinir þess apóteks, sem viðkomandi lyfsöluleyfishafi var í forsvari fyrir, völdu það. Finna má svör í töflu 3.

**Tafla 3: Þrjár helstu ástæður fyrir viðskiptum við apótek – athugun meðal lyfsöluleyfishafa.**

Svarmöguleiki	Hlutfall
Þjónusta	90,9%
Staðsetning	63,6%



Verð	54,5%
Vöruúrval	18,2%
Gæði	18,2%
Opnunartími	18,2%
<u>Annað</u>	<u>31,8%</u>

Heimild: Athugun Samkeppniseftirlitsins á meðal lyfsöluleyfshafa.

181. Samkvæmt niðurstöðum í töflu 3 svöruðu 90,9% því til að þjónusta væri ein af þremur helstu ástæðum fyrir viðskiptum við viðkomandi apótek, 63,6% að það væri staðsetning og 54,5% að það væri verð. 18,2% svöruðu því til að vöruúrval, gæði og opnunartími væri ein af helstu þremur ástæðum. 18,2% svöruðu því til að vöruúrval, gæða og opnunartími væri ein af þremur ástæðum. Um 31,8% svarenda nefndu aðrar ástæður, svo sem:

- Umhyggjusemi
- Statt í verslun og farið í apótek í leiðinni
- Ekki keðja
- Einkarekið apótek
- Staðsetning nr. 1, 2 og 3
- Gæði starfsfólks

182. Fyrrgreindar niðurstöður gefa það til kynna að þjónusta, staðsetning og verð hafi almennt mest áhrif á það hvar viðskiptavinir apóteka versla. Þegar litið er sérstaklega til viðskiptavina Apótekarans í Mosfellsbæ og Apóteks MOS svöruðu flestir því til að staðsetning hefði mest áhrif og þjónusta næstmest áhrif. [

] <sup>42</sup>

#### *Meginástæða fyrir viðskiptum*

183. Í spurningu tvö í könnun MMR voru þátttakendur spurðir sérstaklega um *meginástæðu* fyrir viðskiptum við viðkomandi apótek en finna má svör, sundurgreind eftir apótekum, í töflu 4.

**Tafla 4: Meginástæða fyrir viðskiptum við viðkomandi apótek - neytendakönnun.**

Svarmöguleiki	Apótekarinn	Apótek MOS
Staðsetning	[70-75]%	[50-55]%
Þjónusta	[15-20]%	[25-30]%
Verð	[5-10]%	[0-5]%
Vöruúrval	[0-5]%	[5-10]%
Gæði	0%	[5-10]%

<sup>42</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



Opnunartími	[0-5]%	[0-5]%
Annað	[0-5]%	[0-5]%

Heimild: Könnun MMR fyrir Samkeppniseftirlitið

184. *Sú meginástæða* sem þátttakendur svöruðu að hefði áhrif á að þeir hefðu verslað við viðkomandi apótek var staðsetning, en hlutfallið var [70-75]% í tilviki Apótekarans í Mosfellsbæ og [50-55]% í tilviki Apóteks MOS. Þjónusta hafði næst mest áhrif, [15-20]% í tilviki Apótekarans og [25-30]% í tilviki Apóteks MOS. Önnur atriði höfðu minna vægi.
185. Í annarri spurningu fyrrgreindrar athugunar var spurt um mat viðkomandi lyfsöluleyfifshafa á meginástæðu þess að viðskiptavinir þess apóteks sem viðkomandi lyfsöluleyfifshafi var í forsvari fyrir völdu það. Finna má svör í töflu 5.

**Tafla 5: Meginástæða fyrir viðskiptum við apótek – könnun meðal lyfsöluleyfifshafa.**

Svarmöguleiki	Hlutfall
Þjónusta	50,0%
Staðsetning	31,8%
Verð	13,6%
Gæði	4,6%
Opnunartími	0,0%
Vöruúrval	0,0%

Heimild: Athugun Samkeppniseftirlitsins á meðal lyfsöluleyfifshafa.

186. *Sú meginástæða* sem lyfsöluleyfifshafar svöruðu að hefði áhrif á viðskipti við apótek var þjónusta en um 50,0% aðspurðra nefndu þá ástæðu. Staðsetning hafði næst mest áhrif en um 31,8% aðspurðra nefndi þann valmöguleika, 13,6% nefndu verð og 4,6% gæði.
187. Fyrrgreindar niðurstöður gefa það til kynna að þjónusta hafi almennt mest áhrif á það hvar viðskiptavinir apóteka versla en 50,0% lyfsöluleyfifshafa svöruðu því til að það hefði mest áhrif á viðskipti við apótek. Staðsetning hefur þar næstmest áhrif en 31,8% nefndu þann svarmöguleika og 13,6% verð. Þegar litið er sérstaklega til viðskiptavina Apótekarans í Mosfellsbæ og Apóteks MOS svöruðu þeir flestir því til, [70-75]% í tilviki Apótekarans í Mosfellsbæ og [50-55]% í tilviki Apótek MOS, að staðsetning hefði mest áhrif. Næstflestir nefndu þjónustu, eða [10-15]% í tilviki Apóteks MOS og [25-30]% í tilviki Apótekarans í Mosfellsbæ. [

] <sup>43</sup>

188. Með hliðsjón af framangreindum niðurstöðum virðast sjónarmið um staðsetningu apóteka, líkt og fjallað var um í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006, enn eiga við.

<sup>43</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



### Brýn þörf á vörum

189. Í spurningu þrjú í könnun MMR voru þátttakendur spurðir að því hvort brýn þörf hefði verið á þeim vörum sem viðkomandi verslaði (s.s. lyf sem taka yrði innan 24 klukkustunda). Spurt var um: „Var brýn þörf á einhverjum af þeim vörum sem þú verslaðir í dag (s.s. lyf sem taka verður inn innan 24 klukkustunda)?“ Þau svör má finna í töflu 6.

**Tafla 6: Hlutfall viðskiptavina sem keyptu vörur sem brýn þörf var á, s.s. lyf - neytendakönnun.**

Svarmöguleiki	Apótekarinn	Apótek MOS
Já	[75-80]%	[80-85]%
Nei	[20-25]%	[15-20]%

Heimild: Könnun MMR fyrir Samkeppniseftirlitið

190. [75-80]% viðskiptavina Apótekarans og [80-85]% viðskiptavina Apótek MOS svöruðu því til að þeir hefðu verið að kaupa vörur sem brýn þörf væri á.
191. Samrunaaðilar hafa gert fjölmargar athugasemdir við framangreinda spurningu og svörin við henni. Meðal annars hefur verið bent á að yfirgnæfandi hluti lyfja sé tekinn inn daglega og hefðu viðskiptavinir verið spurðir að því hvort þau lyf sem þeir væru að innleysa þyrfti að taka innan 24 klukkustunda, yrði svarið við þeirri spurningu hins vegar eðli máls samkvæmt játandi. Vegna þessa liggja í augum uppi að svör við þessari spurningu hafi enga þýðingu fyrir úrlausn málsins. Þessu til viðbótar endurnýi viðskiptavinir lyfjabirgðir sínar tímanlega.
192. Að mati Samkeppniseftirlitsins eiga þessar athugasemdir ekki að öllu leyti rétt á sér enda sýna svör við spurningunni einungis hvort erindi viðkomandi viðskiptavina í verslunina hafi verið brýnt, t.d. að lyfjabirgðir viðkomandi væru við það að renna út eða klárast eða tilfallandi veikindi væru til staðar sem viðkomandi viðskiptavinur hafi þurft lyf vegna. Þessar upplýsingar sýna fram á mikilvægi þeirra viðskipta sem almennt fara fram í apótekum.
193. Í þriðju spurningu athugunarinnar voru lyfsöluleyfifishafar spurðir um mat sitt á því hvort brýn þörf hefði verið á þeim vörum sem viðskiptavinir viðkomandi apóteks versli (s.s. lyf sem taka yrði innan 24 klukkustunda). Finna má svör í eftirfarandi töflu:

**Tafla 7: Hlutfall viðskiptavina í brýnni þörf – könnun meðal lyfsöluleyfifishafa.**

Svarmöguleiki	Hlutfall
Enginn	0,0%
1 af hverjum 10	14,3%
2 af hverjum 10	4,8%
3 af hverjum 10	23,8%
4 af hverjum 10	0,0%
5 af hverjum 10	19,0%



6 af hverjum 10	4,8%
7 af hverjum 10	14,3%
8 af hverjum 10	14,3%
9 af hverjum 10	0,0%
Allir	4,8%

Heimild: Athugun Samkeppniseftirlitsins á meðal lyfsöluleyfifishafa.

194. Af svörum lyfsöluleyfifishafa má sjá að 42,9% (svarmöguleikarnir enginn-fjórir af hverjum tíu) telja að minnihluti viðskiptavina sé í brýnni þörf, 19,0% (svarmöguleikinn fimm af hverjum tíu) telja að helmingur viðskiptavina sé í brýnni þörf og 38,1% (svarmöguleikarnir 6-allir af hverjum tíu) að meirihluti sé í brýnni þörf.
195. Með hliðsjón af framangreindu má ætla að um helmingur viðskiptavina apóteka sé að jafnaði í brýnni þörf eftir einhverjum þeirra vara sem þeir versla og stór hluti viðskiptavina apóteka samrunaaðila í Mosfellsbæ. Af þeirri ástæðu og því að staðsetning skipti viðskiptavinum apóteka miklu máli má ætla að notendur lyfja séu gjarnan ófúsir að ferðast langar vegalengdir í lyfjabúðir þegar aðkallandi er að fá lyf í hendur, sbr. einnig umfjöllun í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006.

#### Niðurstaða

196. Niðurstöður neytendakönnunarinnar á meðal viðskiptavina Apótekarans í Mosfellsbæ og Apóteks MOS benda að mati Samkeppniseftirlitsins til þess að staðsetning hafi mest áhrif við val þeirra á apóteki og þar á eftir þjónusta. Jafnframt benda niðurstöðurnar til þess að viðskiptavinir þessara apóteka séu oftast að kaupa vörur sem brýn þörf er á. Niðurstöður athugunar á meðal lyfsöluleyfifishafa benda að mati Samkeppniseftirlitsins til þess að þjónusta hafi mest áhrif á val viðskiptavina á apóteki og staðsetning næstmest áhrif. Jafnframt benda niðurstöðurnar til þess að um helmingur viðskiptavina apóteka séu að kaupa vörur sem brýn þörf er á. Að mati Samkeppniseftirlitsins gefur það til kynna að staðsetning apóteka skipti miklu máli við val neytenda á apóteki og ólíklegt sé að neytendur séu fúsir til að ferðast langar vegalengdir í lyfjabúðir, sérstaklega þegar aðkallandi sé að fá lyf í hendur. Er þetta til stuðnings því að hinn landfræðilegi markaður sé mjög staðbundinn.

#### 2.2.3 Áherslur í auglýsingum og umfjöllun um samrunaaðila

197. Við mat á því hvað teljist til landfræðilegs markaðar getur eðli eftirspurnar í sjálfu sér ákvarðað umfang landfræðilegs markaðarins, sbr. mgr. 46 í áður nefndri tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður. Að mati Samkeppniseftirlitsins gefa áherslur í auglýsingum og umfjöllun samrunaaðila jafnframt vísbendingu um framangreint. Ef apótek í Mosfellsbæ auglýsir að megin stefnu í fjölmiðlum sem aðallega er beint að íbúum í Mosfellsbæ getur það gefið til kynna að landfræðilegi markaðurinn taki til þess sveitarfélags. Ef markaðssetningin tæki hins vegar til allra íbúa á höfuðborgarsvæðinu væri það vísbending um stærri landfræðilegan markað. Af þeim sökum óskaði Samkeppniseftirlitið eftir því að Lyf og heilsa afhenti þær auglýsingar sem fyrirtækið hefði birt á undanförunum árum. Jafnframt safnaði eftirlitið saman þeim auglýsingum sem Apótek MOS hafa birt frá opnun apóteksins.





198. Í viðtali Mosfellings, dags. 23. ágúst 2016, við Þór Sigþórsson, eiganda Apótek MOS, kom fram að apótekið beini sjónum eða áherslum sínum fyrst og fremst að íbúum í bæjarfélaginu en þar segir:

„Við höfum fengið mjög góðar móttökur og fólk er greinilega ánægt með þessa viðbót við heilbrigðisþjónustu í bæjarfélaginu. Við erum búin að koma okkur vel fyrir og erum að kynna starfsemina.“

„Mosfellsbær er ört vaxandi sveitarfélag og fer íbúafjöldi brátt yfir 10.000. Almennt eru 4.500 – 5.000 manns á bakvið hvert apótek í öðrum sveitarfélögum og því ætti að vera góður rekstrargrundvöllur fyrir tvö apótek hér í Mosfellsbæ. Eitt af meginmarkmiðum okkar er að vera vel samkeppnishæf í verði og þjónustu.“

199. Auglýsingar apóteks Lyfja og heilsu í Mosfellsbæ (Apótekarinn), beinast fyrst og fremst að íbúum í bæjarfélaginu, sbr. t.d. auglýsingar apóteksins í 10. tbl. 2016, 13. tbl. 2016, 14. tbl. 2016, 15. tbl. 2017 og 16. tbl. 2017 af bæjarblaðinu Mosfellingi:



200. Jafnframt gerði Apótekarinn í Mosfellsbæ í ágúst 2016 samkomulag við Handknattleiksdeild Aftureldingar sem kveður m.a. á um að [

]44.

<sup>44</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



201. Apótek MOS hefur eytt [ ]<sup>45</sup> krónum til markaðsmála frá opnum apóteksins en samkvæmt svörum fyrirtækisins hefur [ ]%<sup>46</sup> af fjárhæðinni runnið til miðla sem beint er að Mosfellingum, s.s. bæjarblöð, markpóstur, auglýsingar á samfélagsmiðlum o.s.frv.
202. Lyf og heilsa bendir í athugasemdum sínum á að um sé að ræða takmarkað auglýsingamagn og um sé að ræða auglýsingar í blaði sem sé einungis dreift í Mosfellsbæ og því kæmi það spáskt fyrir sjónir ef þeim auglýsingum væri ekki beint að Mosfellingum. Í tilviki samnings fyrirtækisins við Aftureldingu sé um að ræða styrk sem sé hluti af samfélagslegri ábyrgð fyrirtækisins og endurspegli auglýsingagildið í öllu falli aldrei þá fjármuni sem veittir séu.
203. Samkeppniseftirlitið tekur undir sjónarmið Lyfja og heilsu að því leyti að það kæmi spáskt fyrir sjónir ef auglýsingum í bæjarblöðum væri beint að íbúum annarra bæjarfélaga. Það að fyrirtækið auglýsi Apótekarann í Mosfellsbæ sérstaklega í miðli sem einblínir á Mosfellinga bendir að mati Samkeppniseftirlitsins til þess að fyrirtækið líti svo á að mikilvægt sé að ná til neytenda í næsta nágrenni við apótekið. Óháð því hvort samkomulag félagsins við Aftureldingu feli í sér styrk eða auglýsingu og því hvort fjárhæð hans endurspegli auglýsingagildið telur Samkeppniseftirlitið mikilvægt að haft sé í huga að um er að ræða beina tengingu Apótekarans við Aftureldingu, sem er íþróttafélag bæjarfélagsins.

#### *Niðurstaða*

204. Að mati Samkeppniseftirlitsins beinist umfjöllun um viðkomandi apótek samrunaaðila í fjölmiðlum og auglýsingar apóteka samrunaaðila, sem staðsett eru í Mosfellsbæ, að miklu leyti að Mosfellingum. Er það skýr vísbending um að landfræðilegi markaðurinn sé bundinn við það bæjarfélag.

#### 2.2.4 Meirihluti viðskiptavina apóteka í Mosfellsbæ eru Mosfellingar

205. Við mat á því hvað teljist til landfræðilegs markaðar hefur landfræðileg dreifing viðskiptavina þar áhrif, sbr. mgr. 48 í tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður. Í því samhengi er hægt að líta annars vegar til þess hvar neytendur á tilteknu svæði versla sínar vörur og svo hins vegar hvaða landfræðilegu svæðum tiltekna verslanir sækja flesta sína viðskiptavinir. Þegar horft er til landfræðilegra smásölumarkaða þar sem viðskiptavinir þurfa að sækja þjónustu til ákveðinnar verslunar, er horft til hlutdeildar m.v. sölu allra verslana á tilteknu svæði óháð því hvar viðskiptavinir eru búsettir. Dagvörumarkaðurinn er dæmi um þess konar markað.<sup>47</sup>
206. Eins og fram hefur komið í kafla V. 2.2.1 hafa erlend samkeppnisyfirvöld horft fyrst og fremst til þess svæðis sem hvert og eitt apótek þjónar að mestu leyti við skilgreiningu á landfræðilegum mörkuðum. Ef nýtt eru sambærilegu viðmið og finna má í ákvörðunum þeirra erlendu samkeppnisyfirvalda sem reifuð voru má sjá á

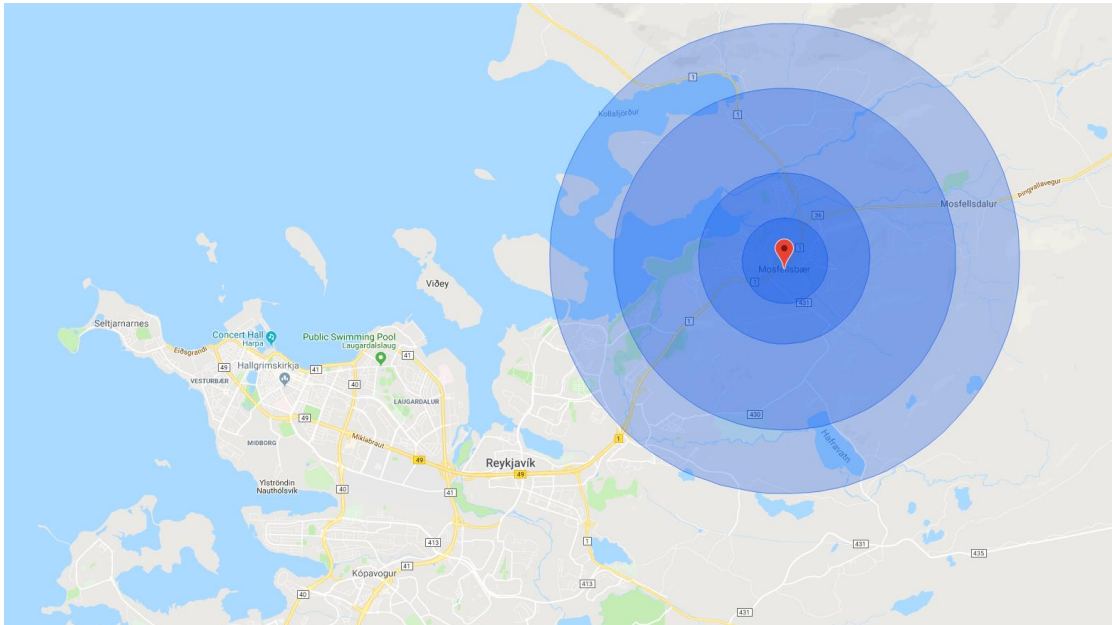
<sup>45</sup> Felld út vegna trúnaðar.

<sup>46</sup> Felld út vegna trúnaðar.

<sup>47</sup> Sjá t.d. Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, þriðja útgáfa 2014, bls. 679: „In supermarket mergers, market shares are usually calculated on the basis of sales from stores located within the territory defined as the relevant market without regard to whether the customers purchasing in those stores actually live within the area in question.”



mynd 1 hér á eftir að 1 og 2 km rafiús þekur ekki allan Mosfellsbæ, 4 km. rafiús nær að Korpúlfsstöðum og þeirra byggðar sem er norðan við Korpúlfsstaði (hluta Borgar-hverfisins) og 5,5 km. rafiús nær yfir norðurhluta Grafarvogsins (Staðir, Engi, Víkur og hluta Borgar-hverfisins) og að nyrsta hluta Grafarholtsins. Engin önnur apótek eru staðsett innan 1, 2 eða 4 km rafiúsar. Það apótek sem næst kemur er, Apótekið í Spönginni, en það er staðsett í jaðri 5,5 km. rafiússins.



**Mynd 1: Bláu hringirnir sýna 1, 2, 4 og 5,5 km. rafiús frá Mosfellsbæ.**

207. Veitir framangreint vísbendingu um að landfræðilegur markaður málsins sé Mosfellsbær þegar horft er til fyrrgreindra erlendra viðmiða.
208. Lyf og heilsa mótmælir þýðingu fyrrgreindrar myndar en hún sýnir aðeins eitt apótek utan Mosfellsbæjar í 5,5 km. rafiús frá Mosfellsbæ. Telur Lyf og heilsa augljóst að erlend fordæmi byggja á allt öðrum aðstæðum en hér á landi. Þá er bent á að yrði rafiússinn aðeins stækkaður lítið eitt myndu fjölmörg apótek bætast við.
209. Lyf og heilsa hefur ekki rökstutt hvaða séraðstæður eru fyrir hendi hér á landi sem kalla á aðra nálgun að þessu leyti. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru aðstæður við smásölu á lyfjum hér á landi ekki svo frábrugðnar því sem gerist erlendis að ekki sé unnt að styðjast við umrætt viðmið. Sýna niðurstöður rannsóknarinnar þetta skýrt.
210. Þegar horft er til staðsetninga apóteka samrunaaðila og annarra apóteka á höfuðborgarsvæðinu virðist umrætt viðmið eigi ágætlega við um smásölu lyfja í Mosfellsbæ. Þannig virðast apótekin í Mosfellsbæ draga fyrst og fremst til sín viðskiptavinum sem búsettir eru í Mosfellsbæ, sbr. umfjöllun hér á eftir.
211. Í töflu 8 má sjá upplýsingar frá Sjúkratryggingum Íslands um fjölda viðskiptavina og veltu apótekanna vegna lyfseðilsskyldra lyfja sem leyst voru út á 13 mánaða tímabili, eða frá maí 2017 til og með júní 2018. Gefa upplýsingarnar til kynna hversu stórt hlutfall viðskiptavina hvers apóteks er búsett í Mosfellsbæ.



**Tafla 8: Búseta viðskiptavina apóteka í Mosfellsbæ sem leystu út lyfseðilsskyld lyf á tímabilinu maí 2017 til og með júní 2018.<sup>48</sup>**

Svæði	Apótek MOS		Apótekarinn Mosfellsbæ	
	Fjöldi	Velta	Fjöldi	Velta
Mosfellsbær	[70-75]%	[70-75]%	[70-75]%	[70-75]%
Önnur sveitarfélög á höfuðborgarsvæðinu	[10-15]%	[10-15]%	[10-15]%	[10-15]%
Landsbyggðin	[10-15]%	[10-15]%	[10-15]%	[10-15]%

Heimild: Sjúkratryggingar Íslands.

212. Leiða þessar upplýsingar í ljós að u.þ.b. þrír af hverjum fjórum viðskiptavinum apótekanna tveggja á fyrrgreindu tímabili eru búsettir í Mosfellsbæ auk þess sem um  $\frac{3}{4}$  hluti veltu apótekanna er tilkominn vegna viðskiptavina sem búsettir eru í Mosfellsbæ.
213. Sjúkratryggingar Íslands hafa svo birt svipaðar upplýsingar þar sem kemur fram að á árinu 2016 hafi 75,6% viðskiptavina apóteka í Mosfellsbæ verið búsettir í sveitafélaginu og 75,7% árið 2017. Næsthæsta hlutfall viðskiptavina kom frá Kjalarnesi, eða um 3,3-4% og þriðja hæsta hlutfallið frá Grafarholti og Grafarvogi, eða um 3,3-3,5%.
214. Þá hafa Sjúkratryggingar Íslands birt svipaðar upplýsingar fyrir önnur svæði á Íslandi, þ.e. þar sem dregið er saman hversu stórt hlutfall viðskipta apóteks hvers svæðis kemur frá sama svæði. Má sem dæmi nefna um önnur svæði sem drógu til sín umtalsvert hlutfall viðskipta af sama svæði og viðkomandi apótek voru staðsett á voru Suðurnes (93%), Akranes og Borgarnes (82%), Hafnarfjörður (76-77%), Grafarvogur- og Grafarholt (71-74%), Hveragerði og Selfoss (67-71%) og Vesturbær og Seltjarnarnes (57-60%). Önnur svæði drógu til sín hlutfall viðskipta af sama svæði sem var lægra en 45%.
215. Til að leggja nánara mat á dreifingu viðskiptavina voru þátttakendur í neytendakönnun þeirri sem framkvæmd var í tengslum við samrunann spurðir um búsetu, sbr. svör í töflu 9.

**Tafla 9: Búseta þátttakenda í neytendakönnun.**

Sveitarfélag	Apótekarinn	Apótek MOS
Mosfellsbær	[90-95]%	[75-80]%
Reykjavík	[5-10]%	[10-15]%
Akranes	[0-5]%	0%
Garðabær	0%	0%
Kópavogur	[0-5]%	[0-5]%
Hafnarfjörður	0%	[0-5]%
Seltjarnarnes	0%	0%
Annað	[0-5]%	[5-10]%

<sup>48</sup> Upplýsingar frá Sjúkratryggingum Íslands og útreikningar Samkeppniseftirlitsins.



216. Stærstur hluti þátttakenda neytendakönnunarinnar eru búsettir í Mosfellsbæ en [75-80]% viðskiptavina Apótek MOS svöruðu því til að vera búsettir í Mosfellsbæ og [90-95]% viðskiptavina Apótekarans í Mosfellsbæ. Það sveitarfélag sem kemur þar næst á eftir er Reykjavík en [5-10]% viðskiptavina Apótekarans í Mosfellsbæ og [10-15]% viðskiptavina Apótek MOS voru búsettir þar. Vægi annarra sveitarfélaga er minna. Endurspeglar meginástæða viðskipta þeirra sem tóku þátt í könnuninni framangreinda búsetudreifingu en [70-75]% viðskiptavina Apótekarans og [50-55]% viðskiptavina Apóteks MOS svöruðu því til að staðsetning væri meginástæða þess að þeir völdu apótekið.

#### *Niðurstaða*

217. Að mati Samkeppniseftirlitsins er stærstur hluti viðskiptavina Apótekarans í Mosfellsbæ og Apóteks MOS Mosfellingar, eða um  $\frac{3}{4}$  hlutar skv. upplýsingum SÍ og um og yfir [80-85]% svarenda neytendakönnunar. Apótekin draga til sín næstflesta viðskiptavinum af Kjalarnesi, tæplega [0-5]%, og þar á eftir frá Grafaholti og Grafarvogi, eða rúmlega [0-5]%.  
218. Framangreindar upplýsingar benda að mati Samkeppniseftirlitsins til þess að skilgreina beri Mosfellsbæ sem sérstakan landfræðilegan markað. Er það jafnframt í samræmi við þau viðmið sem erlend samkeppnisyfirvöld hafa stuðst við þegar landfræðilegur markaður apóteka er skilgreindur.

#### 2.2.5 Upplýsingar um staðgöngu á milli svæða

219. Við mat á því hvað teljist til landfræðilegs markaðar hafa upplýsingar um nýliðna staðgengd áhrif, sbr. mgr. 38 og 45 í tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður. Nýliðnir atburðir eða snöggar breytingar á markaðnum geta þar nýst við greiningu á staðgengd á milli vara eða svæða. Markaðssetning nýrra vara getur einnig veitt gagnlegar upplýsingar þegar hægt er að greina nákvæmlega hvaða vörur hafa minnkað í sölu gagnvart nýju vörunni.  
220. Samrunaaðilar hafa bent á að velta Apótekarans í Mosfellsbæ hafi aðeins dregist saman um sem nemur um [ ] af veltu Apóteks MOS eftir opnun apóteksins, og framlegð aðeins um [ ].<sup>49</sup> Þetta þýði að langstærstur hluti veltu Apóteks MOS, eða um [ ], hafi komið frá viðskiptavinum öðrum en þeim sem áður hafi verslað í Apótekarinum í Mosfellsbæ. Þetta komi skýrt fram á glæru af stjórnarfundum Lyfja og heilsu. Á sama tíma hafi markaðurinn stækkað um [ ]% en íbúum aðeins fjölgað um rúm 10%. Þetta sé skýrt dæmi um staðgöngu og þar með að hinn skilgreindi landfræðilegi markaður geti ekki takmarkast við Mosfellsbæ. Í andmælaskjali sé að finna töflu sem sýni áætluð áhrif opunar Apóteks MOS á Apótekarann í Mosfellsbæ. Lyf og heilsa bendir á að á línuritinu megi greina skýr áhrif opunar bæði Costco og Apótekarans á Bíldshöfða, í maí og júní 2017. Séu það jafnframt skýr merki þess að markaðurinn nái til höfuðborgarsvæðisins alls.

<sup>49</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



221. Í athugasemdum sínum bendir Apótek MOS á að tæplega helmingur lyfseðla á íbúa Mosfellsbæjar (40-45%) séu leystir út í apótekum utan sveitarfélagsins samkvæmt gögnum frá Sjúkratryggingum Íslands. Spyr Apótek MOS hver séu rökin fyrir því að undanskilja þennan hluta íbúa Mosfellsbæjar við úrvinnslu í rannsókn málsins, sérstaklega í ljósi þess að hlutfallið hafi aukist um tæplega helming á örfáum árum? Ennfremur sé óljóst hvort um hlutfall einstaklinga sé að ræða eða hlutfall ávísana. Þetta teljist í landfræðilegum skilningi hátt hlutfall og skýrist af beinu aðgengi Íslendinga að lyfseðlum sínum hvar sem er á landinu í gegnum lyfseðlagátt Landlæknisembættisins. Einnig bendir Apótek MOS á á síðustu árum hafi fjármálafyrirtækjum fækkað úr tveimur í ekkert í sveitarfélaginu. Sýni það m.a., svo ekki verði um villst, að íbúar Mosfellsbæjar sækji í auknum mæli ýmsa verslun og þjónustu á öllu höfuðborgarsvæðinu.
222. Að mati Samkeppniseftirlitsins breyta þessar athugasemdir samrunaaðila ekki því mati eftirlitsins að landfræðilegur markaður málsins sé Mosfellsbær, sbr. umfjöllun hér á eftir. Varðandi tilvísun Apótek MOS til fjármálamarkaðar verður að hafa í huga að um ólíka markaði er að ræða og ekki sama þörf á nálægð við viðskiptavini, t.a.m. er stór hluti almennrar fjármálaþjónustu í dag veittur í gegnum veflausnir. Varðandi beint aðgengi Íslendinga að lyfseðlum sínum hvar sem er á landinu þá virðist það ekki breyta því að um  $\frac{3}{4}$  hluti viðskiptavina apótekanna í Mosfellsbæ eru Mosfellingar og staðganga á milli apóteka í Mosfellsbæ og í nágrennasveitarfélögum virðist vera takmörkuð. Þannig svara [10-15]% viðskiptavina því til Apótekarans í Mosfellsbæ að apótek í öðrum sveitarfélögum en Mosfellsbæ sé þeirra næsta val og [25-30]% í tilviki Apóteks MOS. Staðganga frá apótekum í Mosfellsbæ til annarra sveitarfélaga er því takmörkuð, sbr. umfjöllun í kafla V. 2.2.4.
223. Þegar velta Apótekarans í Mosfellsbæ er greind frá janúar 2013 til júní 2016 má sjá á mynd 2 að töluverðar sveiflur eru á fyrri helmingi árs 2013 en fram á mitt ár 2016 sýnir velta apóteksins jákvæða leitni. Velta apóteksins nær hámarki í maí 2016 og lækkar töluvert á næstu mánuðum og þá sérstaklega á milli júlí og ágúst 2016, eða um [ ]%<sup>50</sup>. Á seinni hluta ársins 2016 og fram á seinni hluta ársins 2017 sýnir velta apóteksins neikvæða leitni. Á seinni helmingi ársins 2017 virðist það lækkunarferli sem hefur átt sér stað frá um miðju ári 2016 stöðvast og virðist þar ná jafnægi í kringum [ ]<sup>51</sup> milljónir króna á mánuði.

224. [

] <sup>52</sup>

**Mynd 2: Velta Apótekarans í Mosfellsbæ frá janúar 2013 til júní 2018 – fyrir og eftir innkomu Apótek MOS.**

Heimild: Lyf og heilsa.

<sup>50</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>51</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>52</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



225. Opnun Apóteks MOS, í lok júlí 2016, virðist hafa haft talsverð áhrif á veltu Apótekarans í Mosfellsbæ en sala apóteksins dróst saman í kjölfarið, sbr. mynd 2. Þegar borin er saman sala Apótekarans í Mosfellsbæ frá og með opnun Apóteks MOS í lok júlí 2016 og fram að opnun Costco í maí 2018 við söluna sömu mánuði ársins á undan nam samdrátturinn [ ]%<sup>53</sup>. Þegar borin er saman velta Apótekarans í Mosfellsbæ frá því að Apótek MOS hóf starfsemi og þar til Costco og Apótekarinn á Bíldshöfða hófu starfsemi við söluna sömu mánuði eftir innkomu þeirra var um að ræða [ ]% samdrátt hjá Apótekarinum í Mosfellsbæ.
226. Þess ber að geta að fjölmargir aðrir þættir en nefndir eru hér að framan geta haft áhrif á breytingar á veltu Apótekarans í Mosfellsbæ, s.s. innkaupsverð lyfja, breytingar á tíðni veikinda á meðal viðskiptavina, hversu margir lækna eru með stofur í nágrenni apóteksins, önnur þjónusta sem er á svæðinu o.s.frv. Lyf og heilsa hefur t.a.m. bent á það við meðferð málsins að við opnun<sup>54</sup> einkarekinnar heilsugæslustöðvar á Bíldshöfða þann 1. júní 2017 hafi nokkrir lækna, sem hafi starfað í Mosfellsbæ, flutt sig þangað. Er um svipað tímamark að ræða og þegar Costco og Apótekarinn að Bíldshöfða opnaði og því getur það hafa haft áhrif á þá breytingu sem varð á veltu fyrir og eftir opnun apótekanna.
227. Samkvæmt framangreindu virðist opnun Apóteks MOS, sem staðsett er um 200 metrum frá Apótekarinum í Mosfellsbæ, hafa haft töluverð áhrif á veltu Apótekarans í Mosfellsbæ en áhrif opunar Apóteks Costco 18. maí og Apótekarans Bíldshöfða þann 1. júní, sem staðsett eru mun lengra í burtu, verið takmarkaðri.
228. Er þetta í samræmi við afhent samtímagögn frá Lyfjum og heilsu en þar hefur ekki með neinum hætti verið fjallað um áhrif Apóteks Costco eða Apótekarans á Bíldshöfða á sölu Apótekarans í Mosfellsbæ. Í umfjöllun um Apótek MOS í glærुकynningu frá stjórnarfundum, dags. 20. apríl, kemur hins vegar fram að sala Apótekarans í Mosfellsbæ hafi dregist saman um [ ]%<sup>55</sup> eftir opnun Apóteks MOS, sbr. áttunda punkt [ ]<sup>56</sup>: [ ]

<sup>53</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>54</sup> <http://www.vb.is/frettir/laeknathjonusta-ekki-lengur-had-busetu/139308/>.

<sup>55</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>56</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



] <sup>57</sup>

229. Er ekki unnt að skilja framangreinda kynningu á annan máta en að samdrátturinn sé afleiðing þess að Apótek MOS hafi opnað annað apótek í bæjarfélaginu. Ekkert er fjallað um áhrif innkomu Apóteks Costco né Apótekarans í Mosfellsbæ á Apótekarann í Mosfellsbæ í framlögðum gögnum Lyfja og heilsu. Felur þetta samtímagagn frá stjórnendum Lyfja og heilsu í sér skýra vísbendingu um landfræðilegi markaðurinn sé ekki stærri en Mosfellsbær.
230. Líkt og fram kom að framan hafa, að mati Lyfja og heilsu, um [ ] hluti af veltu Apóteks MOS komið frá öðrum viðskiptavinum en þeim sem áður hafi verslað hjá Apótekaranum í Mosfellsbæ og sé það skýrt merki að mati fyrirtækisins um að markaðurinn nái til höfuðborgarsvæðisins alls og geti ekki takmarkast við Mosfellsbæ. Dregur fyrirtækið þessa ályktun af því að velta Apótekarans í Mosfellsbæ hafi dregist saman um [ ] en á sama tíma hafi markaðurinn stækkað um [ ]% og íbúum aðeins fjölgað um 10%.
231. Til að leggja nánara mat á framangreint telur Samkeppniseftirlitið mikilvægt að hafa í huga að fyrir innkomu Apóteks MOS hafi velta Apótekarans í Mosfellsbæ, og þar með heildarvelta apóteka í Mosfellsbæ, aukist nokkuð stöðugt frá ársbyrjun 2013 og fram að opnun Apóteks MOS.
232. Til að leggja mat á það að hversu miklu leyti hægt sé að rekja aukninguna á sölu í Mosfellsbæ til Apóteks MOS og að hversu miklu leyti um sé að ræða framhald þeirrar þróunar sem átti sér stað frá ársbyrjun 2013 og fram að opnun Apóteks MOS hefur Samkeppniseftirlitið áætlað sölu Apótekarans í Mosfellsbæ frá miðju ári 2016 og fram á mitt ár 2018 miðað við óbreyttar aðstæður. Byggir sú áætlun á þeirri

---

<sup>57</sup> Fellt út vegna trúnaðar.





forsendu að heildarsala í Mosfellsbæ hefði haldið áfram að aukast með sama hraða og hún gerði fyrir innkomu Apóteks MOS. Sé heildarsala í Mosfellsbæ meiri en áætlunin er hægt að áætla sem svo, að öllu öðru óbreyttu, að hægt sé að rekja hana til innkomu Apóteks MOS. Sé hún minni er ekki hægt að áætla að Apótek MOS hafi leitt til aukinnar sölu í Mosfellsbæ.

233. Hér að neðan er hægt að sjá veltu Apótekarans í Mosfellsbæ á frá ársbyrjun 2013 og fram á mitt ár 2018. Á myndinni má sjá að ef velta Apótekarans í Mosfellsbæ hefði haldið áfram að aukast með sama hraða og á árunum fyrir innkomu Apótek MOS þá hefði hún verið um [ ]<sup>58</sup> milljónir í júní 2018 í stað um [ ]<sup>59</sup> milljóna.

234. [

] <sup>60</sup>

**Mynd 3: Velta Apótekarans í Mosfellsbæ frá ársbyrjun 2013 og fram á mitt ár 2018.**

Heimild: Lyf og heilsa og útreikningar Samkeppniseftirlitsins.

235. Á næstu mynd hefur heildarveltu apótekanna í Mosfellsbæ verið bætt við, sbr. rauða línán á myndinni.

236. [

---

<sup>58</sup> Felld út vegna trúnaðar.

<sup>59</sup> Felld út vegna trúnaðar.

<sup>60</sup> Felld út vegna trúnaðar.



]

**Mynd 4: Velta Apótekarans í Mosfellsbæ (blá lína) frá ársbyrjun 2013 og fram á mitt ár 2018 og samanlögð velta Apótekarans í Mosfellsbæ og Apótek MOS (rauð lína) frá ársbyrjun 2013 og fram á mitt ár 2018.**

Heimild: Lyf og heilsa, Apótek MOS og útreikningar Samkeppniseftirlitsins.



237. Mynd 4 bendir til þess að markaðurinn í Mosfellsbæ hafi stækkað meira en ef hraði veltuaukningarinnar sem átti sér stað á árunum fyrir innkomu Apóteks MOS hefði haldist óbreyttur. Ef veltuaukningin sem á sér stað, umfram áætlun, er eingöngu rakin til Apóteks MOS þá er heildarveltan í Mosfellsbæ um 10% meiri en búast hefði mátt við. Er það ekki óeðlilegt að mati Samkeppniseftirlitsins þegar haft er í huga að fjöldi apóteka í sveitarfélaginu hafi tvöfaldast. Hins vegar ber einnig að hafa í huga að fjölmargir aðrir þættir geta hér haft áhrif. T.a.m. jókst íbúafjöldi í Mosfellsbæ um 13% frá þriðja ársfjórðungi 2016 til og með annars ársfjórðungs 2018 og öflugur kjarni hefur byggst upp á því svæði þar sem Apótek MOS er staðsett sem dregur líklega að fleiri viðskiptavinum. Jafnframt hafa hér lyfjakaup Mosfellinga áhrif en á milli árána 2016 og 2017 jókst fjöldi viðskipta Mosfellinga úr 34.517 í 39.130, óháð því við hvaða apótek þeir versluðu, eða um 13,3%, þrátt fyrir að íbúafjöldi hafi aukist um 8,1% á milli sömu ára. Það er því að mati Samkeppniseftirlitsins alls óvíst að hægt sé með beinum hætti hægt að rekja alla aukninguna til þess að Apótek MOS hafi opnað eða um sé að ræða að skýr staðganga sé á milli apóteka í Mosfellsbæ og svo annarra apóteka á höfuðborgarsvæðinu.
238. Raunar gefur sú neytendakönnun sem framkvæmd var í verslunum samrunaaðila til kynna að staðganga á milli nágrannasveitarfélaga Mosfellsbæjar og þeirra apóteka sem staðsett eru í Mosfellsbæ sé afar takmörkuð. Þannig svara því til [10-15]% viðskiptavina Apótekarans í Mosfellsbæ að apótek í öðrum sveitarfélögum en Mosfellsbæ sé þeirra næsta val og [25-30]% í tilviki Apóteks MOS. Staðganga frá apótekum í Mosfellsbæ til annarra sveitarfélaga er því takmörkuð
239. Fyrirliggjandi eru upplýsingar frá Sjúkratryggingum Íslands um þau svæði þar sem Mosfellingar hafa keypt sín lyf á tímabilinu frá maí 2017 til og með júní 2018, sbr. töflu 10. Það athugast hér að ekki er um að ræða upplýsingar um það frá hvaða sveitarfélögum apótek í Mosfellsbæ draga að sína viðskiptavinum, sbr. töflu 8, heldur er hér um að ræða upplýsingar um hvar Mosfellingar leysa út sín lyf.



**Tafla 10: Skipting lyfjakaupa íbúa í Mosfellsbæ á tímabilinu maí 2017 til og með júní 2018.<sup>61</sup>**

Svæði	Fjöldi	Velta
Mosfellsbær	[60-65]%	[55-60]%
Önnur sveitarfélög á höfuðborgarsvæðinu	[35-40]%	[40-45]%
Landsbyggðin	[0-5]%	[0-5]%

Heimild: Sjúkratryggingar Íslands.

240. Samkvæmt upplýsingunum leysa [60-65]% íbúa Mosfellsbæjar út sín lyf í Mosfellsbæ, [35-40]% leysa þau út í öðrum apótekum á höfuðborgarsvæðinu og tæplega [0-5]% í apótekum á landsbyggðinni. Ef horft er til veltu þá er [55-60]% af lyfjakaupum Mosfellinga í Mosfellsbæ, [40-45]% í öðrum apótekum á höfuðborgarsvæðinu og um [0-5]% í apótekum á landsbyggðinni.
241. Eftir útgáfu andmælskjals birtu Sjúkratryggingar Íslands, dags. 19. september 2018, á vefsíðu sinni upplýsingar um skiptingu lyfjakaupa eftir hinum ýmsu svæðum. Þar kom fram að hlutfall íbúa Mosfellsbæjar sem keyptu lyf í Mosfellsbæ árið 2016 var 48,1% og 50,9% árið 2017. Það einstaka svæði þar sem íbúar þess beindu töluverðu hlutfalli viðskipta sinna til Mosfellsbæjar er Kjalarnes en 40,5% íbúa svæðisins beindu viðskiptum sínum til Mosfellsbæjar á árinu 2016 og svo 44,5% á árinu 2017.
242. Lyf og heilsa hefur bent á að munur sé á afhentum upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands vegna skiptingu lyfjakaupa íbúa í Mosfellsbæ á tímabilinu maí 2017 til og með júní 2018 og svo þeirra talna sem birtar voru á vefsíðu Sjúkratrygginga Íslands í september 2018. Samkeppniseftirlitið óskaði svara frá Sjúkratryggingum Íslands vegna fyrrgreinds með tölvupósti 21. september 2018 en svör bárust ekki eftirlitinu, sbr. umfjöllun í kafla II. og III. hér að framan. Telur Samkeppniseftirlitið það hins vegar ekki hafa þýðingu í málinu hvort um 60% eða 50% Mosfellinga kaupa sín lyf í bæjarfélaginu. Þannig felur hvort hlutfallið sem er, auk annarra gagna sem fjallað er um í kaflanum, það í sér að landfræðilegur markaður málsins telst vera Mosfellsbær.
243. Lyf og heilsa hefur bent á að mikil breyting hafi orðið frá árinu 2009, sbr. töflu sem Samkeppniseftirlitið hafi lagt fram undir rekstri máls áfrýjunarnefndar nr. 5/2010, en þar hafi komið fram að 76% íbúa Mosfellsbæjar hafi verslað í heimabyggð, en nú séu það aðeins um 55-60% af veltu Mosfellsbæinga sem renni til apóteka í heimabyggð.
244. Samkeppniseftirlitið telur rétt að benda á að Lyf og heilsa dregur ranga ályktun af fyrrgreindri töflu en hún sýnir að 76% viðskiptavina apóteka í Mosfellsbæ á árinu 2009 hafi verið búsettir í Mosfellsbæ. Hefur þetta hlutfall haldist nánast óbreytt ef borin eru saman árin 2009, 2016 og 2017. Umrædd tafla sýnir því ekki, eins og Lyf og heilsa heldur fram, það hlutfall Mosfellinga sem verslar í heimabyggð, heldur sýnir hún það hlutfall viðskiptavina apótekanna sem búsettir eru í Mosfellsbæ.

<sup>61</sup> Heimild: Sjúkratryggingar Íslands og útreikningar Samkeppniseftirlitsins.



245. Í því skyni að meta staðgöngu á milli svæða var í könnun MMR fyrir Samkeppniseftirlitið spurt um hversu oft af sl. fimm skiptum viðskiptavinir apótekanna hefðu verslað í Mosfellsbæ. Í töflu 11 er horft sérstaklega til viðskiptavina sem búsettir eru í Mosfellsbæ.

**Tafla 11: Tíðni lyfjakaupa viðskiptavina apótekanna, sem búsettir eru í Mosfellsbæ.**

Svarmöguleiki	Apótekarinn	Apótek MOS
Aldrei - hef farið í apótek utan Mosfellsbæjar sl. fimm skipti	[0-5]%	[0-5]%
Einu sinni í Mosfellsbæ	[5-10]%	[0-5]%
Tvisvar sinnum í Mosfellsbæ	[25-30]%	[10-15]%
Þrisvar sinnum í Mosfellsbæ	[20-25]%	[20-25]%
Fjórum sinnum í Mosfellsbæ	[0-5]%	[5-10]%
Alltaf - fimm sinnum í Mosfellsbæ	[40-45]%	[55-60]%

Heimild: Könnun MMR fyrir Samkeppniseftirlitið

246. Niðurstöðurnar benda til þess að töluverður hluti Mosfellinga í viðskiptum við Apótekarann í Mosfellsbæ og Apótek MOS versli alltaf í Mosfellsbæ, eða [40-45]-[55-60]%, um [25-30]% versli í Mosfellsbæ 3-4 sinnum af síðustu skiptum, [15-20]-[30-35]% versli 1-2 sinnum af síðustu skiptum og um [0-5]% hafi ekki verslað í Mosfellsbæ í sl. fimm skiptum. Miðað við fyrrgreindar niðurstöður versla viðskiptavinir Apótekarans í Mosfellsbæ, sem búsettir eru í Mosfellsbæ, að meðaltali við apótek í Mosfellsbæ í [ ]<sup>62</sup> af hverjum 5 skiptum sem viðkomandi verslaði í apóteki, eða í um [65-70]% tilvika. Í tilviki Apótek MOS er meðaltalið hærra eða um [ ]<sup>63</sup> af hverjum 5 skiptum, eða í um [80-85]% tilvika.

247. Í því skyni að leggja almennt mat á það samkeppnislega aðhald sem apótek veita hvort öðru á höfuðborgarsvæðinu, sem gefur þá til kynna staðgöngu þeirra á milli, spurði Samkeppniseftirlitið í athugun á meðal lyfsöluleyfifishafa um hvaða apótek væri helsti keppinautur viðkomandi lyfsöluleyfifishafa og hverjar væru meginástæður þess.

**Tafla 12: Hver er meginástæða þess að [nafn á apóteki] er helsti keppinautur þess apóteks sem þú ert í forsvari fyrir – athugun á meðal lyfsöluleyfifishafa.**

Svarmöguleiki	Hlutfall
Staðsetning	60,0%
Verð	20,0%
Vöruúrval	10,0%
Opnunartími	10,0%
Þjónusta	0,0%
Gæði	0,0%

Heimild: Athugun Samkeppniseftirlitsins á meðal lyfsöluleyfifishafa.

<sup>62</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

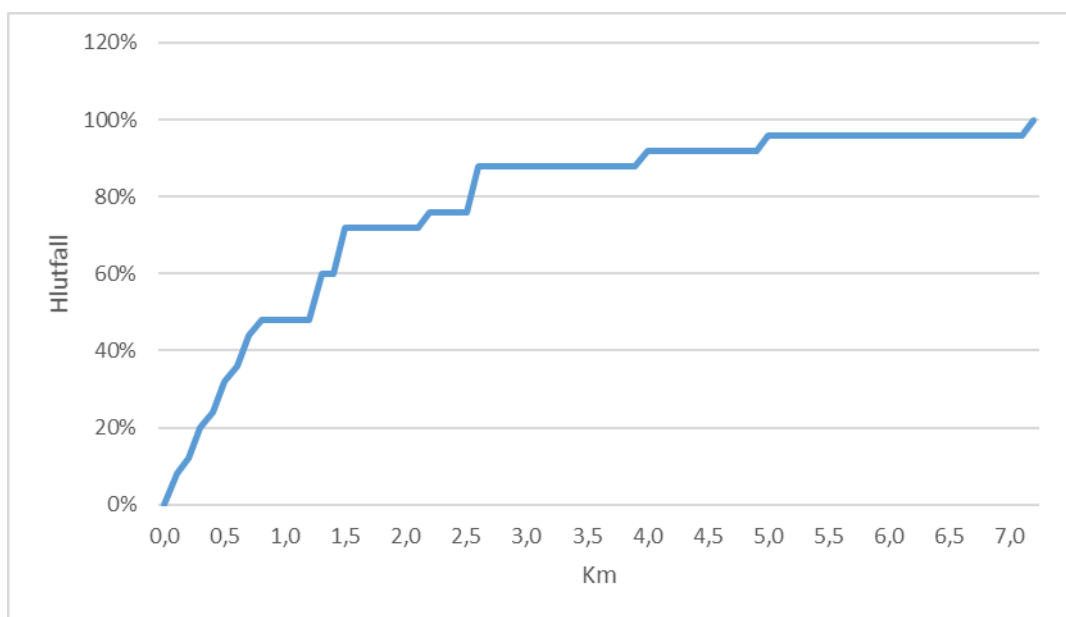
<sup>63</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



248. Í 60% tilvika tilgreindi lyfsöluleyfishafinn staðsetningu þess apóteks sem hann nefndi sem meginástæðu þess að það væri hans helsti keppinautur, 20% nefndu verð, 10% nefndu vöruúrval og 10% opnunartíma. Viðbótarsjónarmið sem svarendur settu fram sem meginástæðu þess að viðkomandi apótek væri helsti keppinautur voru eftirfarandi:

- Vegna viðskiptahátta. Sú keðja reynir allt til að eyðileggja minni apótekin með því að opna eins nálægt þeim apótekum og kostur er.
- Þessi apótek eru flaggskip á þessum markaði. Sömuleiðis er opið þar langt fram á kvöld.
- Stórir og með mikinn lyfjalager.
- Þeir eru stórir og fólk vant því að fara þangað.

249. Svör varðandi helsta keppinaut þess apóteks sem viðkomandi lyfsöluleyfishafar voru í forsvari fyrir voru nýtt til þess að reikna fjarlægð á milli viðkomandi apóteka. Að mati Samkeppniseftirlitsins geta þær tölur nýst til þess að áætla það að hversu miklu leyti samkeppni sé staðbundin og hversu nálægt mikilvægir keppinautar eru að jafnaði frá hvor öðrum.



**Mynd 5: Hlutfall lyfsöluleyfishafa sem svara því til að helsti keppinautur sé í x km. fjarlægð eða minna – uppsafnað hlutfall.**

Athugun Samkeppniseftirlitsins á meðal lyfsöluleyfishafa.

250. Á mynd 5 sést að 42% svarenda nefndu helsta keppinaut sem var staðsettur í 1 km fjarlægð eða minna, 72% nefndu helsta keppinaut í 2 km fjarlægð eða minna og 88% nefndu helsta keppinaut í 3 km fjarlægð eða minna. Þrír svarendur nefndu helsta keppinaut sem var í meira en 3 km fjarlægð. Bendir það til þess að mikilvægir keppinautar í smásölu lyfja séu alla jafna stutt frá hvor öðrum sem bendir til þess að samkeppni sé afar staðbundin.

*Niðurstaða*



251. Með hliðsjón af öllu framangreindu má álykta að sú aukning sem orðið hefur á lyfsölu í Mosfellsbæ eftir innkomu Apóteks MOS sé ekki að öllu leyti hægt að rekja beint til innkomu apóteksins heldur hafi fleiri þættir þar áhrif á, s.s. sú aukning sem var til staðar áður en apótekið hóf starfsemi, íbúafjölgun og fleiri viðskipti Mosfellinga yfir höfuð við apótek.

252. Þá er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að framangreind rannsókn bendi sterklega til þess að staðgangi á milli apóteka annars vegar í Mosfellsbæ og hins vegar á öðrum hlutum höfuðborgarsvæðisins sé takmörkuð. Þannig virðist það einkum vera fjarlægð á milli apóteka sem útskýri samkeppni á milli þeirra.

#### 2.2.6 Um aðrar athugasemdir samrunaaðila

253. Í athugasemdum Lyfja og heilsu kemur fram að það liggja skýrt fyrir af „raungögnum“, sem alfarið séu hunsuð við rannsóknina, að landfræðilegur markaður málsins nái til höfuðborgarsvæðisins alls. Jafnframt vísar Apótek MOS til þess að afla hefði átt tiltekinna gagna um hlutfall íbúa Mosfellsbæjar leysi út lyf sín annars staðar, t.a.m. yfir eins, tveggja og þriggja mánaða tímabil.

254. Alls er óljóst til hvaða „raungagna“ Lyf og heilsa vísar til í athugasemdum sínum. Hvað varðar athugasemdir Apótek MOS er það mat Samkeppniseftirlitsins að rannsókn málsins hafi verið mjög ítarleg og nauðsynlegra gagna aflað til þess að varpa réttu ljósi á stöðu samkeppni í smásölu lyfja í Mosfellsbæ og á höfuðborgarsvæðinu. Þau gögn sem aflað hefur verið sína að mati Samkeppniseftirlitsins með fullnægjandi hætti fram á að rétt skilgreindur landfræðilegur markaður málsins er Mosfellsbær.

#### 2.2.7 Samandregin niðurstaða

255. Með vísan til alls framangreinds er það mat Samkeppniseftirlitsins að sá landfræðilegi markaður sem horfa beri til í fyrirliggjandi máli sé staðbundinn markaður. Helstu niðurstöður rannsóknar Samkeppniseftirlitsins, eru dregnar saman hér að neðan:

- Þjónusta og staðsetningar eru þeir þættir sem almennt virðast hafa mest áhrif á val viðskiptavina á apóteki og staðsetning sá þáttur sem virðist hafa mest áhrif á val viðskiptavina apóteka í Mosfellsbæ.
- Um helmingur viðskiptavina apóteka á höfuðborgarsvæðinu virðast almennt vera að kaupa vörur sem brýn þörf er á og enn hærra hlutfall viðskiptavina apóteka samrunaaðila í Mosfellsbæ.
- Apótek í Mosfellsbæ leggja áherslu á að þjónusta Mosfellinga og auglýsingar þeirra beinast að bæjarbúum, s.s. í formi auglýsinga í bæjarblaðinu Mosfellingi og styrks við íþróttafélag bæjarins.
- Um  $\frac{3}{4}$  hluta viðskiptavina apóteka í Mosfellsbæ eru Mosfellingar.
- Athugun á meðal lyfsöluleyfishafa sýnir að staðsetning hefur mest áhrif á það hver sé þeirra helsti keppinautur og að í 88% tilvika er næsti keppinautur í þriggja km fjarlægð eða minna. Næsti keppinautur apótekanna í Mosfellsbæ er í um 5,5 km fjarlægð en fjarlægð á milli apótekanna í Mosfellsbæ er um 200 metrar.
- Þrátt fyrir að töluverður hluti af viðskiptum Mosfellinga sé við apótek í nágrennasveitarfélögum virðast apótek í nágrennasveitarfélögum veita



apótekum í Mosfellsbæ takmarkað samkeppnislegt aðhald. Staðganga á milli apóteka í Mosfellsbæ og nágrennasveitarfélögum virðist vera takmörkuð.

256. Af framansögðu leiðir að það er mat Samkeppniseftirlitsins að landfræðilegur markaður fyrir smásölu lyfja í þessu máli taki ekki til stærra landsvæðis en Mosfellsbæjar. Er því við það miðað í málinu að Mosfellsbær sé sérstakur landfræðilegur markaður.





## VI. SAMKEPPNISLEG ÁHRIF SAMRUNANS

257. Í máli þessu er samruni Lyfja og heilsu og Opnu tekinn til skoðunar í samræmi við ákvæði samkeppnislaga um samruna. Í málinu þarf því að taka til skoðunar hvort samruni þessara fyrirtækja hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða verði til eða slík staða styrkist á hinum skilgreindu mörkuðum málsins, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, sbr. 1. mgr. 17. gr. c. samkeppnislaga.

### 1. Almennt um 17. gr. c. samkeppnislaga og tengd atriði

258. Samkeppniseftirlitið telur að við mat á samruna þessa máls verði í upphafi að líta til þess að eldri samkeppnislögum nr. 8/1993 var breytt með lögum nr. 107/2000. Í breytingunni fólst að þau ákvæði samkeppnislaga, sem ætlað var að vinna gegn samkeppnishömlum voru styrkt til muna, þ.m.t. samrunaákvæði laganna. Af lögskýringargögnum má ráða að einn megintilgangurinn með þessari lagabreytingu hafi verið að sporna gegn þeim samkeppnishömlum sem stafað geta af aukinni samþjöppun á markaði vegna samruna. Þannig segir í athugasemdum við frumvarpið sem varð að lögum nr. 107/2000:

*„Þegar keppinautum fækkar og markaðsráðandi staða verður til eða þegar fákeppni ríkir er samkeppninni hættu búin. Fyrirtæki hafa ekki lengur sama vilja og getu til að keppa eða þau taka gagnkvæmt tillit hvert til annars. Til að örva samkeppni og koma í veg fyrir samkeppnishömlur við þá stöðu sem að framan er lýst þarf skörp samkeppnislög sem færa samkeppnisyfirvöldum nauðsynlegar heimildir til að grípa til viðeigandi ráðstafana til að uppræta hömlurnar. Annars fer þjóðarbúið á mis við þann ávinning sem hlýst af virkri samkeppni.“*

259. Í athugasemdunum kemur einnig fram að ein helsta styrkingin á samrunareglum samkvæmt frumvarpinu felst í því að tryggt sé: „að samrunareglur taki til styrkingar á markaðsráðandi stöðu ásamt því að unnt verður, eins og samkvæmt gildandi lögum, að beita reglunum þegar markaðsráðandi staða verður til við samruna.“ Er í athugasemdunum útskýrt að af réttarframkvæmd leiði að óljóst sé að hvaða marki hafi verið unnt að beita þágildandi samrunareglum þegar markaðsráðandi fyrirtæki styrkir stöðu sína. Er m.a. bent á þetta:

*„Á grundvelli þessarar óvissu taldi samkeppnisráð í ákvörðun nr. 18/1999 ekki vera lagalegar forsendur til að hafa afskipti af yfirtöku Baugs á Vöruveltunni (10/11-matvörubúðirnar). Þessi staða mála leiðir til hættu á því að markaðsráðandi fyrirtæki geti eytt samkeppni með því að taka yfir minni keppinauta sína, hvern á fætur öðrum, svo fremi sem ekki er um að ræða verulega aukningu á markaðsyfirráðum í hverju tilviki.“*

260. Var það þannig markmið löggjafans með setningu laga nr. 107/2000 að unnt væri að beita samkeppnislögum með þeim hætti að þau kæmu í veg fyrir þá röskun á samkeppni sem felst í því þegar markaðsráðandi fyrirtæki styrki stöðu sína með samruna við annað fyrirtæki, að því gefnu að veltumörk væru uppfyllt.



261. Hér liggur til grundvallar að virk samkeppni lýsir sér almennt í lægra verði, auknum gæðum, auknu úrvali og nýjungum fyrir neytendur. Jafnframt er samkeppni afar mikilvæg fyrir framleiðni og hagkvæmni í atvinnulífinu.<sup>64</sup> Með ákvörðun um að ógilda eða setja skilyrði fyrir samruna er reynt að koma í veg fyrir að neytendur og samfélagið allt séu sviptir þessum gæðum.
262. Með lögum nr. 94/2008 var ákvæðum samkeppnislaga um samruna breytt á ný. Í frumvarpi var lagt til að veltumörk á tilkynningarskyldum samrunum yrði hækkað. Viðskiptanefnd Alþings þótti hins vegar nauðsynlegt að unnt væri að hafa afskipti af tilteknum samrunum jafnvel þótt þær næðu ekki veltumörkum. Lagði nefndin m.a. þetta til:
- „Í öðru lagi er lagt til að b-lið 3. gr. verði breytt á þann veg að Samkeppniseftirlitinu verði unnt að krefja aðila samruna, sem ekki uppfyllir skilyrði a- og b-liðar 1. mgr. 17. gr. a um veltumörk, um tilkynningu um samrunann þegar verulegar líkur eru á því að samruninn geti dregið umtalsvert úr virkri samkeppni. Þetta á þó aðeins við ef sameiginleg heildarvelta viðkomandi fyrirtækja er meiri en einn milljarður króna á ári.“
263. Varð þessi tillaga nefndarinnar að lögum.
264. Í lögum nr. 94/2008 fólst einnig frekari styrking á efnisreglum samrunaákvæða laganna. Felur þetta m.a. í sér aukið svigrúm til efnislegs mats á samkeppnislegum áhrifum samruna og geta önnur atriði en myndun eða styrking markaðsráðandi stöðu leitt til ógildingar samruna. Í 17. gr. c. samkeppnislaga segir:

„Telji Samkeppniseftirlitið að samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, getur stofnunin ógilt samruna. Jafnframt skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til tækni- og efnahagsframfara að því tilskildu að þær séu neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni. Samkeppniseftirlitið getur einnig sett slíkum samruna skilyrði sem verður að uppfylla innan tiltekins tíma. Við mat á lögmæti samruna skal Samkeppniseftirlitið taka tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hefur áhrif á samkeppnisstöðu hins sameinaða fyrirtækis. Enn fremur skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til þess hvort markaður er opinn eða aðgangur að honum er hindraður.“

<sup>64</sup> Alþjóðstofnanir hafa ítrekað bent á mikilvægi virkrar samkeppni að þessu leyti. Sjá t.d. rit OECD frá október 2014, Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes. Á bls. 2 segir: „Most importantly, it is clear that industries where there is greater competition experience faster productivity growth. This has been confirmed in a wide variety of empirical studies, on an industry-by-industry, or even firm-by-firm, basis. ... The effects of stronger competition can be felt in sectors other than those in which the competition occurs. In particular, vigorous competition in upstream sectors can 'cascade' to improve productivity and employment in downstream sectors and so through the economy more widely.“ Í riti frá Alþjóðabankanum, View point, frá september 2012, segir: „Competition drives productivity growth through two key mechanisms: it shifts market share toward more efficient producers, and it induces firms to become more efficient so as to survive. Theoretical and empirical studies provide evidence that product market competition boosts innovation, productivity, and economic growth. Firms facing vigorous competition have strong incentives to reduce their costs, to innovate, and to become more efficient and productive than their rivals. This process motivates firms to offer competitive prices, higher quality, and new and more varied goods and services. Conversely, lack of competition adversely affects productivity.“



265. Eins og fram kemur í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 94/2008 felst í lagabreytingunni útvíkkun á heimildum Samkeppniseftirlitsins til þess að grípa til íhlutunar í samruna. Kemur fram í frumvarpinu að þessi breyting sé sérstaklega mikilvæg vegna „fákeppniseinkenna í íslensku hagkerfi“ og rökin fyrir henni sögð vera að „samruni geti verið skaðlegur samkeppni, jafnvel þó að hann leiði ekki til markaðsráðandi stöðu eða styrki markaðsráðandi stöðu.“
266. Samkvæmt 17. gr. c. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið þannig gripið til íhlutunar vegna samruna ef hann:
- skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis,
  - skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu tveggja eða fleiri fyrirtækja (sameiginleg markaðsráðandi staða), eða
  - hefur þau áhrif að samkeppni raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti.
267. Samkvæmt lögskýringargögnum er ljóst að skýra ber 17. gr. c. með hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti.<sup>65</sup> Hefur það jafnframt verið staðfest í dómaframkvæmd, sbr. dóm héraðsdóms, sem staðfestur var af Hæstarétti í máli nr. 277/2012, *Stjörnugrís hf. og Arion banki hf. gegn Samkeppniseftirlitinu o.fl.*, með vísan til forsendna. Í forsendum héraðsdóms segir jafnframt í tengslum við beitingu 17. gr. c. samkeppnislaga að „*játa [yrði] Samkeppniseftirlitinu nokkuð svigrúm til mats á því hvenær samruni hindrar virka samkeppni ... með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti*“.
- 1.1. Markaðsráðandi staða
268. Samkvæmt 4. tölulið 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaðsráðandi staða fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.
269. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*, kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, var dómur héraðsdóms Reykjavíkur staðfestur með vísan til forsendna hans. Í dómi héraðsdóms kemur fram að við „*mat á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði er litið til nokkurra atriða og þau metin saman*:
1. *Hver er markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á skilgreindum markaði og þróun hennar. Ein viðmiðun er að ef markaðshlutdeild fer yfir 50% þá eru allar líkur á að fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.*
  2. *Litið er til markaðshlutdeildar þess fyrirtækis sem verið er að meta og hún borin saman við markaðshlutdeild annarra fyrirtækja á markaði. Ef miklu munar á*

<sup>65</sup> Í frumvarpi því er varð að lögum nr. 94/2008 segir t.d.: „Er við það miðað að samkeppnisyfirvöld hafi sem endranær hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti við túlkun á íslenskum samrunareglum.“



markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem stærstu hlutdeild hefur og þess fyrirtækis sem næst kemur í röðinni er líklegt að stærsta fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.

3. Þá er einnig litið til aðgangshindrana að markaði. Hér er átt við atriði á borð við lagalegar hindranir, fjárhagslegar hindranir, stærðarhagkvæmni, aðgengi að birgjum, þróað sölukerfi og þekkt vörumerki."
270. Fram kemur einnig að dómurinn telji að „þriðja atriðið sem nefnt er að framan, þ.e. aðgangshindranir að markaði, ráði ekki úrslitum þegar meta skal hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu ...". Hins vegar geti þessi atriði skv. dóminum styrkt frekar þá niðurstöðu að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, er með vísan til dómaframkvæmdar bent á að allar líkur séu á að fyrirtæki sé markaðsráðandi ef það hafi 50% markaðshlutdeild eða meira, sbr. einnig dóm Hæstaréttar Íslands frá 26. apríl 2016 í máli nr. 419/2015, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.<sup>66</sup>
271. Rétt er að hafa í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.
272. Undir vissum kringumstæðum geta fyrirtæki verið ráðandi þrátt fyrir að hafa ekki hæstu hlutdeildina, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.
273. Með viðmiðinu skipulag á markaðnum er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem eru talin geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Sem dæmi um slík atriði má nefna hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur og hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og framboði af vöru eða þjónustu. Í því sambandi getur lóðrétt samþætting fyrirtækis (e. vertical integration) veitt mikilvæga vísbendingu um ráðandi stöðu.<sup>67</sup> Einnig er horft til fjölda og styrks keppinauta auk þess sem fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. umræddan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar. Varðandi styrk keppinauta ber að hafa í huga að í EES/ESB-

<sup>66</sup> Sama er lagt til grundvallar í EES/ESB-samkeppnisrétti. Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 25. júní 2010 í máli nr. T-66/01 ICI gegn framkvæmdastjórninni: „*Very large market shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position. ... Thus, according to the case-law of the Court of Justice, a market share of 50% is in itself, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (see, to that effect, Case C-62/86 AKZO v Commission [1991] ECR I-3359, paragraph 60).*“ Þetta á einnig við í samrunamálum sbr. t.d. mgr. 41 í dómi undirréttar ESB frá 6. júlí 2010 í máli nr. T-342/07, Ryanair gegn framkvæmdastjórninni: „*It is settled case-law that, although the importance of market shares may vary from one market to another, the view may legitimately be taken that very large market shares are in themselves, save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (see, in relation to abuse of a dominant position, Case 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 461, paragraph 41, and, in relation to the previous merger regulation, Case T-102/96 Gencor v Commission [1999] ECR II-753, paragraph 205, and Case T-221/95 Endemol v Commission [1999] ECR II-1299, paragraph 134). That may be the situation where there is a market share of 50% or more (see, in relation to abuse of a dominant position, Case C-62/86 AKZO v Commission [1991] ECR I-3359, paragraph 60, and, in relation to the previous merger regulation, Case T-210/01 General Electric v Commission [2005] ECR II-5575, paragraph 115).*“

<sup>67</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 27/6 United Brands gegn framkvæmdastjórninni [1978] ECR 207.



samkeppnisrétti er litið svo á að það sé vísbending um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.<sup>68</sup> Þá getur einnig verið rétt að horfa til mögulegs kaupendastyrks á kaupendahlíð markaðarins.

## 1.2 Samkeppni raskast „að öðru leyti með umtalsverðum hætti“

274. Sem fyrr segir fólst í lögum nr. 94/2008 útvíkkun á heimildum Samkeppniseftirlitsins til þess að grípa til íhlutunar í samruna. Þessi breyting er útskýrð svo í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að framangreindum lögum:

*„Í 1. málsl. 1. mgr. er kveðið á um heimildir Samkeppniseftirlitsins til að ógilda samruna. Í ákvæðinu er lagt til að Samkeppniseftirlitinu verði heimilt að ógilda samruna sem hindrar virka samkeppni, einkum þegar markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja myndast eða slík staða styrkist. Með því að bætt er við orðinu „einkum“ felur ákvæðið í sér aukið svigrúm til efnislegs mats á samkeppnislegum áhrifum samruna. Er rétt að lýsa þessu nánar.*

*Í 1. mgr. 17. gr. nógildandi samkeppnislaga er fjallað um hið samkeppnislega mat sem leggja ber á samruna. Er ákvæðið byggt á eldri samrunareglugerð EB nr. 4064/89. Samkvæmt þessu getur Samkeppniseftirlitið gripið til íhlutunar vegna samruna undir tvennum kringumstæðum. Annars vegar þegar samruni raskar samkeppni með myndun eða styrkingu markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis og hins vegar þegar samruni raskar samkeppni með myndun eða styrkingu sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu tveggja eða fleiri fyrirtækja. Það er hins vegar ljóst að samruni getur undir vissum kringumstæðum raskað samkeppni þrátt fyrir að hann skapi ekki eða styrki markaðsráðandi stöðu eins eða fleiri fyrirtækja, sbr. nánar hér á eftir. Af þessu leiðir að ef samrunareglur heimila einungis inngríp í samruna sem styrkir eða myndar markaðsráðandi stöðu getur það leitt til þess að samkeppnishamlandi samrunar nái fram að ganga með tilheyrandi tjóni fyrir atvinnulífið og almenning. Sökum þessa er að finna í samrunareglum ýmissa ríkja víðtækari heimildir til þess að vinna gegn samkeppnishömlum sem stafa af samruna. Í t.d. Bandaríkjunum, Kanada og Bretlandi er unnt að ógilda samruna sem raskar samkeppni með umtalsverðum hætti (nefnt á ensku „substantial lessening of competition“). Er þessi heimild þannig ekki bundin við samruna sem leiða til eða styrkja markaðsráðandi stöðu. Með nógildandi samrunareglugerð EB nr. 139/2004 var ákveðið að veita víðtækari heimild til að grípa inn í samruna og miða ekki lengur eingöngu við markaðsráðandi stöðu. Í 25. tölul. aðfaraorða reglugerðarinnar eru ástæður þessarar breytingar útskýrðar:*

*„Í ljósi þess hvaða afleiðingar samfylkingar í fákeppnismarkaðskerfi geta haft er það þeim mun nauðsynlegra að viðhalda skilvirkri samkeppni á slíkum mörkuðum. Á mörgum fákeppnismörkuðum ríkir heilbrigð samkeppni. Við vissar aðstæður geta þó samfylkingar, sem fela í sér afnám mikilvægra samkeppnishaftra, sem samrunaaðilarnir hafa sett hver öðrum, og minnkandi samkeppnisþrýsting á*

<sup>68</sup> Sjá t.d. Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, fimmta útgáfa 2010, bls. 110: „When there is a significant gap between the market share of the potentially dominant undertaking and the market shares of its competitors, this element may be considered as confirmation of the existence of a dominant position.“



Samkeppnisaðilana sem eftir eru, leitt af sér verulegar hindranir á virkri samkeppni, jafnvel þó að ekki séu líkur á samræmingu á milli aðila í fákeppni. Dómstólar Bandalagsins hafa þó ekki fram til þessa túlkað það skýlaust svo að þess sé krafist samkvæmt reglugerð (EBE) nr. 4064/89 að samfylkingar, sem hafa slík ósamræmd áhrif, verði lýstar ósamrýmanlegar sameiginlega markaðnum. Vegna réttaröryggis skal því tekinn af allur vafi um það að í þessari reglugerð er heimilað skilvirkt eftirlit með öllum slíkum samfylkingum með því að kveða á um að allar samfylkingar, sem myndu hindra verulega virka samkeppni á sameiginlega markaðnum eða verulegum hluta hans, skuli lýstar ósamrýmanlegar sameiginlega markaðnum. Túlka ber hugtakið „umtalsverð hindrun virkrar samkeppni“ í 2. og 3. mgr. 2. gr. þannig að það taki, auk hugtaksins „yfirburðastaða“, eingöngu til samkeppnishamlandi áhrifa samfylkingar sem eru afleiðing ósamræmds atferlis fyrirtækja sem hafa ekki yfirburðastöðu á viðkomandi markaði.“

Er í þessu frumvarpi lagt til að á samkeppnislögum verði gerðar sams konar breytingar og fólust í nágildandi samrunareglugerð EB. Breytingartillagan byggist þannig á 2. mgr. 2. gr. samrunareglugerðar EB og miðar að því að samræma ákvæði íslensku samkeppnislaganna um efnislegt mat á samruna nágildandi ákvæðum Evrópulöggjafar, þannig að íslensk lög feli í sér sömu vernd fyrir almenning og samfélagið og Evrópulöggjöf veitir, en slíkt er sérstaklega mikilvægt í ljósi fákeppniseinkenna í íslensku hagkerfi. Rökin að baki breytingunni eru þau að samruni geti verið skaðlegur samkeppni, jafnvel þó að hann leiði ekki til markaðsráðandi stöðu eða styrki markaðsráðandi stöðu.

Breyting sú sem er lögð til felst í því að við 1. másl. 1. mgr verði bætt orðinu „einkum“ þannig að Samkeppniseftirlitinu verði heimilt að ógilda samruna einkum þegar markaðsráðandi staða myndast eða slík staða styrkist. Þessi breyting felur það í sér að unnt er að grípa til íhlutunar vegna samruna ef hann leiðir til þess að markaðsaðstæður verði skaðlegar samkeppni, jafnvel þótt samruninn myndi ekki eða styrki markaðsráðandi stöðu. Sú staða getur helst komið upp þegar um er að ræða samruna keppinauta (lóðréttur samruni) á fákeppnismörkuðum þar sem tiltekna aðstæður eru fyrir hendi. Slíkar aðstæður geta verið þegar fyrirtæki á viðkomandi markaði selja aðgreinanlegar vörur og samrunafyrirtækin hafa verið helstu keppinautar hvort annars. Umtalsverð markaðshlutdeild og samþjöppun á markaðnum hefur og þýðingu. Brotthvarf helsta keppinautarins á slíkum fákeppnismarkaði vegna samruna getur haft þau áhrif að samkeppnislegt aðhald minnkar umtalsvert á markaðnum og getur þetta gefið samrunafyrirtækjum aukinn markaðsstyrk og þar með möguleika á því t.d. að hækka verð. Getur þetta gerst án þess að samrunafyrirtækin hafi það háa markaðshlutdeild að þau teljist markaðsráðandi. Framkvæmdastjórn EB hefur gefið út leiðbeiningareglur (O.J. 2004/C 31/03) þar sem útskýrð eru með ítarlegum hætti þau sjónarmið sem horfa verður til við mat á samruna af þessum toga. Er við það miðað að samkeppnisyfirlit hafi sem endranær hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti við túlkun á íslenskum samrunareglum.“

275. Samruni þessa máls felur í sér láréttan samruna. Í láréttum samruna felst að fyrirtæki á sama markaði renna saman. Almennt má segja um samkeppnishömlur sem stafa af láréttum samruna að þær séu aðallega af þrennum toga. Í fyrsta lagi



leiðir slíkur samruni til þess að fyrirtækin sem um ræðir hætta að keppa sín á milli um hylli viðskiptavina sinna með tilheyrandi afleiðingum fyrir viðskiptavinum og neytendum. Í öðru lagi getur slíkur samruni leitt til þess að hið sameinaða fyrirtæki öðlist það mikinn efnahagslegan styrk að það geti hætt að taka tillit til keppinauta sinna og neytenda. Í þriðja lagi getur aukin samþjöppun á markaðnum sem fylgir láréttum samruna dregið úr samkeppni fyrirtækjanna sem eftir eru á markaðnum og auðveldað þeim að taka tillit hvert til annars í því skyni að hámarka sameiginlegan hagnað, t.d. með samhæfðri markaðshegðun sem lýtur að því að hækka verð.

276. Hefur verið bent á það í samkeppnisrétti að slíkir samrunar séu líklegastir til að raska samkeppni vegna þess að þeir hafa um leið og þeir koma til framkvæmda bein áhrif á gerð viðkomandi markaðar. Þessi áhrif felast í því að núverandi eða möguleg samkeppni leggst þegar af á milli samrunafyrirtækjanna. Aðrar tegundir af samrunum hafa ekki þessi beinu áhrif.<sup>69</sup>
277. Sem fyrr segir er rétt í samrunamálum að hafa hliðsjón leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB. Hún gaf út árið 2004 leiðbeiningar um mat á samkeppnislegum áhrifum láréttra samruna (hér eftir til einföldunar; „lárétta leiðbeiningarnar“).<sup>70</sup>
278. Í lárétta leiðbeiningunum er samkeppnislegum áhrifum skipt í tvo meginflokkar:
- Einhliða áhrif (einnig nefnd ósamræmd áhrif).<sup>71</sup> Hér fellur undir þegar samruni myndar eða styrkir markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis. Einnig fellur hér undir samruni fyrirtækja á fákeppnismörkuðum sem felur í sér að mikilvægt samkeppnislegt aðhald hverfur án þess þó að markaðsráðandi staða (sér í lagi eða sameiginleg) myndist, sbr. 24-25. mgr. lárétta leiðbeininganna. Segir um þetta að samruni geti dregið verulega úr samkeppni á markaði vegna þess að samkeppni á milli þeirra aðila sem sameinast hverfur. Slíkir samrunar geta jafnframt haft áhrif á aðra keppinauta á viðkomandi markaði. Verðhækkningar hans sameinaða fyrirtækisins kunna að leiða til þess að eftirspurn eftir vörum þess færast til annarra keppinauta. Aukið svigrúm annarra fyrirtækja á markaðnum, en þeirra sem sameinuðust, til þess að hækka verð gæti svo orðið bein afleiðing af samrunum.
  - Samræmd áhrif. Hér fellur undir myndun eða styrking sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu, sbr. 39. mgr. leiðbeininganna.

<sup>69</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-5/02 Tetra Laval gegn framkvæmdastjórninni [2002] ECR II-4381: „It is common ground between the parties that the modified merger is conglomerate in type, that is, a merger of undertakings which, essentially, do not have a pre-existing competitive relationship, either as direct competitors or as suppliers and customers. Mergers of this type do not give rise to true horizontal overlaps between the activities of the parties to the merger or to a vertical relationship between the parties in the strict sense of the term. Thus it cannot be presumed as a general rule that such mergers produce anti-competitive effects. However, they may have anti-competitive effects in certain cases.“ Sjá einnig dóm dómstóls ESB í þessu máli, mál nr. C-12/03P.

<sup>70</sup> Enska heiti þeirra er: „Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.“ Voru þær birtar 5. febrúar 2004 í stjórnartíðindum ESB (2004/C 31/03).

<sup>71</sup> Á ensku nefnt „unilateral effects“ eða „Non-coordinated effects“.



279. Í ljósi aðstæðna er það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki sé þörf á því að taka afstöðu til beinna skaðlegra samræmdra áhrifa og verður því ekki fjallað um þann þátt láréttu leiðbeininganna hér.
280. Í 14. – 21. mgr. láréttu leiðbeiningunum er fjallað um mikilvægi þess að horfa til breytingar á markaðshlutdeild og á samþjöppun á markaði í kjölfar samruna, sbr. einnig umfjöllun hér að framan um markaðsráðandi stöðu. Gerð verður nánari grein fyrir þessu hér á eftir.
281. Í 27. – 38. mgr. láréttu leiðbeininganna er fjallað um ýmis atriði sem veitt geta leiðbeiningu um samkeppnishamlandi einhliða áhrif samruna.<sup>72</sup> Á meðal þeirra sjónarmiða sem framkvæmdastjórnin reifar í leiðbeiningunum eru þessi:
- Há markaðshlutdeild samrunaaðila. Almennt eykst máttur fyrirtækja á markaði samhliða aukinni markaðshlutdeild. Há markaðshlutdeild getur stuðlað að því að viðkomandi fyrirtæki njóti aukinnar framlegðar af verðhækkunum.<sup>73</sup>
  - Samrunaaðilar eru nánir keppinautar. Innan markaða er gjarnan einhver munur á vörum keppinauta. Þeim mun líkari sem vörur samrunaaðila eru þeim mun meiri er hættan á verðhækkun í kjölfar samruna. Sú samkeppni sem samrunaaðilar hafa stundað sín á milli kann því að vera mikilvægt sjónarmið við mat á efnislegum áhrifum samruna. Í því samhengi getur skipt máli hversu nálægt hvor öðrum keppinautarnir eru (e. closeness of competition).
  - Takmörkuð geta viðskiptavina til þess að skipta um seljanda. Ef það eru fáir seljendur eða skiptikostnaður viðskiptavina er hár getur verið erfitt fyrir þá að færa sig frá einum seljanda til annars. Samruni sem fækkar valmöguleikum getur takmarkað mjög getu viðskiptavina til þess að skipta um birgja þegar um er að ræða samþjappaðan fákeppnismarkað.
  - Ólíklegt er að keppinautar auki framboð ef verð er hækkað. Viðbrögð keppinauta við verðhækkun hins sameinaða fyrirtækis kunna að vera þau að auka framboð sitt. Með því ættu þeir að geta náð til sín einhverjum viðskiptum. Jafnframt viðheldur það samkeppni ef keppinautarnir haga sér með þeim hætti. Ef það er hins vegar ólíklegt af einhverjum ástæðum að keppinautarnir auki framboð sitt þá aukast líkurnar á því að hið sameinaða fyrirtæki hækki verð.
  - Hið sameinaða fyrirtæki getur hindrað vöxt eða getu smærri keppinauta til að keppa.
  - Samruninn hefur í för með sér að fyrirtæki sem var öflugur keppinautur hverfur af markaði. Fyrirtæki beita sér mismikið í samkeppni. Fyrirtæki sem eru að jafnaði fyrst til þess að lækka verð eða oft fyrst til þess að bjóða upp á ýmsar nýjungar geta haft mikil áhrif á það sem gerist á markaðnum þrátt fyrir að vera

<sup>72</sup> Hafa verður hins vegar í huga fyrirvarann í 26. mgr. um þessi atriði séu ekki tæmandi og að þessi atriði þurfi ekki að vera öll fyrir hendi til þess að samruni teljist raska samkeppni: „A number of factors, which taken separately are not necessarily decisive, may influence whether significant non-coordinated effects are likely to result from a merger. Not all of these factors need to be present for such effects to be likely. Nor should this be considered an exhaustive list.”

<sup>73</sup> Í mgr. 27 segir m.a.: „The larger the market share, the more likely a firm is to possess market power. And the larger the addition of market share, the more likely it is that a merger will lead to a significant increase in market power. The larger the increase in the sales base on which to enjoy higher margins after a price increase, the more likely it is that the merging firms will find such a price increase profitable despite the accompanying reduction in output.”





ekki stærst, sbr. t.d. svonefnd „maverick“ fyrirtæki. Ef slíkt fyrirtæki hverfur þá kann það að draga úr samkeppni.

282. Í mgr. 64 og áfram í leiðbeiningunum er fjallað um að hvaða leyti kaupendastyrkur, möguleg innkoma nýrra keppnauta og mögulega hagræðing getur haft á hið samkeppnislega mat.

## **2. Sjónarmið samrunaaðila o.fl.**

283. Sem fyrr segir telja samrunaaðilar að landfræðilegi markaðurinn sé höfuðborgarsvæðið. Í samrunaskrá kemur fram að samrunaaðilar telji samkeppnisleg áhrif samrunans vera hverfandi. Sameiginleg markaðshlutdeild samrunaaðila sé undir 20% í kjölfar samrunans. Sé svo takmörkuð hlutdeild samrunaaðila sterk vísending um að samruni muni ekki hafa skaðleg áhrif í för með sér.

284. Vísað er til þess að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2010 hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að Lyf og heilsa og Lyfja væru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Telja samrunaaðilar að markaðurinn hafi breyst í slíkum grundvallaratriðum að sameiginleg markaðsráðandi staða geti ekki verið fyrir hendi. Bent er m.a. á innkomu nýrra keppnauta eins og t.d. Costco og að Lyfjaver hafi styrkt stöðu sína. Einnig er vísað til þess að Lyfja og Lyf og heilsa hafi breytt háttsemi sinni á markaðnum og einnig hafi neytendavenjur tekið breytingum.

285. Í andmælaskjalinu var komist að þeirri frumniðurstöðu að samruni Lyfja og heilsu og Apóteks MOS væri skaðlegur samkeppni, sbr. 17. gr. c. samkeppnislaga. Draga má saman frumniðurstöðu andmælaskjalsins með þessum hætti:

- Samruninn leiðir til þess að til verði fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir smásölu lyfja í Mosfellsbæ og tilkoma þess er til þess fallin að draga með alvarlegum hætti úr virkri samkeppni á þeim markaði.
- Samrunaaðilar, einu starfandi apótekin í Mosfellsbæ, eru nánir keppnautar í skilningi samkeppnisréttarins. Með samrunanum mun mikilvægur og náninn keppnautur Apótekarans í Mosfellsbæ hverfa af markaðnum og felur þetta í sér umtalsverða röskun á samkeppni í skilningi 17. gr. c. samkeppnislaga. Felur samruninn í sér umtalsverða röskun á samkeppni jafnvel þótt fallist væri á það með samrunaaðilum að landfræðilegi markaðurinn væri höfuðborgarsvæðið.
- Hið sameinaða fyrirtæki mun búa yfir miklum fjárhagslegum og efnahagslegum styrkleika.
- Aðgangshindranir eru það miklar að ólíklegt sé að verulegar líkur séu á því að nýr öflugur keppnautur geti komið inn á markaðinn innan skamms tíma og dregið úr markaðsstyrk og skaðlegum áhrifum þessa samruna.

286. Í athugasemdum Lyfja og heilsu við andmælaskjalið segir að samruninn geti ekki haft skaðleg áhrif á samkeppni. Byggir þetta ekki síst á þeirri röngu staðhæfingu félagsins að óheimilt sé að veita afslætti af tilteknum lyfjum, sbr. nánar hér á eftir. Þá áréttar fyrirtækið það mat sitt að landfræðilegi markaðurinn sé höfuðborgarsvæðið og að neytendakönnunin sé ómarktæk.



287. Lyf og heilsa hafnar því alfarið að unnt sé að nota meira en áratuga gamla ætlaða háttsemi gegn félaginu við mat á fyrirhuguðum samruna, líkt og gert sé í andmælaskjali. Að lágmarki verði að færa fyrir því rök að slík háttsemi sé enn til staðar, en þvert á móti sýni allar aðstæður á markaði að því fari fjarri að svo sé. Félagið bendir á að sú háttsemi sem bent sé á hafi á sínum tíma verið notuð til að færa fyrir því rök að félagið væri í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu ásamt Lyfju. Sé vandséð hvaða erindi umfjöllunin eigi í andmælaskjal, enda ekki byggt á því í skjalinu að sameiginleg markaðsráðandi staða sé fyrir hendi í dag.
288. Önnur atriði sem Lyf og heilsa gerir athugasemd við erum einkum eftirfarandi:
- Í andmælaskjali komi fram að Lyf og heilsa reki 14 apótek um landið undir heitinu Apótekarinn. Tekið er að fram að þau séu fleiri á landinu en 14 á höfuðborgarsvæðinu. Við hafi svo bæst 15. apótekið þar sem Lyf og heilsu Austurveri hafi verið breytti í Apótekarann.
  - Í andmælaskjali sé fjallað um opnanir annars vegar Lyfja og heilsu og Lyfju á nýjum apótekum á undanförnum árum og hins vegar nýrra apóteka í eigu annarra aðila. Við þá upptalningu megi bæta að þann 30. ágúst sl. hafi Lyfja opnað nýtt apótek á Granda, við hlið apóteks Lyfja og heilsu. Sé það enn eitt skýrra dæma um að aðstæður á markaði séu gerbreyttar þeim aðstæðum sem lýst hafi verið undir rannsókn þess máls sem lauk með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2010.
  - Í andmælaskjali sé að finna töflu sem sýni áætluð áhrif opnunar Apóteks MOS á Apótekarann í Mosfellsbæ. Lyf og heilsa bendir á að á línuritinu megi greina skýr áhrif opnunar bæði Costco og Apótekarans á Bíldshöfða, í maí og júní 2017. Séu það skýr merki þess að markaðurinn nái til höfuðborgarsvæðisins alls.
289. Í athugasemdum Apóteks MOS er tekið fram að heildarvelta Apóteks MOS hefði verið undir viðmiðum samkeppnislega en rannsóknin hefði verið hafin á grundvelli undanþágu 17. gr. samkeppnislega. Þá vísar Apótek MOS einnig til þess að óheimilt sé að veita afslætti af tilteknum lyfjum, sbr. nánar hér á eftir.
290. Í athugasemdum Apóteks MOS kemur fram að fyrirtækið hafi efasemdir um marktækni neytendakönnunarinnar t.a.m. vegna smæðar úrtaks og tímasetningar framkvæmdar. Marktækara væri að líta til raunverulegrar þróunar á verslun og verslunarvenjum íbúa Mosfellsbæjar síðustu árin. Jafnframt telur Apótek MOS að þær ályktanir sem dregnar séu af könnuninni standist ekki. Því sé haldið fram að tilfærsluhlutfall Apótekarans í Mosfellsbæ sé 70-75%. Hlutfallið sé hins vegar ekki reiknað á grundvelli úrtaksins í könnuninni heldur eingöngu þeirra sem svara sem sé augljóslega rangt. Sé miðað við fjölda þátttakenda sé hlutfallið miklu lægra eða rúmlega 50% sem sé í samræmi við þá niðurstöðu könnunarinnar að 40-50% svarenda könnunarinnar hafi verslað í apóteki utan sveitarfélagsins síðustu 1-5 skipti. Í ljósi þess að 40% íbúa leysi út lyf sín utan sveitarfélagsins þurfi að taka tillit til þess að við það lækkar þetta hlutfall í 30% fyrir allt sveitarfélagið.
291. Í athugasemdum Apótek MOS kemur fram að rétt sé að benda á umfang þeirra sameininga sem til skoðunar hafi verið í þeim erlendu málum sem



Samkeppniseftirlitið vísar til. Í niðurstöðum breskra samkeppnisyfirvalda frá árinu 2016 sé verið að skoða sameiningu aðila með rekstur á um 800 og 1.400 apótekum. Væri nærtækara að lagðar væru fram erlendar heimildir þar sem viðkomandi samkeppnisyfirvöld væru að beita sér gegn yfirtökum stærri aðila á einu apóteki í rekstri einyrkja.

292. Eins og fjallað hefur verið um framkvæmdi Samkeppniseftirlitið athugun á meðal lyfsöluleyfishafa allra apóteka á höfuðborgarsvæðinu (að undanskildum aðilum samrunans) þar sem þeim gafst m.a. færi á að koma fram atriðum sem þeir töldu að skipt gætu máli við mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans. Af 22 svörum sem bárust settu tíu lyfsöluleyfishafar engin sjónarmið fram, tveir þeirra töldu ekki ástæðu til þess að tjá sig þar sem samruninn hafði ekki áhrif á viðkomandi, einn taldi að samruninn hafði jákvæð áhrif og níu töldu samrunann hafa neikvæð áhrif. Ástæður sem svarendur nefndu voru eftirfarandi:

Engin áhrif á viðkomandi apótek

1. Samruninn beinist ekki gegn viðkomandi lyfsala.
2. Samruninn hái ekki viðkomandi lyfsala þar sem apótek hans sé staðsett svo langt í burtu frá apótekum samrunaaðila.

Jákvæð samkeppnisleg áhrif

1. Viðkomandi lyfsali telji að samruninn sé góður.

Neikvæð samkeppnisleg áhrif

1. Viðkomandi lyfsali telur samrunann ekki muna hafa góð áhrif á markaðinn. Skrýtið sé ef sami aðili reki bæði apótekin í bænum.
2. Einn lyfsali spyr hversu stórar keðjur megi verða og hvort það sé hollt fyrir markaðinn og kúnnana að þær gleypi markaðinn?
3. Viðkomandi lyfsali telur að samruninn muni fela í sér sorglega þróun þar sem í kjölfar hans verði engin samkeppni í Mosfellsbæ lengur.
4. Viðkomandi lyfsali nefnir að báðir hans helstu samkeppnisaðilar hafi brugðist við þegar hann opnaði með því að opna þrjú ný apótek í nálægð við hans apótek. Þar á meðal hafi verið opnað apótek á grunni sambærilegrar viðskiptahugmyndar. Lyfsalanum finnst orka tvímælis hversu frjálst keðjurnar í markaðsráðandi stöðu geti komið inn á svæði þar sem mögulega eru einkarekin apótek með sama bolmagn (til að berjast) til að keppa. Þeirra styrkur sé nú þegar nægur og ekki sé á það bætandi að þeir taki að sér fleiri apótek.
5. Viðkomandi lyfsali nefnir að Lyf og heilsa séu þegar með apótek í Mosfellsbæ og í kjölfar samrunans sé aftur komin einokun í Mosfellsbæ. Sú staða sé ekki góð fyrir þá sem búa í sveitarfélaginu.
6. Það veki undrun viðkomandi lyfsala að Lyf og heilsa sé að kaupa því þeir hafi yfirleitt farið þá leið að opna apótek sjálfir. Veki ugg að þessi keðja sé að verða enn stærri.
7. Þegar séu nógu mörg apótek undir Lyf og heilsu og viðkomandi lyfsala þyki þessi viðskipti alveg ótrúleg.
8. Lyf og heilsa sé mjög víða og viðkomandi lyfsali hafi alltaf talið að Lyf og heilsa mætti ekki kaupa annað apótek miðað við stöðuna á markaðnum. Það skjóti



skökku við að þetta sé að gerast því stóru keðjurnar séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Sá sem kaupir Apótek MOS sitji þá einn að Mosfellsbæ. Það sé mikil hindrun.

9. Lyfsöluleyfishafinn tók fram að það sé mat hans að þessi viðskipti séu ekki góð fyrir íbúa Mosfellsbæjar. Í kjölfar samrunans muni engin samkeppni verða eftir í bænum.

### 3. Eðli samruna þessa máls

293. Samruni þessa máls telst vera láréttur en samrunaaðilar starfa á markaði fyrir smásölu lyfja í Mosfellsbæ. Á þeim markaði eru fyrirtækin einu starfandi keppinautarnir og með samrunanum hverfur sú samkeppni sem ríkt hefur milli þeirra.
294. Í þessu máli verður lagt mat á atriði sem hafa þýðingu varðandi það hvort áhrif samrunans séu með þeim hætti að fari gegn 17. gr. c. samkeppnislaga. Í fyrsta lagi verður tekið til skoðunar hvort markaðsráðandi staða myndist eða styrkist. Í öðru lagi hver staða keppinauta og efnahagslegur styrkleiki samrunaaðila sé. Í þriðja lagi verður litið til annarra atriða sem tengjast matinu, s.s. hvort samruninn hafi í för með sér að fyrirtæki sem var öflugur keppinautur hverfi af markaði og hvort samrunaaðilar séu nánir keppinautar. Í fjórða lagi hvort aðgangshindranir séu að markaðnum og í fimmta lagi hvort unnt sé að taka tillit til mögulegrar hagræðingar.
295. Áður en vikið er að framangreindu er rétt að fjalla um sjónarmið samrunaaðila um ætlað bann gegn veitingu afsláttar.

#### 3.1 Um meint bann við veitingu afsláttar

296. Í athugasemdum sínum við andmælaskjal staðhæfði Lyf og heilsa að þær grundvallarbreytingar hafi orðið á lyfjamarkaði hér á landi á undanförunum árum að óheimilt sé að veita afslætti af lyfjum sem falla undir greiðslupátttöku Sjúkratrygginga. Þannig geti samruninn ekki hindrað virka samkeppni með lyf sem falli undir greiðslupátttökukerfi Sjúkratrygginga, þar sem beinlínis sé óheimilt með lögum að samkeppni ríki um slík lyf. Geti því 17. gr. c. samkeppnislaga ekki tekið til þeirra vara. Vísa samrunaaðila í þessu samhengi til 1. gr. bókunar 22 við EES-samninginn og dóm EFTA dómstólsins í máli nr. E-8/00 um að samkeppnislög taki eingöngu til efnahagslegrar starfsemi.
297. Þar sem sem bannað sé að veita afslætti geti engin verðsamkeppni ríkt í þeim lyfjum sem falla undir greiðslupátttökukerfið. Sú velta sem eftir standi hjá samrunaaðilum sé óveruleg. Það hafi þau áhrif að samruninn geti ekki raskað samkeppni.
298. Apótek MOS telur lyfjamarkaðinn skiptast í þrjá þætti með hliðsjón af verðsamkeppni (lausasölulyf, lyfseðilsskyld án greiðslupátttöku SÍ og lyfseðilsskyld lyf og S-lyf með greiðslupátttöku SÍ). Frá árinu 2013 hafi verið óheimilt að breyta verðum eða gefa afslátt af lyfjum í flokki lyfseðilsskyldra lyfja og S-merktra lyfja með greiðslupátttöku sem standi undir [ ]<sup>74</sup>% af veltu. Lausasölulyf lúti engum verðlagsákvæðum og um lyfseðilsskyld lyf án greiðslupátttöku gildi hámarksverð

---

<sup>74</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



eingöngu. Þessir tveir síðastnefndu flokkar standi undir [ ]<sup>75</sup>% af heildarveltu Apóteks MOS á árinu 2018. Því virðist Samkeppniseftirlitið líta framhjá því að aðeins [ ]<sup>76</sup> af veltu Apótek MOS, í smásölu lyfja, lúti lögmálum verðsamkeppni.

299. Til að leggja mat á framangreint óskaði Samkeppniseftirlitið þann 19. september 2018 eftir upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands um hvort apótekum væri óheimilt að veita afslætti af lyfjum sem falla undir greiðsluþátttöku Sjúkratrygginga. Í svari Sjúkratrygginga Íslands dags. 21. september 2018 er vísað í eftirfarandi frétt á vef stofnunarinnar frá 31. mars 2016:

**„Efni: Afslættir af lyfjum í apótekum.**

*Í samræmi við tilmæli frá velferðarráðuneytinu munu Sjúkratryggingar Íslands breyta framkvæmd við útreikninga á greiðsluþátttöku sjúkratrygginga í lyfjakostnaði þegar apótek veita afslætti af lyfjum. Í tilmælum sínum vísar ráðuneytið til álitis umboðsmanns Alþingis frá 22. desember 2015 í máli nr. 7940/2014 og mun útreikningurinn nú miðast við greiðsluþátttökuverð samkvæmt lyfjaverðskrá án tillits til mögulegra afslátta."*

300. Í álitum umboðsmanns Alþingis nr. 7940/2014, sem vísað er til í framangreindri fréttatilkynningu, kemur fram að ekki verði séð að það leiði af lyfjalögum að Sjúkratryggingum Íslands sé heimilt að breyta greiðsluþátttökuverði, sem lyfjagreiðslunefnd hefði ákveðið á grundvelli laganna og birt í lyfjaverðskrá, þegar lyfsali veitir afslátt af hlut sjúkratryggðs í smásöluverði. Taldi umboðsmaður að velferðarráðuneytið hefði ekki sýnt með ótvíræðum hætti fram á fullnægjandi lagagrundvöll fyrir slíka framkvæmd Sjúkratrygginga Íslands. Umboðsmaður mæltist til þess við heilbrigðisráðherra að gerðar yrðu breytingar á þessari framkvæmd þannig að hún samrýmdist gildandi lögum. Þann 21. mars 2016 sendi velferðarráðuneytið tilmæli til Sjúkratrygginga Íslands. Í bréfinu var því beint til Sjúkratrygginga að láta af þeirri framkvæmd sem hefði verið viðhöfð við útreikninga þegar afsláttur væri veittur í lyfjabúðum. Sjúkratryggingar brugðust við þeim tilmælum og auglýstu breytt verklag á heimasíðu sinni, líkt og áður sagði, 31. mars 2016.<sup>77</sup>
301. Með hliðsjón af framansögðu geta sjónarmið samrunaaðila um að óheimilt sé að veita afslætti af lyfjum sem falla undir greiðsluþátttöku Sjúkratrygginga ekki staðist. Útreikningum var breytt í lok mars 2016 en af fyrrgreindu verður ekki ráðið að óheimilt hafi verið að veita afslætti af lyfjum sem falla undir greiðsluþátttöku Sjúkratrygginga, hvorki fyrir né eftir breytingu.
302. Með bréfi, dags. 8. október 2018, tjáði Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að staðhæfingar þeirra um að óheimilt væri að veita afslætti af lyfjum sem falli undir greiðsluþátttöku Sjúkratrygginga væru rangar.

<sup>75</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>76</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>77</sup> <http://www.sjukra.is/um-okkur/frettir/afslaettir-af-lyfjum-i-apotekum>



303. Í svörum Lyfja og heilsu við bréfi Samkeppniseftirlitsins segir að framangreind afstaða Sjúkratrygginga Íslands vekir athygli. Sé þessi afstaða í ósamræmi við ítrekaðar munnlegar upplýsingar sem félaginu hafi verið veittar af Sjúkratryggingum um lögmæti þess að veita afslætti. Hins vegar virðist nú skrifleg svör frá stofnuninni stangast á við þær upplýsingar sem áður hafi verið veittar. Félaginu kemur þetta á óvart og telur réttarstöðuna hvað þetta varðar enn mjög óljósa, sem sé afar óheppilegt fyrir starfsemi þess. Hyggist félagið óska eftir fundi með Sjúkratryggingum til að fara yfir málið og fá skýr svör um fyrirkomulagið. Muni félagið sannarlega fagna því ef skýr niðurstaða fái í málinu.
304. Í svörum Apóteks MOS, dags. 11. október sl., kemur fram að með „að breyta verði eða gefa afslætti“ af lyfjum í fyrri athugasemdum fyrirtækisins hafi vissulega verið átt við einhliða afslátt af hluta viðskiptavinar eingöngu án tilkynningar til Sjúkratrygginga Íslands. Þessa ónákvæmni í framsetningu megi rekja til þess að öll umfjöllun og þungi rannsóknar Samkeppniseftirlitsins á málinu hafi beinst einvörðungu að viðskiptavinum en ekki stofnunum og því framangreint undanskilið af hálfu fyrirtækisins. Þá hafi eiganda Apóteks MOS ekki verið kunnugt um framangreinda fréttatilkynningu er birtist á vefsíðu Sjúkratrygginga Íslands sérstaklega, þar sem hann bjó erlendis og hafði ekki hafið rekstur þegar hún var birt og þekki því ekki til forsögu málsins. Þá hafi, að eiganda Apóteks MOS vitanlega, ekki verið birt neins konar verklag um það hvernig eigi að tilkynna Sjúkratryggingum Íslands veittan afslátt fyrir hvern sjúkratryggðan og hvernig eigi að koma því við, með hliðsjón af fjölda afgreiddra lyfseðla í apótekum. Þá sé honum ekki ljóst á þessari stundu hvort afsláttur komi til frádráttar innborgun á hlut sjúklings eða hvort apótekin hafi sent inn slíkar tilkynningar yfir höfuð.
305. Að framansögðu leiðir að ekkert hald er í sjónarmiðum samrunaðila um takmörkuð áhrif samrunans vegna banns við veitingu afsláttar.
306. Samrunaaðilar starfa við smásölu lyfja og ber að þekkja þær reglur sem gilda um slíka atvinnustarfsemi. Í ljósi svara Sjúkratrygginga Íslands er að mati Samkeppniseftirlitsins óútskýrt í máli þessu hvers vegna samrunaaðilar hafa staðhæft að óheimilt sé að veita umrædda afslætti. Kann þetta að verða tekið til athugunar á grundvelli samkeppnislaga, m.a. hvort samrunaaðilar hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga að þessu leyti.
307. Samhengisins vegna er rétt að taka fram að ekki er unnt að fallast á að sjónarmið samrunaaðila um að aðeins röskun á verðsamkeppni falli undir 17. gr. c. samkeppnislaga. Þannig liggur fyrir að apótek (eins og önnur fyrirtæki) keppa í mun fleiri þáttum en eingöngu verði, s.s. þjónustu, staðsetningu, opnunartíma o.s.frv.<sup>78</sup>

#### 4. Markaðshlutdeild

308. Markaðshlutdeild hefur, eins og áður sagði, mikið að segja þegar samkeppnisleg áhrif samruna eru metin. Eins og nefnt hefur verið getur mjög há markaðshlutdeild, eða 50% eða meiri, í sjálfu sér verið til vitnis um markaðsráðandi stöðu, sbr. dóm

<sup>78</sup> Um skilgreiningu á gildissviði samkeppnislaga má m.a. vísa til dóms Hæstaréttar frá 2. febrúar 2017 í máli nr. 273/2015, *Sorpa bs. gegn Samkeppniseftirlitinu*.



Hæstaréttar í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, og íslenska ríkinu. Samruni fyrirtækja sem verða eftir samruna með undir 50% markaðshlutdeild getur einnig raskað samkeppni líkt og áður segir í ljósi annarra atriða, svo sem styrks og fjölda keppinauta, hvort fyrir hendi séu takmarkanir á framleiðslugetu, eða í ljósi þess að hve miklu leyti vörutegundir samrunaaðila eru staðgönguvörur. Þannig hefur t.d. framkvæmdastjórn ESB talið að samrunar, sem leiða til þess að hið sameinaða fyrirtæki nái markaðshlutdeild á milli 40 og 50% og í sumum tilvikum minna en 40%, geti myndað eða styrkt markaðsráðandi stöðu, sbr. 17. mgr. lárétta leiðbeininganna.

309. Við ákvörðun á markaðshlutdeild er að jafnaði stuðst við upplýsingar hlutaðeigandi fyrirtækja um tekjur þeirra vegna sölu á vöru og/eða þjónustu sem um ræðir á síðasta heila almanaksári eða eftir atvikum fleiri undangengnum árum, sbr. t.d. ársreikninga eða árshlutauppgjör eða nánari sundurliðun á tekjum eftir því sem við á í hverju máli. Til að leggja mat á stærð þeirra markaða sem Samkeppniseftirlitið telur að samruninn hafi áhrif á var óskað eftir upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands um veltu apóteka í lausasölulyfjum, almennum lyfseðilsskyldum lyfjum og S-merktum lyfjum vegna áranna 2015, 2016, 2017 og fyrri helmings ársins 2018.
310. Hér í framhaldinu verður byrjað á að fjalla um það hvernig samrunaaðilar meta hlutdeild sína á einstökum mörkuðum sem þeir leggja til grundvallar í samrunaskránni. Í kjölfarið mun Samkeppniseftirlitið fjalla um hlutdeild aðila á skilgreindum markaði málsins. Í þeirri umfjöllun mun Samkeppniseftirlitið bæði líta til núverandi og sögulegrar markaðshlutdeildar samrunaaðila svo og markaðsstyrks á viðkomandi mörkuðum, en það getur gefið vísbendingar um áhrif samrunans á samkeppni. Þá verður einnig litið til hlutdeildar samrunaaðila á landinu öllu og höfuðborgarsvæðinu.
311. Í samrunaskrá er áætlað að markaðshlutdeild samrunaaðila á árinu 2017 verið [20-25]<sup>79</sup>% hjá Lyf og heilsu og undir [0-5]<sup>80</sup>% hjá Apóteki Mosfellsbæjar. Sameiginleg markaðshlutdeild samrunaaðila sé því um [20-25]<sup>81</sup>% á markaðnum fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu. Samrunaaðilar áætla þannig að Lyfja sé með 23%, LSH 16%, Lyfjaver 12%, Costco 5%, Lyfjaval 4%, Garðsapótek 4% og önnur apótek með 15% markaðshlutdeild. Samrunaaðilar benda á að þessi áætlun um markaðshlutdeild bendi ekki til þess að markaðurinn einkennist af samþjöppun.
312. Samkeppniseftirlitið hefur áður fjallað um markaðinn fyrir smásölu lyfja, sbr. m.a. ákvarðanir nr. 28/2006 og 4/2010, en þar komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að lyfjakeðjurnar tvær, Lyf og heilsa og Lyfja, væru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 19/2012, *Yfirtaka Glitnis á Lyfju*, var markaðshlutdeild verslunarkeðju Lyfju á árunum 2010-2011 talin vera um 30-35%. Í ákvörðuninni kom fram að keðjurnar tvær, Lyfja og Lyf og heilsa, hefðu árið 2011 samtals verið með um 60-65% hlutdeild á landinu öllu. Næsti keppinautur á eftir hefði um 10-15% hlutdeild og næsti þar á eftir undir 5% hlutdeild. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2016,

<sup>79</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>80</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>81</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



var lyfjamarkaðurinn einnig tekinn til skoðunar. Niðurstaða eftirlitsins í þeirri ákvörðun var sú að ekkert hefði komið fram við rannsókn málsins sem gæfi vísbendingar um að staða lyfjakeðjanna hefði breyst frá fyrri ákvörðunum. Í öllu falli væri ljóst að lyfjakeðjurnar tvær hefðu mikinn markaðsstyrk og aðrir keppinautar hefðu mun lægri markaðshlutdeild. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2017, *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, var niðurstaða eftirlitsins sú að staða Lyfju væri sterk á lyfjamarkaðnum og hefði verið að styrkjast bæði á höfuðborgarsvæðinu sem og landsbyggðinni. Þá væri ljóst að Lyfja starfaði ein á mörgum svæðum á landsbyggðinni.<sup>82</sup> Hlutdeild Lyfju væri margföld á við aðra keppinauta að undanskilinni Lyfju og heilsu.

313. Eins og samrunaaðilar benda á hafa nýir aðilar komið inn á smásölumarkaðinn fyrir lyf á síðustu árum. Má þar t.d. nefna Hraunbergsapótek, Urðarapótek, Apótek MOS og Costco. Eftir sem áður eru lyfjakeðjurnar tvær enn fyrirferðarmestar:
- Lyfja sem rekur lyfsölukeðjurnar Lyfju og Apótekið.
  - Lyf og heilsa sem reka Lyf og heilsu og Apótekarann.
314. Þriðja lyfjakeðjan er Lyfjaval sem rekur þrjú apótek á höfuðborgarsvæðinu undir nafni Lyfjavalis auk Apóteks Suðurnesja.
315. Til að meta hlutdeild aðila óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands um veltu apóteka í lausasölulyfjum, almennum lyfseðilsskyldum lyfjum og S-merktum lyfjum vegna árána 2015, 2016, 2017 og fyrri helmingis ársins 2018. Byggja veltutölurnar á heildartekjum apótekanna (greiðsla frá Sjúkratryggingum Íslands ásamt greiðslu einstaklinga) vegna sölu á almennum lyfseðilsskyldum lyfjum og S-merktum og lausasölulyfjum sem njóta að einhverjum hluta greiðslupátttöku Sjúkratrygginga Íslands. Eftirlitið tekur þó fram að þessi framsetning felur ekki í sér þá afstöðu að Sjúkrahúsapótek LSH teljist hluti af samkeppnismarkaði málsins eða að það veiti samrunaaðilum samkeppnislegt aðhald, enda hefur eftirlitið ekki talið nauðsynlegt að taka endanlega afstöðu til þess í málinu, sbr. umfjöllun að framan í kafla V. 1. Sambærileg sjónarmið eiga við um S-merkt lyf en fullt tillit er tekið til veltu þeirra.
316. Hér að neðan í töflu 13 og 14 er að finna hlutdeild Lyfja og heilsu og Apótek MOS á landinu öllu annars vegar og höfuðborgarsvæðinu hins vegar. Í töflu 15 er svo að finna hlutdeild miðað við skilgreindan markað málsins.

**Tafla 13: Hlutdeild í smásölu lyfja (almenn lyfseðilsskyld, s-merkt lyf, lausasölulyf) á Íslandi árin 2015 til 2018.<sup>83</sup>**

Fyrirtæki	2015	2016	2017	2018 <sup>84</sup>
-----------	------	------	------	--------------------

<sup>82</sup> Er um að ræða Borgarbyggð, Norðan- og Sunnanverða Vestfirði, Norðurland Vestra og Norðurland Eystra og Austurland. Ekki er öðrum keppinautum til að dreifa í smásölu lyfja á þessum svæðum.

<sup>83</sup> M.v. veltu lausasölulyfja sem niðurgreidd eru af Sjúkratryggingum Íslands.

<sup>84</sup> Fyrri helmingur ársins 2018.





Lyf og heilsa (án Apótekarans í Mosfellsbæ)	[20-25]%	[20-25]%	[20-25]%	[20-25]%
Apótekarinn í Mosfellsbæ	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Apótek MOS	0%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
<b>Samrunaaðilar samtals</b>	<b>[20-25]%</b>	<b>[20-25]%</b>	<b>[20-25]%</b>	<b>[25-30]%</b>

Önnur apótek [75-80]% [75-80]% [75-80]% [70-75]%  
Heimild. Sjúkratryggingar Íslands.

317. Hlutdeild Lyfja og heilsu á landinu öllu hefur haldist áþekk frá árinu 2015 og fram á mitt ár 2018 eða um [20-25]% öll árin. Hlutdeild Apóteks MOS, sem hóf starfsemi um mitt ár 2016, hefur vaxið úr [0-5]% á fyrsta heila starfsári fyrirtækisins í [0-5]% á fyrri helmingi ársins 2018.

**Tafla 14: Hlutdeild í smásölu lyfja (almenn lyfseðilsskyld, s-merkt lyf, lausasölulyf) á höfuðborgarsvæðinu árin 2015 til 2018.<sup>85</sup>**

Fyrirtæki	2015	2016	2017	2018 <sup>86</sup>
Lyf og heilsa (án Apótekarans í Mosfellsbæ)	[20-25]%	[20-25]%	[20-25]%	[20-25]%
Apótekarinn í Mosfellsbæ	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Apótek MOS	0%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
<b>Samrunaaðilar samtals</b>	<b>[20-25]%</b>	<b>[20-25]%</b>	<b>[20-25]%</b>	<b>[20-25]%</b>
Önnur apótek	[75-80]%	[75-80]%	[75-80]%	[75-80]%

Heimild. Sjúkratryggingar Íslands.

318. Hlutdeild Lyfja og heilsu á höfuðborgarsvæðinu hefur jafnframt haldist nokkuð áþekk frá árinu 2015 fram á mitt ár 2018 og verið á bilinu [20-25]-[20-25]%. Hlutdeild Apóteks MOS hefur vaxið úr [0-5]% á fyrsta heila starfsári fyrirtækisins í [0-5]% á fyrri helmingi ársins 2018. Ef horft er einangrað á hlutdeild Apótekarans í Mosfellsbæ þá hefur hún minnkað úr tæplega [0-5]% árin 2015 og 2016 í [0-5]% árið 2017 og [0-5]% á fyrri helmingi ársins 2018.

319. Þegar lítið er til hins skilgreinda markaðar málsins, smásölu lyfja í Mosfellsbæ, hafa orðið töluverðar breytingar á hlutdeild Apótekarans í Mosfellsbæ eftir að Apótek MOS hóf stafsemi á árinu 2016. Hefur hlutdeild Apótekarans í Mosfellsbæ lækkað úr 100% árið 2015 í [85-90]% árið 2016, í [55-60]% árið 2017 og í [50-55]% á fyrri hluta ársins 2018.

**Tafla 15: Hlutdeild í smásölu lyfja (almenn lyfseðilsskyld, s-merkt lyf, lausasölulyf) í Mosfellsbæ árin 2015 til 2018.<sup>87</sup>**

Fyrirtæki	2015	2016	2017	2018 <sup>88</sup>
Lyf og heilsa (Apótekarinn í Mosfellsbæ)	100%	[85-90]%	[55-60]%	[50-55]%

<sup>85</sup> M.v. veltu lausasölulyfja sem niðurgreidd eru af Sjúkratryggingum Íslands.

<sup>86</sup> M.v. veltu lausasölulyfja sem niðurgreidd eru af Sjúkratryggingum Íslands.

<sup>87</sup> M.v. veltu lausasölulyfja sem niðurgreidd eru af Sjúkratryggingum Íslands.

<sup>88</sup> M.v. veltu lausasölulyfja sem niðurgreidd eru af Sjúkratryggingum Íslands.



Apótek MOS	0%	[15-20]%	[40-45]%	[45-50]%
<b>Samrunaaðilar samtals</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Önnur apótek	0%	0%	0%	0%
Heimild. Sjúkratryggingar Íslands.				

320. Ljóst er að samruni Lyfja og heilsu og Apótek MOS hefði augljóslega umtalsverð áhrif á hlutdeild Lyfja og heilsu á hinum skilgreinda markaði málsins en hún myndi hækka úr [50-55]% í 100% m.v. fyrri hluta ársins 2018. Þegar af þessari ástæðu hefur samruni þessa máls augljós skaðleg áhrif á samkeppniá markaðnum fyrir smásölu lyfja í Mosfellsbæ.

## 5. Samþjöppun

321. Auk markaðshlutdeildar samrunafyrirtækja og keppinauta þeirra líta samkeppnisyfirvöld til samþjöppunar á markaðnum í heild sinni. Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á má almennt „*ganga út frá því að neikvæð áhrif samruna komi því frekar fram því meiri sem samþjöppunin er á tilteknum markaði*“, sbr. úrskurð í máli nr. 6/2006 DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Til þess að meta samþjöppun á einstökum mörkuðum og hættu á samkeppnishömlum vegna m.a. samruna má styðjast við mælikvarða sem nefnist Herfindahl-Hirschman Index (HHI), samanber t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 277/2013, *Stjörnugrís hf. og Arion banki hf. gegn Samkeppniseftirlitinu o.fl.*, þar sem í forsendum dómsins var fallist á að beiting hins svokallaðs HHI-stuðuls við mat samkeppnisyfivalda á samþjöppun á markaði teljist málefnaleg og í samræmi við lögbundin og venjubundin viðmið í samkeppnisrétti.
322. Í niðurstöðu héraðsdóms í fyrrgreindu máli, sem staðfestur var með vísan til forsendna í dómi Hæstaréttar í máli nr. 277/2013, er m.a. rakið að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins varðandi umfjöllun um samþjöppun á markaðnum í heild sinni hafi verið stuðst við svokallaðan HHI-stuðul, sem almennt hafi verið talinn gefa vísbendingu um hve samþjöppun á markaði sé mikil og hvers sé að vænta í þeim efnum í kjölfar samruna. Hafi stuðull þessi í ákvörðuninni verið reiknaður út frá markaðshlutdeild svínaræktenda eftir veltu og markaðshlutdeild í slátrun eftir slátruðu magni í tonnum fyrir og eftir samruna. Samkvæmt þessum útreikningum taldi Samkeppniseftirlitið breytinguna á samþjöppunarstuðlinum það mikla að samruninn hefði í för með sér verulega samþjöppun á markaði þar sem mikil samþjöppun væri fyrir. Með hliðsjón m.a. af framangreindu komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að yrði samruninn heimilaður myndi hann raska samkeppni með alvarlegum hætti. Þá segir í dómnum: „*Með hliðsjón af tilvitnuðu ákvæði 17. gr. c í samkeppnislögum verður að játa Samkeppniseftirlitinu nokkuð svigrúm til mats á því hvenær samruni hindrar virka samkeppni...*“
323. HHI-stuðullinn er talinn ein áreiðanlegasta vísbendingin um það hve samþjöppun á markaði er mikil og hvort eða hvenær ástæða sé til að fylgjast náið með mörkuðum og frekari samþjöppun í kjölfar samruna.<sup>89</sup>

<sup>89</sup> Stuðst er við HHI stuðullinn í framkvæmd samkeppnisreglna hjá framkvæmdastjórn Evrópusambandsins og margra annarra ríkja, t.d. í Færeyjum og í Bandaríkjunum. Í færslu frá 29. júlí 2015 á heimasíðu samkeppnisdeildar bandaríska dómsmálaráðuneytisins er því lýst að það og Federal Trade Commission (FTC)



324. HHI-stuðullinn er reiknaður með því að leggja saman ferningstölur markaðshlutdeildar (þ.e. markaðshlutdeild í öðru veldi) þeirra fyrirtækja sem eru á þeim markaði sem við á. Við mat á samþjöppun á markaði er litið til gildis HHI-stuðulsins bæði fyrir og eftir samruna og einnig er horft til þeirrar breytingar sem á stuðlinum verður við samruna.
325. Í láréttu leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB eru áhrif slíkra samruna meðal annars metin með HHI-stuðlinum. Liggur gildi stuðulsins á milli 0 og 10.000,<sup>90</sup> en því hærra sem það er þeim mun meiri er markaðssamþjöppunin (e. market concentration). Þannig er gildið 10.000 sé aðeins eitt fyrirtæki á markaðnum, en því sem næst 0 séu öll fyrirtækin á markaðnum með örlitla markaðshlutdeild hvert fyrir sig. Í viðmiðunarreglunum er talið ólíklegt að samruni hafi í för með sér samkeppnishömlur þegar gildi HHI-stuðulsins er undir 1.000. Sama á við sé gildið á milli 1.000 og 2.000 og áhrif samrunans undir 250 stigum eða gildið yfir 2.000 og áhrif samrunans undir 150 stigum. Þetta á þó ekki við þegar um er að ræða:
- Samruna við fyrirtæki sem er mögulegur eða nýr keppinautur á markaði.
  - Samruna við fyrirtæki sem hefur verið í fararbroddi með nýjungar á markaði enda þótt það hafi ekki haft í för með sér aukna markaðshlutdeild.
  - Verulegt krosseignarhald markaðsaðila.
  - Samruna við „maverick“ fyrirtæki. Vísbendingar um að samræmdar aðgerðir hafi átt eða eigi sér stað.
  - Samruna við fyrirtæki sem hefur a.m.k. 50% markaðshlutdeild.
326. Á skilgreindum markaði málsins, smásölu lyfja í Mosfellsbæ, hækkar HHI-stuðullinn um u.þ.b. fimm þúsund stig í kjölfar samrunans eða úr um [ ]<sup>91</sup> stigum, m.v. hlutdeild apótekanna á fyrri hluta ársins 2018, í 10 þúsund stig. Ljóst er að mikil samþjöppun er á hinum skilgreinda markaði málsins sem verður enn meiri í kjölfar samrunans.
327. Samrunaaðilar eru einu keppinautarnar á hinum skilgreinda markaði málsins, Lyf og heilsa með [50-55]% hlutdeild m.v. fyrri hluta ársins 2018 og Apótek MOS með [45-50]% hlutdeild. Bendir hlutdeild þessara tveggja aðila til þess að samruninn myndi leiða til markaðsráðandi stöðu samrunaaðila í kjölfar samrunans. Ljóst er að samruninn myndi leiða til umtalsverðrar aukningar samþjöppunar og er breytingin

---

styðjist við HHI í samrunamálum: „The term “HHI” means the Herfindahl–Hirschman Index, a commonly accepted measure of market concentration. The HHI is calculated by squaring the market share of each firm competing in the market and then summing the resulting numbers. For example, for a market consisting of four firms with shares of 30, 30, 20, and 20 percent, the HHI is 2,600 ( $30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2,600$ ).

The HHI takes into account the relative size distribution of the firms in a market. It approaches zero when a market is occupied by a large number of firms of relatively equal size and reaches its maximum of 10,000 points when a market is controlled by a single firm. The HHI increases both as the number of firms in the market decreases and as the disparity in size between those firms increases. The agencies generally consider markets in which the HHI is between 1,500 and 2,500 points to be moderately concentrated, and consider markets in which the HHI is in excess of 2,500 points to be highly concentrated. See U.S. Department of Justice & FTC, *Horizontal Merger Guidelines* § 5.2 (2010). Transactions that increase the HHI by more than 200 points in highly concentrated markets are presumed likely to enhance market power under the Horizontal Merger Guidelines issued by the Department of Justice and the Federal Trade Commission.”

<sup>90</sup> Sem dæmi má nefna markað með 10 fyrirtækjum sem hvert um sig er með 10% markaðshlutdeild. HHI-stuðullinn væri þar  $(10^2) \cdot 10 = 1.000$ .

<sup>91</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



á HHI langt yfir þeim viðmiðunarmörkum sem framkvæmdastjórn ESB hefur sett til að bera kennsl á samruna sem valda samkeppnishömlum.

## 6. Staða keppinauta og efnahagslegur styrkleiki

328. Við mat á áhrifum samruna getur efnahagslegur styrkleiki skipt máli, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* en í úrskurðinum segir:

*„Sem fyrr var frá greint koma mörg önnur sjónarmið heldur en markaðshlutdeildin til álita þegar það er metið hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Eitt þeirra er almennur efnahagslegur styrkur viðkomandi fyrirtækis, einkum fjárhagslegir og aðrir efnahagslegir yfirburðir.“*

329. Þá getur einnig haft þýðingu hver sé staða tengdra félaga, þ.e. fyrirtækja innan sömu fyrirtækjasamstæðu og hvort þau starfi á mörkuðum sem tengjast þeirri starfsemi sem er til skoðunar.<sup>92</sup>

330. Í þessu samhengi telur Samkeppniseftirlitið gagnlegt að bera saman fjárhagslegan styrkleika samrunafyrirtækjanna, þ.e. Lyfja og heilsu og Apótek MOS, og annarra fyrirtækja er starfa á markaði fyrir smásölu lyfja. Verða hér bornar saman heildartekjur, heildareignir og eigið fé fyrirtækjanna samkvæmt ársreikningum þeirra fyrir árið 2016.

**Tafla 16: Upplýsingar um heildartekjur, heildareignir og eigið fé samrunaaðila og helstu keppinauta samkvæmt ársreikningum fyrir árið 2016. Tölur eru í þúsundum kr.**

Fyrirtæki	Heildartekjur	Heildareignir	Eigið fé
Lyf og heilsa	6.893.109	3.402.389	720.363
Apótek MOS (Opna) <sup>93</sup>	[ ] <sup>94</sup>	50.777	10.241

<sup>92</sup> Sjá t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 51/2007 *Samruni Reynimels ehf. og Kynniferða ehf.*, sbr. og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 22/2003.

<sup>93</sup> Það athugast að Apótek Mos hóf ekki starfsemi fyrr en um mitt ár 2016. Hér er því um að ræða ársreikning Apóteks Mos fyrir árið 2017, eða fyrsta heila starfsárið.

<sup>94</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



<b>Samtals samrunaaðilar</b>	<b>[ ]</b>	<b>3.453.166</b>	<b>730.604</b>
Costco			
Samstæða	14.325.821.730	4.001.779.210	1.457.572.930
Ísland	[ ] <sup>95</sup>	3.445.290	3.389.495
Lyfja	8.777.489	6.049.163	3.170.644
Lyfjaver	2.065.388	1.289.815	233.199
Lyfjaval	1.609.805	363.388	138.433

331. Af upplýsingum sem fram koma í töflu 16 er ljóst að heildartekjur þeirra félaga sem standa að samrunanum voru rúmlega [ ]<sup>96</sup> kr. árið 2016. Heildareignir voru rúmlega þrjú milljarðar kr. og eigið fé rúmlega 730 milljónir kr. Ef litið er til Faxa ehf., eiganda að 99,56% hlut í Lyf og heilsu, nema heildareignir þess félags tæplega fimm milljörðum króna og eigið fé um einum á hálfum milljarði króna.
332. Ljóst er að heildartekjur, heildareignir og eigið fé samrunaaðila er lægra en Lyfju, stærsta keppinutarins á markaðnum, og Costco sem rekur eitt apótek í verslun sinni í Garðabæ. Líkt og framangreind tafla ber með sér er þó ljóst að fjárhagslegur styrkur samrunaaðila, eins og hann birtist á hinum íslenska markaði, er nokkur. Á hinum skilgreinda markaði þessa máls er það jafnframt ljóst að efnahagslegur styrkur Lyfja og heilsu í samanburði við Apótek MOS er töluverður.
333. Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að framangreint gefi vísbendingu um sterka stöðu Lyfja og heilsu á hinum skilgreinda markaði en þeir keppinutar Lyfja og heilsu sem hafa hvað mestan fjárhagslegan styrk starfa ekki á landfræðilega markaði málsins.

## **7. Önnur atriði sem tengjast mati á einhliða láréttum áhrifum samrunans**

334. Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB vegna láréttra samruna kemur fram að þegar samkeppnisleg áhrif af samruna eru metin skipti há markaðshlutdeild samrunaaðila og samþjöppun á markaði töluverðu máli en aðrir þættir hafi einnig þýðingu. Eins og nefnt er hér að framan eru talin upp í dæmaskyni nokkur atriði sem gagnlegt er að kanna þegar möguleg skaðleg einhliða áhrif samruna eru metin. Gefur eftirfarandi til kynna möguleg skaðleg áhrif:

- Samrunaaðilar séu nánir keppinutar.
- Takmörkuð geta viðskiptavina til að skipta um birgja.
- Keppinutar séu ólíklegir til að auka framboð ef verð hækkar.
- Hið sameinaða fyrirtæki sé líklegt til að geta hindrað stækkun keppinauta (e. merged entity able to hinder expansion by competitors).
- Samruninn veldur því að mikilvægur keppinatur hverfi af markaði.

<sup>95</sup> Það athugast að Costco hóf ekki starfsemi á Íslandi fyrr en um mitt ár 2017. Hér er því um að ræða áætlun, sem tekur mið af áætlunum Costco sjálfs fyrir árið 2018 eða fyrsta heila starfsárið.

<sup>96</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



335. Þessi atriði eru eins og áður segir aðeins talin upp í dæmaskyni og því ekki um tæmandi talningu að ræða á atriðum sem líta ber til. Þegar möguleiki samrunaaðila á að hindra virka samkeppni er metinn er litið til þessara atriða en þetta þýðir þó ekki að öll framangreind atriði verði að vera uppfyllt til að samruni teljist skaðlegur samkeppni, sbr. 26. mgr. leiðbeininganna. Hér í framhaldinu verður farið yfir þessi atriði að því marki sem þau eiga við í þessu máli ásamt öðrum atriðum sem hafa áhrif við mat á einhliða áhrifum samrunans.

#### 7.1 Samrunaaðilar eru nánir keppinautar í Mosfellsbæ

336. Líkt og áður greinir starfar Lyf og heilsa fyrst og fremst á sviði smásölu lyfja á Íslandi. Starfrækir fyrirtækið samtals 18 apótek á höfuðborgarsvæðinu, þar af þrjú apótek undir merkjum Lyfja og heilsu og 15 apótek undir merkjum Apótekarans, þar af eitt apótek í Mosfellsbæ. Eru Lyf og heilsa og Lyfja stærstu fyrirtækin á þessu sviði á Íslandi en Lyfja starfrækir samtals 39 apótek á landinu öllu, 33 apótek undir merkjum Lyfju og sex undir merkjum Apóteksins, í samanburði við 30 apótek Lyfja og heilsu, 26 apótek undir merkjum Apótekarans og fjögur undir merkjum Lyfja og heilsu. Þá liggur fyrir að Apótek MOS starfrækir eitt apótek í Mosfellsbæ.

337. Af þeim sökum að Apótekarinn í Mosfellsbæ og Apótek MOS eru einu apótekin í bæjarfélaginu og þau eru nálægt hvort öðru (í um 200 metra fjarlægð) og með hliðsjón af því að staðsetning virðist ráða miklu um val viðskiptavina á apóteki hefur Samkeppniseftirlitið tekið til skoðunar staðbundin áhrif samrunans. Í þessu felst mat á því hvort að umrædd apótek séu nánir keppinautar í skilningi samkeppnisréttarins. Samruni náinna keppinauta getur raskað samkeppni þótt hann myndi ekki eða styrki markaðsráðandi stöðu. Af þessu leiðir að jafnvel þótt fallist væri á að landfræðilegi markaðurinn væri höfuðborgarsvæðið, líkt og samrunaaðilar halda fram, gæti samruninn farið gegn 17. gr. c. samkeppnislaga ef aðilar samrunans teljast nánir keppinautar.

338. Ein leið til að áætla það hversu mikið samkeppnislegt aðhald samrunaaðilar veita hvor öðrum, þ.e. hversu „nánir“ keppinautar þeir eru, er að greina svokallað tilfærsluhlutfall (e. *Diversion ratio*). Í því felst að metið er hversu hátt hlutfall viðskiptavina fyrirtækis A myndi snúa sér til fyrirtækis B í kjölfar verðhækkunar eða annarar breytingar hjá fyrirtæki A. Með öðrum breytingum í þessum skilningi er vísað til þess að fyrirtæki keppa í ýmsum öðru en verði, s.s. gæðum, þjónustustigi, opnunartíma o.s.frv.

##### 7.1.1 Fordæmi

339. Í rannsókn breskra samkeppnisyfirvalda (CMA) frá árinu 2016 á samruna Celesio og Sainsbury's framkvæmdi eftirlitið neytendakönnun til að meta tilfærsluhlutföll á milli samrunaaðilanna á tilteknum svæðum.<sup>97</sup> Til að meta tilfærsluhlutföllin voru

<sup>97</sup> Þær spurningar sem CMA studdist við eru eftirfarandi:

„7. In order to calculate the diversion ratio we asked:

(a) 'Imagine that you had known before setting out today that this pharmacy was permanently closed. What would you have done instead of visiting this pharmacy today?' (Question 18) (b) For customers who responded that they would have either gone to another pharmacy or had their prescription sent to another pharmacy we then asked: 'which other pharmacy would you have used?' (Question 19)

8. Where Lloyds has multiple pharmacies in an area, an existing Lloyds' customer may respond to the second question that they would have gone to another Lloyds pharmacy. Where surveyed customers indicated that they would have done this, they were asked a further diversion question:



viðskiptavinir tiltekinna apóteka í eigu samrunaaðila í því máli spurðir að því hvernig þeir myndu bregðast við ef viðkomandi apóteki yrði lokað. Almennt er litið svo á að því hærri sem tilfærsluhlutföllin eru því nánari keppinauta er um að ræða. Þessu til viðbótar höfðu bresk samkeppnisyfyrvöld jafnframt til hliðsjónar fjölda keppinauta á því svæði sem apótekin þjónuðu að mestu leyti, en svæðið miðaðist að öllu jöfnu við 2,3 til 5,5 km radíus frá hverju apóteki sem staðsett voru í aðliggjandi byggðarkjörnum (e. *conurbation*), borgum og bæjum en 3,7-7,5 km radíus í dreifbýli og mjög miklu dreifbýli.

340. Í fyrrgreindri rannsókn, sem varðaði m.a. samruna 1.540 apóteka undir merkjum Loyds og 277 undir merkjum Sainsbury's, komust bresk samkeppnisyfyrvöld að þeirri niðurstöðu að samruninn raskaði samkeppni á 12 svæðum. Í töflunni hér að aftan má finna íbúafjölda þeirra bæja og borga þar sem samruninn raskaði samkeppni, fjarlægð á milli apótekanna og svo tilfærsluhlutföll sem byggðu á niðurstöðum neytendakannana sem bresk samkeppnisyfyrvöld framkvæmdu annars vegar og samrunaaðilar hins vegar.

**Tafla 17: Íbúafjöldi, fjarlægð á milli apótek og tilfærsluhlutföll í bæjum og borgum sem samruni Loyds og Sainsbury's raskaði samkeppni.**

Svæði	Íbúafjöldi (þús.)	Fjarlægð (m.)	Lloyds to Sainsbury's	Sainsbury to Lloyds
Beaconsfield*	15	200	30%	42%
Bracknell	83	1.440		
Cardiff	345	1.600	37%	44%
Christchurch (Highcliffe)	48	2.240	16/27%	26%
Kempston*	21	140		
Kidlington*	14	50	50%	56%
Leeds - Alwoodley, some 5 miles north of central Leeds	500	1.760	40%	36%
Liverpool	571	480	25%	43%
Luton	225	320	59%	60%

(a) 'Now imagine that all Lloyds/Sainsbury's (ask as appropriate) pharmacies were permanently closed. What would you have done instead of using this pharmacy today?' (Question 21)

(b) For customers who responded that they would have either gone to another pharmacy or had their prescription sent to another pharmacy we then asked Question 22: 'Which other pharmacy would you have used?' CMA (2016). A report on the anticipated acquisition by Celesio AG of Sainsbury's Pharmacy Business. Appendix D: DJS consumer survey report and diversion ratios.



Reading/Theale*	166	1.440	85%	35%
Sandy*	12	5.440	12-16%	54%
Warlingham*	8	1.600	40%	66%

Heimild: Consumer and Market Authority (2016). *Celesio AG and Sainsbury's Supermarkets Limited*, og Office for National Statistics (2016). *Mid-year population estimates for major towns and cities, 2016 og citypopulation.de*.

341. Í töflunni má sjá að mjög mikill munur er á íbúafjölda þeirra borga og bæja þar sem samruninn raskaði samkeppni, eða frá um 8 þúsund íbúum til allt að 571 þúsund íbúa. Þess ber að geta að þrátt fyrir að samkeppnisleg áhrif samrunans væru til skoðunar í borgum eins og Liverpool byggja skaðlegu áhrifin á því hversu nánir keppinautar samrunaaðilar eru í borginni. Í Liverpool, sem dæmi, voru skaðlegu áhrifin talin vera á svæði þar sem um 1,8 km. voru á milli tveggja apóteka samrunaaðila, tilfærsluhlutfallið frá apóteki Lloyds til Sainsbury's var 25% og frá apóteki Sainsbury's til Lloyds var hlutfallið 43%.

342. Í þeim bæjum og borgum þar sem samruninn raskaði samkeppni var almennt stutt á milli apóteka samrunaaðila, eða frá um 50 metrum og til um 2 km (5,5 km í undantekningartilvikum). Jafnframt voru tilfærsluhlutföll há, eða á á bilinu 37% til 89%. Til að bregðast við umræddri röskun á samkeppni féllust samrunaaðilar á að selja apótek á framangreindum svæðum frá sér í kjölfar samrunans.

#### 7.1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

343. Við mat á staðbundnum áhrifum samrunans á samkeppni hefur Samkeppniseftirlitið haft til hliðsjónar aðferðarfræði sem bresk samkeppnisyfirvöld hafa nýtt við rannsóknir á samrunum apóteka. Stuðst er við áþekka aðferðarfræði og beitt var í framangreindum samruna Celesio og Sainsbury's að undanskyldu því að bresku samkeppnisyfirvöldin tóku almennt ekki tillit til tilfærsluhlutfalla á milli verslana hvers samrunaaðila. Væri það gert hér væru tilfærsluhlutföll frá Apótekarinum í Mosfellsbæ til Apótek MOS líklega hærri en ella þar sem þá væri ekki tekið tillit til þeirra viðskiptavina Apótekarans í Mosfellsbæ sem völdu önnur apóteki í eigu Lyfja og heilsu sem sitt næsta val, s.s. önnur apótek Apótekarans eða Lyf og heilsu. Sú aðferðarfræði sem stuðst er hér við er því til hagsbóta fyrir samrunaaðila að þessu leyti.

344. Líkt og komið hefur fram framkvæmdi markaðsrannsóknarfyrirtækið MMR neytendakönnun í apótekum samrunaaðila í Mosfellsbæ að beiðni Samkeppniseftirlitsins til að varpa m.a. skýrara ljósi á staðgöngu, og þar með tilfærsluhlutföll, á milli Apóteks MOS og Apótekarans í Mosfellsbæ. Í því samhengi voru viðskiptavinir apótekanna í fyrsta lagi spurðir að því hvers konar verslun þeir hefðu valið ef viðkomandi hefði ekki átt kost á því að versla í viðkomandi apóteki.<sup>98</sup> Þeir viðskiptavinir sem völdu annað apótek voru svo spurðir að því hvaða apótek viðkomandi hefði valið í stað þess sem viðskiptavinurinn var staddur í.<sup>99</sup> Í þeim

<sup>98</sup> Spurning 4. Ef þú hefðir ekki átt kost á því að versla í [Apóteki MOS EDA Apótekarinum í Mosfellsbæ], hvers konar verslun hefðir þú valið í staðinn?

<sup>99</sup> Spurning 5. Hvaða apótek hefðir þú valið í stað [Apóteks MOS EDA Apótekarans í Mosfellsbæ]?





tilvikum þar sem keðja var valin var spurt nánar út í um hvaða tiltekna apótek viðkomandi keðju væri að ræða.<sup>100</sup>

345. Í töflu 18 má finna tilfærsluhlutföll viðskiptavina Apótekarans í Mosfellsbæ sem gefa mikilvæga vísbendingu um hvaða apótek eru nánustu keppinautar þess.

**Tafla 18: Tilfærsluhlutföll viðskiptavina Apótekarans í Mosfellsbæ – með og án svörunum „veit ekki“<sup>101</sup> eða „vil ekki svara“<sup>102, 103</sup>**

Svarmöguleiki	Svarhlutfall og 95% vikiörk <sup>104</sup>	Svarhlutfall og 95% vikiörk <sup>105</sup>
<b>Apótek MOS</b>	<b>[85-90]% ± 4,9%</b>	<b>[75-80]%</b>
Lyfja eða Apótekið	[0-5]% ± 2,7%	[0-5]%
þ.a. Lyfja í Lág múla	[0-5]%	[0-5]%
Apótekarann eða Lyf og heilsu	[0-5]% ± 2,2%	[0-5]%
Rima Apótek	[0-5]% ± 2,2%	[0-5]%
Önnur apótek	[5-10]%	[5-10]%
Veit ekki eða Vil ekki svara	0%	[5-10]%

Heimild. Neytendakönnun MMR fyrir Samkeppniseftirlitið.

346. Í tilviki viðskiptavina Apótekarans í Mosfellsbæ svöruðu [85-90]% ± 4,9% þeirra því til að Apótek MOS væri þeirra næsta val. Þar á eftir kom Rima Apótek ([0-5]% ± 2,2%) og Lyfja í Lág múla ([0-5]% ± 2,2%). Aðeins [5-10]% þátttakenda völdu önnur apótek en í engum tilfellum svöruðu meira en [0-5]% svarenda því til að tiltekið apótek væri þeirra annað val. Ef svör þeirra sem vissu ekki eða vildu ekki svara spurningunni eru höfð með lækkar tilfærsluhlutfallið úr [85-90]% ± 4,9% í [75-80]%.  
 347. Gefa fyrrgreindar niðurstöður það til kynna að Apótek MOS sé nánasti keppinautur Apótekarans í Mosfellsbæ.  
 348. Í töflu 19 má finna tilfærsluhlutföll viðskiptavina Apóteks MOS sem gefa mikilvæga vísbendingu um hvaða apótek eru nánustu keppinautar þess .

**Tafla 19: Tilfærsluhlutföll viðskiptavina Apóteks MOS – með og án svörunum „veit ekki“<sup>106</sup> eða „vil ekki svara“<sup>107, 108</sup>**

Svarmöguleiki	Svarhlutfall og 95% vikiörk <sup>109</sup>	Svarhlutfall og 95% vikiörk <sup>110</sup>
Lyf og heilsa eða Apótekarinn í Mosfellsbæ	[75-80]% ± 8,0%	[65-70]%
<b>Þ.a. Apótekarinn í Mosfellsbæ</b>	<b>[70-75]%</b>	<b>[65-70]%</b>

<sup>100</sup> Spurning 6. Ef svar í spurningu 5 er Apótekarinn, Apótekið, Lyf og heilsa, Lyfja eða Lyfjaval þá var spurt nánar hvaða apótek er að ræða (sjá lista af öllum apótekum á hbs.)?

<sup>101</sup> N=[ ]

<sup>102</sup> N=[ ]

<sup>103</sup> Byggir á svörum við spurningu 4 í könnuninni.

<sup>104</sup> Án svaranna „veit ekki“ eða „vil ekki svara“.

<sup>105</sup> Með svörunum „veit ekki“ eða „vil ekki svara“.

<sup>106</sup> N=[ ].

<sup>107</sup> N=[ ].

<sup>108</sup> Byggir á svörum við spurningu 4 í könnuninni.

<sup>109</sup> Án svaranna „veit ekki“ eða „vil ekki svara“.

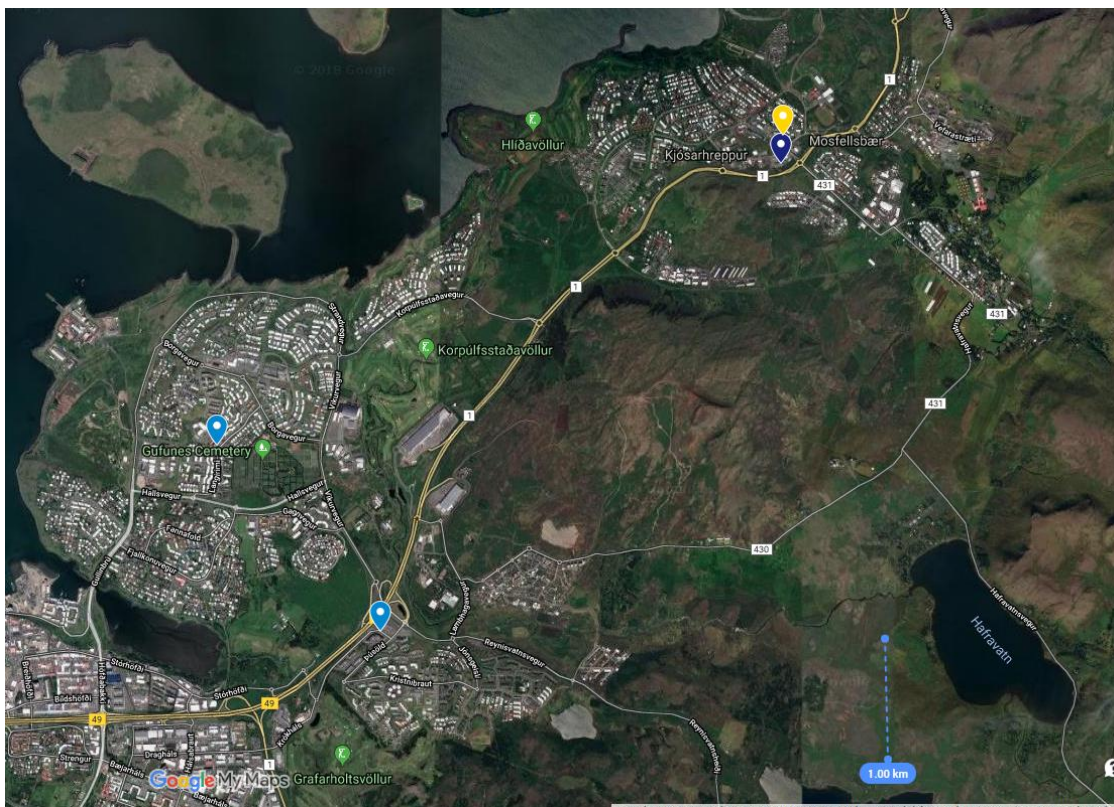
<sup>110</sup> Með svörunum „veit ekki“ eða „vil ekki svara“.



Þ.a. Lyf og heilsa Háaleitisbraut	[0-5]%	[0-5]%
Rima Apótek	[0-5]% ± 3,6%	[0-5]%
Urðar Apótek	[0-5]% ± 3,6%	[0-5]%
Lyfja eða Apótekið	[0-5]% ± 3,2%	[0-5]%
Þ.a. Lyfja í Lág múla	[0-5]%	[0-5]%
Önnur apótek	[10-15]%	[10-15]%
Veit ekki eða Vil ekki svara	0%	[10-15]%

Heimild. Neytendakönnun MMR fyrir Samkeppniseftirlitið.

349. [70-75]% viðskiptavina Apótek MOS svöruðu því til að Apótekarinn í Mosfellsbæ væri þeirra næsta val. Þar á eftir kom Rima Apótek ([0-5]% ± 3,6%), Urðar apótek ([0-5]% ± 3,6%) og Lyfja í Lág múla ([0-5]%). [10-15]% þátttakenda völdu önnur apótek en í engum tilfellum svöruðu meira en [0-5]% svarenda því til að tiltekið apótek væri þeirra annað val. Ef svör þeirra sem vissu ekki eða vildu ekki svara spurningunni eru meðtalin lækkar tilfærsluhlutfallið úr [70-75]% í [65-70]%.  
350. Gefa niðurstöðurnar það til kynna að Apótekarinn í Mosfellsbæ sé nánasti keppinautur Apótek MOS.  
351. Fjarlægð á milli samrunaaðila og fjöldi annarra keppinauta í nágrenni apótekanna hafa hér einnig áhrif. Eins og fram hefur komið eru um 200 metrar á milli apóteka samrunaaðila í Mosfellsbæ og næstu keppinautar eru staðsettir í Grafarholti og Grafarvog, sbr. mynd 6. Þar má sjá Apótekarann í Mosfellsbæ gulmerktan, Apótek MOS blámerktan og Urðar Apótek og Rima Apótek blámerkt.



**Mynd 6: Staðsetning Apótekarans í Mosfellsbæ (gulmerktu), Apótek MOS (fjölublátt) og Rima Apótek (blá).**



352. Þau apótek sem eru næst samrunaaðilum virðast veita apótekunum í Mosfellsbæ takmarkað samkeppnislegt aðhald en  $[0-5]\% \pm 2,2\%$  viðskiptavina Apótekarans í Mosfellsbæ nefndi Rima Apótek sem sitt næsta val og  $[0-5]\% \pm 3,6\%$  viðskiptavina Apótek MOS nefndu Rima Apótek og  $[0-5]\% \pm 3,6\%$  þeirra nefndu Urðar Apótek. Miðað við að flestir viðskiptavina apótekanna ferðast reglulega til nágrannasveitarfélaga Mosfellsbæjar, sbr. nánar töflu 11, vekur það athygli að ekki fleiri viðskiptavinir nefni apótek utan Mosfellsbæ. Bendir það til þess að mati Samkeppniseftirlitsins að samkeppnislegt aðhald þessara keppinauta mjög lítið.
353. Í neytendakönnun MMR kemur fram að þrír af hverjum fimm viðskiptavina apótekanna í Mosfellsbæ ferðist til Reykjavíkur eða annarra nágrannasveitarfélaga Mosfellsbæjar að lágmarki fimm daga í viku. Um einn af hverjum fjórum viðskiptavinum ferðast tvisvar til fjórum sinnum í viku utan Mosfellsbæjar og um  $[15-20]-[15-20]\%$  einu sinni í viku eða sjaldnar. Í tölum frá Sjúkratryggingum Íslands kemur jafnframt fram að um og yfir helmingur viðskipta Mosfellinga sé við apótek í nágrannasveitarfélögum. Að því sögðu ætti að geta verið til staðar samkeppnislegt aðhald frá apótekum í nágrannasveitarfélögunum. Niðurstöður neytendakönnunarinnar sem sýna mjög há tilfærsluhlutföll á milli samrunaaðila og þ.a.l. lág tilfærsluhlutföll til apóteka í nágrannasveitarfélögum benda hins vegar til þess að samkeppnislegt aðhald frá apótekum í nágrannasveitarfélögum sé afar takmarkað.
354. Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samrunaaðilar, Apótekarinn í Mosfellsbæ og Apótek MOS, sem reka einu apótekin í Mosfellsbæ, séu mjög nánir keppinautar. Helgast sú niðurstaða af því að tilfærsluhlutföllin á milli apóteka samrunaaðila í Mosfellsbæ eru mjög há og samhverf,  $[85-90]\%$  annars vegar og  $[75-80]\%$  hins vegar, stutt er á milli apótekanna, eða um 200 metrar, og næstu keppinautar eru staddir í um 5,5 km. fjarlægð og veita takmarkað samkeppnislegt aðhald. Er þetta rík vísbinding um samruni þessa máls leiði umtalsverðrar röskunar á samkeppni.
- 7.2 Áhrif af innkomu Apótek MOS á Apótekarann í Mosfellsbæ
355. Til að leggja mat á áhrif innkomu Apóteks MOS á Apótekaranna í Mosfellsbæ aflaði Samkeppniseftirlitið gagna frá Lyfjum og heilsu sem vörðuðu m.a. þróun veltu Apótekarans í Mosfellsbæ, starfsmannafjölda, fjárfestinga, opnunartíma og útgjöld til markaðsmála frá upphafi árs 2013 og fram á mitt ár 2018.
356. Í kafla V. 2.2.5 hér að framan var birt mynd sem sýnir veltu Apótekarans í Mosfellsbæ frá ársbyrjun 2013 og fram á mitt ár 2018. Gagnlegt er að birta hana aftur hér.
357. [



]111

**Mynd 7: Mánaðarleg velta<sup>112</sup> Apótekarans í Mosfellsbæ frá janúar 2013 til júní 2018 - Fyrir og eftir innkomu Apóteks MOS.**

Heimild. Lyf og heilsa.

358. Opnun Apóteks MOS, í lok júlí 2016, virðist hafa haft talsverð áhrif á veltu Apótekarans í Mosfellsbæ en sala apóteksins dróst saman í kjölfarið, sbr. mynd 7. Þegar horft er til tímabils einu ári fyrir og eftir opnun Apóteks MOS nam samdrátturinn [ ]%. Þegar borin er saman sala Apótekarans í Mosfellsbæ frá og með opnun Apóteks MOS í lok júlí 2016 og fram að opnun Costco í maí 2017 við sölu sömu mánuði ársins á undan nam samdrátturinn að jafnaði [ ]%.
359. Í athugasemdum Lyfja og heilsu bendir fyrirtækið á að í línuritinu megi greina skýr áhrif opunar bæði Costco og Apótekarans á Bíldshöfða, í maí og júní 2017.
360. Til að leggja mat á það hefur Samkeppniseftirlitið borið saman veltu Apótekarans í Mosfellsbæ frá því að Apóteks MOS hóf starfsemi og þar til Costco og Apótekarinn á Bíldshöfða hófu starfsemi við sölu sömu mánuði eftir innkomu þeirra. Var um að ræða u.þ.b. [ ]% samdrátt á milli þessara tveggja tímabila hjá Apótekarinum í Mosfellsbæ.
361. Samkvæmt framangreindu virðist opnun Apóteks MOS hafa haft töluverð áhrif á veltu Apótekarans í Mosfellsbæ en áhrif opunar Apóteks Costco 18. maí og Apótekarans Bíldshöfða í júní sama ár hafi verið takmarkaðri. Er þetta í samræmi við afhent gögn frá Lyfjum og heilsu en þar hefur ekki með neinum hætti verið fjallað um áhrif Apóteks Costco eða Apótekarans á Bíldshöfða á sölu Apótekarans í Mosfellsbæ.
362. Í mgr. 230 hér að framan var fjallað um glærुकynningu frá stjórnarfundum Lyfja og heilsu, dags. 20. apríl 2018. Í umfjöllun um Apóteks MOS kemur fram að sala Apótekarans í Mosfellsbæ hafi dregist saman um [ ]%<sup>113</sup> eftir opnun Apóteks MOS. Er ekki hægt að skilja framangreinda kynningu á annan máta en að samdrátturinn

<sup>111</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>112</sup> M.v. veltu vegna lyfseðilsskyldra lyfja sem niðurgreidd eru að hluta til eða fullu af Sjúkratryggingum Íslands.

<sup>113</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



sé afleiðing þess að Apótek MOS hafi opnað annað apótek í bæjarfélaginu. Gefur þetta til kynna umtalsverða staðbundna samkeppni milli umræddra apóteka í Mosfellsbæ.

363. Útgjöld til markaðsmála hafa jafnframt tekið breytingum eftir innkomu Apóteks MOS en frá janúar 2013 og fram að innkomu Apóteks MOS voru mánaðarlega útgjöld Lyfja og heilsu til markaðsmála sem beintengd eru Apótekararum í Mosfellsbæ að jafnaði [ ]<sup>114</sup> krónur. Eftir að Apótek MOS hóf starfsemi margfölduðust útgjöld til markaðsmála sem beintengd eru Apótekararum í Mosfellsbæ en þau hafa verið að meðaltali [ ]<sup>115</sup> krónur á mánuði frá innkomu Apóteks MOS og fram í júní 2018.

364. [ ]

] <sup>116</sup>

**Mynd 8: Útgjöld til markaðsmála Apótekarans í Mosfellsbæ frá janúar 2013 til júní 2018 – fyrir og eftir innkomu Apóteks MOS.**

Heimild: Lyf og heilsa.

365. Meginskýringarnar sem liggja að baki auknum útgjöldum Apótekarans í Mosfellsbæ er samstarfssamningur við meistaraflokk karla Aftureldingar í handbolta sem skrifað var undir í ágúst 2016 og aukin tíðni á auglýsingum í bæjarblaðinu í Mosfellsbæ, Mosfellingi. Sýnir þetta að félagið hafi aukið útgjöld Apótekarans í Mosfellsbæ til auglýsingamála umtalsvert eftir innkomu Apóteks MOS. Bendir það sterklega til sérstakra viðbragða vegna innkomu Apóteks MOS á markaðinn.

366. Þegar horft er til fjölda starfsfólks Apótekarans í Mosfellsbæ frá 1. janúar 2013 til 1. júlí 2018 verður engin breyting á starfsmannafjöldanum fyrr en í maí 2016 þegar [ ]<sup>117</sup> og september 2017 þegar [ ]<sup>118</sup>. Ekki liggja fyrir ástæður þess að [ ]

<sup>114</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>115</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>116</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>117</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>118</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



] <sup>119</sup>. Ef aðeins er horft til vinnuframlags starfsmanna m.v. fjölda unninna klukkustunda má sjá af mynd 9 að vinnuframlag [

] <sup>120</sup>.

367. [

] <sup>121</sup>

**Mynd 9: Vinnuframlag starfsmanna Apótekarans í Mosfellsbæ.**

Heimild: Lyf og heilsa.

368. Litlar breytingar hafa orðið á opnunartíma hjá Apótekanum í Mosfellsbæ frá því að Apótek MOS opnaði en í október 2017 var opnunartíma apóteksins þó breytt úr 11-15 í 10-14 á laugardögum.
369. Samkvæmt tölulegum upplýsingum frá Lyfjum og heilsu hefur á sl. fimm og hálfu ári verið farið í fjárfestingar í [ ] <sup>122</sup>. Á árinu 2014 var fjárfest í [

---

<sup>119</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>120</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>121</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>122</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



] <sup>123</sup>. Lyf og heilsa hefur ekki ráðist í frekari fjárfestingar í Apótekanum í Mosfellsbæ eftir innkomu Apóteks MOS enda hefur apótekið nýlega verið endurnýjað.

370. [

] <sup>124</sup>

**Mynd 10: Fjárfestingar í Apótekanum í Mosfellsbæ og öðrum apótekum Lyfja og heilsu 2013-2018.**

Heimild. Lyf og heilsa.

---

<sup>123</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>124</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



371. Af framangreindu má sjá að opnun Apóteks MOS hefur haft umtalsverð áhrif á rekstur Apótekarans í Mosfellsbæ og samkeppni í Mosfellsbæ. Hefur hún m.a. leitt til þess að velta Apótekarans hefur lækkað, starfsfólki verið fækkað og auknu fé verið varið til markaðsmála apóteksins. Er þetta sem fyrr segir vísbending um verulega staðbundna samkeppni.

### 7.3 Mikilvægur keppinautur hverfur af markaði

372. Líkt og fram kemur að framan má sjá að samrunaaðilar eru nánir keppinautar á hinum skilgreinda markaði og innkoma Apóteks MOS hefur haft umtalsverð áhrif á samkeppni í Mosfellsbæ og rekstur Apótekarans í Mosfellsbæ. Bendir það því til þess að verði af hinum fyrirhugaða samruna væri líklegt að mikilvægur keppinautur myndi hverfa af markaðnum. Er lagt nánara mat á það í þessum kafla.

373. Í tölvupósti frá eiganda Apóteks MOS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 13. júní 2018, kemur fram að stöðnun hafi ríkt hvað varði innra skipulag apóteka á Íslandi. Lyfjafræðileg þjónusta við viðskiptavinum hafi ekki náð að þróast með sama hætti og á hinum Norðurlöndunum og að apótekin hér á landi hafi ekki náð að skapa sér sama sess í heilbrigðiskerfinu og á hinum Norðurlöndunum. Apótek MOS hafi innleitt norskt fyrirkomulag við viðskipti með lyf að öllu leyti fyrir utan að apótekið þurfi að prenta lyfseðla á pappír en samkvæmt norska kerfinu væri notast við rafræna lyfseðla. Skipulag Apóteks MOS miði sérstaklega að því að vernda friðhelgi viðskiptavina, m.a. með því að aðgreina afgreiðslu lausasölu lyfja og annarra vara. Þetta fyrirkomulag væri einstakt fyrir Apótek MOS.

374. Meðfylgjandi framangreindum tölvupósti var glærुकyninging sem kynnt var á degi lyfjafræðinnar þann 4. nóvember 2016. Ber glærुकyninginginn heitið „*Norska módelið. Apótek Mos*“. Í kynningunni kemur m.a. fram að skipulag Apóteks MOS sé frábrugðið skipulagi annarra apóteka. Jafnframt kemur fram í kynningunni að reynsla starfsmanna af hinu nýja fyrirkomulagi hafi verið góð og að viðskiptavinir hafi tekið þessari nýbreytni vel.





## Viðbrögð viðskiptavina/starfsmanna

Fyrirkomulagið við lýði í 3 mánuði

-Reynsla starfsmanna góð

-Viðskiptavinir hafa tekið þessari nýbreytni vel



375. Í viðtali bæjarblaðsins Mosfellings, dags. 23. ágúst 2016, við Þór Sigþórsson, eiganda Apótek MOS, var m.a. fjallað um þjónustu apóteksins og móttökur í bæjarfélaginu:

*„Við höfum fengið mjög góðar móttökur og fólk er greinilega ánægt með þessa viðbót við heilbrigðisþjónustu í bæjarfélaginu. Við erum búin að koma okkur vel fyrir og erum að kynna starfsemina.“*

...

*„Ég var lyfsöluleyfishafi í þrjú ár í Bergen í Noregi og vann þar fyrir stærstu apótekekeðju Noregs, sem í dag rekur 330 apótek. Í Noregi kynntist ég skandinavíska módelinu sem grundvallast á því að aðgreina afgreiðslu lyfseðilskyldra lyfja frá annarri afgreiðslu, þar með talið lausasölulyfja.“*

*„Þannig er skipulagið í Apótek MOS frábrugðið öðrum íslenskum apótekum. Við höfum tvær afgreiðslustöðvar fyrir lyfseðla, þar sem við lyfjafræðingarnir afgreiðum viðskiptavininn beint frá móttöku lyfseðils til afhendingar lyfja og síðan er afgreiðslukassi við útgang apóteksins fyrir aðra afgreiðslu. Með þessu leitumst við við að tryggja friðhelgi viðskiptavinarins, þannig að þeir sem koma til að kaupa lausasölulyf eða aðra vöru eftir atvikum eru ekki afgreiddir við hlið hinna sem eru að sækja lyf samkvæmt lyfseðli. Með þessu fyrirkomulagi verja lyfjafræðingar yfir 90% af starfstíma sínum með viðskiptavinum. Við munum leggja okkur fram við að veita persónulega og góða þjónustu og með mér í liði er einungis fagmenntað fólk.“*

...

*„Apótek Mos býður upp á lengri opnunartími en áður hefur tíðkast hér í bæ. Virka daga er opið 09:00-18:30 og um helgar 10:00-16:00. Við stefnum að því að vera vel samkeppnishæf í verðlagningu og þjónustu og tökum vel á móti Mosfellinum.“*



376. Með vísan til þessa fól innkoma Apóteks MOS á markaðinn í sér nýja og aukna þjónustu fyrir neytendur í Mosfellsbæ.
377. Virðast áætlanir Apóteks MOS því hafa tekist að þessu leyti en eins og umfjöllun í ákvörðuninni ber með sér hefur innkoma þess haft umtalsverð áhrif á Apótekarann í Mosfellsbæ. Gefa niðurstöður neytendakönnunarinnar það einnig til kynna en þar má sjá að [25-30]% viðskiptavina Apótek MOS nefna þjónustu sem meginástæða fyrir vali á Apóteki MOS á meðan [10-15]% viðskiptavina Apótekarans í Mosfellsbæ nefndu það sem meginástæðu. Hið sama á við um gæði en [5-10]% viðskiptavina Apóteks MOS nefndu það sem meginástæðu á meðan [0-5% ]<sup>125</sup> Apótekarans í Mosfellsbæ nefndi gæði sem meginástæðu.
378. Í kynningu á tekjuáætlun Lyfja og heilsu á árunum 2016 og 2017 kemur fram að helstu ógnanir félagsins séu m.a. [

] <sup>126</sup>

379. Þá er fjallað um Apótek MOS á glærum sem kynntar voru á stjórnarfundi Lyfja og heilsu þann 20. apríl 2018:
380. [

---

<sup>125</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>126</sup> Fellt út vegna trúnaðar.





127

381. Benda upplýsingar sem fram koma í glærunum til þess að Apótek MOS sé afar mikilvægur keppinautur í Mosfellsbæ sem hafi vaxið um [ ]% á milli ára, apótekið væri staðsett á verðmætum stað og [ ]%<sup>128</sup> samdráttur hafi orðið í sölu Apótekarans í Mosfellsbæ frá opnun Apóteks MOS.
382. Með hliðsjón af framangreindu er það því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Apótek MOS sé mjög mikilvægur keppinautur á markaðnum fyrir smásölu lyfja í Mosfellsbæ.

#### 7.4 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

383. Að öllu framangreindu virtu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Apótekarinn í Mosfellsbæ og Apótek MOS, einu starfandi apótekin í Mosfellsbæ, séu mjög nánir keppinautar. Helgast sú niðurstaða m.a. af niðurstöðu neytendakönnunar sem bendir til þess að staðgangur á milli apótekanna sé mjög mikil og að í augum neytenda komi þau að verulegu leyti í stað hvors annars. Það sem styður einnig framangreint er að opnun Apóteks MOS um mitt ár 2016 hefur haft töluverð áhrif á rekstur og samkeppnishæðun Apótekarans í Mosfellsbæ. Þrátt fyrir að viðskiptavinir apótekanna í Mosfellsbæ ferðist flestir reglulega til nágrannasveitarfélaga virðast þeir ekki líta á apótek þar sem nána keppinauta apótekanna í Mosfellsbæ. Veitir það vísbendingu um að samkeppnislegt aðhald þeirra sé takmarkað. Jafnframt er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Apótek MOS sé mikilvægur keppinautur á markaðnum fyrir smásölu lyfja sem sé frábrugðinn öðrum apótekum á Íslandi (byggir starfsemi sína á norska-módelinu svokallaða) og hafi veitt umtalsvert samkeppnislegt aðhald í Mosfellsbæ.
384. Ljóst er að ef af fyrirhuguðum samruna verður, mun mikilvægur og náninn keppinautur Apótekarans í Mosfellsbæ hverfa af markaðnum. Mun það að mati Samkeppniseftirlitsins, eitt og sér, raska samkeppni með umtalsverðum hætti í skilningi 17. gr. c. samkeppnislaga. Breytir í því sambandi engu hvort landfræðilegi markaðurinn er höfuðborgarsvæðið, líkt og samrunaaðilar vilja byggja á, eða ekki.

### **8. Möguleg samkeppni og aðgangshindranir að markaðnum**

385. Í samrunamálum verður að taka til athugunar hvort líklegt sé að nýir keppinautar hefji samkeppni á viðkomandi markaði í þeim mæli að þeir geti veitt fullnægjandi aðhald. Í því sambandi verður m.a. að meta hvort um sé að ræða aðgangshindranir inn á markað og takmarkaða möguleika nýrra keppinauta á að hasla sér þar völl, sbr. 17. gr. c. samkeppnislaga.

#### 8.1 Sjónarmið samrunaaðila

386. Í samrunaskrá er fjallað um aðgang að markaði. Þar kemur fram það mat samrunaaðila að takmarkaðar aðgangshindranir séu hér á landi fyrir aðila sem hyggi

---

<sup>127</sup> Felld út vegna trúnaðar.

<sup>128</sup> Felld út vegna trúnaðar.



á rekstur apóteka, þ.m.t. stórra erlendra aðila, líkt og t.a.m. innkoma Costco sýni. Unnt sé að hefja starfsemi á markaðnum án mikils kostnaðar, líkt og fjölmörg dæmi sýni. Áætla samrunaaðilar stofnkostnað undir 15 milljónum króna. Þá sé unnt að semja við birgja um allt að 90 daga greiðslufrest við upphaf starfsemi, svo ekki þurfi að leggja út fyrir birgðum í upphafi.

387. Í sjónarmiðum sínum við andmælskjal og viðbótarrannsókn Samkeppniseftirlitsins gera samrunaaðilar ekki athugasemd við umfjöllun eftirlitsins um aðgangshindranir að markaðnum, utan þess að Lyf og heilsa gerir athugasemd við umfjöllun um eldri „ætlaða“ háttsemi félagsins á markaði, sbr. nánari umfjöllun hér eftir.

## 8.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

388. Við mat á samruna gefa tölur um markaðshlutdeild samrunaaðila í samanburði við markaðshlutdeild keppinauta ekki einu vísbendinguna um áhrif sameinaðs fyrirtækis á markaði. Horfa verður m.a. til þess hvort fyrir hendi séu aðgangshindranir á viðkomandi markaði.

389. Aðgangshindranir eru hvers konar hindranir sem gera nýjum keppinauti erfitt fyrir að komast inn á viðkomandi markað. Þessar hindranir geta t.d. verið af lagalegum toga, þær geta falist í nauðsyn þess að ná lágmarks stærð svo rekstur verði hagkvæmur og í miklum óendurkræfum kostnaði ef innkoma á markaðinn misheppnast. Dæmi um slíkan kostnað er kostnaður við markaðssetningu og kostnaður við rannsóknir og þróun.

390. Framkvæmdastjórn ESB hefur bent á að líta verði til þess með hvaða hætti samrunaaðilar komi til með að mæta mögulegri samkeppni eftir samruna. Þar er ekki einungis litið til innkomu nýrra fyrirtækja á viðkomandi markað heldur einnig aukna samkeppni frá aðilum sem þegar eru starfandi á markaði. Við mat á samruna verður því að taka til athugunar hvaða líkur séu á því að nýir aðilar reyni að ná fótfestu á markaðnum hækki samrunaaðilar verð eða minnki gæði í kjölfar samrunans og hvort um sé að ræða aðgangshindranir inn á viðkomandi markað.<sup>129</sup>

391. Hér er hins vegar mikilvægt að hafa í huga að álitamálið er ekki hvort nýr aðili *geti* hafið starfsemi á viðkomandi markaði. Álitamálið er hversu líklegt sé að inn á markaðinn komi *burðugur* keppinautur sem reynist fær um að veita samrunafyrirtækinu nægilega virka samkeppni þannig að dregið verði úr markaðsstyrk þess eða skaðlegum áhrifum þess á samkeppni.<sup>130</sup> Gera verður þá kröfu að verulegar líkur séu á að nýr og öflugur keppinautur komi inn á markaðinn innan skamms tíma. Í því sambandi skiptir máli að sýnt sé fram á að innkoma nýs

<sup>129</sup> Sjá til hliðsjónar ákvörðun samkeppnisráðs nr. 29/2001, *Yfirtaka Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Lýsis hf. á Fóðurlöndunni hf.*, og Richard Wish, *Competition Law*, bls. 925.

<sup>130</sup> Sjá t.d. C.J. Cook og C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 5. útg. 2009, bls. 247 og áfram. Sjá einnig leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB um lárétta samruna, mgr. 68. Sjá jafnframt t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. M.190 Nestle/Perrier: „*To address the question of potential competition it needs to be examined whether there exists competitively meaningful and effective entry that could and would be likely to take place so that such entry would be capable of constraining the market power of the two remaining national suppliers. The question is not whether new local water suppliers or foreign firms can merely enter by producing and selling bottled water but whether they are likely to enter and whether they would enter on a volume and price basis which would quickly and effectively constrain a price increase or prevent the maintenance of a supracompetitive price. The entry would have to occur within a time period short enough to deter the company(ies) concerned from exploiting their market power.*”



keppinautar sé arðvænleg fyrir hann miðað við það verð sem gildi á markaðnum áður en til samruna kom.<sup>131</sup> Í því sambandi verður meðal annars að athuga hvort möguleikar nýrra keppinauta á að hasla sér völl á markaðnum takmarkist af lagalegum eða tæknilegum hindrunum eða stöðu þeirra fyrirtækja sem þegar eru á markaðnum, sbr. lárétta leiðbeiningar framkvæmdastjórnarinnar.

392. Vissir markaðir einkennast mjög af mikilli og auðveldri innkomu og útgöngu af markaðnum. Jafnan sveiflast þessir markaðir verulega í samræmi við hagsveifluna eða aðra þætti. Í því felst að þátttakendum á markaðnum fjölgar verulega þegar vel árar en þeim fækkar þegar illa árar. Til að innkoma og útganga af markaði sé hindrunarlaus er meðal annars nauðsynlegt að regluverk sé einfalt og að ekki þurfi að kosta miklu til í því skyni að fara inn á markað. Í þessu samhengi skiptir máli að mögulegt sé að selja rekstrarfjármunina við útgöngu. Jafnframt þurfa skammtímasamningar að vera ráðandi til þess að mögulegt sé að hætta rekstri hvenær sem er. Þá myndi sveiflubundin eftirspurn ýta undir það að seljendur komi inn og fari út af markaði í miklum mæli.
393. Í þessu sambandi er rétt að geta þess að aðgangshindranir inn á almennan smásölumarkað geta verið þó nokkrar, bæði fyrir nýja og smærri aðila til að auka umsvif sín vegna forskots aðila sem fyrir eru á markaðnum. Þær geta sem dæmi falið í sér skort á landsvæði undir verslanir þar sem „bestu“ staðsetningar hafa þegar verið teknar undir verslanir fyrirtækja sem fyrir eru á markaðnum. Þá kann innkoma nýrrar verslunar að krefjast breytinga á gildandi deiliskipulagi sveitarfélaga o.s.frv.
394. Við mat á því hvort um aðgangshindranir sé að ræða skiptir máli hvort markaðsráðandi fyrirtæki hafi um langt skeið haft verulega háa hlutdeild á skilgreindum mörkuðum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að Lyf og heilsa hefur um langt skeið verið með mikla hlutdeild á markaði fyrir smásölu lyfja í Mosfellsbæ. Þá hefur Samkeppniseftirlitið í fyrri ákvörðunum komist að þeirri niðurstöðu að talsverðar aðgangshindranir séu að mörkuðum fyrir smásölu á lyfjum hér á landi og þá sérstaklega á minni landfræðilegum mörkuðum, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2010, *Misnotkun Lyfja og heilsu hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*. Aðgangshindranir voru einkum taldar stafa af lögum og af því að hegðun Lyfja og heilsu á markaði fyrir smásölu lyfja væri þess eðlis að unnt væri að líta svo á að hún fæli í sér aðgangshindrun að þeim markaði. Gerði þetta öðrum aðilum erfitt um vik að ná fótfestu á markaðnum eða efla stöðu sína þar.
395. Í framangreindum glærum sem kynntar voru á stjórnarfundi Lyfja og heilsu þann 20. apríl 2018 er fjallað um lyfjamarkaðinn í Mosfellsbæ: [

---

<sup>131</sup> Sjá t.d. Areeda og Hovenkamp, Antitrust Law Vol. IIA, bls. 74: „If pre-merger and presumably more competitive prices are not profitable to entrants, entry cannot force higher post-merger prices back to the pre-restraint level. Indeed, entry that is not likely to be profitable at the post-entry price will not be made.“



] <sup>132</sup>

396. Draga verður þá ályktun af glærunni að Mosfellsbær sé vaxandi markaður en erfitt sé að útvíkka starfsemina m.a. af þeim sökum að Apótek MOS er nú þegar við hlið Krónunnar og apótek Apótekarans í Mosfellsbæ er staðsett við hlið Bónus sem sé að flytja í nýtt húsnæði þar sem ekki sé neitt pláss til staðar. Því virðast upplýsingar á fyrrgreindri glæru benda til þess að aðgangur að hentugu húsnæði fyrir rekstur apóteka í Mosfellsbæ sé af skornum skammti. Bendir það til þess að aðgangshindranir séu inn á markaðinn fyrir smásölu lyfja í Mosfellsbæ. Samrunaaðilar hafa ekki lagt fram nein sjónarmið sem hnekkja þessari túlkun Samkeppniseftirlitsins.
397. Lyfjalög nr. 93/1994 og afleiddar reglur gera ákveðnar kröfur til lyfsöluleyfihafa sem þeir þurfa að uppfylla, m.a. að um lyfjafræðing sé að ræða sem hafi starfað sem slíkur í þrjú ár. Auk þess kemur fram að senda skuli umsóknir um lyfsöluleyfi til umsagnar til viðkomandi sveitastjórnar. Við mat umsóknar skal m.a. stuðst við íbúafjölda að baki lyfjabúðinni og fjarlægð hennar frá næstu lyfjabúð. Leggist sveitastjórn gegn veitingu nýs leyfis er Lyfjastofnun heimilt að hafna umsókninni. Þá er gerð krafa um að húsnæði, búnaður og starfslið apóteks fullnægi kröfum Lyfjastofnunar áður en starfsemi er hafin.<sup>133</sup> Sem dæmi um auknar kröfur til lyfjabúða má nefna væntanlegt eftirlitskerfi með rekjanleika lyfja en Lyf og heilsa vísar sjálf til innleiðingar þessu kerfi sem kostnaðarlegar áskorunar fyrir fyrirtækið:<sup>134</sup>

*„Markmið samrunans er einkum [...] að ná fram hagræðin[g]u í rekstri Lyfja og heilsu með því að fjölga tekjuberandi stoðum í rekstrinum. Sér í lagi þar sem fyrir liggja miklar kostnaðarlegar áskoranir í rekstri samstæðunnar, s.s. innleiðing á*

---

<sup>132</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>133</sup> Sjá nánar um kröfur til lyfjabúða (apóteka) á heimasíðu Lyfjastofnunar: <https://www.lyfjastofnun.is/eftirlit/lyfjabudir/lyfsoluleyfi/>.

<sup>134</sup> Með ákvörðun nr. 26/2018, *Beiðni Lyfjaauðkennis ehf. um undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga*, veitti Samkeppniseftirlitið framleiðendum og innflytjendum lyfja undanþágu skv. 15. gr. samkeppnislaga til þess að starfrækja umrætt lyfjaauðkennis kerfi.



*nýjum persónuverndarlögum, innleiðing jafnlaunavottunar auk innleiðingar nýs tölvukerfis sem byggir á sam-evrópskum reglum um rekjanleikja lyfja (Falsified Medicin Directive).*"<sup>135</sup>

398. Auk þess er unnt að vísa til þess að ekki er víst að núverandi íbúafjöldi í Mosfellsbæ beri með fullnægjandi hætti þrjú eða fleiri apótek, sbr. umfjöllun hér að framan um að innkoma á markað þurfi að vera nægjanlega arðbær. Í viðtali við stofnanda Apóteks MOS í bæjarblaðinu Mosfellingi í ágúst 2016 sagði m.a.:

*„Mosfellsbær er ört vaxandi sveitarfélag og fer íbúafjöldi brátt yfir 10.000. Almennt eru 4.500 – 5.000 manns á bakvið hvert apótek í öðrum sveitarfélögum og því ætti að vera góður rekstrargrundvöllur fyrir tvö apótek hér í Mosfellsbæ. Eitt af meginmarkmiðum okkar er að vera vel samkeppnishæf í verði og þjónustu.*"<sup>136</sup>

399. Ekkert í þeim gögnum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað vegna málsins eða þeim upplýsingum sem samrunaaðilar hafa lagt fram bendir til þess að líklegt sé að burðugur keppinautur muni innan tiltölulega skamms tíma hefja starfsemi á markaði málsins.

400. Með vísan til alls framangreinds er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að ekki sé unnt að fallast á sjónarmið samrunaaðila um að engar aðgangshindranir séu að markaði fyrir smásölu lyfja. Þá er það mat Samkeppniseftirlitsins að áhrif vegna innkomu Costco ein og sér komi ekki í veg fyrir eða hindri þær samkeppnishamlandi afleiðingar sem Samkeppniseftirlitið telur leiða af samrunanum í ljósi sterkar markaðsstöðu samrunaaðila á hinum skilgreinda markaði og verulegrar samþjöppunar miðað við núverandi markaðsaðstæður, sbr. umfjöllun hér að framan. Þá er það einnig mat Samkeppniseftirlitsins að aðgangshindranir séu það miklar að ekki séu verulegar líkur á því að nýr öflugur keppinautur getir komið inn á markaðinn innan skamms tíma og því dregið úr markaðsstyrk og skaðlegum áhrifum þessa samruna.

## **9. Möguleg hagræðing**

401. Samkvæmt 17. gr. c. samkeppnislaga skal „við mat á lögmæti samruna taka tillit til tækni- og efnahagsframfara að því tilskildu að þær séu neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni“. Samkvæmt nefndaráliti viðskiptanefndar (vegna frumvarps sem varð að lögum nr. 94/2008) eru fjögur skilyrði sem þurfa að vera uppfyllt til að unnt sé að taka tillit til hagræðingar samruna:

- 1) Verulegar líkur séu á að samruninn skili skjótt umtalsvert aukinni hagkvæmni í rekstri hins sameinaða fyrirtækis.
- 2) Að hagræðingaráhrifin séu beintengd samrunanum og ekki hægt að framkalla þau með öðrum hætti.
- 3) Aukin hagræðing skili sér til neytenda í formi verðlækkunar sem vegi þyngra en hugsanleg verðhækkun vegna skertrar samkeppni.

<sup>135</sup> Bréf Lyfja og heilsu til Samkeppniseftirlitsins, dags. 18. maí 2018.

<sup>136</sup> Í samrunaskrá kemur fram að með kaupunum eignist Lyf og heilsa 100% yfirráð yfir Apóteki MOS og að ekki sé gert ráð fyrir félagaréttarlegum samruna á þessu stigi.





- 4) Sönnunarbyrðin um 1-3 hvílir á samrunaaðilum. Fyrirtækin verða að sýna fram á það með óhrekjanlegum hætti að öll þessi skilyrði séu uppfyllt. Ekki er nóg að halda því fram að það verði einhver hagræðing og samkeppnisyfirvöld þurfi að sanna annað.
402. Vísast hér einnig til 76. – 88. mgr. í láréttu leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB.
403. Í samrunaskrá segir að markmið samrunans sé einkum að ná fram hagræðinu í rekstri Lyfja og heilsu með því að fjölga tekjuberandi stoðum í rekstrinum. Sér í lagi þar sem fyrir liggja miklar kostnaðarlegar áskoranir í rekstri samstæðunnar, s.s. innleiðing á nýjum persónuverndarlögum, innleiðing jafnlaunavottunar auk innleiðingar nýs tölvukerfis sem byggir á sam-evrópskum reglum um rekjanleika lyfja. Í svörum Lyf og heilsu við upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins frá 1. ágúst 2018 kemur jafnframt fram að í tengslum við kaupin á Apóteki MOS vonist stjórnendur félagsins til að geta nýtt sér þá sérstöðu sem Apótek MOS hafi í því ljósi að bæta enn frekar þjónustu sína. Ljóst sé að um allt annað fyrirkomulag sé að ræða í því apóteki, sem Lyf og heilsa sjái fyrir sér að nýta sér, ef vel reynist.
404. Í tölvupósti Apóteks MOS, dags. 19. september sl., kom fram að fyrirtækið hefði fært rök fyrir jákvæðum áhrifum samrunans í smásöludreifingu lyfja í ljósi gildistöku reglugerðar 1266/2017. Með gildistöku hennar hafi verið heimilt að afgreiða lyf rafrænt. Apótek MOS hefði þegar hafið innleiðingu á nýju upplýsingakerfi, sem myndi ráða við þetta verkferli, ef fyrirtækið hefði til þess fjárhagslegt bolmagn. Samlegðaráhrif á rekstur þessa tveggja aðila séu því augljós; annars vegar staða Lyfja og heilsu í hugbúnaðarmálum og hins vegar skipulag og verkferlar Apóteks MOS.
405. Samrunaaðilar hafa ekki reifað fullnægjandi sjónarmið til stuðnings því að fyrrgreind skilyrði séu uppfyllt, t.a.m. að hagræðingin sé beintengd samrunanum og ekki hægt að ná henni fram með öðrum hætti og að hagræðingin skili sér til neytenda í formi verðlækkunar. Er því ekki ástæða til að fjalla nánar um mögulega hagræðingu.



## VII. NIÐURSTAÐA

406. Vegna m.a. eðlis lyfsölu í Mosfellsbæ, því háa hlutfalli íbúa Mosfellsbæjar sem versla í apótekunum í Mosfellsbæ, takmarkaðs samkeppnislegs aðhalds apóteka í nágrannasvettiarfélögum og fjarlægðrar annarra apóteka er það mat Samkeppniseftirlitsins að í máli þessu teljist Mosfellsbær vera sérstakur landfræðilegur markaður. Samruni málsins er láréttur en samrunaaðilar eru einu starfandi keppinautarnir í smásölu lyfja í Mosfellsbæ.
407. Það er mat Samkeppniseftirlitsins að með samrunanum yrði til fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir smásölu lyfja í Mosfellsbæ. Samruninn myndi auðsýnilega hafa mikil áhrif á hlutdeild Lyfja og heilsu á hinum skilgreinda markaði málsins en hún myndi hækka úr um [50-55]% í 100% miðað við hlutdeild apótekanna á fyrri hluta ársins 2018. Myndi slíkt draga með alvarlegum hætti úr virkri samkeppni á þeim markaði enda hverfur þá hið samkeppnislega aðhald sem þessi apótek hafa veitt hvort öðru. Þá gæti hið sameinaða fyrirtæki í krafti stöðu sinnar takmarkað samkeppni. Aukin samþjöppun á markaðnum og breyting á HHI í kjölfar samrunans er í samræmi við framangreint.
408. Hið sameinaða fyrirtæki myndi búa yfir miklum fjárhagslegum og efnahagslegum styrkleika en mikilvægt er í þessu sambandi að hafa í huga að Lyf og heilsa eru fyrir samrunann eitt stærsta fyrirtækið sem rekur apótek á landinu og ljóst að mikil verðmæti og hagræði felast í staðsetningum þess. Í kjölfar samrunans er það því mat Samkeppniseftirlitsins að hið sameinaða fyrirtæki mun hafa yfirburðastyrk á markaði málsins en þeir keppinautar Lyfja og heilsu sem hafa hvað mestan fjárhagslegan styrk starfa á ekki á markaði málsins.
409. Þá er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að aðgangshindranir að markaði málsins séu það miklar að ólíklegt sé að verulegar líkur séu á því að nýr öflugur keppinautur geti komið inn á markaðinn innan skamms tíma og dregið úr markaðsstyrk og skaðlegum áhrifum samrunans.
410. Með hliðsjón af framansögðu er það skýr niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruninn leiði a.m.k til myndunar markaðsráðandi stöðu á markaði þessa máls. Ber því í málinu að beita íhlutun skv. 17. gr. c. samkeppnislaga. Ekki þarf að taka afstöðu í málinu til þess hvort Lyf og heilsa hafi fyrir samrunann verið í markaðsráðandi stöðu.
411. Sem fyrr segir er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að landfræðilegur markaður málsins sé Mosfellsbær. Liggur fyrir að samrunaaðilar eru ósammála þessu mati og telja að landfræðilegur markaður málsins sé víðari, þ.e. að hann nái til alls höfuðborgarsvæðisins. Samkeppniseftirlitið bendir á að samruni getur farið gegn 17. gr. c. samkeppnislaga með tvennskona hætti. Annars vegar ef hann myndar eða styrkir markaðsráðandi stöðu og hins vegar ef hann raskar samkeppni umtalsvert að öðru leyti. Myndun eða styrking markaðsráðandi stöðu er því ekki óhjákvæmilegt skilyrði fyrir því að gripið sé til íhlutunar vegna samruna.
412. Framangreind umfjöllun sýnir að samkeppni í smásölu lyfja í Mosfellsbæ er mjög staðbundin og samrunaaðilar eru afar nánir keppinautar í skilningi



samkeppnisréttarins. Það er mat Samkeppniseftirlitsins að Apótek MOS sé mikilvægur keppinautur og skaðlegt yrði fyrir neytendur í Mosfellsbæ ef það samkeppnislega aðhald sem fyrirtækið hefur veitt Lyfjum og heilsu myndi hverfa. Gildir það jafnt hvort markaðurinn er talinn vera Mosfellsbær eða höfuðborgarsvæðið. Væri skilgreining samrunaaðila á landfræðilega markaðnum lögð til grundvallar færi samruninn eftir sem áður gegn 17. gr. c. samkeppnislaga. Þar sem hann raskar samkeppni umtalsvert í skilningi 17. gr. c. laganna. Hvað sem framangreindu líður er það mat Samkeppniseftirlitsins að landfræðilegi markaður málsins sé Mosfellsbær.

413. Með hliðsjón af framangreindu er það mat Samkeppniseftirlitsins að engin vafi geti leikið á því að samruni þessa máls fer gegn 17. gr. c. samkeppnislaga.

### 1. Tillögur að skilyrðum

414. Í bréfi Lyfja og heilsu, dags. 7. september 2018, komu fram tillögur að skilyrðum. Þar kom fram að vegna ummæla í niðurlagi andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins skyldi það tekið fram að Lyf og heilsa væri reiðubúið að undirgangast það skilyrði fyrir samrunanum að Apótek MOS yrði rekið í svo til óbreyttri mynd til tveggja ára. Frekari tillögur að mögulegum skilyrðum sem unnt væri að setja samrunanum bárust ekki frá samrunaaðilum.
415. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til samrunaaðila, dags. 8. október sl., kom fram að framangreindar tillögur að skilyrðum dygðu ekki til að eyða samkeppnishamlandi áhrifum samrunans.
416. Í athugasemdum Apóteks MOS, dags. 11. október sl., kemur fram að eigandi apóteksins sé kominn á eftirlaunaaldur og eigi eftir þrjú ár af starfsaldri sínum sem lyfsöluleyfshafi. Í lok árs 2021 muni lyfsöluleyfi hans falla niður, sbr. 38. gr. reglugerðar nr. 426/1997. Þannig feli boð Lyf og heilsu í sér rekstur í óbreyttri mynd í tvö ár, þ.e. 2/3 hluta af eftirlifandi rekstrartíma eigandans. Í ljósi höfnunar Samkeppniseftirlitsins, að því er virðist án þess að boðið sé upp á sáttaviðræður, áskilur viðkomandi sér allan rétt í þessu máli er varða hagsmuni hans. Meðferð þessa máls virðist án fordæma sé litið til annarra samrunamála sem Samkeppniseftirlitið hefur haft til meðferðar og úrskurðað í nýlega.
417. Samkeppniseftirlitið bendir á að meginreglan er sú að skilyrði í samrunamálum verða að vera þess eðlis að þau eyði þeim samkeppnishömlum sem ella hefðu stafað af samruna, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001, *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf., Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði*. Í þessum úrskurði kemur fram að rétt skýring á samrunaákvæði samkeppnislaga leiði til þess að einungis geti komið til álita skilyrði fyrir samruna sem eru til þess fallin að koma í veg fyrir þær samkeppnishömlur sem af honum stafa. Vísast í þessu sambandi einnig til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.
418. Eins og skýrlega kemur fram í lögskýringagögnum er eðlilegt að hafa hliðsjón af ESB/EES-rétti við túlkun á samrunaákvæðum samkeppnislaga. Þar hafa dómstólar



ESB lagt sömu reglu til grundvallar varðandi markmið skilyrða.<sup>137</sup> Í þeim rétti er þannig lögð áhersla á að framkvæmdastjórn ESB sé aðeins heimilt að fallast á skilyrði í samrunamálum sem eyða með öllu hinum samkeppnislegu vandkvæðum.<sup>138</sup>

419. Í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB um skilyrði í samrunamálum kemur fram að slík skilyrði verði að afstýra allri þeirri röskun á samkeppni sem stafar af viðkomandi samruna. Jafnframt verði slík skilyrði að vera heildstæð og árangursrík frá almennu sjónarmiði.<sup>139</sup> Tilgangur samrunareglna er að vernda samkeppnislega gerð markaða með því að vinna til frambúðar gegn umtalsverðri röskun á samkeppni sem leitt getur af samrunum. Sökum þessa kemur fram í umræddum reglum að almennt beri að setja skilyrði sem lúta að gerð markaðarins (e. structural remedies) frekar en skilyrði sem lúta að hegðun fyrirtækja (e. behavioural remedies).<sup>140</sup> Slík skilyrði geta m.a. falist í sölu á eignum eða tiltekinni starfsemi til að koma í veg fyrir samkeppnishamlandi aukningu á markaðshlutdeild sem stafar af samruna. Skilyrði af þessum toga leysa hið samkeppnislega vandamál í eitt skipti fyrir öll og kalla ekki á viðvarandi eftirlit.
420. Varðandi setningu skilyrða og hlutverk samkeppnisyfirvalda ber að líta til þessara ummæla í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 18/2001:

*„Með þeirri aðferð sem viðhöfð var fengu áfrýjendur ítrekað færi á að setja fram hugmyndir sínar um skilyrði til að koma í veg fyrir frekari íhlutun vegna samrunans. Óhjákvæmilegt var að leggja þessar hugmyndir til grundvallar í öllum aðalatriðum enda má ætla að stjórnendur viðkomandi fyrirtækja hafi besta þekkingu á því hversu langt verði gengið til þess að markmiðið með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni gæti talist viðunandi. Samkeppnisráði var því rétt að ljúka málinu í því horfi sem það var í þegar ákvörðunin var tekin. Hefur ekki verið sýnt fram á eða gert líklegt að önnur og víðtækari skilyrði hefðu dugað sem unnt hefði verið að samrýma tilgangi áfrýjenda með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni. Áfrýjunarnefndin fellst því á að samkeppnisráði hafi verið rétt að taka afstöðu til samrunans með þeim skilyrðum sem áfrýjandi hafði sett fram.“*

421. Ljóst er því að samrunaaðilar verða að hafa frumkvæði að því að setja fram tillögur að skilyrðum og einnig að sýna fram á „með óyggjandi hætti að skilyrðin komi í veg fyrir þau skaðlegu áhrif sem samruninn myndi hafa í för með sér.“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2009 ERGN Holdings Ltd. og Euro Refund Group North á Íslandi ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu.<sup>141</sup> Þá ber einnig að líta til þess að í úrskurði í máli nr. 6/2006 benti áfrýjunarnefnd einnig á að „úrvinnsla

<sup>137</sup> Í t.d. dómi undirréttar ESB í máli nr. T-158/00 ARD v Commission [2003] ECR II-3825 var bent á þetta: „According to the case-law, the Commission is empowered to accept only commitments which are capable of preventing the creation or strengthening of the dominant position identified by it in its analysis of the notified concentration.“

<sup>138</sup> Sjá t.d. Cook & Kerse, EC Merger Control, fimmta útgáfa 2009 bls. 290: „The Commitments must entirely eliminate the competition concerns.“

<sup>139</sup> „Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004“ (2008/C 267/01), 9. mgr.

<sup>140</sup> Sjá m.a. 15. mgr.

<sup>141</sup> Sjá einnig t.d. Bellamy & Child, European Community Law of Competition, sjötta útgáfa 2008 bls. 727: „It is the responsibility of the notifying parties to show that the proposed commitments, once implemented, will eliminate such competition problems.“



eða móttun“ á skilyrðum falli ekki undir leiðbeiningarskyldu Samkeppniseftirlitsins. Í þessu samhengi er einnig rétt að líta til þeirra krafna sem gera verður til fyrirtækja sem hafa þekkingu á þeim rekstri sem um ræðir og hafa á að skipa fagmönnum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 DAC ehf. og Lyfjaver ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Hins vegar getur Samkeppniseftirlitið þurft að veita leiðbeiningar um hvaða „markmiðum verði að lágmarki náð með skilyrðunum“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 11/2011 Landsbankinn hf., Arion banki hf. og Verdis hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Samkvæmt þessum úrskurði áfrýjunarnefndar leiðir af 12. gr. stjórnslulaga að Samkeppniseftirlitið verður að leggja sjálfstætt mat á hvort skilyrði samrunaaðila dugi.

422. Samkvæmt framansögðu ber samrunaaðilum að gera tillögur að skilyrðum sem þeir telja að geti eytt samkeppnishömlum en samræmast eftir sem áður markmiði aðilanna með viðkomandi samruna eða yfirtöku. Hlutverk samkeppnisyfirvalda felst á endanum í því að meta hvort umrædd skilyrði séu fullnægjandi. Ástæða þess er sú að skilyrði sem eru sett einhliða af samkeppnisyfirvöldum geta verið í andstöðu við tilgang viðkomandi samruna og meira íþyngjandi en ákvörðun um að ógilda hann. Í þessu sambandi hefur verið bent á að það sé ekki hlutverk samkeppnisyfirvalda að endurskipuleggja samruna fyrirtækja.<sup>142</sup>
423. Samkeppniseftirlitið telur framkomna tillögu Lyfja og heilsu að skilyrðum, sem felur í sér að Apótek MOS verði rekið í svo til óbreyttri mynd til tveggja ára, ekki fullnægjandi til að eyða þeim skaðlegu áhrifum sem samruninn hefði ella á samkeppni á skilgreindum markaði málsins. Með samrunanum hætta tveir sjálfstæðir keppinautar að keppa til frambúðar og til verður fyrirtæki með 100% markaðshlutdeild á hinum skilgreinda markaði málsins. Tímabundin rekstur í óbreyttri mynd getur engu breytt um þetta. Tillagan kemur því ekki í veg fyrir að samrunanum fylgi skaðleg samkeppnisleg áhrif.
424. Af þessu leiðir að ekki eru forsendur til að samþykkja samrunann með þeim skilyrðum er Lyfja og heilsa hefur lagt til. Í samræmi við 17. gr. c. samkeppnislaga ber því að ógilda samrunann.

---

<sup>142</sup> Sjá Navarro, Font, Folguera & Briones, Merger Control in the EU, önnur útgáfa 2005 bls. 341: „... the Commission cannot, on its own initiative, rewrite the notified operation. It can only impose conditions or amendments on the notified operation once the parties have proposed such changes themselves, with a view to resolving the competition problem identified by the Commission.“



**VIII. Ákvörðunarorð:**

**„Samningur, dags. 15. mars 2018, um kaup Lyfja og heilsu hf. á öllu hlutafé í Opnu ehf., sem er rekstraraðili Apóteks MOS felur í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.**

**Með vísan til forsendna þessarar ákvörðunar og með heimild í 17. gr. c. samkeppnislaga ógildir Samkeppniseftirlitið samrunann.“**

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson