

Kaup Lyfja og heilsu hf. á Garðs Apóteki ehf.

I. Málsmæðferð

1. Samrunatilkynning og rannsókn

1. Með bréfi, dags 7. desember 2020, var Samkeppniseftirlitinu tilkynnt um fyrirhuguð kaup Lyfja og heilsu hf. (hér eftir Lyf og heilsa) á Garðs Apóteki ehf. (hér eftir Garðs Apótek). Lyf og heilsa rekur lyfjabúðir víðsvegar um landið en Garðs Apótek rekur Garðs Apótek á Sogavegi í pósthúsi 108 Reykjavík. Að mati eftirlitsins felur framangreindur gerningur í sér samruna sem er tilkynningarskyldur í skilningi 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005. Meðfylgjandi tilkynningunni var samrunaskrá í samræmi við 5. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga og viðauka I við reglur nr. 684/2008 um tilkynningu samruna og málsmeðferð í samrunamálum.¹
2. Með bréfi dags, 14. desember 2020, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að samrunatilkynning teldist ófullnægjandi í skilningi 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 ásamt því að óskað var eftir tilteknum upplýsingum frá samrunaaðilum, þ.á.m. gögnum sem á einhvern hátt tengdust samrunanum og undirbúningi hans, sbr. kafli 6.3. í viðauka I við reglur 684/2008. Með bréfi samrunaaðila, dags. 15. desember 2020, barst eftirlitinu samrunatilkynning ásamt umbeðnum upplýsingum. Með bréfi dags. 23. desember 2021, tilkynnti Samkeppniseftirlitið að samrunaaðilum að samrunaskráin taldist fullnægjandi og tóku frestir að líða 16. desember 2020.
3. Samkeppniseftirlitið veitti 24 hagsmunaaðilum færi á því að koma að umsögn vegna samrunans og áhrifa hans á samkeppni, auk þess sem óskað var sjónarmiða Lyfjastofnunar.² Efnislegar umsagnir bárust frá Lyfju og Lyfjastofnun. Verður hér eftir vísað til framangreindra tveggja umsagna sem bárust eftir því sem við á.
4. Með bréfi, dags. 20. janúar 2021, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að eftirlitið teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 1. mgr. 17. gr. d samkeppnislaga.
5. Undir rannsókn málsins hefur Samkeppniseftirlitið aflað upplýsinga vegna mats á samrunanum, þ.á.m. upplýsinga frá samrunaaðilum um veltu í netsölu, heim- og póstsendingum ásamt því að óskað var eftir upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands um veltu vegna lyfsölu í öllum apótekum á Íslandi fyrir árin 2018, 2019 og 2020 og upplýsingum um skiptingu viðskiptavina á

¹ Núgildandi reglur eru nr. 1390/2020.

² Umsagnarbeiðni var send til eftirfarandi aðila: Apótek Garðabæjar, Apótek Hafnafjarðar, Artica, Austurbæjar Apótek, Borgarapótek, CU2, Costco, Danól, Distica, Festi, Haga, Icepharma, Mamma veit best, Parlogis, Samkaup, Efstaleitis apótek, Lyfjabúrið, Lyfsalinn, Lyfjaval, Farmasía, ÍslandsApótek, Lyfjaver, Urðarapótek, Lyfjastofnun og Lyfju.



höfuðborgarsvæðinu eftir póstnúmerum fyrir árið 2020. Upplýsingaöflun laut m.a. að mati á staðbundnum áhrifum samrunans.

6. Við rannsókn málsins var litið til umsagna og gagna sem aflað var, auk þess sem stuðst var við fyrri framkvæmd samkeppnisyfirvalda á markaði fyrir smásölu lyfja.
7. Við lok rannsóknarinnar barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá Lyfjum og heilsu þar sem gerðar eru verulegar athugasemdir við rannsókn málsins o.fl. Áður en fjallað verður um samrunann og mat á honum er óhjákvæmilegt að fjalla um efni bréfsins og mikilvægi eftirlits með samþjöppun á lyfsölumörkuðum.

2. Um mikilvægi eftirlits með samþjöppun á lyfsölumörkuðum – Athugasemdir Lyfja og heilsu

8. Við lok rannsóknar gerði Lyf og heilsa athugasemdir við meðferð málsins, sbr. bréf, dags. 13. apríl 2021. Sérstaklega er gerð athugasemd við lengd málsmeðferðar, þ.e. þá ákvörðun eftirlitsins 21. janúar 2021 að beita heimild 1. mgr. 17. gr. d samkeppnislaga og færa meðferð málsins yfir á svonefndan II. fasa. Auk þess eru gerðar athugasemdir við umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um fyrirtækið í ákvörðun í máli nr. 9/2021, *Kaup Lyfju hf. á Opnu ehf. (Apótek MOS)*.
9. Til stuðnings athugasemdum um málsmeðferð og málshraða er byggt á því að samkeppnislög geri ráð fyrir því að samrunar þar sem sameiginleg markaðshlutdeild samrunaaðila sé undir 30-35% séu afgreiddir í svonefndum fyrri fasa rannsóknar skv. 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga. Einnig er byggt á því að samrunar þar sem sameiginleg markaðshlutdeild samrunaaðila sé undir 30-35% geti ekki verið skaðlegir samkeppni heldur hafi þvert á móti jákvæð áhrif á samkeppni. Um þetta segir m.a. í bréfinu:

„Geta samrunar fyrirtækja með undir 30-35% markaðshlutdeild ekki leitt til þess [að markaðsráðandi staða verði til eða styrkis, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti] og því rétt og skylt að afgreiða slíka samruna innan 25 virkra daga frá samrunatilkynningu þar sem engin nauðsyn er til frekari rannsóknar...“

10. Engin efni séu til þeirrar rannsóknar á samrunanum sem fram hafi farið og hafi Samkeppniseftirlitið tafið að afgreiða samrunann, með tilheyrandi tjóni fyrir aðila.

Um ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um frekari rannsókn á samrunanum

11. Meðferð samrunamála lúta sérstökum reglum sem almennt gilda ekki við rekstur stjórnáslumála. Sökum m.a. hagsmuna viðkomandi fyrirtækja er í samkeppnislögum settur hámarksfrestur sem Samkeppniseftirlitið hefur til þess að leggja mat á hvort samruni fyrirtækja valdi almenningi tjóni. Fyrirtæki mega því ávallt vita að rannsókn og rekstur samrunamála hjá Samkeppniseftirlitinu getur aldrei tekið lengri tíma en hið lögmælt hámark leyfir. Í venjulegum stjórnáslumálum gildir hins vegar hin almenna málshraðaregla, sbr. 9. gr. stjórnáslulaga. Ákvæði 9. gr. stjórnáslulaga er vísiregla sem felur það í sér að meta verður hverju sinni heildstætt hvort málsmeðferð hafi tekið óeðlilega langan tíma. Ber þá að horfa til „*umfangs og eðlis málsins*“, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu*.³ Er þekkt að samkeppnismál geta verið mjög flókin og

³ Til samanburðar þá fer það einnig eftir atvikum hverju sinni hvað telst vera eðlilegur málshraði í sakamálum. Við það mat verður að horfa til þess að markmið rannsóknar er að upplýsa mál svo „*unnt sé að taka ákvörðun um saksókn á eins traustum grundvelli og kostur er. Þess vegna verður áherslan á málshraða að víkja fyrir því sjónarmiði að leiða beri hið sanna í ljós. Þar af leiðandi telst það ekki óhæfilegur dráttur á rannsókn þótt það hafi tekið nokkurn tíma að rannsaka mál til hlítar*



umfangsmikil og tekið langan tíma bæði hjá stjórnvöldum og dómstólum.⁴ Þetta á sem fyrr segir ekki við í samrunamálum. Þó samrunamál geti verið mjög flókin og umfangsmikil gildir eftir sem áður hinn lögmælti hámarkstími til að leggja mat á samruna.

12. Ef samruni ber það með sér að hann er ekki í andstöðu við almannahagsmuni, kappkostar Samkeppniseftirlitið að ljúka rannsókn á honum innan 25 virkra daga. Þegar slíkum augljósum tilvikum sleppir veita samkeppnislög Samkeppniseftirlitinu rúma heimild til þess að virkja það sem eftir lifir að hámarksfrestinum til þess að rannsaka samruna. Dugar samkvæmt samkeppnislögum að eftirlitið telji „ástæður til frekari rannsókna á samkeppnislegum áhrifum samruna“, sbr. 1. mgr. 17. g. d samkeppnislaga.
13. Ljóst er því að framangreind túlkun Lyfja og heils á gildandi rétti á ekki við rök að styðjast. Í samkeppnisrétti finnst þess hvergi staður að Samkeppniseftirlitinu beri skylda til að afgreiða á I. fasa samruna þegar sameiginleg markaðshlutdeild samrunaaðila er undir 30-35%. Þá er ekki að finna í samkeppnisrétti þá reglu að líta beri svo á að samrunar undir framangreindum mörkum geti ekki verið skaðlegir heldur hafi jákvæð áhrif á samkeppni. Þvert á móti veltur mat á samruna á atvikaþvæðni mati í hverju máli fyrir sig.
14. Hér má t.d. líta til þess að í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB um lárétta samruna kemur fram að almennt sé unnt að gera ráð fyrir því að samrunar þar sem sameiginleg markaðshlutdeild samrunaaðila er ekki hærra en 25% raski ekki samkeppni. Í þessu máli er sameiginleg markaðshlutdeild samrunaaðila hærra en 25%. Eins og Lyfjum og heilsu er kunnugt hefur Samkeppniseftirlitið á liðnum árum tekið til skoðunar samruna og háttsemi stærri fyrirtækja á markaði fyrir smásölu lyfja. Með ákvörðun sinni nr. 28/2006, *Samruni DAC ehf. og Lyfjavers ehf.*, ógilti Samkeppniseftirlitið samruna Lyfja og heilsu og Lyfjavers. Var ógildingin m.a. reist á þeirri forsendu að tvær stærstu lyfsölukeðjurnar, Lyf og heilsa og Lyfja, deildu sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á smásölumarkaði lyfja og færu með rúmlega fjóra fimmtu hluta allrar smásölu í landinu. Væru fyrirtækin í stöðu til þess að takmarka samkeppni og hækka verð. Staðfesti áfrýjunarnefnd samkeppnismála ákvörðun Samkeppniseftirlitsins með úrskurði sínum í máli nr. 6/2006.
15. Með ákvörðun nr. 4/2010, *Misnotkun Lyfja og heilsu hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*, var komist að þeirri niðurstöðu að fyrirtækið hefði brotið bann 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem höfðu það að markmiði að hindra að nýr keppinautur í lyfsölu á Akranesi næði fótfestu á markaðnum. Var fyrirtækið sektað um 130 m.kr.⁵ vegna þessa. Í ákvörðuninni var m.a. fjallað um hvort Lyf og heilsa og Lyfja væru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Þóttu gögn sem aflað var í húsleit staðfesta það, en m.a. vörpuðu gögn ljósi á þá stefnu Lyfja og heilsu að keppa ekki í verði við Lyfju, hvorki á lausasölulyfjum né lyfseðilsskyldum lyfjum. Með dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 355/2012 voru brot Lyfja og heilsu staðfest, en í undanfarandi úrskurði

ef það er umfangsmikið og sakarefnið flókið úrlausnar.“ Sjá Eiríkur Tómasson, *Sakamálaréttarfar Rannsókn Þvingunarráðstafanir*, 2012, bls. 63.

⁴ Sjá Páll Hreinsson, *Málsmeðferð stjórnvalda*, 2019, bls. 151. Með vísan til niðurstöðu dómstóla í grænmetisráðsmálinu er bent á að það sé „oft fyrirsjáanlegt að afgreiðsla umfangsmikils máls muni óhjákvæmilega taka nokkurn tíma.“ Sjá einnig málin sem vörðuðu ólögmeitt samráð oliufélaganna og enduðu með dómum Hæstaréttar Íslands 4. febrúar 2016. Einnig má nefna sem dæmi ákvörðun ESA frá 29. júní 2020 (mál nr. 71480) þar sem 112 milljónir evra sekt var lögð á Telenor vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu. Málið hófst með húsleit ESA í desember 2012. Einnig má nefna hér ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 13. maí 2009, í máli COMP/37.990 – Intel. Framkvæmdastjórninni barst kvörtun vegna brota Intel í október 2000. Í maí 2009 tók framkvæmdastjórnin ákvörðun í málinu og lagði einn milljarð evra í sekt á fyrirtækið. Undirréttur ESB staðfesti þá ákvörðun með dómi 12. júní 2014 en dómstóll ESB felldi þann 6. september 2017 dóm undirréttar úr gildi og vísaði málinu til nýrrar meðferðar hjá honum og er henni ekki lokið.

⁵ Áfrýjunarnefnd lækkaði álagða sekt í 100 m.kr.



áfrýjunarnefndar samkeppnismála, í máli nr. 5/2010, var ekki tekin afstaða til sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu.

16. Eftir að gripið var til fyrrgreindrar íhlutunar breyttust markaðsaðstæður með þeim hætti að ný smærri lyfsölufyrirtæki hófu rekstur og fjölgaði þeim um nokkurra ára skeið. Hafði það m.a. þau áhrif að sameiginleg markaðshlutdeild stóru lyfsölukeðjanna tveggja lækkaði á markaðnum fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu og nam um 40-50% á árunum 2015-2016, sbr. nánar ákvörðun nr. 28/2017, *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.* Á síðustu misserum hefur þróunin snúist við og lyfsölukeðjurnar tvær keypt sjálfstætt starfandi lyfsölur. Frá árinu 2018 hafa eftirfarandi kaup Lyfja og Lyfja og heilsu verið til skoðunar eða kunngerð:
- Kaup Lyfja og heilsu hf. á Opnu ehf. (Apótek MOS), sbr. ákvörðun nr. 28/2018. Rannsókn málsins, þ.á m. könnun á kauphegðun íbúa, leiddi í ljós að lyfsala í Mosfellsbæ bæri einkenni þess að vera staðbundin. Við samrunann myndi hverfa það samkeppnislega aðhald sem apótek Lyfja og heilsu og Apótek Mos hefðu veitt hvort öðru. Væri það til tjóns fyrir m.a. aldraða og sjúka í Mosfellsbæ. Var samruninn ógiltur og sú ákvörðun staðfest með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2018.
 - Samruni Lyfju hf. og Árbæjarapóteks hf., sbr. ákvörðun nr. 1/2020. Samruninn var samþykktur á I. fasa, en ekki þótti tilefni til ítarlegrar gagnaöflunar vegna fyrirliggjandi upplýsinga um staðbundin áhrif, sem og vegna breytinga sem orðið höfðu á markaðnum, m.a. vegna innkomu Haga inn á markaðinn.
 - Kaup Lyfju hf. á Opnu ehf. (Apótek MOS), sbr. ákvörðun nr. 9/2021. Samruninn var samþykktur að undangenginni rannsókn, en Samkeppniseftirlitið taldi nauðsynlegt að afla nýrra gagna um veltu og markaðshlutdeild. Lauk samrunanum á II. fasa tímafrests.
 - Kaup Lyfja og heilsu hf. á Garðs Apóteki ehf., sem hér er til umfjöllunar. Gagnaöflun í þessu máli og vegna kaupa Lyfju hf. á Opnu ehf. fór saman og nýttist því að nokkur leyti í báðum málum, en tilkynnt var um samrunana með u.þ.b. eins mánaðar millibili.
 - Kaup Lyfja hf. á apóteki Haga í Skeifunni, en greint hefur verið frá þessum kaupum opinberlega.
17. Kaup lyfsölukeðjanna tveggja á öðrum apótekum eru til þess fallin að auka hlutdeild lyfsölukeðjanna að nýju, þótt breytingar kunni að verða á öðrum útsölustöðum til fækkunar. Þá hafa nú orðið þau tímamót að Hagar hafa ákveðið að hverfa að nýju af lyfsölumarkaði. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um að rannsaka frekar þennan samruna, auk kaupa Lyfju á Apótek MOS, var því byggð á traustum og málefnalegum grunni.
18. Jafnframt er málefnalegt og nauðsynlegt að eftirlitið meti m.a. staðbundin áhrif samruna á neytendamarkaði af þessu tagi, sbr. t.d. ákvörðun nr. 9/2021, *Kaup Lyfju hf. á Opnu ehf. (Apótek MOS)* og ákvörðun nr. 14/2019, *Samruni vegna kaupa Samkaupa hf. á eignum tveggja verslana af Basko verslunum ehf.*
19. Með framangreint í huga má vænta þess að Samkeppniseftirlitið fylgist vel með samþjöppun á lyfsölumarkaði og taki kaup stærri lyfsölukeðja á smærri keppinautum til ítarlegrar rannsóknar. Í þeim rannsóknnum má almennt gera ráð fyrir að eftirlitið afli ítarlegra upplýsinga um markaðshlutdeild stærstu fyrirtækja, leggi mat á staðbundin áhrif og meti aðrar vísbendingar um samkeppnisleg áhrif, s.s. hvort tilteknir samrunar hafi þau áhrif að sameiginlega markaðsráðandi staða Lyfja og Lyfja og heilsu myndist eða styrkist, m.a. í ljósi forsögunnar.



20. Rétt er einnig að vekja athygli á að Lyfjastofnun hefur bent á að litlir keppinautar á markaðnum veiti mikið aðhald gagnvart stærri keppinautum og því sé hætt á því að hagsmunir almennings skaðist ef fákeppni á lyfsölumarkaði eykst og aðhald stærri keppinautum minnkar, sbr. nánar hér á eftir. Í þessu samhengi er brýnt fyrir neytendur, heilbrigðiskerfið og samfélagið í heild að virk samkeppni ríki í smásölu lyfja og tengdra vara.

21. Í bréfi Lyfja og heilsu er því haldið fram að félagið hafi orðið fyrir tjóni vegna meðferðar málsins. Engin frekari rök eru færð fyrir þessu og við meðferð málsins komu ekki fram sjónarmið um þetta eða beiðni um að meðferðinni yrði hraðað.

Um athugasemdir Lyfja og heilsu við umfjöllun Samkeppniseftirlitsins í ákvörðun nr. 9/2021, Kaup Lyfju á Opnu ehf. (Apótek MOS).

22. Í bréfi Lyfja og heilsu eru jafnframt gerðar athugasemdir við umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um fyrirtækið í ákvörðun í máli nr. 9/2021, *Kaup Lyfju hf. á Opnu ehf. (Apótek MOS)*.

23. Í fyrsta lagi er gagnrýnt að látið sé að því liggja að Lyf og heilsa hafi staðið í kaupum á keppinautum undanfarin ár, en þar sé rangt með farið. Eins og að framan greinir liggur fyrir að stóru lyfsölukeðjurnar tvær hafa að undanförnu keypt minni sjálfstæð apótek. Í tilvikum Lyfja og heilsu keypti fyrirtækið Opnu ehf. (Apótek MOS) á árinu 2018, en þau kaup voru ógilt af Samkeppniseftirlitinu. Þá hefur félagið keypt Garðs Apótek, sbr. nánar umfjöllun í þessari ákvörðun. Umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um þetta í ákvörðun nr. 9/2021 er því í samræmi við staðreyndir málsins.

24. Í öðru lagi er gagnrýnd umfjöllun í ákvörðuninni um að sjálfstæð apótek hafi verið að hverfa af markaði á kostnað stærri aðila, en Lyf og heilsa telja að þarna sé rangt með farið. Hér að framan er rakin þróun lyfsölumarkaðar og gerð grein fyrir því að smærri sjálfstæðum lyfsölum hefði fjölgað upp úr 2010. Jafnframt eru rakin hér að framan fimm tilvik þar sem kaup lyfsölukeðjanna tveggja á smærri apótekum hafa komið til rannsóknar hjá Samkeppniseftirlitsins eða verði kunngjörð. Reifun á þessu í ákvörðun nr. 9/2021 á því við rök að styðjast.

25. Í þriðja lagi telur Lyf og heilsa að það eigi sér enga stoð að spyrða Lyf og heilsu saman við Lyfju, en Samkeppniseftirlitið hafi ekki komist að niðurstöðu um sameiginlega markaðsráðandi stöðu félaganna um árabíl. Eins og rakið er hér að framan er málefnalegt af hálfu Samkeppniseftirlitsins að vekja athygli á breytingum á markaðnum sem kalli á að hugað sé að því að nýju, við rannsókn samrunamála, hvort sameiginlega markaðsráðandi staða sé til staðar á markaðnum. Þannig kunna að verða breytingar á markaðnum, með kaupum stærri lyfsölukeðja á smærri apótekum og ákvörðun Haga um að hverfa af markaðnum, sem réttlæti athugun á framangreindu.

26. Í fjórða lagi mótmælir Lyf og heilsa umfjöllun um hækkun á markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu vegna kaupa á Lyfju á Apótek MOS, þar sem eftirlitið hafi skilgreint Mosfellsbæ sem sérstakan landfræðilegan markað. Jafnframt er vakin athygli á því að í málinu hafi eftirlitið samþykkt 100% markaðshlutdeild stóru lyfsölukeðjanna tveggja á þeim landfræðilega markaði. Samkeppniseftirlitið bendir á að kaup Lyfju á Apótek MOS voru heimiluð eftir að eftirlitið hafði ógilt samruna sem hefði veitt Lyf og heilsu 100% markaðshlutdeild á viðkomandi markaði. Það er rétt hjá Lyf og heilsu á að Samkeppniseftirlitið kemst ekki að þeirri niðurstöðu í ákvörðun nr. 9/2021 að stóru lyfjakeðjurnar séu í sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Þess í stað fjallar eftirlitið almennt um mikilvægi þess að fylgst sé vel með þróun markaðarins að þessu leyti.



27. Að lokum gagnrýna Lyf og heilsa að félagið hafi ekki haft tækifæri til að koma á framfæri andmælum vegna þessarar umfjöllunar. Eins og rakið er hér að framan lýtur gagnrýni Lyfja og heilsu að almennri umfjöllun í ákvörðun sem ekki lauk með íhlutun gagnvart samrunaaðilum. Engin ákvörðun var tekin um réttindi eða skyldur Lyfja og heilsu í málinu og fyrirtækið var því ekki aðili málsins. Fyrirtækið hefur hins vegar átt þess fullan kost á því að koma á framfæri sjónarmiðum sínum um framangreind atriði í þessu máli, líkt og það hefur gert. Þá geta fyrirtæki ávallt látið reyna á ákvarðanir eftirlitsins fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála eða dómstólum og ræðst það af atvikum hverju sinni hvort aðgerðir eftirlitsins eru tækar til kærumeðferðar eða ekki.

II. Samruninn

28. 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 að hluta yfir öðru fyrirtæki, t.d. með því að kaupa hluta af eignum þess eða þær allar, sbr. 1. mgr. 17. gr. laganna. Samkeppniseftirlitið telur að í kaupum Lyfja og heilsu á Garðs Apóteki felist samruni í skilningi 17. gr. samkeppnislaga.

3. Samrunaaðilar

29. Í samrunaskrá segir að eðli starfsemi Lyfja og heilsu felist í rekstri apóteka um landið annars vegar undir heitinu Lyf og heilsa og hins vegar Apótekarinn, sbr. nánari umfjöllun í ákvörðun Samkeppniseftirlitins nr. 28/2018. Hefur eðli starfsemi félagsins ekki breyst frá því sem þar er rakið.
30. 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 hlutafjäreign 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 hlutafjäreign í Faxi ehf. Félagið Toska ehf. er loks að fullu í eigu Jóns Hilmars Karlssonar, sonar Karls Wernerssonar sem áður var einn af aðaleigendum Lyfja og heilsu. Í samrunaskrá kemur fram að Jón Hilmar, eða félög undir hans yferráðum, fari ekki með yferráð í öðrum félögum en hér hafa verið nefnd.
31. Í samrunaskrá segir að eðli starfsemi Garðs Apóteks felist í rekstri lyfjaverslunar að Sogavegi 13, 108 Reykjavík. Felst í starfseminni almenn lyfjaverslun, þ.m.t. þjónusta í lyfjaskömmun. Þá á félagið dótturfélagið Læknastöðina Sogavegi ehf., en eðli starfsemi þess er útleiga á húsnæði til reksturs læknastofa.
32. Samkvæmt samrunaskrá setti fyrirsvarsmaður Garðs Apóteks sig í samband við Lyf og heilsu og lýsti yfir vilja til að selja félagið. Úr varð að Lyf og heilsa gerði formlegt kauptilboð um allt hlutafé í félaginu þann 26. nóvember 2020, sem samþykkt var þann sama dag, með þeim skilmálum sem þar koma fram.
33. Lyf og heilsa mun eftir kaupin fara með 100% yferráð í Garðs Apóteki í gegnum eigið eignarhald. Ekki er gert ráð fyrir félagaréttarlegum samruna á þessu stigi.



34. Af hálfu kaupanda felst ávinningur samrunans fyrst og fremst í fjárfestingu, en fyrirhugað er að reka apótekið áfram með sambærilegum hætti sem dótturfélag Lyfja og heilsu hf. Er það því jafnframt markmið samrunans af hálfu kaupanda. Af hálfu seljanda er ávinningur fyrst og fremst fjárhagslegs eðlis, þar sem hann vill selja starfsemi sína og fær endurgjald fyrir uppbyggingu sína á rekstri Garðs Apóteks.

4. Markaðir málsins

35. Við mat á samruna samkvæmt samkeppnislögum verður að byrja á því að skilgreina þann markað eða þá markaði sem við eiga. Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Hagfræðileg rök leiða til þess að líta verður á viðkomandi markað frá tveimur sjónarhornum, annars vegar vöru- og eða þjónustumarkaði og hins vegar landfræðilegum markaði. Í sumum tilvikum er nauðsynlegt að skilgreina markaðinn út frá fleiri viðdum en vörunni eða þjónustunni sjálfri og hvar hún er seld, s.s. opnunartíma verslana eða á hvaða tíma þjónusta er veitt.

4.1. Vöru- og þjónustumarkaður

36. Í samrunaskrá segir að Lyf og heilsa reki lyfjaverslanir líkt og Garðs Apótek. Samrunaaðilar benda á að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2017, var Lyfja hf., keppinautur Lyfja og heilsu, talinn starfa á markaði fyrir smásölu lyfja, markaði fyrir smásölu hreinlætis- og snyrtivara og markaði fyrir heilsuvörur. Að mati samrunaaðila takmarkast snertiflötur starfsemi þeirra við markað fyrir rekstur lyfjaverslana en um þann markað hafi Samkeppniseftirlitið fjallað í ákvörðun nr. 2/2017, *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, auk ákvarðana nr. 28/2018 og 1/2020.
37. Í samrunaskrá segir einnig að Lyf og heilsa sé í eigu félagsins Faxar ehf., en félagið er fasteignafélag. Meginstarfsemi félagsins felst í eignarhaldi þeirra fasteigna sem dótturfélag þess, Lyf og heilsa hf. nýtir. Samrunaaðilar telja í því ljósi sé hæpið að telja starfsemi félagsins til markaðar fyrir útleigu á atvinnuhúsnæði, en jafnvel þó svo væri er ljóst að markaðshlutdeild félagsins á þeim markaði væri hverfandi.
38. Samkeppniseftirlitið hefur í ýmsum fyrri málum stofnunarinnar skilgreint þá markaði sem apótek starfa á. Hefur í þeim málum einkum verið litið til lyfjamarkaðarins enda er lyfsala og sala tengdra vara meginstarfsemi apóteka. Um skilgreiningu markaðarins má t.a.m. vitna til framangreindra úrlausna samkeppnisyfirvalda og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 29/2019, *Samruni Haga hf. og Reykjavíkur Apóteks ehf.* Í því máli var m.a. fjallað um stöðu samrunaaðila á lyfjamarkaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur, markaði fyrir heilsuvörur (vítamín, bætiefni o.fl.) og markaði fyrir heilbrigðis- og hjúkrunarvörur.
39. Að mati Samkeppniseftirlitsins er sá markaður sem þetta mál varðar einkum markaðurinn fyrir smásölu bæði lyfseðilsskyldra lyfja og lausasölulyfja. Í ljósi þess að þrengri skilgreining þessa vörumarkaða hefur ekki áhrif á niðurstöðu málsins er ekki þörf á að taka hana til frekari skoðunar.
40. Varðandi aðra tengda smásölumarkaði, s.s. fyrir hreinlætis- og snyrtivörur, heilsuvörur og aðra heilbrigðis- og hjúkrunarvörur er það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki sé ástæða til að skilgreina þá markaði líkt og mál þetta liggur fyrir.

4.2. Landfræðilegi markaðurinn

41. Í samrunaskrá telja samrunaaðilar að landfræðilegur markaður sé líklegast póstnúmer 108 með hliðsjón af ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli 28/2018, *Kaup Lyfja og heilsu hf. á Opnu ehf.*



og ákvörðun nr. 1/2020, *Samruni Lyfju hf. og Árbæjarapóteks ehf.* en þar byggðu Lyfja hf. og Árbæjarapótek á því að hinn landfræðilegi markaður væri Árbær, þ.e. póstnúmer 110. Þrátt fyrir það tók Samkeppniseftirlitið ekki endanlega afstöðu til þess hvort landfræðilegi markaður málsins væri höfuðborgarsvæðið eða póstnúmer 110, þ.e. Árbær. Samrunaaðilar telja þó ekki útlokað að landfræðilegi markaður málsins teljist allt höfuðborgarsvæðið, utan Mosfellsbæjar.

42. Í umsögn Lyfju, dags. 28. desember, segir að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2020, *Samruni Lyfju hf. og Árbæjarapóteks ehf.*, taldi Samkeppniseftirlitið ekki liggja „fyrir jafn skýrar vísbendingar um að Árbær og póstnúmer. 110 geti falið í sér sérstakan landfræðilegan markað vegna lyfsölu í skilningi samkeppnislaga“, meðal annars með tilliti til þess að töluvert lægra hlutfall viðskiptavina apóteka í Árbæ kæmi úr sama póstnúmeri apótekið, eða um [40-45]% á árinu 2016, samanborið við þá greiningu sem var að finna í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2018. Var hins vegar ekki talin „þörf á því að taka endanlega afstöðu til þess hvort landfræðilegur markaður málsins sé höfuðborgarsvæðið eða eftir atvikum þrengra landsvæði innan þess“, hvar það hefði „ekki áhrif á niðurstöðu málsins hvort miðað sé við víðari eða þrengri skilgreiningu að þessu leyti“. Var framangreint síðan meðal annars stutt þeim rökum að taka þyrfti „mið af því að Lyfja starfrækir ekki apótek í næsta nágrenni við Árbæjarapótek og það liggja ekki fyrir vísbendingar í málinu að Árbæjarapótek hafi verið náinn keppinautur apóteka Lyfju“. Að mati Lyfju ætti eðli svæða, þ.m.t. lega og veiting umferðar að skipta meira máli en að einblína á póstnúmerin. Lyfja bendir jafnframt á að tvö apótek Lyfju og heilsu, í póstnúmerunum 103 og 104, séu staðsett nær Garðs Apóteki en apótek Lyfju í póstnúmeri 108.
43. Landfræðilegur markaður getur ýmist verið 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, eða eftir hvaða leiðum sala og þjónusta fer fram svo og af eðli viðskiptanna. Sérstaklega skiptir máli hversu mikil þörf er á beinum samskiptum viðskiptavina og seljanda vörunnar. Hefur almennt verið litið svo á í samkeppnisrétti að smásölumarkaðir séu staðbundnir.
44. Líkt og samrunaaðilar benda á hefur Samkeppniseftirlitið tekið til sérstakrar skoðunar í fyrri málum með hvaða hætti rétt er að skilgreina landfræðilegan markað vegna lyfsölu. Þannig hefur eftirlitið í fyrri málum skilgreint höfuðborgarsvæðið sem sérstakan markað, sbr. t.d. ákvörðun 28/2017, *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.* Í áður nefndri ákvörðun nr. 28/2018, *Kaup Lyfja og heilsu hf. á Opnu ehf.*, tók Samkeppniseftirlitið lyfsölu í Mosfellsbæ til ítarlegrar skoðunar. Var þar komist að þeirri niðurstöðu að einkennum lyfsölu í Mosfellsbæ væru með þeim hætti að um sérstakan landfræðilegan markað væri að ræða. Ástæður þess voru m.a. há tilfærsluhlutföll á milli viðskiptavina apóteka í Mosfellsbæ og greining Samkeppniseftirlitsins á gögnum frá Sjúkratryggingum Íslands, sem sýndu að stærstur hluti eða um [75-80]% viðskiptavina apótekanna á árinu 2016 voru íbúar í bænum.
45. Í máli þessu aflaði Samkeppniseftirlitið með hliðstæðum hætti gagna um tilfærsluhlutföll í póstnúmeri 108 Reykjavík, þar sem Garðs Apótek er staðsett. Í ljós kom að lægra hlutfall viðskiptavina apóteka í 108 Reykjavík kemur úr sama póstnúmeri, samanborið við hliðstæða athugun í Mosfellsbæ, sbr. nánari umfjöllun í kafla 6 hér á eftir .
46. Af framangreindu verður ráðið að ekki séu efni til þess að skilgreina hinn landfræðilega markað þrengra en höfuðborgarsvæði, sbr. fyrri ákvarðanir, eða höfuðborgarsvæðið að undanskilinni lyfsölu í Mosfellsbæ. Þar sem það hefur ekki áhrif á niðurstöðu málsins hvora skilgreininguna miðað er við er ekki þörf á að taka nánari ákvörðun um skilgreiningu markaðar að þessu leyti.



5. Staða samrunaaðila á mörkuðum málsins

47. Í samrunaskrá fjalla samrunaaðilar um stöðu sína á mörkuðum málsins út frá þeim upplýsingum sem þeir hafa aðgang að.
48. Varðandi stöðu samrunaaðila í smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu vísa þeir til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2017 þar sem hlutdeild Lyfja og heilsu var metin sem 20-25% árið 2016 og hlutdeild Garðs Apóteks metin sem 0-5%. Samrunaaðilar benda þó á að í umræddri ákvörðun var velta apóteka í Mosfellsbæ innifalin í útreikningi markaðshlutdeildar sem samkeppnisyfirvöld hafi nú lagt til grundvallar að sé sérstakur landfræðilegur markaður, sbr. ákvörðun nr. 28/2018 og úrskurður áfrýjunarefndar samkeppnismála nr. 7/2018. Telja samrunaaðilar að þar sem Lyf og heilsa reka annað tveggja apóteka þar í bæ er framangreind markaðshlutdeild félagsins af þeirri ástæðu einnig ofmetin.
49. Samrunaaðilar benda einnig á að nýir og öflugir aðilar hafi komið inn á markaðinn og nefna þeir í því samhengi innkomu Costco á markað smásölu lyfja árið 2016 og innkomu Haga með kaupum á Reykjavíkurapóteki, auk annarra breytinga. Þann 29. október 2020 var greint frá því opinberlega að Hagar hygðust hverfa af lyfsölumarkaði að nýju.
50. Síðustu ár hafa átt sér stað breytingar á markaði fyrir smásölu lyfja. 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 áranna 2018, 2019 og 2020. Byggja veltutölurnar á smásöluverðmæti (m. vsk.) allra lyfja sem afgreidd eru í gegnum lyfseðlakerfi apóteka. Bæði þau sem eru með greiðslubátttöku og þau sem eru það ekki. 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 sbr. ákvörðun nr. 28/2018. Sambærileg sjónarmið eiga við um S-merkt lyf en fullt tillit er tekið til veltu þeirra.
51. Hlutdeild Lyfja og heilsu og Garðs apóteks á höfuðborgarsvæðinu, að undanskildum Mosfellsbæ, hefur verið eftirfarandi:

Tafla 1. Hlutdeild samrunaaðila á höfuðborgarsvæðinu, að Mosfellsbæ undanskildum

	2018	2019	2020
Lyf og heilsa hf.			
Almenn lyf	[25-30]%	[25-30]%	[25-30]%
Lausasölulyf	[25-30]%	[25-30]%	[20-25]%
S-merkt lyf	[5-10]%	[10-15]%	[20-25]%
Garðs apótek ehf.			
Almenn lyf	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Lausasölulyf	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%
S-merkt lyf	[0-5]%	[0-5]%	[5-10]%
Samrunaaðilar samtals			
Almenn lyf	[30-35]%	[30-35]%	[25-30]%
Lausasölulyf	[30-35]%	[30-35]%	[25-30]%
S-merkt lyf	[10-15]%	[10-15]%	[25-30]%

Heimild: Sjúkratryggingar Íslands



52. Sé Sjúkrahúsapótek LSH ekki meðtalið væri markaðshlutdeild samrunaaðila eftirfarandi:

Tafla 2. Markaðshlutdeild samrunaaðila á höfuðborgarsvæðinu að Mosfellsbæ og sjúkrahúsapóteki LSH undanskildu.

	2018	2019	2020
Lyf og heilsa hf.			
Almenn lyf	[25-30]%	[25-30]%	[25-30]%
Lausasölulyf	[25-30]%	[25-30]%	[20-25]%
S-merkt lyf	[20-25]%	[20-25]%	[20-25]%
Garðs apótek ehf.			
Almenn lyf	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Lausasölulyf	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%
S-merkt lyf	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%
Samrunaaðilar samtals			
Almenn lyf	[30-35%]	[30-35%]	[30-35%]
Lausasölulyf	[30-35%]	[30-35%]	[25-30%]
S-merkt lyf	[25-30%]	[25-30%]	[25-30%]

Heimild: Sjúkratryggingar Íslands

53. Hlutdeild Lyfja og heilsu hefur á árunum 2018 til og með 2020 legið á bilinu [20-25]-[25-30] % í sölu lyfseðilsskyldra lyfja sem og lausasölulyfja þegar miðað er við veltu í gegnum lyfseðlakerfi apótekanna. Hlutdeild Garðsapóteks á sama tímabili hefur legið á bilinu [0-5]-[5-10]%. Sameiginleg hlutdeild samrunaaðila miðað við framangreind viðmið er því á bilinu [25-30]-[30-35]%.
6. Áhrif samrunans

6.1. Sjónarmið samrunaaðila, Lyfju og Lyfjastofnunar

54. Í samrunaskrá er það mat samrunaaðila að samkeppnisréttarleg áhrif samrunans séu hverfandi. Samruninn sé verulega frábrugðin þeim sem fjallað var um í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2018 en þar vísaði Samkeppniseftirlitið til þess að markaðshlutdeild Lyfja og heilsu hf. myndi hækka úr [50-55]% í 100% á skilgreindum markaði málsins.
55. Samrunaaðilar telja aðstæður með öðrum hætti í þeim samruna sem hér um ræðir. Telja þeir að hvort sem landfræðilegi markaðurinn sé póstnúmerið 108 Reykjavík eða allt höfuðborgarsvæðið séu engar líkur á að markaðsráðandi staða verði til eða styrkist, eða að samkeppni raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti. Takmörkuð hlutdeild samrunaaðila gefi sterka vísbendingu um að samruni muni ekki hafa skaðleg áhrif í för með sér.
56. Í samrunaskrá segir að í póstnúmeri 108 séu starfandi fjögur apótek; apótek Lyfju í Lágmúla, Reykjavíkrapótek í Skeifunni – rekið af Högum, apótek Lyfjavers á Suðurlandsbraut og Garðs Apótek. Lyf og heilsa reki sem fyrr ekki apótek í póstnúmeri 108. Af þeim aðilum sem reka apótek í póstnúmeri 108 sé Lyfja langstærsti aðilinn, sé litið til markaðshlutdeildar fyrir höfuðborgarsvæðið. Við samruna Lyfja og heilsu og Garðs Apóteks komi hins vegar nýr keppinautur inn á markaðinn í póstnúmeri 108. Að mati samrunaaðila hljóti samruninn því að hafa jákvæð áhrif á samkeppni á viðkomandi markaði, til hagsbóta fyrir neytendur.
57. Í umsögn Lyfju, dags. 28. desember 2020, er gerð athugasemd við umfjöllun í samrunaskrá samrunaaðila um að Lyf og heilsa sé að koma nýtt inn á viðkomandi svæði (póstnúmer 108). Lyfja



bendir á að Lyf og heilsa reki tvö apótek, í póstnúmerum 103 og 104, sem staðsett séu nær Garðs Apóteki en apótek Lyfju í póstnúmerum 108. Fjögur apótek séu í næsta nágrenni við Garðs Apótek, þ.e. Apótekarinn í Glæsibæ í um 900 metra fjarlægð (Lyf og heilsa), Lyfsalinn í Glæsibæ sem er í um 900 metra fjarlægð, Reykjavíkur Apótek í Skeifunni sem er í um 600 metra fjarlægð (Hagar) og Apótekarinn á Háaleitisbraut í um 1,2 km fjarlægð (Lyf og heilsa). Að mati Lyfju ætti eðli svæða, þ.m.t. lega og veiting umferðar að skipta meira máli heldur en að einblína á póstnúmer.

58. Í umsögn sinni gerir Lyfja einnig athugasemd við þær fullyrðingar Lyfja og heilsu að Lyfja hafi opnað sex ný apótek en Lyfja hafi á sama tímabili lokað þremur apótekum, í Skeifunni, auk apóteka á Laugavegi og Akureyri. Að lokum gerir Lyfja ekki ágreining við umfjöllun Lyfja og heilsu um að engri sameiginlegri markaðsráðandi stöðu sé til að dreifa og að markaðsaðstæður hafi tekið verulegum breytingum frá því sem áður var.
59. Í umsögn frá Lyfjastofnun, dags. 12. febrúar 2021, kemur fram að umræddur samruni gæti haft áhrif á eðlilega samkeppni ef hann hefur í för með sér að markaðsráðandi staða verði til innan þess markaðar sem Samkeppniseftirlitið skilgreinir sem landfræðilegan markað í málinu. Ef samruninn hefur í för með sér að Lyf og heilsa muni öðlast þann efnahagslega styrk að það hindri virka samkeppni telur Lyfjastofnun að fyrirhugaður samruni gæti gengið gegn markmiði lyfjalaga.
60. Lyfjastofnun tekur einnig fram í umsögn sinni að lyfsölumarkaðurinn hérlendis einkennist af fáum fyrirtækjum á smáum markaði. Litlir keppinautar á markaðnum eru því með mikið aðhald gagnvart stærri keppinautum og hætta á því að hagsmunir almennings skaðist ef fákeppni er á lyfsölumarkaði og aðhald stærri keppinautum minnkar.

6.2. Staðbundin áhrif

61. 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, s.s. hvort samrunaaðilar séu nánir keppinautar, hvort mikilvægur keppinautur hverfi af markaði o.s.frv.
62. Eins og áður kom fram taldi Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að skoða nánar staðbundin áhrif samrunans. Í því sambandi horfði eftirlitið til þess að tvö apótek Lyfja og heilsu eru í nálægð við Garðs apótek, n.t.t. Apótekarann Glæsibæ og Apótekarann á Háaleitisbraut, og þess að í fyrri rannsóknnum Samkeppniseftirlitsins hefur komið fram að staðsetning virðist ráða miklu um val viðskiptavina. Í rannsókninni var því lagt mat á það hvort að umrædd apótek séu nánir keppinautar í skilningi samkeppnisréttarins. Samruni náninna keppinauta getur raskað samkeppni þótt hann myndi ekki eða styrki markaðsráðandi stöðu.
63. Við matið er stuðst við svokallaða framboðssvæðisgreiningu (e. catchment area analysis), en hún gefur vísbendingu um hvort hætta sé á samkeppnislegum vandamálum í kjölfar samrunans. Með framboðssvæðisgreiningu er áætlað hversu stórt svæði hver verslun þjónustar og þær verslanir samrunaaðila skoðaðar nánar þar sem svæðin skarast. Þessi greining á staðbundnum áhrifum byggir á fordæmum úr evrópskum samkeppnisrétti og er hluti af mati á því hvort samruni feli í sér önnur atriði sem raski samkeppni með umtalsverðum hætti, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga.
64. Í mörgum þeirra mála þar sem staðbundin áhrif hafa verið metin á markaði fyrir smásölu lyfja er gert ráð fyrir því að lyfjaverslanir veiti aðeins öðrum lyfjaverslunum samkeppnislegt aðhald sem



eru innan ákveðinnar fjarlægðar. Í því tilliti hafa bresk samkeppnisyrirvöld t.a.m. miðað við svokallað framboðssvæði (e. catchment area), sem er svæðið sem er næst versluninni og laðar til sín 80% af viðskiptamönnum viðkomandi verslunar eða þá tiltekinn vegalengd frá hverri og einni verslun. Samkeppnislegt aðhald getur einnig verið mismunandi milli mismunandi verslana.⁶

65. Framangreind greining gefur til kynna að á árinu 2020 komu um [30-35]% viðskiptavina Garðs Apóteks, [20-25]% viðskiptavina Reykjavíkurapóteks og Lyfju í Skeifunni og [5-10]% viðskiptavina Lyfjavers og Lyfju í Lág múla úr sama póstnúmeri.⁷ Þegar framboðssvæði (e. catchment area) Garðs Apóteks er greint þá virðast um 80% viðskiptavina koma frá svæði sem nær yfir alla Reykjavík, Kópavog og Garðabæ.⁸ Einnig benda gögn frá Sjúkratryggingum Íslands til þess að nálægð apóteka við þjónustu lækna hafi áhrif á val viðskiptavina á apóteki, en Garðs Apótek er staðsett í sama húsi og Læknastöðin Sogavegi.⁹
66. Samkeppniseftirlitið mat einnig dreifingu apóteka í nágrenni Garðs Apóteks. Horfði eftirlitið þá til þess að í erlendri réttarframkvæmd hefur verið byggt á því að markaður fyrir smásölu lyfja sé jafnan staðbundinn og hafa erlend samkeppnisyrirvöld m.a. miðað við mælikvarða allt frá bilinu 1 km upp í 2,3 km.¹⁰ Í greiningunni er horft til 2 km. rásar í kringum Garðs Apótek.

⁶ Sjá t.d. umfjöllun í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2019, *Samruni N1 hf. og Festi hf.*

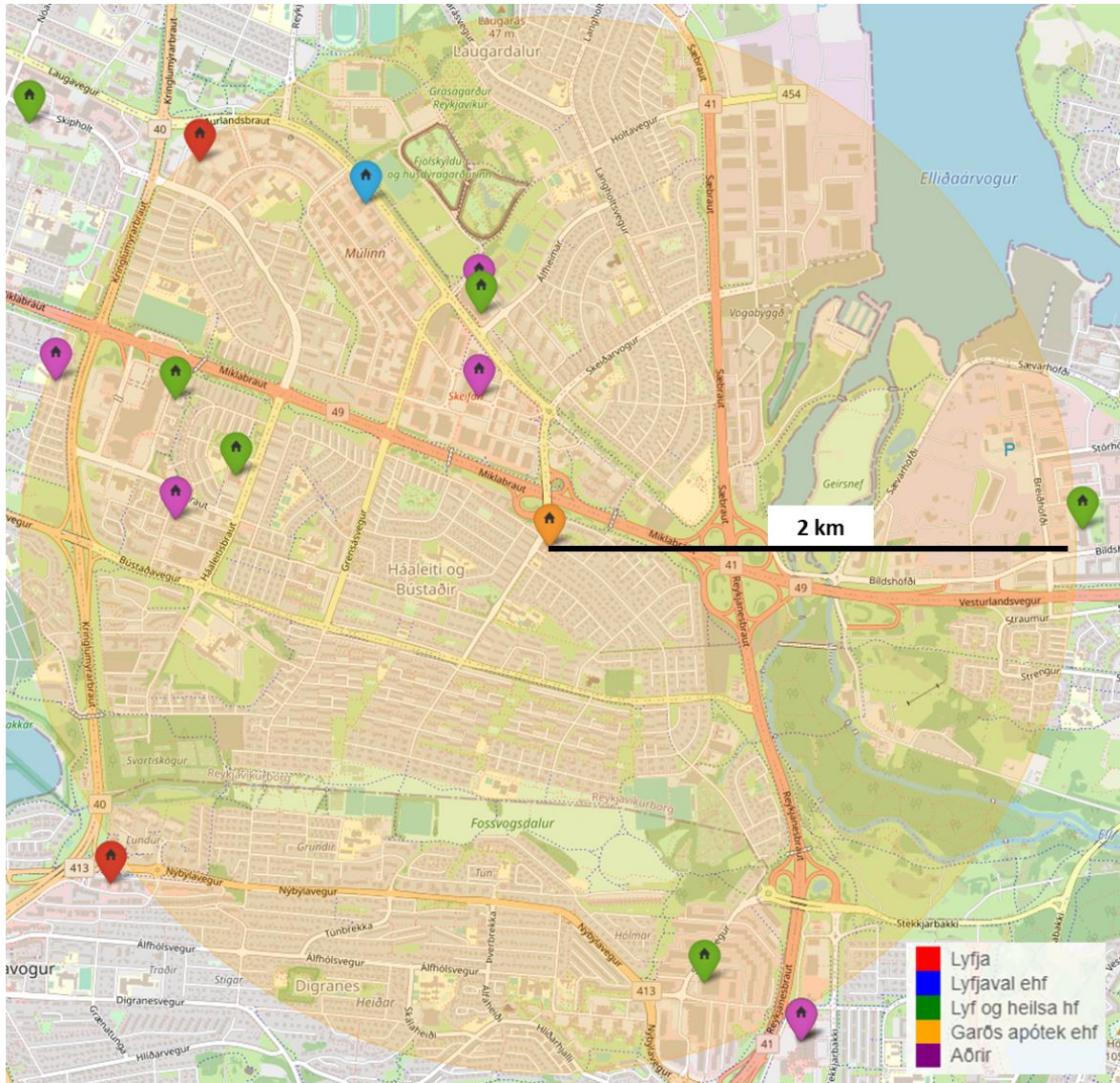
⁷ Upplýsingar frá Sjúkratryggingum Íslands.

⁸ Upplýsingar frá Sjúkratryggingum Íslands.

⁹ Upplýsingar frá Sjúkratryggingum Íslands.

¹⁰ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 22. mars 1996 í máli nr. M.716 Gehe/Lloyds (landfræðilegur markaður 1-2 mílur frá apótekum samrunaaðila), ákvörðun framkvæmdastjórnar frá 30. nóvember 2005 í máli nr. M.3990 Boots/Alliance UniChem (landfræðilegur markaður staðbundinn eða í kringum 1 mílu frá apótekum samrunaaðila), í ákvörðun breskra samkeppnisyrivalda frá 29. júlí 2016 var talið að landfræðilegir markaðir væru mismunandi eftir einstaka svæðum, í aðliggjandi byggðarkjörnum, bæjum og borg í tilviki hefðbundinna apóteka var landfræðilegur markaðurinn 2,3 km rásar frá viðkomandi apóteki samrunaaðila. Í dreifbýli var rásarinn talinn rétt stærr. Sjá einnig ákvörðun pólskra samkeppnisyrivalda í máli nr. DK-71/2017 (landfræðilegur markaður staðbundinn eða u.þ.b. 1 km frá apótekum samrunaaðila).

Mynd 1: Apótek í nálægð við Garðs Apótek – 2 km radius í kringum Garðs Apótek



Heimild: Sí og greining Samkeppniseftirlitsins.

67. Eins og sjá má á mynd 1 er að finna sex¹¹ keppnauta samrunaaðila í allt að 2 km. fjarlægð frá Garðs Apóteki. Á umræddu svæði er því að finna nokkurn fjölda keppnauta sem veita samrunaaðilum samkeppnislegt aðhald.
68. Samkvæmt framangreindu gefa þau gögn sem aflað var í málinu til kynna að viðskiptavinir víða að á höfuðborgarsvæðinu sækji viðskipti til Garðs Apóteks og að ekki séu vísbendingar um skaðleg staðbundin áhrif af samrunanum.

6.3. Um sameiginlega markaðsráðandi stöðu o.fl.

69. Samrunaákvæði samkeppnislaga taka einnig til sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu og heimila íhlutun ef slík staða verður til eða styrkist við samruna. Sömu sjónarmið eru lögð til grundvallar við mat á tilvist sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu skv. annars vegar 11. gr. samkeppnislaga og hins vegar skv. samrunaákvæðum laganna.

¹¹ Lyfja, Lyfjaver, Reykjavíkur apótek, Lyfsalinn, Farmasía og Efstaleitis apótek.



70. Við mat á því hvort tvö eða fleiri fyrirtæki séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu þarf að meta hvort að í viðkomandi markaði felist jarðvegur fyrir þegjandi samhæfingu (e. tacit coordination/collusion) þeirra. Eins og lýst var í athugasemdum við 10. gr. frumvarps þess sem varð að lögum nr. 107/2000, sbr. nú 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, getur sameiginleg markaðsráðandi staða meðal annars orðið til vegna t.d. efnahagslegra tengsla milli fyrirtækjanna sem gera þeim kleift að móta sameiginlega eða samræmda markaðsstefnu og starfa að verulegu leyti án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina eða neytenda.
71. Samkvæmt dómi undirréttar ESB í Airtours málinu frá 2002 er litið til m.a. þriggja atriða við mat á því hvort um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða.
- Í fyrsta lagi verða fyrirtæki í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu að eiga þess kost að fylgjast með hegðun annarra fyrirtækja sem deila slíkri stöðu. Hér skiptir m.a. gagnsæi á markaðnum miklu máli.
 - Í öðru lagi verður að vera til staðar hvati fyrir slík fyrirtæki til að viðhalda en víkja ekki frá hinni samhæfðu hegðun. Í þessu felst að fyrirtæki í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu geri sér grein fyrir því að allar aðgerðir af þess hálfu, í því skyni að auka markaðshlutdeild, muni aðeins leiða til hliðstæðra aðgerða keppinauta og ekkert fyrirtækjanna hafi þess vegna hag af slíkum aðgerðum.
 - Í þriðja lagi verða að vera takmarkaðar líkur á því að keppinautar eða mögulegir keppinautar, eða neytendur, geti ógnað hinni sameiginlegu markaðsráðandi stöðu.¹²
72. Við mat á framangreindu er m.a. litið til markaðshlutdeildar og samþjöppunar á markaði og tengdum mörkuðum, hvort markaður sé gagnsær og einsleitur, hvort hvatar séu til samhæfingar og hvort líkur séu á að keppinautar eða neytendur geti ógnað samhæfingunni.
73. Eins og rakið er í kafla 2 hér að framan hefur Samkeppniseftirlitið komist að þeirri niðurstöðu í fyrri úrlausnum að Lyf og heilsa og Lyfja færu með sameiginlega markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir smásölu lyfja. Í ákvörðun nr. 28/2006, *Samruni DAC ehf. og Lyfjavers ehf.* var sameiginlega markaðshlutdeild Lyfju og Lyfja og heilsu talin liggja á bilinu 75-85% í smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu.¹³ Hún var hins vegar talin liggja á bilinu 55-65% (að teknu tilliti til lyfjasviðs Landspítala) árið 2016, sbr. ákvörðun nr. 28/2017, *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.* Á árunum 2018-2020 hefur sameiginleg hlutdeild Lyfju og Lyfja og heilsu á höfuðborgarsvæðinu verið á bilinu [45-55]%. Ef horft er til sameiginlegrar hlutdeildar félaganna tveggja á landinu öllu í kjölfar þessa samruna þá var hún [60-65]% ef miðað er við árið 2020. Kaup Lyfja á Apótek MOS, sbr. ákvörðun nr. 9/2021, og kaup Lyfja og heilsu á Garðs Apóteki, leiðir eðli máls samkvæmt til þess að samanlögð hlutdeild fyrirtækjanna mun hækka.¹⁴
74. Samkvæmt upplýsingum frá Lyfjum og heilsu og Lyfju hefur fyrr nefnda fyrirtækið lokað fimm lyfjaverslunum og opnað fjórar frá árinu 2005 en á sama tíma hefur Lyfja opnað sex útibú og lokað þremur. Eins og rakið er í kafla 2 hafa fyrirtækin á sama tíma ráðist í eða áformað kaup á sjálfstæðum apótekum.

¹² Dómur í máli nr. T-342/99, Airtours gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2002:146. Sjá einnig dóm dómstóls ESB frá 10. júní 2008 í máli nr. C-413/06, Bertelsmann og Sony gegn IMPALA, EU:C:2008:392.

¹³ Ákvörðunin var staðfest með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Sjá einnig ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 4/2010, *Misnotkun Lyfja og heilsu hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*. Þar byggði Samkeppniseftirlitið á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu Lyfju og Lyfja og heilsu á höfuðborgarsvæðinu. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála tók ekki afstöðu til þess í úrskurði sínum í máli nr. 5/2010, *Lyf og heilsa gegn Samkeppniseftirlitinu*.

¹⁴ Upplýsingar frá Sjúkratryggingum Íslands.



75. Að virtum gögnum og upplýsingum þessa máls telur Samkeppniseftirlitið samrunann ekki hafa þau áhrif að hann myndi eða styrki sameiginlega markaðsráðandi stöðu Lyf og heilsu annars vegar og Lyfju hins vegar. Hins vegar mun Samkeppniseftirlitið fylgjast náið með frekari þróun markaðarins og e.a. taka til frekari skoðunar hvort sameiginleg markaðsráðandi staða hafi myndast.
76. Samkeppniseftirlitið taldi ekki tilefni til að afla gagna eða taka að öðru leyti til ítarlegrar skoðunar mögulega lóðréttu samþættingu eða samsteypuáhrif vegna samrunans.

III. Niðurstaða

77. Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna ber að líta til þess hvort samruni leiði til þess að markaðsráðandi staða verði til eða styrkist eða hvort samruninn leiði til þess að samkeppni raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Í 4. gr. samkeppnislaga kemur fram að markaðsráðandi sé fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrk að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og að það geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppnauta, viðskiptavina og neytenda.
78. Rannsókn málsins leiðir í ljós að sameinað fyrirtæki mun verða í samkeppni við sex aðra keppnauta sem eru á svæði sem afmarkast af 2 km. radiusar frá Garðsapóteki. Jafnframt leiðir greiningin í ljós að Garðsapótek sækir viðskipti sín víða að og að staðbundin áhrif kalli ekki á íhlutun.
79. Jafnframt leiðir af þessum samruna sem og öðrum samrunum síðustu missera að hlutdeild tveggja stærstu lyfsölukeðjanna hefur aukist meira en ella. Hins vegar er það mat Samkeppniseftirlitsins að þessi samruni leiði ekki til myndunar eða styrkingar á sameiginlega markaðsráðandi stöðu Lyfja og Lyf og heilsu. Eftirlitið mun hins vegar fylgjast með frekari þróun markaðarins.
80. Í ljósi framangreinds er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að ekki séu forsendur til íhlutunar vegna samruna Lyfja og heilsu og Garðs Apóteks.

IV. Ákvörðunarorð:

„Kaup Lyfja og heilsu á rekstri Garðs Apóteks fela í sér samruna í skilningi samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið telur ekki forsendur til þess að hafast frekar í máli þessu.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson