



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Þriðjudagurinn 11. júlí 2006

Ákvörðun nr. 28/2006

Samruni DAC ehf. og Lyfjavers ehf.

Efnisyfirlit

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. Málavextir og málsmeðferð | 3 |
| II. Samruni | 4 |
| III. Skilgreining markaða | 5 |
| 1. Vöru- og þjónustumarkaður | 8 |
| 1.1 Pökkun og skömmtun lyfja | 9 |
| 1.1.1 Sjónarmið samrunaaðila | 9 |
| 1.1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins | 10 |
| 1.2 Markaður fyrir smásölu lyfja | 12 |
| 1.2.1 Sjónarmið samrunaaðila | 12 |
| 1.2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins | 13 |
| 1.3 Innflutningur, heildsala og dreifing á lyfjum | 16 |
| 2. Landfræðilegur markaður | 17 |
| 2.1 Pökkun og skömmtun lyfja | 17 |
| 2.2 Markaður fyrir smásölu lyfja | 17 |
| 2.2.1 Sjónarmið samrunaaðila | 17 |
| 2.2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins | 18 |
| 2.3 Innflutningur, heildsala og dreifing á lyfjum | 20 |
| IV. Áhrif samrunans á samkeppni | 22 |
| 1. Inngangur | 22 |
| 1.1 Markaðshlutdeild | 23 |
| 1.2 Samþjöppun á markaði | 24 |
| 1.3 Staða keppinauta og efnahagslegur styrkur sameinaðs fyrirtækis ... | 26 |
| 1.4 Möguleg samkeppni og aðgangshindranir að markaðnum | 26 |
| 1.5 Kaupendastyrkur | 27 |
| 2. Pökkun og skömmtun lyfja | 27 |
| 2.1 Markaðshlutdeild og samþjöppun | 27 |
| 2.2 Staða keppinauta og efnahagslegur styrkleiki | 29 |
| 2.3 Möguleg samkeppni og aðgangshindranir að markaðnum fyrir skömmtun lyfja fyrir stofnanir | 29 |
| 2.4 Kaupendastyrkur | 31 |
| 2.5 Niðurstaða | 33 |
| 3. Markaður fyrir smásölu lyfja | 33 |
| 3.1 Skilyrði fyrir sameiginlegri markaðsráðandi stöðu | 34 |
| 3.2 Lyf og heilsa og lyfja eru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir smásölu lyfja | 38 |
| 3.2.1 Markaður fyrir smásölu lyfja er gagnsær | 39 |
| 3.2.2 Vörur á markaði fyrir smásölu lyfja eru einsleitir | 42 |
| 3.2.3 Á markaði fyrir smásölu lyfja eru hvatar fyrir samhæfða markaðsstefnu og líkur á að samkeppni verði svarað í sömu mynt | 43 |



| | | |
|------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3.2.4 | Umtalsverðar eða byltingakenndar nýjungar hafa ekki átt sér stað á markaði fyrir smásölu lyfja | 47 |
| 3.2.5 | Kostnaðaruppbygging Lyfja og heilsu og Lyfju er áþekk | 50 |
| 3.2.6 | Mikil samþjöppun er á markaði fyrir smásölu lyfja | 51 |
| 3.2.7 | Takmarkaðar líkur á að keppinautar (og mögulegir keppinautar) eða neytendur geti ógnað samhæfingunni..... | 54 |
| 3.2.7.1 | Lagalegar hindranir | 55 |
| 3.2.7.2 | Hegðun lyfjakeðjanna á markaði fyrir smásölu lyfja | 56 |
| 3.2.8 | Kaupendastyrkur er ekki fyrir hendi á markaði fyrir smásölu lyfja | 60 |
| 3.2.9 | Samruni DAC og Lyfjavers styrkir sameiginlega markaðsráðandi stöðu Lyfja og heilsu og Lyfju á markaðnum fyrir smásölu lyfja ... | 61 |
| 4. | Innflutningur, heildsala og dreifing á lyfjum..... | 66 |
| V. | Niðurstaða | 68 |
| VI. | Ákvörðunarorð: | 71 |



I. Málavextir og málsmeðferð

Með bréfi Helgu M. Óttarsdóttur hdl., dags. 16. mars 2006, var Samkeppniseftirlitinu tilkynnt um að skilyrt kauptilboð DAC ehf. (DAC) í allt hlutafé Lyfjavers ehf. (Lyfjaver) (hér eftir nefndir samrunaaðilar) hefði verið samþykkt þann 8. mars sama árs. Bréfinu fylgdi samrunatilkynning, sbr. reglur nr. 881/2005 um tilkynningu samruna (samrunatilkynningin).

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. apríl 2006, tilkynnti stofnunin málsaðilum að það teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 4. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Upphaf þriggja mánaða frests samkeppnisyfirvalda til að taka afstöðu til samrunans miðast því við þann dag, sbr. sama lagaákvæði.

Þá hafa fulltrúar Samkeppniseftirlitsins átt viðtöl við ýmsa aðila á markaðnum, svo sem keppinauta samrunaaðila á viðkomandi mörkuðum, viðskiptavinum o.fl. Að því marki sem upplýsingar og viðhorf þessara aðila eru talin skipta máli fyrir niðurstöðu máls þess er þess getið í ákvörðun þessari.

Að lokinni athugun á samkeppnislegum áhrifum samrunans sendi Samkeppniseftirlitið Helgu M. Óttarsdóttur hdl. andmælaskjal vegna samrunans, dags. 9. júní 2006, ásamt gagnalista. Var óskað eftir því að skriflegar athugasemdir bærust stofnuninni eigi síðar 23. júní s.l. Með bréfi lögmannsins, dags. 23. júní s.l., barst Samkeppniseftirlitinu greinargerð samrunaaðila vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins.

Samrunaaðilar óskuðu eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu vegna málsins. Voru haldnir fundir þann 23. júní og 26. júní 2006, þar sem samrunaaðilar gerðu grein fyrir viðhorfum sínum til þessa máls. Að auki var haldinn fundur þann 30. júní s.l. þar sem samrunaaðilar gerðu frekari grein fyrir sjónarmiðum sínum. Þá barst Samkeppniseftirlitinu bréf, dags. 4. júlí 2006, frá samrunaaðilum þar sem settar voru fram tillögur að mögulegum skilyrðum vegna samrunans en að beiðni samrunaaðila var haldinn fundur 5. júlí 2006 þar sem samrunaaðilar gerðu nánari grein fyrir þessum skilyrðum. Barst Samkeppniseftirlitinu tillaga að viðbótarskilyrði vegna samrunans frá samrunaaðilum með tölvubréfi, dags. 7. júlí s.l.

Í greinargerð sinni vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins vísa samrunaaðilar til þess að í samrunatilkynningunni hafi athygli verið vakin á hugsanlegum jákvæðum áhrifum samrunans, en um það sé hins vegar ekki fjallað í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins og virðist stofnunin ekki taka neitt tillit til þessara sjónarmiða við frummat sitt á áhrifum samrunans. Kemur fram það mat samrunaaðila að samruninn muni hafa í för með sér lægra verð á lyfjum þar sem samhliða innflutningur á lyfjum verði styrktur. Þá muni samruninn að auki tryggja að lyfjaskömmun verði áfram stunduð með vélrænum hætti, en í því sambandi vísa samrunaaðilar til þess að bent hafi verið á að það tryggi bæði öryggi og



lækki verð til sjúklinga. Þá vísa samrunaaðilar til þess að á Samkeppniseftirlitinu hvíli skylda samkvæmt stjórnarsýslulögum nr. 37/1993 til að rannsaka mál nægilega áður en það tekur endanlega ákvörðun í stjórnarsýslumáli. Hafi stofnunin að mati samrunaaðila ekki rannsakað málið nægilega og í nokkrum mæli litið framhjá upplýsingum málsaðila án þess að rökstyðja eða útskýra það með nokkrum hætti.

Samkeppniseftirlitið hefur í þessu máli aflað margsvíslegra gagna og upplýsinga frá samrunaðilum og öðrum fyrirtækjum og stofnunum sem tengjast mörkuðum þessa máls. Í 17. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005 er fjallað um andmælaskjal stofnunarinnar í málum, þ. á m. samrunamálum, þar sem íþyngjandi ákvörðun kann að verða tekin. Er tekið fram í ákvæðinu að andmælaskjal skuli lýsa helstu atvikum máls og greina frá grundvelli þess í aðalatriðum. Miðar andmælaskjal sem þetta að því að auðvelda málsaðilum að nýta sér andmælarétt sinn og stuðla að því að mál sé að fullu upplýst. Í máli þessu liggur fyrir að Samkeppniseftirlitið tók saman ítarlegt andmælaskjal í málinu og sendi samrunaaðilum til umsagnar. Er sérstaklega tekið fram í bréfi með andmælaskjalinu hver tilgangur þess sé. Var málsaðilum því ljóst eftir að þeir fengu andmælaskjal eftirlitsins í hendur að búast mætti við íhlutun í málinu sem og að helstu rök fyrir því að unnt væri að beita 17. gr. samkeppnislaga voru tilgreind. Hafa samrunaaðilar gert athugasemdir við andmælaskjalið í greinargerð sinni til Samkeppniseftirlitsins sem og á fundum. Verður ekki annað séð af athugasemdum samrunaaðila en að þeir hafi meðtekið þau samkeppnislegu vandamálum sem Samkeppniseftirlitið telur leiða af samrunanum. Telur Samkeppniseftirlitið að málsmeðferð þess og rannsókn málsins hafi verið í samræmi við ákvæði samkeppnislaga og stjórnarsýslulaga.

Fjallað er um efnisleg sjónarmið samrunaaðila í umfjöllun um samkeppnisleg áhrif samrunans.

II. Samruni

Í samrunatilkynningunni kemur fram að skilyrt kauptilboð DAC í allt hlutafé Lyfjavers hafi verið samþykkt þann 8. mars 2006. Er í tilkynningunni vísað til umfjöllunar í skýrslu Ríkisendurskoðunar frá 2004 um lyfjamarkaðinn, þar sem fram hafi komið að lyfjaverð væri almennt hærra hér á landi en í nágrannalöndum okkar.¹ Sé ein ástæða þess sögð vera sú að innflutningur og dreifing lyfja til smásala á Íslandi sé í höndum heildsala sem jafnframt hafi hver um sig umboð fyrir tiltekna lyfjaframleiðendur. Um sé að ræða ólíkt fyrirkomulag en tíðkist í sumum hinna Norðurlandanna þar sem margir heildsalar dreifa lyfjum frá sömu lyfjaframleiðendum. Þá er vísað til þess að í skýrslu Ríkisendurskoðunar segi orðrétt:

1 Skýrsluna í heild sinni má finna á heimasíðu Ríkisendurskoðunar á slóðinni: rikisend.is.



„Heildsölu- og dreifingarkerfi með beinni aðild umboðsaðila getur torveldað nýjum aðilum aðkomu að markaðnum því að þeir sem standa utan við dreifingarfyrirtækin geta átt erfiðara með að markaðssetja sín lyf. Heildsalar, sem jafnframt eru umboðsmenn lyfjaframleiðenda, eru ólíklegir til að hefja sölu á lyfjum frá öðrum framleiðendum í beinni samkeppni við þau lyf sem þeir hafa umboð fyrir. Þetta á ekki síst við um samheitalyf sem keppa við þau frumlyf sem fyrirtækin hafa umboð fyrir.“

Segir að í skýrslunni komi einnig fram að þar sem samevrópski markaðurinn sé frjáls ætti oft að vera hægt að nýta heimild til samhliða innflutnings og ná fram verulegra lægra verði en ella. Hafi DAC verið stofnað til að annast samhliða innflutning og heildsölu lyfja og ná með því lækkun innkaupakostnaðar. Vegna sterkrar stöðu heildsala, einkum Vistor hf. (Vistor) og Icepharma hf. (Icepharma) hafi árangur þessa þó ekki verið sem skyldi, en af þeim sökum hafi DAC talið ljóst að nauðsynlegt væri að auka umfang rekstrarins og magn hins samhliða innflutnings. Þar sem Lyfjaver hafi einnig verið virkt í samhliða innflutningi hafi sameining félaganna verið augljós kostur.

Um samkeppnisfyrirvara segir í kaupsamningi félaganna:

„Gerður er fyrirvari um að samkeppnisfyrirvöld geri ekki athugasemdir við kaup tilboðsgjafa á félaginu. Komi til þess að samkeppnisfyrirvöld ógildi kaupin eða geri ráðstafanir sem hafa áhrif á samningssamband tilboðsgjafa og tilboðshafa, t.d. með skilyrðum fyrir kaupunum telst tilboðsgjafi hafa fallið frá kaupunum og skulu aðilar bera hvor sinn kostnað af öllum tilfallandi kostnaði af kaupunum, þ.e. lögmannskostnaði og kostnaðar vegna reikningslegrar aðstoðar.“

Í samrunatilkynningunni kemur fram að Lyfjaver sé einkahlutafélag í eigu fjögurra hluthafa, en starfsemi félagsins felist einkum í innflutningi, heildsölu, skömmtnun og smásölu lyfja. Segir að DAC sé einkahlutafélag í eigu L&H Eignarhaldsfélags (L&H), en [...]². Felist starfsemi DAC í innflutningi, heildsölu og skömmtnun lyfja. Segir í samrunatilkynningunni að starfsemi Lyfjavers skarist við starfsemi Lyfja og heilsu, en hið síðarnefnda félag hefur þann tilgang að reka smásöluverslanir, þ.m.t. lyfjabúðir, framleiðslu, heildsölu, kaup og sölu fasteigna og skyldan rekstur. Jafnframt kemur fram að Lyf og heilsa eigi dótturfélögin Nesapótek ehf., Apótek Keflavíkur ehf. og Dalvíkur Apótek ehf.

Í máli þessu liggur fyrir að með kaupum DAC á öllu hlutafé í Lyfjaveri hefur átt sér stað samruni í skilningi samkeppnislaga, sbr. einkum 7. tl. 1. mgr. 4. gr. laganna. Með hliðsjón af eignarhaldi L&H á DAC er að auki ljóst að samruni Lyfjavers og Lyfja og heilsu hefur átt sér stað.

III. Skilgreining markaða

2 Upplýsingar um eignarhald. Merkt sem trúnaðarupplýsingar í samrunatilkynningu.



Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga verður að skilgreina þá markaði sem við eiga.

Samkvæmt 5. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar vöru eða þjónustu. Með hliðsjón af hagfræðilegum rökum þarf að líta á viðkomandi markað út frá að minnsta kosti tveimur sjónarmiðum; annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn. 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 nr. 17-18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*.

Áður en fjallað verður um þá markaði sem koma til skoðunar í þessu máli telur Samkeppniseftirlitið rétt í upphafi að fjalla stuttlega um hugtök sem koma fyrir í eftirfarandi umfjöllun.

Í 1. tl. 1. mgr. 5. gr. lyfjalaga nr. 93/1994 kemur fram að með hugtakinu sérlyf samkvæmt lögnum sé átt við öll lyf, tilbúin eða sem næst tilbúin, sem veitt hefur verið markaðsleyfi fyrir, undir sérstöku heiti og í sérstöku umbúðum framleiðanda (markaðsleyfishafa). Í 2. tl. sama ákvæðis kemur fram að hugtakið lyf samkvæmt lögnum merki hvers konar efni eða efnasamsetningar sem sögð eru búa yfir eiginleikum sem koma að gagni við meðferð sjúkdóma hjá mönnum eða dýrum eða við forvarnir gegn sjúkdómum eða hvers konar efni eða efnasamsetningar sem nota má fyrir menn eða dýr eða gefa þeim, annað hvort í því skyni að endurheimta, lagfæra eða breyta lífeðlisfræðilegri starfsemi fyrir tilstilli líflyfjafræðilegrar eða ónæmisfræðilegrar verkunar eða verkunar á efnaskipti eða til þess að staðfesta sjúkdómsgreiningu.

Með frumlyfi (e. originator drugs, brands) er átt við lyf sem inniheldur nýtt virkt efni sem viðkomandi lyfjafyrirtæki hefur uppgötvað, þróað og markaðssett fyrst og fær einkaleyfi fyrir í einhvern ákveðinn tíma.³ Samheitalyf eða eftirlíkingarlyf (e. generics) nefnast þau lyf sem innihalda sama virka efnið og lyf sem hefur áður verið markaðssett sem frumlyf. Til að fá markaðsleyfi fyrir samheitalyf þarf lyfið að vera sambærilegt frumlyfi hvað varðar lyfjaform og klíníska eiginleika og að auki þarf framleiðandi að sýna fram á upptaka lyfsins í líkamann sé það sama og hjá frumlyfi.⁴ Samkvæmt 7. mgr. 33. gr. lyfjalaga er með samhliða innflutningi (e. parallel imports) átt við innflutning á sérlyfi sem hefur markaðsleyfi í öðru landi, sem er aðili að EES-samningnum og er flutt þaðan til Íslands, en viðkomandi lyf er þegar skráð og hefur markaðsleyfi hér á landi.⁵

3 Þessa skilgreiningu er t.d. að finna í Síriti Félags íslenkra stórkaupmanna (FÍS) um lyfjamál: Heildarsýn á lyfjamarkaðinn á Íslandi (Útgáfa 3.1). Ritíð í heild sinni má finna á heimasíðu FÍS á slóðinni: <http://www.fis.is>

4 Sjá Sírit FÍS um lyfjamál.

5 Um skráningu og útgáfu markaðsleyfa samhliða lyfja er fjallað um í reglugerð nr. 582/1995 ásamt síðari breytingum. Í 1. gr. reglugerðarinnar segir: „Samhliða lyf er sérlyf, sem hefur markaðsleyfi í öðru landi sem er aðili að EES-samningnum, og er flutt þaðan til Íslands en viðkomandi sérlyf frá sama fyrirtæki eða fyrirtækjasamsteypu er þegar skráð og hefur markaðsleyfi hér á landi. Áður en samhliða lyf er sett á markað héraðs verður það að hafa hlotið viðurkenningu



Þá er unnt er að greina á milli lyfseðilskyldra lyfja annars vegar, þ.e. lyfja sem aðeins eru afgreidd samkvæmt lyfseðli og lausasölulyfja hins vegar, þ.e. lyfja sem unnt er að kaupa án lyfseðils (e. over the counter). Þá bjóða flestar lyfjabúðir einnig upp á úrval af öðrum vörum en lyfjum, s.s. heilsuvörum, hjúkrunarvörum, snyrtivörum o.fl.

Samkeppniseftirlitið telur einnig rétt að taka hér fram að íslenskum lyfjamarkaði er í veigamiklum atriðum stjórnað af íslenskum stjórnvöldum. Þannig er t.a.m. kveðið á um það í lyfjalögum að innflytjendur lyfja, lyfjaframleiðendur og umboðsmenn þeirra skuli sækja um hámarksverð í heildsölu, greiðslupátttöku almannatrygginga og allar verðbreytingar á lyfseðilsskyldum lyfjum til lyfjagreiðslunefndar.⁶ Ákveður nefndin að fenginni umsókn m.a. hámarksverð á lyfjum sem eru með markaðsleyfi bæði í heildsölu og smásölu og greiðslupátttökuverð, en það er það verð sem almannatryggingar skulu miða greiðslupátttöku sína við.⁷ Í því skyni að ná markmiðum lyfjalaga um að halda lyfjakostnaði í lágmarki skal lyfjagreiðslunefnd sjá til þess að lyfjaverð hér á landi sé að jafnaði sambærilegt við verð í viðmiðunarlöndum á Evrópska efnahagssvæðinu.⁸ Ber lyfjagreiðslunefnd að fylgjast með verðlagningu lyfja í heildsölu og smásölu og greiðslupátttökuverði í löndum á Evrópska efnahagssvæðinu og taka mið af þeim athugunum við verðákvarðanir sínar.⁹ Í 3. mgr. 43. gr. lyfjalaga segir að þegar um samhliða innflutt lyf sé að ræða skuli lyfjagreiðslunefnd við ákvörðun hámarksverðs meðal annars hafa hliðsjón af því verði sem innflytjandi sækir um, enda sé það lægra en verð sama lyfs hér á landi. Samkvæmt sömu málsgrein ber nefndinni hins vegar við ákvörðun á verði og greiðslupátttökuverði samheitalyfja að hafa hliðsjón af verði viðkomandi samheitalyfja á Evrópska efnahagssvæðinu. Þá miðast greiðslupátttaka almannatrygginga á lyfjum að hámarki við svokallað viðmiðunarverð, en með viðmiðunarverði er átt við lægsta hámarksverð samheitalyfja og/eða samhliða innfluttra lyfja.¹⁰ Í samræmi við þetta gefur lyfjagreiðslunefnd út lyfjaverðskrá þar sem fram kemur meðal annars viðmiðunarverðskrá, greiðslupátttaka

heilbrigðisyfirvalda, þ.e. vera skráð og hafa öðlast markaðsleyfi. Með samhliða lyfi er jafnt átt við lyf sem framleidd eru hér á landi og erlendis."

6 Lyfjagreiðslunefnd er skipuð af heilbrigðis- og tryggingamálaráðherra samkvæmt 43. gr. lyfjalaga ásamt síðari breytingum. Nánari reglur um starfssemi lyfjagreiðslunefndar er að finna í reglugerð nr. 213/2005.

7 Í Síriti FÍS um lyfjamál er fjallað um ástæður þess að lyfjaverð sé ekki algjörlega frjálst. Segir að í fyrsta lagi séu lyf ekki almenn neysluvara, heldur heilbrigðistækni sem lúti ströngum gæðakröfum yfirvalda í framleiðslu og dreifingu, en þ.a.l. séu margar kvaðir á framleiðendum og dreifingaraðilum sem gerir verðmyndun flóknari en á annarri vöru. Í öðru lagi sé í flestum tilfellum aðeins um að ræða einn aðalkaupanda lyfja, þ.e. ríkið, sem endurgreiði stóran hluta lyfjakostnaðar sjúklinga. Það sé því eðlilegt að fulltrúar þessa kaupanda þurfi að semja við heildsala, framleiðanda eða apótek um hámarksverð hvers lyfs.

8 Viðmiðunarlöndin eru Danmörk, Finnland, Noregur og Svíþjóð.

9 Í 5. gr. reglugerðar um lyfjagreiðslunefnd nr. 213/2005 segir m.a.: „Lyfjagreiðslunefnd ákvarðar hámarksverð lyfs í heildsölu með hliðsjón af verði sömu lyfja í viðmiðunarlöndunum, sbr. 1. mgr. 4. gr. Fulltrúi samtaka lyfjaheildsala tekur sæti í nefndinni, þegar teknar eru almennar ákvarðanir um hámarksverð í heildsölu. ... Lyfjagreiðslunefnd ákvarðar hámarksverð lyfs í smásölu, á grundvelli viðurkennds hámarksverðs í heildsölu, sbr. 1. mgr. og með hliðsjón af verði sömu lyfja í viðmiðunarlöndunum. Fulltrúi samtaka lyfjasmásala tekur sæti í nefndinni, þegar teknar eru almennar ákvarðanir um hámarksverð í smásölu...."

10 Um forsendur greiðslupátttöku er fjallað um í reglugerð um lyfjagreiðslunefnd nr. 213/2005. Nánari reglur um greiðslur almannatrygginga í lyfjakostnaði er að finna í reglugerð nr. 458/2005.



almannatrygginga vegna hvers lyfs, hámarksverð og greiðsluþátttökuverð allra lyfseðilsskyldra lyfja, ásamt heilidsöluverði.

Af því sem hér segir er ljóst að samkeppni á lyfjamarkaði er þegar takmörkuð vegna opinberra reglna sem gilda um verðlagningu lyfja og greiðsluþátttöku almennatrygginga. Verðlagning lausasölulyfja er hins vegar frjáls.

1. Vöru- og þjónustumarkaður

Samkvæmt 6. kafla reglna Samkeppniseftirlitsins um tilkynningu samruna nr. 881/2005 segir m.a. svo um skilgreiningar á mörkuðum:

„Með viðkomandi vörumarkaði 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 markaðinum.“

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að tilgangur þess að skilgreina viðkomandi markað í samrunamálum er að finna það svið viðskipta sem samruninn hefur áhrif á.¹¹ Við athugun á áhrifum samruna er því, við skilgreiningu á þeim mörkuðum sem um er að ræða, verið að meta hvaða fyrirtæki eru eða geta verið í samkeppni við þau fyrirtæki sem samruninn tekur til. Þetta er gert sökum þess að það eru einungis önnur fyrirtæki sem geta veitt hinu sameinaða fyrirtæki samkeppnislegt aðhald og með því að skilgreina hverjir það eru sem keppa á viðkomandi markaði er hægt að meta markaðsstyrk samrunafyrirtækjanna.¹²

Eins og fram hefur komið starfa báðir samrunaaðilar á lyfjamarkaði. Felst starfsemi Lyfjavers aðallega í innflutningi, heilidsölu, dreifingu, skömmun og

11 Þessi tilgangur með markaðsskilgreiningu er víðast hvar lagður til grundvallar í samkeppnisrétti. Í ECS/AKZO málinu, OJ 1985 L374/1 lýsti framkvæmdastjórn ESB því t.a.m. yfir að: „the object of market delineation 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.“ Sjá hér einnig Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [1998] 4 C.M.L.R 177: „Market definition is a tool to identify and define the boundaries of competition between firms. ... The objective of defining a market in both its product and geographic dimensions is to identify those actual competitors of the undertakings involved that are capable of constraining those undertakings behaviour and of preventing them from behaving independently of effective competitive pressure. It is from this perspective, that the market definition makes it possible, inter alia, to calculate market shares that would convey meaningful information regarding market power for the purpose of assessing dominance ...“

12 Samskonar umfjöllun er t.d. að finna í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 22/2006 Samruni Dagsbrúna hf. og Senu ehf. og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 Samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf.



smásölu lyfja. Þessi starfsemi skarast bæði við starfsemi DAC og Lyfja og heilsu. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að samkeppnislegra áhrifa samrunans muni fyrst og fremst gæta á framangreindum mörkuðum. Það athugast að í greinargerð samrunaaðila við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins koma fram sjónarmið um skilgreiningu markaða. Verður nánar gerð grein fyrir þessum sjónarmiðum í umfjöllun um hvern markað fyrir sig.

1.1 Pökkun og skömmtnun lyfja

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að einn þeirra markaða sem á reyndi í máli þessu væri markaður fyrir pökkun og vélskömmtnun lyfja. Var það frummat stofnunarinnar að vélskömmtnun gæti ekki talist sambærileg þjónusta og handskömmtnun, en í því sambandi vísaði stofnunin m.a. til útboðs LSH vegna lyfjaskömmtnunar þar sem gert var að skilyrði að um vélskömmtnunarbþjónustu væri að ræða. Auk þess var það mat stofnunarinnar að vélskömmtnun gæti ekki talist órjúfanlegur hluti af þjónustu apóteka og teldist af þeim sökum ekki hluti markaðar fyrir smásölu lyfja.

1.1.1 Sjónarmið samrunaaðila

Í tilkynningu samrunaaðila kemur fram að á undanförunum árum hafi þjónusta sem felist í vélskömmtnun lyfja sótt á og orðið órjúfanlegur hluti þjónustu apóteka. Segir að Lyfjalausnir, DAC og Lyfjaver vélskammti lyfjum. Sé þar annars vegar um að ræða þjónustu við viðskiptavinum lyfjaverslana og hins vegar þjónustu við sjúkrahús og hjúkrunarheimili. Að því er varðar skömmtnun fyrir viðskiptavinum lyfjaverslana sé sú þjónusta hluti af þjónustu lyfjaverslana og sambærileg við handskömmtnun sem sé víða gerð í apótekum. Á sama hátt sé handskömmtnun á hjúkrunarheimilum sambærileg við vélskömmtnun. Í því sambandi beri að líta til þess að sá kostnaður sem greiddur sé fyrir skömmtnun fyrir hvern sjúkling komi í stað aukins vinnuframlags starfsmanna sjúkrahúsa og hjúkrunarheimila. Í greinargerð samrunaaðila er þetta sjónarmið ítrekað. Vísa samrunaaðilar til þess að Lyfjastofnun hafi túlkað lög og reglur um lyfjamarkaðinn með þeim hætti að fyrirtækjum sem sinni vélskömmtnun sé óheimilt að stunda slíka þjónustu á neytendamarkaði nema að reka apótek því samhliða eða selja skömmtnuð lyf ella einungis til aðila sem hafa lyfsöluleyfi. Segir að þar sem óheimilt sé að reka skömmtnunarbþjónustu á neytendamarkaði nema í tengslum við rekstur apóteks verði að líta á skömmtnun og smásölu sem einn og sama markað. Þá segir að mikilvægt sé að greina á milli kaupenda skömmtnunar, þ.e. ef talið yrði rétt að aðgreina skömmtnun lyfja frá smásölu lyfja. Sé annars vegar um að ræða hóp sem sé mun stærri og samanstandi af stofnunum, spítölum eða hjúkrunarheimilum, en þessar stofnanir kaupi í flestum tilvikum lyfin á heilðsöluverði að viðbættum þjónustugjöldum. Sé í þessum tilvikum um að ræða virðisaukandi þjónustu við heilðsölumarkaðinn og beri að líta til þess að hér sé styrkur kaupenda mikill. Hins vegar sé um að ræða sölu til einstaklinga, en í þeim tilvikum sé um að ræða virðisaukandi þjónustu við smásölumarkað lyfja. Í báðum tilvikum sé um að ræða starfsemi sem sé aldrei í hefðbundinni samkeppni og alltaf samtvinnuð smásölu eða heilðsölu eftir því hver kaupandinn sé.

Í greinargerð sinni vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins vísa samrunaaðilar enn fremur til þess að markaður fyrir skömmtnun sé um margt



mjög sérstakur m.a. þar sem eðlileg markaðslögmál gildi ekki að öllu leyti á markaðnum. Telja samrunaaðilar það þjóðhagslega óhagkvæmt að hafa margar einingar sem veiti skömmtunarþjónustu enda séu aðalkaupendur þessarar þjónustu mjög öflugir aðilar. Segir að Ísland sé eina landið af Norðurlöndunum þar sem sjúkratryggingakerfið tekur ekki þátt í að greiða þjónustugjöldin og þann kostnaðarauka sem verður við það að vél- eða handskammta, en rekstraraðilum sé gert að sækja þær tekjur sem þarf til að sinna viðskiptavinum eða greiða þann kostnað af eigin framlegð, sem aftur sé líka skömmtuð af hinu opinbera. Aðilum á þessum markaði sé þar að auki sett svo ströng skilyrði af stjórnvöldum að þjónustan geti vart staðið undir sér nema að hafa aðgang að stórum kaupendum.

1.1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Um skömmtun lyfja gildir reglugerð nr. 850/2002 um skömmtun lyfja. Er með handskömmtun lyfja átt við skömmtun lyfja í skammtaöskjur í lyfjabúðum eða sjúkrahúsapótekum, en með vélskömmtun lyfja er hins vegar átt við skömmtun lyfja með þar til gerðri vél í viðurkenndar umbúðir. Samkvæmt reglugerðinni er lyfjabúðum og sjúkrahúsapótekum heimilt að handskammta í skammtaöskjur að því tilskildu að farið sé að almennum heimildum um framleiðslu og afgreiðslu lyfja og að um sé að ræða lyf sem afgreidd séu beint til sjúklinga. Jafnframt er heilbrigðisstofnunum, sem starfrækja sjúkrahúsapótek eða hafa gert samning um lyfjafræðilega þjónustu við lyfjafræðing, heimilt að skammta lyf fyrir einstaka vistmenn stofnunar, enda séu nánar tilgreind skilyrði uppfyllt. Til vélskömmtunar lyfja þarf framleiðsluleyfi samkvæmt lyfjalögum. Kemur fram í reglugerðinni að heilbrigðis- og tryggingamálaráðherra geti, að fenginni umsögn Lyfjastofnunar, veitt fyrirtæki, sem ekki teljist til lyfjabúða og sjúkrahúsapóteka, framleiðsluleyfi til vélskömmtunar, enda uppfylli það skilyrði lyfjalaga fyrir því að fá framleiðsluleyfi og geri samning við heilbrigðisstofnun eða lyfsöluleyfishafa um vélskömmtun. Kemur fram að í slíkum samningi skuli skýrt kveðið á um skyldur hvors aðila um sig og ábyrgð gagnvart hvorum öðrum. Þar skuli koma fram hvernig hinn ábyrgi aðili framfylgi skyldum sínum og hvar og hvernig lokasamþykkt vörunnar fari fram. Er slíkur samningur háður samþykki Lyfjastofnunar. Þá kemur fram að leyfishafi hafi leyfi til að selja skömmtuð lyf til heilbrigðisstofnana eða lyfsöluleyfishafa. Í reglugerðinni kemur enn fremur fram að Lyfjastofnun gefi út lista yfir lyf sem talin eru hæf til vélskömmtunar.¹³

Í greinargerð samrunaaðila kemur fram að við mat á því hvort að staðganga sé á milli tiltekinnar þjónustu sé algengt að litið sé til þess hvort að kaupendur þjónustunnar geti skipt á milli þjónustunnar. Telja samrunaaðilar að til greina komi í þessu sambandi að beita SNIP-prófinu. Þá hafna samrunaaðilar því að unnt sé að nota eitt útboð sem grundvöll þess að handskömmtun lyfja og vélskömmtun lyfja teljist ekki til sama markaðar.

Að mati Samkeppniseftirlitsins hefur skömmtunarmarkaður lyfja fyrir stofnanir önnur einkenni en skömmtunarmarkaður lyfja fyrir einstaklinga hvað mögulega staðgöngu milli vélskammtaðra lyfja og handskammtaðra áhrærir.

13 Þennan lista er unnt að nálgast á heimasíðu Lyfjastofnunar á slóðinni: www.lyfjastofnun.is



Þannig geta heilbrigðisstofnanir í fyrsta lagi nýtt sérfróða starfsmenn sína til þess að sinna handvirkri lyfjaskömmtnun ef svo ber undir. Í öðru lagi kunna önnur sjónarmið að liggja til grundvallar ákvarðanatöku heilbrigðisstofnana um lyfjagjöf handa þeim sem þar dvelja en liggja til grundvallar hjá einstaklingum um sína eigin lyfjatöku. Nefna má í því sambandi að starfsmenn heilbrigðisstofnana hafa í flestum tilvikum yfir að ráða meiri þekkingu á lyfjamálum en almennir notendur lyfja.¹⁴ Þá hafa heilbrigðisstofnanir annars konar skyldur gagnvart þeim sem þar dvelja og standa á allan hátt í annarri aðstöðu gagnvart lyfjagjöf til þeirra en einstaka notendur lyfja gagnvart sinni eigin lyfjatöku. Í ljósi þess sem hér segir telur Samkeppniseftirlitið ekki einhlítt að til greina komi að beita SNIP-prófi til að meta hvort að handskömmtnun eða vélskömmtnun tilheyri sama markaði gagnvart stofnunum. Er SNIP-prófinu (e. Significant Non-transitory Increase in Price) beitt til að meta hvort tiltekna vörur eða þjónusta tilheyri sama markaði. Í því felst að reynt er að meta hver yrðu viðbrögð neytenda við lítilli en varanlegri verðhækkun á vöru eða þjónustu. Nánar tiltekið er leitast við að svara hvort hækkun á verði á þjónustu A um 5-10% myndi leiða til þess að viðskiptavinir eða neytendur færu í það miklum mæli að kaupa þjónustu B að verðhækkun á þjónustu A yrði óarðbær vegna sölutaps. Ef það er talið gerast tilheyrir þjónusta A og B sama markaðnum en annars ekki. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að bent hefur verið á að vélræn skömmtnun sé mun öruggari en handvirk skömmtnun og komi að mestu leyti í veg fyrir afleiðingar rangrar lyfjanotkunar.¹⁵ Samkeppniseftirlitið telur því óvíst að mælikvarði sem byggist á viðbrögðum við lítilsháttar en þó marktækri verðhækkun (e. small but significant increase in price) eigi við varðandi ákvarðanatöku af því tagi sem hér um ræðir af hálfu heilbrigðisstofnana, sem rekin eru með mikilvæg markmið varðandi líf og heilsu sjúklinga að leiðarljósi auk markmiða sem snúa að rekstrarafkomu. Fyrir liggur dæmi um þetta sem er útboð Landsspítala Háskólasjúkrahúss (LSH) á lyfjaskömmtnun þar sem áskilnaður var í útboðsgögnum um vélræna skömmtnun. Slíkur áskilnaður bendir til þess að sjúkrahúsið hafi ekki talið hugsanlegan verðmun á handskömmtnun og vélskömmtnun geta réttlætt ákvörðun um að kaupa handskömmtnuð lyf.

Önnur sjónarmið en hér greinir geta hins vegar átt við þegar um er að ræða mat á staðgöngu á milli handskömmtnunar lyfja og vélskömmtnunar lyfja þegar um er að ræða aðra einstaklinga en þá sem dvelja á hjúkrunarstofnunum. Í þeim tilvikum er seld þjónusta sem leiðir að sama marki, þ.e.a.s. í báðum tilvikum er um að ræða skömmtnun lyfja fyrir einstaka notendur lyfja sem þurfa á lyfjum að halda. Þrátt fyrir ýmsa kosti vélskömmtnunar í samanburði við handskömmtnun lyfja telur Samkeppniseftirlitið að almennir neytendur lyfja kunni að telja þessa tvo kosti koma í stað hvors annars eða a.m.k. að um sé um nógu mikla staðgöngu að ræða á milli þeirra til þess að þeir teljist til sama markaðar frá sjónarmiði almennra neytenda. Samkeppniseftirlitið telur því unnt að líta svo á að þegar um er að ræða skömmtnun lyfja út frá sjónarhorni hins almenna neytenda tilheyri vélskömmtnun og handskömmtnun sama markaðnum.

14 Eftirleiðis verður ýmist vísað til notenda lyfja, sjúklinga eða neytenda.

15 Með greinargerð samrunaaðila fylgdu skýrslur þar sem fjallað var um vélskömmtnun lyfja, sbr. skýrsla sænsku almannatryggingastofnunarinnar (Rikisförsakringsverket) „Medicin på krdit och i påse: Apotekets delbetalningssystem och dosdispenseringsverksamhet“ [2001] og skýrslu norska heilbrigðisráðuneytisins (Det Kongelige Helse- og Omsorgsdepartment) „Rett kurs mot riktigere legemiddelbruk“ [2004-2005].



Með hliðsjón af því sem hér segir kemur til greina að skipta skömmtunarmarkaði fyrir lyf eftir kaupendum þjónustunnar, þ.e. eftir því hvort um sé að ræða þjónustu við heilbrigðisstofnanir eða einstaklinga sem ekki dvelja á slíkum stofnunum. Auk þess verður hér að hafa í huga að kaupendastyrkur þessara kaupenda er eðli málsins samkvæmt ólíkur, enda annars vegar um að ræða einstaklinga sem kaupa einstaka lyfjaskammta fyrir tiltölulega lágar fjárhæðir í hvert sinni og hins vegar stofnanir. Nánar verður fjallað um kaupendastyrk stofnana á markaði fyrir skömmtun lyfja síðar, sbr. umfjöllun í IV. kafla um samkeppnisleg áhrif samrunans. Þá fer skömmtun lyfja til einstaklinga alltaf fram fyrir milligöngu smásöluaðila lyfja þar sem lagt er til grundvallar að skömmtunarfyrirtækjum sé óheimilt að afhenda einstaklingum lyf samkvæmt lyfseðli nema að hafa til þess lyfsöluleyfi. Af þessum sökum telur Samkeppniseftirlitið ljóst að tengsl skömmtunar og smásölu lyfja til einstaklinga séu þess eðlis að ekki verði skilið þar á milli. Er í þessum tilvikum óhjákvæmilegt að líta svo á að skömmtun lyfja sé hluti af þjónustu lyfjaverslana við notendur lyfja og þar með hluti smásölumarkaðarins.

Sömu sjónarmið eiga hins vegar ekki við þegar um er að ræða vélskömmtun lyfja fyrir stofnanir. Vísar Samkeppniseftirlitið til þess að vélskömmtun getur í þessum tilvikum farið fram sjálfstætt, þ.e.a.s. þannig að vélskömmtunarfyrirtækið skammti lyfjum sem séu í eigu þeirrar stofnunar sem skammtað er fyrir og stofnunin hefur keypt af aðilum sem eru ótengdir vélskömmtunarfyrirtækinu. Má hér sem dæmi nefna samning þann [...] ¹⁶. Það er því ljóst að þegar um er að ræða skömmtun fyrir stofnanir eru ekki fortakslaus tengsl á milli skömmtunar og lyfjasölu með sama hætti og þegar um er að ræða lyfjaskömmtun fyrir einstaklinga þegar þeir fá slíka þjónustu þegar þeir kaupa lyf í lyfjaverslun.

Með hliðsjón af öllu því sem hér hefur komið fram er það mat Samkeppniseftirlitsins að einn markaða þessa máls sé skömmtunarmarkaður lyfja fyrir heilbrigðisstofnanir.

1.2 Markaður fyrir smásölu lyfja

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að einn þeirra markaða sem á reyndi í máli þessu væri markaður fyrir smásölu á lyfjum öðrum en S-merktum lyfjum í einkareknum apótekum.

1.2.1 Sjónarmið samrunaaðila

Í samrunatilkynningu samrunaaðila var í umfjöllun um markað fyrir smásölu lyfja vísað til ákvarðana samkeppnisyfirvalda vegna samruna Lyfju hf. og Lyfjabúða hf. nr. 4/2001 og 45/2003 þar sem fjallað var um smásölumarkað lyfja. Segir að í fyrri ákvörðuninni hafi því verið hafnað að lyf sem notuð væru á sjúkrahúsum, sk. S-lyf, féllu undir skilgreiningu á smásölumarkaði lyfja. Kom fram í tilkynningunni að samrunaaðilar teldu óhætt að skilgreina markað í samræmi við þessa ákvörðun samkeppnisráðs og miðuðu því markaðinn við „smásölu á lyfjum og

¹⁶ Fellt út vegna trúnaðar.



tengdri þjónustu sem fram fer hjá einkaaðilum og telst ekki sala á S-lyfjum“ eins og orðrétt segir í tilkynningunni.

Í greinargerð samrunaaðila vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins kemur hins vegar fram það mat samrunaaðila að S-merkt lyf séu í raun hluti af markaði máls þessa. Vísa samrunaaðilar til þess að í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 hafi samkeppnisráð litið svo á að S-merkt lyf væru aðskilinn markaður þar sem þau væru einungis notuð á sjúkrahúsum eða í tengslum við sjúkrahúsmeðferðir undir handleiðslu lækna eða annarra sérfræðinga. Meðal þess sem fram hafi komið í ákvörðuninni var að þessi lyf væru keypt af öðrum en venjulegum neytendum og þess vegna væri um ólíkan markað að ræða. Vísa samrunaaðilar til þess að nú hafi komið í ljós að aðgreining lyfja í S-merkt lyf og önnur lyf byggist í raun á kostnaðarlegum forsendum en ekki læknisfræðilegum. Sé nokkur fjöldi lyfja þess eðlis að geta talist S-merkt lyf eins og samkeppnisráð fjallaði um þau en þau séu í raun ekki flokkuð í slíkan flokk þar sem þau séu ekki nægilega dýr. S-merkt lyf séu almennt lyf sem teljist vera sérstaklega dýr. Þá séu þessi lyf nú seld að hluta til af apótekunum og teljist því til heildarveltu þeirra. Einnig séu dæmi um að lyf fari á milli þessara tveggja flokka en í því sambandi nefna samrunaaðilar frjósemislyf sem á árinu 2004 hafi flokkast sem S-merkt lyf en verið árinu 2005 sett í almenna sölu apótekanna. Þá megi einnig nefna blóðþynningalyfið Kovar sem á grundvelli læknisfræðilegrar virkni ætti að flokkast sem S-merkt lyf, en þar sem lyfið sé ekki dýrt sé það ekki S-merkt. Að lokum vísa samrunaaðilar til þess að velta sjúkrahúsapóteksins sé að hluta til S-merkt lyf, en einnig almenn lyf. Þar sem forsendur fyrir því að flokka lyf í S-merkt lyf séu nokkurs annars eðlis þá verði að skilgreina markaðinn sem öll lyf sem séu seld í smásölu. Séu neytendur S-merktra lyfja þeir sömu og annarra lyfja.

Í greinargerð samrunaaðila kemur jafnframt fram að í samrunatilkynningunni hafi verið tekið fram að stuðst yrði við sömu markaðsskilgreiningu og gert hafi verið í máli nr. 4/2001 en þar voru sjúkrahúsapótekin talin með sem hluti af markaðnum fyrir smásölulyf. Hafi samkeppnisráð í framangreindri ákvörðun fallist á að sjúkrahúsapótekin væru að nokkru leyti í samkeppni við lyfsala, en að mati samrunaaðila hafi það ekkert breyst á þeim árum sem liðin eru frá ákvörðuninni. Sé hins vegar miðað við að S-merkt lyf séu hluti af markaðnum þá séu sjúkrastofnanir einn stærsti aðilinn á markaðnum fyrir sölu lyfja.

1.2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Smásala á lyfjum til neytenda á Íslandi fer að mestu leyti fram í lyfjabúðum. Langflestar lyfjabúðir á Íslandi eru einkareknar og starfa þær samkvæmt sérstöku lyfsöluleyfi sem gefið er út fyrir hverja búð.¹⁷ Hvert lyfsöluleyfi takmarkast við rekstur einnar lyfjabúðar, en leyfishafi getur þó sótt um leyfi til að reka útibú frá lyfjabúð sinni í byggðarlagi þar sem ekki er starfrækt lyfjabúð fyrir. Starfa þessi útibú þá samkvæmt sama lyfsöluleyfi. Í nokkrum smærri sveitarfélögum eru einnig starfræktar svokallaðar lyfsölur sem eru reknar af læknum og/eða tilteknum sveitarfélögum. Við mat á viðkomandi vörumarkaði telur Samkeppniseftirlitið ekki ástæðu til að greina á milli starfsemi framangreindra

17 Í VII. kafla lyfjalaga er fjallað um stofnun lyfjabúða og lyfsöluleyfi. Nánari reglur er að finna í reglugerð nr. 426/1997 um lyfsöluleyfi og lyfjabúðir.



útsöluastaða á lyfjum, enda er fyrirkomulagið við sölu á lyfjum hjá þeim öllum sambærilegt að því frátöldu að framboð á lyfjum hjá lyfsölum er yfirleitt takmarkaðra en í almennum lyfjabúðum.

Smásölu á lyfjum má skipta í annars vegar sölu á lyfseðilskyldum lyfjum og hins vegar lausasölulyfjum. Veitir lyfsöluleyfi lyfjabúðum heimild til að selja bæði lyfseðilsskyld lyf og lausasölulyf. Telur Samkeppniseftirlitið ekki ástæðu til að greina á milli sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum annars vegar og lausasölulyfjum hins vegar við mat á vörumarkaðnum, enda bjóða lyfjabúðir almennt upp á hvort tveggja.¹⁸ Auk þess að hafa á boðstólnum lyf bjóða flestar lyfjaverslanir úrval af öðrum vörum, s.s. heilsuvörur, snyrtivörur, hreinlætis- og hjúkrunarvörur.¹⁹

Auk þeirra almennu lyfjabúða sem hér hefur verið fjallað um er heimilt samkvæmt lyfjalögum að starfrækja sérstök sjúkrahúsapótek.²⁰ Starfrækir Landspítali - háskólasjúkrahús (LSH) eitt slíkt. Er hlutverk sjúkrahúsapóteka að hafa umsjón með og bera ábyrgð á öflun og varðveislu lyfja fyrir sjúkrahúsin og hafa eftirlit með notkun þeirra á einstökum deildum. Er sjúkrahúsapóteki heimilt að afgreiða lyf til sjúklinga sem útskrifast af sjúkrahúsinu og til göngudeildarsjúklinga að því tilskildu að um sé að ræða lyfseðla sem merktir eru sjúkrahúsinu og gefnir út af læknum þess. Leiðir af þessu að sjúkrahúsapótekum er óheimilt að afgreiða lyfseðla sem gefnir eru út af læknum utan sjúkrahússins.

Hér að framan var gerð grein fyrir því sjónarmiði samrunaaðila að aðgreining lyfja í S-merkt lyf og önnur lyf grundvallaðist ekki á læknisfræðilegum forsendum heldur kostnaðarlegum. Af þeim sökum telja samrunaaðilar að þær forsendur sem áður lágu til grundvallar því hvenær lyf skyldu vera S-merkt hafi breyst, en af þeim sökum verði að skilgreina markaðinn að þessu leyti sem öll lyf sem séu seld í smásölu.

Samkvæmt 8. gr. lyfjalaga er heimilt að binda veitingu markaðsleyfis lyfs við notkun eingöngu á sjúkrahúsum, sérstökum sjúkradeildum og/eða við ávísun sérfræðinga í einstökum greinum læknisfræði. Með heimild í þessu ákvæði hefur Lyfjastofnun merkt tiltekin lyf sem S-lyf. Í þessum tilvikum er um að ræða lyf sem nær eingöngu eru notuð á eða í tengslum við sjúkrastofnun og vandmeðfarin lyf vegna sérhæfðrar meðferðar á eða í tengslum við sjúkrastofnun á ábyrgð sérfræðings.²¹ Er um að ræða lyf sem eru þess eðlis að notkun þeirra krefst oft ýtrustu varkárni og öryggisbúnaðar. Er þetta sama nálgun og miðað var við þegar ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 var tekin. Telur Samkeppniseftirlitið af þeim sökum eðlilegt að sömu nálgun sé beitt í máli þessu og lítur svo á að til S-merkra lyfja teljist lyf sem nær eingöngu eru notuð á

18 Samskonar nálgun var beitt í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 [Samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf.](#)

19 Samkvæmt upplýsingum Samkeppniseftirlitsins frá lyfjaverslunum er hlutur lyfja, þ.e. lyfseðilsskyldra lyfja og lausasölulyfja, verulegur hluti af heildarveltu lyfjaverslana.

20 Í XIV. kafla lyfjalaga er fjallað um lyfjabjónustu á sjúkrahúsum og öðrum heilbrigðisstofnunum. Sjá hér einnig reglugerð nr. 241/2004 um val, geymslu og meðferð lyfja á sjúkrahúsum og öðrum heilbrigðisstofnunum.

21 Þessi nálgun kemur fram á heimasíðu Lyfjastofnunar á slóðinni: <http://www.serlyfjaskra.is/serlyfjaskra.htm?Open> (8. júlí 2006).



eða í tengslum við sjúkrastofnun og vandmeðfarin lyf vegna sérhæfðrar meðferðar á eða í tengslum við sjúkrastofnun á ábyrgð sérfræðings.

S-merkt lyf eru nær eingöngu seld í sjúkrahúsapótekum. Er hlutur slíkra lyfja um [60-65%]²² af heildarsölu LSH á lyfjum til sjúklinga. Einkareknum apótekum er heimilt að afgreiða S-merkt lyf til lækna sem ávísa þau sjálfum sér í starfi, til notkunar á sjúkrahúsi, heilsugæslustöð eða annarri hliðstæðri stofnun eða til notkunar í lyfjakistur skipa, loftfara eða í sjúkrakassa fyrirtækja eða stofnana. Með hliðsjón af því sem hér segir er það mat Samkeppniseftirlitsins að S-merkt lyf séu annars eðlis en lyf sem almenningi eru almennt aðgengileg. Þau eru að mestu ætluð til notkunar á deildum sjúkrahúsa eða í tengslum við sjúkrahúsmeðferðir undir handleiðslu lækna eða annarra sérfræðinga. Er því um að ræða ólíka eiginleika og notkunarviðs milli S-merktra lyfja og lyfja á almennum markaði. Getur Samkeppniseftirlitið því ekki fallist á það sjónarmið samrunaaðila að S-lyf teljist hluti þess markaðar sem hér er um fjallað. Þá er aðeins óverulegur hluti af S-merkum lyfjum seldur í almennum lyfjaverslunum og eru S-merktu lyfin af þeim sökum verulega lítil hluti af heildarveltu hinna almennu apóteka.

Hvað hugsanlega samkeppni sjúkrahúsapóteka við einkarekin apótek vegna sölu á öðrum lyfjum en S-merktum lyfjum vísar Samkeppniseftirlitið til þess sem fram hefur komið að sjúkrahúsapóteki er heimilt að afgreiða lyf til sjúklinga sem útskrifast af sjúkrahúsinu og til göngudeildarsjúklinga að því tilskildu að um sé að ræða lyfseðla sem merktir eru sjúkrahúsinu og gefnir út af læknum þess. Telur Samkeppniseftirlitið að þegar sjúkrahúsapótekin nýti sér þessa heimild sé unnt að líta svo á að þau starfi í ákveðinni 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 af ýmsum orsökum. Í því sambandi ber fyrst að nefna að afgreiðsla á S-merktum lyfjum hefur að meginstefnu verið á hendi sjúkrahúsapóteka. Þá er sjúkrahúsapótekum óheimilt að afgreiða lyfseðla sem gefnir eru út af læknum utan sjúkrahúsanna. Að auki er óverulegt magn lausasölu lyfja afgreitt í sjúkrahúsapótekum.

Með hliðsjón af því sem hér segir er það mat Samkeppniseftirlitsins að einn vöru- og þjónustumarkaður máls þessa sé markaður fyrir smásölu lyfja sem fram fer í apótekum, þ.m.t. sjúkrahúsapótekum, og telst ekki sala á S-merktum lyfjum. Telur Samkeppniseftirlitið hér rétt að áréttu að skömmtunarpjónusta sem veitt er einstaklingum í tengslum við kaup þeirra á lyfjum af lyfjaverslunum telst hluti þessa markaðar í máli þessu, sbr. það sem fram kom í kafla um skilgreiningu markaðar fyrir pökkun og skömmtun lyfja.

Samkeppniseftirlitið telur hér einnig rétt að taka fram að markaður málsins þessa takmarkast við smásölu lyfja, þ.e. til markaðar máls þessa telst ekki markaður fyrir aðrar vörur sem seldar eru í apótekum en lyf, en sem dæmi um slíkar vörur

22 Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.



eru m.a. ýmsar húð- og snyrtivörur, hreinlætisvörur og hjúkrunar- og lækningavörur. Teljast þessar vörur því ekki til markaðar þessa máls.

1.3 Innflutningur, heildsala og dreifing á lyfjum

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að lyfjaheildsalar starfa samkvæmt lyfjalögum og reglum sem settar eru með stoð í þeim. Er lyfjaheildsölum þannig t.a.m. skylt samkvæmt XII. kafla lyfjalaga að uppfylla skilyrði um öflugt gæðakerfi, viðeigandi húsnæði en að auki hvílir á þeim skylda til að eiga nægar birgðir af tilteknum nauðsynlegum lyfjum. Þá er lyfjaheildsölum t.a.m. aðeins heimilt að selja lyf til lyfsöluleyfshafa, annarra lyfjaheildsala, þeirra sem hafa fengið leyfi til vélskömmtunar lyfja og stofnana sem hafa lyfjafræðing í þjónustu sinni og reknar eru samkvæmt lögum um heilbrigðisþjónustu eða öðrum sérlögum, en hér undir geta t.d. átt hjúkrunar- og dvalarheimili.²³

Framkvæmdastjórn EB hefur í ákvörðunum sínum fjallað um samruna lyfjafyrirtækja. Hefur framkvæmdastjórnin litið svo á að frumlyf og samheitalyf geti tilheyrt sama markaði. Hefur í þessu sambandi m.a. verið vísað til þess að út frá sjónarmiði neytenda og lækna geti lyfin komið í stað hvors annars og að tilkoma samheitalyfs á markaðinn hafi áhrif á markaðshlutdeild frumlyfsins sé verð þess ekki lækkað.²⁴ Hvorugir samrunaaðilar hafa haft með höndum innflutning samheitalyfja. Hins vegar hafa báðir samrunaaðilarnir staðið í samhliða innflutningi, þ.e. flutt inn sömu lyf og þegar hafa fengið markaðsleyfi héraðs (eftirleiðis verður almennt vísað til þessara lyfja sem frumlyfja). Telur Samkeppniseftirlitið ekki ástæðu til að greina samhliða innflutning lyfja frá innflutningi frumlyfja, enda ljóst að staðganga er enn ríkari milli frumlyfja og samhliða innfluttra lyfja en þegar um er að ræða samheitalyf.

Þá hefur framkvæmdastjórnin einnig fjallað um heildsölu og dreifingu lyfja. Lítur framkvæmdastjórnin svo á að dreifing nái til allra flokka lyfja og tengdra vara (e. parapharmaceuticals) en um er að ræða vörur eins og t.d. hjúkrunarvörur.²⁵ Hefur framkvæmdastjórnin hins vegar talið mögulegt að aðgreina milli heildsala sem selja margar vörutegundir af lyfjum (e. full-line wholesalers), framleiðenda sem selja beint til lyfsala (e. direct-line) og dreifingaraðila sem bjóða almennt takmarkað vöruúrval lyfja (e. short-line wholesalers), en þar undir falla t.a.m. innflytjendur samhliða innfluttra lyfja.²⁶ Hefur framkvæmdastjórnin jafnvel talið unnt að greina markaði eftir því hvort um er að ræða heildsölu til spítala eða

23 Nánari reglur um innflutning og heildsöludreifingu lyfja er m.a. að finna í reglugerð nr. 699/1996 ásamt síðari breytingum.

24 Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 24. nóvember 2005 í máli nr. M.3928 Teva/Ivax og ákvörðun frá 27. maí 2005 í máli nr. M.3751 Novartis/Hexal.

25 Sjá hér t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 6. júlí 2001 í máli nr. M.2432 Angelini/Phoenix/JV þar sem segir m.a.: „The distribution of pharmaceuticals covers the entire range of products, including doctor prescription only products, over the counter medicines (OTC), and products which require special storage and handling such as analgesics and inflammables.”

26 Sjá hér t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 6. júlí 2001 í máli nr. M.2432 Angelini/Phoenix/JV: „Due to the narrowly defined legal framework in which full-line wholesalers operate, their activities can be distinguished from the direct distribution of products by manufacturers to pharmacists (direct-line), or the activities of short-line distributors (short-line wholesalers), including parallel importers, who generally focus on a limited range of products.” Sjá einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 30. ágúst 2001 í máli nr. M.2573 A&C/Grossfarma og ákvörðun frá 7. desember 2000 í máli nr. M.2193 Alliance Unichem/Interpharm.



annarra umönnunarstofnana (e. intramural) eða til lyfjasmásala (e. extramural).²⁷ Telja samrunaðilar ekki þörf á sömu sundurgreiningu á íslenska markaðnum vegna smæðar hans og gerðar.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að héraendis einkennir það lyfjadreifingu til smásala að heilðsölu- og dreifingarfyrirtækin hafa hvert um sig umboð fyrir tiltekna lyfjaframleiðendur. Þetta fyrirkomulag (e. one-channel distribution) er ólíkt því sem t.d. tíðkast í sumum hinna Norðurlandanna, þar sem margir heilðsalar dreifa lyfjum frá sömu lyfjaframleiðendum (e. multi-channel distribution). Í samanburði við önnur Norðurlönd gegna heilðsalar og umboðsmenn þeirra því stærra hlutverki héraendis, en eftir því sem Samkeppniseftirlitinu er kunnugt um hafa aðeins þrjár erlendir lyfjaframleiðendur, GlaxoSmithKline, Eli Lilly og Merck Sharp & Dohme útibú hér á landi.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var lagt til grundvallar að einn markaða þessa máls væri heilðsala, innflutningur og dreifing lyfja. Gera samrunaaðilar ekki athugasemdir við framangreinda nálgun Samkeppniseftirlitsins í greinargerð sinni.

2. Landfræðilegur markaður

Í 6. kafla reglna nr. 881/2005 um tilkynningu samruna segir m.a. svo um skilgreiningu á mörkuðum:

„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.“

2.1 Pökkun og skömmtnun lyfja

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki þörf á að aðgreina landfræðilegan markað fyrir skömmtnun lyfja sérstaklega. Vísar stofnunin í því sambandi til þess að viðskiptavinir sem fá lyf skömmtnuð eru dreifðir víða um land. Er þess vegna lagt til grundvallar að landfræðilegur markaður fyrir skömmtnun lyfja sé í máli þessu landið allt, Ísland.

2.2 Markaður fyrir smásölu lyfja

2.2.1 Sjónarmið samrunaaðila

Í samrunatilkynningunni kemur fram sú skoðun samrunaaðila að sú skilgreining landfræðilegs markaðar fyrir smásölu lyfja sem lögð var til grundvallar í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 eigi ekki við lengur. Er í því sambandi vísað til þess

²⁷ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 7. desember 2000 í máli nr. M.2193 Alliance Unichem/Interpharm.



að sífellt færist 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 verulegan hluta þarfa þeirra. Sjónarmið af samskonar toga koma fram í greinargerð samrunaaðila. Er í því sambandi vísað til að fimm ár séu liðin frá því að ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 var tekin, en að mati samrunaaðila geti eftirlitið ekki gefið sér að markaðsaðstæður hafi ekkert breyst án þess að skoða það með nokkrum hætti. Þá er vísað til þess að mikill hluti lyfsölu sé vegna langvinnra sjúkdóma og eigi sjúklingar í þessum tilvikum auðvelt með að skipuleggja lyfjainnkaup sín þar sem lítið sé um breytingar á lyfjanotkun þeirra. Er í þessu sambandi vísað til rannsóknar frá árinu 1998 þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að fólk utan höfuðborgarsvæðisins gerði sér far um að kaupa lyf sín í Reykjavík vegna þeirra afslátta sem þar voru þá í boði. Segir að ekki hafi reynt á að miklir afslættir séu boðnir í byggðalögum utan helstu þéttbýliskjarna landsins, en ekki sé útilokað að ef apótek úti á landsbyggðinni lækkuðu verð sitt verulega gætu sjúklingar á höfuðborgarsvæðinu nýtt sér þau sambönd sem þeir hefðu til að útvega sér sín föstu lyf frá því apóteki.

2.2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að meðal þeirra þátta sem skipta máli við mat á viðkomandi landfræðilegum markaði eru eðli og einkenni viðkomandi vöru eða þjónustu, hugsanlegar aðgangshindranir eða neytendavenjur og það hvort að greinilegur munur sé á markaðshlutdeild fyrirtækja á viðkomandi svæði og aðliggjandi svæðum eða verðmunur.

Fræðilega séð getur landfræðilegur markaður ýmist verið staðbundinn eða svæðisbundinn, landsmarkaður eða alþjóðamarkaður. Veltur stærð landfræðilegs markaðar m.a. á því að hvaða marki þörf er talin á því að kaupandinn (neytandinn) sé í nálægð við seljandann. Þetta mat ræðst venjulega af því hvað einkennir þjónustuna og viðskiptavinina, eftir hvaða leiðum þjónustan er veitt svo og af eðli viðskiptanna. Sérstaklega skiptir máli hversu mikil þörf er á beinu sambandi milli kaupanda og seljanda þjónustunnar og hver yrði tíma- og ferðakostnaður við að nálgast seljanda í meiri fjarlægð. Hafa markaðir þannig tilhneigingu til að vera staðbundnir þegar mikil þörf er á beinum samskiptum viðskiptavina og seljanda vörunnar. Má segja að smásölumarkaðir teljist yfirleitt vera staðbundnir.²⁸ Má hér nefna sem dæmi að í ákvörðunum er varða matvörumarkaðinn hafa samkeppnisyrðing t.a.m. talið nálægð kaupenda við matvöruverslanir að öllu jöfnu æskilega ef ekki nauðsynlega.²⁹

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

28 Sjá t.d. Mario Monti, Market Definition as a Cornerstone of EU Competition Policy, Workshop on Market Definition, Helsinki 2002, bls. 24.

29 Sjá hér t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 38/2002 Samningur Baugs Group hf. og Eignarhaldsfélagsins Fengs hf. um stofnun á félagi um rekstur Ávaxtahússins ehf. og Banana ehf.



þeirra. Þá eru aldraðir og/eða sjúklingar einn þeirra hópa sem nota lyf en almennt má ætla að þessi hópur eigi erfiðara með að ferðast langar vegalengdir og afla sér lyfja og því líklegri til að kaupa lyf sín í lyfjabúð sem er nærri heimili þeirra.³⁰

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 rás frá staðsetningu lyfjabúða.³¹ Gefur þetta til kynna að landfræðilegir markaðir í smásölu lyfja séu í samkeppnisrétti almennt taldir vera mjög staðbundnir.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að aðstæður hvað varðar landfræðilega afmörkun markaðar fyrir smásölu lyfja í máli þessu hafi breyst svo mikið frá því að ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 var tekin fyrir fimm árum að sömu sjónarmið og þar voru lögð til grundvallar eigi ekki við. Í því sambandi tekur stofnunin fram að enn er meginreglan sú samkvæmt lyfjalögum að póstverslun með lyf er óheimil. Þá eru póstsendingar milli landsfjórðunga verulega takmarkaðar, en nánar er kveðið á um póstsendingar með lyf í reglugerð um lyfsöluleyfi og lyfjabúðir. Þar segir að lyf skuli almennt afgreidd með þeim hætti að sjúklingur eða umboðsmaður hans veiti þeim viðtöku í lyfjabúð og allar nauðsynlegar upplýsingar eða ráðgjöf veitt um leið. Sé lyf hins vegar sent um lengri eða skemmri veg skuli afhending vera í höndum lyfjafræðings, lyfjatækis eða þjálfaðs starfsfólks. Sé óhjákvæmilegt að senda lyf með pósti eða með öðrum hætti, þannig að ekki sé um að ræða afhendingu starfsmanns lyfjabúðar á lyfinu skuli gæta sérstakrar varúðar um að lyfið komist í hendur réttis viðtakanda. Í slíkum tilvikum beri lyfsöluleyfifishi ábyrgð á því að lyf sé geymt við rétt skilyrði þar til það komist í hendur viðtakanda. Þá telur Samkeppniseftirlitið enn unnt að leggja til grundvallar að lyfjaverslanir á landsbyggðinni veiti samrunaaðilum ekki samkeppnislegt aðhald þótt slíkt aðhald geti verið til staðar af hálfu apóteka á höfuðborgarsvæðinu hvað varðar apótek sem staðsett eru á landsbyggðinni. Hvað þetta atriði varðar telur Samkeppniseftirlitið unnt að ætla að ef verð á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu myndi hækka um 5-10% myndi það ekki leiða til þess að notendur lyfja myndu í það miklum mæli hætta að kaupa lyf þar og beina viðskiptum sínum til apóteka á landsbyggðinni að sú verðhækkun yrði óarðbær

30 Í greinargerð samrunaaðila var því haldið fram Samkeppniseftirlitið hefði ekki rannsakað hverjir séu viðskiptamenn lyfjaverslana. Varðandi þessa athugasemd samrunaaðila vísar Samkeppniseftirlitið til þess að einn þeirra vöru- og þjónustumarkaða sem á reynir í þessu máli er markaður fyrir smásölu lyfja. Þeir viðskiptamenn sem til staðar eru á þess háttar markaði eru eðli málsins samkvæmt þeir sem þurfa að nota lyf.

31 Sjá hér t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 22. mars 1996 í máli nr. M.716 Gehe/Lloyds þar em segir m.a.: „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 FHS criteria, probably smaller still.” Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 30. nóvember 2005 í máli nr. M.3990 Boots/Alliance UniChem. Hér má einnig vísa til umfjöllunar breska samkeppniseftirlitsins (e. Office of Fair Trading(OFT)) vegna samruna á lyfjamarkaði, sbr. t.d. ákvörðun OFT frá 6. febrúar 2006 Anticipated acquisition by Boots plc of Alliance UniChem plc þar sem segir m.a.: „Demand for retail pharmacies is predominantly local. The OFT report on the control of entry regulations [The control of entry regulations and retail pharmacy services in the UK – A report of an OFT market investigation (January 2003)] found that 78 per cent of consumers travel less than one mile to get to a pharmacy, and 96 per cent travel less than three miles. This is in line with the 1996 MMC report in UniChem/ GEHE/ Lloyds, which suggested consumers would travel 'at most one or two miles'. Some third parties have said that a radius of one mile is appropriate; others have suggested a more limited radius, of half a mile. ...”



vegna sölutaps. Er þetta til þess fallið að styrkja þá niðurstöðu að höfuðborgarsvæðið sé sérstakur markaður. Hins vegar er ekki útilokað að mati Samkeppniseftirlitsins að slík verðhækkun lyfjabúða á landsbyggðinni kynni að hafa þau áhrif að neytendur þar myndu beina viðskiptum sínum til apóteka á höfuðborgarsvæðinu, en það mat er í samræmi við niðurstöðu þeirrar rannsóknar sem samrunaaðilar vísa til í greinargerð sinni vegna andmælakjals Samkeppniseftirlitsins. Telur Samkeppniseftirlitið þetta leiða til þess m.ö.o. að lyfjabúðir á höfuðborgarsvæðinu veiti apótekum utan þess ákveðið samkeppnislegt aðhald. Er ekkert sem bendir til þess að samkeppnin sé gagnkvæm, þ.e. að lyfjabúðir á höfuðborgarsvæðinu keppi við apótek utan þess um viðskipti íbúa höfuðborgarsvæðisins. Vísar Samkeppniseftirlitið í þessu sambandi til þess að það er meginregla í samkeppnisrétti að til þess að fyrirtæki teljist tilheyra sama landfræðilega markaðnum þurfa samkeppnisskilyrðin á hinu landfræðilega svæði að vera sambærileg og samkeppni innan þess gagnkvæm, þ.e. keppinautar á svæðunum þurfa að eiga í samkeppni sín á milli.³²

Með hliðsjón af því sem hér segir er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins sú að markaðurinn fyrir smásölu á lyfjum er að öllu jöfnu staðbundinn markaður. Nálægð kaupanda við seljanda er nauðsynleg, t.a.m. vegna þess að flutningur á lyfjum á milli landshluta er háður ýmsum takmörkunum samkvæmt lögum.

Samkeppniseftirlitið getur fallist á að ákveðinn hluti lyfjakaupa þeirra sem búa á landsbyggðinni fari fram á höfuðborgarsvæðinu. Að mati Samkeppniseftirlitsins skýrist það þó aðallega af því að íbúar þar þurfa að sækja læknisþjónustu til höfuðborgarsvæðisins. Þó kann einhver hluti viðskiptanna að skýrast af því að verðlag á lyfjum sé lægra á höfuðborgarsvæðinu. Hins vegar er ekkert til staðar sem bendir til að þessi viðskipti séu gagnkvæm, þ.e. að íbúar á höfuðborgarsvæðinu geri sér ferð út á land til að kaupa lyf.

Af framansögðu telur Samkeppniseftirlitið ljóst að leggja beri til grundvallar að höfuðborgarsvæðið, þ.e. Reykjavík og nágrannasveitarfélög, sé sérstakur landfræðilegur markaður.

2.3 Innflutningur, heildsala og dreifing á lyfjum

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki þörf á að aðgreina landfræðilegan markað fyrir innflutning, heildsölu og dreifingu lyfja sérstaklega.

Vísar eftirlitið til þess að kveðið er á um innflutning, heildsölu og dreifingu lyfja í íslenskum lögum og reglum. Þannig er samkvæmt lyfjalögum almennt séð aðeins heimilt að flytja inn til landsins, selja eða afhenda lyf sem hafa verið skráð og fengið markaðsleyfi Lyfjastofnunar.³³ Jafnframt er að meginstefnu gerð sú krafa að merkingar lyfja séu á íslensku. Eins og komið hefur fram hafa íslensk stjórnvöld afskipti af verðlagningu lyfja sem og þau taka einnig þátt í

32 Sjá hér t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 Samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf.

33 Sjá hér reglugerð um innflutning og heildsöludreifingu lyfja nr. 699/1996 ásamt síðari breytingum og reglugerð um markaðsleyfi fyrir sérlyf, merkingar þeirra og fylgiseðla nr. 462/2000. Sjá hér einnig reglugerð um skráningu og útgáfu markaðsleyfa samhliða lyfja nr. 582/1994, þar sem kemur m.a. fram í 1. gr. að áður en samhliða lyf er sett á markað hérlendis verði það að hafa hlotið viðurkenningu heilbrigðisyfirvalda, þ.e. vera skráð og hafa öðlast markaðsleyfi.



lyfjakostnaði sjúkratryggðra. Telur Samkeppniseftirlitið þessi atriði leiða til þess að sérstök samkeppnisskilyrði ríki á íslenska lyfjamarkaðnum.³⁴

Samrunaaðilar gera ekki athugasemdir við framangreinda nálgun Samkeppniseftirlitsins í greinargerð sinni.

34 Framkvæmdastjórn EB hefur í umfjöllun sinni um samruna lyfjafyrirtækja lagt samskonar sjónarmið til grundvallar. Sjá hér t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 30. ágúst 2001 í máli nr. M.2573 A&C/Grossfarma þar sem segir m.a. um skilgreiningu landfræðilegs markaðar fyrir heildsölu lyfja: „The parties take the view that, because of the specific regulatory framework in each Member State, the relevant geographic market for wholesale distribution of pharmaceuticals does not extend beyond the border of Italy.”



IV.

Áhrif samrunans á samkeppni

1. Inngangur

Samkeppniseftirlitið telur að við mat á samruna þeim sem hér er um fjallað verði í upphafi að líta til þess að samkeppnislögum nr. 8/1993 var breytt með lögum nr. 107/2000. Í breytingunni fólst að ákvæði samkeppnislaga sem ætlað er að vinna gegn samkeppnishömlum voru styrkt til muna, þ.m.t samrunaákvæði samkeppnislaga. 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.³⁵ Samrunaákvæði samkeppnislaga eins og það varð með lögum nr. 107/2000 var tekið óbreytt upp í núgildandi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Í máli þessu þarf að taka til skoðunar hvort samruni DAC og Lyfjavers hafi skaðleg áhrif á samkeppni á hinum skilgreindu mörkuðum með því að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist, sbr. 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Í ákvæðinu segir einnig að taka beri tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hafi áhrif og hvort markaður sé opinn eða aðgangur að honum hindraður. Þessi atriði eru í samkeppnisrétti hluti af mati á því hvort markaðsráðandi staða sé fyrir hendi. Af þessu leiðir að mat á því hvort markaðsráðandi staða verður til, eða hvort slík staða styrkist, skiptir höfuðmáli varðandi lögmæti samruna. Verður hér að líta til þess að virk samkeppni lýsir sér almennt í lægra verði, auknum gæðum, auknu úrvali og nýjungum fyrir neytendur, en með ákvörðun um að ógilda eða setja skilyrði fyrir samruna er reynt að koma í veg fyrir að neytendur séu sviptir þessum gæðum. Er samrunareglum ætlað að vernda samkeppnislega gerð markaða og koma í veg fyrir að fyrirtæki geti með samruna komist í eða styrkt markaðsráðandi stöðu og þar með haft möguleika á því að misnota hana.

Við túlkun samkeppnislaga er heimilt að hafa hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti að því leyti sem viðkomandi ákvæði samkeppnislaga eru efnislega sambærileg við samkeppnisreglur EES-samningsins, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 17–18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*.

Samkvæmt framansögðu þarf að taka til athugunar hvort markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verður til eða slík staða styrkist. Samkvæmt 4. tölulið 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaðsráðandi staða fyrir hendi þegar fyrirtæki

³⁵ Þannig segir í athugasemdum við frumvarp til laga um breytingu á samkeppnislögum: „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 samkeppnisyrðingum nauðsynlegar heimildir til að grípa til viðeigandi ráðstafana til að uppræta hömlurnar. Annars fer þjóðarþúið á mis við þann ávinning sem hlýst af virkri samkeppni.“ Sjá frumvarp til laga um breytingu á samkeppnislögum, nr. 8/1993, með síðari breytingum. 125. löggjafarþing 1999–2000. Þskj. 770 — 488. mál.



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. Er þessi skilgreining efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls EB á markaðsráðandi stöðu, sbr. meðal annars dóm í svonefndu *Hoffmann-La Roche* máli.³⁶ Í dómnum kemur fram að tilvist markaðsráðandi stöðu megi leiða af ýmsum atriðum enda þótt þau ráði ekki úrslitum ein og sér.³⁷ Verður í þessu sambandi m.a. að horfa til eftirfarandi atriða:

- Áætluð markaðshlutdeild hins sameinaða fyrirtækis.
- Samþjöppun á markaði vegna samruna.
- Staða keppinauta og efnahagslegur styrkur sameinaðs fyrirtækis.
- Möguleg samkeppni og aðgangshindranir að markaðnum.
- Kaupendastyrkur.

Áður en vikið verður að áhrifum samrunans á einstaka markaði verður fjallað með almennum hætti um framangreind atriði. Nánari grein verður þó gerð fyrir þessum atriðum í umfjöllun um hvern markað fyrir sig.

1.1 Markaðshlutdeild

Samanlögð markaðshlutdeild hefur mikið að segja þegar samkeppnisleg áhrif samruna eru metin enda er markaðshlutdeild ein helsta vísbendingin um að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist. Samkvæmt úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 17–18/2003, *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði* hefur markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis sem og skipulag markaðarins verulega þýðingu við mat á því hvort það teljist vera í markaðsráðandi stöðu. Að mati áfrýjunarnefndarinnar leiðir af eðli máls að því hærrí sem markaðshlutdeildin sé því sterkari vísbendingu gefi hún um markaðsráðandi stöðu. Önnur atriði sem áhrif geta haft að mati áfrýjunarnefndar eru t.d. að viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni og tækjum og framboði af vöru eða þjónustu. Í því sambandi getur lóðrétt samþætting fyrirtækis (e. vertical integration) veitt mikilsverða vísbendingu um ráðandi stöðu.³⁸ Fjöldi og stærð keppinauta skiptir einnig máli³⁹ sem og möguleg samkeppni, aðgangshindranir að markaðnum og hugsanlegur kaupendastyrkur. Hafa ber í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.⁴⁰ Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þótt til staðar sé lífleg samkeppni á viðkomandi markaði.⁴¹

Hvað varðar EES/EB-samkeppnisrétt þá hefur í dómum dómstóls EB ítrekað verið bent á að markaðshlutdeild sé helsta vísbendingin um það hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu.⁴² Dómstóllinn hefur eðli málsins samkvæmt ekki sett

36 Sbr. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 Hoffmann-La Roche [1979] ECR 3451.

37 Sbr. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 Hoffmann-La Roche [1979] ECR 3451.

38 Sjá t.d. dóm Evrópu dómstólsins í máli nr. 27/6 United Brands v Commission [1978] ECR 207.

39 Sjá hér einnig t.d. Richard Whish, *Competition Law*, 2003, bls. 180-188.

40 Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 Hoffman-La Roche v Commission [1979] ECR 3451.

41 Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/6 United Brands v Commission [1978] ECR 207.

42 Sbr. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 Hoffmann-La Roche [1979] ECR 3451: „The existence of a dominant position may derive from several factors which, taken separately, are not



fram ákveðna reglu um það hvaða hlutdeild nægi til að fyrirtæki teljist vera í slíkri stöðu, en segja má þó að niðurstöður dómstólsins bendi til þess að því hærrí sem hlutdeildin er því líklegra sé að um markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Einnig skiptir miklu hver hlutdeild keppinauta er, en talsverður munur á hlutdeild þeirra og viðkomandi fyrirtækis er talinn benda til þess að það sé í markaðsráðandi stöðu. Af dómi Evrópudómstólsins í máli *AKZO* má ráða að 50% hlutdeild eða hærrí teljist ein og sér sýna fram á markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu sérstök atvik (e. exceptional circumstances) sem bendi til annars.⁴³ Í máli *Hoffman-La Roche* var fyrirtækið talið vera markaðsráðandi á markaðnum fyrir A-vítamín, en hlutdeild þess var 47%. Þótti skipta máli að hlutdeild keppinauta var tiltölulega lítil, en hlutdeild þess næst stærsta var 27%, þriðja stærsta 18% en þess fjórða 7%. Fyrirtækið þótti einnig hafa markaðsráðandi stöðu á öðrum markaði þar sem hlutdeild þess var milli 40-45%. Þá eru dæmi um að dómstólar EB hafi talið fyrirtæki sem hafa innan við 40% markaðshlutdeild vera í markaðsráðandi stöðu.⁴⁴

Að mati framkvæmdastjórnar EB er ekki unnt að útiloka að fyrirtæki með 20-40% hlutdeild hafi markaðsráðandi stöðu. Framkvæmdastjórnin lítur hins vegar almennt svo á að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu þegar það hefur 40-45% hlutdeild á þeim markaði sem um ræðir að uppfylltum ákveðnum skilyrðum.⁴⁵ Nái fyrirtæki þessari hlutdeild eða hærrí við samruna hefur framkvæmdastjórnin talið að löglíkur (e. presumption) séu fyrir því að markaðsráðandi staða verði til og hindri með því virka samkeppni. Til þess að hnekkja þessum löglíkum þurfi að sýna fram á að til staðar séu einhver þau atriði sem leiða að því líkur að ekki sé um markaðsráðandi stöðu að ræða þrátt fyrir háa markaðshlutdeild. Í þessu sambandi er rétt að líta til þeirra mála þar sem framkvæmdastjórnin hefur gripið til íhlutunar. Í máli *Varta/Bosch* var gripið til íhlutunar þar sem samanlögð markaðshlutdeild fyrirtækjanna var 44% en stærsta keppinautarins 18%.⁴⁶ Í máli *DuPont/ICI* var gripið til íhlutunar þar sem samanlögð markaðshlutdeild hins nýja fyrirtækis var 43% en stærsti keppinauturinn var með milli 20-25% og síðan nokkur fyrirtæki með 5-10% hlutdeild hvert.⁴⁷ Í máli *Bank Austria/Creditanstalt* var markaðshlutdeild um eða yfir 30% talin leiða til þess að hinn sameinaði banki myndi ná markaðsráðandi stöðu á tilteknum bankamörkuðum. Í því samhengi skipti máli að keppinautar höfðu mun minni hlutdeild og aðgangshindranir voru að austurríska bankamarkaðnum.⁴⁸

1.2 Samþjöppun á markaði

necessarily determinative but among these factors a highly important one is the existence of very large market shares."

43 Mál nr. C-62/86 Akzo Chemie BV v Commission [1991] ECR I-3359.

44 Sjá dóm undiréttar EB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99 British Airways plc v Commission.

45 Í tíundu skýrslu framkvæmdastjórnar EB um samkeppnismál segir m.a.: „A dominant position can generally be said to exist once a market share to the order of 40% to 45 % is reached. Although this share does not in itself automatically give control of the market, if there are large gaps between the position of the firm concerned and those of its closest competitors and also other factors likely to place it at an advantage as regards competition, a dominant position may well exist."

46 Mál nr. M.012.

47 Mál nr. M.214.

48 Mál nr. M.873.



Auk markaðshlutdeildar samrunafyrirtækja og keppinauta þeirra líta samkeppnisyfirvöld til samþjöppunar á markaðnum í heild sinni. Til þess að meta samþjöppun á einstökum mörkuðum og hættu á samkeppnishömlum vegna m.a. samruna er algengt að samkeppnisyfirvöld í Bandaríkjunum⁴⁹, Evrópu⁵⁰ og hér á landi⁵¹ beiti mælikvarða sem nefnist Herfindahl-Hirschman Index (HHI). HHI samþjöppunarstuðullinn er talinn ein áreiðanlegasta vísbendingin um það hve mikil samþjöppun er og hvort eða hvenær ástæða er til að fylgjast náið með mörkuðum og frekari samþjöppun í kjölfar samruna. Nánari umfjöllun um þennan mælikvarða má m.a. finna í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 29/2001 *Yfirtaka Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Lýsis hf. á Fóðurlöndunni hf.*

HHI stuðullinn er reiknaður með því að leggja saman margfeldi markaðshlutdeildar (þ.e. markaðshlutdeild í öðru veldi) þeirra fyrirtækja sem eru á þeim markaði sem við á. Auk þess að líta til gildis HHI stuðulsins í kjölfar samruna er einnig horft til þeirrar breytingar sem á honum verða við samruna.

Í viðmiðunarreglum framkvæmdastjórnar EB um lárétta samruna eru áhrif slíkra samruna meðal annars metin með HHI stuðlinum.⁵² Liggur gildi stuðulsins á milli 0 og 10.000,⁵³ 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 fyrirtækin á markaðnum öll með örlitla markaðshlutdeild. Í viðmiðunarreglunum er það talið ólíklegt að samruni hafa í för með sér samkeppnishömlur þegar gildið 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.

49 HHI stuðullinn er lagður til grundvallar í Horizontal Merger Guidelines frá bandaríska dómismálaráðuneytinu og Federal Trade Commission frá árinu 1992. Þá má nefna að í dómi í samrunamáli frá 1998 fyrir alríkisdómstóli í Bandaríkjunum kemur þetta fram: „To measure market concentration more accurately than in the past, economists devised a statistical measure called the Herfindahl-Hirschman Index (HHI), which calculates market concentration by summing the squares of the share of each participant in the market. The FTC and the anti-trust division of the Justice Department adopted the HHI as the preferred measure of market concentration in their 1992 Horizontal Merger Guidelines (“Guidelines”). See Guidelines § 1.5. While the Guidelines are not binding, they constitute the agencies’ informed judgment on the area of their expertise. Accordingly, the courts turn to the Guidelines for assistance and over the years have come to accept the HHI as the most prominent and accurate method of measuring market concentration.” Sjá: Federal Trade Commission v. Cardinal Health, Inc, mál nr. CIV.A. 98-596 við US District Court, District of Columbia.

50 Sjá Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03). Official Journal C 31, 05.02.2004. Sjá einnig kafla III í túlkunarreglum framkvæmdastjórnar EB um lárétta samruna (Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings), OJ C 31, 5.2.2004. Sjá einnig ákvörðun danska samkeppnisráðsins vegna samruna Danske Bank og RealDanmark frá 8. nóvember 2000 og skýrslu til breskra stjórnvalda um samkeppnisaðstæður á þarlandum bankamarkaði (Competition in UK Banking, A Report to the Chancellor of the Exchequer, mars 2000).

51 Sjá t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 22/2000, Íslandsbanki/FBA, álit samkeppnisráðs nr. 8/2000, Fyrirhugaður samruni Búnaðarbanka Íslands hf. og Landsbanka Íslands hf. og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 29/2001 Yfirtaka Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Lýsis hf. á Fóðurlöndunni hf.

52 Sjá Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03). Official Journal C 31, 05.02.2004.

53 Sem dæmi um þetta má nefna markað með 10 fyrirtækjum sem hvert um sig er með 10% markaðshlutdeild. HHI væri þar $(10) \cdot 10 = 1.000$.



- 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 kross-eignarhald markaðsaðila.
- Samruni er við fyrirtæki sem er mjög líklegt til að raska samræmdum aðgerðum á markaði (e. maverick firm with a high likelihood of disrupting coordinated conduct).
- Vísbendingar um að samræmdar aðgerðir hafi átt eða eigi sér stað.
- Samruni er við fyrirtæki sem hefur a.m.k. 50% markaðshlutdeild.

Í bandarískum samkeppnisrétti er ekki talin ástæða til að hafast að sé gildið undir 1.000.⁵⁴ Sé gildið á hinn bóginn milli 1.000 og 1.800 er talið að meta þurfi vandlega áhrif samruna á samkeppni á viðkomandi markaði. Sé gildið á hinn bóginn hærra en 1.800 og áhrif samrunans a.m.k. 100 eru miklar líkur taldar á því að hann raski með alvarlegum hætti samkeppni.⁵⁵ Eru taldar löglíkur fyrir því að slíkur samruni fari gegn samkeppnislöggjöf. Þó verður að athuga sérstaklega markaðsgerðina, stærð keppinauta auk annarra atriða.

1.3 Staða keppinauta og efnahagslegur styrkur sameinaðs fyrirtækis

Við mat á samruna er almennt tekið til athugunar hvort þeir keppinautar sem fyrir eru á markaði geti veitt samrunafyrirtækjum fullnægjandi samkeppnislegt aðhald. Þá verður að auki að skoða rekstrarlega og fjárhagslega stöðu samrunaðila.

1.4 Möguleg samkeppni og aðgangshindranir að markaðnum

Við mat á samruna verður að taka til athugunar hverjar séu líkurnar á því að nýir aðilar reyni að ná fótfestu á markaðnum og hvort um er að ræða aðgangshindranir inn á viðkomandi markað. Til að slík samkeppni geti komið í veg fyrir samkeppnishamlandi áhrif samruna verður að leiða líkur að því að verðugur keppinautur birtist fyrr en seinna á markaðinum. 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 er fær um að veita samrunafyrirtækinu nægjanlega virka samkeppni þannig að dregið sé úr markaðsstyrk þess.⁵⁶ Gera verður þá kröfu að

54 Horizontal Merger Guidelines. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. Í dómi Federal Trade Commission v. Cardinal Health, Inc, mál nr. CIV.A. 98-596 við US District Court, District of Columbia kemur þetta fram: „To measure market concentration more accurately than in the past, economists devised a statistical measure called the Herfindahl-Hirschman Index (HHI), which calculates market concentration by summing the squares of the share of each participant in the market. The FTC and the anti-trust division of the Justice Department adopted the HHI as the preferred measure of market concentration in their 1992 Horizontal Merger Guidelines ("Guidelines"). See Guidelines § 1.5. While the Guidelines are not binding, they constitute the agencies' informed judgment on the area of their expertise. Accordingly, the courts turn to the Guidelines for assistance and over the years have come to accept the HHI as the most prominent and accurate method of measuring market concentration.“

55 Í bandarísku samrunamáli lá fyrir að HHI myndi hækka úr 1648 til 3079 og var talið að það gæfi til kynna samkeppnishömlur: „If both of the mergers were consummated, the level of concentration in the market would almost double, from an HHI of approximately 1648 to 3079. Not only would this be a significant increase in the HHI, but it would also raise the HHI to a level far beyond that of a highly concentrated market. Given the projected increases in the HHI, the Court must presume that the proposed mergers pose a risk to competition.“ Sjá United States of America v Interstate Bakeries Corporation and Continental Baking Company, mál nr. 95C 4194 við US District Court Northern District of Illinois.

56 Sjá hér t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB 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



verulega líklegt sé 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 keppinautar sé arðvænleg fyrir hann miðað við það verð sem gildi á markaðnum áður en til samruna kom.⁵⁷ Í þessu 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.⁵⁸

1.5 Kaupendastyrkur

Við mat á samruna verður að taka til skoðunar hvort viðskiptavinir hins sameinaða fyrirtækis hafi það mikinn styrk að þeir geti komið í veg fyrir eða dregið verulega úr þeim samkeppnishömlum sem stafað geta af samrunanum (e. countervailing buying power). Í viðmiðunarreglum framkvæmdastjórnar EB um lárétta samruna er kaupendastyrkur metinn með hliðsjón af getu viðskiptavinarins til að semja við hið sameinaða félag í krafti stærðar sinnar, þýðingu viðskiptanna fyrir hið sameinaða félag og möguleikunum til að leita til annars seljanda.⁵⁹ Samkvæmt framansögðu er því fyrst og fremst um að ræða kaupendastyrk í þeim tilvikum þar sem kaupendur eru fáir og öflugir.⁶⁰

2. **Pökkun og skömmun lyfja**

Eins og fram hefur komið er einn markaða þessa máls skömmun lyfja fyrir heilbrigðisstofnanir. Í greinargerð samrunaaðila vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins kemur fram það sjónarmið að með samruna DAC og Lyfjavers verði myndaður aðili sem sé mun betur í stakk búinn til þess að veita heilbrigðisstofnunum og öðrum fullnægjandi skömmunarþjónustu sem uppfylli allar kröfur sem séu gerðar til slíkrar þjónustu um gæði og öryggi.

2.1 Markaðshlutdeild og samþjöppun

Í samrunatilkynningu samrunaaðila kom fram að erfitt væri að áætla stærð heildarmarkaðar fyrir skömmun lyfja þar sem ekki væru til opinberar tölur yfir það hve margir sjúklingar fengju lyf skömmtuð, hvorki vélskömmtuð né handskömmtuð. Kemur fram að samrunaaðilar áætli hins vegar að um 5000 sjúklingar fái handskömmtuð lyf en vélskömmun skiptist með þeim hætti að Lyfjalausnir, sem er félag sem Lyfja hf. (Lyfja) á og rekur, skammti fyrir um

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."

57 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."

58 Sjá Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03). Official Journal C 31, 05.02.2004.

59 Sjá Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03). Official Journal C 31, 05.02.2004.

60 Sjá hér t.d. ákvarðanir framkvæmdastjórnar EB í málum nr. M.042 Alcatel/Telettra, nr. M.221 ABB/BREL og nr. M.272 Matra/Cap Gemini Sogeti einkum þar sem um er að ræða vöru eða þjónustu sem gengur inn í frekara vinnsluferli (e. intermediary products or services). Kaupendastyrkur er hins vegar fágætur þegar um er að tefla neytendavöru, sbr. t.d. ummæli í ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. M.190 Nestlé/Perrier.



[...] ⁶¹ sjúklinga, DAC fyrir [...] ⁶² sjúklinga og Lyfjaver um [...] ⁶³ sjúklinga. Sé áætluð heildarvelta vegna vélskómmunar lyfja kr. [...] ⁶⁴ milljónir, en hver sjúklingur greiði að meðaltali kr. [...] ⁶⁵ á mánuði fyrir lyfjaskómmun. Sumir sjúklinganna greiði þó ekkert fyrir.

Samkeppniseftirlitið vísar til þeirrar skilgreiningar sem lögð er til grundvallar í máli þessu hvað varðar markað fyrir pökkun og skómmun lyfja. Er markaðshlutdeild samrunaaðila á markaði fyrir skómmun lyfja fyrir stofnanir miðað við tekjur eftirfarandi: ⁶⁶

Tafla 1: Markaðshlutdeild skómmunarfyrtækja á markaði fyrir skómmun lyfja fyrir stofnanir miðað við tekjur árið 2005. ⁶⁷

| | Tekjur | Hlutdeild |
|-----------------|---------------------|-------------------------|
| Lyfjaver | [...] ⁶⁸ | [75-80] ⁶⁹ % |
| Lyf og heilsa | [...] ⁷⁰ | [5-10] ⁷¹ % |
| Lyfjalausnir | [...] ⁷² | [15-20] ⁷³ % |
| | | |
| Samtals: | [...] | [100,0]% |

Af framangreindri töflu er ljóst að markaðshlutdeild Lyfjavers á markaði fyrir skómmun lyfja fyrir heilbrigðisstofnanir er mjög mikil eða um [75-80] ⁷⁴%.

Með samruna DAC og Lyfjavers mun samþjöppun á þessum markaði aukast enn frekar þar sem sameiginleg markaðshlutdeild samrunaaðila á markaði fyrir lyfjaskómmun fyrir stofnanir verður um [80-90] ⁷⁵ %. Þessi samþjöppun á markaði sést vel ef litið er til HHI-stuðulsins:

| | |
|----------------------|----------------------------------|
| Fyrir samruna | HHI = [...] ⁷⁶ |
| Eftir samruna | HHI = [...] ⁷⁷ |
| | |

⁶¹ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶² Í samrunatilkynningunni eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarupplýsingar.

⁶³ Í samrunatilkynningunni eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarupplýsingar.

⁶⁴ Í samrunatilkynningunni eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarupplýsingar.

⁶⁵ Í samrunatilkynningunni eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarupplýsingar.

⁶⁶ Það athugast að á þessum markaði átti sér stað breyting á árinu 2005 sem fólst í því að DAC tók að sinna vélskómmun á lyfjum í eigu LSH en áður hafði Lyfjaver sinnt þessu verkefni og jafnframt selt LSH lyf. Til þess að hafa samanburðarhæfar tölur þurfti að taka tillit til þessara breytinga. Einnig þurfti að taka tillit til þess að Lyfjaver seldi Lyfjum og heilsu vélskómmuð lyf á árinu 2005, sem Lyf og heilsa seldi síðan kaupendum.

⁶⁷ Ofangreindar tölur eru eingöngu miðaðar við tekjur vegna vélskómmunar. Skýrist þetta af því að athugun Samkeppniseftirlitsins bendir til þess að afar lítið, ef nokkuð, sé um að stofnanir kaupi lyf og handskómmunarþjónustu af lyfsöllum. Þess þekkist t.d. ekki dæmi á höfuðborgarsvæðinu.

⁶⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶⁹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

⁷⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

⁷¹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

⁷² Fellt út vegna trúnaðar.

⁷³ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

⁷⁴ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

⁷⁵ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

⁷⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

⁷⁷ Fellt út vegna trúnaðar.



Er ljóst að með samruna DAC og Lyfjavers er HHI-stuðullinn orðinn mun hærrí en sú viðmiðun sem sett er fram og notuð er til að meta hvort samþjöppun á markaði sé orðin það mikil að hún hafi skaðleg áhrif á samkeppni, sbr. umfjöllun hér fyrr um HHI stuðullinn. Ef stuðst er við þau viðmið sem hér hefur verið greint frá má vera ljóst að sú aukna markaðshlutdeild samrunaaðila sem til verður við fyrirhugaðan samruna og sú breyting sem verður á uppbyggingu markaðarins sem við á í þessu máli er til þess fallin að valda þar alvarlegri röskun á samkeppni.

Hér hefur þó aðeins verið litið til markaðshlutdeildar og þeirra viðmiða sem gilda um mat á því hvenær markaðshlutdeild sé það há að hún kunni að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Ekki hefur verið tekið tillit til annarra þátta, s.s. efnahagslegs styrkleika hins nýja fyrirtækis miðað við núverandi og hugsanlega keppinauta á markaðnum né aðgangshindrana. Verður nú litið til þeirra þátta.

2.2 Staða keppinauta og efnahagslegur styrkleiki

Við mat á samruna er almennt tekið til athugunar hvort þeir keppinautar sem fyrir eru á markaðnum geti veitt samrunafyrirtækjum fullnægjandi samkeppnislegt aðhald.

Í upphafi verður að hafa hér í huga varðandi þetta atriði að vegna þess mikla munar sem er á samanlagðri markaðshlutdeild annars vegar samrunaaðila máls þessa og Lyfjalausna hins vegar, sem er í eigu Lyfju eins og áður hefur komið fram og er eina félagið fyrir utan samrunaaðila sem sérhæfir sig í skömmtun lyfja fyrir stofnanir. Vegna þessa telur Samkeppniseftirlitið að fram þurfi að koma mjög veigamikil sjónarmið til að unnt sé að fallast á að þessi keppinautur hins sameinaða félags geti veitt því fullnægjandi samkeppnislegt aðhald og náí að hnekkja þeirri yfirburðastöðu samrunaaðila sem samanlögð markaðshlutdeild þeirra gefur vísbendingu um. Rétt er að benda hér á að í umfjöllun um markað fyrir smásölu lyfja hér á eftir er fjallað ítarlega um sameiginlega markaðsráðandi stöðu Lyfja og heilsa og Lyfju.

Samkeppniseftirlitið bendir hér á að í samrunatilkynningu er því ranglega haldið fram að Lyfja sé í eigu Baugs Group. Hið rétta er að Lyfja er dótturfélag Árkaupa ehf., en meðal hluthafa í því félagi eru Kaupfélag Suðurnesja, Vátryggingarfélag Íslands og Kaupfélag Skagfirðinga.⁷⁹ Hér verður hins vegar að hafa í huga mikinn efnahagslegan styrk DAC vegna eignatengsla þess félags við L&H og önnur tengd félög. Má í því sambandi benda á Milestone og tryggingafélagið Sjóvá-Almennar hf.

2.3 Möguleg samkeppni og aðgangshindranir að markaðnum fyrir skömmtun lyfja fyrir stofnanir

⁷⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

⁷⁹ Sjá hér t.d. frétt Mbl. frá 8. júní 2004, þar sem m.a. kom fram að gengið hefði verið frá kaupum nýstofnaðs félags, Eignarhaldsfélags Lyfju ehf., á öllu hlutafé í lyfjaverslanakeðjunni Lyfju hf. Eignarhaldsfélagið Lyfja ehf. er dótturfélag Árkaupa ehf. Hluthafar í Árkaupum eru Kaupfélag Suðurnesja, Vátryggingafélag Íslands hf., Íslandsbanki hf., Eignarhaldsfélagið Samvinnutryggingar og Kaupfélag Skagfirðinga.



Í samrunamálum verður að taka til athugunar hvort um er að ræða aðgangshindranir inn á viðkomandi markað og takmarkaða möguleika nýrra keppinauta til þess að hasla sér þar völl. Samkeppniseftirlitið hefur vegna athugunar í máli þessu leitað sjónarmiða aðila sem starfa á lyfjamarkaðnum, m.a. um það hverjir séu möguleikar nýrra fyrirtækja til að hasla sér völl í greininni.

Hvað lagalegar hindranir varðar vísar Samkeppniseftirlitið í það sem áður komið fram um að til vélskömmtunar lyfja þurfi framleiðsluleyfi samkvæmt lyfjalögum.⁸⁰ Getur heilbrigðis- og tryggingamálaráðherra veitt fyrirtæki, sem ekki er heilbrigðisstofnun eða sjúkrahúsapótek, framleiðsluleyfi til vélskömmtunar. Að auki þarf fyrirtæki að gera samning við heilbrigðisstofnun eða lyfsöluleyfishafa um vélskömmtun. Þá er heilbrigðisstofnunum og sjúkrahúsapótekum heimilt að handskamta í skammtaöskjur enda sé um að ræða lyf sem eru afgreidd beint til sjúklinga. Við meðferð máls þessa hafa komið fram sjónarmið af hálfu aðila sem starfa á lyfjamarkaði um að þær opinberu reglur sem gildi um vélskömmtun hafi hamlandi áhrif á stækkun markaðarins fyrir vélskömmtun lyfja. Í því sambandi hefur t.a.m. verið nefnt að þau lyf sem talin eru hæf til vélskömmtunar séu mun færri en tíðkist víða annars staðar.

Þá þarf að leggja út í umtalsverðar fjárfestingar til að setja upp vélskömmtunarfyrirtæki. Auk þess þarf að ráða til starfans sérhæft starfsfólk sem þarf að hafa yfir að ráða þekkingu á sviði vélskömmtunar lyfja. Jafnframt verður að hafa í huga smæð hins íslenska markaða sem sjálfkrafa felur í sér aðgangshindrun á þennan markað. Þá hindrun verður að skoða í ljósi þeirrar staðreyndar að á markaði fyrir skömmtun lyfja verða eftir samrunann tvö skömmtunarfyrirtæki í eigu aðila sem hafa yfirgnæfandi markaðshlutdeild á markaði fyrir smásölu lyfja. Í þessu sambandi telur Samkeppniseftirlitið einnig rétt að hafa í huga það hagræði sem þessi tvö skömmtunarfyrirtæki hafa fram yfir önnur sem mögulega kunna að koma inn á markað fyrir skömmtun lyfja fyrir stofnanir vegna þeirra eignatengsla sem til staðar eru annars vegar við Lyf og heilsu og hins vegar Lyfju. Nánar tiltekið myndi nýr aðili á þessum markaði ekki njóta þess hagræðis, sem samrunaaðilar njóta vegna þess að lyfjakeðjurnar geta þjónað viðskiptavinum á öðrum markaði samhliða því að skammta lyfjum fyrir stofnanir, þ.e. selt einstaklingum vélskömmtuð lyf í smásölu.

Hér síðar verður fjallað um samkeppnisleg áhrif samrunans á markaði fyrir smásölu lyfja. Telur Samkeppniseftirlitið hér hins vegar rétt að vísa til þess að hin mikla yfirburðastaða lyfjakeðjanna tveggja á markaði fyrir smásölu lyfja gerir það að verkum að erfitt er fyrir hugsanlegan nýjan aðila á markaði að koma sér upp aðstöðu til að þjóna almennum notendum lyfja. Þetta atriði skiptir máli varðandi kaupendastyrk stofnana því að í ljósi sérstakrar aðstöðu lyfjakeðjanna tveggja á markaði og þess yfirlýsta hagræðis sem vélskömmtunarfyrirtæki hafa af því að geta samtímis þjónað neytendamarkaði blasir við að stofnanir munu ekki njóta

80 Samkvæmt 35. gr. lyfjalaga verður lyfjafyrirtæki að fullnægja eftirtöldum skilyrðum til að fá lyfjaframleiðsluleyfi: 1. að því veiti faglega forstöðu lyfjafræðingur sem hefur starfsleyfi hér á landi [og ekki er handhafi lyfsöluleyfis] eða annar sá sem uppfyllir eigi minni menntunarkröfur; [hann skal bera faglega ábyrgð á framleiðslunni],... 2. að vera þannig búð húsnæði, tækjum og starfsliði að dómi [Lyfjastofnunar] að það fullnægi kröfum um framleiðslu, geymslu og meðferð lyfja. ...



Þess hagræðis vilji þær stofna vélskömmunarfyirtæki. Hugsanlegur rekstur þeirra á vélskömmunarfyirtæki yrði því óhagkvæmur sem því nemur.

Með hliðsjón af því sem hér segir er það mat Samkeppniseftirlitsins að töluverðar aðgangshindranir séu á þeim markaði sem hér um ræðir og að innkoma nýrra aðila á markaðinn sé ekki líkleg til að draga úr þeim samkeppnishömlum sem stafa af samrunanum.

2.4 Kaupendastyrkur

Í upphafi þessa kafla kom fram að við mat á samruna verði að taka til skoðunar hvort viðskiptavinir hins sameinaða fyrirtækis hafi það mikinn kaupendastyrk að þeir geti komið í veg fyrir eða dregið verulega úr þeim samkeppnishömlum sem stafað geta af samrunanum (e. countervailing buying power). Eins og fram hefur komið er kaupendastyrkur metinn með hliðsjón af getu viðskiptavinarins til að semja við hið sameinaða félag í krafti stærðar sinnar, þýðingu viðskiptanna fyrir hið sameinaða félag og möguleikunum til að leita til annars seljanda í viðmiðunarreglum framkvæmdastjórnar EB um lárétta samruna.⁸¹ Samkvæmt framansögðu er því fyrst og fremst um að ræða kaupendastyrk í þeim tilvikum þegar kaupendur eru fáir og öflugir. Má í þessu sambandi einnig vísa til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Samkvæmt upplýsingum samrunaaðila voru tíu stærstu viðskiptavinir DAC árið 2005 eftirfarandi (raðað eftir stærð): [...].⁸² Segir að kaup Lyfja og heilsu hafi numið um [...] ⁸³% af sölu DAC árið 2005. Tíu stærstu viðskiptavinir Lyfjavers árið 2005 (raðað eftir stærð) hafi hins vegar verið: [...].⁸⁴ Segir að kaup ofangreindra viðskiptavina hafi numið um [...] ⁸⁵% af sölu Lyfjavers árið 2005.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að umræddir viðskiptavinir séu það öflug að þau ryðji burt eða geri að engu þann efnahagslega styrk sem hið sameinaða félag mun búa yfir. Í þessu sambandi tekur eftirlitið jafnframt fram að þrátt fyrir að á markaði fyrir skömmun lyfja séu nokkrir tiltölulega stórir kaupendur, t.d. LSH, er ljóst á þessum markaði eru einnig margir smærri kaupendur. Vísar Samkeppniseftirlitið hér til þess að fyrirtæki með háa markaðshlutdeild getur hæglega beitt markaðsstyrk sínum gagnvart þessum síðarnefndu kaupendum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hefur þetta sjónarmið einnig verið staðfest af undirrétti EB⁸⁶ og framkvæmdastjórn EB.⁸⁷

81 Sjá Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03). Official Journal C 31, 05.02.2004.

82 Í samrunatilkynningunni eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarupplýsingar.

83 Í samrunatilkynningunni eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarupplýsingar.

84 Í samrunatilkynningunni eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarupplýsingar.

85 Í samrunatilkynningunni eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarupplýsingar.

86 Sjá hér dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II- 2969: „Although in the contested decision the Commission recognised to some degree (point 107) the commercial strength of the two customers of the applicant to which the latter refers, it considered that that power was not capable of affecting the dominant position of the applicant, for two reasons. First, the applicant's other customers, representing ...% of its sales volume, did not have such commercial strength. Secondly, it considered that the particular features of the community scheme applicable to sugar prevented those two customers of the applicant from



Samkeppniseftirlitið telur ljóst að á hinum skilgreinda markaði í þessu máli séu kaupendur fyrir hendi sem ekki verða taldir hafa til að bera markaðsstyrk, en sem dæmi má nefna heilbrigðisstofnanir sem kaupa tiltölulega lítið magn skammtaðra lyfja.

Hvað varðar það sjónarmið samrunaaðila sem fram kemur í greinargerð þeirra að vænta megi sameiginlegs útboðs helstu hjúkrunarstofnana landsins vegna skömmtunar lyfja sem leiði til þess að kaupendastyrkur teljist vera til staðar á þessum markaði telur Samkeppniseftirlitið ljóst að ekki er unnt í máli þessu að taka tillit til einhvers sem mögulega getur komið til í framtíðinni. Verður því að

finding other sources of supply in the short term (point 107). The Court finds that the applicant's arguments do not vitiate the Commission's finding in the contested decision (point 107). First, the applicant does not deny that its other customers absorbed ...% of its industrial sugar production, which also represented a share of the industrial sugar market in Ireland of over ...%. The applicant can therefore hardly maintain that the Commission committed an error of assessment by stating that 'despite the presence of two large customers, the demand side is composed of a number of buyers which are not equally strong and which cannot be aggregated to conclude that they may constrain the market power of the supplier with over 90 % of the market ...'

- 87 Sjá hér ákvörðun framkvæmdastjórnar EB SCA/Metsa Tissue málinu (mál nr. M.2097): „SCA states in the notification that the existing demand structure contains enough buyers with sufficient strength to be able to resist any attempt to raise prices above the competitive level after the merger. The Commission does not accept this argument, for the following reasons. According to SCA, among its largest customers in Sweden, ICA Handlarnas AB account for about [40]*% of the retail market. Dagab AB accounts for [around 30]*%, KF Kategoriteam Papper [15]*% and Bergendahl Grossist AB [< 5]*%. Buyer power can only be exercised effectively if the buyer has an adequate choice of alternative suppliers. In the Commission's view, the choice is limited as the parties would have around [80-90]*% of current sales in the markets for toilet tissue and kitchen towels and the brands with the strongest brand recognition in Sweden. Furthermore, it is easy to price discriminate between different customers as tissue products are delivered to the customers. Customers would not be able to counter price discrimination through arbitrage, since tissue products have high transport costs relative to total costs and customers need just-in-time delivery, often several times per week. Hence, even if the largest customers would be able to exercise some countervailing buyer power this would not protect smaller customers, and the new entity would still be able to raise prices above the pre-merger level. ” Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í Nestle/Perrier málinu (mál nr. M.190): „Nestlé, supported by BSN, has submitted that the three national suppliers are constrained by the buying power of the big retailers. Nestlé's 10 largest customers represent 67,3 % of its total turnover. Nestlé and BSN have submitted that four major retail groups, ie. Intermarché, Leclerc, Carrefour and Promodes, would represent 50 % of the total sales volume of the three national suppliers. In addition, some of the retailers sell local waters under own retail brands so that they are becoming competitors of the national water suppliers. The buying power would also be demonstrated by the fact that major brands have been delisted and that the average rebate granted by Vittel to its retailers has increased by 50 % during the years 1988 to 1992 (see Lexecon Report, p. 33). As regards the concentration of buyers, it is true that the 10 largest buyers represent an important part, around 70 %, of the turnover of all three national suppliers and, thus, have a certain purchasing power. However, concentration of these buyers is much less important than the concentration of the supply side, in particular after the merger. While 82 % by value and 75 % by volume (for still mineral waters over 90 %) of the supply side would be in the hands of only two suppliers which can easily engage in anticompetitive parallel behaviour (see recital 108 and following), the demand side is composed of a much greater number of independent companies, none of which exceeds 15 % of the total water turnover of all three/two suppliers. For Nestlé, the individual share of the ten largest buyers varies between 1,9 % and 11,6 % of Nestlé's total turnover. Out of ten buyers only four reach 10 to 11 %, the remaining six vary between 1,9 and 5,5 %. These purchasers do not all have an equal buying power based on the volume purchased. This is confirmed by the fact that the rebates granted to these retailers are not all identical but adapted to each individual buyer. All this shows that in front of a highly concentrated supply side, there is a demand side which is composed of a number of buyers which are not equally strong and which cannot be aggregated to conclude that they may constrain the market power of the three, and after the merger, only two national suppliers. In the enforcement of the competition rules, the Commission must also pay attention to the protection of the weaker buyers. Even if some buyers might have a certain buying power, in the absence of sufficient competition pressure on the market, it cannot be excluded that Nestlé and BSN apply different conditions of sale to the various buyers.“



meta kaupendastyrk á markaði fyrir skömmtnun lyfja miðað við þær aðstæður sem nú eru til staðar.

Af framangreindu telur Samkeppniseftirlitið að kaupendastyrkur á markaði fyrir skömmtnun lyfja fyrir stofnanir sé ekki til staðar í nægilegum mæli til að vega upp á móti skaðlegum samkeppnislegum áhrifum af samrunanum. Þá ber og einnig að hafa í huga að með samruna DAC og Lyfjavers mun valkostum kaupenda skömmtnunarþjónustu fækka og erfiðara verður fyrir þá að flytja viðskipti sín annað komi til að mynda til verðhækkunar fyrir skömmtnunarþjónustuna.

2.5 Niðurstaða

Með hliðsjón af því sem hér segir er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruni DAC og Lyfjavers leiði til yfirburðastöðu samrunaaðila á markaði fyrir skömmtnun lyfja fyrir stofnanir og að þeir geti í krafti stöðu sinnar takmarkað samkeppni og hagað verðlagningu, þjónustu og viðskiptaskilmálum að verulegu leyti án tillits til keppnauta eða viðskiptavina. Samkeppniseftirlitið getur af þessum sökum ekki fallist á að samruninn samrýmist samkeppnislögum. Á grundvelli fyrirliggjandi upplýsinga telur Samkeppniseftirlitið því að samruninn fari gegn markmiði samkeppnislaga og sé andstæður 17. gr. laganna.

3. **Markaður fyrir smásölu lyfja**

Í samrunatilkynningu samrunaaðila kemur fram að heildarvelta í atvinnugreinarflokki 52.31, Apótek, hafi samkvæmt upplýsingum frá Hagstofu Íslands, numið 13,6 milljörðum kr. árið 2004. Telja samrunaaðilar að heildarvelta hafi numið um 15 milljörðum kr. á árinu 2005. Er tekið fram að heildarvelta Lyfjavers af smásölu lyfja og tengdri þjónustu, þar með talið til sjúkrahúsa og annarra heilbrigðisstofnana hafi numið [...] ⁸⁸ milljónum kr. árið 2005. Velta Lyfja og heilsu hafi hins vegar numið [...] ⁸⁹ milljónum kr. á sama ári. Í þessum veltutölum sé jafnframt sala á tengdum vörum og þjónustu, svo sem vegna skömmtnunar lyfja. Sé velta vegna þeirrar þjónustu sem felist í skömmtnun lyfja hins vegar óveruleg. Eftir samrunann muni samrunaaðilar því samtals hafa um [...] ⁹⁰% markaðshlutdeild. Þegar af þeirri ástæðu sé ljóst að samruninn hvorki leiði til né styrki markaðsráðandi stöðu þeirra. Í því sambandi er jafnframt bent á að stærsti samkeppnisaðilinn, Lyfja, hafi líklegast um 40-45% markaðshlutdeild. Þá séu fjölmargir smærri aðilar sem starfi á viðkomandi markaði. Að auki verði að hafa í huga mikinn styrk birgja og viðskiptavina samrunaaðila sem og opinber afskipti af viðkomandi markaði.

Eins og nánar verður fjallað um hér síðar telur Samkeppniseftirlitið að samruni DAC og Lyfjavers leiði til þess að sameiginleg markaðsráðandi staða sem Lyf og heilsa deila með Lyfju á markaðnum fyrir smásölu lyfja styrkist. Þetta mat Samkeppniseftirlitsins kom fram í andmælaskjali eftirlitsins. Í greinargerð samrunaaðila vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins eru færð fram ýmis sjónarmið sem að mati samrunaaðila leiða til þess að þetta mat

88 Í samrunatilkynningunni eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarupplýsingar.

89 Í samrunatilkynningunni eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarupplýsingar.

90 Í samrunatilkynningunni eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarupplýsingar.



Samkeppniseftirlitisins sé ekki rétt. Verður nánar gerð grein fyrir þessum sjónarmiðum á viðeigandi stöðum í eftirfarandi umfjöllun.

3.1 Skilyrði fyrir sameiginlegri markaðsráðandi stöðu

Við mat á samruna ber Samkeppniseftirlitinu sem áður segir að meta hvort samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist, sbr. 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Tilvitnað ákvæði er efnislega samhljóða 1. mgr. 18. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, eins og því ákvæði var breytt með 10. gr. laga nr. 107/2000. Í athugasemdum við 10. gr. frumvarps þess sem varð að breytingalögum segir meðal annars svo:

„Í 1. efnismgr. 10. gr. frumvarpsins eru lagðar til tvær meginbreytingar frá gildandi lögum. Í fyrsta lagi er tekið skýrt fram að heimilt sé að ógilda eða setja samruna skilyrði þegar hann leiðir til þess að markaðsráðandi staða fyrirtækis styrkist. ... Í öðru lagi er tekið fram að unnt sé að beita ákvæðinu þegar svo kölluð fákeppnis- eða sameiginleg markaðsráðandi staða (e. oligopolistic eða joint dominance) verður til við samruna eða þegar slík staða styrkist. Er þetta gert með því að taka fram í ákvæðinu að um geti verið að ræða markaðsráðandi stöðu eins eða fleiri fyrirtækja. Á sama hátt og sameiginleg markaðsráðandi staða fellur undir ákvæðið um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu er eðlilegt að slík staða falli undir 18. gr. Er þetta einnig í samræmi við samrunareglur EES-samningsins, sbr. dóm dómstóls EB frá 31. mars 1998 í máli nr. C-68/94, Frakkland og aðrir gegn framkvæmdastjórninni, og dóm undirréttar EB frá 25. mars 1999 í máli nr. T-102/96, Gencor Ltd. gegn framkvæmdastjórninni. Jafnframt fellur sameiginleg markaðsráðandi staða undir samrunareglur í Finnlandi, Svíþjóð, Bretlandi, Frakklandi, Þýskalandi, Bandaríkjunum, Kanada og víðar.“

Samkvæmt framansögðu er Samkeppniseftirlitinu ætlað að meta hvort samruni leiðir til þess að sameiginleg markaðsráðandi staða tveggja eða fleiri fyrirtækja (e. collective dominance, oligopolistic dominance, coordinated interaction) verði til eða styrkist, sbr. einnig úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 18/2001 *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf., Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði.*⁹¹

Eins og áður greinir er DAC í eigu L&H, en [...] %⁹² hlutfjár í Lyfjum og heilsu, en það félag rekur lyfjaverslanir undir firmaheitunum Lyf og heilsa og Apótekarinn. Hér eftir verður vísað til þessarar fyrirtækjasamstæðu í einu lagi sem Lyf og heilsu. Starfsemi Lyfjavers felst meðal annars í smásölu lyfja, en félagið hefur

91 Í almennum athugasemdum með frumvarpi til laga um breytingu á samkeppnislögum, nr. 8/1993, með síðari breytingum kemur m.a. fram: „Í frumvarpinu eru samrunaákvæði samkeppnislaga styrkt til muna. Þetta felst í eftirfarandi: ... Unnt verður að grípa til íhlutunar í samruna ef hann leiðir til svonefndrar fákeppnis- markaðsráðandi stöðu (oligopolistic dominance). Í því felst að fækkun keppnauta við samruna leiðir til fákeppni þar eð fyrirtækin sem eftir verða á markaðinum taka gagnkvæmt tillit hvert til annars og hætta að keppa. Heimild af þessum toga tryggir samkeppnisyfirlit möguleika til að sporna gegn myndun skaðlegrar fákeppni hér á landi.“

⁹² Upplýsingar um eignarhald. Í samrunatilkynningunni voru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarmál.



rekið apótek frá árinu 2001. Samruninn hefur þess vegna óhjákvæmilega í för með sér aukningu á markaðshlutdeild Lyfja og heilsu í smásölu lyfja. Eins og nánar verður fjallað um í eftirfarandi umfjöllun er það mat Samkeppniseftirlitsins að Lyfja annars vegar og Lyf og heilsa hins vegar séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á markaðinum fyrir smásölu lyfja og að samruni DAC og Lyfjavers styrki þá stöðu. Rétt er fyrst að gera grein fyrir nokkrum almennum atriðum varðandi túlkun 17. gr. samkeppnislaga að þessu leyti.

Við mat á því hvort tvö eða fleiri fyrirtæki séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu þarf að meta hvort í viðkomandi markaði felist jarðvegur fyrir þegjandi samhæfingu (e. tacit coordination/collusion) þeirra. Eins og lýst er í athugasemdum við 10. gr. frumvarps þess sem varð að lögum nr. 107/2000 getur sameiginleg markaðsráðandi staða meðal annars orðið til vegna 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. Þess ber þó að geta að fyrirtækin móta ekki slíka stefnu með samráði sín á milli heldur myndast slíka stefna með þegjandi samhæfingu þeirra. Í athugasemdunum segir meðal annars svo:

„Við mat á því hvort sameiginleg markaðsráðandi staða verður til við samruna verður að athuga hvernig líklegt er að viðkomandi markaður þróist. Í því sambandi verður að taka til athugunar hvort samruninn sem um ræðir leiðir til þess að samkeppni á markaðnum verði raskað af samrunafyrirtækjunum auk eins eða fleiri fyrirtækja til viðbótar. Þetta getur orðið við það að efnahagsleg tengsl myndist á 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. Þar sem mikil samþjöppun er á tilteknum mörkuðum getur orðið töluverð hættu á því að fyrirtæki taki gagnkvæmt tillit hvert til annars og fákeppni, markaðurinn er t.d. gagnsær og vörurnar eða þjónustan sem boðin er á viðkomandi markaði er einsleit. Fyrirtækin geta m.a. við þær aðstæður vitað með nokkurri vissu hver viðbrögð keppinauta verða við tilteknum markaðsaðgerðum. Þetta hefur þau áhrif að fyrirtækin hafa ekki lengur nauðsynlegt samkeppnislegt aðhald heldur leiða markaðsaðstæður til þess að þau verða samstíga í markaðshegðun, t.d. takmarka þau framboð á vöru eða þjónustu til þess að geta hækkað söluverð með það að leiðarljósi að samræmd markaðshegðun leiði til hámarkunar sameiginlegs hagnaðar. Hér liggur til grundvallar sú kenning hagfræðinnar að tengsl séu á milli annars vegar stærðar og fjölda fyrirtækja á markaðinum og hins vegar þess hvaða líkur eru á samstilltum aðgerðum milli fyrirtækja, án þess að endilega sé um að ræða ólögmaett samráð, t.d. um verðhækkanir. Er þessari breytingu ætlað að vinna gegn frekari myndun fákeppnismarkaða hér á landi.“

Framkvæmdastjórn EB hefur nánast frá upphafi gildistöku þágildandi reglugerðar EB-ráðsins nr. 4064/89 (samrunareglugerðin) litið svo á að sameiginleg markaðs-



ráðandi staða falli undir reglugerðina.⁹³ Var sú niðurstaða staðfest með dómi dómstóls EB í máli *Frakklands og annarra gegn framkvæmdastjórninni* frá 1998 og í máli *Gencor* ári síðar.⁹⁴ Dómstóllinn hefur einnig áréttað að sameiginleg markaðsráðandi staða falli undir 82. gr. Rómarsáttmálans (hliðstæð 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005), sbr. mál *Compagnie Maritime Belge*.⁹⁵

Í þessu sambandi er rétt að hafa í huga skilgreiningu dómstóls EB og undirréttar EB á hugtakinu sameiginleg markaðsráðandi staða. Er þar fyrst að nefna dóm dómstóls EB frá 31. mars 1998 í máli *Frakklands og annarra gegn framkvæmdastjórninni*. Í málinu reyndi á það hvort sameiginleg markaðsráðandi staða skapaðist í kjölfar samruna. Taldi dómstóllinn hlutverk framkvæmdastjórnar EB felast í því að meta hvort virk samkeppni á markaði væri verulega takmörkuð vegna fyrirtækjanna sem til stæði að sameina og annars fyrirtækis af þeirri ástæðu að þau gætu, sérstaklega vegna sambands sín á milli, samhæft hegðun sína á markaðnum án þess að þurfa að huga svo heitið geti að keppinautum, viðskiptavinum og neytendum.⁹⁶ Við mat á því hvort um sameiginlega markaðsráðandi stöðu væri að ræða tók dómstóllinn fram að u.þ.b. 60% sameiginleg markaðshlutdeild, sem skiptist í 23% og 37%, nægði ekki ein og sér til að álykta að slík staða væri fyrir hendi. Í dóminum er ekki að finna tæmandi talningu á því til hvaða atriða ber að líta við mat á því hvort um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða eða tekin afstaða til þess hvaða innbyrðis vægi slík atriði hafa. Í dómi undirréttar EB frá 25. mars 1999 í máli *Gencor Ltd. gegn framkvæmdastjórninni* kemur skýrt fram að það er ekki skilyrði fyrir sameiginlegri markaðsráðandi stöðu að formleg tengsl séu milli þeirra fyrirtæki sem um ræðir.⁹⁷ Skiptir mestu máli hvort til staðar er jarðvegur fyrir þegjandi samhæfingu (e. tacit coordination).⁹⁸ Í dóminum voru eftirtalin atriði tekin til skoðunar við mat á því

93 Sjá nú Council regulation (EC) nr 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation). Official Journal of the European Union. L. 24/1. 29.1.2004.

94 Mál nr. C-68/94 & C-30/95 France v Commission [1998] E.C.R. I-1375. Mál nr. T-102/96 Gencor v Commission [1999] E.C.R. II-753.

95 Mál nr. C-395-/96 Compagnie Maritime Belge NV v Commission [2000] 4 CMLR 1076.

96 Sjá dóm Evrópudómstólsins í sameinuðum málum C-68/94 og C-30/95 þar sem segir meðal annars: „In the case of an alleged collective dominant position, the Commission is therefore obliged to assess, using a prospective analysis of the reference market, whether the concentration which has been referred to it leads to a situation in which effective competition in the relevant market is significantly impeded by the undertakings involved in the concentration and one or more other undertakings which together, in particular because of correlative factors which exist between them, are able to adopt a common policy on the market and act to a considerable extent independently of their competitors, their customers, and also of consumers.”

97 Sjá dóm dómstóls EB í máli T-102/96 þar sem segir meðal annars: „In its judgment in the Flat Glass case, the Court referred to links of a structural nature only by way of example and did not lay down that such links must exist in order for a finding of collective dominance to be made. ... It merely stated (at paragraph 358 of the judgment) that there is nothing, in principle, to prevent two or more independent economic entities from being united by economic links in a specific market and, by virtue of that fact, from together holding a dominant position vis-à-vis the other operators on the same market. It added (in the same paragraph) that that could be the case, for example, where two or more independent undertakings jointly had, through agreements or licences, a technological lead affording them the power to behave to an appreciable extent independently of their competitors, their customers and, ultimately, of consumers. ... Nor can it be deduced from the same judgment that the Court has restricted the notion of economic links to the notion of structural links referred to by the applicant.”

98 Í dóminum segir meðal annars: „Furthermore, there is no reason whatsoever in legal or economic terms to exclude from the notion of economic links the relationship of interdependence existing between the parties to a tight oligopoly within which, in a market with the appropriate characteristics, in particular in terms of market concentration, transparency and product homogeneity, those parties are in a position to anticipate one another's behaviour and are therefore strongly encouraged to align their conduct in the market, in particular in such a way as to maximise their joint



hvort um sameiginlega markaðsráðandi stöðu væri að ræða. Í fyrsta lagi var vísað til þess að fyrirtækin hefðu 60-70% samanlagða markaðshlutdeild og að verulegur munur væri á henni og hlutdeild annarra keppinauta (sá næst stærsti var með um 22% hlutdeild, en aðrir með 6% og 5% hlutdeild). Tók dómstóllinn fram að þar sem viðkomandi fyrirtæki væru með um 60-70% samanlagða markaðshlutdeild væri um tvíkeppni (e. duopoly) að ræða. Taldi dómstóllinn að 60-70% markaðshlutdeild á tvíkeppnismarkaði væri skýr vísbending um sameiginlega markaðsráðandi stöðu (e. a strong indication of the existence of a collective dominant position) ef önnur atriði leiddu ekki til annarrar niðurstöðu. Í öðru lagi var vísað til þess líkur á samkeppnishamlandi hegðun (e. anti-competitive parallel behaviour) ykjast þegar um samskonar kostnaðaruppbyggingu og svipaða markaðshlutdeild væri að ræða. Í þriðja lagi benti dómstóllinn á að markaður sem um væri að ræða væri hvort tveggja gagnsær og mettaður. Í fjórða var vísað til þess að varan væri einsleit og að aðgangshindranir væru að markaðum. Í fimmta lagi var fallist á að tiltekin tengsl væru á milli aðila. Dómstóllinn hafnaði hins vegar því að formleg tengsl (e. structural links) væru óhjákvæmilegt skilyrði fyrir sameiginlegri markaðsráðandi stöðu,⁹⁹ en benti á að slík formleg tengsl styrktu vitaskuld niðurstöðu um sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Er nægjanlegt að ákveðin efnahagsleg tengsl (e. economic links) séu fyrir hendi sem gera það líklegt að viðkomandi fyrirtæki taki tillit hvort til annars og raski þar með samkeppni. Geta slík tengsl meðal annars lýst sér í einsleitni vöru og gagnsæi markaðar.¹⁰⁰

Í dómi undirréttar EB frá 6. júní 2002 í máli *Airtours plc. gegn framkvæmdastjórninni* var þessi niðurstaða staðfest. Samkvæmt dómnum er litið til 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. 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 munu aðeins leiða til hliðstæðra aðgerða keppinauta og ekkert fyrirtækjanna hafi þess vegna hag af slíkum aðgerðum. Í þriðja lagi verða

profits by restricting production with a view to increasing prices. In such a context, each trader is aware that highly competitive action on its part designed to increase its market share (for example a price cut) would provoke identical action by the others, so that it would derive no benefit from its initiative. All the traders would thus be affected by the reduction in price levels. ... That conclusion is all the more pertinent with regard to the control of concentrations, whose objective is to prevent anti-competitive market structures from arising or being strengthened. Those structures may result from the existence of economic links in the strict sense argued by the applicant or from market structures of an oligopolistic kind where each undertaking may become aware of common interests and, in particular, cause prices to increase without having to enter into an agreement or resort to a concerted practice." Sjá í þessu sambandi einnig Richard Whish, *Competition Law*, 5. útg., 2003, bls. 535-536.

99 Formleg tengsl í þessu sambandi geta t.d. verið eignatengsl milli viðkomandi fyrirtækja, persónuleg tengsl, framleiðslusamningar milli aðila eða sameiginleg verkefni aðila á tilteknum markaði.

100 Hér má einnig vísa til niðurstöðu framkvæmdastjórnar EB í máli frá 28. júní 2000 nr. M.1741 MCI WorldCom/Sprint þar sem framkvæmdastjórnin fjallar um þá þætti sem almennt koma til skoðunar við mat á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu, þ.e. einsleitni vöru, markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækja stöðug og sambærileg, samskonar kostnaðaruppbygging, aðgangshindranir að markaðnum, engar nýjungar á markaðnum og hægfare tækniþróun.



að vera takmarkaðar líkur á því að keppinautar eða mögulegir keppinautar, eða neytendur, geti ógnað hinni sameiginlegu markaðsráðandi stöðu.¹⁰¹

Samkvæmt framansögðu skiptir mestu að markaðurinn sé gagnsær og að fyrir hendi sé hvati fyrir fyrirtækin í hinni sameiginlegu markaðsráðandi stöðu til að forðast samkeppni. Þá verður að meta líkurnar á því að keppinautar eða neytendur geti viðhaldið samkeppni á markaðnum.¹⁰²

Þessi skilningur hefur nýlega verið staðfestur af undirrétti EB í dómi 26. janúar 2005 í máli *Laurent Piau gegn framkvæmdastjórninni*.¹⁰³

3.2 Lyf og heilsa og lyfja eru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir smásölu lyfja

Við mat á því hvort um sameiginlega markaðsráðandi stöðu er að ræða verður að taka afstöðu til þess hvort aðstæður á þeim markaði sem fyrirtæki starfa á séu með þeim hætti að til staðar sé jarðvegur fyrir þegjandi samhæfingu (e. tacit coordination) fyrirtækjanna sem um ræðir.

Telur Samkeppniseftirlitið rétt að áréttu að hér er um að ræða tilvik þar sem aðstæður á markaði eru með þeim hætti að fyrirtæki, án nokkurra samskipta sín á milli, sjá hag sinn í því að sameiginleg eða samræmd stefna myndist á markaðnum, t.d. með því að fyrirtækin keppa ekki um hylli neytenda s.s. í verði, og starfa að verulegu leyti án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina eða neytenda. Í þessu felst hins vegar ekki ólöglegt samráð eða samstilltar aðgerðir, sbr. bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga.

Eins og leiða má af niðurstöðu undirréttar EB í máli *Airtours plc. gegn framkvæmdastjórninni* er nauðsynlegt að líta til tiltekinna þátta við mat á því hvort um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Samandregið er hér um að ræða eftirfarandi þætti:

101 Sjá dóm undirréttar EB í máli T-102/96 þar sem segir meðal annars: „In its judgment in the Flat Glass case, the Court referred to links of a structural nature only by way of example and did not lay down that such links must exist in order for a finding of collective dominance to be made. ... It merely stated (at paragraph 358 of the judgment) that there is nothing, in principle, to prevent two or more independent economic entities from being united by economic links in a specific market and, by virtue of that fact, from together holding a dominant position vis-à-vis the other operators on the same market. It added (in the same paragraph) that that could be the case, for example, where two or more independent undertakings jointly had, through agreements or licences, a technological lead affording them the power to behave to an appreciable extent independently of their competitors, their customers and, ultimately, of consumers. ... Nor can it be deduced from the same judgment that the Court has restricted the notion of economic links to the notion of structural links referred to by the applicant.“ Sjá jafnframt Navarro, Font, Folguera og Briones, Merger Control in the EU. önnur útgáfa 2005, bls. 202.

102 Sjá hér Navarro, Font, Folguera og Briones, Merger Control in the EU. önnur útgáfa 2005, bls. 203

103 Sjá dóm undirréttar EB í máli nr. T-193/02 þar sem segir meðal annars: „Three cumulative conditions must be met for a finding of collective dominance: first, each member of the dominant oligopoly must have the ability to know how the other members are behaving in order to monitor whether or not they are adopting the common policy; second, the situation of tacit coordination must be sustainable over time, that is to say, there must be an incentive not to depart from the common policy on the market; thirdly, the foreseeable reaction of current and future competitors, as well as of consumers, must not jeopardise the results expected from the common policy.“



- Gagnsær markaður og einsleit vara.
- Hvati til samhæfingar og líkur á að samkeppni verði svarað í sömu mynt.
- Takmarkaðar líkur á að keppinautar (og mögulegir keppinautar) eða neytendur geti ógnað samhæfingunni.

Til að meta hvort að þessir þættir eru til staðar er almennt litið til þess hvort sá markaður sem um ræðir beri tiltekin einkenni. Það skal þó haft í huga að tilvist allra þessara atriða/einkenna er ekki fortakslaust skilyrði þess að sameiginleg markaðsráðandi staða sé fyrir hendi. Skiptir miklu máli við mat á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu að meta þessi atriði heildstætt og í samræmi hvert við annað. Þá geta þessi atriði haft mismikið vægi innbyrðis eftir því um hvaða markað ræðir hverju sinni.¹⁰⁴

Eins og nánar verður fjallað um eiga öll framangreind atriði við um markað fyrir smásölu lyfja. Telur Samkeppniseftirlitið því ljóst að Lyf og heilsa deili sameiginlegri markaðsráðandi stöðu með Lyfju (eftirleiðis verður ýmist vísað til Lyfju og Lyfja og heilsu eða lyfjakeðjanna). Leiðir samruni DAC og Lyfjavers því sjálfkrafa til þess að sameiginleg markaðsráðandi staða Lyfja og heilsu og Lyfju styrkist.

3.2.1 Markaður fyrir smásölu lyfja er gagnsær

Í greinargerð samrunaaðila vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins kemur fram að því verði ekki neitað að aðilum á markaði fyrir smásölu lyfja sé ekki frjálst að verðleggja lyf eins hátt og þeir vilja. Að mati samrunaaðila leiði það þó ekki sjálfkrafa til þess að verð sé öllum aðgengilegt og að markaðurinn sé gagnsær. Í því sambandi vísa samrunaaðilar m.a. til skýrslu forseta Alþýðusamband Íslands (ASÍ) um störf sambandsins árið 2004 þar sem segi eftirfarandi um lyfjamarkaðinn:

„Síðasta haust var undirritað samkomulag milli ASÍ, SVÞ og Landlæknisembættisins um fyrirkomulag verðkannanna í apótekum á lyfseðilsskyldum lyfjum. Lyfjamarkaðurinn er flókinn og erfitt er fyrir hinn almenna neytanda að átta sig á því hvar hagstæðast er að versla. Þættir sem gera myndina óljósa frá neytandanum séð eru annars vegar lélegar verðmerkingar á lyfseðilsskyldum lyfjum og hins vegar mismunandi þátttaka almannatrygginga í lyfjakostnaði. Á starfsárinu hafa verið framkvæmdar þrjár lyfjaverðskannanir og hefur verið ánægja með þetta nýja verklag. Niðurstöður þessara kannanna hafa sýnt að nokkur munur er á verði milli apóteka og það getur borgað sig fyrir neytendur að hringja á nokkra staði og finna þannig hagstæðasta verðið áður en lyf eru leyst út.“¹⁰⁵

Telja samrunaaðilar að gagnsær markaður felí það í sér að neytendur eigi auðvelt með að átta sig á því hvar sé ódýrast að versla. Þá sé ljóst af framangreindu að verðmunur milli lyfjaverslana sé nokkur en það sýni að samkeppni á þessu

104 Sjá hér t.d. Alastair Lindsay, The EC Merger Regulation. Substantive Issues. Bls. 312.

105 Skýrsla forseta um störf ASÍ 2004, bls. 82. Skýrsluna í heild sinni má nálgast á heimasíðu ASÍ á slóðinni: www.asi.is



markaði sé eðlileg. Vísa samrunaaðilar til þess að aðili á markaði þurfi að hafa mjög aðgengilegar upplýsingar um verðlagningu keppinautar síns til að geta greint hana. Sé ekki nóg í því sambandi að upplýsingar um afslætti séu tilgreindar á kvittun kaupandans heldur þurfi að meta hve nákvæmlega og fljótt unnt sé að greina aðgerðir keppinautarins. Vísa samrunaaðilar til meistaraverkefnis frá Háskóla Íslands þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að erfitt væri að fá gögn um hlut sjúklinga í lyfseðilsskyldum lyfjum. Þá vísa samrunaaðilar einnig til þess að þótt hámarksverð sé gert opinbert þá sé lyfjaverð lyfjabúðanna ekki jafn aðgengilegt. Geti þau fyrirtæki sem eru á markaðnum ekki séð í fljótu bragði hvort keppinautar séu að bjóða lægra verð þar sem verðlagningin sé hvergi auglýst. Þegar aðili verði þess áskynja að tiltekin verslun sé ekki að skila sömu framlegð og áður þarf að skoða ítarlega orsök lækkaðrar sölu en erfitt sé að finna út hvaða verslun sé að hirða tekjur frá hverjum vegna þess hve þétt verslanir á höfuðborgarsvæðinu liggja. Þá vísa samrunaaðilar til þess að þeir aðilar sem starfa á markaðnum hafi ekki upplýsingar um veltu gagnaðilanna en af þeim sökum geti þeir ekki séð hvaða verslun sé að auka tekjur sínar. Jafnframt vísa samrunaaðilar til þess að viðskiptavinir apótekanna séu afar misjafnir hvað varðar magn og virði þeirra lyfja sem þeir kaupi, sem og tíðni viðskipta þeirra. Hafi margir viðskiptavina apótekanna gert persónulega samninga við einstök apótek um afsláttarkjör. Þannig geti t.d. ellilífeyrisþegi sem kaupir í hverjum mánuði mikinn fjölda dýrra lyfja fengið töluvert betra verð í krafti magns. Hann geti að auki notið samninga sem sjúklingasamtök geri oft við apótekin fyrir hönd félagsmanna sinna. Sá hluti sem sjúklingur greiði fyrir lyf geti því verið mismunandi milli 10 aðila allt aftir því hvernig greiðsluþátttöku Tryggingastofnunar ríkisins sé háttað fyrir viðkomandi, aldri sjúklings, persónulegum samningi, samningi sjúklingasamtaka. Auk þess geti í þessu sambandi skipti máli hvenær lyfið sé keypt, því markaðsaðgerðir apótekanna leiði oft til aukinna afslátta á lyfjum.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að til að fyrirtæki geti samhæft markaðshögðun sína verður markaðurinn sem um ræðir að vera nægjanlega gagnsær. Fyrirtæki sem eru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu verða með öðrum orðum að geta áttað sig á þeim viðmiðum sem eru lögð til grundvallar án þess að eiga þó í beinum samskiptum.¹⁰⁶ Ekki er gerð krafa um að markaðurinn sé gagnsær að öllu leyti, en mikilvæg vísbending um hvort að gagnsæi er til staðar snýr að gagnsæi varðandi verð og framboð.¹⁰⁷ Eins og undirréttur EB benti á í máli *Airtours plc. gegn framkvæmdastjórninni* verða fyrirtækin sem um ræðir að geta fylgst með því hvort önnur fyrirtæki bregða út frá hinni samhæfðu hegðun.¹⁰⁸ Við mat á því

106 Sjá t.d. niðurstöðu framkvæmdastjórnar EB frá 29. september 1999 í máli nr. M.1386 Exxon/Mobil þar sem segir um þetta: „Market transparency is ... one of the basic conditions characterising markets conducive to oligopoly. [Such] a transparency allows the players on the market to converge towards a given price with no need of explicit coordination. Accordingly, price transparency can be expected to lead to price parallelism between the undertakings present on the market.“ Sjá hér einnig niðurstöðu undirréttar EB í máli *Airtours plc. gegn framkvæmdastjórninni*. Þá hafa fræðimenn fjallað um þetta atriði með eftirfarandi hætti: „Tacit coordination is feasible only when there is sufficient transparency [...] for all participants to be able to identify the relevant reference point without the need for express collusion.“ Sjá Alastair Lindsay, *The EC Merger Regulation. Substantive Issues*. Bls. 321.

107 Sjá hér t.d. Alastair Lindsay, *The EC Merger Regulation. Substantive Issues*. Bls. 322.

108 Um þetta segir í dóminum: „...each member of the dominant oligopoly must have the ability to know how the other members are behaving in order to monitor whether or not they are adopting the common policy. As the Commission specifically acknowledges, it is not enough for each member of the dominant oligopoly to be aware that interdependent market conduct is profitable for all of them



hvort gagnsæi er til staðar er horft til þess hvort viðkomandi fyrirtæki eigi auðvelt með að fylgjast með aðstæðum á markaðnum, en ekki t.d. til þess hvort aðstæður séu ljósar öðrum, s.s. neytendum, sbr. tilvísun samrunaaðila til skýrslu forseta um störf ASÍ frá árinu 2004.

Í máli þessu liggur fyrir að íslenskur lyfjamarkaður, þ.á m. markaður fyrir smásölu lyfja, lýtur í veigamiklum atriðum opinberum reglum. Koma stjórnvöld að því að ákveða hámarksverð lyfja í bæði heilðsölu og smásölu, greiðsluþátttöku almannatrygginga og verðbreytingar á lyfseðilsskyldum lyfjum. Gefur lyfjagreiðslunefnd út lyfjaverðskrá þar sem fram koma upplýsingar um viðmiðunarverð, greiðsluþátttöku almannatrygginga vegna hvers lyfs, hámarksverð og greiðsluþátttökuverð allra lyfseðilsskyldra lyfja ásamt heilðsöluverði. Samkvæmt þessu er ákvörðun um hámarksverð lyfja í smásölu ekki í höndum smásöluaðilanna sjálfra. Er markaður fyrir smásölu lyfja að þessu leyti mjög gegnsær enda öllum smásöluaðilum ljóst hvert má vera hámarksverð lyfja. Á hinn bóginn er smásöluaðilum í sjálfsveld sett hvaða afslátt af verði lyfsins þeir veita neytendum. Sá afsláttur er hins vegar tilgreindur á kvittun kaupandans ásamt verði lyfsins. Eru upplýsingar um lyfjaverð því aðgengilegar hverjum sem vill hvort sem um er að ræða neytendur, þ.e. viðskiptavinum lyfjabúða, eða fyrirtæki sem starfa á markaði fyrir smásölu lyfja. Leiðir af þessu að lyfjakeðjurnar eiga greiðan aðgang að afsláttarstefnu hvorrar annarrar. Þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að hér á landi eru gerðar verðkannanir á tilteknum lyfjum, bæði lausasölu- og lyfseðilsskyldum lyfjum, með reglubundnum hætti, sbr. t.d. kannanir sem gerðar hafa verið á vegum ASÍ. Niðurstöður þessara kannana eru birtar opinberlega, bæði á heimasíðu ASÍ sem og í fjölmiðlum, og eru þar af leiðandi aðgengilegar hverjum sem er.¹⁰⁹ Eru kannanir sem þessar til þess fallnar að auka á enn gagnsæi á markaði fyrir smásölu lyfja.

Þá lýsir gagnsæi markaðarins sér jafnframt í því að fjöldi og staðsetning lyfjaverslana liggur ljós fyrir. Þannig heldur Lyfjastofnun úti skrá yfir lyfjaverslanir, en þar er tilgreint heimilisfang lyfjaverslananna ásamt póstnúmeri.¹¹⁰ Leiðir þetta til þess að lyfjaverslanir, þar á meðal lyfjakeðjurnar tvær, geta með mikilli vissu ályktað hvort breytingar á sölu stafi af samkeppni frá tilteknum aðilum, en ekki t.d. að nýr og óþekktur aðili hafi rutt sér rúms á markaði fyrir smásölu lyfja. Þá telur Samkeppniseftirlitið ekki breyta neinum varðandi það mat eftirlitsins að markaður fyrir smásölu lyfja sé gagnsær þótt til greina komi að einstakir notendur lyfja geri afsláttarsamninga við lyfjaverslanir vegna lyfjakaupa sinna eða slíkir samningar séu gerðir af hálfu t.d. sjúklingasamtaka. Bendir Samkeppniseftirlitið á að hér er aðeins um að ræða kjör eða möguleika fyrir takmarkaðan hluta þeirra sem þurfa að nota lyf.

but each member must also have a means of knowing whether the other operators are adopting the same strategy and whether they are maintaining it. There must, therefore, be sufficient market transparency for all members of the dominant oligopoly to be aware, sufficiently precisely and quickly, of the way in which the other members' market conduct is evolving". Sjá jafnframt Alastair Lindsay, The EC Merger Regulation. Substantive Issues. bls. 324.

109 Þannig var t.d. fjallað um niðurstöður verðkannana ASÍ á lyfjum í Morgunblaðinu þann 15. og 16. júní s.l. Könnunin á lausasólulyfjum beindist að verði á 29 tegundum algengra lausasólulyfja, en við könnun á verði lyfseðilsskyldra lyfja voru lagðir fram lyfseðlar í apótekum án þess að taka fram að um verðkönnun væri að ræða. Í könnuninni var tekið fram að aðeins væri um beinan verðsamanburð að ræða en ekki hafi verið lagt mat á gæði eða þjónustu söluaðila.

110 Skrána má nálgast á heimasíðu Lyfjastofnunar á slóðinni: <http://www.lyfjastofnun.is>.



Með hliðsjón af því sem hér segir er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að markaður fyrir smásölu lyfja sé gagnsær.

3.2.2 Vörur á markaði fyrir smásölu lyfja eru einsleitar

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að vörur á markaði fyrir smásölu lyfja væri einsleitar (e. homogeneous).

Í greinargerð samrunaaðila vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins er þessu mati Samkeppniseftirlitsins mótmælt. Er því haldið fram að umfjöllun Samkeppniseftirlitsins feli í sér mjög mikla einföldum á eðli þess vöruframboðs sem lyfjabúðirnar bjóða upp á og greinilegt sé að eftirlitið hafi ekki lagt í að rannsaka réttmæti fullyrðinga sinna. Vísa samrunaaðilar til þess að vöruúrval fyrirtækjanna á markaðnum sé margþætt og fjölbreytilegt. Kemur fram að verslanir Lyfja og heilsu hafi á undanförunum árum einbeitt sér að því að breikka vöruúrval sitt þar sem framlegð á lyfjasölu hafi farið lækandi, en núna sé um [...] ¹¹¹% tekna fyrirtækisins tilkomnar vegna sölu á öðrum vörum en lyfjum. Er í því sambandi m.a. nefnt að apótek innan Lyfja og heilsa séu einu apótekin sem séu í samkeppni við gleraugnaverslanir landsins með því að bjóða upp á þjónustu sjóntækjafraeðings. Einnig megi nefna að með tilkomu nýrrar verslunar í Kringlunni, sem í dag teljist ein stærsta snyrtivöruverslun landsins, hafi fyrirtækið útvíkkað sitt samkeppnisvið verulega. Með því að skoða vöruúrval fyrirtækisins sjáist að veruleg skörun sé á milli starfsemi þess og annarra smásöluverslana en lyfjabúðanna.

Samkeppniseftirlitið vísar í upphafi til fyrri umfjöllunar um skilgreiningu markaða þessa máls, þar sem eftirlitið komst að þeirri niðurstöðu að einn þeirra markaða sem á reyndi væri markaður fyrir smásölu lyfja. Var þar tekið fram að aðrar vörur sem seldar eru í apótekum teldust ekki tilheyra markaðnum, s.s. heilsuvörur, ýmsar húð- og snyrtivörur og hreinlætisvörur svo dæmi sé tekið. Með hliðsjón af því sem hér segir er það mat Samkeppniseftirlitsins að aðeins þurfi að meta einleitni hvað lyf varðar, en ekki hvort aðrar vörur sem seldar eru í lyfjaverslunum teljist vera það.

Almennt er talið auðveldara fyrir fyrirtæki að samhæfa markaðshæðun sína þegar varan sem um ræðir er einsleit. ¹¹² Ástæða þessa er m.a. sú að undir slíkum kringumstæðum er verð mjög mikilvægur samkeppnisþáttur. ¹¹³ Ef vörur innan sama vöruflökks eru ólíkar að verulegu leyti (e. heterogeneous) getur það hins vegar dregið úr líkum á að samhæfð stefna myndist á markaði. Dæmi um slíkt eru vörur sem eru aðlagðar að þörfum einstakra viðskiptavina. ¹¹⁴

111 Í greinargerð samrunaaðila vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarmál.

112 Sjá hér t.d. Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, fjórða útgáfa 2005, bls. 829. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 29. september 1999 í máli nr. M. 1386 Exxon/Mobil þar sem segir m.a.: „A high degree of homogeneity simplifies tacit co-ordination of pricing policies. In the absence of other characteristics that are likely to differentiate one supplier from another, competition in a homogeneous product market will therefore tend to focus on prices. ...”

113 Sjá hér Alastair Lindsay, The EC Merger Regulation. Substantive Issues. kafli 4. bls. 316 -317.

114 Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. M.337 Knorr-Bremse/Allied Signal.



Eins og áður hefur komið fram má skipta smásölu á lyfjum í annars vegar sölu á lyfseðilskyldum lyfjum og hins vegar lausasölu lyfjum, en flestar lyfjabúðir bjóða almennt upp á hvort tveggja.¹¹⁵ Fyrirkomulag á lyfjainnflutningi og –dreifingu hér á landi leiðir jafnframt til þess að úrval lyfja er fremur lítið hér á landi, að minnsta kosti borið saman við önnur Norðurlönd. Stafar þetta sem fyrr segir af því að lyfjaheildsölufyrirtæki hafa hvert um sig umboð fyrir tiltekna lyfjaframleiðendur. Þá samanstendur lyfjaframboð hér á landi fremur af frumlyfjum en samheitalyfjum.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst að þær vörur sem standa til boða á markaði fyrir smásölu lyfja séu einsleitar. Bjóða Lyfja og Lyf og heilsa upp á sömu lyfin, sem að miklum hluta til eru keypt af sömu heildsölunum. Leiðir þetta til þess að kaupendur lyfja geta ekki eða gera ekki greinarmun á þeim lyfjum sem keypt eru í Lyfju annars vegar og Lyfjum og heilsu hins vegar. Í þessu samhengi skiptir og máli að þegar um er að ræða lyfseðilsskyld lyf þá eru það í raun lækna en ekki viðskiptavinirnir sem ákveða hvaða lyfjategund er keypt. Undir slíkum kringumstæðum er verð mikilvægur samkeppnisþáttur.

Með hliðsjón af því sem hér segir er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að vörur á smásölumarkaði fyrir lyf séu einsleitar.

3.2.3 Á markaði fyrir smásölu lyfja eru hvatar fyrir samhæfða markaðsstefnu og líkur á að samkeppni verði svarað í sömu mynt

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins komst eftirlitið að þeirri niðurstöðu að til staðar væru hvatar fyrir samhæfða markaðsstefnu Lyfju og Lyfja og heilsu þannig að félögin kepptu ekki hvort við annað. Vísar Samkeppniseftirlitið hér til þess að til að skapa jarðveg fyrir sameiginlega markaðsráðandi stöðu tveggja eða fleiri fyrirtækja verður að vera fyrir hendi nauðsynlegur hvati til þegjandi samhæfingar, þ.e. hvati til að stunda hina samhæfðu hegðun og víkja ekki frá henni.

Hvati í þessum skilningi er til staðar ef fyrirtæki hagnast á hinni samhæfðu hegðun, t.d. vegna þess að hærra verð leiðir til aukins hagnaðar, en tapar ef það víkur frá henni. Þegar fyrirtæki, sem ástundar hina samhæfðu hegðun, víkur frá henni, getur það búist við að önnur fyrirtæki, sem einnig taka þátt í hinni samhæfðu hegðun muni svara í sömu mynt (e. retaliation).¹¹⁶ Frávik frá hinni samhæfðu hegðun getur falist í lækkun verðs til þess að hagnast á aukinni sölu eða t.d. í því að opna sölustað í nágrenni hins aðilans og lokka til sín viðskiptavini

115 Sjá hér 24. gr. lyfjalaga þar sem segir: „Lyfsölum er skylt að hafa á boðstólum lyf sem selja má hér á landi, hafa hæfilegar lyfjabirgðir miðað við ávísanir þeirra lækna, tannlækna og dýralækna sem starfa á viðkomandi svæði og útvega þau lyf sem ekki er að finna í birgðum þeirra svo fljótt sem auðið er.”

116 Í niðurstöðu undirréttar EB nr. T-342/99 Airtours gegn framkvæmdastjórninni: „the situation of tacit coordination must be sustainable over time, that is to say, there must be an incentive not to depart from the common policy on the market. ... it is only if all the members of the dominant oligopoly maintain the parallel conduct that all can benefit. The notion of retaliation in respect of conduct deviating from the common policy is thus inherent in this condition. In this instance, the parties concur that, for a situation of collective dominance to be viable, there must be adequate deterrents to ensure that there is a long-term incentive in not departing from the common policy, which means that each member of the dominant oligopoly must be aware that highly competitive action on its part designed to increase its market share would provoke identical action by the others, so that it would derive no benefit from its initiative (see, to that effect,“ Samskonar sjónarmið komu einnig fram í niðurstöðu undirréttar í máli Gencor gegn framkvæmdastjórninni.



hans. Sú refsing sem við blasir af hálfu keppinauta er að þeir muni einnig lækka verð eða einnig opna sölustað til að keppa um viðskiptavinum. Hvati til samhæfðrar hegðunar á markaði liggur í því að aðilar á markaði geti búist við slíkum refsingum ef þeir víkja frá samhæfðri hegðun og að þeir hafi betri afkomu af rekstri fyrirtækisins með því að ástunda hina samhæfðu hegðun. Hafi fyrirtækin hins vegar ekki betri afkomu af því að ástunda hina samhæfðu hegðun, hafa þau ekki hvata til samhæfðrar hegðunar. Þá liggja hagsmunir þeirra fremur í því að víkja frá hinni samhæfðu hegðun, t.d. með lágu vöruverði og viðleitni til að auka með markaðshlutdeild sína.¹¹⁷

Í greinargerð samrunaaðila er því haldið fram að Samkeppniseftirlitið lýsi aðstæðum á markaði og slái því föstu að fyrirtækin hafi hvata til að keppa ekki við hvort annað um markaðshlutdeild. Í þessu sambandi vísa samrunaaðilar til þess að ekkert sé fjallað um framboð á öðrum vörum en lyfseðilsskyldum vörum sem séu þó tæplega [...] ¹¹⁸ af tekjum Lyfja og heilsu.

Samkeppniseftirlitið bendir hér á í þessu sambandi að hagfræðileg rök benda til þess að lyfjakeðjurnar tvær hafi hvata til samhæfingar hvað varðar markað fyrir smásölu lyfja og að verulegar líkur séu á því að samkeppni verði svarað í sömu mynt sé vikið frá samhæfingunni.

Til stuðnings þessu skal bent á að á fjölmennasta og þéttbýlasta svæði landsins, höfuðborgarsvæðinu, starfa báðar lyfjakeðjurnar með fjölda lyfjaverslana. Þessar verslanir eru settar upp með tilheyrandi kostnaði og fyrirhöfn. Er tiltölulega stutt vegalengd á milli verslana í borginni. Við þessar aðstæður gæti verið freistandi fyrir aðra lyfjakeðjuna að veita notendum lyfja meiri afslátt frá lyfjaverði og víkja þannig frá þeirri þögulu samhæfingu um hegðan á markaðinum sem myndast hefur. Með því móti myndi viðskiptavinum viðkomandi lyfjakeðju fjölga og aukin sala bæta upp það tekjutap sem myndast vegna lægra verðs á hverri seldri einingu. Er verulega líklegt að þessi aukning yrði á kostnað hinnar lyfjakeðjunnar og ef til vill að einhverju leyti á kostnað sjálfstæðu apótekanna í þeim tilvikum sem þau veita ekki meiri afslátt frá verði lyfja en lyfjakeðjurnar. Á hinn bóginn verður að gæta að því að sú lyfjakeðja sem þetta reyndi kæmist ekki upp með, a.m.k. ekki í langan tíma, að veita ríkari afslætti í því skyni að fjölga viðskiptavinum sínum. Er líklegt að hin lyfjakeðjan yrði þess fljótt áskynja ef lyfsala hjá henni minnkaði vegna afsláttarstefnu hinnar. Þá leiðir gagnsæi á smásölumarkaðinum fyrir lyf til þess að skýring á fækkun viðskiptavina væri auðfundin í verðlækkun eða harðari afsláttarstefnu hinnar keðjunnar. Myndi hin lyfjakeðjan því neyðast til að veita meiri afslátt frá lyfjaverði til samræmis þar sem ljóslega væri ábatasamara að selja álíka mikið og áður af lyfjum á lægra verði heldur en að selja mun minna en áður á jafn háu verði. Verðlækkunin væri jafnframt nauðsynleg til að viðhalda markaðshlutdeild viðkomandi lyfjakeðju. Þar sem báðar lyfjakeðjurnar eru líklegar til að svara afsláttarstefnu hinnar í sömu mynt er ljóst að þær gera sér báðar grein fyrir því að þær munu ekki auka markaðshlutdeild sína eða hagnast á að veita meiri afslætti frá lyfjaverði. Ef

117 Sjá hér t.d. Alastair Lindsay, bls. 311–312.

118 Í greinargerð samrunaaðila vegna andmælskjals Samkeppniseftirlitsins eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarmál.



Önnur lyfjakeðjan reynir að auka markaðshlutdeild sína með því að veita meiri afslætti frá lyfjaverði getur hún gengið út frá því sem vísu að markaðshlutdeild hennar mun ekki vaxa heldur tekjur hennar vegna lyfsölu þess í stað dragast saman.

Samkeppniseftirlitið telur því ljóst að lyfjakeðjurnar hafi hvata til þess að samhæfa markaðshlutdeild sína hvað varðar það að veita notendum lyfja ekki afslætti frá lyfjaverði. Þá eru keðjurnar lattar til að víkja frá samhæfingunni, t.d. með því að lækka verð til notenda lyfja í formi afsláttar þar sem hagnaður þeirra myndi minnka og markaðshlutdeild standa í stað. Í þessu sambandi er rétt að hafa í huga að eftirspurn notenda lyfja eftir lyfjum er óteygjin, en það merkir að lyfsala mun hvorki minnka marktækt ef verð hækkar né aukast ef það lækkar. Tekjur lyfjakeðjanna aukast aftur á móti samhliða hærra verði. Er þess vegna til staðar greinilegur hvati fyrir þær til að verðleggja lyf í smásölu á hærra verði en þær myndu gera ef virkri samkeppni væri að heilsa.

Hvað þá athugasemd samrunaaðila áhrærir að ekki sé litið til hvata til að keppa í verði um aðrar vörur sem til boða standa í lyfjakeðjunum vísar Samkeppniseftirlitið til þess að því er ekki haldið fram að ekki séu til staðar neinir hvatar fyrir lyfjakeðjurnar til að stunda samkeppni sín á milli. Hagfræðileg rök benda þvert á móti til þess, að keðjurnar geti haft hvata til samkeppni þegar um er að ræða aðrar vörur sem standa til boða í lyfjaverslunum þeirra en lyf, s.s. snyrtivörur.¹¹⁹ Að mati Samkeppniseftirlitsins er slíka hvata til að stunda samkeppni einkum að finna á þeim sviðum rekstrar eða þjónustu við viðskiptavinum sem ekki eru gagnsæ með sama hætti og þegar um er að ræða lyf. Vísar Samkeppniseftirlitið hér til fyrri umfjöllunar þar sem fjallað var um gagnsæi markaðar fyrir smásölu lyfja. M.ö.o. telur Samkeppniseftirlitið að ef til staðar eru þættir í þjónustu við viðskiptavinum lyfjakeðjanna, sem ekki eru gagnsærir, sé til staðar hvati fyrir samkeppni milli aðilanna á þeim sviðum. Hefur þetta hins vegar ekki áhrif á þá niðurstöðu að ekki sé til staðar hvati fyrir lyfjakeðjurnar til að stunda samkeppni á hinum skilgreinda markaði í máli þessu, sem er markaður fyrir smásölu lyfja. Vísar Samkeppniseftirlitið til umfjöllunar hér að framan um að sá markaður sé gagnsær.

Eins og nánar verður lýst hér síðar er staða Lyfja og heilsu og Lyfju áþekk á markaðnum. Sú umfjöllun sýnir einnig að keppinautar þessara öflugtu fyrirtækja hafa takmarkaða markaðshlutdeild. Slíkar aðstæður á markaði gera það líklegt að fyrirtæki, sem taka þátt í hinni þegjandi samhæfingu, svari allri samkeppni í sömu mynt.¹²⁰

119 Rétt er að taka eftir því að snyrtivörur eru seldar víða annars staðar en í lyfjaverslunum, og sá markaður hefur allt aðra eiginleika en lyfjaverslunin. Hafi lyfjakeðjurnar verð á snyrtivörum óhæfilega hátt, er hætt við að neytendur versli einfaldlega meira í snyrtivöruverslunum. Neytendur geta hins vegar hvergi keypt lyf nema í lyfjaverslunum, og þar hafa lyfjakeðjurnar tvær mjög mikla markaðshlutdeild.

120 Sjá hér t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fjórða útgáfa 2005, bls. 831: „The situation most conducive to retaliation is one where there is a great deal of transparency, the oligopolists each hold similar, strong market shares and the other competitors on the market hold much smaller shares.”



Endurtekið samspil (e. repeated interaction)¹²¹, sem einnig mætti kalla endurtekinn núning, keppinauta auðveldar þeim að samhæfa hegðun sína¹²² og hvetur þá til að stunda þegjandi samhæfða hegðun á markaði. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að hagfræðileg rök bentu til þess að um væri að ræða endurtekið samspil keppinauta á markaði fyrir smásölu lyfja. Í greinargerð samrunaaðila kemur fram að ekki fáist séð hvað sé átt við með þessu enda sé ekki vísað til þess af hálfu Samkeppniseftirlitsins að slíkt hafi átt sér stað í raun. Er umfjöllun Samkeppniseftirlitsins hafnað sem órökstuddri.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að endurtekið samspil felst í því að fyrirtækið finnur fyrir því með skýrum hætti þegar hinn aðilinn breytir hegðan sinni. Þetta má útskýra með hliðsjón af aðstæðum á lyfjamarkaði. Lyfsalan þarf að lúta ströngu regluverki. Lyfjaverslanir eru settar upp með dýrum innréttinum, gjarnan í nágrenni við læknaðstofur. Þessi atvinnugrein byggist því á því, ólíkt tækifærismörkuðum (e. hit and run markets), að til fyrirtækja er stofnað með umtalsverðri fjárfestingu, sem síðan skilar sér til baka á löngum tíma. Á tækifærismarkaði þurfa söluaðilar ekki að búa við afleiðingar af gerðum sínum í framtíðinni. Á lyfjamarkaði þurfa fyrirtækin að búa um langa hríð við afleiðingar af gerðum sínum og gerðum annarra söluaðila. Þeir geta t.d. áunnið sér markaðshlutdeild eða glatað henni niður. Auk þess geta þeir farið í verðstríð á markaðinum. Eftirspurn viðskiptavina eftir lyfjum er óteygjin sem merkir að innkaup þeirra á lyfjum er tiltölulega óháð lyfjaverðinu. Það þýðir að lækki ein lyfjaverslun t.d. verð, s.s. í formi afsláttar, getur hún fengið aukin viðskipti, en þau auknu viðskipti verða á kostnað hinna lyfsalanna. Í þessu felst lýsing á hinum endurtekna núningi, á markaði þar sem starfa fyrirtæki, sem til var stofnað með langtímahugsun að leiðarljósi. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru aðstæður á smásöllumarkaði lyfja með þessum hætti. Vegna þess hve eftirspurn eftir lyfjum er stöðug geta lyfsalar reiknað með því að þegar lyfsala þeirra minnkar án þess að þeir hafi í neinu breytt verðlagningu sinni eða vöruúrvali að þá hafi einhver annar aðili á markaðinum að líkindum lækkað sitt verð. Fyrirtækin finna sífellt fyrir afleiðingum af gerðum sínum og annarra aðila á markaðinum. Og þau geta vitað að lækki þau verð óhæfilega, með þeim afleiðingum að sala þeirra eykst, muni hinn aðilinn einnig lækka verð, þannig að niðurstaðan verði óbreytt markaðshlutdeild með verri rekstrarafkomu.

Í þessu sambandi verður einnig að hafa í huga að fjöldi fyrirtækja á markaði skiptir miklu máli. Eftir því sem keppinautum á markaði fækkar verður auðveldara

121 Með hugtakinu samspil er átt við að keppinautur á markaði finni fyrir aðgerðum annars keppinautar eða annarra aðila á markaði, til dæmis vegna þess að sala hans minnkar skyndilega vegna aðgerða þeirra. Þegar fjallað er um núning eða víxlverkan á markaði, liggja því undir hugtök á borð við gagnsæi markaðarins, verðteygni eftirspurnar, stöðugleiki eftirspurnar og fleira, því að við aðstæður, þar sem eftirspurn er mjög breytileg, svo dæmi sé tekið, verður erfiðara fyrir aðila á markaði að átta sig á því, þegar sala hans minnkar skyndilega, að eftirspurn á markaðinum í heild hafi minnkað eða hvort annar aðili á markaðinum hafi skyndilega lækkað verð og náð til sín sölunni.

122 Í þessu sambandi hefur verið bent á að „[b]y setting choice variables such as price, quantity or advertising levels in subsequent periods, firms can find out what triggers an aggressive reaction by rivals and what is met with cooperation. Using this trial-and-error method, firms can arrive at a collusive equilibrium without any communication.“ Sjá Europe Economics, „Study on Assessment Criteria for Distinguishing between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control.“ Final Report for the European Commission, May 2001, bls. 22.



fyrir þá sem á markaði starfa að finna út hver sá aðili er sem brugðið hefur út frá hinni samhæfðu hegðun og bregðast við því, t.d. með lækkun vöruverðs á útsölustöðum í nágrenni við hann. Er þetta til staðar í máli þessu þar sem ljóst er að með samruna DAC og Lyfjavers mun keppinautum á markaði fyrir smásölu lyfja fækka en þar með verður auðveldara fyrir þau að mynda með sér samhæfða hegðun á markaði.

Þegar núningur eða endurtekið samspil er ekki til staðar, er ekki til staðar hvati til samhæfingar vegna þess að aðgerðir, t.d. söluherferðir, afslættir eða því um líkt, hafa ekki merkjanleg áhrif sem geta vakið viðbrögð annarra aðila á markaði. Á slíkum markaði er ekki til staðar samhæfð hegðun.¹²³

Þegar markaðurinn einkennist af fáum en stórum sölusamningum hefur sérhvert fyrirtæki umtalsverðan hvata til að afla viðskipta sem felast í slíkum samningum.¹²⁴ Hvati til að lækka verð eykst samhliða verðmæti hvers samnings. Þegar markaðurinn einkennist af fjölda smárra viðskipta er gagnsæi að jafnaði mikið og hvati fyrirtækjanna til að víkja frá samhæfingunni verður minni. Það er með öðrum orðum meiri hvati til að stunda þegjandi samhæfingu á smásölumarkaði með mörgum viðskiptavinum sem eiga oft viðskipti hver fyrir sig. Einkennist markaður fyrir smásölu lyfja af báðum þessum atriðum eins og áður hefur komið fram og bendir það til þess að lyfsalar á þessum markaði hafi sterka hvata til þegjandi samhæfingar um hegðun á markaði og skipta með sér ágóðanum af því að stunda ekki harkalega samkeppni, neytendum og samfélaginu öllu til tjóns.

3.2.4 Umtalsverðar eða byltingakenndar nýjungar hafa ekki átt sér stað á markaði fyrir smásölu lyfja

Samkeppniseftirlitið telur að markaður fyrir smásölu lyfja teljist ekki til markaðar sem einkennist af talsverðum nýjungum. Í því sambandi vísar stofnunin til þess að almennt er talið að þögnul samhæfing eigi sér síður stað á mörkuðum sem einkennast af talsverðum (e. substantial) nýjungum, svo sem hvað varðar vörur og þjónustu. Stafar þetta af því að við þessar aðstæður eru færri þættir sem hvetja keppinauta, til langs tíma, til að fylgja hinu þögla samkomulagi. Ástæðan fyrir því er sú að nýjungar á markaði hafa m.a. í för með sér tvennt, annars vegar fela þær í sér ný tækifæri til sóknar á markaði fyrir aðila og hins vegar gera þær það að verkum að grundvöllur fyrir þegjandi samhæfingu á markaði minnkar vegna þess m.a. að eftirlit með hegðun annarra aðila á markaði verður erfiðara. Gagnstætt þessu er meiri hætta á því að á þroskuðum mörkuðum, sem ólíklegt er að muni þróast umtalsvert, eigi sér stað samkomulag um samhæfðar aðgerðir.¹²⁵

123 Alastair Lindsay, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, bls. 332

124 Sjá hér t.d. niðurstöðu framkvæmdastjórnar EB frá 2. júní 2001 í máli nr. COMP/M.2201 MAN/Auwärter þar sem segir um þetta atriði: „...the smaller the number of invitations to tender and the larger the number of buses asked for at the same time per invitation to tender, the more unlikely it is that either of the two market leaders will be prepared to relinquish the contract in favour of the other.”

125 Sjá hér niðurstöðu undirréttar EB nr. T-342/99 Airtours gegn framkvæmdastjórninni þar sem kom fram: „economic theory regards volatility of demand as something which renders the creation of a collective dominant position more difficult. Conversely, stable demand, thus displaying low volatility, is a relevant factor indicative of the existence of a collective dominant position, in so far as it makes deviations from the common policy (that is, cheating) more easily detectable, by enabling them to be



Samrunaaðilar hafna þessu mati Samkeppniseftirlitsins. Vísa samrunaaðilar til þess að lyfjabúðir hafi í meira mæli aukið vöruframboð sitt og auglýst þær vörur með umfangsmiklum hætti í fjölmiðum og ýmsum ritlingum til almennings. Þá hafi þjónusta við viðskiptavini verið augin jafnhliða fjölbreyttara vöruúrvali.

Samkeppniseftirlitið telur að umtalsverðar eða byltingakenndar nýjungar hafi ekki átt sér stað á markaði fyrir smásölu lyfja og telur hér rétt að vísa til þess að markaður þar sem nýjungar eru fáar stuðlar eðli málsins samkvæmt að því að vörur á slíkum markaði verði einsleitnar, en eins og fram hefur komið hefur smásölumarkaður fyrir lyf á Íslandi það einkenni að samanstanda af einsleitu vöruúrvali. Hefur framkvæmdastjórn EB vísað til þess að keppinautar sem starfa á slíkum markaði hafi aðeins möguleika til að stunda samkeppni á grundvelli verðs.¹²⁶ Þrátt fyrir þetta ber að nefna að ekki er útilokað að þegjandi samhæfing geti átt sér stað á mörkuðum sem einkennast af talsverðum nýjungum, en í því sambandi gæti til að mynda skipt máli hvort að viðkomandi fyrirtæki hefðu haft stöðuga markaðshlutdeild um tíma.¹²⁷ Telur Samkeppniseftirlitið hér rétt að vísa til þess að Lyfja og Lyf og heilsu hafa haft stöðuga markaðshlutdeild undanfarin ár, en þær breytingar sem hafa orðið á markaðshlutdeildinni hafa allar falið í sér aukningu á hlutdeild keðjanna á markaði fyrir smásölu lyfja á kostnað þeirra einkareknu apóteka sem standa utan keðjanna. Nánar verður fjallað um þetta atriði síðar.

Samkeppniseftirlitið telur að markaður fyrir smásölu lyfja einkennist ekki af umtalsverðum nýjungum í vöru og þjónustu. Þau lyf sem eru seld í smásölu eru ýmist lyfseðilsskyld, þ.e. afgreidd vegna þess að neytendur framvísa lyfseðlum frá læknum, eða lausasölulyf, þ.e. lyf sem eru afgreidd án lyfseðils. Komi ný lyf inn á markað er ljóst að báðar lyfjakeðjurnar myndu bjóða upp á slík lyf. Telur Samkeppniseftirlitið ekki breyta þessari niðurstöðu hvort framboð á öðrum vörum sem standa til boða í lyfjaverslunum hafi verið aukið og áréttar að sá markaður sem hér um ræðir er smásala lyfja, þ.e. lyfseðilsskyldra lyfja og lausasölulyfja.

Samkeppniseftirlitinu er kunnugt um að báðar lyfjakeðjurnar hafi tekið upp tiltekna þjónustu við viðskiptavini sem ekki stóð áður til boða. Má í þessu sambandi t.d. nefna heimsendingarþjónustu lyfjakeðjanna á lyfjum til viðskiptavina. Þá hefur komið fram að báðar lyfjakeðjurnar hafa boðið viðskiptavinum sínum á markaði fyrir smásölu lyfja upp á skömmtun lyfja, en þessi skömmtun hefur um nokkra hríð átt sér stað með tölvustýrðum vélum. Eftir

distinguished from capacity adjustments intended to respond to expansion or contraction in a volatile market.”

126 Framkvæmdastjórn EB orðaði þetta með eftirfarandi hætti í máli Exxon/Mobile frá 29. september 1999 nr. M.1383: „The lack of technological innovation is another feature typical of a market conducive to oligopoly and is directly linked to the homogeneity issue. Without innovation, competitors have no other choice than competing on price. Also, low technological innovation ensures that the nature of competition (and the homogeneity of products) will not substantially change in the near future. ...”

127 Sjá hér t.d. Alastair Lindsay, bls. 331-332.

Sjá hér einnig framkvæmdastjórn EB sem hefur vísað til að „[i]t cannot be excluded that oligopolistic dominance can be found in markets with high rates of product and/or process innovation. An indication could be stable market shares in markets with high rates of innovation. However, industries with high rates of process and/or product innovation are normally assumed unlikely to be conducive to oligopolistic dominance.” Commission paper tabled at OECD: „Oligopoly: Best Practice Roundtable.” [1999].



tilkomu þessara véla er staðan hins vegar sú að lyfjakeðjurnar geta sinnt þessari þjónustu við einstaklinga sem kaupa hjá þeim lyf með tvenns konar hætti, þ.e. annars vegar með vélunum og hins vegar með handskömmtun.¹²⁸ Er með tilkomu þessara véla aðeins um að ræða breytta aðferð við þjónustu sem áður stóð viðskiptavinum hvort sem er til boða.

Hafa samrunaaðilar vísað til þess að tilkoma vélskömmtunar sé dæmi um nýjungar á markaði. Í því sambandi tekur stofnunin fram að þótt einstakar breytingar kunni að eiga sér stað á tilteknum mörkuðum í tímans rás verður ekki talið að viðkomandi markaður einkennist af nýjungum. Er ljóst að ef slík viðmiðun yrði lögð til grundvallar er hætt við að allir markaðir yrðu taldir einkennast af nýjungum.

Með hliðsjón af því sem hér segir er það mat Samkeppniseftirlitsins að markaður fyrir smásölu lyfja einkennist ekki af miklum nýjungum. Skiptir í þessu sambandi máli að ekki hafa átt sér stað byltingarkenndar nýjungar hvað varðar meginstarfssemi lyfjakeðjanna, sem er að selja einstaklingum lyf við meinsemdum þeirra og sjúkdómum. Telur stofnunin rétt að taka hér fram að mikilvægt er að gera greinarmun á lyfjaiðnaði og lyfjaþróun annars vegar og lyfsölu hins vegar, enda ljóst að lyfjaiðnaðurinn sem slíkur kann að einkennast af umtalsverðum nýjungum samhliða þróun læknisfræðinnar sem leiða til þróunar nýrra lyfja.

Hvað varðar tilvísun samrunaaðila til þess að lyfjaverslanir hafi á undanförunum árum auglýst vöruúrval sitt tekur Samkeppniseftirlitið fram að samkvæmt lyfjalögum er meginreglan sú að hvers konar auglýsingar á lyfseðilsskyldum lyfjum eru bannaðar.¹²⁹ Leiðir af þessari meginreglu að lyfsölum eða öðrum er ekki unnt að auka lyfjanotkun hjá notendum lyfseðilsskyldra lyfja með auglýsingum eða með annars konar markaðsaðgerðum og þar með auka lyfsölu sína. Takmarkanir hvað varðar auglýsingar á lausasölulyfjum eru ekki eins miklar, en samkvæmt lögunum er heimilt að kynna og auglýsa þess háttar lyf fyrir almenningi. Slíkar auglýsingar verða þó að uppfylla skilyrði sem nánar er kveðið á um í reglugerð um lyfjaauglýsingar nr. 328/1995 með síðari breytingum. Þá er lyfjabúðum heimilt að auglýsa og kynna þjónustu sína, svo sem heimsendingarþjónustu, verð lausasölulyfja og almenn afsláttarkjör. Hvort að lyfjakeðjurnar hafi markaðssett þær vörur sem ekki teljast til markaðar fyrir smásölu lyfja telur Samkeppniseftirlitið ekki skipta máli enda ekki um að ræða hluta þess markaðar sem um ræðir í þessu máli.

Samkvæmt framansögðu er markaður fyrir smásölu lyfja hvorki sveiflukenndur eða ört vaxandi markaður né markaður sem einkennist af umtalsverðum nýjungum.

128 Samkvæmt upplýsingum Samkeppniseftirlitsins bjóða lyfjakeðjurnar einnig upp á handskömmtun.

129 Um auglýsingar og kynningar lyfja er fjallað um í VI. kafla lyfjalaga.



3.2.5 Kostnaðaruppbygging Lyfja og heilsu og Lyfju er áþekk

Þegar keppinautar á markaði eru samskonar eða hafa „samhverfa“ hagsmuni, eiga þeir auðveldara en ella með að samhæfa hegðun sína á markaði.¹³⁰

Við athugun þessa máls aflaði Samkeppniseftirlitið m.a. upplýsinga frá lyfjabúðum á Íslandi, þar á meðal frá Lyfju og Lyfjum og heilsu. Komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að tiltekin samhverfa er á milli lyfjakeðjanna bæði hvað varðar kostnaðaruppbyggingu og markaðshlutdeild.

Í greinargerð samrunaaðila kemur fram það mat að kostnaðaruppbygging lyfjakeðjanna sé „...ekki alveg eins lík og Samkeppniseftirlitið virðist ganga út frá“, eins og orðrétt segir í greinargerðinni. Í því sambandi vísa samrunaaðilar til þess að þótt verslanir Lyfju séu færri á höfuðborgarsvæðinu þá séu þær almennt stærri en verslanir Lyfja og heilsu, sem gefi heppilegra rekstrarform samkvæmt öllum hagfræðikenningum. Vísa samrunaaðilar til þess að lyfjakeðjurnar veiti að mörgu leyti ólíka þjónustu.

Samkeppniseftirlitið vísar í upphafi til þess að meiri líkur eru taldar vera á samhæfðri hegðun á markaði þegar keppinautar búa við áþekka kostnaðaruppbyggingu.¹³¹ Telur Samkeppniseftirlitið rétt að taka hér fram að nægilegt er í þessu sambandi að kostnaðaruppbygging keppinauta sé áþekk en ekki er gerð krafa um að hún sé alveg eins. Hefur kostnaðaruppbygging keppinauta á markaði verið talið mikilsvert atriði við mat á sameiginlegum hagsmunum þar sem áþekk kostnaðaruppbygging keppinauta leiðir til þess að fyrirtækin hafa áþekkar forsendur fyrir verðlagningu og ákvörðunum um framleiðslumagn, en hvort tveggja stuðlar að niðurstöðu þegjandi samkomulags um samhæfða hegðun á markaði.¹³² Verður hér að hafa í huga að áþekk kostnaðaruppbygging leiðir til þess að viðkomandi fyrirtæki hafa í raun mikilvægar upplýsingar um keppinauta sína vegna þekkingar þeirra á eigin rekstri.¹³³ Keppinautar á markaði geta því auðveldlega áttað sig á rekstrarlegum forsendum verðlagningar hvors annars með upplýsingum opinberra aðila og upplýsingum um verðlagningu keppinauta sinna. Af sömu ástæðu hafa fyrirtækin áþekka getu til að lækka verð í samkeppni um viðskiptavinum. Þannig stendur hvort fyrirtæki fyrir sig gagnvart því að keppinautur þess á markaðinum getur auðveldlega leikið eftir ákvarðanir um verðlækkanir. Þá hefur verið vísað til þess að eftirlit með því að aðilar séu að fylgja þeirri markaðshæðun sem samhæfð er verði auðveldara, vegna þess að fyrirtæki sem stendur frammi fyrir lægri arðsemi verður að taka afstöðu til þess hvort sú lækkun stafar af einhverju sem það hefur ekki stjórn á, t.d. mistökum af hálfu keppinauta, eða af fráviki frá samhæfingunni. Þetta mat er auðveldara þegar kostnaðarbygging er áþekk þar sem öll fyrirtækin ættu að öðru jöfnu að starfa á sama hátt.¹³⁴

130 Sjá: Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings. (2004/C 31/03) # 48. Official Journal of the European Union,

131 Sjá t.d. Navarro, Font, Folguera og Briones, Merger Control in the EU. Second Edition 2005, bls. 237-238.

132 Sjá hér t.d. Kühn K. "Closing Pandora's box? Joint dominance after the Airtours judgement. The pros and cons of Merger Control", útgefið af sænska samkeppniseftirlitinu 2002.

133 Alastair Lindsay, bls. 334.

134 Alastair Lindsay, bls. 334.



Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að Lyfja og Lyf og heilsa hafa áþekka kostnaðaruppbyggingu. Til þess benda öll hagfræðileg rök. Lagaleg umgjörð lyfsölu og þær kröfur sem gerðar eru til hennar af hinu opinbera gerir það að verkum að svipaðar aðstæður ríkja hjá keðjunum. Lítilsháttar munur á kostnaðaruppbyggingu sem stafar af áherslumun sem þeim að önnur keðjan leggur hlutfallslega meiri áherslu á þjónustu við landsbyggðina en hin breytir engu í þessu máli. Má hér t.d. vísa til áþekkrar stærðar fyrirtækjanna og þess að meginstarfsemi beggja lyfjakeðjanna er að selja lyf. Fyrirtækin starfa á sama markaði og veita samskonar þjónustu, nota samskonar vinnuafli, selja sömu vöruna sem keypt er af sömu heilðsölunum á sama eða nánast sama verði, sbr. fyrri umfjöllun um verðákvörðun hins opinbera á lyfjum, nýta sambærilegt húsnæði og búa við sama regluverkið. Ætla má að bæði fyrirtækin hafi leitast við að ná fram sem mestri hagkvæmni í rekstri sínum og líkur benda til þess, við aðstæður þar sem regluverk setur starfseminni stífar skorður og aðföng eru keypt á nánast sama verði, að fyrirtækin hafi komist að líkri niðurstöðu í þeirri viðleitni.

Að lokum vísar Samkeppniseftirlitið til þess að þegar kostnaðaruppbygging er metin hefur einnig verið litið til þess hvort viðskiptamannahópur viðkomandi fyrirtækja sé sambærilegur sem og hvort þjónusta og vörur þeirra séu áþekkar bæði hvað varðar úrval og gæði.¹³⁵ Er ljóst að þessi atriði eiga við um lyfjakeðjurnar tvær, enda viðskiptamannahópur þeirra sá hinn sami, þ.e. einstaklingar sem hafa þörf á að kaupa lyf vegna kvilla eða sjúkdóma.

3.2.6 Mikil samþjöppun er á markaði fyrir smásölu lyfja

Þegar líkur á sameiginlegri markaðshæðun eru metnar er mikilvægt að líta til samþjöppunar á þeim markaði sem um ræðir. Eftir því sem hún er meiri því líklegra er að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða, að öðrum skilyrðum uppfylltum. Við mat á samþjöppun er m.a. stuðst við HHI stuðulinn.¹³⁶ Hér skiptir og miklu að almennt eru auknar líkur á samhæfingu þegar samanlögð markaðshlutdeild tveggja fyrirtækja bendir til þess að um tvíkeppni sé að ræða og er auk þess áþekkt.¹³⁷

Í máli þessu liggur fyrir að Lyfja og Lyf og heilsa hafa leitast við að auka markaðshlutdeild sína með kaupum á keppinautum sínum en hvor keðjanna virðast standa álíka vel að vígi. Vísar Samkeppniseftirlitið í þessu sambandi til síðari umfjöllunar þar sem nánar verður fjallað um kaup lyfjakeðjanna á einkareknum lyfjaverslunum bæði á höfuðborgarsvæðinu og á landsbyggðinni.

135 Sjá hér t.d. ákvarðanir framkvæmdastjórnar EB í máli nr. M.1741 MCI WorldCom/Sprint og mál nr. M.2268 PERNOD RICARD /DIAGEO / SEAGRAM SPIRITS.

136 Sjá t.d. Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, fjórða útgáfa 2005, bls. 826.

137 Sjá í þessu sambandi dóm undirréttar EB í máli Gencor gegn framkvæmdastjórninni og ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 1. júlí 2002 í máli nr. M.2810 DELOITTE & TOUCHE /ANDERSEN (UK) þar sem segir: „In principle symmetry in market shares could be one of the elements considered to make a market structure conducive to sustainable tacit collusion.“ Sjá einnig ákvörðun framkvæmsastjórnarinnar í málum nr. M.1741 MCI WorldCom/Sprint og nr. M.315 Mannesmann/Vallourec/Ilva. Það athugast að framkvæmdastjórn EB hefur hins vegar ekki talið að áþekkt markaðshlutdeild sé skilyrðislaus forsenda þess að samhæfing teljist vera til staðar á milli fyrirtækja á markaði, sbr. t.d. niðurstaða framkvæmdastjórnarinnar í máli Exxon/Mobile nr. M.1383.



Á markaði fyrir smásölu lyfja hefur mikil samþjöppun átt sér stað á undanförunum árum. Telur Samkeppniseftirlitið hér gagnlegt samhengisins vegna að gera grein fyrir markaðshlutdeild þeirra apóteka sem störfuðu á smásölumarkaði fyrir lyf á höfuðborgarsvæðinu á árunum 1999 og 2000.¹³⁸

Tafla 2: Markaðshlutdeild einstakra apóteka á höfuðborgarsvæðinu miðað við tekjur fyrir lyfsölu fyrir allt árið 1999 og fyrstu sex mánuði árið 2000.

| Lyfjabúðir | Hlutdeild 1999 | Hlutdeild 2000 |
|------------------------------------|----------------|----------------|
| Lyfja | >26% | >26% |
| Lyfjabúðir ¹³⁹ | <27% | >26% |
| Lyf og heilsa | >26% | <27% |
| Hringbrautar Apótek ¹⁴⁰ | <3% | >3% |
| Borgar Apótek | >2% | >2% |
| Árbæjar Apótek | >2% | >2% |
| Grafarvogs Apótek | >2% | <2% |
| Garðs Apótek | <2% | >1% |
| Laugarnes Apótek | <2% | <2% |
| Nesapótek | <2% | <2% |
| Skipholts Apótek | <2% | <1% |
| Apótek Norðurbæjar | >1% | >1% |
| Rima Apótek | <1% | <1% |
| Sjúkrahúsapótekin ¹⁴¹ | >3% | <4% |
| Samtals: | 100% | 100% |

Af töflu 2 er ljóst að á árunum 1999 og 2000 voru þrjár aðilar, þ.e. lyfjakeðjurnar tvær ásamt Lyfjabúðum hf., samanlagt með um 79% markaðshlutdeild á markaði fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu en markaðshlutdeild hvers þeirra var afar áþekkt. Aðrir aðilar sem störfuðu á markaði fyrir smásölu lyfja voru samanlagt með um 21% markaðshlutdeild.

Í greinargerð samrunaaðila vegna andmælskjals Samkeppniseftirlitsins voru gerðar athugasemdir við mat Samkeppniseftirlitsins á markaðshlutdeild samrunaaðila á markaði fyrir smásölu lyfja. Verður nú gerð grein fyrir þeim að því marki sem við á. Þannig vísuðu samrunaaðilar m.a. til þess að lyfjaverslanir Lyfja og heilsu hefðu á boðstólum verulegt magn af snyrti- og heilsuvörum. Af þeim sökum væri samkeppni við snyrtivöruverslanir og heilsuverslanir töluverð. Hvað þessa athugasemd samrunaaðila varðar vísar Samkeppniseftirlitið til þess að ein

138 Vegna málsmeðferðar samkeppnisyrivalda í máli samkeppnisráðs nr. 4/2001 Samruni Lyfju og Lyfjabúða hf. öfluðu samkeppnisyrivöld upplýsinga um markaðshlutdeild apóteka á höfuðborgarsvæðinu. Sjá hér einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 11/2001 Hagræði hf. gegn samkeppnisráði.

139 Lyfjabúðir hf. voru í eigu Baugs hf.

140 Þau apótek sem nú hafa hætt starfsemi og/eða lyfjakeðjurnar hafa yfirtekið eru skáletruð.

141 Í málinu var lagt til grundvallar að sjúkrahúsapótekin tilheyrðu þeim markaði sem á reyndi nema þegar um væri að ræða sölu á S-lyfjum.



þeirra markaðsskilgreininga sem lögð er til grundvallar í máli þessu er markaður fyrir smásölu lyfja. Af þeim sökum verður við mat á markaðshlutdeild ekki litið til tekna apóteka vegna sölu á vörum sem falla utan hins skilgreinda markaðar. Þá er gerð athugasemd við mat Samkeppniseftirlitsins á markaðshlutdeild Lyfjavers og í því sambandi vísað til þess að heildarvelta fyrirtækisins hafi árið 2005 verið [...] ¹⁴² en í þeirri upphæð séu einnig tekjur vegna skömmtunar og innflutnings á lyfjum. Heildarvelta fyrirtækisins vegna smásölu lyfja hafi hins vegar verið [...] ¹⁴³ en bróðurpartur af lyfjasölu til heilbrigðisstofnana sé skilgreindur sem heildsala en ekki smásala.

Við athugun á samruna DAC og Lyfjavers óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá öllum lyfjabúðum á landinu um heildarveltu þeirra árið 2005 m.a. sundurliðaða eftir því hvort um var að ræða sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum eða lausasölulyfjum. Þá býr stofnunin yfir upplýsingum frá Tryggingastofnun ríkisins um þátttöku stofnunarinnar í lyfjakostnaði sundurliðaða á hvert apótek á landinu. Var stuðst við þessar upplýsingar til að meta markaðshlutdeild einstakra lyfjabúða á höfuðborgarsvæðinu. Hins vegar verður ekki lagt mat á hvort að þær upplýsingar sem Samkeppniseftirlitinu hafa verið látnar í té séu réttar, enda hefur það takmarkað gildi að mati Samkeppniseftirlitsins. Er umfjöllun um heildarstærð markaðar og markaðshlutdeild lyfjaverslana miðuð við þann markað sem lagður er til grundvallar í máli þessu nema annað sé tekið fram, þ.e. markað fyrir smásölu lyfja, sem ekki eru S-merkt og fram fer á höfuðborgarsvæðinu.

Samkvæmt niðurstöðu stofnunarinnar var markaðshlutdeild lyfjaverslana á höfuðborgarsvæðinu miðað við heildartekjur þeirra vegna sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum og lausasölulyfjum fyrir árið 2005 eftirfarandi:

Tafla 3: Markaðshlutdeild lyfjaverslana á höfuðborgarsvæðinu miðað við tekjur fyrir árið 2005.

| Lyfjabúðir | Markaðshlutdeild |
|------------------|---------------------------------------|
| Lyfja | [35-40] ¹⁴⁴ % |
| Lyf og heilsa | [40-45] ¹⁴⁵ % |
| Árbæjar Apótek | [0-5] ¹⁴⁶ % |
| Laugarnes Apótek | [0-5] ¹⁴⁷ % |
| Lyfjaval | [5-10] ¹⁴⁸ % |
| Lyfjaver | [0-5] ¹⁴⁹ ¹⁵⁰ % |

¹⁴² Í greinargerð samrunaaðila vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarmál.

¹⁴³ Í greinargerð samrunaaðila vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarmál.

¹⁴⁴ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁴⁵ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁴⁶ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁴⁷ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁴⁸ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁴⁹ Samkeppniseftirlitið fellst ekki á það sjónarmið samrunaaðila að lyfsala Lyfjavers á óskömmtuðum lyfjum til stofnana teljist til heildsölu. Væri það hins vegar gert væri markaðshlutdeild Lyfjavers á markaði fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu [0-5]%. Hvor talan sem lögð væri til grundvallar



| | |
|----------------------------|-----------------------------|
| Rima Apótek | [0-5]¹⁵¹% |
| Sjúkrahúsapótek LSH | [0-5]¹⁵²% |
| | |
| Samtals | [100]% |

Af þessari töflu er ljóst að mikil samþjöppun hefur átt sér stað á markaði fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu. Markaðshlutdeild lyfjakeðjanna tveggja hefur aukist verulega á meðan markaðshlutdeild annarra apóteka hefur almennt minnkað eða staðið í stað. Er markaðshlutdeild lyfjakeðjanna mjög áþekkt, en markaðshlutdeild Lyfju er nú um [35-40]¹⁵³% og Lyfja og heilsu um [40-45]¹⁵⁴%. Samkvæmt því er samanlögð markaðshlutdeild þessara tveggja aðila á hinum skilgreinda markaði á bilinu [75-80]¹⁵⁵%.

Þessi samþjöppun er greinileg þegar litið er til gildis HHI stuðulsins:

| | |
|----------------------|----------------------------------|
| Fyrir samruna | HHI = [...]¹⁵⁶ |
| Eftir samruna | HHI = [...]¹⁵⁷ |
| | |
| Mismunur | HHI = [...]¹⁵⁸ |

Af þessum niðurstöðum má draga þá ályktun að markaður fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu sé tvíkeppnismarkaður og til þess fallinn að á honum geti ríkt samhæfð stefna Lyfju og Lyfja og heilsu vegna þegjandi samhæfingar félaganna. Er samanlögð markaðshlutdeild Lyfju og Lyfja og heilsa og samþjöppun á markaðnum skýr vísending um að félögin séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu.¹⁵⁹

3.2.7 Takmarkaðar líkur á að keppinautar (og mögulegir keppinautar) eða neytendur geti ógnað samhæfingu

Það er almennt talið ólíklegt að keppinautar á tvíkeppnis- eða fákeppnismarkaði geti samhæft markaðshegðan sína svo ábatasamt sé ef líklegt er að nýr aðili, sem taki til starfa á markaði innan skamms, getur hindrað hana og hefur getu til að

myndi leiða til sömu niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins, þ.e. í báðum tilvikum er um að ræða styrkingu á þeirri sameiginlegu markaðsráðandi stöðu sem Lyf og heilsa deila með Lyfju.

¹⁵⁰ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁵¹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁵² Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁵³ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁵⁴ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁵⁵ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁵⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁵⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁵⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁵⁹ Sjá dóm undirréttar EB í máli T-102/96 Gencor Ltd. gegn framkvæmdastjórninni þar sem segir í mgr. 206: „It is true that, in the context of an oligopoly, the fact that the parties to the oligopoly hold large market shares does not necessarily have the same significance, compared to the analysis of an individual dominant position, with regard to the opportunities for those parties, as a group, to act to a considerable extent independently of their competitors, their customers and, ultimately, of consumers. Nevertheless, particularly in the case of a duopoly, a large market share is, in the absence of evidence to the contrary, likewise a strong indication of the existence of a collective dominant position.“



koma í veg fyrir að viðkomandi fyrirtæki hagi sér með samhæfðum hætti.¹⁶⁰ Sama á við ef til staðar eru keppinautar eða neytendur á markaðnum sem eru þess eðlis að þeir séu líklegir til þess að ógna hinni þegjandi samhæfingu.¹⁶¹ Verður nú litið til þessara þátta.

3.2.7.1 Lagalegar hindranir

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að vissar lagalegar hindranir kynnu að vera fólgnar í því að hefja rekstur lyfjabúðar. Telja samrunaaðilar þau skilyrði sem gerð séu samkvæmt lyfjalögum hins vegar ekki fela í sér raunverulegar aðgangshindranir, en í því sambandi vísa samrunaaðilar m.a. til þess að aðeins einu sinni hafi umsókn um lyfsöluleyfi verið synjað vegna staðsetningar lyfjabúðar.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að frelsi til að komast inn á smásölumarkað fyrir lyf hafi verið aukið með nógildandi lyfjalögum, en fyrir gildistöku laganna þurfti sérstakt forsetaleyfi til að selja lyf. Í dag eru lyfsöluleyfi bundin því skilyrði að umsækjandi hafi starfsleyfi sem lyfjafræðingur, sbr. lög um lyfjafræðinga nr. 35/1978 og hafi starfað sem slíkur í að minnsta kosti þrjú ár. Síðara skilyrði er þó frávíkjanlegt. Í lyfjalögnum kemur einnig fram að ráðherra skuli senda umsóknir um ný lyfsöluleyfi viðkomandi sveitarstjórn til umsagnar. Við mat á umsókn um lyfsöluleyfi ber meðal annars að styðjast við íbúafjölda að baki lyfjabúðinni og fjarlægð hennar frá næstu lyfjabúð, sbr. 3. mgr. 20. gr. lyfjalaga. Leggist umsagnaraðili, þ.e. sveitarstjórn gegn veitingu nýs leyfis er ráðherra heimilt að hafna umsókninni. Er ljóst af því sem hér segir að fjöldi lyfjabúða á hverju svæði getur verið takmarkaður. Þá skal samkvæmt lögnum ekki veita leyfi til reksturs annars lyfjaútibús á lægra þjónustustigi þegar lyfjaútibú er til staðar í byggðarlagi. Jafnframt er eignarhald að lyfjabúðum takmarkað þar sem starfandi læknum, tannlæknum og dýralæknum er óheimilt að eiga svo stóran hluta í lyfsölu að það hafi teljandi áhrif á fjárhagslega afkomu þeirra, en það sama gildir um maka þeirra. Þrátt fyrir þær takmarkanir sem gerðar eru samkvæmt lyfjalögum hafa stjórnvöld hins vegar aðeins einu sinni hafnað umsókn um lyfsöluleyfi eftir því sem Samkeppniseftirlitinu er kunnugt um.¹⁶² Var synjun stjórnvalda í þessu tilviki meðal annars byggð á 3. mgr. 20. gr. lyfjalaga um íbúafjölda að baki lyfjabúð og fjarlægð hennar frá næstu lyfjabúð. Telur Samkeppniseftirlitið mega álykta af þessu að þeim lagalegu hindrunum sem til staðar eru hvað varðar frelsi til að hefja rekstur lyfjabúðar hafi ekki verið beitt fullum fetum, a.m.k. ekki hingað til.

Í greinargerð samrunaaðila vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins kemur jafnframt fram það mat þeirra að það geti verið sérstaklega fráhrindandi að hefja starfsemi ef vitað sé að heimildir til þess að selja reksturinn sé miklum

160 Í niðurstöðu undirréttar EB nr. T-342/99 Airtours gegn framkvæmdastjórninni er þetta orðað með eftirfarandi hætti: „ what is important here is not whether there is scope for potential competitors to reach a sufficient size to compete on an equal footing with the large tour operators, but simply whether there is scope for such competitors to take advantage of opportunities afforded by the large operators restricting capacity put onto the relevant market to below a competitive level.” Sjá hér einnig t.d. Alastair Lindsay, The EC Merger Regulation. Substantive Issues. Bls. 329.

161 Sjá hér t.d. niðurstöðu undirréttar EB nr. T-342/99 Airtours gegn framkvæmdastjórninni.

162 Hér er um að ræða umsókn um lyfsöluleyfi til reksturs lyfjabúðar í Vestmannaeyjum árið 2003. Aftur var sótt um lyfsöluleyfi til reksturs lyfjaverslunar í Vestmannaeyjum árið 2005 og var leyfið þá veitt.



takmörkunum háðar. Telja samrunaaðilar að með því að grípa til íhlutunar eða ógilda samrunann sé Samkeppniseftirlitið að auka meintar aðgangshindranir að markaðnum, en með því sé unnið gegn tilgangi samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið telur að hér gæti nokkurs misskilnings hjá samrunaaðilum. Samkvæmt 1. gr. samkeppnislaga er markmið samkeppnislaga að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins. Skal þessu markmiði náð m.a. með því að vinna gegn óhæfilegum hindrunum og takmörkunum á frelsi í atvinnurekstri, vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og auðvelða aðgang nýrra samkeppnisaðila að markaðnum. Í þeim tilgangi að tryggja að markmiði laganna verði náð er eitt af hlutverkum stofnunarinnar að hafa eftirlit með samruna fyrirtækja, sbr. 17. gr. samkeppnislaga. Telji Samkeppniseftirlitið að samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist getur stofnunin ógilt samruna sem þegar hefur átt sér stað eða sett slíkum samruna skilyrði. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að samrunareglur eru einn af hornsteinum samkeppnisréttarins og gegna því mikilvæga hlutverki að koma í veg fyrir að samkeppnislegri gerð markaða sé breytt með samruna á þann hátt að samkeppni hverfi eða minnki til muna. Var samrunaákvæðum samkeppnislaga nr. 8/1993 breytt með lögum nr. 107/2000 í þá átt að styrkja þau ákvæði, sbr. það sem áður hefur komið fram. Samkeppniseftirlitið getur með engu móti fallist á það sjónarmið samrunaaðila að með því að sinna lögbundnu hlutverki sínu sé eftirlitið að vinna gegn tilgangi samkeppnislaga. Þá fæst ekki séð að samrunaeftirlit feli í sér auknar aðgangshindranir að þeim markaði sem um ræðir hverju sinni. Með samrunaeftirliti er þvert á móti stuðlað að því að markmiði samkeppnislaga verði náð með því að taka samruna til athugunar og grípa til íhlutunar í þeim tilvikum sem að samruni hindrar virka samkeppni. Leiðir því samrunaeftirlit í raun til greiðari aðgangs keppinauta að mörkuðum ólíkt því sem samrunaaðilar bera við.

3.2.7.2 Hegðun lyfjakeðjanna á markaði fyrir smásölu lyfja

Að mati Samkeppniseftirlitsins er fyrri hegðun lyfjakeðjanna á markaði fyrir smásölu lyfja þess eðlis að unnt sé að líta á hana sem aðgangshindrun að þeim markaði. Er þessu mati Samkeppniseftirlitsins mótmælt af hálfu samrunaaðila í greinargerð þeirra og tekið fram að það eina sem hér sé vísað til séu kaup lyfjakeðjanna á einkareknum apótekum á undanförunum árum. Er í því sambandi tekið fram að eðlilegt sé að fyrirtæki yfirtaki rekstur annars fyrirtækis.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess sem fram hefur komið um að bæði Lyfja og Lyf og heilsa hafa á skömmum tíma byggt upp stórar lyfjakeðjur m.a. með því að kaupa lyfjaverslanir á höfuðborgarsvæðinu sem og á landsbyggðinni. Vísar Samkeppniseftirlitið til þess að þegar ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 var tekin voru um 75 lyfjabúðir starfandi á Íslandi. Á höfuðborgarsvæðinu voru starfandi um 35 lyfjabúðir og tvö sjúkrahúsapótek. Um 39 apótek voru hins vegar starfandi utan höfuðborgarsvæðisins, þar af er eitt sjúkrahúsapótek. Var skiptingin með þeim hætti að Lyf og heilsa rak tíu lyfjaverslanir á



höfuðborgarsvæðinu, Lyfja fimm og Lyfjabúðir níu. Þá störfuðu ellefu sjálfstæð apótek í eigu einkaaðila á höfuðborgarsvæðinu.

Mörg þessara sjálfstæðu apóteka hafa nú annað hvort hætt starfsemi eða verið keypt af lyfjakeðjunum tveimur. Hafa einungis tvö ný apótek hafið starfsemi frá árinu 2000, þ.e. Lyfjaval¹⁶³ og annar samrunaaðili máls þessa, Lyfjaver. Er staðan nú sú sé miðað við rekstur einkarekinna lyfjaverslana á höfuðborgarsvæðinu að Lyfja rekur tíu lyfjaverslanir undir sínum merkjum á höfuðborgarsvæðinu, en Lyf og heilsa 18. Þá eru eftir samruna DAC og Lyfjavers aðeins fimm aðrar lyfjaverslanir reknar af einkaaðilum sem standa utan lyfjakeðjanna á höfuðborgarsvæðinu, en um er að ræða Árbæjar Apótek, Garðs Apótek, Laugarnesapótek, Lyfjaval og Rima Apótek.

Sama þróun hefur átt sér stað sé litið til landsbyggðarinnar. Þannig voru eins og fram hefur komið um 39 lyfjaverslanir starfræktar á landsbyggðinni árið 2000. Nú sex árum síðar eru aðeins reknar sex lyfjaverslanir á landsbyggðinni sem ekki eru í eigu annað hvort Lyfja og heilsu eða Lyfju. Telur Samkeppniseftirlitið rétt að benda hér á að lyfjaverslanir á landsbyggðinni aðrar en þær sem eru reknar undir merkjum Lyfja og heilsu og Lyfju eru í meirihluta tilvika lyfjasölur sem reknar eru á vegum lækna eða sveitarfélaga.¹⁶⁴ Þá hefur Lyf og heilsa nýlega keypt Apótek Vestmannaeyja, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2006 *Samruni Lyfja og heilsu hf. og Apóteks Vestmannaeyja ehf.*, þannig að nú er starfrækt lyfjaverslun í Vestmannaeyjum á vegum þess félags.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins kom fram að með hliðsjón af staðsetningu lyfjakeðjanna á höfuðborgarsvæðinu væri unnt að álykta að til staðar væri tilhneiging hjá lyfjakeðjunum að staðsetja lyfjaverslanir sínar í nálægð við einkarekin apótek sem starfa utan keðjanna fremur en í nálægð hvor við aðra. Í greinargerð samrunaaðila er því haldið fram að Samkeppniseftirlitið leggi of mikið upp úr staðsetningu lyfjaverslana miðað við póstnúmer og vísa í því sambandi til þess að verulegur mismunur sé á stærð og umfangi þeirra. Vísa samrunaaðilar til þess að það sé mikill munur á milli hverfa í Reykjavík hvað stærð varðar, en af þeim sökum sé ekki unnt að draga neinar ályktanir út frá því hvað mörg apótek séu staðsett í hverju póstnúmeri.

Samkvæmt upplýsingum Samkeppniseftirlitsins dreifast lyfjaverslanir á vegum lyfjabúðakeðjanna á höfuðborgarsvæðinu miðað við póstnúmer á höfuðborgarsvæðinu með eftirfarandi hætti:

Tafla 4: Dreifing einstakra apóteka innan Lyfju og Lyfja og heilsu á höfuðborgarsvæðinu miðað við póstnúmer.

| Póstnúmer | Lyfja | Lyf og heilsa |
|-----------|-------|---------------|
| | | |

163 Innan Lyfjavalss eru tvær verslanir starfræktar, annars vegar er um að ræða Lyfjaval Hæðarsmára en hins vegar Lyfjaval Mjódd.

164 Hér er um að ræða Lyfsölu Vopnafjarðar, Lyfsölu Hólmavíkur, Lyfsölu Vík í Mýrdal, Lyfsala Kirkjubæjarklaustri, Siglufjarðar Apótek og Apótek Ólafsvíkur.



| | | |
|--------------------------|-----------|-----------|
| 101 Miðbær | 1 | 1 |
| 103 Hvassaleiti/Kringlan | | 3 |
| 104 Vogar | | 1 |
| 105 Austurbær | | 2 |
| 107 Vesturbær | | 2 |
| 108 Austurbær | 2 | |
| 109 Bakkar/Seljahverfi | | 2 |
| 110 Árbær/Selás | | |
| 111 Berg/Hólar/Fell | 1 | |
| 112 Grafarvogur | 2 | |
| 170 Seltjarnarnes | | 1 |
| 200 Kópavogur | | 2 |
| 201 Kópavogur | 2 | 1 |
| 210 Garðabær | 1 | |
| 220 Hafnarfjörður | | 2 |
| 221 Hafnarfjörður | 1 | |
| 270 Mosfellsbær | | 1 |
| | | |
| Alls: | 10 | 18 |

Af framangreindri töflu er ljóst að aðeins á fáum stöðum innan höfuðborgarsvæðisins á sér stað skörun milli lyfjabúða sem Lyfja rekur annars vegar og Lyf og heilsa rekur hins vegar. Er hér nánar tiltekið um að ræða póstnúmerin 101 og 201. Þá starfa aðeins verslanir á vegum Lyfja og heilsu á svæðum með póstnúmerin 103, 104, 105, 107, 109, 111, 170, 200, 220 og 270. Hins vegar starfa aðeins verslanir á vegum Lyfju á svæðum með póstnúmerin 108, 112, 210 og 221.

Til samanburðar telur Samkeppniseftirlitið hér gagnlegt að líta til dreifingar verslana sem starfa innan lyfjakeðjanna tveggja ef miðað er við staðsetningu þeirra einkareknu lyfjabúða sem starfa á höfuðborgarsvæðinu og ekki tilheyra keðjunum tveimur.

Tafla 5: Dreifing einstakra apóteka innan Lyfju og Lyfja og heilsu á miðað við sjálfstæðar lyfjaverslanir sem reknar eru af einkaaðilum á höfuðborgarsvæðinu og ekki tilheyra lyfjakeðjunum tveimur.

| Póstnúmer | | Lyfja | Lyf og heilsa |
|------------------------|-----------------|----------|---------------|
| 105 Austurbær | Laugarnesapótek | | 1 |
| 108 Austurbær | Garðs Apótek | 2 | |
| 109 Bakkar/Seljahverfi | Lyfjaval | | 2 |
| 110 Árbær/Selás | Árbæjar Apótek | | |
| 112 Grafarvogur | Ríma Apótek | 2 | |
| 201 Kópavogur | Lyfjaval | 2 | 1 |
| | | | |
| Alls: | | 6 | 4 |

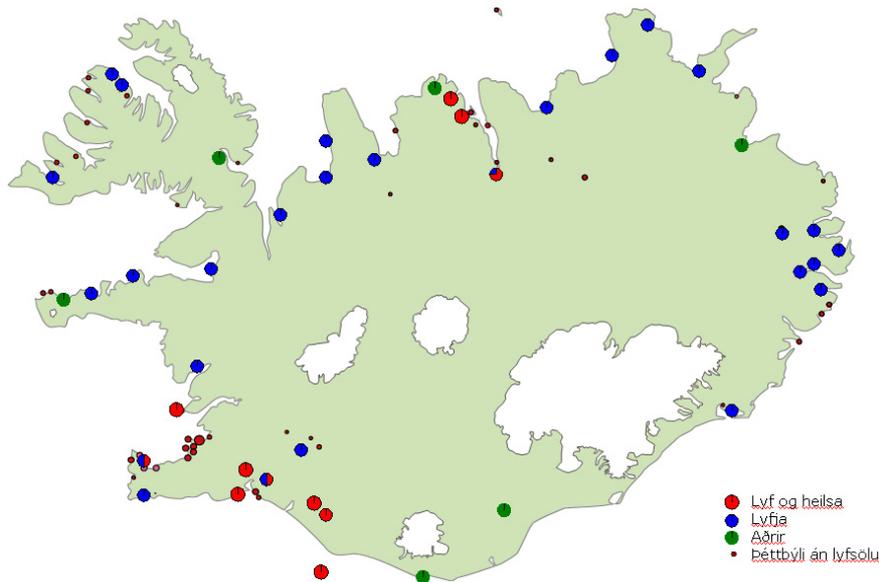


Af framangreindri töflu er ljóst að töluverð skörun á sér stað á milli lyfjakeðjanna tveggja annars vegar og keppinauta þeirra sem standa utan keðjanna hins vegar, að undanskildu þó póstnúmeri 110 þar sem Árbæjar Apótek er staðsett. Vill Samkeppniseftirlitið vekja sérstaka athygli á staðsetningu keðjanna ef t.d. miðað er við póstnúmerið 109, en þar eru starfræktar þrjár lyfjabúðir á sama svæði, þ.e. tvær verslanir á vegum Lyfja og heilsu og svo Lyfjaval. Sama má t.d. segja um rekstur verslana undir merkjum Lyfju í póstnúmeri 112, þar sem Rima Apótek er staðsett. Sama skörun á sér hins vegar að meginstefnu ekki stað þegar staðsetning lyfjasölukeðjanna á höfuðborgarsvæðinu samanborið hvor við aðra er skoðuð, sbr. tafla 4, þótt á því séu undantekningar. Telur Samkeppniseftirlitið ljóst að til staðar er tilhneiging hjá lyfjakeðjunum að staðsetja lyfjaverslanir sínar fremur í nálægð við einkarekin apótek sem starfa utan keðjanna en í nálægð við apótek hvorrar annarrar. Vísar Samkeppniseftirlitið í þessu sambandi t.d. til þeirrar stöðu sem uppi var áður en Hringbrautarapótek ehf. hætti starfsemi, en Lyf og heilsa opnaði lyfjaverslun við hliðina á því apóteki áður en síðarnefnda apótekið hætti. Blasir við að slík staðsetning lyfjabúða er ekki til þess fallinn að auðvelda keppinautum aðgang að markaði.

Með hliðsjón af því sem hér segir er það mat Samkeppniseftirlitsins að möguleikar nýrra keppinauta til að hasla sér völl á markaði fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu séu takmarkaðir. Í ljósi fyrri hegðunar lyfjakeðjanna á þeim markaði sem hér er til umfjöllunar, en með því er m.a. vísað til kaupa þeirra á einkareknum apótekum sem standa utan keðjanna á undanförunum árum, telur Samkeppniseftirlitið að hindranir að markaðnum stafi ekki aðeins af lagalegum hindrunum heldur fremur af því að lyfjakeðjurnar geti í krafti stærðar sinnar hindrað aðkomu nýrra keppinauta á markaðinn eða keypt (eða veikt) þá keppinauta sem geta mögulega ógnað hinni sameiginlegu markaðsráðandi stöðu. Breytir það sjónarmið samrunaaðila um að tilteknir möguleikar inn á markaðinn fyrir smásölu lyfja séu fólgnir í myndun nýrra hverfa á höfuðborgarsvæðinu ekki þessu mati Samkeppniseftirlitsins, enda unnt að álykta að lyfjakeðjurnar myndi haga sér með sama hætti gagnvart þeim aðila. Með hliðsjón af framangreindu er það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki sé hægt að búast við því að nýir keppinautar muni eyða þeim samkeppnishömlum sem til staðar eru á markaði fyrir smásölu lyfja vegna stöðu lyfjakeðjanna. Þá telur stofnunin ljóst að þau fáu einkareknu apótek, sem starfa munu á höfuðborgarsvæðinu eftir samrunann og öll hafa litla markaðshlutdeild, sbr. það sem áður hefur komið fram, geti ekki ógnað hinni þegjandi samhæfingu lyfjakeðjanna.

Hvað landsbyggðina varðar rekur Lyfja nú um 27 lyfjaverslanir á landsbyggðinni, en Lyf og heilsa þrettán verslanir. Rekur Lyfja samkvæmt þessu mun fleiri lyfjaverslanir á landsbyggðinni en Lyf og heilsa, sem rekur hins vegar fleiri lyfjaverslanir á höfuðborgarsvæðinu. Auk lyfjakeðjanna tveggja eru starfræktar sex sjálfstæðar lyfjaverslanir á landsbyggðinni, sbr. það sem áður sagði.

Dreifing og staðsetning lyfjaverslana á landsbyggðinni kemur vel í ljós þegar eftirfarandi kort er skoðað:



Af korti þessu er ljóst að dreifing lyfjaverslana á landsbyggðinni einkennist að meginstefnu af því að aðeins eru starfræktar lyfjaverslanir á vegum annarra hvorrar lyfjakeðjunnar í hverjum landsfjórðungi. Þannig eru aðeins starfræktar verslanir á vegum Lyfju á Austur- og Vesturlandi. Þá starfar Lyfja að meginstefnu til aðeins á Norðurlandi með þeirri undantekningu þó að báðar lyfjakeðjurnar starfrækja apótek á Akureyri¹⁶⁵ sem og á vegum Lyfja og heilsu eru starfræktar lyfjaverslanir í Ólafsfirði og á Dalvík. Á Suðurlandi er að meginstefnu aðeins að finna verslanir sem starfræktar eru á vegum Lyfja og heilsu með þeirri undantekningu að báðar lyfjakeðjurnar starfa nú á Selfossi.¹⁶⁶ Þá skal það tekið hér fram að Apótek Keflavíkur, sem starfar eins og nafnið gefur til kynna í Keflavík, er dótturfélag Lyfja og heilsu. Telur Samkeppniseftirlitið þessa dreifingu lyfjakeðjanna ekki að öllu leyti geta skýrst af því að um sé að ræða rekstur útibúa frá lyfjabúð.¹⁶⁷

Með hliðsjón af því sem hér segir telur Samkeppniseftirlitið því að draga megi þá ályktun af staðsetningu lyfjakeðjanna að keðjurnar telji það ekki samræmast hagsmunum sínum að staðsetja lyfjaverslanir sínar nálægt verslunum hvorrar annarrar á landsbyggðinni.

3.2.8 Kaupendastyrkur er ekki fyrir hendi á markaði fyrir smásölu lyfja

Eins og fyrr hefur komið fram getur eftir atvikum komið til skoðunar við mat á samruna hvort viðskiptavinir hins sameinaða fyrirtækis hafi það mikinn styrk (e. buying power) að þeir geti með beitingu styrks síns eytt eða dregið verulega úr þeim samkeppnishömlum sem stafað geta af samruna. Má almennt séð helst

165 Hér er um að ræða Apótekið Akureyri sem Lyfja rekur og Lyf og heilsu Glerártorgi, Apótekarann Hafnarstræti, Lyf og heilsu Glerártorgi og Lyf og heilsu Hrísalundi sem rekin eru undir merkjum Lyfja og heilsu.

166 Hér er um að ræða Lyfju Selfossi og Lyf og heilsu Selfossi. Þá starfar Lyfja einnig að Laugarási.

167 Í 21. gr. lyfjalaga kemur m.a. fram að hvert lyfsöluleyfi takmarkist við rekstur einnar lyfjabúðar og beri lyfsöluleyfishafi sjálfur faglega ábyrgð á rekstri lyfjabúðarinnar. Einungis megi veita lyfjafræðingi eitt lyfsöluleyfi í senn, en leyfishafi geti sótt um leyfi til að reka útibú frá lyfjabúð sinni í byggðarlagi þar sem ekki sé starfrækt lyfjabúð.



gera ráð fyrir kaupendastyrk í þeim tilvikum þar sem kaupendur eru fáir og öflugir. Með sama hætti skiptir kaupendastyrkur miklu þegar samhæfing á milli keppinauta á markaði er metin, þar sem minni líkur eru á slíkri samhæfingu þegar kaupendur hafa talsverðan kaupendastyrk.¹⁶⁸

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að ekki væri fyrir hendi kaupendastyrkur á markaði fyrir smásölu lyfja en í því sambandi var vísað til þess að viðskiptavinir væru fyrst og fremst einstaklingar sem keyptu lyf fyrir lágar fjárhæðir. Samrunaðilar hafna þessu mati Samkeppniseftirlitsins í greinargerð sinni. Í því sambandi vísa samrunaðilar til þess að það sé íslenska ríkið sem í raun sé kaupandi allra lyfja í smásölu vegna greiðslupátttöku sinnar í lyfseðilsskyldum lyfjum. Sé ljóst að þegar sami aðili ákvarði hámarksverð og sé jafnframt stærsti kaupandinn blasi við að seljendur geti ekki hegðað sér án tillits til slíks aðila.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess á lyfjamarkaði er unnt að líta svo á að til staðar séu þrjár aðilar að viðskiptum. Er í fyrsta lagi um að ræða ríkisvaldið, í öðru lagi seljendur, þ.e. lyfjaverslanir og í þriðja lagi notendur lyfja, kaupendur. Eins og fram hefur komið ákvarðar ríkisvaldið hámarksverð lyfseðilsskyldra lyfja í heildsölu og smásölu en auk þess tekur ríkið þátt í greiðslu lyfseðilsskyldra lyfja. Leiðir af þessu að ríkið er greiðandi á lyfjamarkaði. Kaupendur, þ.e. notendur lyfja, bera því ekki allt lyfjaverðið sjálfir. Samkeppnin myndast í því formi að lyfsalar geta veitt afslátt frá því hámarksverði sem ákveðið hefur verið í smásölu en slíkur afsláttur fellur kaupanda í skaut. Endanlegt verð til kaupanda er þannig háð tveimur þáttum, þ.e. hámarksverði og afslætti. Afslátturinn ræðst m.a. af samkeppni og því hve mikið magn lyfja er keypt hverju sinni. Það er að þessu leyti sem viðskipti eru samskonar við það sem almennt gengur og gerist á markaði. Það er við innkaup á neytendahlið sem Samkeppniseftirlitið lítur svo á að kaupendastyrkur sé ekki fyrir hendi þar sem um er að ræða innkaup einstaklinga fyrir lágar fjárhæðir. Það er um leið við myndun afsláttar þar sem Samkeppniseftirlitið lítur svo á að kaupendastyrkur sé ekki fyrir hendi þar sem að viðskiptavinir eru fyrst og fremst einstaklingar sem kaupa lyf fyrir lágar fjárhæðir.¹⁶⁹

3.2.9 Samruni DAC og Lyfjavers styrkir sameiginlega markaðsráðandi stöðu Lyfja og heilsu og Lyfju á markaðnum fyrir smásölu lyfja

Samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið gripið til íhlutunar vegna samruna sem þegar hefur átt sér stað ef stofnunin telur að hann hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist. Á markaði fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu á árinu 2005 var markaðshlutdeild Lyfja og heilsu um [40-45]¹⁷⁰%, Lyfju um [35-40]¹⁷¹% og Lyfjavers um [0-5]¹⁷²%. Með hliðsjón af því

168 Alastair Lindsay, bls. 340.

169 Almenn séð má helst gera ráð fyrir kaupendastyrk í tilvikum þar sem kaupendur eru fáir og öflugir, sbr. ákvarðanir framkvæmdastjórnar EB í málum nr. IV/M.042 Alcatel/Telettra, nr. IV/M.221 ABB/BREL og nr. IV/M.272 Matra/Cap Gemini Sogeti, einkum þar sem um er að ræða vöru eða þjónustu sem gengur inn í frekara vinnsluferli (e. intermediary products or services). Kaupendastyrkur er hins vegar fágætur þegar um er að tefla neytendavöru, sbr. t.d. ummæli í ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. M.190 Nestlé/Perrier.

¹⁷⁰ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.



sem hér hefur komið fram er það mat Samkeppniseftirlitsins að Lyf og heilsa og Lyfja séu nú þegar í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir smásölu lyfja. Samruni þessa máls hefur í för með sér að samanlögð markaðshlutdeild Lyfju og Lyfja og heilsu hækkar úr um [75-80]^{173%} í um [80-85]^{174%}. Þá hefur samruninn í för með sér að samhverfa milli markaðshlutdeildar Lyfja og heilsu annars vegar og Lyfju hins vegar eykst verulega.

Tafla 6: Markaðshlutdeild lyfjabúða á höfuðborgarsvæðinu miðað við tekjur á árinu 2005 vegna sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum og lausasölulyfjum að teknu tilliti til sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu Lyfju og Lyfja og heilsu og samruna DAC og Lyfjavers.

| Lyfjabúðir | Hlutdeild 2005 |
|-------------------------------|-------------------------------|
| | |
| Lyfja og Lyf og heilsa | [80-85]^{175%} |
| Árbæjar Apótek | [0-5]^{176%} |
| Garðs Apótek | [0-5]^{177%} |
| Laugarnesapótek | [0-5]^{178%} |
| Lyfjaval | [5-10]^{179%} |
| Rima Apótek | [0-5]^{180%} |
| Sjúkrahúsapótek LSH | [0-5]^{181%} |
| | |
| Samtals | [100]% |

Eins og ráða má af töflu 6 mun sú mikla samþjöppun sem þegar er til staðar á markaði fyrir smásölu lyfja enn aukast. Er þessi mikla samþjöppun greinileg þegar litið er til HHI stuðulsins:

| | |
|----------------------|----------------------------------|
| Fyrir samruna | HHI = [...]¹⁸² |
| Eftir samruna | HHI = [...]¹⁸³ |
| | |
| Mismunur: | HHI = [...]¹⁸⁴ |

Er gildi stuðulsins nú þegar [...]¹⁸⁵ stig á hinum skilgreinda markaði og hækkar um [...]¹⁸⁶ stig við samrunann. Samkvæmt því yrði gildi stuðulsins [...]¹⁸⁷ eftir

¹⁷¹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁷² Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁷³ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁷⁴ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁷⁵ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁷⁶ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁷⁷ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁷⁸ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁷⁹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁸⁰ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁸¹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁸² Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸³ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸⁷ Fellt út vegna trúnaðar.



samrunann. Samþjöppun á markaðnum var mikil fyrir, en eftir samrunann er HHI stuðullinn orðinn mun hærri en sú viðmiðun sem sett er fram og notuð er til að meta hvort samþjöppun á markaði sé orðin það mikil að hún hafi skaðleg áhrif á samkeppni, sbr. umfjöllun hér að framan. Er hækkun stuðulsins slík að með hliðsjón af öðrum einkennum markaðarins er ljóst að samruninn er skaðlegur samkeppni. Verður í þessu sambandi að hafa í huga að öll frekari samþjöppun á fákeppnismarkaði þar sem fyrir hendi eru fyrirtæki með sameiginlega markaðsráðandi stöðu er almennt til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti.¹⁸⁸

Samruni DAC og Lyfjavers felur í sér að einn keppinauta lyfjakeðjanna hverfur af markaði fyrir smásölu lyfja. Verða einkarekin apótek á höfuðborgarsvæðinu sem standa utan lyfjakeðjanna eftir samrunann einungis fimm. Í þessu sambandi verður og að gæta að því að samruninn hefur í för með sér að samanlögð markaðshlutdeild Lyfju og Lyfja og heilsu yrði um [80-85]¹⁸⁹%. Keppinautar lyfjakeðjanna á hinum skilgreinda markaði hafa hins vegar eftir samrunann hver um sig um [0-10]¹⁹⁰% markaðshlutdeild, en samanlögð markaðshlutdeild þeirra er um [15-20]¹⁹¹%. Eru eins og fram hefur komið mun meiri líkur á því að þegjandi samhæfing milli fyrirtækja eigi sér stað þar sem slík staða ríkir á markaði. Þannig kemur t.d. fram í athugasemdum við 10. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 107/2000 að tengsl séu á milli annars vegar stærðar og fjölda fyrirtækja á markaðnum og hins vegar þess að hvaða líkur séu á þegjandi samhæfingu milli þeirra. Samruninn er því til þess fallinn að auka líkur á þegjandi samhæfingu á milli lyfjakeðjanna með tilheyrandi röskun á samkeppni.¹⁹² Af þessu leiðir einnig að samruninn felur í sér styrkingu á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu Lyfja og heilsu og Lyfju í skilningi 17. gr. samkeppnislaga.¹⁹³ Að mati Samkeppniseftirlitsins er möguleikinn á virkri samkeppni, sérstaklega á fákeppnis- og tvíkeppnismarkaði, kominn undir því að þau fyrirtæki sem á honum starfa hafi styrk og getu til að keppa við þau fyrirtæki sem eru í sterkastri stöðu á markaðnum. Verður ekki talið að þær fáu lyfjaverslanir sem starfa á markaði fyrir smásölu lyfja aðrar en verslanir Lyfja og heilsu og Lyfju hafi slíkan styrk.

188 Sjá hér t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. M.190 Nestle/Perrier: „The facts and market structures show, however, that the French bottled market is already a highly concentrated market where price competition is considerable weakened. The maintenance or development of whatever competition there remains on that market therefore requires particular protection. Any structural operation restricting even more the scope for competition in such a situation has to be judged severely.”

¹⁸⁹ Nákvæm hlutdeild fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹⁰ Nákvæm hlutdeild fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹¹ Nákvæm hlutdeild fellt út vegna trúnaðar.

192 Sjá hér t.d. Alastair Lindsay, The EC Merger Regulation. Substantive Issues. Bls. 326: „Tacit co-ordination is less likely between large numbers of firms because there is greater scope for disagreement on the tacitly co-ordination outcome, [...] more scope for cheating [...] and monitoring is more difficult.”

193 Í Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03) er þessu lýst með svohljóðandi hætti: „There are two main ways in which horizontal mergers may significantly impede effective competition, in particular by creating or strengthening a dominant position: ... (b) by changing the nature of competition in such a way that firms that previously were not coordinating their behaviour, are now significantly more likely to coordinate and raise prices or otherwise harm effective competition. A merger may also make coordination easier, more stable or more effective for firms which were coordinating prior to the merger (coordinated effects).” Official Journal C 31, 05.02.2004.



Þá telur Samkeppniseftirlitið hér einnig rétt að hafa í huga að samruni DAC og Lyfjavers felur ekki aðeins í sér aukna samþjöppun á markaði fyrir smásölu lyfja heldur hverfur af markaðnum keppinautur sem stundað hefur samkeppni á markaðnum almenningi til hagsbóta. Þannig hefur Lyfjaver t.a.m. komið vel út úr verðkönnunum sem gerðar hafa verið á vegum ASÍ. Reyndist Lyfjaver t.d. með lægsta verðið á tilteknum lausasölulyfjum samkvæmt könnun sem gerð var á vegum samtakanna þann 12. júní s.l. Lyf og heilsa reyndist hins vegar vera með hæsta verðið í flestum tilvikum.

Í þessu samhengi verður að líta til þess að við meðferð máls þessa óskaði Samkeppniseftirlitið m.a. eftir upplýsingum frá Lyfjum og heilsu og Lyfju um heildarfjárhæð veitts afsláttar frá verði samkvæmt verðskrá hvorrar lyfjaverslanakeðjunnar á ári vegna sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum fyrir árin 2001-2005. Þá var óskað eftir upplýsingum um heildarsölutekjur án virðisaukaskatts af lyfseðilsskyldum lyfjum vegna sömu ára.

Samkvæmt þeim upplýsingum sem Samkeppniseftirlitinu bárust frá Lyfjum og heilsu er heildarfjárhæð veitts afsláttar frá verði samkvæmt verðskrá vegna sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum eftirfarandi:

Tafla 7: Lyf og heilsa: veittur afsláttar¹⁹⁴ vegna sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum á árunum 2001-2005.

| 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 |
|-----------------------|-----------------------|-----------------------|-----------------------|-----------------------|
| [...] ^{195%} | [...] ^{196%} | [...] ^{197%} | [...] ^{198%} | [...] ^{199%} |

Með hliðsjón af framangreindri töflu er ljóst að sá afsláttur sem veittur var árið 2005 hefur lækkað sem hlutfall af sölu lyfseðilsskyldra lyfja frá því sem var árið 2001.

Samkvæmt þeim upplýsingum sem Samkeppniseftirlitinu bárust frá Lyfju er heildarfjárhæð veitts afsláttar frá verði samkvæmt verðskrá vegna sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum eftirfarandi:

Tafla 8: Lyfja: veittur afsláttur²⁰⁰ vegna sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum á árunum 2002-2005.²⁰¹

| 2002 | 2003 | 2004 | 2005 |
|------|------|------|------|
|------|------|------|------|

¹⁹⁴ Afsláttur veittur við kassa og annar afsláttur.

¹⁹⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁰ Afsláttur gefnir út á lyfseðil í lyfjaafgreiðslu.

²⁰¹ Samkvæmt upplýsingum frá Lyfju eru ekki til samanburðarhæf gögn vegna ársins 2001.



| [...] ²⁰² % | [...] ²⁰³ % | [...] ²⁰⁴ % | [...] ²⁰⁵ % |
|------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|
| | | | |

Með hliðsjón af framangreindri töflu er ljóst að sá afsláttur sem veittur var hjá Lyfju árið 2005 hefur lækkað sem hlutfall af sölu lyfseðilsskyldra lyfja frá því sem var árið 2002.

Þessi gögn sýna að stóru lyfjakeðjurnar hafa í krafti sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu sinnar komist upp með að lækka afslátt verulega. Telur Samkeppniseftirlitið öll rök hníga til þess að gangi samruni þessa máls eftir verði staða lyfjasölukeðjanna til þess að hækka verð gagnvart neytendum enn sterkari.

Samrunaðilar mótmæla því að samruninn hafi skaðleg áhrif á markaðnum. Í því samhengi er því m.a. haldið fram að með samrunanum færast aðeins ein verslun undir fyrirtæki sem er í eigu sömu aðila og Lyf og heilsu en það breyti skipulagi markaðarins ekki með nokkrum hætti þar sem þremur verslunum innan Lyfja og heilsu hafi nýlega verið lokað. Samkeppniseftirlitið bendir á að samruni DAC og Lyfjavers felur í sér að sjálfstæður keppinautur á markaði fyrir smásölu lyfja hverfur. Er slíkt til þess fallið að breyta skipulagi markaðarins verulega, enda um að ræða afar samþjappaðan tvíkeppnismarkað. Slíkur samruni er með engu móti sambærilegur við hugsanlega rekstrarhagræðingu innan fyrirtækja. Samruni sá sem um ræðir skiptir því máli hvað skipulag markaðar fyrir smásölu lyfja varðar.

Í máli þessu verður einnig að hafa í huga þau skilaboð sem samruninn sendir til keppinauta og mögulegra keppinauta um hina sameiginlegu markaðsráðandi stöðu lyfjakeðjanna sem kaupa upp eða ryðja með öðrum hætti úr vegi þeim apótekum sem mögulega geta veitt viðnám gegn samhæfingu keðjanna. Slík skilaboð eru til þess fallin að raska samkeppni.

Með hliðsjón af því sem hér segir er það mat Samkeppniseftirlitsins að samruni DAC og Lyfjavers muni hindra virka samkeppni á markaðnum fyrir smásölu lyfja með því að sú sameiginlega markaðsráðandi staða sem Lyf og heilsa deilir með Lyfja styrkist.²⁰⁶ Líta ber einnig til þess að einn megintilgangur þeirra breytinga sem lög nr. 107/2000 gerðu á samrunaákvæði samkeppnislaga var að vinna gegn

²⁰² Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰³ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁶ Fræðimenn hafa bent á að samkeppnisfyrirvöld verði að meta hvort að samruni leiði til þess að meiri líkur séu á þegjandi samhæfingu en að ekki. Sjá í þessu sambandi t.d. Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P og Jean Tirole þar sem segir um þetta atriði: „Short of determining whether collusion will indeed occur, a highly difficult if not impossible task, the merger control office can however address a different but still relevant question: will the merger create a situation where collusion becomes more likely, that is, will collusion significantly be easier to sustain in the post-merger situation?” The Economics of Tacit Collusion: Final Report for DG Competition, European Commission [2003], bls. 64. Sjá hér einnig Kühn K. þar sem segir „The “coordinated effects” of mergers are nothing else but the impact of the merger on the tightness of the two constraints that determine the range of possible behaviors in a particular market. In other words: has the merger made it more or less credible to make the implicit promises of future collusion and threats of punishments that sustain collusive (or parallel) behavior? This theoretical analysis allows one to determine whether higher prices can be sustained through collusion after a merger or whether collusion becomes feasible in a wider range of circumstances.” The pros and Cons of Merger Control : Closing Pandora’s box? Joint dominance after the Airtours judgement. [2003], bls. 44



frekari myndun fákeppnismarkaða hér á landi. Engin vafi er á því að samruni þessa máls eykur fákeppni á hinum skilgreinda markaði. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru engar vísbendingar til staðar um að önnur atriði muni eyða samkeppnishamlandi áhrifum samrunans, t.d. kaupendastyrkur eða samkeppni frá keppinautum. Sökum þessa er heimilt að grípa til íhlutunar á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga vegna skaðlegra áhrifa samrunans á markaðnum fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu.

4. Innflutningur, heildsala og dreifing á lyfjum

Einn sá markaði sem á reynir í þessu máli innflutningur og heildsala á lyfjum. Stunda báðir samrunaaðila samhliða innflutning á lyfjum. Í samrunatilkynningunni var í umfjöllun um þennan markað vísað til yfirgnæfandi markaðshlutdeild Vistor og Icepharma á markaðnum. Töldu samrunaaðilar að þar sem markaðshlutdeild DAC og Lyfjavers á markaðnum væri vel innan við [...] ²⁰⁷% væri ekki ástæða til að fjalla frekar um þennan markað. Var fallist á þetta sjónarmið samrunaaðila í andmælskjali Samkeppniseftirlitsins. Vísaði Samkeppniseftirlitið í því sambandi til þess á heimasíðu Vistor kæmi fram að áætluð markaðshlutdeild félagsins árið 2006 væri um 45% en sala á lyfjum stæði fyrir um 80% af veltu fyrirtækisins. Sé áætluð velta félagsins fyrir árið 2006 um 5 milljarðar kr. ²⁰⁸ Á heimasíðu Icepharma kæmi hins vegar fram að áætluð velta félagsins væri áætluð um 4 milljarðar kr. ²⁰⁹ Með hliðsjón af því að velta samrunaaðila væri ekki nema lítill hluti af heildarveltu heildsölu- og innflutningsmarkaðar lyfja var ekki talin þörf á að fjalla frekar um þennan markað málsins.

Í umfjöllun samrunatilkynningarinnar um aðdraganda og markmið samruna DAC og Lyfjavers er vísað til skýrslu Ríkisendurskoðunar um lyfjakostnað frá árinu 2004 þar sem komi fram að lyfjaverð sé almennt hærra hér á landi en í nágrannalöndum okkar. Er ástæða þess sögð vera sú að innflutningur og dreifing lyfja til smásala sé í höndum heildsala sem jafnframt hafi hver um sig umboð fyrir tiltekna lyfjaframleiðendur. Er vísað til þess að í skýrslunni komi m.a. fram að:

„Heildsölu- og dreifingarkerfi með beinni aðild umboðsaðila getur torvelað nýjum aðilum aðkomu að markaðnum því að þeir sem standa utan við dreifingarfyrtækin geta átt erfiðara með að markaðssetja sín lyf. Heildsalar, sem jafnframt eru umboðsmenn lyfjaframleiðenda, eru ólíklegir til að hefja sölu á lyfjum frá öðrum framleiðendum í beinni samkeppni við þau lyf sem þeir hafa umboð fyrir. Þetta á ekki síst við um samheitalyf sem keppa við þau frumlyf sem fyrirtækin hafa umboð fyrir.“

Benda samrunaaðilar á að í skýrslunni komi fram að þar sem samevrópski markaðurinn sé frjáls ætti oft að vera unnt að nýta heimild til samhliða innflutnings og ná fram verulega lægra verði en ella. Vísa samrunaaðilar til þess í greinagerð sinni að með samruna verði til fyrirtæki sem raunverulega geti veitt lyfjaheildsölum samkeppni. Kemur fram að með auknum samhliða innflutningi

207 Í samrunatilkynningunni eru þessar upplýsingar merktar sem trúnaðarupplýsingar.

208 Upplýsingar fengnar af heimasíðu Vistor hf. á slóðinni: <http://vistor.is/fyrirtaekid/>.

209 Upplýsingar fengnar af heimasíðu Icepharma hf. á slóðinni: <http://icepharma.is/is/fyrirtaekid/>



muni verð lækka umtalsvert sem muni á endanum skila sér í lækkandi verði á smásölumarkaði. Muni áhrifin einkum koma fram í útgjöldum hins opinbera, þar sem greiðsluþátttaka hins opinbera miðast alltaf við ódýrasta lyfið í viðkomandi lyfjaflokki. Er það á talið í greinargerðinni að Samkeppniseftirlitið hafi í andmælskjali sínu ekki fjallað um þessi jákvæðu áhrif samrunans. Vísa samrunaaðilar í þessu sambandi til danskrar skýrslu frá árinu 2006 þar sem fjallað er um samhliða innflutning.²¹⁰

Við meðferð máls þessa aflaði Samkeppniseftirlitið m.a. upplýsinga frá lyfjagreiðslunefnd um verðmun á frumlyfi og samhliða innfluttu lyfi. Sýna þessar upplýsingar að verð sem samrunaaðilar eru að sækja um fyrir lyfseðilsskyld lyf í heilidsölu er ekki nema litlu minna en verð frumlyfsins. Er algengast að verðmunur sé ekki nema um 0,1-2% lægri en verð frumlyfs, sbr. eftirfarandi tafla²¹¹:

Tafla 9: Verðmunur tiltekinna frumlyfja og samhliða innfluttra lyfja miðað við heilidsöluverð 1. júlí 2006.

| Lyf | % | Kr. |
|--------------------------------------|------|-----|
| Nexium/ Nexium Mups (DAC) | 2,0% | 63 |
| Cerazette/ Cerazet (DAC) | 1,2% | 16 |
| Augmentin/ Augmentine (DAC) | 2% | 25 |
| Voltaren Rapid/ Voltaren Rapid (DAC) | 1,9% | 14 |
| Zarator/Lipitor (Lyfjaver) | 0,1% | 13 |
| Zocor/ Zocor (Lyfjaver) | 0,8% | 50 |
| Reminyl/ Reminyl (Lyfjaver) | 2,6% | 199 |

Samkeppniseftirlitið telur að samrunaaðilar hafi ekki sýnt fram á hvernig samruni sá sem um ræðir í þessu máli muni í raun hafa áhrif á markaði fyrir heilidsölu lyfja,

210 Sjá „The economic impact of parallel import of pharmaceuticals“, unnin af rannsóknarstofnun Syddansk Háskóla (e. University of Southern Denmark) í heilsuhagfræði (e. Centre for Applied Health Services Research and Technology Assessment, skammstafað CAST). [2006]. Í tilvitnaðri skýrslu er því haldið fram að samhliða innflutningur lyfja leiði m.a. til lækkunar heilbrigðiskostnaðar vegna verðmunar sem er á samhliða innfluttum lyfjum og frumlyfjum. Jafnframt er því haldið fram að slíkur innflutningur geti leitt til þess að innflytjendur frumlyfja lækki verð á þeim lyfjum. Er Danmörk tekið sem dæmi um land þar sem komist er að þeirri niðurstöðu að þessara áhrifa hafi gætt. Þá kemur einnig fram í skýrslunni að aðgerðir markaðsleyfishafa á frumlyfinu í þá átt að stemma stígu við samkeppni frá samhliða innfluttum lyfjum (e. non-price strategies), geti leitt til þess að sá ávinningur, sem í skýrslunni er haldið fram að samhliða innflutningur lyfja hafi í för með sér, minnki. Telur Samkeppniseftirlitið hér rétt að vísa til þess að ólík sjónarmið hafa komið fram hvað varðar ávinning heilbrigðiskerfisins og notenda lyfja af samhliða innflutningi lyfja, sbr. t.d. skýrslu „The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade: A Stakeholder Analysis“ unnin af Kanavos P. o.fl., London School of Economics and Political Service. [2004].

211 Taflan hefur ekki að geyma tæmandi upptalningu á verðmun á samhliða innfluttra lyfja og frumlyfja.



sem eins og áður samanstendur af mjög öflugum heildsölum. Hafa samrunaaðilar ekki fært fram nein gögn máli sínu til stuðnings að þessu leyti heldur komið fram með almenn sjónarmið um hvernig samruni muni hugsanlega leiða til breytingar á heildsölumarkaði fyrir lyf og í kjölfarið koma neytendum til góðs.

Eins og fram er komið er það mat Samkeppniseftirlitsins að samruni DAC og Lyfjavers leiði til þess að sú sameiginlega markaðsráðandi staða sem Lyf og heilsa deilir með Lyfju styrkist og að samruninn sé verulega til þess fallinn að hindra virka samkeppni á markaði fyrir smásölu lyfja. Skortur á samkeppni í smásölu leiðir m.a. til þess að ætlaður ávinningur af samhliða innflutningi skilar sér að takmörkuðu leyti til neytenda. Þegar af þessum ástæðum geta hugsanleg jákvæð áhrif af samrunanum ekki haft áhrif á niðurstöðu þessa máls.

V. Niðurstaða

Með hliðsjón af því sem hér segir er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruni DAC og Lyfjavers leiði til yfirburðastöðu samrunaaðila á markaði fyrir skömmtun lyfja fyrir stofnanir og að þeir geti í krafti stöðu sinnar takmarkað samkeppni og hagað verðlagningu, þjónustu og viðskiptaskilmálum að verulegu leyti án tillits til keppnauta eða viðskiptavina. Hvað varðar markað fyrir smásölu lyfja er það mat Samkeppniseftirlitsins að samruni DAC og Lyfjavers muni enn fremur hindra virka samkeppni með því að sameiginleg markaðsráðandi staða Lyfja og heilsu og Lyfju styrkist.

Samkeppniseftirlitið getur af þessum sökum ekki fallist á að samruninn samrýmist samkeppnislögum. Á grundvelli fyrirliggjandi upplýsinga telur Samkeppniseftirlitið því að samruninn fari gegn markmiði samkeppnislaga og sé andstæður 17. gr. laganna. Sökum þessa er tilefni til að grípa til íhlutunar á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt ákvæðinu getur íhlutun falið í sér ógildinguna eða setningu skilyrða.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins, sem sent var samrunaaðilum 9. júní sl., var kynnt það frummat eftirlitsins að samruninn færi gegn samkeppnislögum og óskað eftir því að samrunaaðilar greindu frá skilyrðum sem þeir teldu að kæmu til með að eyða þeim samkeppnishömlum sem í samrunanum fælust, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001 *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnistráði*. Þrátt fyrir brýnt tilefni lögðu samrunaaðilar ekki fram neinar tillögur að skilyrðum í þeim athugasemdum sem þeir sendu Samkeppniseftirlitinu 23. júní sl.

Samrunaaðilar óskuðu eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu vegna málsins. Voru haldnir fundir þann 23. júní og 26. júní 2006, þar sem samrunaaðilar gerðu grein fyrir viðhorfum sínum til þessa máls. Að auki var haldinn fundur þann 30. júní s.l. þar sem samrunaaðilar gerðu frekari grein fyrir sjónarmiðum sínum. Þá barst Samkeppniseftirlitinu bréf, dags. 4. júlí 2006, frá samrunaaðilum þar sem settar voru fram tillögur að mögulegum skilyrðum vegna samrunans. Kom fram í bréfi



samrunaaðila að með það að markmiði að fá heimild Samkeppniseftirlitsins fyrir samrunanum væru tillögur að eftirfarandi skilyrðum gerðar:

1. „Viðskipti milli annars vega lyfjaskömmunar og hins vegar annarra fyrirtækja innan samstæður L&H skulu vera á sama viðskiptalega grundvelli og viðskipti milli óskyldra aðila.
2. Viðskipti milli annars vegar lyfjainnflutnings og hins vegar annarra fyrirtækja innan samstæðu innan L&H skulu vera á sama grundvelli og viðskipti milli óskyldra aðila.
3. Lyfjaskömmun annars vegar og smásölu lyfja hins vegar er óheimilt að grípa til samstilltra aðgerða um viðskipta- og samkeppnismál.
4. Samvinnuverkefni smásölu lyfja skulu standa öðrum viðskiptavinum en fyrirtækjum innan samstæðu L&H opin óski þeir eftir því. ”

Að beiðni samrunaaðila var haldinn fundur 5. júlí 2006 þar sem samrunaaðilar gerðu nánari grein fyrir þessum skilyrðum. Eins og sjá má lutu skilyrði í tl. 1-3 að meginstefnu að tveimur mörkuðum máls þessa, þ.e. markaði fyrir skömmun lyfja og markaði fyrir innflutning og heildsölu lyfja. Óljóst er hvað felist í fjórða skilyrðinu.

Samkeppniseftirlitinu barst tillaga að viðbótarskilyrði vegna samrunans frá samrunaaðilum með tölvubréfi í lok föstudagsins 7. júlí s.l. Í bréfinu er eftirfarandi tillaga gerð að skilyrði:

„Lyfjasmásala Lyfjavers ehf. verður áfram í höndum félagsins. Öll lyfjaskömmun DAC ehf. verður færð til Lyfjavers og verður tryggður fullur rekstrarlegur aðskilnaður milli Lyfjavers ehf. annars vegar og félaga innan L&H hins vegar. ”

Við mat á þessum skilyrðum verður fyrst að hafa í huga úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001 *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði* en þar kemur fram að rétt skýring á samrunaákvæði samkeppnislaga „*leiðir til þess að einungis geta komið til álita skilyrði fyrir samruna sem eru til þess fallin að koma í veg fyrir að markaðsráðandi staða, sem hindrar virka samkeppni, verði til eða styrkist.*” Líta ber einnig til að í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 29/2001 kemur fram að „*fræðimenn hafa bent á að þar sem vandamálið felst í eðli viðkomandi markaðar nægja skilyrði oft ekki til þess að eyða þeirri samkeppnisröskun sem myndun sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu hefði í för með sér. Vísað hefur verið til þess að huga verði vandlega að þeim úrræðum sem viðeigandi er að grípa til þegar framkvæmdastjórn EB kemst að þeirri niðurstöðu að samruni skapi eða styrki sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Bent er á að þar sem það eru eðlislæg einkenni markaðarins sem gera það mögulegt að fákeppni verði til og dafni, kunna það að vera ófullnægjandi úrræði að fallast á skilyrði frá samrunaaðilum. Halda megi því fram að sé fyrirfram tilhneiging til fákeppni á markaðnum, muni það eitt geta tryggt virka samkeppni á markaðnum að viðhalda nægum fjölda*



fyrirtækja á markaðnum. Þetta gefur til kynna að afdráttarlaust bann við ráðstöfunum sem fækka keppinautum niður fyrir örugg mörk kunni að vera það úrræði sem er best viðeigandi, rökréttast og í samræmi við meðalhóf. "

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru framangreindar tillögur að skilyrðum ekki þess eðlis að unnt sé að líta svo á að tryggt verði að skilyrðin komi í veg fyrir þau samkeppnislegu vandamál sem leiða af þessum samruna. Tillögur samrunaaðila sem varða smásöllumarkaðinn fyrir lyf munu ekki tryggja samkeppnislegt sjálfstæði Lyfjavers þar sem eigendur Lyfja og heilsu munu áfram hafa yfirráð yfir því félagi. Koma tillögurnar því ekki í veg fyrir styrkingu á hinni sameiginlegu markaðsráðandi stöðu. Tillögurnar sem varða markaðinn fyrir skömmtun lyfja fyrir stofnanir hindra ekki þá röskun á samkeppni sem leiðir af yfirburðastöðu samrunaaðila á þeim markaði.

Samrunaaðilar hafa ítrekað fengið færi á að setja fram hugmyndir sínar um skilyrði til að koma í veg fyrir ógildinguna samrunans. Óhjákvæmilegt er fyrir Samkeppniseftirlitið 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.*“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 18/2001. Samkeppniseftirlitinu er því rétt að ljúka málinu í þessu horfi. Samkeppniseftirlitið fær heldur ekki séð að líklegt sé að önnur og víðtækari skilyrði dugi sem unnt hefði verið að samrýma tilgangi samrunaaðila með samrunanum. Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að ekki séu forsendur til þess að samþykkja samrunann með skilyrðum. Er samruninn því ógiltur með ákvörðun þessari.



VI.

Ákvörðunarorð:

„Samningur, dags. 8. mars 2006, um kaup DAC ehf. á öllu hlutafé Lyfjavers ehf. felur í sér samruna í skilningi 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Samruninn hindrar virka samkeppni þar sem hann leiðir til yfirburðastöðu samrunaaðila á markaði fyrir skömmtum lyfja fyrir stofnanir og leiðir til þess að sú sameiginlega markaðsráðandi staða sem Lyf og heilsa deilir með Lyfju á markaði fyrir smásölu lyfja styrkist. Með heimild í 17. gr. samkeppnislaga ógildir Samkeppniseftirlitið hér með samrunann.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson