

Föstudagur, 19. desember 2003

209. fundur samkeppnisráðs

Ákvörðun nr. 45/2003

**Erindi Lyfju hf. um endurupptöku ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 4/2001 um samruna Lyfju hf. og Lyfjabúða hf.**

**I.**

**Erindið og málsmeðferð**

**1.**

Samkeppnisstofnun barst erindi, dags. 17. október 2002, frá Jóni Sveinssyni hrl. f.h. Lyfju hf. þar sem, á grundvelli 2. tl. 1. mgr. 24. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993, er farið fram á að ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001, *Samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf.*, (hér eftir nefnd ákvörðunin) verði endurupptekin og þær kaupmarkanir sem fram koma í 4. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunarinnar felldar í burtu.

Í erindinu er vísað til fyrri bréfaskrifta Lyfju og Samkeppnisstofnunar þar sem Lyfja hafi óskað eftir því að umrætt ákvæði yrði fellt úr gildi, sbr. bréf Lyfju til Samkeppnisstofnunar þar um frá 14. nóvember 2001 og svar stofnunarinnar frá 20. nóvember 2001. Lyfja líti svo á að með sölu á þeim fimm apótekum sem nánar eru tilgreind í ákvörðuninni hafi megin skilyrði samkeppnisráðs fyrir samruna Lyfju og Lyfjabúða verið uppfyllt. Önnur skilyrði ákvörðunarinnar eigi því ekki við lengur. Í erindinu er vísað til þess sem fram hafi komið í umræddu bréfi Samkeppnisstofnunar um að kaupmarkanirnar feli m.a. í sér að Lyfju sé óheimilt að kaupa eða yfirtaka lyfjabúðir í rekstri á höfuðborgarsvæðinu nema að höfðu samráði við stofnunina. Þá sé Lyfju óheimilt að bjóða í rekstraraðstöðu í verslunarrými þar sem eigandi rýmisins setji það sem skilyrði að aðeins ein rekstrareining sé ætluð fyrir lyfjabúð eða að gera aðra samninga, sem feli í sér samkeppnishindranir að öðru leyti. Þá komi fram í bréfinu að þetta skilyrði ákvörðunarinnar sé ótímabundið og því í gildi þar til það hafi formlega verið fellt úr gildi með nýrri ákvörðun samkeppnisráðs. Að mati Lyfju sé ákvæðið mjög íþyngjandi fyrir fyrirtækið og ekki sé hægt að una við óbreytt ástand.

Í erindinu er fjallað um úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 11/2001, *Hagræði hf. gegn samkeppnisráði* þar sem felldur hafi verið úr gildi sá hluti ákvörðunarinnar sem laut að því að Lyf og heilsa hf. (áður Hagræði hf.) væri bannað að kaupa þau fimm apótek sem Lyfju var gert að selja. Þar sem ekki hefði verið annar aðili á markaðnum sem hefði yfir nægjanlegu fjármagni og þekkingu að ráða hefði

orðið úr að Lyf og heilsa keypti umræddar lyfjabúðir. Við söluna hafi markaðshlutdeild Lyfju á skilgreindum markaði minnkað úr 52–53% í 37–38% á sama tíma og hlutur Lyfja og heilsu jókst úr 27–28% í 42–43%. Minnkuð markaðshlutdeild Lyfju hafi þannig farið beint til helsta keppinautarins.

Þá er í erindinu sett fram sjónarmið Lyfju um stöðuna á markaðnum. Nýlega hafi þar bæst við þriðja lyfjabúðakeðjan og leiða megi líkur að því að hlutdeild þeirrar keðju sé orðin veruleg og staðan hafi því breyst Lyfju í óhag. Núna reki Lyfja eina af þremur lyfjabúðakeðjum á höfuðborgarsvæðinu en auk þess séu reknar fjölmargar sjálfstæðar lyfjabúðir. Þær kvaðir sem fram komi í ákvörðuninni eigi hins vegar aðeins við um Lyfju. Þar sem kauptakmarkanirnar gildi aðeins fyrir Lyfju sé samkeppnisstaða fyrirtækisins verulega skert gagnvart keppinautum þess. Þannig sé Lyfju t.d. gert ómögulegt að opna lyfjabúðir í verslunarmiðstöðvum.

Í erindinu kemur fram það mat Lyfju að umræddar kauptakmarkanir fari gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Þá hafi takmarkanirnar ekki verið skilorðsbundnar á nokkurn hátt, hvorki efnislega né í tíma. Nauðsynlegt hefði verið að kveða á um endurskoðun þeirra að einhverjum tíma liðnum frá því ákvörðunin var tekin.

Með hliðsjón af framangreindu og þá sérstaklega þeim breytingum sem orðið hafi á stöðu Lyfju á markaðnum með umræddum úrskurði áfrýjunarnefndarinnar er óskað eftir því að 4. tl. ákvörðunarorða ákvörðunarinnar um kauptakmarkanir verði tekin til endurskoðunar, sbr. 2. tl. 1. mgr. 24. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

Með bréfi, dags. 12. febrúar 2003, ítrekaði Lyfja fyrri ósk sína um að umræddum kauptakmörkunum yrði aflétt. Í bréfinu kemur fram það mat að hlutdeild Lyfja og heilsu á markaðnum væri orðin hærri en Lyfju en hið fyrrnefnda fyrirtæki hefði nýlega aukið hlutdeild sína með kaupum á starfandi lyfjabúðum.

## 2.

Í upphafi þessa árs ákvað Samkeppnisstofnun í kjölfar framangreindra bréfaskrifta og funda með forsvarsmönnum Lyfju að taka erindi fyrirtækisins til athugunar. Til að meta núverandi markaðshlutdeild apóteka var aflað upplýsinga frá Lyfju um tekjur vegna sölu á lyfjum sundurliðað eftir apótekum í eigu fyrirtækisins fyrir árin 2001 og 2002, sbr. upplýsingar sem bárust stofnuninni með tölvupósti frá Baugi, dags. 24. júní 2003. Sambærilegra upplýsinga var einnig aflað frá Lyfjum og heilsu sem bárust stofnuninni með bréfi, dags. 15. september 2003. Að því er varðar hlutdeild minnstu apótekanna var stuðst við upplýsingar frá Tryggingastofnun ríkisins um þátttöku í kostnaði vegna lyfseðilskyldra lyfja fyrir umrædd ár, sbr. upplýsingar sem bárust Samkeppnisstofnun þar um frá Tryggingastofnun með tölvupósti, dags. 12. febrúar 2003.

### 3.

Með bréfum Samkeppnisstofnunar, dags. 23. september 2003, var öllum apótekum á höfuðborgarsvæðinu gefinn kostur á að koma að athugasemdum vegna málsins ef þau óskuðu þess. Um var að ræða Árbæjarapótek ehf., Garðsapótek, Hringbrautarapótek, Laugarnesapótek ehf., Lyf og heilsu, Lyfjaval ehf., Rima Apótek ehf., Sjúkrahúsapótekið ehf. og Skipholtsapótek-Bergfell ehf.

Samkeppnisstofnun bárust athugasemdir frá Magnúsi Thoroddsen hrl. f.h. Árbæjarapóteks með bréfi, dags. 2. október 2003. Í bréfinu kemur fram að Árbæjarapótek líti svo á að tilgangur þess að Lyfju hafi verið gert að selja umrædd apótek hafi verið sá að koma í veg fyrir að fyrirtækið næði markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu sem hefði skaðleg áhrif á samkeppni og færi gegn hagsmunum neytenda. Ákvörðunin hafi verið í samræmi við markmið samkeppnislaga, sbr. 1. og 18. gr. laganna. Verði umræddum kaupatakörkunum aflétt sé viðbúið að Lyfja komist í markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu. Í því sambandi verði sérstaklega að hafa í huga efnahagslegan styrkleika Lyfju. Með vísan til alls þessa mótmælir Árbæjarapótek því að umræddu skilyrði verði aflétt af Lyfju.

Samkeppnisstofnun barst bréf frá Lyfjum og heilsu, dags. 23. september 2003. Í bréfinu kemur fram að það sé mat fyrirtækisins að það sé aðili að því máli sem hér um ræði, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 11/2001, *Hagræði hf. gegn samkeppnisráði*. Með vísan til þess fór fyrirtækið fram á að fá aðgang að öllum gögnum málsins sem ekki nytu trúnaðar svo það fengi notið andmælaréttar með vísan til 13. gr. stjórnsýslulaga. Ósk Lyfja og heilsu var ítrekuð með bréfi fyrirtækisins til Samkeppnisstofnunar, dags. 1. október 2003.

Samkeppnisstofnun sendi Lyfjum og heilsu bréf, dags. 3. nóvember 2003, þar sem fyrirtækinu var tilkynnt sú niðurstaða stofnunarinnar að það væri ekki aðili að því máli sem hér um ræðir. Fram kom einnig í bréfinu að það væri mat stofnunarinnar að umræddur úrskurður áfrýjunarnefndarinnar hefði aðeins snúist um 1. mgr. 3. tl. ákvörðunarorða ákvörðunarinnar en erindi Lyfju frá 17. október 2002 beindist aðeins að 4. tl. ákvörðunarorðanna. Með bréfinu var Lyfjum og heilsu enn gefinn kostur á að koma að athugasemdum um málið. Efnislegar athugasemdir frá Lyfjum og heilsu bárust ekki. Samkeppnisstofnun barst hins vegar bréf, dags. 11. nóvember 2003, frá Helgu M. Óttarsdóttur hdl. f.h. fyrirtækisins þar sem ítrekuð er fyrri ósk þess um aðild að málinu. Til viðbótar fyrri sjónarmiðum var einnig vísað til dóms Hæstaréttar nr. 83/2003, *Samkeppnisstofnun gegn Hf. Eimskipafélagi Íslands* þar sem fram hafi komið að almennt sé sá talinn aðili að máli sem eigi einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta. Þá kemur einnig fram í bréfinu það mat fyrirtækisins að Samkeppnisstofnun hafi játað aðild þess að málinu með bréfi sínu frá 23. september 2003.

Samkeppnisstofnun sendi framangreind bréf Árbæjarspóteks og Lyfja og heilsu til Lyfju með bréfi, dags. 12. nóvember 2003, þar sem fyrirtækinu var gefinn kostur á að koma að athugasemdum um efni þeirra. Svar barst frá Lyfju með bréfi, dags. 2. desember 2003. Í bréfinu eru fyrri sjónarmið fyrirtækisins ítrekuð og auk þess tekið fram að athugasemdir umræddra keppinauta breyti ekki þeirri niðurstöðu. Þá er það mat Lyfju að Lyf og heilsa verði ekki talin til aðila málsins og eigi því ekki rétt á því að fá aðgang að öllum gögnum málsins sem ekki njóti trúnaðar.

## II.

### Niðurstöður

Á fundi samkeppnisráðs þann 19. desember 2003, var tekin ákvörðun í máli þessu. Þátt í fundinum tóku Kirstín Þ. Flygenring, Atli Freyr Guðmundsson, Karitas Pálsdóttir, Ólafur Björnsson og Ragnheiður Bragadóttir.

### 1.

#### Forsaga málsins

Í máli þessu er óskað eftir endurupptöku á ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 um samruna Lyfju hf. og Lyfjabúða hf. Nánar tiltekið er óskað eftir því að 4. tl. ákvörðunarorðs umræddrar ákvörðunar verði felldur úr gildi. Í umræddum tl. segir:

*„Lyfju er óheimilt að kaupa eða yfirtaka apótek í rekstri á höfuðborgarsvæðinu nema að höfðu samráði við Samkeppnisstofnun. Þá er Lyfju óheimilt að bjóða í rekstraraðstöðu í verslunarrými þar sem eigandi rýmisins setur það sem skilyrði að aðeins ein rekstrareining sé ætluð fyrir lyfjabúð eða gera samninga, sem fela í sér samkeppnishindranir að öðru leyti.“*

Framangreind niðurstaða samkeppnisráðs grundvallaðist á því að þann 4. desember 2000 var undirritaður samningur um sameiningu á rekstri Lyfju og Lyfjabúða. Samkeppnisráð taldi að sameiningin fæli í sér samruna í skilningi þágildandi 18. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993. Það var mat ráðsins að samruninn myndi leiða til markaðsyferráða hins sameinaða fyrirtækis í lyfsölu á höfuðborgarsvæðinu, hann myndi draga verulega úr samkeppni og væri andstæður markmiði samkeppnislaga.

Í frumathugun Samkeppnisstofnunar vegna málsins sem kynnt hafði verið samrunaaðilum áður en ákvörðunin var tekin voru leiddar að því líkur að til þess kynni að koma að grípa þyrfti til íhlutunar samkeppnisráðs vegna samrunans til að tryggja að virk samkeppni héldist á viðkomandi markaði. Var bent á að annað hvort þyrfti að grípa til ógildingar samrunans eða setja honum skilyrði sem eyddu hinum samkeppnislegu hömlum sem hann hefði að óbreyttu í för með sér. Með

athugasemdum samrunaaðila við frumathugunina komu fram hugmyndir að skilyrðum sem hugsanlega mætti setja samrunanum til að ná markmiði samkeppnislaga. Viðræður milli samrunaaðila og samkeppnisyrvalda leiddu svo til þeirrar niðurstöðu að samrunanum voru sett ákveðin skilyrði, m.a. um þær kauptakmarkanir sem getið var um hér að framan. Viðræðurnar leiddu einnig til þess að samrunaaðilar féllust á að selja fimm apótek á því markaðssvæði sem um ræðir. Um var að ræða Apótekið Mosfellsbæ, Apótekið Smiðjuvegi 2 í Kópavogi, Apótekið Suðurströnd 2 á Seltjarnarnesi, Apótekið Firði í Hafnarfirði og Lyfju Hamraborg 11 í Kópavogi. Í ákvörðuninni var m.a. tekið fram að stefnt skyldi að því að apótekin yrðu seld í einu lagi innan tiltekinna tímamarka. Þá var það skilyrði sett að kaupandinn skyldi vera raunhæfur núverandi eða hugsanlegur keppinautur, óháður Lyfju eða félögum tengdum því fyrirtæki og hafa yfir að ráða nauðsynlegu fjármagni og þekkingu til að viðhalda og þróa eignasamstæðuna sem virkan keppinaut við starfsemi Lyfju. Var það mat samkeppnisráðs að umrædd sala á apótekum með ýmsum skilmálum sem nánar voru tilgreindir í ákvörðunarorði ákvörðunarinnar myndu nægja til að eyða þeim skaðlegu samkeppnislegu áhrifum sem samruninn hefði að óbreyttu haft í för með sér.

Fyrir samrunann var markaðshlutdeild Lyfju og Lyfjabúða hvors fyrirtækis um sig 26–27% á hinu skilgreinda markaðssvæði. Hlutdeild sameinaðs fyrirtækis hefði því orðið að óbreyttu 52–53%. Eftir sölu á þessum fimm apótekum sem áætlað var að hefðu 14–15% hlutdeild varð því hlutur sameinaða fyrirtækisins um 37–38%. Eitt af þeim skilyrðum sem sett voru fyrir samrunanum var eins og áður segir að umrædd fimm apótek yrðu ekki seld Lyf og heilsu eða félagi því tengdu. Var það gert sökum þess að sýnt þótti að ef hlutur þeirra fimm apóteka sem hið sameinaða félagi var gert að selja væri bætt við hlutdeild Lyfja og heilsu sem fyrir var með 25–27% af markaðnum yrði hlutur Lyfja og heilsu um 40–42%. Svo há markaðshlutdeild var hærri en unað var við að samrunaaðilar fengju og því var talið eðlilegt að Lyf og heilsa fengi ekki að kaupa apótekin.

Lyf og heilsa kærði framangreinda ákvörðun samkeppnisráðs til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og fór fram á að nefndin myndi ógilda ákvörðunina. Taldi Lyf og heilsa að skilyrði ákvörðunarinnar væri íþyngjandi fyrir fyrirtækið þar sem settar væru á það verulegar kvaðir, þ.e. bann við kaupum á tilteknum apótekum, án þess að því gæfist kostur á að njóta andmælaréttar samkvæmt stjórnslulögum nr. 37/1993. Niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar í málinu var sú að ákvörðunin varðaði Lyfju og heilsu sérstaklega og teldist íþyngjandi gagnvart fyrirtækinu. Því hafi verið rétt að gefa fyrirtækinu kost á að gæta hagsmuna sinna áður en ákvörðunin var tekin. Af þeim sökum var felldur úr gildi sá hluti ákvörðunarorðanna sem laut sérstaklega að Lyfjum og heilsu. Nokkru síðar náðust samningar á milli Lyfja og heilsu og Lyfju um kaup hins fyrnefnda á öllum þeim fimm apótekum sem hinum síðarnefndu var gert að selja.

## 2.

### Ákvæði stjórnáslulaga nr. 37/1993

Í 24. gr. stjórnáslulaga nr. 37/1993 er mælt fyrir um rétt aðila máls til að fá stjórnvaldsákvörðun tekna til meðferðar á ný ef:

- „1. ákvörðun hefur byggst á ófullnægjandi eða röngum upplýsingum um málsatvik, eða*
- 2. íþyngjandi ákvörðun um boð eða bann hefur byggst á atvikum sem breyst hafa verulega frá því að ákvörðun var tekin.“*

Í máli Lyfju er vísað til 2. tl. framangreinds lagaákvæðis stjórnáslulaga og færð rök fyrir því að umrædd ákvörðun samkeppnisráðs hafi byggst á atvikum sem verulega hafi breyst frá því ákvörðunin var tekin. Er það mat Lyfju að í ljósi úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi eins og fyrr segir helsta keppinauti verið gert kleift að ná með samruna hærri markaðshlutdeild en Lyfju hefði verið leyft með ákvörðuninni.

Eins og fyrr segir hefði markaðshlutdeild Lyfju að óbreyttu orðið 52–53% á skilgreindum markaði í umræddri ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001. Hlutdeildin varð hins vegar 38–39% eftir að skilyrði ákvörðunarinnar um sölu á fimm apótekum höfðu verið uppfyllt. Þannig má einnig ætla eins og áður er getið að hlutdeild Lyfja og heilsu hafi aukist sem nemur hlut hinna seldu apóteka og að markaðshlutdeild fyrirtækisins hafi eftir kaupin orðið 40–42%. Við mat á því hvort ákvörðunin hafi verið byggð á atvikum sem hafi breyst verulega frá því að hún var tekin er að mati samkeppnisráðs nauðsynlegt að taka til skoðunar hvort þeir þættir sem lagðir voru til grundvallar við mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans hafi breyst með þeim hætti að ástæða sé til að taka umrætt skilyrði í ákvörðuninni til endurskoðunar. Hér er um að ræða hvort breytingar hafi orðið á hlutdeild og stöðu fyrirtækja á þeim markaði sem var skilgreindur, efnahagslegum styrkleika, mögulegri samkeppni og aðgangshindrunum að markaðnum. Áður en lagt verður mat á þessa þætti verður gerð nánari grein fyrir sjónarmiðum og athugasemdum keppinauta.

## 3.

### Sjónarmið keppinauta

Við mat á því hvort þeir þættir sem lagðir voru til grundvallar við mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans hefðu breyst leitaði Samkeppnisstofnun eftir sjónarmiðum keppinauta Lyfju vegna þess máls sem hér um ræðir. Efnislegar athugasemdir bárust frá einu sjálfstætt starfandi apóteki á höfuðborgarsvæðinu, Árbæjarapóteki. Fyrirtækið mótmælti því að umræddum kauptakmörkunum yrði aflétt. Í máli fyrirtækisins kom fram það sjónarmið að yrði umræddum kauptakmörkunum aflétt væri viðbúið að Lyfja kæmist í markaðsráðandi stöðu á

höfuðborgarsvæðinu, sérstaklega ef höfð væri hliðsjón af efnahagslegum styrkleika fyrirtækisins.

Athugasemdir bárust einnig frá Lyfjum og heilsu sem er stærsti keppinautur Lyfju á sviði smásölu lyfja, sbr. nánari umfjöllun um markaðshlutdeild hér á eftir. Í máli fyrirtækisins voru þó ekki gerðar efnislegar athugasemdir við erindi Lyfju heldur farið fram á að aðild þess að málinu yrði viðurkennd og því gefinn kostur á að njóta andmælaréttar á grundvelli 13. gr. stjórnslulaga. Þessa kröfu sína byggðu Lyf og heilsa m.a. á niðurstöðu áður nefnds úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 11/2001. Þá vísaði fyrirtækið til dóms Hæstaréttar nr. 83/2003, *Samkeppnisstofnun gegn Hf. Eimskipafélagi Íslands* máli sínu til stuðnings þar sem fram hafi komið að almennt sé sá talinn aðili að máli sem eigi einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta. Þá kemur einnig fram í máli fyrirtækisins að Samkeppnisstofnun hafi játað aðild þess að málinu með því að gefa því kost á að tjá sig um erindi Lyfju.

Samkeppnisráð getur ekki fallist á að umræddur úrskurður áfrýjunarnefndarinnar hafi áhrif í því máli sem hér um ræðir. Úrskurðurinn laut aðeins að 1. mgr. 3. tl. ákvörðunarorðanna sem varðaði Lyf og heilsu beint og sérstaklega. Það mál sem hér um ræðir lýtur hins vegar að ósk Lyfju um að 4. tl. ákvörðunarorðanna verði tekinn til endurskoðunar. Sá hluti ákvörðunar samkeppnisráðs beindist ekki gegn Lyfjum og heilsu.

Samkvæmt 9. gr. reglna nr. 922/2001 eiga þeir, sem lögvarinna hagsmuna hafa að gæta, aðild að málum fyrir samkeppnisyfirdum. Í nefndum dómi Hæstaréttar kemur fram að aðildarhugtak í stjórnslumálum beri að skýra rúmt, þannig að ekki sé einungis átt við þá sem eiga beina aðild að máli heldur einnig þá sem óbeinna hagsmuna hafi að gæta. Bendir rétturinn á að ekki sé til einhlítur mælikvarði í þeim efnum og líta beri til hvers tilviks fyrir sig. Almennt verði sá talinn aðili að máli, sem á einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta. Þannig séu þeir, sem bera fram kærur eða kvartanir yfirleitt taldir aðilar að stjórnslumáli, enda eigi þeir slíkra hagsmuna að gæta við úrlausn þess.

Ákvörðun samkeppnisráðs mun í þessu máli ekki beinast að Lyfjum og heilsu. Það fyrirtæki hefur heldur ekki í þessu máli beint kærur til samkeppnisyfirvalda. Í máli þessu kemur til álita hvort fella eigi á brott tiltekin skilyrði sem gilda gagnvart keppinauti Lyfja og heilsu. Auk Lyfju og Lyfja og heilsu starfa á markaðnum 7 önnur fyrirtæki, sbr. nánari umfjöllun í tl. 5.1. hér á eftir. Þegar litið er til atvika málsins fæst ekki séð að Lyf og heilsa eigi einstaklegra hagsmuna að gæta í þessu máli umfram aðra sem starfa á markaðnum. Lyf og heilsa er því ekki aðili þessa máls. Engu breytir í því samhengi þó Samkeppnisstofnun hafi leitað eftir viðhorfum keppinauta Lyfju. Slík ósk um upplýsingar veitir ekki viðtakanda stöðu aðila í stjórnslumáli.

#### 4.

##### Skilgreining markaðarins

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 var komist að þeirri niðurstöðu að vöru- og þjónustumarkaðurinn væri smásala á lyfjum sem að meginstefnu færi fram í lyfjabúðum sem í daglegu tali eru nefnd apótek.<sup>1</sup> Ekki var talin sérstök ástæða til að greina á milli mismunandi rekstrarforma lyfjabúða, s.s. hvort um væri að ræða almenn apótek, lyfjaútibú eða lyfsölur lækna. Þó var ekki talið að svokölluð sjúkrahúsapótek störfuðu á sama markaði og lyfjabúðir nema að takmörkuðu leyti.

Þá var ekki talin ástæða til að skipta markaðnum upp eftir eðli lyfja, s.s. hvort um væri að ræða sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum sem eingöngu eru afhent gegn framvísun lyfseðils frá lækni eða sölu á lausasölulyfjum sem eru öll lyf sem hægt er að kaupa án lyfseðils enda samanstæði framboð lyfjabúða almennt af hvorutveggja. Samkeppnisráð gat þó ekki fallist á að sala lyfjabúða á svokölluðum S-merktum lyfjum væri hluti af markaðnum þar sem um er að ræða lyf sem aðallega væru til notkunar á deildum sjúkrahúsa eða í tengslum við sjúkrahúsmeðferð undir handleiðslu lækna eða annarra sérfræðinga.

Í ákvörðuninni var komist að þeirri niðurstöðu að markaðurinn fyrir smásölu á lyfjum væri að öllu jöfnu staðbundinn markaður þar sem nálægð kaupanda við seljanda væri nauðsynleg, t.a.m. vegna þess að flutningur á lyfjum milli landshluta væri háður ýmsum takmörkunum. Að mati samkeppnisráðs var sá landfræðilegi markaður sem líta bæri til í málinu höfuðborgarsvæðið, þ.e. Reykjavík og nágrannasveitarfélög.<sup>2</sup> Kom það til vegna þess að af þeim tíu apótekum sem Lyfjabúðir ráku var aðeins eitt utan höfuðborgarsvæðisins. Þá störfuðu flestar af verslunum Lyfju einnig á höfuðborgarsvæðinu. Þá voru sveitarfélög þar sem bæði voru reknar lyfjabúðir undir merkjum Lyfju og Lyfjabúða eingöngu á höfuðborgarsvæðinu. Jafnframt stafaði um 95% af lyfjaveltu apóteka í eigu samrunaaðila einnig af tekjum apóteka á því svæði.

Þrátt fyrir þessa niðurstöðu þótti ljóst að ákveðinn hluti lyfjakaupa þeirra sem búa á landsbyggðinni færi fram á höfuðborgarsvæðinu. Að mati samkeppnisráðs skýrðist það þó aðallega af því að íbúar þar þyrftu að sækja lækniþjónustu til höfuðborgarsvæðisins. Einhver hluti viðskiptanna kynni þó að skýrast af því að verðlag á lyfjum væri lægra á höfuðborgarsvæðinu. Viðskiptin væru þó ekki gagnkvæm, þ.e. íbúar á landsbyggðinni beindu viðskiptum til höfuðborgarsvæðisins

---

<sup>1</sup> Í 5. gr. lyfjalaga nr. 93/1994 segir að lyf sé hvers konar efni eða efnasamsetningar sem ætlaðar eru til lækningar, fróunar eða varnar gegn sjúkdómum eða sjúkdómseinkennum í mönnum eða dýrum. Enn fremur teljist hvers konar efni eða efnasamsetningar lyf ef þau koma í eða á líkama manna eða dýra og eru notuð til að greina sjúkdóma, laga eða breyta líffærastarfsemi manna eða dýra eða færa hana í rétt horf.

<sup>2</sup> Samkvæmt skilgreiningu Hagstofu Íslands eru sveitarfélög á höfuðborgarsvæðinu Reykjavík, Seltjarnarnes, Kópavogur, Hafnarfjörður, Garðabær, Bessastaðahreppur, Mosfellsbær og Kjósarhreppur.



en íbúar þar keyptu ekki lyf úti á landi. Því var ekki hægt að fallast á að apótek utan höfuðborgarsvæðisins væru hluti af landfræðilega markaðnum.

Að mati samkeppnisráðs hafa aðstæður á markaðnum fyrir smásölu á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu ekki breyst með þeim hætti að ástæða sé til að breyta þeirri skilgreiningu sem sett var fram í ákvörðuninni. Þó er ljóst að lyfjabúðum Lyfju á landsbyggðinni hefur fjölgað frá því ákvörðunin var tekin og vægi lyfsölu fyrirtækisins þar því aukist talsvert. Það mál sem hér um ræðir snýst þó aðeins um skilyrði í ákvörðuninni sem lýtur að kaupakmörkunum á þeim landfræðilega markaði sem þar var skilgreindur, þ.e. höfuðborgarsvæðinu. Af þeim sökum verður því stuðst við sömu skilgreiningu í þessu máli og áður.

## 5.

### **Breytingar á samkeppnislegum áhrifum á markaðnum**

Við mat á því hvort ákvörðunin hafi verið byggð á atvikum sem hafi breyst verulega frá því að hún var tekin er að mati samkeppnisráðs nauðsynlegt að taka til skoðunar hvort þeir þættir sem lagðir voru til grundvallar við mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans hafi breyst með þeim hætti að ákvörðunin verði endurskoðuð. Eins og getið var um hér að framan var það mat samkeppnisráðs að samruni Lyfju og Lyfjabúða hefði að óbreyttu leitt til markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði og skaðlegra áhrifa á samkeppni. Sú niðurstaða var m.a. byggð á:

- Áætlaðri markaðshlutdeild sameinaðs fyrirtækis.
- Stöðu keppinauta og efnahagslegs styrks þeirra.
- Mögulegri samkeppni og aðgangshindrunum að markaðnum.
- Kaupendastyrk.

#### 5.1. Markaðshlutdeild

Hér að framan var þess getið að markaðshlutdeild Lyfju og Lyfjabúða fyrir samrunann hafi verið 26–27% hjá hvoru fyrirtæki. Hlutur Lyfja og heilsu hafi verið svipaður en hlutur annarra fyrirtækja verið minni.

Til að meta núverandi markaðshlutdeild lyfjabúða aflaði Samkeppnisstofnun upplýsinga frá Lyfju og Lyfjum og heilsu um tekjur þeirra vegna sölu á lyfjum sundurliðað eftir einstökum apótekum fyrir árin 2001 og 2002. Við mat á hlutdeild annarra smærri apóteka var stuðst við upplýsingar sem aflað var frá Tryggingastofnun ríkisins um þátttöku stofnunarinnar í lyfjakostnaði skipt niður á einstakar lyfjabúðir. Samkeppnisstofnun aflaði sambærilegra upplýsinga frá Tryggingastofnun í tengslum við athugun á samrunanum og kom í ljós að hlutdeild apóteka samkvæmt þeirri nálgun var sambærileg og hlutdeild þegar miðað var við veltutölur apótekanna. Hér verður því látið nægja að styðjast við upplýsingar Tryggingarstofnunar við mat á markaðshlutdeild minnstu apótekanna. Samkvæmt framangreindum upplýsingum er það mat samkeppnisráðs að núverandi markaðshlutdeild Lyfju á höfuðborgarsvæðinu

sé um 40–45% en fyrirtækið starfrækir þar nú 11 apótek. Af þeim eru tvö sem hafa verið opnuð eftir að ákvörðun samkeppnisráðs var tekin, þ.e. í verslunarmiðstöðinni Smáralind í Kópavogi<sup>3</sup> auk Lyfju í Grafarvogi<sup>4</sup> (áður Grafarvogsapótek). Hlutdeild Lyfju og heilsu er um 35–40% en fyrirtækið rekur um 18 apótek á höfuðborgarsvæðinu. Frá þeim tíma sem ákvörðunin var tekin hefur apótekum Lyfju og heilsu fjölgað um átta, þar af eru fjögur sem fyrirtækið keypti af Lyfju í kjölfar ákvörðunar samkeppnisráðs.<sup>5</sup> Þar fyrir utan hafa Lyf og heilsa yfirtekið rekstur tveggja apóteka, Nesapóteks á Seltjarnarnesi, og opnað tvö ný í verslunum Nóatúns á Hringbraut og í Nóatúni í Reykjavík. Hlutur annarra apóteka sem talin voru upp í tl. I.3 hér að framan er um 15–20%. Um er að ræða Sjúkrahúsapótek og sex svokölluð sjálfstætt starfandi apótek. Þegar ákvörðun samkeppnisráðs var tekin var fjöldi sjálfstætt starfandi apóteka hins vegar níu. Af þeim hafa þrjú hætt starfsemi eða rekstur þeirra verið yfirtekinn af tveimur framangreindum lyfjabúðakeðjum. Eitt sjálfstætt starfandi apótek hefur þó verið opnað á tímabilinu, Lyfjaval í Mjódd í Reykjavík.

## 5.2. Aðrir áhrifaþættir

Í ákvörðuninni var komist að þeirri niðurstöðu að hið nýja fyrirtæki myndi hafa mikla yfirburði yfir aðra keppinauta að því er varðar rekstrarlega og fjárhagslega stöðu en samanlagðar tekjur Lyfju og Lyfjabúða voru um tvöfalt hærri en þess keppinautar sem næst myndi koma nýja fyrirtækinu að stærð og um tuttugu til þrjátíu sinnum hærri en velta annarra keppinauta. Þá var það talið styrkja stöðu hins nýja félags ennfrekar að það yrði í meirihlutaeigu Baugs hf. en það fyrirtæki var og er ennþá stærsta fyrirtæki á sviði smásöluverslunar hér á landi og hefur aukið umsvif sín verulega frá því ákvörðunin var tekin. Í því samhengi má geta þess að velta Baugs Group hf. fyrir árið 2002 nam tæplega 52 milljörðum króna og þar af var hagnaður um 7,4 milljarðar. Eigið fé í árslok 2002 nam rúmlega 17 milljörðum króna. Eiginfjárhlutfall var þá um 37%.

Í ákvörðuninni kom fram að ýmsar lagalegar hindranir gætu verið fólgnar í því að hefja rekstur lyfjabúðar. Umsókn um leyfi til lyfsölu væri háð leyfi sveitastjórnar á hverjum stað og sá möguleiki væri fyrir hendi að stuðst væri við íbúafjölda að baki hverri lyfjabúð. Samrunaaðilar bentu á það í máli sínu þegar ákvörðunin var tekin að frá árinu 1996 þegar komið var á frjálstræði í lyfsölu með gildistöku nýrra lyfjalaga hefðu mörg ný apótek náð að hasla sér völl á markaðnum, þ. á m. samrunaaðilar. Það var hins vegar mat samkeppnisráðs að möguleikar nýrra keppinauta væri ekki þeir sömu og rétt eftir að frelsi í lyfsölu var komið á. Markaðurinn væri orðinn mettur í flestum grónari hverfum og að möguleikar væru fyrst og fremst fólgnir í því að fá

<sup>3</sup> Ákvörðun Lyfju um rekstur apóteks í Smáralind var tekin áður en fyrirtækinu voru sett þau skilyrði sem ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 fól í sér. Skilyrðin höfðu því ekki áhrif á opnun þess apóteks.

<sup>4</sup> Lyfja keypti Grafarvogsapótek í samræmi við heimild Samkeppnisstofnunar, dags. 6. nóvember 2003.

<sup>5</sup> Apótekin voru fimm en einu af þeim, á Suðurströnd á Seltjarnarnesi, hefur verið lokað.

úthlutað lóðum í nýjum hverfum og/eða rými í nýjum verslunarmiðstöðvum. Að mati samkeppnisráðs hafa þessir þættir ekki breyst með afgerandi hætti frá því ákvörðunin var tekin.

### 5.3. Niðurstaða

Ljóst er af framansögðu að aðstæður á skilgreindum markaði hafa helst breyst að því leytinu til að tvær lyfsölukeðjur deila með sér bróðurparti markaðarins en hlutur hvorrar keðju er um 35–45%. Hlutur annarra apóteka sem eru 7 talsins er um 15–20%. Ljóst er að eftir sölu Lyfju á þeim fimm apótekum sem um ræðir lækkaði hlutdeild fyrirtækisins á markaðnum talsvert og að sama skapi jókst hlutur Lyfja og heilsu. Þegar hlutdeild fyrirtækjanna fyrir árið 2002 er skoðuð kemur hins vegar í ljós að Lyfja hefur aukið sinn hlut talsvert. Við mat á styrk Lyfju á markaðnum er það einnig mat samkeppnisráðs að líta beri til efnahagslegs styrkleika Baugs sem rakinn hefur verið hér að framan. Að mati ráðsins veitir þessi styrkur ásamt hárra markaðshlutdeild Lyfju ótvírætt forskot á markaðnum gagnvart helsta keppinauti sínum, Lyfjum og heilsu, sem og öðrum keppinautum á markaðnum. Þá verður að mati samkeppnisráðs ekki horft fram hjá því að apótekum Lyfju á öðrum markaðssvæðum hér á landi hefur fjölgað mikið en fyrirtækið hefur á undanförunum þremur árum yfirtekið sex starfandi apótek á landsbyggðinni.

Í ljósi framangreinds er það mat samkeppnisráðs að ekki séu tilefni til endurupptöku á 4. tl. ákvörðunarorða ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 4/2001. Að mati ráðsins þykir þó rétt að þessi niðurstaða verði endurskoðuð eigi síðar en í árslok 2004.

## IV.

### Ákvörðunarorð:

**„Samkeppnisráð hafnar beiðni Lyfju hf. um að ákvörðun ráðsins nr. 4/2001 verði endurupptekin.**

**Samkeppnisráð mun fyrir 31. desember 2004 taka afstöðu til þess á ný hvort breyttar forsendur gefi tilefni til að ákvæði 4. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunar ráðsins nr. 4/2001 verði felld úr gildi.“**