

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 6/2006

DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og

Lyf og heilsa ehf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila.

Með bréfi, dags. 8. ágúst 2006, hafa DAC ehf. og Lyfjaver ehf. kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006, sem tekin var 11. júlí 2006. Með bréfi, dags. sama dag, hafa Lyf og heilsa ehf. kært sömu ákvörðun. Í hinni kærðu ákvörðun, komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að samningur um kaup DAC ehf. á öllu hlutafé Lyfjavers ehf. fæli í sér samruna í skilningi 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 sem hindraði virka samkeppni. Með heimild í 17. gr. samkeppnislaga ógilti Samkeppniseftirlitið samrunann.

Af hálfu DAC ehf og Lyfjavers ehf. er þess aðallega krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara er þess krafist að samningurinn verði samþykktur með eftirfarandi skilyrðum:

1. Viðskipti milli annars vegar lyfjaskömmtunar og hins vegar annarra fyrirtækja innan samstæðu L&H eignarhaldsfélags ehf. skulu vera á sama viðskiptalega grundvelli og viðskipti milli óskyldra aðila.
2. Lyfjaskömmtun annars vegar og smásölu lyfja hins vegar er óheimilt að hafa með sér samvinnu eða grípa til samstilltra aðgerða um viðskipta- og samkeppnismál.
3. Lyfjasmásala Lyfjavers ehf. verður áfram í höndum félagsins. Öll lyfjaskömmtun DAC ehf. verður færð til Lyfjavers og verður tryggður fullur rekstarlegur og stjórnunarlegur aðskilnaður milli Lyfjavers ehf. annars vegar og félaga innan samstæðu L&H eignarhaldsfélags ehf. hins vegar.

Af hálfu Lyfja og heilsu ehf. er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði ógilt.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist, hvað varðar kæru DAC ehf. og Lyfjavers ehf., að ákvörðunin verði staðfest með vísan til forsendna hennar. Hvað varðar kæru Lyfja og heilsu ehf. krefst Samkeppniseftirlitið þess aðallega að kröfu áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála en til vara að henni verði hafnað.

II.

Helstu málavextir.

Með bréfi, dags. 16. mars 2006, var Samkeppniseftirlitinu tilkynnt um að skilyrt kauptilboð DAC ehf. (DAC) í allt hlutafé Lyfjavers ehf. (Lyfjaver) hefði verið samþykkt þann 8. sama mánaðar. Bréfinu fylgdi samrunatilkynning, sbr. reglur nr. 881/2005 um tilkynningu samruna. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. apríl 2006, var samrunaaðilum tilkynnt að eftirlitið teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 4. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Að lokinni athugun á samkeppnislegum áhrifum samrunans var samrunaaðilum sent andmælaskjal, dags. 9. júní 2006, ásamt gagnalista. Barst Samkeppniseftirlitinu greinargerð

samrunaaðila hinn 23. sama mánaðar. Þá voru að ósk samrunaaðila haldnir fundir með Samkeppniseftirlitinu vegna málsins. Ennfremur bárust Samkeppniseftirlitinu, tillögur samrunaaðila að mögulegum skilyrðum vegna samrunans.

Málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins, er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir. Hinn 11. júlí 2006 var ákvörðun tekin í málinu. Ákvörðunarorð Samkeppniseftirlitsins hljóða svo:

„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 skömmtun 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.“

Mál þetta var flutt skriflega og munnlega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 15. september 2006. Á fundi sem haldinn var 6. október 2006 reifuðu málsaðilar helstu sjónarmið sín fyrir nefndinni.

III.

Helstu röksemdir málsaðila.

1. Röksemdir Lyfja og heilsu ehf.

Af hálfu áfrýjanda er vísað til þess að Samkeppniseftirlitið hafi í hinni kærðu ákvörðun komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi væri í markaðsráðandi stöðu með Lyfju ehf. án þess að honum hafi verið gefinn kostur á að koma sjónarmiðum sínum á framfæri. Þótt áfrýjandi eigi ekki beina aðild að samrunamálinu þá teljist hann aðili máls í skilingi stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Ákvörðunin sé verulega íþyngjandi fyrir hann og skyldur

lagðar á hann. Hafi samkeppnisyfirvöldum því borið að gæta andmælaréttar gagnvart honum.

Áfrýjandi bendir á að hvert einkahluta- og hlutafélag sé samkvæmt íslenskum rétti ávallt sjálfstæður lögaðili með lagalegt og fjárhagslegt sjálfstæði. Stjórnvald geti ekki ákvarðað á neinn hátt um stöðu félags á grundvelli þess að mál varði systurfélag þess sem sé til meðferðar hjá því. Jafnvel þótt áfrýjandi tengist aðila samrunamálsins, þ.e. DAC ehf., sem systurfélag þá hafi sjónarmið hans ekki komist að í málinu.

2. *Röksemdir Samkeppniseftirlitsins vegna kæru Lyfja og heilsu ehf.*

Samkeppniseftirlitið krefst þess aðallega að kröfu áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Samkvæmt 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga, sbr. 1. mgr. 26. gr. stjórnsýslulaga, geti aðili máls kært ákvörðun stofnunarinnar til nefndarinnar. Áfrýjandi sé ekki aðili að stjórnsýslumáli því sem stofnunin hafi lokið með ákvörðun um að ógilda samruna DAC og Lyfjavers.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að með ákvörðun eftirlitsins hafi samruni DAC og Lyfjavers verið ógiltur. Ákvörðunin beinist ekki að samruna áfrýjanda og Lyfjavers enda hafi samruni þeirra félaga hvorki verið tilkynntur né um hann verið tekin ákvörðun. Skipti engu þótt ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sé reist á því að DAC og áfrýjandi tilheyri sömu fyrirtækjasamstæðu, sbr. 3. tölulið 1. mgr. 4. gr. laganna, og samruninn styrki sameiginlega markaðsráðandi stöðu áfrýjanda og Lyfju á markaðinum fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu. Telur eftirlitið að áfrýjandi hafi enga beina hagsmuni af ákvörðun í málinu.

Samkeppniseftirlitið bendir á að með ákvörðuninni um að ógilda samruna DAC og Lyfjavers hafi ekki verið lagðar skyldur á áfrýjanda. Skipti engu máli í því sambandi þótt eftirlitið hafi komist að þeirri niðurstöðu að hann væri í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu með Lyfju.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að áfrýjandi og DAC séu hluti af sömu fyrirtækjasamstæðu og einni efnahagslegri einingu. Sé áfrýjandi því ekki sjálfstætt fyrirtæki í skilningi samkeppnisréttar. Samkvæmt því hafi áfrýjandi ekki sjálfstæða lögvarða hagsmuni af ákvörðun í málinu. Hagsmunir hans séu hinir sömu og fulltrúi samstæðunnar, DAC, hafi gætt í málinu.

Verði talið að áfrýjandi hafi lögvarða hagsmuni af ákvörðun Samkeppniseftirlits um samruna DAC og Lyfjavers og að skylt hafi verið að leita eftir sjónarmiðum hans áður en ákvörðunin var tekin telur Samkeppniseftirlitið að líta verði til þess að DAC og áfrýjandi séu hluti af sömu fyrirtækjasamstæðu í skilningi samkeppnislaga og ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnisréttar. Teljist hagsmunir einstakra fyrirtækja innan samstæðunnar til hagsmuna samstæðunnar sem slíkrar. Fari það fyrirtæki sem sé aðili að samrunanum og tilkynni um hann með fyrirvar fyrir umrædda hagsmuni, þ.e. í þessu tilfalli DAC. Af gögnum málsins verði ráðið að DAC hafi verið falið að gera grein fyrir afstöðu áfrýjanda í málinu, en athugasemdir lögmanns samrunaaðila, dags. 13. júní 2006, lúti fyrst og fremst að starfsemi áfrýjanda. Þá hafi þær tillögur sem lagðar hafi verið fram um skilyrði fyrir samrunanum lotið meðal annars að smásölu lyfja á vegum áfrýjanda og því bundið hann með beinum hætti. Samkeppniseftirlitið bendir á að því sé ekki haldið fram í kærnu að sjónarmið áfrýjanda hafi ekki legið fyrir í málinu. Telur eftirlitið því ekki þörf á að leita sjónarmiða hans, sbr. 13. gr. stjórnslulaga.

3. *Röksemdir DAC ehf. og Lyfjavers ehf.*

3.1. Ágallar á málsmeðferð.

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að Samkeppniseftirlitið hafi vanrækt leiðbeiningarskyldu sína og brotið gegn 7. gr. stjórnslulaga, með því að upplýsa þá ekki um hvaða skilyrði gætu komið til greina eða hvort eftirlitið teldi það vera útilokað með öllu að einhver skilyrði gætu leyst skaðleg áhrif samrunans. Með hliðsjón af markmiði samkeppnislaga að efla virka samkeppni hljóti Samkeppniseftirlitið að búa yfir nægilegri

þekkingu á markaðnum til þess að geta veitt aðilum fullnægjandi upplýsingar um hvernig það telji að hægt sé að takmarka skaðleg áhrif samruna. Vísa áfrýjendur til þess að þegar eldri ákvarðanir samkeppnisyfirvalda séu skoðaðar þá sé ljóst að samkeppnisyfirvöld hafi samþykkt samruna með ákveðnum skilyrðum á grundvelli „viðræðna“ við samrunaaðila. Verði því ekki hjá því komist að líta svo á að Samkeppniseftirlitið hafi einnig brotið gegn 11. gr. stjórnsýslulaga. Þá telja áfrýjendur að málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins fari í bága við meðalhófsregluna, þar sem eftirlitinu hafi borið að vekja athygli aðila á þeim skilyrðum sem til greina kæmu og þá hvernig unnt væri að taka ákvörðun í málinu án þess að ógilda samrunann.

Af hálfu áfrýjenda er bent á að samrunaaðilum hafi verið afhent andmælaskjal eftirlitsins, dags. 9. júní 2006 og veittur frestur til 23. sama mánaðar til þess að koma að athugasemdum. Áfrýjendur hafi bent á verulega annmarka á rannsókn eftirlitsins, þá einna helst varðandi mat eftirlitsins á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Þrátt fyrir það hafi Samkeppniseftirlitið ekki aflað neinna gagna sem lagfært gætu þá annmarka. Telja áfrýjendur að eftirlitið hafi með því brotið rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga.

Af hálfu áfrýjenda eru gerðar athugasemdir við opinbera birtingu ákvörðunarinnar. Lögmanni samrunaaðila hafi borist ákvörðunin rétt fyrir klukkan fimm þann 11. júlí 2006 en Samkeppniseftirlitið hafi gefið út fréttatilkynningu vegna ákvörðunarinnar skömmu síðar. Hafi ákvörðunin verið birt opinberlega jafnvel þótt fulltrúum Samkeppniseftirlitsins hafi verið bent á það að ekki hafi verið allar viðeigandi upplýsingar í því eintaki sem afhent var fulltrúa samrunaaðila. Telja áfrýjendur sig ekki njóta sannmælis á við aðra í sambærilegum málum.

3.2. Skilgreiningar markaða.

3.2.1. Markaður fyrir skömmtun lyfja.

Áfrýjendur telja að skilgreina skuli skömmtunarmarkaðinn með þeim hætti að hann taki bæði til hand- og vélskömmtunar lyfja óháð viðskiptavinum. Samkeppniseftirlitið hafi hins vegar talið vélskömmtun fyrir heilbrigðisstofnanir aðskilinn markað og að ekki væri

staðganga milli vélskömmtunar og handskömmtunar. Þá hafi skömmtun til einstaklinga verið talin hluti af smásölumarkaðnum. Áfrýjendur vísa til þess að þegar metið sé hvort staðganga sé á milli tveggja þjónustubátta þurfi að skoða og meta markaðinn heildstætt. Hér sé þjónustan sú sama, þ.e. að skammta lyf fyrir viðskiptavininn.

Áfrýjendur gera ennfremur athugasemd við hvernig skömmtunarmarkaðnum sé skipt milli almennra neytenda og heilbrigðisstofnana. Ef unnt sé að skipta markaðnum með þessum hætti þá verði skömmtun fyrir heilbrigðisstofnanir að fylgja heildsölunni líkt og hún tengist smásölunni fyrir neytendur, enda séu lyf í flestum tilfellum keypt með vélskömmtun fyrir stofnanir líkt og gildi um einstaklinga sem kaupi skömmtunarþjónustu í lyfjabúðum.

3.2.2. Markaður fyrir smásölu lyfja.

Áfrýjendur mótmæla þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að S-merkt lyf falli ekki undir smásölumarkaðinn. Ekki hafi verið tekið tillit til ábendinga áfrýjanda þess efnis að þrátt fyrir fyrirmæli laga um flokkun lyfja í S-merkt lyf þá væri greining lyfja í S-merkt lyf ekki alltaf með þeim hætti sem lög áskildu. Ef staðfest verði að líta beri á sölu á S-merktum lyfjum sem sérstakan markað telja áfrýjendur að draga beri frá veltu samrunaaðila vegna sölu á þeim lyfjum áður en hlutdeild þeirra á markaði sé metin.

Áfrýjendur mótmæla þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að lyfjaskömmtun fyrir einstaklinga sé hluti af markaði fyrir smásölu og sala á óskömmtuðum lyfjum til heilbrigðisstofnana sé einnig smásala. Vísa þeir til þess að hugtakið smásala útiloki að sala á lyfjum til heilbrigðisstofnana geti fallið undir markaðinn fyrir smásölu lyfja. Heilbrigðisstofnanir séu ekki neytendur og þær kaupi ekki lyf í litlum skömmtum.

Áfrýjendur telja landfræðilegan markað smásölu fyrir lyf of þröngt skilgreindan. Skilgreina beri markaðinn sem allt Ísland, enda hafi pósthverslun með lyf tíðkast og ljóst sé að stór hluti landsmanna kaupi lyf annars staðar en í sinni heimabyggð.

3.3. Mat á áhrifum samrunans.

Áfrýjendur telja Samkeppniseftirlitið ekki hafa lagt fram fullnægjandi gögn sem sanni að samruninn muni hafa skaðleg áhrif á markað fyrir skömmtnun eða smásölu lyfja. Gera áfrýjendur athugasemd við notkun HHI stuðulsins. Þótt slíkur stuðull komi hugsanlega að notum við samrunaefirlit í Bandaríkjunum eða innan EB, þá séu þau hagkerfi augljóslega miklu stærri og svo eðlisólík því íslenska að notkun stuðulsins komi ekki að neinu gagni við samrunaefirlit á Íslandi. Samrunar í litlum hagkerfum muni nánast alltaf fara yfir þann þröskuld sem HHI stuðullinn setji skaðlegum samrunum án þess þó að hann styrki markaðsráðandi stöðu eða skapi slíka stöðu.

3.3.1. Markaður fyrir lyfjaskömmtnun.

Áfrýjendur telja þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að samruninn leiði til yfirburðastöðu á markaði fyrir lyfjaskömmtnun ekki standast. Skilgreining eftirlitsins hafi verið það miklum annmörkum háð að útilokað sé að leggja mat á væntanlega markaðsstöðu fyrirtækjanna. Skömmtnunarmarkaðurinn sé þess eðlis að önnur lögmál gildi en á samkeppnishæfum mörkuðum. Skömmtnunarfyrirtæki verði að uppfylla strangar öryggiskröfur sem sé mjög dýrt að fullnægja. Þá sé tækjabúnaður og viðhald þeirra mjög kostnaðarsamt og launakostnaður nokkuð hár miðað við veltu.

Áfrýjendur telja að þegar fjallað sé um markaðshlutdeild fyrirtækjanna virðist sem misskilnings gæti hjá Samkeppniseftirlitinu en þar segi að Lyf og heilsa séu með 5-10% markaðshlutdeild. Fyrir það fyrsta þá sé það DAC ehf. sem selji skömmtnunarþjónustu og sé aðili að máli þessu en ekki Lyf og heilsa. [...] ¹ Smæð hins íslenska markaðar í þessu sambandi útiloki tilvist margra aðila á markaði fyrir skömmtnun.

Áfrýjendur telja Samkeppniseftirlitið ekki hafa rannsakað málið hvað varðar kaupendastyrk á markaðnum, en eftirlitið hafi komist að því að hann sé ekki þess eðlis að það hafi einhver áhrif á stöðu áfrýjenda. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins vegna markaðar fyrir lyfjaskömmtnun sé í alla staði illa rökstudd og eftirlitið hafi ekki rannsakað

¹ Trúnaðarmál.

eitt einasta atriði sem það leggi til grundvallar heldur byggi allt sitt mál á eigin túlkunum án nokkurrar sönnunar.

3.3.2. Markaður fyrir smásölu lyfja.

Áfrýjendur telja sig hafa fært rök fyrir því að markaðurinn fyrir smásölu lyfja sé ekki gagnsær. Þótt hámarksverð sé opinbert þá sé það ekki það verð sem lyfjaverslanir bjóði upp á og lyfjakeðjurnar geti hagað afsláttarstefnu sinni með þeim hætti að útlokað sé fyrir keppinauta að komast að henni. Það sé lykilatriði varðandi gagnsæi markaðar hvort upplýsingar um verð séu aðgengilegar viðskiptavinum. Samkeppniseftirlitið byggi niðurstöðu sínar ekki á neinum rannsóknum á markaðnum eða eðli hans.

Áfrýjendur mótmæla þeirri niðurstöðu að vörur á markaði fyrir smásölu lyfja séu einsleitar. Samkeppniseftirlitið byggi hana á því að úrval lyfja sé lítið í samanburði við Norðurlöndin og að lyfjaframboð hér á landi samanstandi frekar af frumlyfjum en samheitalyfjum. Þá sé því fram haldið að Lyfja og Lyf og heilsa bjóði upp á sömu lyfin sem að miklum hluta til séu keypt af sömu heildsölum. Áfrýjandi telur að ekki verði séð að eftirlitið hafi rannsakað málið með nokkrum hætti, óljóst sé hvaða gögnum eftirlitið byggi fullyrðingar sínar á enda sé ekki vísað til neinna rannsókna í ákvörðun eftirlitsins.

Áfrýjendur benda á að til þess að unnt sé að greina hvort fyrirtæki hafi hvata til þess að keppa ekki við aðra aðila á markaði sé lykilatriði að það hafi verið rannsakað hvort markaðurinn sé nægilega gagnsær til þess að keppinautar geti fylgst með verðstefnu hvors annars. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins á gagnsæi markaðar fyrir smásölu lyfja og mat á einsleitni vöruframboðs sé hins vegar slíkum annmörkum háð að hún geti ekki verið grundvöllur að niðurstöðu um markaðsstyrk samrunaaðila. Þegar rannsakað sé hvort sameiginleg markaðsráðandi staða sé til staðar þá verði að skoða hvort frávikum frá hinni samhæfðu markaðsstefnu hafi verið mætt með hefndaraðgerðum af hálfu annarra keppinauta sem séu handhafar hinnar sameiginlegu markaðsráðandi stöðu, það nægi ekki að staðreyna aðeins hvort fyrirtæki hafi hvata til þess að samhæfa markaðsstefnu sína. Þrátt fyrir að Samkeppniseftirlitið haldi því fram að Lyfja og Lyf og heilsa séu

sameiginlega markaðsráðandi þá hafi það ekki rannsakað verðstefnu fyrirtækjanna hingað til og hvernig hún hafi þróast í gegnum tíðina.

Þá vísa áfrýjendur til þess að þótt Samkeppniseftirlitið haldi því fram að það beri aðeins að líta til markaðar fyrir smásölu lyfja þá sé staðreyndin sú að samkeppni milli Lyfja og heilsu og Lyfju felist í sölu á allri þeirri þjónustu og þeim vörum sem verslanirnar bjóði upp á, einnig hvort fyrirtækin leitist við að skapa sér sérstöðu s.s. í staðsetningum, ímynd, útliti og markaðsaðgerðum. Þess vegna beri að skoða þjónustu þeirra í heild þegar metið sé hvort hvati sé til þess að keppa og þá sjáist skýrlega að fyrirtækin leiti nýrra leiða til þess að vera betri en keppinauturinn sem sýni og sanni að hagsmunir þeirra liggja frekar í því að keppa en stunda samhæfða markaðstefnu. Áfrýjendur telja þá fullyrðingu Samkeppniseftirlitsins að það sé nú þegar þögnul samhæfing milli Lyfja og heilsu og Lyfju ósannaða, enda setta fram án þess að byggt sé á gögnum.

Áfrýjendur telja að breytingar hafi átt sér stað á markaðinum á síðustu 10-15 árum, aukið vöruúrval, bætt þjónusta, þ.m.t. lyfjaskömmun og heimsending lyfja, frjálssari opnunartími o.s.frv.

Áfrýjendur telja kostnaðaruppbyggingu Lyfja og heilsu og Lyfju nokkuð ólíka og þurfi ekki annað en að skoða stærð og uppbyggingu verslana lyfjabúðanna á höfuðborgarsvæðinu til þess að sjá það. Verslanir Lyfja og heilsu séu reknar á öðrum grundvelli og öðrum forsendum en verslanir Lyfju. Lyf og heilsa sé með fleiri verslanir á höfuðborgarsvæðinu en Lyfja en þær séu þó hins vegar almennt minni. Því fari fjarri að um lítilsháttar mun sé að ræða eins og Samkeppniseftirlitið haldi fram, en ekki nægi að benda á hagfræðileg rök því til stuðnings.

Áfrýjendur mótmæla þeirri niðurstöðu að á markaði fyrir smásölu lyfja hafi átt sér stað mikil samþjöppun á höfuðborgarsvæðinu. Samkeppniseftirlitið grundvalli niðurstöðuna á greiningu á fjölda fyrirtækja og markaðshlutdeild þeirra árið 1999 og 2000 annars vegar og árið 2005 hins vegar. Þegar betur sé að gáð þá sé hin meinta samþjöppun óveruleg. Lyfja hafi tekið yfir Lyfjabúðir en hafi verið gert að selja ákveðnar verslanir, sbr.

ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001. Lyf og heilsa hafi keypt þessar verslanir og megi segja að Lyfjabúðum hafi verið skipt á milli Lyfju og Lyfja og heilsu. Sé markaðshlutdeild Lyfjabúða skipt á milli Lyfju og Lyfja og heilsu sjáist að HHI stuðullinn sé nánast óbreyttur frá árinu 2000 til ársins 2005 og einnig markaðshlutdeild fyrirtækjanna í heild.

Þá benda áfrýjendur á að þeir hafi gert athugasemd við þá markaðshlutdeild sem Samkeppniseftirlitið hafi lagt til grundvallar þar sem það virtist að miðað væri við of háa veltu hjá Lyfjaveri og talið sennilegt að markaðshlutdeild Lyfja og heilsu væri ofmetin. Eftirlitið telji hins vegar í ákvörðun sinni það litlu máli skipta hvort upplýsingarnar séu réttar eða ekki sem telja verið vafasama fullyrðingu, sérstaklega í ljósi þess að eftirlitið haldi því fram að samruninn auki samþjöppun og byggir alfarið á HHI stuðlinum. Ennfremur hafi áfrýjendur vakið athygli á því að Samkeppniseftirlitið notaði of háa veltu miðað við skilgreiningu á markaðnum þegar markaðshlutdeild Lyfjavers hafi verið reiknuð út. Tekjur vegna sölu á þjónustu og vörum sem tilheyri ekki markaði fyrir smásölu lyfja hafi verið taldar með. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins komi hins vegar ekki fram hverjar séu tekjur samrunaaðila sem markaðshlutdeildin sé grundvölluð á og því sé útilokað að greina hvort byggt sé á réttum upplýsingum frá samrunaaðilum.

Áfrýjendur telja, hvað varðar aðgangshindranir að markaðnum, að sýnt hafi verið fram á að ekki séu neinar lagalegar hindranir á því að hefja rekstur lyfjaverslana á höfuðborgarsvæðinu og ekki verði séð að Samkeppniseftirlitið haldi því fram.

Áfrýjendur telja fullyrðingu Samkeppniseftirlitsins um að fyrri hegðun lyfjakeðjanna á markaðnum sé aðgangshindrun illa rökstudda. Eftirlitið fjalli um staðsetningar lyfjaverslana á höfuðborgarsvæðinu og telji að það sé tilhneiging að staðsetja verslanir frekar í nálægð við apótek utan keðjanna. Aðferðarfræði Samkeppniseftirlitsins sýni að þetta atriði hafi aðeins verið skoðað með mjög yfirborðslegum hætti og dregnar hafi verið einfaldar ályktanir sem ekki eigi sér neina stoð í gögnum málsins. Umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um þróun markaðarins í Reykjavík og nágrenni sýni ekki fram á það að lyfjakeðjurnar hafi hindrað innkomu nýrra aðila á markaðinn. Áfrýjendur hafna

umfjöllun eftirlitsins um staðsetningu lyfjaverslana á landsbyggðinni sem tilgangslausri enda hafi eftirlitið takmarkað markaðinn fyrir smásölu við höfuðborgarsvæðið og verði því ekki séð hvaða máli það skipti hvar verslanir á landsbyggðinni séu staðsettar.

Áfrýjendur telja Samkeppniseftirlitið ekkert hafa fjallað um hvaða áhrif núverandi keppinautar hafi á markaðinn. Lyfjaval sé stöðugt vaxandi keppinautur sem veiti aðilum á markaði nú þegar samkeppnislegt aðhald. Þá skoði eftirlitið ekkert áhrif væntanlegra keppinauta en því hafi ítrekað verið lýst yfir hálfu ríkisstjórnarinnar að það sé í skoðun að setja á stofn Lyfjaverslun ríkisins.

Áfrýjendur mótmæla þeirri niðurstöðu að samruninn auki samhverfu milli markaðshlutdeildar Lyfja og Lyfja og heilsu verulega. Samkvæmt mati Samkeppniseftirlitsins þá séu Lyf og heilsa með hærri markaðshlutdeild en Lyfja. Nái samruninn fram að ganga, þá ætti eðli málsins samkvæmt markaðshlutdeild Lyfja og heilsu að aukast en hlutdeild Lyfju að standa í stað. Í raun minnki samhverfa milli fyrirtækjanna með samrunanum. Þá sé 0-5% aukning á markaðshlutdeild ekki veruleg aukning.

Áfrýjendur telja niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um sameiginlega markaðsráðandi stöðu ekki byggða á haldbærum rannsóknum hvorki eigin rannsóknum eftirlitsins né annarra. Þá séu dregnar rangar ályktanir af staðreyndum málsins. Því sé haldið fram með vísan til staðsetningar lyfjaverslana út frá póstnúmerum að það sé tilhneiging til að halda sig frá keppinautunum. Þegar þetta atriði sé skoðað nánar þá sjáist að það dugi ekki að skoða staðsetningu verslana út frá hverfum án þess að skoða raunverulega fjarlægð lyfjaverslana hvarrá frá annarri. Þá hafi Samkeppniseftirlitið ekkert rannsakað hvort markaðurinn sé í raun nægilega gagnsær og greining á eðli lyfja sé bersýnilega miklum annmörkum háð. Að lokum vanræki Samkeppniseftirlitið að skoða möguleika á hugsanlegri samkeppni frá ríkinu og skoði ekkert kaupendastyrk ríkisins sem þó ákveði verð á lyfjum og greiði einnig fyrir þau. Með hliðsjón af öllu framangreindu telja áfrýjendur ljóst að Samkeppniseftirlitið hafi ekki rannsakað hvort sameiginleg

markaðsráðandi staða sé fyrir hendi og hafi eftirlitið ekki fullnægt rannsóknarskyldu sinni í þessu efnum.

Áfrýjendur mótmæla þeirri fullyrðingu Samkeppniseftirlitsins að lyfjakeðjurnar hafi í krafti stöðu sinnar getað lækkað afslætti til neytenda. Þótt tafla eftirlitsins sýni að hlutfall afslátta hafi lækkað sé málið ekki skoðað í heild sinni. T.d. hvort afslættir heildsala til lyfjakeðjanna hafi lækkað, þróun launa, gengis og að verðbólga hafi verið nokkuð há undanfarið. Þá sé ekkert skoðað hvernig þróun hámarksverðs lyfja hafi breyst á þessum fimm árum. Staðreyndin sé sú að ríkið hafi verið að draga úr greiðslukostnaði og því eðlilegt að verð til neytenda hækki án þess að lyfjakeðjurnar hækki raunverulega lyfjaverð.

3.4. Mat á áhrifum samrunans á samkeppni.

Við mat á áhrifum samrunans á samkeppni vísa áfrýjendur til þess að meginstarfsemi Lyfjavers felist í skömmun lyfja og heildsölu lyfja en aðeins lítill hluti af veltu fyrirtækisins sé smásala lyfja eða um [...]² árið 2005. Sé þessi upphæð skoðuð með tilliti til heildarveltu apóteka árið 2005 sé ljóst að markaðshlutdeild Lyfjavers á höfuðborgarsvæðinu geti væntanlega ekki hafa verið nema um [...]³. Framkvæmdastjórn EB hafi litið svo á að ef annað fyrirtæki samrunans sé með svo litla markaðshlutdeild þá geti samruninn ekki haft nein áhrif á markaðinn. Þótt keppinautum fækki um einn þá þurfi það ekki að leiða til skaðlegra áhrifa á samkeppni.

3.5. Jákvæð áhrif samrunans.

Áfrýjendur telja Samkeppniseftirlitið ekki hafa horft til jákvæðra áhrifa samrunans á samkeppni sem vegi upp á móti þeim atriðum sem eftirlitið telji vera samkeppnishamlandi. Með samrunanum verði til eining á heildsölustigi sem hafi þann fjárhagslega styrk sem nauðsynlegur sé til þess að veita núverandi keppendum á markaði fyrir innflutning og heildsölu aukna samkeppni. Þessi nýja eining hafi getu til þess að brjóta upp þá stöðu sem nú sé ríkjandi á þessum markaði og ná fram lækkunum á

² Trúnaðarmál.

³ Trúnaðarmál.

heildsöluverði lyfja. Stærðarhagkvæmni nýju einingarinnar geti styrkt samningsstöðu hennar gagnvart erlendum birgjum. Hagræðing sem felist í samhliða innflutningi hafi ekki skilað sér til neytenda á Íslandi með þeim hætti sem eðlilegt sé vegna sterkrar stöðu núverandi heildsala. Samhliða innflutningur leiði til þess að aukið framboð lyfja verði á markaði sem hafi í för með sér að hver lyfjaverslun geti verið að selja lyf sem séu keypt inn á mismunandi verði frá ólíkum aðilum. Þá verði einnig augin samkeppni í lyfjaheildsölu sem muni lækka heildsöluverð. Áfrýjendur vísa til þess að staðreyndir sýni að sé horft til verðs á samhliða innfluttu lyfi frá DAC og frumlyfi þá sé verð DAC nánast undantekningarlaust ódýrara.

3.6. Möguleg skilyrði samrunans.

Af hálfu áfrýjenda er því haldið fram að skilyrði sem þeir hafi sett fram í varakröfu sinni séu þess eðlis að þau leysi þau samkeppnislegu vandkvæði sem Samkeppniseftirlitið hafi talið felast í samrunanum. Fyrsta skilyrðið tryggji að viðskipti með lyfjaskömmun innan samstæðunnar verði eins og viðskipti við óskylda aðila. Með þessu sé dregið úr áhrifum meints markaðsstyrks sameinaðs fyrirtækis í lyfjaskömmun í ljósi þess kaupendastyrks sem sé á þeim markaði. Með öðru skilyrðinu sé tryggt að smásala lyfja og lyfjaskömmun starfi óháð hvort öðru og á grundvelli meginreglna samkeppnislaga. Þá sé gengið út frá því að smásala og skömmun starfi sjálfstætt. Þriðja skilyrðið tryggji sjálfstæði lyfjaskömmunar og smásölu sem Lyfjaver hafi haft með höndum þar sem bæði stjórnunarlegur og rekstrarlegur aðskilnaður yrði frá öðrum félögum innan samstæðu L&H eignarhaldsfélags ehf. Hér verði að taka mið af því að Lyfjaveri sé óheimilt að skammta lyf nema vera með lyfsöluleyfi, nema til ákveðinna aðila. Þannig sé Lyfjaveri nauðsynlegt að halda smásölunni svo leyfi fái til skömmunar. Með þessu skilyrði sé komið til móts við samkeppnislegar áhyggjur Samkeppniseftirlitsins hvað varði sterkari stöðu samrunaaðila á smásölumarkaði fyrir lyf. Við það sé miðað að heildsala og innflutningur Lyfjavers flytjist til DAC.

4. *Sjónarmið Samkeppniseftirlitsins vegna kæru DAC ehf. og Lyfjavers ehf.*

4.1. Málsmeðferð.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því fram haldið að fullyrðingar áfrýjenda um skort á leiðbeiningarskyldu eftirlitsins standist ekki. Samkvæmt 1. mgr. 7. gr. stjórnslulaga hvíli aðeins skylda á stjórnvaldi til að veita nauðsynlegar leiðbeiningar um mál sem snerti starfssvið þess. Í ákvæðinu felist hins vegar ekki skylda til að veita umfangsmikla og sérfræðilega ráðgjöf. Þá hafi í málinu verið tekið saman ítarlegt andmælaskjal þar sem óskað hafi verið eftir því að áfrýjendur greindu frá skilyrðum sem kæmu til með að eyða þeim samkeppnishömlum sem í samrunanum fælust. Það að óskað sé eftir því að samrunaaðilar geri tillögur að skilyrðum fari ekki gegn leiðbeiningarskyldu eða öðrum reglum stjórnslulaga. Þvert á móti hafi í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 18/2001 *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf., Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði* verið staðfest að það sé eðlilegt verklag í samrunamálum að samkeppnisyfirvöld beini því til samrunaaðila að gera tillögur að skilyrðum sem eytt geti samkeppnishamlandi áhrifum samruna.

Hvað varðar fullyrðingar áfrýjenda um brot á rannsóknarreglu stjórnslulaga þá bendir Samkeppniseftirlitið á að samkvæmt 10. gr. stjórnslulaga skuli stjórnvald sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun sé tekin í því. Eins og fram komi í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafi verið afað upplýsinga um alla þætti málsins frá áfrýjendum og öðrum aðilum. Þá hafi Samkeppniseftirlitið átt marga fundi með bæði keppinautum og viðskiptavinum áfrýjenda til þess að afa upplýsinga um samkeppnisleg áhrif samrunans svo og með fulltrúum stjórnvalda sem komi að lyfjamálum. Áfrýjendur bendi ekki á hvaða upplýsingar þeir telji að hafi ekki legið fyrir og skipt hafi máli fyrir úrslit málsins.

Varðandi athugasemdir áfrýjenda um opinbera birtingu ákvörðunarinnar þá bendir Samkeppniseftirlitið á að jafnvel þótt þeir telji að rétt hafi verið að haga málum með öðrum hætti í þessu sambandi hefði það enga þýðingu haft fyrir gildi hinnar kærðu ákvörðunar. Samkvæmt 2. mgr. 21. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins skal ákvörðun birt á heimasíðu eftirlitsins eftir að hún hafi verið

send aðilum. Meginreglan sé sú að þetta sé gert sama dag og ákvörðun hafi verið send aðilum.

4.2. Skilgreining markaða.

4.2.1. Skömmun og pökkun fyrir stofnanir.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eiga athugasemdir áfrýjenda við markaðsskilgreiningu hvað varðar skömmun og pökkun lyfja fyrir stofnanir ekki við rök að styðjast. Eins og fram komi í hinni kærðu ákvörðun sé markaður sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Staðgengdarþjónusta sé þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geti komið í stað annarrar þjónustu út frá sjónarhóli viðskiptavinarins. Við mat á markaði fyrir skömmun lyfja fyrir stofnanir verði þannig að hafa í huga að nauðsynlegt sé að skoða og meta markaðinn heildstætt. Ekki sé nægilegt að skoða aðeins hluta þeirra atriða sem máli skipta. Varðandi markaðinn fyrir lyfjaskömmun verði að líta til þess að hér á landi séu rekin þrjú fyrirtæki sem sérhæfi sig í vélskömmun á lyfjum. Sé um að ræða fyrirtækin DAC, Lyfjaver og Lyfjalausnir, en síðastnefnda fyrirtækið sé í eigu Lyfju. Ekki sé til fyrirtæki hér á landi sem sérhæfir sig sérstaklega í lyfjaskömmun með handvirkum hætti. Hins vegar handskammti einstakar lyfjaverslanir lyf fyrir vistmenn stofnana, s.s. elliheimila, í þeim tilvikum sem vistmenn eða starfsmenn stofnunarinnar komi með lyfseðil í lyfjaverslunina til að fá lyf sitt leyst út og eigi þessi handskömmun lyfjaverslananna á lyfjum sér alltaf stað í tengslum við kaup á lyfjum í lyfjaversluninni og teljist þessi þjónusta því hluti af markaði fyrir smásölu lyfja. Þá hafi heilbrigðisstofnanir möguleika á að nýta sérfróða starfsmenn sína til þess að sinna handvirkri lyfjaskömmun fyrir dvalarmenn stofnananna ef svo beri undir. Hins vegar sé augljóst að í þessum tilvikum sé ekki um að ræða starfsemi sem teljist hluti markaðar fyrir skömmun lyfja fyrir stofnanir, enda um að ræða hluta af starfi launaðra starfsmanna heilbrigðisstofnana.

Hvað varðar fullyrðingar áfrýjenda um að ranglega sé litið framhjá staðgöngu handskömmunar og vélskömmunar vísar Samkeppniseftirlitið til þess að í hinni kærðu ákvörðun hafi verið fallist á að þegar um sé að ræða einstaklinga sem fá lyf sín

skömmtuð vegna viðskipta sinna við lyfjaverslanir, sé staðganga á milli handskömmtnar og vélskömmtnar.

Samkeppniseftirlitið mótmælir staðhæfingu áfrýjenda um að ranglega sé gerður greinarmunur á lyfjaskömmtnun fyrir stofnanir annars vegar og fyrir einstaklinga sem ekki dvelji á heilbrigðisstofnunum hins vegar. Telur eftirlitið að augljóslega sé munur á þessum tveimur hópum. Skömmtnun lyfja fyrir einstaklinga, sem ekki dvelji á heilbrigðisstofnunum, eigi sér alltaf stað fyrir milligöngu lyfjaverslana og leiði því til þess að skömmtnunin teljist hluti af þjónustu lyfjaverslana við þessa notendur lyfja og þar með hluti smásölumarkaðarins. Þá geti lyfjaskömmtnun fyrir heilbrigðisstofnanir farið fram sjálfstætt með þeim hætti að skömmtnunarfyrirtækið skammti lyf sem séu í eigu þeirrar stofnunar sem skammtað er fyrir og stofnunin hafi keypt af fyrirtæki sem sé ótengt skömmtnunarfyrirtækinu. Það sé því ljóst að þegar um er að ræða skömmtnun fyrir stofnanir séu ekki fortakslaus tengsl á milli skömmtnunar og lyfjasölu með sama hætti og þegar um er að ræða lyfjaskömmtnun fyrir einstaklinga sem geti fengið slíka þjónustu þegar þeir kaupa lyf í lyfjaverslun.

Hvað varðar sjónarmið áfrýjenda um að ef greina eigi milli vélskömmtnunar lyfja fyrir stofnanir annars vegar og skömmtnunar fyrir einstaklinga hins vegar, þannig að stofnanaskömmtnun beri að fylgja markaði fyrir innflutning og heildsölu lyfja, þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að þegar um sé að ræða skömmtnun fyrir stofnanir séu ekki óhjákvæmileg tengsl á milli skömmtnunar og lyfjasölu, sbr. hins vegar það sem gildi um einstaklinga, og sé því til staðar sá möguleiki fyrir stofnanir að kaupa aðeins skömmtnunarþjónustu á lyfjum sem stofnunin sjálf lætur skömmtnunarfyrirtækinu í té. Sé skömmtnunarþjónusta fyrir stofnanir því eðlilega ekki hluti af markaði fyrir heildsölu lyfja eins og áfrýjendur haldi fram með sama hætti og skömmtnun fyrir einstaklinga sem eigi sér stað innan lyfjaverslana í tengslum við lyfjakaup einstaklinganna.

Samkeppniseftirlitið lýsir furðu á fullyrðingu áfrýjanda um að skömmtnunarþjónusta fyrir heilbrigðisstofnanir geti ekki staðið undir sér, enda vandséð hver sé tilgangur

einkafyrirtækja að leggja út í starfsemi sem þessa ef engin von sé til þess að starfsemin standi undir sér.

4.2.2. Smásala lyfja.

Hvað varðar fullyrðingar áfrýjenda um að S-merkt lyf séu ranglega aðgreind frá öðrum lyfjum þar sem greining þeirra sé ekki alltaf með þeim hætti sem lög áskilji þá bendir Samkeppniseftirlitið á að sú nálgun sem lögð sé til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun sé í samræmi við það sem almennt sé lagt til grundvallar þegar S-merkt lyf eigi í hlut. Aðgreiningin frá öðrum lyfjum sé í samræmi við það sem kveðið er á um í lögum, sbr. 8. gr. lyfjalaga.

Hvað varðar sjónarmið áfrýjenda um að verði litið á sölu S-merktra lyfja sem sérstakan markað beri að draga veltu samrunaaðila vegna sölu á þeim lyfjum frá áður en hlutdeild þeirra á smásölumarkaði sé metin, þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að með þágildandi reglugerð nr. 948/2000, sbr. nú reglugerð nr. 458/2005, um greiðslur almannatrygginga í lyfjakostnaði, hafi kostnaður vegna S-merktra lyfja flust frá Tryggingastofnun ríkisins til sjúkrahúsanna. Þetta merki að öll S-merkt lyf séu eingöngu seld í gegnum Landspítala-háskólasjúkrahús eða Fjórðungssjúkrahúsið á Akureyri, en til greina komi hins vegar að einkareknar lyfjaverslanir afhendi S-merkt lyf gegn ávísun læknis/sérfræðings á venjulegan lyfseðli, enda séu skilyrði um notkun lyfsins á eða í tengslum við sjúkrahús uppfyllt. Samkvæmt upplýsingum Samkeppniseftirlitsins séu hinar einkareknu lyfjaverslanir í þessum tilvikum aðeins afhendingastaðir fyrir S-merkt lyf, en lyfjaverslanirnar fái hins vegar ekki greitt fyrir lyfin með sama hætti og þegar um sé að ræða önnur lyf. Sé því ekki um að ræða sölu á lyfjum og falli þessi þjónusta ekki undir hin skilgreinda markað.

Hvað varðar sjónarmið áfrýjenda þess efnis að ef lyfjaskömmun fyrir einstaklinga verði talin hluti af smásölu lyfja þá geti sala á óskömmtuðum lyfjum til stofnana ekki talist smásala vísar Samkeppniseftirlitið til þess að lyfjaheildsalar selji heilbrigðisstofnunum lyf í heildsölu. Við mat á markaðshlutdeild Lyfjavers á smásölumarkaði sé horft framhjá tekjum félagsins af heildsölu. Heildsala sé sérstakt sölustig og smásala annað sölustig,

sbr. 8. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga. Þegar vara sé keypt í smásölu þá teljast þau viðskipti smásöluviðskipti alveg án tillits til þess hver kaupandi sé. Í gögnum Lyfjavers sé sala á óskömmtuðum lyfjum til stofnana talin falla undir smásölu. Samkeppniseftirlitið hafi verið sammála því mati og hafi talið þessar tekjur með þegar markaðshlutdeild hafi verið metin. Hér verði og að hafa í huga að engu höfuðmáli skipti hvort þessar tekjur séu taldar með eða ekki. Ef þær væru taldar falla utan markaðarins væri markaðshlutdeild Lyfjavers um [...] ⁴ % minni. Hefði þetta engin áhrif á niðurstöðu málsins.

4.2.3. Landfræðilegur markaður.

Hvað varðar sjónarmið áfrýjenda um að landfræðilegur markaður fyrir smásölu lyfja sé of þröngt skilgreindur þá vísar Samkeppniseftirlitið til umfjöllunar um afmörkun á landfræðilegum markaði fyrir smásölu lyfja í hinni kærðu ákvörðun. Rétt sé þó að taka fram að samkvæmt 21. gr. lyfjalaga sé póstverslun með lyf óheimil. Samkeppniseftirlitið bendir á að til greina komi að ákveðinn hluti lyfjakaupa þeirra sem búa á landsbyggðinni fari fram á höfuðborgarsvæðinu. Hins vegar sé ekkert sem bendi til að þessi viðskipti séu gagnkvæm, þ.e. að íbúar á höfuðborgarsvæðinu geri sér ferð út á land til að kaupa lyf.

4.3. Almennt um efnislegt mat á samruna.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er sjónarmiðum áfrýjenda um mat á samruna og túlkun á 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga, þ.á m. um sönnunarkröfur í samrunamálum mótmælt. Vísar eftirlitið sérstaklega til þess að samkvæmt ákvæðinu sé gengið út frá því að samruni hindri virka samkeppni ef hann leiði til þess að markaðsráðandi staða verður til eða slík staða styrkist. Af þessu leiði óhjákvæmilega að grípa beri til íhlutanar vegna samruna ef sýnt þykir að samruni styrki eða leiði til markaðsráðandi stöðu, sbr. einnig 1. gr. og 1. mgr. 8. gr. samkeppnislaga. Þá beri að skýra 17. gr. samkeppnislaga með hliðsjón af tilgangi þeirra breytinga sem löggjafinn hafi gert á samkeppnislögum með setningu laga nr. 107/2000.

Hvað varðar athugasemdir áfrýjenda um notkun á Herfindahl-Hirschman stuðlinum (HHI) þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að stuðulinn sé notaðar af norrænum

⁴ Trúnaðarmál.

samkeppnisyfirvöldum og hafi verið notaður í fjölda samrunamála hér á landi. HHI stuðullinn sé ekki tengdur eða miðaður við stærð hagkerfa heldur byggji hann á kenningum klassískrar hagfræði um áhrif fjölda og hlutfallslegrar stærðar fyrirtækja á samkeppni á viðkomandi markaði.

4.4. Röskun samkeppni á pökkunarmarkaði.

Samkeppniseftirlitið telur staðhæfingu áfrýjenda um að samruninn hefði aðeins haft óverulegar breytingar í för með sér á sameiginlegum markaðsstyrk samrunaaðila ekki rétta. Fyrir samrunann hafi Lyfjaver verið með [...]⁵% markaðshlutdeild á pökkunarmarkaði og hafi félagið á grundvelli þessarar hlutdeildar ótvírætt verið í markaðsráðandi stöðu. Svo há markaðshlutdeild feli yfirleitt, ein og sér, í sér lögfulla sönnun fyrir tilvist markaðsráðandi stöðu. Markaðshlutdeild DAC hafi verið rúmlega [...]⁶ % fyrir samrunann. Hið sameinaða félag muni því hafa yfir [...]⁷% markaðshlutdeild og aðeins einn keppinaut. HHI stuðullinn hækki um tæplega 800 stig og gefi skýrlega til kynna alvarlega röskun á samkeppni. Samruninn leiði því augljóslega til yfirburðastöðu hins sameinaða félags og kalli á íhlutun skv. 17. gr. samkeppnislaga.

Hvað varðar tilvísun áfrýjenda til þess að skömmtunarmarkaður sé þess eðlis að önnur lögmál gildi á honum en á samkeppnishæfum mörkuðum bendir Samkeppniseftirlitið á að óljóst sé hvaða tilgangi þessi umfjöllun þjóni. Vélskömmun á lyfjum sé atvinnustarfsemi í skilningi samkeppnislaga enda sé þjónustan veitt gegn endurgjaldi. Engin sérlög takmarki beitingu samkeppnislaga á þessum markaði.

Hvað varðar fullyrðingu áfrýjenda þess efnis að Samkeppniseftirlitið hafi ekki rannsakað hvort kaupendur á hinum skilgreinda markaði búi yfir nægum styrk til að vega upp á móti skaðlegum áhrifum samrunans þá vísar eftirlitið til þess að niðurstaða um að kaupendastyrkur sé ekki til staðar á markaði fyrir skömmtun lyfja fyrir stofnanir sé grundvölluð á öllum þeim viðskiptavinum sem til staðar séu á hinum skilgreinda markaði, nánar tiltekið heilbrigðis- og sjúkrastofnunum sem starfræktar séu hér á landi.

⁵ Trúnaðarmál.

⁶ Trúnaðarmál.

Skýrlega sé greint á milli markaðar fyrir skömmtun lyfja fyrir stofnanir annars vegar og markaðar fyrir smásölu lyfja hins vegar.

4.5. Rökun samkeppni á smásölumarkaði.

Samkeppniseftirlitið mótmælir fullyrðingum áfrýjenda um að sérstakar og ríkari sönnunarreglur gildi þegar fjallað sé um sameiginlega markaðsráðandi stöðu en þegar fjallað sé almennt um markaðsráðandi stöðu. Samruni þessa máls sé láréttur samruni sem hafi bein og alvarleg áhrif á samkeppni á hinum skilgreinda markaði, ólíkt t.d. samsteypusamrunum.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í ákvörðuninni komi fram, að við mat á þegjandi samhæfingu keppnauta á markaði hafi dómstólar EB litið til þess hve gagnsær sá markaður sé sem um ræðir hverju sinni. Sé gagnsæi talið ein forsenda þess að þau fyrirtæki (en ekki neytendur) sem séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu geti áttað sig á þeim viðmiðum sem liggja til grundvallar hinna þöglu samhæfingu án þess þó að þurfa að eiga í beinum samskiptum. Íslenskum lyfjamarkaði, þar á meðal markaði fyrir smásölu lyfja, sé í veigamiklum atriðum stjórnað af íslenskum stjórnvöldum. Þannig sé m.a. hámarksverð lyfseðilsskyldra lyfja ákvarðað af lyfjagreiðslunefnd bæði í heildsölu og í smásölu. Verðlagning á lausasölulyfjum sé hins vegar frjáls. Í samræmi við þetta gefi lyfjagreiðslunefnd út lyfjaverðskrá þar sem fram komi upplýsingar um viðmiðunarverð hvers lyfseðilsskylds lyfs og hámarksverð allra lyfseðilsskyldra lyfja. Sé ljóst að opinber birting sem þessi á hámarksverði á markaði fyrir smásölu lyfja sé verulega til þess fallin að leiða til þess að markaður fyrir smásölu lyfja sé gagnsær markaður og þar af leiðandi stuðla að því að lyfjakeðjurnar tvær geti með auðveldum hætti samhæft hegðan sína á markaði fyrir smásölu lyfja án beinna samskipta.

Vegna fullyrðinga áfrýjenda þess efnis að þar sem framboð lyfja sé mjög mikið geti lyfjakeðjurnar hagað afsláttarstefnu sinni með þeim hætti að útilokað sé fyrir keppnauta að komast að henni bendir Samkeppniseftirlitið á að þótt lyfjakeðjurnar kunni að veita afslátt frá því hámarksverði sem kveðið er á um í lyfjaverðskrá leiði það ekki sjálfkrafa til

⁷ Trúnaðarmál.

Þess að markaður fyrir smásölu lyfja sé ekki gagnsær markaður. Lyfjaverslunum sé skylt að tilgreina á kvittun þess sem fær lyfseðilsskylt lyf í hendur hvaða afsláttur sé veittur frá hámarksverði lyfsins. Reglulega séu gerðar verðkannanir á hvort tveggja lausasölu- og lyfseðilsskyldum lyfjum, sbr. t.d. kannanir sem gerðar hafa verið á vegum ASÍ og Neytendasamtakanna. Þá hafi Samtök verslunarinnar (nú FÍS) í tuttugu ár gefið út bókina „Icelandic Drug Market“ sem innihaldi sölutölur allra lyfja á Íslandi. Lyfjakeðjurnar geti með hliðsjón af þessum opinberu upplýsingum með auðveldum hætti ályktað um hvaða afslætti hvor keðjan um sig sé almennt að veita af lyfjum.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að þegar gagnsæi á markaði fyrir smásölu lyfja sé metið verði að hafa í huga að viðskiptamannahópur lyfjakeðjanna tveggja á markaði fyrir smásölu lyfja sé hinn sami, þ.e. um sé að ræða einstaklinga sem nota þurfi lyf til lengri eða skemmri tíma. Þá verði að hafa í huga eðli þeirrar vöru sem hér um ræðir. Til dæmis sé eftirspurn eftir lyfjum óteygin, þ.e.a.s. magn seldra lyfja breytist tiltölulega lítið þegar verð hækkar eða lækkar lítilsháttar. Þá sé eftirspurn eftir lyfjum tiltölulega stöðug. Hvort tveggja leiði til þess að þær upplýsingar sem fyrir liggja geri það að verkum að lyfjakeðjurnar geti áttað sig á hvort keppinautar hafi lækkað verð eða bætt þjónustu, með því að bera sölutölur sínar saman við upplýsingar í hinum opinberu gögnum.

Þá sé það til þess fallið að auka verulega gagnsæi á hinum skilgreinda markaði málsins, þ.e. markaði fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu, að þeir sem séu í hinni sameiginlegu markaðsráðandi stöðu séu aðeins tveir, þ.e. lyfjakeðjurnar Lyf og heilsa og Lyfja.

Vegna fullyrðinga áfrýjenda þess efnis að vörur á markaðnum fyrir smásölu lyfja séu ekki einsleitar bendir Samkeppniseftirlitið á að sú staðreynd að lyfjaúrval lyfjakeðjanna samanstandi af mörgum ólíkum lyfjategundum hafi ekki áhrif á þá staðreynd að sú þjónusta eða vara sem seld sé á markaði fyrir smásölu lyfja teljist vera einsleit. Þjónusta smásala felist í því að afhenda neytendum lyf og bjóða upp á fullnægjandi úrval af þessari vöru. Notendur lyfja greini ekki á milli þeirra lyfja sem unnt sé að fá afhent í Lyfjum og heilsu annars vegar og Lyfju hins vegar, enda báðum lyfjakeðjunum skylt að hafa á

boðstólum lyf sem selja má hér á landi og útvega þau lyf sem ekki er að finna í birgðum þeirra svo fljótt sem auðið er, sbr. 24. gr. lyfjalaga nr. 93/1994.

Samkeppniseftirlitið telur sameiginlega markaðsráðandi stöðu lyfjakeðjanna leiða til þess að þeim sé kleift að verðleggja vöru sína og þjónustu hátt. Sé ljóst að víki önnur keðjan frá hinni þegjandi samhæfingu megi búast við því að ekki líði langur tími þangað til hin lyfsölukeðjan lækki verð til samræmis við fyrri keðjuna eða grípi til annarrar refsingar gegn henni fyrir að víkja frá samhæfingunni. Ljóst sé að til staðar sé tilhneiging hjá lyfjakeðjunum að staðsetja lyfjaverslanir sínar fremur í nálægð við apótek sem starfi utan keðjanna en í nálægð við apótek hvorrar annarrar.

Samkeppniseftirlitið bendir á að það hafi aflað upplýsinga um meðaltalsafslætti keðjanna frá árinu 2000 til ársins 2005. Sé ljóst að lyfsölukeðjurnar tvær hafi í krafti sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu sinnar lækkað afslætti verulega.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að þegjandi samhæfing þurfi ekki að fela í sér algeran skort á samkeppni þeirra sem séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu og sé reyndin raunar sú að þegjandi samhæfing geti birst með þeim hætti að þátttakendur fylgi samhæfingunni, t.d. hvað varðar verð, framleiðslugetu eða staðsetningu verslana en stundi hins vegar virka samkeppni á öðrum sviðum, s.s. á grundvelli þjónustu eða sviðum sem ekki séu gagnsæ og liggi utan samhæfingarinnar.

Samkeppniseftirlitið mótmælir fullyrðingum áfrýjenda þess efnis að eftirlitið hafi ekki rökstutt með fullnægjandi hætti að þær breytingar sem hafi átt sér stað á markaði fyrir smásölu lyfja séu ekki umtalsverðar. Í hinni kærðu ákvörðun sé ítarlega rökstutt að markaður fyrir smásölu lyfja sé hvorki sveiflukenndur né ört vaxandi markaður né markaður sem einkennist af umtalsverðum nýjungum. Meginhlutverk lyfjaverslana sé að afhenda og selja þeim sem á þurfa að halda lyf. Hafi umtalsverðar eða byltingakenndar nýjungar ekki átt sér stað hvað þetta meginhlutverk varði.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á þau sjónarmið áfrýjenda að kostnaðaruppbygging Lyfja og heilsu og Lyfju sé ekki áþekk. Meiri líkur séu taldar á samhæfðri hegðun á markaði þegar keppinautar búa við áþekka kostnaðaruppbyggingu. Vegna séreðlis markaðar fyrir smásölu lyfja og rekstraraðstæðna telur Samkeppniseftirlitið ekki þörf á að notast við ítarlegar meginlegar rannsóknir (e. quantitative research) á kostnaðaruppbyggingu lyfjakeðjanna tveggja. Íslenskum lyfjamaarkaði sé í veigamiklum atriðum stjórnað af íslenskum stjórnvöldum. Leiði þessar opinberu kröfur til þess að svipaðar aðstæður ríki hjá keðjunum, enda lúti þær sama regluverkinu.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því haldið fram að markaðurinn fyrir smásölu lyfja sé mjög samþjappaður tvíkeppnismarkaður, en markaðshlutdeild lyfjakeðjanna á markaði fyrir smásölu lyfja sé mjög áþekk. Samanlögð markaðshlutdeild þessara tveggja aðila á hinum skilgreinda markaði sé um [...]%.⁸ Þá sé gildi HHI stuðulsins að teknu tilliti til ógildingar samrunans [...].⁹ Hefði samruninn hins vegar verið heimilaður þá hefði gildið hækkað um [...] ¹⁰ eða upp í [...].¹¹ Sé ljóst að gildi HHI stuðulsins sé mun hærra en þær viðmiðanir sem almennt séu lagðar til grundvallar þegar áhrif samruna á markaðssamþjöppun eru metin.

Samkeppniseftirlitið bendir á að lyfsöluleyfi séu m.a. bundin því skilyrði að umsækjandi hafi starfsleyfi sem lyfjafræðingur samkvæmt lögum um lyfjafræðinga. Samkvæmt lyfjalögnum skuli ráðherra senda sveitarstjórn umsókn um nýtt lyfsöluleyfi til umsagnar, en leggist sveitarstjórn gegn veitingu nýs leyfis sé ráðherra heimilt að hafna umsókninni. Hins vegar hafi stjórnvöld aðeins einu sinni hafnað umsókn um lyfsöluleyfi og hafi lagalegar hindranir í reynd ekki mikil áhrif.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að það að flokka lyfjaverslanir eftir póstnúmerum, líkt og gert hafi verið í hinn kærðu ákvörðun, feli í sér ákveðna aðferðafræði til að meta hvernig staðsetningu lyfjaverslana sé háttað. Veiti hún mikilsverðar vísbendingar um

⁸ Trúnaðarmál.

⁹ Trúnaðarmál.

¹⁰ Trúnaðarmál.

¹¹ Trúnaðarmál.

háttsemi lyfjakeðjanna á markaði fyrir smásölu lyfja. Eftirlitið telji dreifinguna fela í sér vísbendingu um að skörun milli lyfjabúða Lyfju annars vegar og Lyfja og heilsu hins vegar sé aðeins á fáum stöðum á höfuðborgarsvæðinu. Til staðar sé tilhneiging hjá lyfjakeðjunum að staðsetja lyfjaverslanir sínar fremur í nálægð við sjálfstætt rekin apótek sem starfi utan keðjanna en í nálægð við apótek hvorrar annarrar. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að dreifing lyfjaverslana sem lyfjakeðjurnar starfræki á landsbyggðinni einkennist að meginstefnu af því að aðeins séu starfræktar lyfjaverslanir á vegum annarrar hvorrar lyfjakeðjunnar í hverjum landsfjórðungi. Sé ljóst að þessi dreifing lyfjakeðjanna á landsbyggðinni sýni fram á hegðun lyfjakeðjanna og breyti engu í því sambandi þó að sú markaðsskilgreining sem lögð hafi verið til grundvallar í málinu hafi takmarkast við höfuðborgarsvæðið.

Samkeppniseftirlitið telur lyfjakeðjurnar hafa í krafti sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu sinnar náð að lækka afslátt til neytenda verulega. Afsláttur sem veittur hafi verið árið 2005 hafi lækkað sem hlutfall af sölu lyfseðilsskyldra lyfja frá því sem hafi verið árið 2001. Þá vísar eftirlitið til þess að afslættir hafi farið lækkandi áður en heilbrigðisráðherra hafi gert samning við Actavis og Félag íslenskra stórkaupmanna um lækkun á lyfjaverði í heildsölu, en af hálfu áfrýjenda sé bent á það sem orsök þess að afslættir hafi lækkað. Vegna sjónarmiða áfrýjenda um að einungis óeðlilega mikill hagnaður bendi til verðbreytingar vegna markaðsráðandi stöðu fyrirtækis og ekki verði séð að Lyf og heilsa hafi hagnast óeðlilega mikið á smásölu lyfja, þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að sameiginleg markaðsráðandi staða verði ekki alltaf að vera arðvænleg. Fullyrðing áfrýjenda um að smásöluálagning hafi lækkað frá árinu 1996 sé ekki studd neinum gögnum eða upplýsingum.

Samkeppniseftirlitið mótmælir sjónarmiðum áfrýjenda þess efnis að samruninn hafi ekki skaðleg áhrif á samkeppni. Farið sé með rangt mál um markaðshlutdeild Lyfjavers á markaði fyrir smásölu lyfja. Fyrirtækið sé ekki með [...] ¹²% markaðshlutdeild heldur [...] ¹³%. Þar sem byggt sé á rangri markaðshlutdeild missi umfjöllun um að samruninn

¹² Trúnaðarmál.

¹³ Trúnaðarmál.

hafi engin áhrif á samkeppni marks. Ekki sé unnt að fallst á að markaðshlutdeild Lyfjavers sé lítil, enda sé Lyfjaver þriðja stærsta apótekið á hinum skilgreinda markaði málsins að frátöldum lyfjakeðjunum tveimur. Þá verði að hafa í huga að með samrunanum myndi sjálfstæður keppinautur sem stundað hafi samkeppni á markaðnum almenningi til hagsbóta hverfa út af afar samþjöppuðum fákeppnismarkaði. Lyfjaver hafi t.d. komið mjög vel út úr verðkönnunum sem gerðar hafi verið á vegum ASÍ.

Varðandi það sjónarmið áfrýjenda að samruninn hafi ekki leitt til aukinnar samhverfu milli markaðshlutdeildar Lyfju og Lyfja og heilsu vísar Samkeppniseftirlitið til þess að ljóst sé að hann hefði aukið samhverfu á milli markaðshlutdeildar Lyfja og heilsu og Lyfju miðað við landið allt, enda ljóst að beiting hinnar sameiginlegu markaðsráðandi stöðu hafi átt sér stað á landinu öllu. Sé litið til markaðshlutdeildar lyfjakeðjanna tveggja á landinu öllu hafi Lyf og heilsa um [...] ¹⁴% markaðshlutdeild en Lyfja um [...] ¹⁵%. Þá sé markaðshlutdeild Lyfjavers miðað við landið allt um [...] ¹⁶%.

4.6. Um jákvæð áhrif á samkeppni.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að þar sem samruninn hafi raskað samkeppni með alvarlegum hætti sé ekki unnt að heimila hann jafnvel þó að hann kunni að hafa í för með sér einhver jákvæð áhrif fyrir samrunaaðila. Líta beri og til þess að sú röskun á samkeppni sem samruninn hefði á markaði fyrir smásölu lyfja leiði til þess að ætlaður ávinningur af samhliða innflutningi lyfja myndi ekki skila sér til neytenda. Skortur á samkeppnislegu aðhaldi í smásölu myndi þannig hafa það í för með sér að þessi hugsanlegi ávinningur sæti eftir að meginstefnu hjá samrunaðilum en ekki almenningi.

4.7. Um varakröfu áfrýjenda.

Samkeppniseftirlitið mótmælir kröfu áfrýjenda um að samruninn verði samþykktur með skilyrðum. Bendir Samkeppniseftirlitið á að skilyrði þessi séu frábrugðin þeim sem áfrýjendur hafi lagt til við eftirlitið, þau gangi skemur heldur en skilyrði þau sem lögð hafi verið fram á fyrri stigum málsins. Fyrir liggir að umrædd skilyrði eyði ekki

¹⁴ Trúnaðarmál.

¹⁵ Trúnaðarmál.

skaðlegum samkeppnislegum áhrifum samrunans. Samruninn feli í sér láréttan samruna og í honum felist að Lyfjaver hætti að vera sjálfstæður keppinautur á mörkuðum þessa máls og flytjist undir yferráð DAC og þeirrar samstæðu sem það félag tilheyrir. Einu skilyrðin sem mögulega gætu komið til greina væru að DAC seldi frá sér starfsemi á pökkunarmarkaði og markaði fyrir smásölu lyfja til þess að ná til baka því samkeppnislega aðhaldi sem tapast hafi. Í tillögunum felist ekki slík sala og þegar af þeirri ástæðu sé ljóst að félagið leggi ekki til skilvirkustu skilyrðin til þess að eyða samkeppnishömlum samrunans.

IV.

Niðurstaða.

1. Almenn.

Í máli þessu liggja fyrir tvær kærur, þ.e. kára DAC ehf. og Lyfjavers ehf., dags. 8. ágúst 2006, og kára Lyfja og heilsu ehf., dags. sama dag, en báðar varða þær ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 frá 11. júlí 2006. Eins og málið liggur fyrir er óhjákvæmilegt að fjalla um hvora kæru um sig.

2. Kára Lyfja og heilsu ehf.

Að áliti áfrýjunarnefndar samkeppnismála skiptir meginmáli fyrir niðurstöðu þessa þáttar kærumálsins að ákvarða, hvort Lyf og heilsa hf. geti talist eiginlegur aðili að máli þessu, er varðar fyrirhugaðan samruna fyrirtækjanna DAC ehf. og Lyfjavers ehf., en frekari niðurstaða varðandi kæruefni þessa áfrýjanda, hvað varðar meint brot gegn andmælarétti hans, byggist síðan á þeirri niðurstöðu varðandi aðildina.

¹⁶ Trúnaðarmál.

Tekið skal fram, að tengsl þessa áfrýjanda við stjórnslumál þetta eru vel upplýst, að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála, og áfrýjandinn hefur fengið næg tækifæri til að koma sínum sjónarmiðum að við meðferð málsins hjá áfrýjunarnefndinni.

Hvorki í samkeppnislögum þeim, sem nú gilda, né í eldri lögum um sama efni, eru skilgreiningar á hugtökunum ‘aðili’ eða ‘aðildarhæfi’, en afmörkun þeirra hugtaka skiptir m.a. máli varðandi úrlausn þess, hverjir geti kært formlegar stjórnsluákvæðanir samkeppnisyfirvalda og um það, hverjir njóti andmælaréttar eftir reglum stjórnsluréttar. Stjórnslulög nr. 37/1993 leysa heldur ekki úr því álitamáli, svo að óyggjandi sé. Er ákvörðun þessa því háð mati hverju sinni, sem byggist þó á viðurkenndum grunnreglum stjórnsluréttar. Ljóst er, eins og m.a. má ráða af hefðbundnum skýringargögnum með frumvarpi til stjórnslulaga, að með ‘aðila’ í stjórnslurétti er ekki átt við jafn skýrlega afmarkað hugtak og notast er við í almennu réttarfari (þ.e. fyrir dómstólum), þannig að kæruaðild í stjórnslumálum getur, eftir atvikum, verið nokkru víðtækari en gildir í dómsmálaréttarfari. Verður engu að síður að miða við þá meginreglu, að aðili kærumáls á sviði samkeppnismála geti sá einn verið, sem ákvörðun Samkeppniseftirlitsins beinist að, og hefur, nánar tiltekið, orðið að þola beina skerðingu á hagsmunum sínum við þess háttar ákvörðun eða er að öðru leyti bundinn formlega af henni.

Frávik frá þessari meginreglu, til vikkunar hugtaksins ‘aðili’, kunna að verða heimilaðar, þegar sérstaklega stendur á, en að mati áfrýjunarnefndar verður ekki séð að næg ástæða sé til að víkja frá fyrrnefndri höfuðreglu í því máli, sem hér er til úrlausnar.

Enda þótt áfrýjandi í þessum þætti málsins sé nefndur víða í hinni kærðu ákvörðun, í umfjöllun um lyfjamarkað héraðs, og heiti hans sé einnig að finna í ákvörðunarorðum til lýsingar á markaðsráðandi stöðu tveggja aðila á því sviði, jafngildir það ekki því, að þar sé verið að hafa bein og bindandi áhrif á réttarstöðu umrædds áfrýjanda, sem gæti réttlætt aðilastöðu hans. Áfrýjanda er heldur ekki getið í umræddri samrunatilkynningu, sem lögð var fyrir Samkeppniseftirlitið með bréfi dags. 16. mars 2006. Verður ekki séð að þessi áfrýjandi hafi, sem sjálfstætt fyrirtæki, tengst hinum fyrirhugaða samruna með

formlegum hætti, þótt tiltekin fjárhagsleg skyldleikabönd séu milli hans og annars þess aðila, DAC ehf., sem stendur að hinum fyrirhugaða samruna.

Andmælaréttur sá, sem fjallað er um í 13. gr. stjórnslulaga, er einvörðungu áskilinn aðilum máls, í þeirri merkingu sem fyrr var vikið að. Sökum þess að áfrýjandi átti ekki aðild að stjórnslumáli því, sem hér liggur fyrir, átti hann ekki heldur lögvarinn andmælarétt í tengslum við meðferð þessa máls.

Kæruheimild skv. 9. gr. samkeppnislaga er jafnframt bundin við aðila máls og getur sú heimild því ekki átt við um áfrýjanda í máli þessu.

Með vísan til þess, er hér hefur verið rakið, verður niðurstaðan sú, að ekki séu efni til að fjalla frekar um kæru efni umrædds áfrýjanda. Sætir kæra hans því óhjákvæmilega frávísun.

3. Kæra DAC ehf. og Lyfjavers ehf.

3.1. Formhlið málsmeðferðar.

Þeir þættir kæru þessara áfrýjenda, sem snúa að formlegri hlið málsmeðferðar af hálfu Samkeppniseftirlitsins og hafa það vægi að þeir komi til athugunar varðandi mat á því, hvort þeir geti haft áhrif á niðurstöðu í máli þessu, lúta að því 1) hvort Samkeppniseftirlitið hafi vanrækt rannsóknarskyldu sína skv. 10. gr. stjórnslulaga, áður en það tók hina kærðu ákvörðun, 2) hvort Samkeppniseftirlitið hafi vanrækt þá leiðbeiningarskyldu, er það hafi borið gagnvart umræddum áfrýjendum, meðan málið var þar til meðferðar, sbr. 7. gr. stjórnslulaga, og 3) hvort meðalhófsregla, sbr. 12. gr. stjórnslulaga, hafi verið brotin á áfrýjendum með því að Samkeppniseftirlitið hafi gripið til ýtrustu úrræða í stað þess að setja áfrýjendum tiltekin skilyrði varðandi hinn fyrirhugaða samruna.

Hvað varðar þá málsástæðu, er lýtur að meintri vanrækslu á rannsóknarskyldu, tekur áfrýjunarnefnd samkeppnismála fram, að enda þótt í samrunamálum verði í ríkum mæli að byggja á upplýsingum frá þeim aðilum, er standa að samrunatilkynningu, er rannsókn sú, sem nauðsyn ber til að fram fari áður en tekin verði endanleg afstaða til fyrirhugaðs samruna, ekki bundin við þær upplýsingar einar, sem aðilar að tilkynningu gefa. Samkeppniseftirlitinu ber að viðhafa frekari rannsókn, skv. meginreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga, allt eftir aðstæðum hverju sinni, þannig að mál verði vel upplýst áður en ákvörðun er tekin. Verður að telja, að sú rannsókn verði að jafnaði víðtækari eftir því sem mál er yfirgripsmeira og flóknara auk þess sem hagsmunir þeir, sem í húfi eru, geta einnig skipt máli í því efni. Mat þess, hvornig sú viðbótarrannsókn og –upplýsingaöflun fari fram er hins vegar á hendi Samkeppniseftirlitsins, sem grípur síðan til rannsóknaraðgerða á sjálfstæðum grundvelli. Ljóst er, að álitum áfrýjunarnefndar samkeppnismála, að í máli þessu lagði Samkeppniseftirlitið verulega áherslu á sjálfstæða rannsókn, áður en hin kærða ákvörðun var tekin, og snertir sú rannsókn fyrst og fremst þá markaðshætti, er málið snýst um. Telur nefndin, að eins og atvikum háttar í máli þessu, hafi Samkeppniseftirlitið gætt rannsóknarskyldu sinnar, þegar litið er á málsmeðferð þess í heild, þannig að þeir meginþættir máls, sem niðurstaða valt á, hafi verið nægilega kannaðir þegar ákvörðun var tekin. Verður málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins því ekki haggð sökum fullyrðinga áfrýjenda um vanrækslu á rannsóknarskyldu.

Sú skylda stjórnvalds að leiðbeina aðilum, sbr. 7. gr. stjórnarsýslulaga, er virk í öllum stjórnarsýslumálum en inntak þeirrar skyldu verður að meta og ákvarða frekar eftir eðli hvers máls um sig. Verður m.a. að telja, að leiðbeiningarskyldan sé ekki eins rík og ella gæti verið, gagnvart öflugum fyrirtækjum, sem hafa á að skipa fagmönnum, er á að vera fullkunnugt um þær reglur, sem við eiga um fyrirhugaðan samruna fyrirtækja á samkeppnismarkaði, eða eiga að öðrum kosti auðvelt með að afla sér ráðgjafar um þau atriði, en þetta á í fyllsta mæli við um áfrýjendur í þessum þætti málsins. Samrunaaðilar hafa sjálfir þekkingu á þeim rekstri sem um ræðir og settu fram tillögur að skilyrðum sem binda hefði mátt samrunann ef hann yrði ekki samþykktur án skilyrða. Úrvinnsla Samkeppniseftirlitsins á þessum skilyrðum eða mótun þeirra fellur að mati áfrýjunarnefndarinnar ekki undir leiðbeiningarskyldu. Að mati áfrýjunarnefndar

Samkeppnismála bera málgögn með sér, að Samkeppniseftirlitið fullnægði leiðbeiningarskyldu sinni miðað við það, sem með sanngirni mátti ætlast til miðað við allar aðstæður. Eru því ekki efni til að raska hinni kærðu ákvörðun á þeirri forsendu, að Samkeppniseftirlitið hafi vanrækt leiðbeiningarskyldu sína gagnvart áfrýjendum.

Samkeppniseftirlitinu bar, skv. 12. gr. stjórnarsýslulaga, að gæta meðalhófs við meðferð máls þessa, þannig að ekki yrði gripið til ríkari aðgerða en nauðsyn krafði til þess að fullnægja ákvæðum samkeppnislaga um heimild til samruna fyrirtækja. Að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála verður hins vegar ekki séð, að unnt hefði verið fyrir Samkeppniseftirlitið að setja fram neinar tillögur að skilyrðum varðandi mögulega heimild til samruna umræddra fyrirtækja, sem með fullu öryggi hefðu getað komið í veg fyrir þau samkeppnislegu vandamál, sem samruninn hefði leitt af sér. Tillögur þeirra samrunaaðila, er hér um ræðir, sem að lokum komu fram um skilyrði, sem þeir töldu að byggja mætti á, voru ekki fullnægjandi til að hindra þá röskun á markaði, sem orðið hefði af samrunanum hefði hann verið leyfður. Blasti því ekki annað við, að þeirri niðurstöðu fenginni, en að Samkeppniseftirlitið tæki ákvörðun, þar sem samrunanum yrðu ekki sett skilyrði.

3.2. Efnishlið máls.

Verður nú vikið að því ágreiningsefni málsaðila, sem snýr að því, hvort skilyrði hafi verið til þess skv. 17. gr. samkeppnislaga, að ógilda hinn fyrirhugaða samruna, svo sem gert var með hinni kærðu ákvörðun. Samkvæmt 1. mgr. 17. gr. hefur Samkeppniseftirlitið heimild til þess að ógilda samruna, að öðrum skilmálum greinarinnar fullnægðum, ef ljóst er að samruninn muni ‘hindra virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist.’

3.2.1. Markaðir málsins.

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Er staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta skilgreind sem vara eða þjónusta sem getur að fullu eða verulegu leyti komið í stað annarrar. Tilgangurinn með því að skilgreina markaði og

staðgengdarvöru eða staðgengdarþjónustu í samrunamálum er að skilgreina þau svið viðskipta sem samruninn getur haft áhrif á. Af þessu leiðir að skilgreina ber markaðinn bæði út frá staðgöngusjónarmiðum og landfræðisjónarmiðum. Skilgreiningar á markaði geta þó aldrei orðið nákvæmar og verða því aðeins notaðar til viðmiðunar. Verður svo gert í máli þessu.

Starfsemi Lyfjavers, sem snýr að máli þessi, hefur verið á sviði tölvustýrðrar lyfjaskömmunar, heildsölu og smásölu lyfja.

Markaðinn fyrir skömmun lyfja má greina í tvennt eftir kaupendum þjónustu, sem eru annars vegar einstaklingar og hins vegar heilbrigðisstofnanir.

Skömmun lyfja fyrir einstaklinga á sér eingöngu stað fyrir milligöngu lyfjaverslana, samhliða kaupum á lyfjum og af þeim sökum má telja þennan hluta markaðarins til smásölu lyfja. Ekki er ástæða til að telja að einstaklingar geri greinarmun á vél- og handskömmtuðum lyfjum og telst þjónustan því staðgönguþjónusta á þessum markaði. Markaðurinn sem um ræðir telst því vél- og handskömmun lyfja fyrir einstaklinga og sem slíkur hluti smásölumarkaðar lyfja.

Heilbrigðisstofnanir geta samið um vélskömmun lyfja án þess að semja samhliða um kaup þeirra, þ.e. samið um vélskömmun lyfja sem keypt eru frá þriðja aðila. Því verður ekki talið að þessi þjónusta tilheyri heildsölumarkaði lyfja. Í tilviki stofnana getur vél- og handskömmun lyfja ekki talist staðgönguþjónusta. Má benda á áskilnað í útboði Landspítala-háskólasjúkrahúss um vélskömmun lyfja sem vísbendingu um hug kaupenda þó ekki hafi enn komið fram svipuð krafa frá öðrum heilbrigðisstofnunum. Áfrýjendur telja að staðganga sé milli hand- og vélskömmunar lyfja þar sem heilbrigðisstofnanir hafi þann möguleika að nýta sérfróða starfsmenn sína til þess að sinna handvirkri lyfjaskömmun fyrir vistmenn ef svo beri undir. Áfrýjunarnefndin telur að í þessum tilvikum sé hins vegar ekki um að ræða starfsemi sem telst hluti markaðar fyrir skömmun lyfja fyrir stofnanir, enda um að ræða hluta af starfi launaðra starfsmanna heilbrigðisstofnana.

Markaðurinn sem um ræðir telst því vélskömmtun lyfja fyrir heilbrigðisstofnanir, en sem slíkur ekki hluti af heildsölumarkaði lyfja. Landfræðilegur markaður vélskömmtunar fyrir heilbrigðisstofnanir er landið allt og er ekki um það deilt.

Áfrýjendur telja að landfræðilegur markaður fyrir smásölu lyfja sé landið allt, en afmarkist ekki við höfuðborgarsvæðið. Áfrýjunarnefndin fellst á með Samkeppniseftirlitinu að hér skipti einkum tvennt máli. Í fyrsta lagi að samkvæmt 21. gr. lyfjalaga er póstverslun með lyf óheimil. Í öðru lagi að þó hluti lyfjakaupa íbúa landsbyggðarinnar fari fram utan heimabyggðar, og þá einkum í sambandi við læknisheimsóknir á höfuðborgarsvæðinu, er ekki hægt að merkja að íbúar höfuðborgarsvæðisins geri sér ferð út á land til lyfjakaupa. Til að landið allt gæti talist sameiginlegt markaðssvæði yrðu íbúar af hvoru svæði um sig að sækja þjónustu yfir á hitt svæðið. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur því að landfræðilegur markaður fyrir smásölu lyfja sem um ræðir sé höfuðborgarsvæðið.

Áfrýjendur telja að S-merkt lyf eigi að falla undir smásölumarkað, að öðrum kosti beri að líta á sölu þeirra sem sérstakan markað og velta á þeim markaði eigi að dragast frá heildarveltu áður en hlutdeild hvers fyrirtækis sé metin. Samkeppniseftirlitið styðst í ákvörðun sinni við lyfjalög og reglugerð nr. 458/2005 um greiðslur almannatrygginga í lyfjakostnaði. Í 8. gr. laganna er kveðið á um aðgreiningu S-merktra lyfja frá öðrum lyfjum og 11. gr. reglugerðarinnar heimilar þátttöku sjúkrastofnana í sjúkratryggingum hvað varðar þessi lyf. Áfrýjendur hafa ekki hreyft mótmælum við því að greiðslum til lyfjasmásala sé háttáð með öðrum hætti en ella í þeim tilvikum sem þeir afhenda S-merkt lyf sem almennt eru þó afgreidd af sjúkrastofnunum. Þeir hafa heldur ekki tilgreint neina fjárhæð veltu á þeim markaði er þeir telja vera fyrir hendi með S-merkt lyf. Með vísan til þessa fellst nefndin á það með Samkeppniseftirlitinu að S-merktu lyfin tilheyri ekki smásölumarkaðnum.

Samkvæmt því, sem rakið hefur verið, er fallist á skilgreiningu Samkeppniseftirlitsins á mörkuðum í máli þessu.

3.2.2. Mat á áhrifum samrunans.

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaðsráðandi staða fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppninauta, viðskiptavina og neytenda.

Markaðshlutdeild fyrirtækja hefur talsverða þýðingu þegar áhrif samruna eru metin á samkeppni á skilgreindum markaði. Hún hefur einnig talsverða þýðingu þegar það er metið hvort samruni fyrirtækja leiði til markaðsyfirráða og dragi þar með verulega úr samkeppni. Áfrýjunarnefndin telur einnig að almennt megi ganga út frá því að neikvæð áhrif samruna komi því frekar fram því meiri sem samþjöppunin er á tilteknum markaði.

Við mat á áhrifum samruna þarf einnig að líta til styrks kaupenda á skilgreindum markaði. Í samkeppnisrétti hefur verið talið að um kaupendastyrk sé að ræða þegar kaupendur eru það öflugir að þeir ryðji burt eða geri að engu þann efnahagslega styrk sem seljandi hefur, svo sem á grundvelli hárrar markaðshlutdeildar.

Samkvæmt skilgreiningu markaða mun áhrifa samrunans gæta á tveimur mörkuðum, þ.e. annars vegar á markaði vélskömmtun lyfja fyrir heilbrigðisstofnanir og á markaði smásölu lyfja hins vegar.

3.2.2.1. Áhrif samruna á vélskömmtunarmarkað lyfja.

Á markaði fyrir vélskömmtun lyfja fyrir heilbrigðisstofnanir myndi samruninn leiða til þess að tvö fyrirtæki myndu keppa á markaðnum í stað þriggja áður. Hvort sem lítið er til þessarar fækkunar, sem telja mætti verulega, markaðshlutdeildar sameinaðs fyrirtækis eða hækkunar á Herfindahl-Hirschman stuðli verður að líta svo á að samruninn auki samþjöppun á markaðnum og leiði til þess að markaðsráðandi staða hins sameinaða fyrirtækis styrkist verulega. Fyrir samrunann hafði Lyfjaver [...] ¹⁷% markaðshlutdeild á

¹⁷ Trúnaðarmál.

hinum skilgreinda markaði, markaðshlutdeild DAC var [...] ¹⁸% og hið sameinaða félag hefði því yfir [...] ¹⁹% markaðshlutdeild og aðeins einn keppinaut, sem verður að telja vísbendingu um markaðsráðandi stöðu.

Ekki verður fallist á að áfrýjendum hafi tekist að sýna fram á verulegan kaupendastyrkur á vélskömmtunarmarkaði fyrir heilbrigðisstofnanir. Vissulega einkennist markaðurinn af nokkrum stórum kaupendum þjónustunnar, en þar að auki er einnig fjöldi smærri stofnana. Umræður um sameiginlegt útboð hjúkrunarstofnana á þessari þjónustu gætu skipt máli síðar komi til útboðs, en við athugun á markaðnum geta einnig aðrir þættir breyst sem máli skipta við ákvörðun á kaupendastyrk. Er því fallist á með Samkeppniseftirlitinu að engum vísbendingum sé til að dreifa um kaupendastyrk á markaðnum, sem geta rutt burt eða gert að engu markaðsstyrk sameinaðra fyrirtækja DAC og Lyfjavers.

Áfrýjendur halda því fram að markaðurinn sem um ræðir sé lítill, takmarkaðir stækkunarmöguleikar séu á honum, lítil velta og óarðbær starfssemi. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að ekki hafi komið fram óyggjandi rök fyrir óarðbærum rekstri í vélskömmtun lyfja, né að það myndi breytast við samrunann. Skilyrði um öryggiskröfur, hár launakostnaður og dýr tækjabúnaður geta ekki talist einsdæmi í rekstri fyrirtækja og eingöngu bundin við þennan tiltekna markað. Fullyrðingar um að lögmál samkeppninnar eigi ekki við og því sé ekki aðeins óeðlilegt að margir aðilar veiti þessa þjónustu heldur sé það fjárhagslega útilokað teljast heldur ekki sannaðar og ganga þar að auki gegn meginmarkmiði samkeppnislaga um að efla samkeppni í viðskiptum og stuðla að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta.

3.2.2.2. Áhrif samruna á smásölumarkað lyfja.

Þegar litið er til eignatengsla á milli DAC annars vegar og Lyfja og heilsu hins vegar má ætla að sameiginleg markaðsráðandi staða Lyfju og Lyfja og heilsu á smásölumarkaði lyfja myndi styrkjast við samrunann ef af honum yrði.

¹⁸ Trúnaðarmál.

¹⁹ Trúnaðarmál.

Fallist er á röksemdir Samkeppniseftirlitsins fyrir því að markaður fyrir smásölu lyfja sé tvíkeppnismarkaður, þar sem samanlögð markaðshlutdeild lyfjakeðjanna tveggja (Lyfja og heilsu og Lyfju) telst um [...] ²⁰%. Á sama hátt og áður má leita vísbendinga um samþjöppun í gildi Herfindahl-Hirschman stuðuls (HHI) fyrir markaðinn. Fyrir samruna DAC og Lyfjavers var gildi HHI á smásölumarkaði lyfja [...] ²¹ og hefði samruninn hækkað gildið upp í [...] ²² að gefnum eignatengslum við Lyf og heilsu. Af ofangreindum atriðum má álykta að samruninn myndi auka samþjöppun á smásölumarkaði lyfja og ýta undir einkenni hans sem tvíkeppnismarkaðar.

Áfrýjunarnefndin getur ekki fallist á þau rök áfrýjenda að Samkeppniseftirlitið hefði átt að taka tillit til hugsanlegrar samkeppni frá ríkinu og skoða hefði átt kaupendastyrk ríkisins sem ákveði verð á lyfjum og greiði einnig fyrir þau. Kaupendur lyfja í smásölu eru neytendur, þó ríkið taki vissulega stóran þátt í heildargreiðslum lyfseðilsskyldra lyfja og ákveði hámarksverð þeirra.

Varðandi einkenni markaðarins sem máli kunna að skipta við ákvörðun um líkur á samhæfðri hegðun fellst áfrýjunarnefndin á þau rök Samkeppniseftirlitsins að gagnsæi smásölumarkaðar lyfja sé nægilegt til að keppinautar geti fylgst með aðgerðum hvors annars. Jafnframt að vörur séu nægilega einsleitar til að vöruframboð sé sambærilegt milli lyfjabúða og að kostnaðaruppbygging lyfjakeðjanna geti talist áþekk. Öll framangreind atriði teljast auka líkur á samhæfðri hegðun á markaði.

3.2.3. *Jákvæð áhrif samkeppni.*

Af hálfu áfrýjenda er því haldið fram að Samkeppniseftirlitið hafi í ákvörðun sinni litið framhjá jákvæðum áhrifum samrunans, sem myndi hins vegar styrkja samhliða innflutning lyfja og lækka þar með verð til neytenda. Áfrýjunarnefndin telur þó að sé tekið tillit til uppbyggingar markaðar fyrir smásölu lyfja séu engin hagfræðileg rök fyrir

²⁰ Trúnaðarmál.

²¹ Trúnaðarmál.

²² Trúnaðarmál.

Því að slík lækkun skili sér til neytenda við skilyrði tvíkeppni. Þessi óvissu jákvæðu áhrif teljast því ekki næg til að veða upp á móti meiri samþjöppun á markaði.

3.2.4. Um varakröfu áfrýjenda.

Hvað varðar varakröfu áfrýjenda um að samruninn verði samþykktur með tilgreindum skilyrðum þá telur áfrýjunarnefndin að þau séu óskýr og breyti ekki stöðu samrunaaðila á fákeppnismarkaði. Þau eru því ekki til þess fallin að koma í veg fyrir neikvæð áhrif samrunans. Er því ekki unnt að fallast á varakröfuna.

3.2.5. Niðurlag.

Á grundvelli þess, sem hér hefur verið sagt um stöðu og eðli þess markaðar, sem tengist máli þessu, og um neikvæð áhrif hins fyrirhugaða samruna á þann markað, er nægilega í ljós leitt, að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála, að rétt hafi verið að ógilda samrunann með vísun til fyrrgreinds ákvæðis 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga.

Af þeim ástæðum, sem hér voru raktar, sem og að öðru leyti með vísun til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins, telur áfrýjunarnefnd samkeppnismála vera næg efni til að staðfesta hina kærðu ákvörðun.

Uppsaga úrskurðar þessa hefur dregist vegna dvalar nefndarmanna erlendis.

Úrskurðarorð:

1. Kæru Lyfja og heilsu hf. er vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.
2. Hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 frá 11. júlí 2006 er staðfest.

Reykjavík, 16. október 2006

Páll Sigurðsson

Brynhildur Benediktsdóttir

Erla S. Árnadóttir