



## Misnotkun Lyfja og heilsu hf. á markaðsráðandi stöðu sinni

### Efnisyfirlit

	<b>bls.</b>
I. Upphaf máls og málsmeðferð.....	3
1. Ábending frá Apóteki Vesturlands .....	3
2. Athugasemdir Lyfja og heilsu í kjölfar húsleitar .....	4
3. Frekari rannsókn og málsmeðferð.....	6
4. Um athugasemdir Lyfja og heilsu við meðferð málsins .....	11
4.1 Um meðalhófsreglu stjórnslulaga .....	12
4.2 Um rannsókn málsins .....	14
4.3 Um jafnræðisreglu stjórnslulaga .....	15
4.4 Trúnaðarupplýsingar .....	17
II. Markaðurinn og staða fyrirtækja á honum .....	19
1. Skilgreining markaðarins.....	19
1.1 Sjónarmið Lyfja og heilsu .....	19
1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins .....	19
1.2.1 Vöru- og þjónustumarkaður .....	19
1.2.2 Landfræðilegi markaðurinn .....	22
1.2.2.1 Markaðurinn fyrir smásölu lyfja á Akranesi.....	23
1.2.2.2 Markaðurinn fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu .....	24
2. Staða Lyfja og heilsu á skilgreindum mörkuðum .....	27
2.1 Markaðshlutdeild á Akranesi .....	30
2.2 Staða Lyfja og heilsu á tengdum mörkuðum .....	32
2.2.1 Sameiginleg markaðsráðandi staða á höfuðborgarsvæðinu .....	33
2.2.1.1 Markaðshlutdeild og samþjöppun .....	37
2.2.1.2 Gagnsær og einsleitur markaður .....	39
2.2.1.3 Hvati til samhæfingar og líkur á hefndaraðgerðum frá öðrum keppinautum .....	49
2.2.1.4 Takmarkaðar líkur á að núverandi og mögulegir keppinautar .... eða neytendur geti ógnað samhæfingunni .....	58
2.2.1.5 Lyf og heilsa og Lyfja eru í sameiginlegri markaðsráðandi .....	59
stöðu á höfuðborgarsvæðinu .....	59
2.2.2 Staða Lyfja og heilsu á öðrum landfræðilegum mörkuðum .....	60
2.2.3 Starfsemi systurfélaga Lyfja og heilsu á öðrum tengdum vöru- .... og þjónustumörkuðum.....	61
2.3 Efnahagslegur styrkleiki .....	62
2.4 Aðgangur að markaðnum og möguleg samkeppni .....	66
2.4.1 Lagalegar hindranir .....	67



2.4.2	Hegðun lyfjakeðjanna á mörkuðum fyrir smásölu á lyfjum .....	69
2.4.3	Sjónarmið Lyfja og heilsu um forsvarsmann Apóteks Vesturlands .....	70
2.4.4	Önnur sjónarmið Lyfja og heilsu varðandi aðgangshindranir .....	71
2.5	Breiddarhagkvæmni .....	71
2.6	Mat Lyfja og heilsu á stöðu sinni.....	73
2.7	Niðurstaða .....	75
2.7.1	Um önnur sjónarmið Lyfja og heilsu .....	76
III.	Brot Lyfja og heilsu á 11. gr. samkeppnislaga .....	77
1.	Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga.....	77
1.1	Um sönnun .....	83
1.2	Um sjónarmið Lyfja og heilsu varðandi túlkun á 11. gr. samkeppnislaga og sönnun.....	84
2.	Lyf og heilsa og 11. gr. samkeppnislaga .....	87
3.	Aðgerðir Lyfja og heilsu og aðdragandi þeirra.....	90
3.1	Aðdragandi opunar Apóteks Vesturlands .....	95
3.2	Samskipti við heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytið .....	99
3.3	Vildarklúbbur apóteks Lyfja og heilsu á Akranesi.....	101
3.4	Baráttuafslættir .....	102
3.5	Niðurstaða .....	107
4.	Nánar um Vildarklúbb Lyfja og heilsu á Akranesi.....	109
4.1	Reglur 11. gr. samkeppnislaga um einkakaup og afslátt.....	109
4.2	Aðgerðir Lyfja og heilsu .....	114
4.3	Niðurstaða um vildarklúbb.....	123
4.4	Nánar um sjónarmið Lyfja og heilsu .....	123
5.	Nánar um baráttuafslætti Lyfja og heilsu á Akranesi.....	126
5.1	Reglur 11. gr. samkeppnislaga um sértækar verðlækkunarir .....	126
5.2	Aðgerðir Lyfja og heilsu .....	127
5.2.1	Sjónarmið Lyfja og heilsu um tilgang og umfang baráttuafsláttar.....	130
5.2.2	Verðlagning Lyfja og heilsu var undir heildarkostnaði .....	132
5.2.3	Um tímabundna vernd .....	136
5.2.4	Um sértæka verðlækkun og einstaka yfirburðarstöðu .....	137
5.2.5	Um heimild til að mæta samkeppni.....	138
5.3	Niðurstaða .....	139
6.	Samandregin niðurstaða .....	140
6.1	Um sjónarmið Lyfja og heilsu um gerð markaðarins á Akranesi og hegðun fyrirtækja á tvíkeppnismarkaði .....	141
IV.	Viðurlög.....	144
1.	Sjónarmið Lyfja og heilsu um viðurlög.....	144
2.	Mat Samkeppniseftirlitsins.....	144
V.	Ákvörðunarorð.....	152



## I. Upphaf máls og málsmeðferð

Í máli þessu er tekið til skoðunar hvort Lyf og heilsa hf. (Lyf og heilsa) hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með aðgerðum gegn nýjum keppinauti á Akranesi. Í þessum kafla verður gerð grein fyrir rannsókn Samkeppniseftirlitsins og málsmeðferð lýst í aðalatriðum. Í kafla II er fjallað um skilgreiningu markaðarins og stöðu fyrirtækja á þeim. Í kafla III er fjallað um brot Lyfja og heilsu á 11. gr. samkeppnislaga og í kafla IV er að finna umfjöllun um viðurlög og tengd atriði.

### 1. Ábending frá Apóteki Vesturlands

Síðla sumars árið 2007 barst Samkeppniseftirlitinu óformleg kvörtun frá Apóteki Vesturlands ehf. (Apóteki Vesturlands) þess efnis að Lyf og heilsa beittu sértækum verðlagningaraðgerðum í apóteki félagsins á Akranesi með það að markmiði að hindra að Apótek Vesturlands næði fótfestu á markaðnum. Kynnu umræddar aðgerðir því að fara gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Fjallað var um framangreindar fullyrðingar í fjölmiðlum á umræddum tíma.<sup>1</sup> Þá var Samkeppniseftirlitið upplýst um að sams konar afslættir hefðu ekki verið í boði á umræddum tíma í öðrum lyfjaverslunum Lyfja og heilsu þrátt fyrir þá opinberu verðstefnu fyrirtækisins að sama verð gildi um allt land í lyfjaverslunum sem reknar væru undir vörumerki þess.

Samkeppniseftirlitið var jafnframt upplýst um að Lyf og heilsa á Akranesi hefðu gefið út svokölluð vildarkort til valinna viðskiptavina, sem kynnu að fela í sér tryggðarafslætti. Umrædd kort veittu viðskiptavinunum ýmis fríðindi, s.s. inneign að ákveðnum tíma liðnum og aðra þjónustu til handa korthöfum, þeim að kostnaðarlausu.

Í ljósi vísbendinga sem Samkeppniseftirlitinu bárust, þess efnis að Lyf og heilsa hefðu í starfsemi sinni hugsanlega brotið gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga, ákvað Samkeppniseftirlitið að fara í starfsstöðvar Lyfja og heilsu á Akranesi og skrifstofur fyrirtækisins í Reykjavík og leita þar að gögnum og upplýsingum sem varpað gætu frekara ljósi á málið. Að fenginni heimild Héraðsdóms Reykjavíkur<sup>2</sup> fór leit fram þann 14. september 2007. Lagt var hald á gögn sem mynda að hluta til grundvöll þessa máls. Samkeppniseftirlitinu hafa jafnframt borist frekari gögn og upplýsingar við rannsókn málsins, bæði frá Lyfjum og heilsu og öðrum aðilum.

Í kjölfar húsleitar hjá Lyfjum og heilsu, eða þann 17. september 2007, sendi Samkeppniseftirlitið fyrirtækinu bréf þar sem fram kom m.a. að eftirlitið hefði að eigin frumkvæði ákveðið að taka til skoðunar hvort Lyf og heilsa hefði með

<sup>1</sup> „Segir Lyf og heilsu sauma að einyrkjum“, Blaðið, þriðjudaginn 26. júlí 2007, *Segir sama verð um allt land*, Blaðið, þriðjudaginn 26. júlí 2007 og „Ódýrustu lyf á Íslandi eru seld á Akranesi“, Vísir 29. ágúst 2007. Í blaðagreinum kom m.a. fram að Lyf og heilsa veittu umtalsverða afslætti af verði á lyfseðilsskyldum lyfjum og lausasólulyfjum og ýmsum öðrum vörum í apóteki sínu á Akranesi.

<sup>2</sup> Sjá úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur í málum nr. R-431/2007 og R-432/2007: Krafa Samkeppniseftirlits um úrskurð, sbr. 89. gr. og 1. mgr. 90. gr. laga nr. 19/1991.



aðgerðum gegn keppinautum farið gegn ákvæðum samkeppnislaga nr. 44/2005, þá einkum ákvæði 11. gr. laganna. Þá var einnig óskað eftir ýmsum tölulegum upplýsingum frá fyrirtækinu, s.s. sundurliðun á tekjum og kostnaði. Jafnframt var óskað eftir upplýsingum um smásöluverð, afslætti og sértíloboð tiltekinna söluhæstu vörunúmera í nokkrum lyfjaverslunum Lyfja og heilsu á ákveðnu tímabili. Um var að ræða lyfseðilsskyld lyf, lausasölulyf og aðrar vörur. Einnig var óskað eftir upplýsingum um afslætti og svokölluð vildarkort, afrit af tölvupóstum, minnisblöðum og öðrum gögnum.

## **2. Athugasemdir Lyfja og heilsu í kjölfar húsleitar**

Svarbréf Lyfja og heilsu, með umbeðnum upplýsingum og fylgiskjöllum, barst Samkeppniseftirlitinu með bréfi, dags. 8. október 2007. Í bréfinu er jafnframt greint frá sjónarmiðum félagsins.

### *Markaður málsins og staða aðila á hinum skilgreinda markaði*

Að mati Lyfja og heilsu er þjónustumarkaður þessa máls smásala á lyfjum, bæði lyfseðilsskyldum og lyfjum í lausasölu. Landfræðilegi markaður málsins takmarkist við Akranes þar sem markaður fyrir smásölu lyfja sé að öllu jöfnu staðbundinn markaður. Vísar fyrirtækið í þessu sambandi til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 *Samruni DAC ehf. og Lyfjavers ehf.*

Þá segir í athugasemdum Lyfja og heilsu að það liggi ljóst fyrir að aðeins tvö fyrirtæki séu á hinum skilgreinda markaði, þ.e. Lyf og heilsa á Akranesi og Apótek Vesturlands. Hið fyrrnefnda hafi starfað á markaðnum síðan 1. ágúst 2000 en hið síðarnefnda síðan í lok júní 2007. Apótek Vesturlands hafi því verið nýtt fyrirtæki á markaðnum þegar meint háttsemi Lyfja og heilsu á Akranesi eigi að hafa byrjað. Þar sem Lyf og heilsa á Akranesi hafi verið eina apótekið á markaðnum fram til þess tíma megi gera ráð fyrir að fyrirtækið hafi verið markaðsráðandi fram að því. Hins vegar hafi Apótek Vesturlands náð verulegri markaðshlutdeild á mjög skömmum tíma og sama dag og húsleit Samkeppniseftirlitsins fór fram hafi hlutdeild Lyfja og heilsu á Akranesi verið 51,1%. Erfitt sé því að halda því fram að fyrirtækið „... hafi verið í þeirri stöðu að geta starfað án þess að taka tillit til keppinauta og auðséð að mikil samkeppni var til staðar á hinum skilgreinda markaði eftir innkomu Apóteks Vesturlands.“ Er í þessu sambandi vísað til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 8/2003, *Erindi Refund á Íslandi ehf. vegna misnotkunar Global Refund á Íslandi hf. á markaðsráðandi stöðu sinni og óréttmætra viðskiptahátta*. Sömu sjónarmið eigi við í þessu máli, þ.e. að eftir að nýr aðili kom inn á markaðinn hafi hann á mjög skömmum tíma náð verulegri markaðshlutdeild.

### *Aðgerðir Lyfja og heilsu á Akranesi ekki ólögmatar*

Af hálfu Lyfja og heilsu er því haldið fram að jafnvel þótt Samkeppniseftirlitið komist að þeirri niðurstöðu að fyrirtækið hafi verið í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði á Akranesi hafi slík staða ekki verið misnotuð á nokkurn hátt. Vísað er til þess að markaðsráðandi fyrirtækjum sé heimilt að mæta samkeppni að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Að mati Lyfja og heilsu hafi slík skilyrði verið uppfyllt í því máli sem hér sé til skoðunar og þegar skoðuð séu viðbrögð Lyfja og heilsu við innkomu nýs aðila á markaðinn komi í ljós að þau hafi



fyllilega verið í samræmi við hina skýru heimild til þess að mæta samkeppni. Verðlagning hafi verið yfir kostnaði og tilgangurinn hafi einungis verið að mæta samkeppni og bregðast við væntanlegu fjárhagslegu tapi en ekki að raska samkeppni.

Þá er á því byggt að verðlækkunar félagsins hafi aðeins verið liður í því að mæta þeirri miklu samkeppni sem hófst eftir innkomu Apóteks Vesturlands inn á markaðinn. Margar kvartanir hafi borist frá viðskiptavinum um hærra vöruverð Lyfja og heilsu á Akranesi í samanburði við Apótek Vesturlands og því hafi fyrirtækið talið eðlilegt að bregðast við með verðlækkunum. Gögn sýni fram á að fyrirtækið hafi misst mikið af sölu sinni áður en umrædd verðlækkun átti sér stað og því hætt við að það myndi missa alla viðskiptavini sína.<sup>3</sup>

Að mati Lyfja og heilsu byggja Samkeppniseftirlitið meinta misnotkun fyrirtækisins einkum á tvennu, þ.e. á veittum afsláttum og útgáfu vildarkorta.

#### *Verðlækkunar*

Að mati Lyfja og heilsu fólu þær verðlækkunar sem fyrirtækið stóð fyrir ekki í sér sértæka afslætti. Ekki hafi verið um að ræða afslætti sem beinst hafi að því hvaða verð keppinauturinn bauð heldur hafi fyrirtækið tekið sjálfstæða ákvörðun um hvaða lyf og vörur selja ætti með afslætti. Þá hafi ekki verið gripið til verðbreytinga fyrr en eftir að Apótek Vesturlands hafi hafið starfsemi og markaðshlutdeild félagsins minnkað verulega. Fram að þeim tíma hafi verið óbreytt og verðlækkunin hafi því aðeins falið í sér viðbrögð við samdrætti í veltu sem nam nálega 50% á nokkrum vikum. Verð hafi aldrei farið undir kostnaðarverð heldur hafi álagning ávallt verið á bilinu 7-31% sem yrði að telja ásættanlegt, enda vel yfir heildarkostnaði.

Verðlækkunum Apóteks Vesturlands hefði verið svarað hóflega með því að velja samtals 69 lyf, eða 2% vörunúmera, og lækka álagningu þeirra. Einungis 38 þessara 69 lyfja hafi verið í hópi 200 söluhæstu lyfseðilsskyldra lyfja á Akranesi. Við ákvörðun um það hvaða lyf skyldi velja hafi verið horft til þess hver þeirra hefðu selst í miklu magni en gæfu litla framlegð. Veittur hafi verið afsláttur í einhverjum tilvikum þannig að álagning umræddra lyfja hafi verið lækkuð um 70%, en eftir hafi setið 30% af álagningu apóteksins. Greiðslur frá Tryggingastofnun hafi verið óbreyttar. Rekstraruppgjör sýni að framlegð hafi verið neikvæð í júlí og ágúst. Hagræðingaraðgerðir fyrirtækisins hafi ekki verið komnar til framkvæmda nema að takmörkuðu leyti á því tímabili sem rekstraruppgjörði taki til.

#### *Vildarkort*

Í bréfi Lyfja og heilsu er að finna lýsingu á aðdraganda þess að hafist var handa við að bjóða viðskiptavinum á Akranesi vildarkort, en því hafnað að notkun og útgáfa þeirra hafi falið í sér samkeppnishamlandi háttsemi. Undirbúningur við að setja upp tölvuvætt vildarkortskerfi hafi hafist í lok árs 2006 og í aðgerðar- og fjárfestingaráætlun ársins 2007 hafi verið gert ráð fyrir því að kerfin yrðu sett upp

<sup>3</sup> Sjá fylgiskjöl með svarbréfi Lyfja og heilsu til Samkeppniseftirlitsins, dags. 8. október 2007.



Í öllum apótekum félagsins. Tilgangurinn með kerfinu hafi verið sá að ná utan um þá afslætti sem bjóðist innan Lyfja og heilsu keðjunnar og koma til móts við þá viðskiptavinum sem þurfi á mikilli lyfjagjöf að halda. Einnig hafi tilgangurinn verið að auðvelda og staðla þær reglur sem gilt hafi um fríðindakerfi innan fyrirtækisins. Samkvæmt ráðleggingum frá ráðgjafa Lyfja og heilsu hafi verið hentugast að nota lítið handvirkt kerfi líkt og þegar hefði verið sett upp í apótekinu í Mjóddinni og JL húsinu, en þó með smávægilegum breytingum. Lagt hafi verið til að kerfið yrði tekið í notkun á einum litlum stað helst utan höfuðborgarsvæðisins til þess að hægt væri að safna staðbundinni reynslu. Ástæðan fyrir staðarvalinu hafi verið sú að stærð apóteksins á Akranesi hafi verið talin heppileg til að fá sem skýrasta mynd af virkni kerfisins. Þá er þess getið að ekki hafi legið fyrir vitneskja um opnun nýs apóteks þegar ákvörðun um að setja upp vildarkerfi hafi verið tekin.

Afslættir sem hafi falist í vildarkortunum hafi verið veittir á almennum mælikvarða og á jöfnum grundvelli. Viðskiptavinirnir hafi ekki verið sérvaldir og allir handhafar kortanna notið sömu kjara. Í þeim hafi ekki falist skuldbinding eða tryggðarafslættir. Handhöfum vildarkortanna hafi verið heimilt að eiga viðskipti við önnur apótek og verslanir og hafi slík viðskipti engin áhrif haft á stöðu vildarkortsins eða þau kjör sem kortin veittu.

### **3. Frekari rannsókn og málsmeðferð**

Með bréfi, dags. 15. október 2007, sbr. tölvubréf frá 27. september og 3. október 2007, barst Samkeppniseftirlitinu beiðni frá Lyfjum og heilsu, þar sem óskað var eftir því að veittur yrði aðgangur að þeim gögnum sem lögð voru fram fyrir Héraðsdóm Reykjavíkur vegna beiðni Samkeppniseftirlitsins um húsleit. Samkeppniseftirlitið heimilaði aðgang að umbeðnum gögnum og var Lyfjum og heilsu afhent afrit þeirra með bréfi, dags. 22. október 2007, sbr. tölvubréf, dags. 23. október s.á.

Þann 6. desember 2007, sbr. tölvubréf dags. 22. október 2007, sendu Lyf og heilsa Samkeppniseftirlitinu bréf þar sem m.a. var óskað eftir upplýsingum um umfang rannsóknar málsins og hvernig staðið hefði verið að yfirferð tölvugagna. Í svarbréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. desember 2007, var vísað til bréfs eftirlitsins frá 17. september 2007 til Lyfja og heilsu í kjölfar húsleitar og óskað eftir ýmsum gögnum og upplýsingum. Þá kom fram í bréfi eftirlitsins frá 17. september 2007 að í upphafi mundi athugunin beinast að aðgerðum Lyfja og heilsu á Akranesi.

Í framangreindu svarbréfi Samkeppniseftirlitsins frá 14. desember 2007 kom fram að rannsókn málsins hefði ekki verið afmörkuð nánar og athugun á umræddum tölvugögnum hefði farið fram með hefðbundnum hætti. Í samræmi við það hefði Samkeppniseftirlitið prentað út skjöl sem að mati eftirlitsins kynnu að hafa þýðingu fyrir rannsókn málsins. Forsvarsmönnum og lögmönnum Lyfja og heilsu hefði verið gefinn kostur á því að fylgjast með skoðun tölvugagna. Loks var upplýst að Samkeppniseftirlitið færi nú yfir tölvugögn sem aflað hefði verið frá Lyfjum og heilsu og í kjölfar þess yrði tekin afstaða til þess hvaða tölvugögn yrðu hluti af því stjórnáslumáli sem lyti að ætluðum brotum Lyfja og heilsu á samkeppnislögum, sbr. dóm Hæstaréttar frá 19. júní í máli nr. 83/2003



*Samkeppnisstofnun gegn Hf. Eimskipafélagi Íslands.* Eftir að farið hefði verið yfir haldlögð gögn mundi liggja fyrir listi yfir endanleg gögn málsins, sem Lyfjum og heilsu yrði unnt að gera athugasemdir við.

Þann 25. febrúar 2008 barst beiðni frá Lyfjum og heilsu um afhendingu afrita af öllum þeim tölvupóstum og öðrum skjölum sem starfsmenn Samkeppniseftirlitsins hefðu prentað út í yfirferð sinni yfir haldlögð gögn úr húsleit eftirlitsins hjá Lyfjum og heilsu. Í svarbréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 15. apríl 2008, var vísað til þess að Samkeppniseftirlitið hefði ekki lokið yfirferð sinni yfir þau gögn sem vísað væri til og aflað hefði verið hjá Lyfjum og heilsu og tók eftirlitið því ekki afstöðu til beiðninnar að svo stöddu.

Ýmissa frekari gagna var aflað við vinnslu málsins. Með tölvubréfi, dags. 21. maí 2008, óskaði Samkeppniseftirlitið t.d. eftir afriti af gögnum frá Lyfjum og heilsu sem fyrirtækið hafði vísað til í bréfi sínu til Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2007. Umbeðnar upplýsingar bárust með bréfi, dags. 23. maí 2008. Þá var með tölvubréfi, dags. 13. júní s.á., óskað staðfestingar Lyfja og heilsu á því hverjir hefðu verið starfsmenn fyrirtækisins á árunum 2006 og 2007 og hvaða starfsheiti þeir hefðu borið. Svar barst frá Lyfjum og heilsu þann 16. júní s.á. og er stuðst við þann lista þegar vísað er til einstakra starfsmanna við skoðun og mat á ummælum í tölvubréfum síðar í ákvörðun þessari.

Þann 18. júní 2008 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir ársreikningi L&H eignarhaldsfélags fyrir árin 2006 og 2007. Þann dag var einnig óskað eftir afriti af undirrituðu bréfi Lyfja og heilsu til heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytis, vegna athugasemda félagsins við umsögn Samkeppniseftirlitsins í tengslum við veitingu lyfsöluleyfis á Akranesi vorið 2007, auk afrits af ársreikningi Lyfja og heilsu fyrir árin 2006 og 2007. Svör og gögn bárust þann 24. júní s.á. Þá var og í bréfi þann 18. júní 2008 óskað eftir rekstraruppgjöri frá Apóteki Vesturlands fyrir júlí og ágúst 2007 sem og upplýsingum um heildareignir og eigið fé félagsins. Þær upplýsingar bárust þann 23. júní 2008. Þann 20. júní s.á. var óskað eftir því að Apótek Vesturlands afhenti Samkeppniseftirlitinu afrit af beiðni félagsins til heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytisins um lyfsöluleyfi á Akranesi. Umbeðin gögn bárust samdægurs.

Með bréfum, dags. 25. og 26. júní 2008, var send út beiðni til allra apóteka á landinu, auk lyfjasviðs Landspítala háskólasjúkrahúss, þar sem óskað var upplýsinga um heildartekjur fyrir árin 2006 og 2007 án virðisaukaskatts. Óskað var eftir því að Lyf og heilsa, Lyfja og Lyfjaval sundurliðuðu svör sín eftir einstökum apótekum. Sundurliðun skyldi að öðru leyti taka mið af sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum, sölu á lausasölulyfjum og annarri sölu/öðrum tekjum. Auk þessara apóteka fengu Apótek Ólafsvíkur, Siglufjarðar Apótek ehf., Laugarnesapótek ehf., Garðs apótek, Árbæjar Apótek ehf., Rima Apótek ehf., Lyfjaver ehf., Lyfsalan Vopnafirði, Lyfsalan Hólmavík, Lyfsalan Kirkjubæjarklaustri ehf. og Lyfsala læknis Vík í Mýrdal sambærilega fyrirspurn. Svör bárust frá umræddum aðilum í júní, júlí og ágústmánuði. Þann 11. júlí s.á. var send beiðni til Tryggingastofnunar ríkisins (nú Sjúkratryggingar Íslands) um upplýsingar um



greiðslur stofnunarinnar til einstakra lyfsala í hverjum mánuði, sundurliðað eftir mánuðum, frá ársbyrjun 2006 til 1. maí 2008. Þau gögn bárust 13. ágúst s.á.

Þann 27. júní 2008 sendi lyfsöluleyfshafi Apóteks Vesturlands inn svör við fyrirspurn Samkeppniseftirlitsins um samskipti hans og forsvarsmanna Lyfja og heilsu í aðdraganda opunar á Apóteki Vesturlands. Í því bréfi kom m.a. fram að Guðni B. Guðnason, framkvæmdastjóri Lyfja og heilsu, hefði hringt í hann í mars 2007 (leiðrétt í desember 2006 með bréfi, dags. 2. júlí 2008) og boðið honum að verða leyfshafi apóteks Lyfja og heilsu á Selfossi. Eftir að hann afþakkaði það boð hefði honum verið boðið að taka við apóteki Lyfja og heilsu á Akranesi.

Þann 27. júní 2008 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Lyfjum og heilsu um fjölda þeirra viðskiptavina/sjúklinga sem höfðu nýtt sér lyfjaskömmtum hjá félaginu á Akranesi, miðað við fyrsta dag hvers mánaðar frá því 1. janúar 2006 til 1. janúar 2008. Óskað var upplýsinga um andvirði viðskiptanna á umræddu tímabili í hverjum mánuði sundurliðað annars vegar eftir tekjum fyrir lyfsölu tengda lyfjaskömmtum sérstaklega og tekjum af skömmunarþjónustu hins vegar. Þá var óskað eftir almennum upplýsingum um lyfjaskömmtum Lyfja og heilsu á Akranesi. Svör bárust frá Lyfjum og heilsu með bréfi, dags. 7. júlí 2008.

Þann 13. ágúst 2008 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um sundurliðaðar tekjur Apóteks Vesturlands og Lyfja og heilsu af lyfseðilsskyldum lyfjum, lausasölulyfjum og öðrum vörum frá byrjun septembermánaðar 2007 til loka júlímánaðar 2008, án virðisaukaskatts. Svör og gögn bárust frá báðum aðilum með bréfum þann 21. og 28. ágúst 2007 (Apótek Vesturlands) og 22. ágúst 2007 (Lyf og heilsa). Með tölvupósti þann 28. ágúst 2008 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir nánari skýringum frá Lyfjum og heilsu á tilteknu haldlagningargagni. Umbeðnar skýringar bárust með tölvubréfi Lyfja og heilsu, dags. 28. ágúst s.á. Þann 11. september 2008 var Lyfjum og heilsu sent afrit af haldlögðum gögnum í samræmi við beiðni þar að lútandi.

Þann 20. mars 2009 sendi Samkeppniseftirlitið fyrirspurnarbréf til lyfjaheildsalanna Vistors hf., Actavis hf., Icepharma og GlaxoSmithKline ehf. og óskaði eftir upplýsingum um viðskiptakjör Lyfja og heilsu annars vegar og viðskiptakjör Apóteks Vesturlands hins vegar vegna 50 veltuhæstu lyfja sem viðkomandi lyfjaheildsalar seldu hér á landi á árinu 2007. Enn fremur var óskað eftir upplýsingum um önnur viðskiptakjör, svo sem eftirágreidda afslætti og e.t.v. bónusa. Svör og gögn bárust frá öllum aðilum fyrir lok marsmánaðar s.á.

Þann 7. apríl 2009 var Lyfjum og heilsu sent andmælaskjal ásamt lista yfir gögn málsins og veittur frestur til 8. maí s.á. til að koma að sjónarmiðum sínum. Sá frestur var framlengdur til 20. maí s.á. með bréfi, dags. 4. maí 2009, um leið og Lyf og heilsa fengu gögn af gagnalista sem ekki sæta trúnaði sem fyrirtækið óskaði eftir. Með tölvupósti Lyfja og heilsu þann 5. maí 2009 var óskað eftir afriti af tilteknum gögnum. Voru þau afhent Lyfjum og heilsu þann 6. maí s.á. og á ný framlengdur frestur að beiðni fyrirtækisins til að gera athugasemdir við andmælaskjalið með tölvubréfi, þ.e. til 25. maí 2009. Sjónarmið og athugasemdir Lyfja og heilsu við andmælaskjal Samkeppniseftirlitins voru móttekin þann dag.





Verður gerð grein fyrir þeim sjónarmiðum í umfjöllun um form- og efni þessa máls.

Þann 8. júní 2009 var Sjúkratryggingum Íslands send beiðni um upplýsingar um fjölda einstaklinga sem keyptu lyfseðilsskyld lyf hjá apótekum á höfuðborgarsvæðinu og var spurt um slík viðskipti einstaklinga við apótek í eigu Lyfja og heilsu annars vegar og Lyfju hins vegar fyrir árið 2007. Svör og gögn bárust Samkeppniseftirlitinu þann 9. júní s.á.

Þá var með tölvubréfi, dags. 18. júní 2009, óskað eftir formlegri staðfestingu frá Apóteki Vesturlands um eignarhald og yfiráð yfir félögunum 101 Apótek ehf. og Líf og líðan ehf. og bárust stofnsamningur, stofnfundargerð og samþykktir í lok júní 2009. Í kjölfarið sendi Samkeppniseftirlitið bréf til annarra hluthafa Apóteks Vesturlands og óskaði eftir yfirliti um stöðu fyrirtækja sem þeir höfðu yfiráð yfir á árunum 2007 og 2008, auk þess sem óskað var eftir ársreikningum þeirra félaga. Umbeðnar upplýsingar bárust í júlí 2009.

Þann 29. júní 2009 barst frá Lyfjum og heilsu álitserð frá breskum prófessor emeritus Valentine Korah. Í bréfi sem fylgdi álitserðinni var þess óskað að hún yrði tekin til greina sem gagn í málinu. Þá voru áréttaðar kröfur Lyfja og heilsu um að Samkeppniseftirlitið felldi niður rannsókn málsins á þeim grunni að fyrirtækið hefði ekki viðhaft samkeppnishamlandi háttsemi. Í álitserðinni eru gerðar athugasemdir við ýmis atriði viðvíkjandi andmælaskjalið og rannsókn Samkeppniseftirlitsins.

Með tölvubréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 2. september 2009, var óskað eftir upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands um fjölda einstaklinga sem keyptu lyfseðilsskyld lyf hjá öðrum apótekum og lyfsölum en Lyfju, Lyfjum og heilsu og Apóteki Vesturlands á höfuðborgarsvæðinu og á landsbyggðinni á árinu 2007. Svar barst Samkeppniseftirlitinu þann 7. september 2009 með umbeðnum gögnum. Með tölvubréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 2. október 2009, var síðan óskað eftir upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands um meðalverð (upphæð hvers lyfseðils) fyrir (i) apótek á öllu landinu, (ii) Lyf og heilsu á Akranesi og (iii) Apótek Vesturlands á árinu 2007. Óskað var eftir að greint yrði á milli hlutar Tryggingastofnunar og hlutar sjúklings. Umbeðnar upplýsingar bárust Samkeppniseftirlitinu þann 6. október 2009.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 2. október 2009, til Landlæknisembættisins var óskað eftir upplýsingum um skiptingu viðskiptavina apóteka eftir búsetu árið 2007. Umbeðnar upplýsingar bárust Samkeppniseftirlitinu þann 28. október 2009.

Þá var Lyfjum og heilsu send beiðni, dags. 7. október 2009, þar sem óskað var ýmissa upplýsinga og gagna til viðbótar við önnur gögn sem þegar hafði verið aflað frá fyrirtækinu. Svar ásamt fylgigögnum barst Samkeppniseftirlitinu þann 23. október 2009.



Þar sem ekki höfðu borist upplýsingar frá Garðs Apóteki um sundurliðun á tekjum þegar gagnabeiðni þar að lútandi sem var send apótekinu sumarið 2008 var fyrirtækinu sent ítrekunarbréf þann 9. nóvember 2009. Svar barst frá Garðs Apóteki þann 15. desember 2009.

Þann 12. nóvember 2009 var Lyfjum og heilsu sent tölvubréf þar sem óskað var eftir upplýsingum um uppgjör í heild fyrir apótek sem störfuðu undir merkjum keðjunnar (þ.e. einungis Lyfja og heilsu apótek) fyrir árið 2007. Umbeðnar upplýsingar bárust Samkeppniseftirlitinu þann 19. nóvember 2009.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 17. nóvember 2009, var Lyfjum og heilsu sendur listi yfir þau gögn í málinu sem bæst höfðu við önnur gögn sem þegar höfðu verið lögð til grundvallar í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins. Sama dag barst tölvupóstur frá Lyfjum og heilsu þar sem óskað var eftir afriti af þeim gögnum sem fram komu á gagnalistanum sem ekki stöfuðu frá Lyfjum og heilsu og innihéldu ekki trúnaðarupplýsingar. Umbeðin gögn voru send Lyfjum og heilsu með bréfi, dags. sama dag.

Þann 27. nóvember 2009 barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá Lyfjum og heilsu þar sem óskað var eftir afriti af tilteknum gögnum á gagnalista sem að mati eftirlitsins höfðu innihaldið trúnaðarupplýsingar og því ekki verið send fyrirtækinu. Þá óskaði Lyf og heilsa eftir lista yfir öll gögn sem eftirlitið hefði í „fórum sínum“ vegna málsins eins og það var orðað. Sérstaklega var óskað eftir lista yfir öll þau gögn sem eftirlitið hafði aflað af póstpjónum í húsleit hjá Lyfjum og heilsu þann 14. september 2007 auk þess sem upplýst yrði um það hver væru raunveruleg gögn málsins. Þá var óskað upplýsinga um það hvort Ólafur Adolfsson fyrirsvarsmaður Apóteks Vesturlands hefði fengið stöðu aðila máls og hvort hann hefði með einhverjum hætti fengið afhent gögn málsins eða upplýsingar úr gögnum málsins.

Samkeppniseftirlitið svaraði með bréfi þann 11. desember 2009. Í bréfinu var því hafnað að veita Lyfjum og heilsu aðgang að umbeðnum upplýsingum þar sem um trúnaðarupplýsingar væri að ræða nema að því leyti sem upplýsingarnar vörðuðu fyrirtækið sjálft. Voru þær upplýsingar meðfylgjandi bréfinu. Í bréfinu var því einnig hafnað að veita Lyfjum og heilsu lista yfir tölvugögn og tekið fram að fyrirtækið hefði þegar undir höndum afrit af haldlagningarskrá og upplýsingar um þau tölvugögn sem afrituð hefðu verið í húsleitinni. Þá hefðu fulltrúar Logos lögmannspjónustu fylgst með athugun á tölvugögnum og ætti því Lyfjum og heilsu að vera ljóst hvaða tölvugögn fyrirtækisins hefðu verið skoðuð. Í bréfinu var einnig vísað til þess að fyrirtækið hefði þegar verið upplýst um hvaða gögn hefðu orðið hluti af málinu. Segir ennfremur að í ljósi athugasemda sem Lyf og heilsa hefðu sett fram í athugasemdum við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins hafi málið verið tekið til frekari rannsóknar og m.a. útprentuð tölvugögn skoðuð á ný og talin ástæða til að bæta nokkrum gögnum í málið. Var það því mat eftirlitsins að Lyf og heilsa hefðu fulla vitneskju um verklag við rannsókn málsins og hver teldust vera gögn þess. Loks var í bréfinu upplýst að Apótek Vesturlands hefði ekki fengið stöðu aðila í málinu né að það fyrirtæki hefði gert kröfu um slíkt. Hins vegar hefði Ólafi Adolfssyni fyrirsvarsmanni Apóteks Vesturlands með



almennum hætti verið greint frá stöðu málsins með svipuðum hætti og t.d. þegar fjölmiðlar óskuðu slíkra upplýsinga.

#### 4. Um athugasemdir Lyfja og heilsu við meðferð málsins

Lyf og heilsa halda því fram að andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins og rannsókn málsins sé haldin verulegum annmörkum. Gera verði þær kröfur til stjórnvalda að gætt sé að grundvallaratriðum stjórnsýslureglna, s.s. rannsóknarreglunni, jafnræði, kannað hver fyrri stjórnsýslufrákvæmd hafi verið og hverjar efnisreglurnar eru, áður en ávirðingar eins og þær sem andmælaskjalið hafi að geyma séu settar fram. Oftar en ekki vanti mikið upp á rökstuðning og ályktanir séu dregnar án nokkurs sýnilegs tilefnis eða dregnar af skjölum og staðreyndum sem eigi sér ekki stoð í raunveruleikanum. Þetta leiði að mati Lyfja og heilsu eðlilega til þess að niðurstaðan verði röng. Lyf og heilsa hafi leitast við að setja fram helstu athugasemdir sínar í skjalinu en vegna umfangsmikilla ágalla á andmælaskjalinu sé ekki um tæmandi talningu athugasemda að ræða. Gerir félagið þann fyrirvara að frekari athugasemdir kunni að verða settar fram á síðari stigum málsins.

Samkeppniseftirlitið vill hér fyrst almennt taka fram að telja verði að þessi gagnrýni Lyfja og heilsu byggji m.a. á misskilningi á eðli og tilgangi andmælaskjala í samkeppniserétti. Eins og fram kemur í 2. mgr. 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins er andmælaskjal ritað í því skyni að stuðla að því að málið sé að fullu upplýst áður en ákvörðun er tekin og í því skyni að auðvelda aðila að nýta sér andmælarétt sinn. Útgáfa andmælaskjals er þannig liður í meðferð máls og er skjalið því undirbúningsgagn sem ekki felur í sér stjórnvaldsákvörðun.<sup>4</sup> Af þessu leiðir að umfjöllun og ályktanir í andmælaskjali eru ekki endanlegar og geta breyst ef athugasemdir aðila gefa tilefni til þess. Í ljósi þessa stenst það ekki hjá Lyfjum og heilsu að gagnrýna andmælaskjal þessa máls með vísan m.a. til rannsóknarreglu stjórnsýslulaga og kröfu þeirra laga um rökstuðning. Þau ákvæði stjórnsýslulaga taka ekki til undirbúningsgagna heldur miða að því að stjórnvaldsákvörðun í viðkomandi máli byggji á fullnægjandi rannsókn og að hún sé, ef við á, rökstudd með fullnægjandi hætti, sbr. V. kafla stjórnsýslulaga. Ritun andmælaskjals í þessu máli og skoðun á athugasemdum Lyfja og heilsu er augljóslega liður í meðferð málsins og ætlað að tryggja að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í málinu uppfylli kröfur stjórnsýslulaga.

Verður nú vikið nánar að einstökum athugasemdum Lyfja og heilsu.

---

<sup>4</sup> Í EES/EB-samkeppniserétti gilda áþekk sjónarmið um andmælaskjöl (e. statement of objections). Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-204/00P Aalborg Portland v Commission [2004] 4 CMLR 13: „... Regulation No 17 provides that the parties are to be sent a statement of objections which must set forth clearly all the essential facts upon which the Commission is relying at that stage of the procedure. However, that may be done summarily and the decision is not necessarily required to be a replica of the Commission's statement of objections ... since the statement of objections is a preparatory document containing assessments of fact and of law which are purely provisional in nature ... For that reason, the Commission may, and even must, take into account the factors emerging from the administrative procedure in order, inter alia, to abandon such objections as have been shown to be unfounded.“



#### 4.1 Um meðalhófsreglu stjórnsýslulaga

Lyf og heilsa halda því fram að Samkeppniseftirlitið hafi fengið heimild til húsleitar á grundvelli rangra og villandi upplýsinga og eðli málsins samkvæmt sé því ekki grundvöllur til að byggja á gögnum sem aflað var með húsleitinni. Er í þessu samhengi vísað til meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga. Er því haldið fram að þegar ákvörðun hafi verið tekin um að fara í húsleit þá hafi Lyf og heilsa þegar tapað mikilli markaðshlutdeild. Það eitt leiði til þess að verulegur vafi hafi leikið á því hvort fyrirtækið hafi haft þann styrkleika sem þurfi til þess að teljast markaðsráðandi. Þar sem slíkur vafi hafi verið um stöðu Lyfja og heilsu á Akranesi geti rökstuddur grunur um að Lyf og heilsa hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga ekki hafa verið til staðar. Samkeppniseftirlitið hefði getað kallað eftir gögnum um þróun markaðarins áður en farið var í húsleit en það hafi ekki verið gert. Þá er því haldið fram að húsleitarkrafa Samkeppniseftirlitsins hafi byggst á röngum fullyrðingum um umfang afsláttar fyrirtækisins sem hafi verið minni en eftirlitið hafi haldið fram. Sökum þessa er þess krafist að rannsókn málsins verði felld niður þar sem hún byggist á heimild til húsleitar sem hafi fengist á grundvelli rangra upplýsinga.

Í 20. gr. samkeppnislaga er að finna heimild Samkeppniseftirlitsins til húsleitar, en þar segir að Samkeppniseftirlitið geti við rannsókn máls gert nauðsynlegar athuganir á starfsstað fyrirtækis og samtaka fyrirtækja og lagt hald á gögn þegar ríkar ástæður eru til að ætla að brotið hafi verið gegn lögum eða ákvörðunum samkeppnisfirvalda. Í athugasemdum í frumvarpi sem varð að samkeppnislögum nr. 8/1993 segir til skýringar á þessu ákvæði:

*„Þessi grein er nýjung í samkeppnislögum. Er litið svo á að við rannsókn máls og þegar ríkar ástæður eru til að ætla að brotið hafi verið gegn lögum þessum eða ákvörðunum, sem teknar hafa verið samkvæmt þeim, sé nauðsynlegt að Samkeppnisstofnun geti komið óvænt á starfsstað fyrirtækis og lagt hald á gögn. Gögn, sem sýna samráð, samvinnu og athafnir sem eru brot á bannákvæðum laganna, geta verið í formi bréfaskrifta, minnispunkta eða með öðrum óformlegum hætti. Til að koma í veg fyrir að slíkum gögnum sé skotið undan eða þau eyðilögð er nauðsynlegt að geta komið í skyndiheimsókn á starfsstað fyrirtækis til að leggja hald á gögnin til rannsókna.“*

Athugasemdir Lyfja og heilsu má skilja á þann hátt að rétt hefði verið að Samkeppniseftirlitið hefði aflað gagna frá fyrirtækinu um markaðinn áður en það framkvæmdi húsleit. Ekki fæst séð að það geti verið gagnrýnisvert að slíkt hafi ekki verið gert. Slík upplýsingabeidni hefði getað unnið gegn því að húsleit skilaði árangri og ákvæði 20. gr. samkeppnislaga veita Samkeppniseftirlitinu skýra lagaheimild til þess að koma óvænt á starfsstöðvar fyrirtækja til að vinna gegn því að mikilvægum gögnum sé komið undan.

Eins og að framan er rakið barst Samkeppniseftirlitinu óformleg kvörtun frá Apóteki Vesturlands um að Lyf og heilsa beittu samkeppnishamlandi aðgerðum til að hindra að fyrirtækið næði að hasla sér völl á markaðnum. Auk þess bárust eftirlitinu aðrar vísbendingar sem þýðingu þóttu hafa. Sökum þess ákvað



Samkeppniseftirlitið, eins og að framan greinir, að óska eftir heimild Héraðsdóms Reykjavíkur til þess að framkvæma húsleit í málinu og var í húsleitarkröfu rökstutt að eftirlitið teldi ríkar ástæður til að ætla að brotið hefði verið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Héraðsdómur Reykjavíkur veitti umbeðna heimild og sá úrskurður héraðsdóms stendur óhaggaður.

Samkeppniseftirlitið telur að krafa þess um húsleitarheimild hafi verið lögmæt. Til stuðnings því að líkur væru fyrir því Lyf og heilsa væri markaðsráðandi á Akranesi vísaði eftirlitið til þess að fyrirtækið hefði verið talið vera í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu skv. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006. Vísað var einnig til þess úrskurðar og ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins 28/2006 varðandi styrka stöðu Lyf og heilsu almennt í lyfsölu hér á landi. Þá var bent á að apótek Lyf og heilsu hafi verið eina starfandi lyfjaverslunin á Akranesi um árabíl og hafi því til skamms tíma verið með 100% markaðshlutdeild. Var sökum þessa því haldið fram að ríkar ástæður væru til að ætla að fyrirtækið væri í markaðsráðandi stöðu. Má í því samhengi benda á að eftirfarandi kom fram í bréfi Lyfja og heilsu frá 8. október 2007:

*„Umbjóðandi okkar hefur starfað á markaðnum síðan 1. ágúst 2000 en Apótek Vesturlands frá því í lok júní 2007. Apótek Vesturlands var því nýtt fyrirtæki á markaðnum þegar meint háttsemi umbjóðanda okkar á að hafa byrjað. Þar sem umbjóðandi okkar var einn á markaðnum fram til þess tíma má gera ráð fyrir að hann hafi verið markaðsráðandi fram til þess.“*

Ekkert í athugasemdum Lyfja og heilsu sýnir fram á að þessi rökstuðningur í húsleitarkröfu eftirlitsins hafi verið villandi. Í ljósi þessa alls telur Samkeppniseftirlitið að eðlilegt hafi verið að byggja á því í kröfu um húsleitarúrskurð að ríkar ástæður væru til að ætla að Lyf og heilsa væri í markaðsráðandi stöðu.

Til stuðnings því að ríkar ástæður væru til að ætla að Lyf og heilsa hefðu brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga vísaði Samkeppniseftirlitið í húsleitarkröfu sinni til annars vegar beinna markaðsaðgerða fyrirtækisins og hins vegar til tryggðarafslátta þess. Í athugasemdum Lyfja og heilsu er aðeins fjallað um fyrrgreinda atriðið.

Hvað varðar hinar beinu markaðsaðgerðir var bent á að upplýsingar Samkeppniseftirlitsins gæfu til kynna að Lyf og heilsa hefðu veitt umtalsverða afslætti á lyfseðilsskyldum lyfjum, lausasölulyfjum og ýmsum öðrum vörum. Kom m.a. fram að upplýsingar eftirlitsins gæfu til kynna að veittur væri allt að 70% afsláttur af hlut sjúklings af allt að 200 vörunúmerum lyfseðilsskyldra lyfja sem seld væru á Akranesi. Var í þessu samhengi bent á stefnu Lyfja og heilsu um sama verð á sömu vörum í öllum verslunum fyrirtækisins. Þá var vísað til umfjöllunar fjölmiðla þessu tengda. Lyf og heilsa telja að húsleitinn hafi verið ólögmæt þar sem í ljós hafi komið að afslættir hafi reynst minni en haldið var fram í kröfu eftirlitsins.



Ofangreind umfjöllun í húsleitarkröfu byggði á upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið taldi áreiðanlegar. Eins og umfjöllun í þessari ákvörðun mun sýna reyndist þessi grunur á rökum reistur og fyrir liggur að Lyf og heilsa brugðust við komu Apóteks Vesturlands inn á markaðinn með því að veita umtalsverða afslætti. Engu máli skiptir hér þótt þeir afslættir hafi ekki náð því hámarki sem tilgreint var í kröfu um húsleit. Ber eðlilega að hafa í huga að húsleit er rannsóknaraðgerð og ávallt getur komið í ljós við nánari eftirgrennslan að grunur reynist ekki á rökum reistur eða umfang brots sé annað en talið var í upphafi. Það felur ekki á neinn hátt í sér meinbugi eða galla á málsferð svo fremi sem að rökstuddur grunur liggja fyrir í upphafi máls. Slíkur grunur lá fyrir í byrjun þessa máls og er því ekki um það að ræða að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn meðalhófsreglu stjórnsýslulaga.

#### 4.2 Um rannsókn málsins

Í athugasemdum Lyfja og heilsu við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins er því haldið fram að rannsóknarregla stjórnsýslulaga nr. 37/1993 hafi verið brotin og að Samkeppniseftirlitið hafi með ómálefnalegum hætti staðið að rannsókn málsins og því sé hún ómarktæk og geti ekki verið grundvöllur fyrir íþyngjandi ákvörðun. Til stuðnings þessu heldur fyrirtækið því fram að Samkeppniseftirlitið hafi látið hjá líða að rannsaka atriði sem hafi þýðingu fyrir niðurstöðu málsins. Hafi eftirlitið vanrækt að skoða atriði sem gætu rennt stoðum undir sjónarmið Lyfja og heilsu og jafnframt gefið sér fjölmargar forsendur án fullnægjandi rannsóknar. Tiltaka Lyf og heilsa ellefu atriði sem eiga að sýna fram á þessa vankanta og er sagt að þetta gefi sterklega til kynna að Samkeppniseftirlitið hafi ákveðið niðurstöðu málsins fyrirfram.

Samkvæmt 10. gr. stjórnsýslulaga skal stjórnvald sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Ljóst er að mál telst nægilega rannsakað þegar þeirra upplýsinga hefur verið aflað sem nauðsynlegar eru til þess að hægt sé að taka efnislega rétta ákvörðun í því. Markmiðið með rannsókn stjórnvalds er að tekin sé efnislega rétt ákvörðun í því máli sem er til umfjöllunar hverju sinni. Það er þó ljóst er að það er á forræði stjórnvaldsins að ákveða hvaða upplýsinga á að afla og hvaða þætti nauðsynlegt er að rannsaka.<sup>5</sup> Eins og nánar greinir í athugasemdum við 10. gr. frumvarps þess er varð að stjórnsýslulögum þá felst ekki í rannsóknarreglunni, að stjórnvald þurfi sjálft að afla allra upplýsinga, enda gera lögin ráð fyrir því að aðili máls eigi þess kost að tjá sig um efni þess, meðal annars með því að leggja fram gögn, áður en ákvörðun er tekin.<sup>6</sup> Er þannig ljóst að rannsóknarregla stjórnsýslulaga tengist náið andmælarétti skv. sömu lögum.<sup>7</sup>

Í máli þessu hóf Samkeppniseftirlitið rannsókn sína með húsleit og aflaði þannig fjölda gagna frá Lyfjum og heilsu. Í kjölfar þessa aflaði Samkeppniseftirlitið ýmissa viðbótargagna frá Lyfjum og heilsu og óskaði auk þess eftir gögnum frá

<sup>5</sup> Nørgaard, Carl Aage og Hens Garde, Forvaltningsret Sagsbehandling, 4. útg., bls. 123.

<sup>6</sup> Alþt. 1992-93, A-deild, bls. 3294.

<sup>7</sup> Sjá t.d. Páll Hreinsson, Stjórnsýslulögin 1994 bls. 105: „Rannsóknarreglan tengist náið andmælarétti sem 13. gr. ssl. kveður á um, en stundum verður mál ekki nægjanlega upplýst nema aðila hafi verið gefin kostur á að kynna sér gögn málsins, svo og að koma að frekari upplýsingum.“



öllum lyfsölum landsins og helstu lyfjaheildsölum. Eftir yfirferð á þessum gögnum ritaði Samkeppniseftirlitið andmælaskjal, sbr. 17. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Í því er m.a. gerð grein fyrir frummati Samkeppniseftirlitsins á skilgreiningu markaðarins, stöðu Lyfja og heilsu á honum og í hverju ætluð brot á 11. gr. samkeppnislaga felist. Með andmælaskjalinu fylgdi listi yfir öll þau gögn sem það byggði á.

Lyf og heilsa hafa í kjölfarið gert ítarlegar athugasemdir við andmælaskjalið og haft þannig tækifæri til þess að tjá sig um alla meginþætti málsins áður en ákvörðun er tekin í því og haft tækifæri til að benda Samkeppniseftirlitinu á mögulegan misskilning eða leiðrétt upplýsingar og lagt fram ný gögn. Á grundvelli sjónarmiða sem fram koma í athugasemdum Lyf og heilsu hefur eftirlitið aflað tiltekinna gagna, sbr. hér að framan. Í ákvörðun þessari er síðan með rökstuddum hætti tekin afstaða til sjónarmiða Lyfja og heilsu. Verður nánar vikið að einstökum atriðum í tengslum við umfjöllun á efnisþáttum málsins.

Telur Samkeppniseftirlitið að rannsókn málsins hafi því almennt séð verið vonduð og fullnægjandi og getur því ekki fallist á framangreind sjónarmið Lyfja og heilsu.

#### 4.3 Um jafnræðisreglu stjórnáslulaga

Lyf og heilsa byggja á því að sú afstaða sem fram komi andmælaskjalinu fari gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnáslulaga. Samkeppnisyfirvöld hafi tekið ákvarðanir í málum sem teljast vera að öllu leyti sambærileg þessu máli en talið viðkomandi fyrirtæki ekki vera markaðsráðandi. Þá séu engin fordæmi fyrir því að minni aðilinn á markaðnum geti talist markaðsráðandi. Í athugasemdunum er í þessu sambandi m.a. vísað til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 8/2003 *Erindi Refund á Íslandi ehf. vegna misnotkunar Global Refund hf. á markaðsráðandi stöðu sinni og óréttmætra viðskiptahátta* og úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í því máli (nr. 8/2003) og færð fyrir því rök að það fari gegn 11. gr. stjórnáslulaga ef ekki verði komist að sömu niðurstöðu og í þessum eldri málum.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í jafnræðisreglu 11. gr. stjórnáslulaga felst að mál sem eru sambærileg í lagalegu tilliti skuli hljóta samskonar úrlausn. Ekki er hins vegar um að ræða mismunun í lagalegu tilliti, jafnvel þótt mismunur sé á úrlausn mála, ef sá mismunur byggist á málefnalegum og lögmætum sjónarmiðum, sbr. ummæli í athugasemdum með frumvarpi sem varð að stjórnáslulögum.

Ekki er unnt að fallast á að hin eldri mál sem Lyf og heilsa vísa til eigi að leiða til þeirrar niðurstöðu að fyrirtækið teljist ekki markaðsráðandi. Skiptir hér miklu að mál Lyfja og heilsu er ekki sambærilegt hinum eldri málum. Nægir í því sambandi að nefna að málin varða mismunandi samkeppnismarkaði og staða viðkomandi fyrirtækja er ólík. Samhengisins vegna má hér einnig hafa hliðsjón af framkvæmd í EES/EB-samkeppnisrétti en jafnræðisreglan í EES/EB-rétti er að þessu leyti sambærileg jafnræðisreglu stjórnáslulaga.<sup>8</sup> Í þeim rétti hefur verið vísað til þess

<sup>8</sup> Sjá Stefán Már Stefánsson, Evrópusambandið og Evrópska Efnahagssvæðið. Á bls. 195 er vísað til þess að ýmsar meginreglur stjórnásluréttar EB eins og jafnræðisreglan og andmælareglan séu í



að atvik hvers samkeppnismáls eru jafnan sérstök auk þess sem þeir markaðir sem um ræðir breytast frá einum tíma til annars. Í t.d. General Electric (GE) málinu fyrir undirrétti EB var um það að ræða að framkvæmdastjórn EB hafði ógilt samruna GE og Honeywell.<sup>9</sup> GE skaut ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar til undirréttarins og krafðist þess að hún yrði felld úr gildi. Var í því sambandi m.a. bent á að mikilvægir þættir í mati framkvæmdastjórnarinnar væru í ósamræmi við eldri ákvarðanir sem vörðuðu sömu starfsemi. Undirréttur EB féllst ekki á þetta. Sagði dómstóllinn að þegar framkvæmdastjórnin tæki ákvörðun á grundvelli samrunatilkynningar og gagna í því máli væri ekki unnt að draga niðurstöður hennar í efa á þeim grunni að komist hafi verið að annarri niðurstöðu í öðru máli á grundvelli annarrar samrunatilkynningar og annarra gagna, jafnvel þótt um svipaða eða sömu markaði væri að ræða. Tilvísun til eldri ákvarðana væri því þýðingarlaus.<sup>10</sup> Dómstóllinn bætti við að fyrirtæki gætu ekki haft réttmætar væntingar til þess að stjórnsluframkvæmd í matskenndum málum breyttist ekki.<sup>11</sup> Tók dómstóllinn fram að hvað sem öðru liði væri hvorki hann né framkvæmdastjórnin bundin af samkeppnislegu mati sem fram hefði komið í eldri ákvörðun. Jafnvel þótt engin málefnaleg rök réttlættu mismunandi niðurstöður í eldra og yngri máli ætti aðeins að ógilda yngri ákvörðunina ef fyrir lægi að hún sjálf væri haldin annmörkum.<sup>12</sup> Sömu sjónarmið hafa komið fram í málum sem varða misnotkun á markaðsráðandi stöðu eða álagningu stjórnvaldssekta vegna brota á bannreglum samkeppnisréttarins.<sup>13</sup>

---

flestum tilvikum líkar þeim sem gilda í íslenskum stjórnslurétti. Á bls. 198 segir: „Í 2. mgr. 41. og 47. gr. samkeppnislaga nr. 9/1993 er að finna dæmi um að íslensk stjórnvöld geti tekið stjórnvaldsákvarðanir á grundvelli EES reglna. Telja verður líklegt að við þær aðstæður verði að gæta vissra lágmarkskrafna stjórnsluréttar EES. Í flestum tilvikum myndi nægja að beita íslenskum stjórnslureglum þar sem telja verður að þær séu í samræmi við EES reglur á þessu sviði.“ Sjá einnig Páll Hreinsson, Stjórnslulögin, bls. 119-120.

<sup>9</sup> Dómur undirréttar EB í máli nr. T-210/01 General Electric Company v Commission [2006] 4 CMLR 15.  
<sup>10</sup> „... when the Commission takes a decision on the compatibility of a concentration with the common market on the basis of a notification and a file pertaining to that transaction, an applicant is not entitled to call the Commission's findings into question on the ground that they differ from those made previously in a different case, on the basis of a different notification and a different file, even where the markets at issue in the two cases are similar, or even identical. Thus, in so far as the applicant relies in this instance on assessments made by the Commission in its previous decisions, in particular in the Engine Alliance decision, those parts of its arguments are irrelevant.“

<sup>11</sup> „Even supposing that those complaints could be classified instead as allegations of an infringement of the principle of the protection of legitimate expectations, economic operators have no grounds for a legitimate expectation that a previous practice in taking decisions that is capable of being varied will be maintained ...“

<sup>12</sup> „In any event, neither the Commission nor, a fortiori, the Court of First Instance is bound in this instance by the findings of fact or economic assessments in the Engine Alliance decision. Even supposing that the analysis in the two decisions differs without any objective justification for that difference, the Court ought to annul the contested decision here only if satisfied that that decision, as opposed to the Engine Alliance decision, is vitiated by error.“

<sup>13</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-301/04 Clearstream Banking AG v Commission [2009] 5 CMLR 24: „... the applicants are not entitled to call the Commission's findings into question on the ground that they differ from those made previously in a different case, even where the markets at issue in the two cases are similar, or even identical.“ Sjá einnig dóm dómstól EB í máli nr. C-397/03 ADM v Commission „...undertakings involved in an administrative procedure in which fines may be imposed cannot acquire a legitimate expectation in the fact that the Commission will not exceed the level of fines previously imposed ...“ Sjá jafnframt dóm undirréttar EB frá 30 apríl 2009 í máli nr. T-13/03: „As regards the applicants' reference to earlier Commission decisions, in particular that in the Volkswagen I case, it should be recalled that the Commission's practice in previous decisions cannot itself serve as a legal framework for the imposition of fines in competition matters ... In such circumstances, the Commission was not required to explain why the rate of increase for the duration of the infringement applied in the present case was different from that decided on in its earlier decisions.“





#### 4.4 Trúnaðarupplýsingar

Lyf og heilsa byggja á því að þau gögn sem aflað var við meðferð málsins og tekin voru úr vörslum fyrirtækisins á grundvelli húsleitarheimildar 20. gr. samkeppnislaga byggja á samskiptum starfsmanna og stjórnanda um viðskiptaleg málefni félagsins. Eðli málsins samkvæmt séu slík gögn trúnaðarmál og er þess krafist að farið verði með þau sem slík. Bent er á að tölvupóstsamskipti milli aðila sem og minnisblöð fyrirtækisins sé hvorki ætlað að verða afhent né birt opinberlega. Því er einnig haldið fram að enga þýðingu hafi að birta nöfn starfsmanna fyrirtækisins. Þá telja Lyf og heilsa að ekki sé heimilt að veita aðgang eða birta opinberlega gögn máls sem aflað var með húsleit nema sérstaklega sé veitt samþykki fyrir slíku. Til stuðnings þessu er m.a. vísað til laga nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga.

Samkeppniseftirlitið bendir hér fyrst á að í málum sem varða mögulegar stjórnvaldssektir vegna brota á samkeppnislögum verður að gera ríkar kröfur til sönnunargagna og mats á þeim, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Af þessu leiðir að í slíkum málum er þörf á fullnægjandi rökstuðningi og umfjöllun um sönnunargögn málsins. Tölvupóstar, minnisblöð og önnur samtímagögn sem stafa frá starfsmönnum grunaðra fyrirtækja geta haft mikla þýðingu varðandi sönnun brota. Mikilvægi slíkra gagna getur kallað á að gerð sé nákvæm grein fyrir slíkum gögnum og höfundum þeirra, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 *Ker hf. o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í þessu samhengi má horfa til þess að Samkeppniseftirlitið hefur skv. 36. gr. samkeppnislaga almenna og rúma heimild til þess að birta opinberlega upplýsingar um athafnir sem raskað geta samkeppni.<sup>14</sup>

Gögn, sem aflað er með húsleit, teljast ekki sjálfkrafa til trúnaðargagna. Það að trúnaður hvíli á þeim upplýsingum og gögnum, sem hald er lagt á við húsleit Samkeppniseftirlitsins, er háð því skilyrði að raunverulega sé um viðskiptaleyndarmál fyrirtækis að ræða. Viðskiptaleyndarmál fyrirtækja falla undir undanþáguákvæði 17. gr. stjórnisýslulaga og 16. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Hugtakið viðskiptaleyndarmál er í samkeppnisrétti skilgreint með hliðsjón af þeim afleiðingum sem það hefur fyrir viðkomandi fyrirtæki ef tiltekna upplýsingar eru gerðar opinberar. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 19/2003 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppnisstofnun* var bent á að aðgangur að viðskiptalegum upplýsingum geti valdið þeim tjóni sem rannsókn beinist að. Í skilningi laga nær hugtakið viðskiptaleyndarmál ekki yfir allar upplýsingar sem fyrirtæki vilja halda leyndum. Mælikvarðinn sem leggja á til grundvallar er hlutlægur og skoðun viðkomandi fyrirtækis á eðli upplýsinganna á ekki að hafa ráðandi áhrif. Gögn sem sýna fram á að tiltekið fyrirtæki hafi brotið gegn samkeppnislögum geta ekki talist vera

<sup>14</sup> Ákvæði 36. gr. er efnislega samhljóða 33. gr. eldri samkeppnislaga nr. 8/1993. Í frumvarpi sem varð að þeim lögum segir m.a. um ákvæðið: „*Opinber upplýsingamiðlun er mikilvægur þáttur í nútíma samkeppnisstefnu. Þess vegna er nauðsynlegt að Samkeppnisstofnun hafi rúmar heimildir til að birta opinberlega upplýsingar um samkeppnishömlur samkvæmt því sem að framan segir. Það verður háð mati samkeppnisyfirvalda hvaða upplýsingar þau telja nauðsynlegt að birta til að sinna markmiðum samkeppnislaga.*“



viðskiptaleyndarmál í skilningi laga. Fæst ekki séð að fyrirtæki eigi réttmæta kröfu á að halda slíkum upplýsingum leyndum.

Í máli þessu verður gerð grein fyrir gögnum frá Lyfjum og heilsu sem sýna þær aðgerðir sem gripið var til vegna komu Apóteks Vesturlands inn á markaðinn og tilgang þeirra aðgerða. Er umfjöllun um þessi gögn nauðsynleg til þess að leggja mat á brot Lyfja og heilsu. Ekkert í þeim gögnum sem birt eru teljast til viðskiptaleyndarmála í framangreindum skilningi. Umrædd gögn, sem stafa frá starfsmönnum Lyfja og heilsu, fjalla um viðskiptamálefni og starfsemi fyrirtækisins. Hér er því ekki um að ræða gögn sem varða einkamálefni viðkomandi starfsmanna heldur gögn í eigu Lyfja og heilsu. Ákvæði laga nr. 77/2000 eiga því ekki við hér.



## II. Markaðurinn og staða fyrirtækja á honum

Í máli þessu er til athugunar hvort Lyf og heilsa hafi með verðlagningu sinni og annarri háttsemi brotið gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Er hér einkum horft til aðgerða fyrirtækisins á Akranesi sem beint var gegn keppinauti þess, Apóteki Vesturlands. Staða Lyfja og heilsu á höfuðborgarsvæðinu hefur einnig þýðingu í málinu. Samkvæmt 11. gr. laganna er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Af þessu leiðir að til þess að hegðun fyrirtækis varði við 11. gr. samkeppnislaga þarf fyrirtæki að vera markaðsráðandi. Þegar lagt er mat á hvort fyrirtæki er markaðsráðandi er nauðsynlegt að skilgreina viðkomandi markað og kanna stöðu einstakra fyrirtækja á honum. Í þessum kafla verður markaður málsins skilgreindur sem og staða aðila á markaðnum.

### 1. Skilgreining markaðarins

#### 1.1 Sjónarmið Lyfja og heilsu

Að mati Lyfja og heilsu er vörumarkaður þessa máls smásala á lyfjum, bæði lyfseðilsskyldum og lausasölulyfjum. Undir markað málsins heyrir þannig ekki aðrar vörur sem seldar séu í apótekum en lyf. Ekki eru sett fram sjónarmið af hálfu fyrirtækisins um að tilefni geti verið til þess að flokka markaðinn nánar í undirmarkaði þó svo að í greinargerð Valentine Korah sé í umfjöllun um skilgreiningu markaðarins lýst undrun á því að lyfseðilsskyld lyf og lausasölulyf séu talin vera á sama markaði. Að mati Lyfja og heilsu er landfræðilegur markaður málsins Akranes þar sem smásölumarkaður lyfja teljist almennt vera staðbundinn markaður.

#### 1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkvæmt 5. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Í ljósi hagfræðilegra raka skal líta á viðkomandi markað út frá að minnsta kosti tveimur sjónarhornum; annars vegar vöru- og þjónustumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn.

##### 1.2.1 Vöru- og þjónustumarkaður

Með viðkomandi vöru- eða þjónustumarkaði er átt við markað fyrir allar vörur og þjónustu sem neytendur líta á sem staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu vegna eiginleika þeirra, verðs og áformaðrar notkunar, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta eru vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar vöru eða þjónustu.

Samkeppnisyfirvöld hafa áður fjallað um lyfjamarkaðinn og hefur smásölumarkaður lyfja þar verið skilgreindur sem sérstakur vörumarkaður.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 *Samruni Dac ehf. og Lyfjavers ehf.*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.



Smásala á lyfjum til neytenda á Íslandi fer að mestu leyti fram í lyfjabúðum en í lyfjalögum nr. 93/1994, með síðari breytingum, er gerður greinarmunur á mismunandi rekstrarformi lyfjabúða.

Lyfjabúðir á Íslandi eru starfræktar samkvæmt sérstöku lyfsöluleyfi sem gefið er út fyrir hverja búð.<sup>16</sup> Hvert lyfsöluleyfi takmarkast við rekstur einnar lyfjabúðar, en leyfishafi getur þó sótt um leyfi til að reka útibú frá lyfjabúð sinni í byggðarlagi þar sem ekki er starfrækt lyfjabúð fyrir. Starfa útibúin samkvæmt sama lyfsöluleyfi og lyfjabúðin en þjónustustig þar er lægra. Í nokkrum smærri sveitarfélögum eru einnig starfræktar svokallaðar lyfsölur sem eru reknar af læknum og/eða tilteknum sveitarfélögum.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 *Samruni Dac ehf. og Lyfjavers ehf.*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, var talið að við mat á viðkomandi vörumarkaði væri ekki ástæða til að greina á milli starfsemi framangreindra útsölastaða á lyfjum, enda væri fyrirkomulagið við sölu á lyfjum hjá þeim öllum sambærilegt að því frátöldu að lyfjaframboð væri yfirleitt takmarkaðra í útibúum en í almennum lyfjabúðum. Samkeppniseftirlitið telur að leggja beri sömu sjónarmið til grundvallar í máli þessu.<sup>17</sup>

Smásölu á lyfjum má skipta í annars vegar sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum og hins vegar lausasölulyfjum. Veitir lyfsöluleyfi lyfjabúðum heimild til að selja bæði lyfseðilsskyld lyf og lausasölulyf. Af hálfu Lyfja og heilsu er gerð við það athugasemd að ekki sé greint á milli tveggja umræddra flokka lyfja þar sem ekki sé staðganga á milli þeirra. Unnt er að fallast á að ekki er eftirspurnarstaðganga á milli lyfseðilsskyldra lyfja og lausasölulyfja. Þá mætti færa fyrir því rök að einstakir lyfjaflokkar, t.d. hjartalyf, tilheyrðu sérstökum vörumarkaði þar sem ekki væri staðganga á milli þeirra og annarra lyfja sem hafa aðra virkni. Samkeppniseftirlitið telur þó ekki ástæðu í þessu máli til að skipta mörkuðum þessa máls eftir því hvort um er að ræða sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum annars vegar og lausasölulyfjum hins vegar, eða eftir einstaka lyfjaflokkum, við skilgreiningu vörumarkaðarins. Fyrir liggur að lyfjabúðum er skylt að bjóða almennt upp á hvort tveggja, lyfseðilsskyld lyf og lausasölulyf, auk þess sem skipting lyfsölu, þ.e. hlutfall hvors lyfjaflokks, er áþekk milli apóteka.<sup>18</sup> Þá er lyfjabúðum einnig skylt að hafa til sölu helstu gerðir lyfjagagna sem og hjúkrunar- og sjúkragagna eftir því sem kostur er, auk þess sem flestar lyfjaverslanir bjóða úrval af öðrum vörum til sölu, s.s. heilsuvörur, snyrtivörur og hreinlætisvörur.<sup>19</sup> Þá ber að líta til þess að þegar atvik þessa máls áttu sér stað var öðrum en lyfsöluleyfishöfum óheimilt að selja lausasölulyf ólíkt því sem

<sup>16</sup> Í VII. kafla lyfjalaga nr. 93/1994 er fjallað um stofnun lyfjabúða og lyfsöluleyfi. Nánari reglur er að finna í reglugerð nr. 426/1997 um lyfsöluleyfi og lyfjabúðir.

<sup>17</sup> Samkvæmt 24. gr. lyfjalaga nr. 93/1994 er lyfsölum skylt að hafa á boðstólum lyf sem selja má hér á landi, hafa hæfilegar lyfjabirgðir miðað við ávisanir þeirra lækna, tannlækna og dýralækna sem starfa á viðkomandi svæði og útvega svo fljótt sem auðið er þau lyf sem ekki er að finna í birgðum þeirra.

<sup>18</sup> Samskonar nálgun var beitt í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006, *Samruni Dac ehf. og Lyfjavers ehf.*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* sem og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 *Samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf.*

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



tíðkast hefur í ýmsum öðrum löndum.<sup>20</sup> Var því ekki um það að ræða að lyfjaverslanir stæðu frammi fyrir samkeppni frá t.d. stórmörkuðum í sölu á lausasólulyfjum. Styður þetta að líta ber á markaðinn sem smásölu á öllum lyfjum í lyfjaverslunum.

Samkeppniseftirlitið telur hér einnig rétt að taka fram að markaður máls þessa takmarkast við smásölu lyfja. Aðrar vörutegundir en lyf sem seldar eru í apótekum eru utan hins skilgreinda markaðar í málinu. Dæmi um slíkar vörur eru m.a. ýmsar húð- og snyrtivörur, hreinlætisvörur og hjúkrunar- og lækningavörur.

Auk þeirra almennu lyfjabúða sem hér hefur verið fjallað um er heimilt samkvæmt lyfjalögum að starfrækja sérstök sjúkrahúsapótek.<sup>21</sup> Starfrækir Landspítali háskólasjúkrahús (LSH) eitt slíkt í Fossvogi og annað við Hringbraut.<sup>22</sup> Hlutverk sjúkrahúsapóteka er að hafa umsjón með og bera ábyrgð á öflun og varðveislu lyfja fyrir sjúkrahúsin og hafa eftirlit með notkun þeirra á einstökum deildum. Er sjúkrahúsapóteki heimilt að afgreiða lyf til sjúklinga sem útskrifast af sjúkrahúsinu og til göngudeildarsjúklinga að því tilskildu að um sé að ræða lyfseðla sem merktir eru sjúkrahúsinu og gefnir út af læknum þess. Leiðir af þessu að sjúkrahúsapótekum er óheimilt að afgreiða lyfseðla sem gefnir eru út af læknum utan sjúkrahússins.<sup>23</sup>

Eins og fram hefur komið er það mat Lyfja og heilsu að vörumarkaður málsins sé sala á lyfseðilsskyldum lyfjum og lausasólulyfjum. Lyf og heilsa meta það því svo að undir markað málsins falli öll lyf sem seld eru í smásölu. Í þessu sambandi er rétt að geta þess að skv. 8. gr. lyfjalaga er heimilt að binda veitingu markaðsleyfis lyfs við notkun eingöngu á sjúkrahúsum, sérstökum sjúkradeildum og/eða við ávísun sérfræðinga í einstökum greinum læknisfræði. Með heimild í þessu ákvæði hefur Lyfjastofnun merkt tiltekin lyf sem S-merkt lyf. Er þar um að ræða lyf sem nær eingöngu eru notuð á eða í tengslum við sjúkrastofnun og vandmeðfarin lyf vegna sérhæfðrar meðferðar á eða í tengslum við sjúkrastofnun á ábyrgð sérfræðings.<sup>24</sup> Slík lyf eru þess eðlis að notkun þeirra krefst oft ýrtrustu varkárni og öryggisbúnaðar. Í samræmi við framangreint er fagleg stjórn á notkun þessara lyfja á hendi sjúkrastofnana.

S-merkt lyf eru að stærstum hluta seld í sjúkrahúsapótekum og var hlutur slíkra lyfja um [60-70%]<sup>25</sup> af heildarsölu LSH á lyfjum til sjúklinga árin 2006 og 2007. Öðrum apótekum en sjúkrahúsapótekum er heimilt að afgreiða S-merkt lyf til lækna sem ávísa þau sjálfum sér í starfi, til notkunar á sjúkrahúsi,

<sup>20</sup> Með breytingu á lyfjalögum 30. maí 2008, þ.e. lögum nr. 97/2008 um breytingu á lyfjalögum nr. 93/1994, var m.a. tekin upp sú nýbreytni að heimilt varð að selja nikótínlyf og flúorlyf utan apóteka, þ.e. á bensinstöðum, á veitingastöðum, í stórmörkuðum og í söluturnum. Lögin tóku gildi 1. október 2008.

<sup>21</sup> Í XIV. kafla lyfjalaga nr. 93/1994 er fjallað um lyfjaþjónustu á sjúkrahúsum og öðrum heilbrigðisstofnunum. Sjá hér einnig reglugerð nr. 241/2004 um val, geymslu og meðferð lyfja á sjúkrahúsum og öðrum heilbrigðisstofnunum.

<sup>22</sup> Þá er sjúkrahúsapótek á Fjórðungssjúkrahúsinu á Akureyri.

<sup>23</sup> Sjá XIV. kafla lyfjalaga nr. 93/1994, 37.-41. gr.

<sup>24</sup> Sjá: [http://lyfjastofnun.is/Lyfjaupplýsingar\\_\(Serlyfjaskra\\_og\\_fleira\)/Sermerking\\_lyfja/](http://lyfjastofnun.is/Lyfjaupplýsingar_(Serlyfjaskra_og_fleira)/Sermerking_lyfja/) (Síða heimsótt 12. desember 2009).

<sup>25</sup> Upplýsingar innan hornklofa [...] eru trúnaðarupplýsingar og verða því ekki birtar í ákvörðun þessari. Tölulegar upplýsingar kunna þó að vera birtar á tilteknu bili. Fjárhagsupplýsingar sem aðgengilegar eru hjá Lánstrausti (Creditinfo Ísland) eru ekki felldar út vegna trúnaðar.



heilsugæslustöð eða annarri hliðstæðri stofnun eða til notkunar í lyfjakistur skipa, loftfara eða í sjúkrakassa fyrirtækja eða stofnana. Með hliðsjón af því sem hér segir er það mat Samkeppniseftirlitsins að S-merkt lyf séu annars eðlis en önnur lyfseðilsskyld lyf sem eru almenningi aðgengileg með lyfseðli. Þau eru að mestu ætluð til notkunar á deildum sjúkrahúsa eða í tengslum við sjúkrahúsmeðferðir undir handleiðslu lækna eða annarra sérfræðinga. Er því um að ræða ólíka eiginleika og notkunarsvið annars vegar S-merktra lyfja og hins vegar lyfja á almennum markaði. Að mati Samkeppniseftirlitsins teljast S-merkt lyf því ekki hluti þess markaðar sem hér er fjallað um. Þá er aðeins óverulegur hluti af S-merktum lyfjum seldur í almennum lyfjaverslunum og eru S-merktu lyfin af þeim sökum óverulegur hluti af heildarveltu hinna almennu apóteka.

Hvað varðar hugsanlega samkeppni sjúkrahúsapóteka við önnur apótek vegna sölu á öðrum lyfjum en S-merktum lyfjum vísar Samkeppniseftirlitið til þess sem fram hefur komið að sjúkrahúsapóteki er aðeins heimilt að afgreiða lyf til sjúklinga sem útskrifast af sjúkrahúsinu og til göngudeildarsjúklinga að því tilskildu að um sé að ræða lyfseðla sem merktir eru sjúkrahúsinu og gefnir út af læknum þess. Telur Samkeppniseftirlitið að þegar sjúkrahúsapótekin nýti sér þessa heimild sé unnt að líta svo á að þau starfi í ákveðinni samkeppni við önnur apótek, enda ljóst að sjúklingar geta í þessum tilvikum valið á milli þess að kaupa lyf sín hjá viðkomandi sjúkrahúsapóteki eða í almennri einkarekinni lyfjaverslun. Samkeppni á milli sjúkrahúsapóteka og einkarekinna apóteka takmarkast þó af ýmsum orsökum. Í því sambandi ber fyrst að nefna að afgreiðsla á S-merktum lyfjum hefur að meginstefnu verið á hendi sjúkrahúsapóteka. Þá er sjúkrahúsapótekum óheimilt að afgreiða lyfseðla sem gefnir eru út af læknum utan sjúkrahúsanna.

Með vísan til framangreinds er það mat Samkeppniseftirlitsins að vöru- og þjónustumarkaður þessa máls sé markaður fyrir smásölu lyfja sem fram fer í lyfjaverslunum, þ.m.t. sjúkrahúsapótekum, að undanskilinni sölu á S-merktum lyfjum.

#### 1.2.2 Landfræðilegi markaðurinn

Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki tengjast framboði og eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og þar sem unnt er að greina þau frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í t.d. málum nr. 17–18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði* er á það benti að viðtekin venja sé í samkeppnisrétti að skilgreina markaðinn út frá eftirspurnarhlið hans. Í úrskurðinum er einnig benti á að markaðsskilgreiningar geti ekki verið nákvæmar og séu aðeins notaðar til viðmiðunar.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að meðal þeirra þátta sem skipta máli við mat á landfræðilegum markaði er eðli og einkenni viðkomandi vöru eða þjónustu, hugsanlegar aðgangshindranir eða neytendavenjur og það hvort greinilegur



munur sé á markaðshlutdeild fyrirtækja á viðkomandi svæði og aðliggjandi svæðum eða verðmunur.

Fræðilega séð getur landfræðilegur markaður ýmist verið staðbundinn eða svæðisbundinn, landsmarkaður eða alþjóðamarkaður. Veltur stærð landfræðilegs markaðar m.a. á því að hvaða marki þörf er talin á að kaupandinn (neytandinn) sé í nálægð við seljandann. Þetta mat ræðst venjulega af því hvað einkennir þjónustuna og viðskiptavinina, eftir hvaða leiðum þjónustan er veitt, svo og af eðli viðskiptanna. Sérstaklega skiptir máli hversu mikil þörf er á beinu sambandi milli kaupanda og seljanda þjónustunnar og hver yrði tíma- og ferðakostnaður við að nálgast seljanda í meiri fjarlægð. Hafa markaðir þannig tilhneigingu til að vera staðbundnir þegar mikil þörf er á beinum samskiptum viðskiptavina og seljanda vörunnar. Má segja að smásölumarkaðir teljist yfirleitt vera staðbundnir.<sup>26</sup>

#### 1.2.2.1 Markaðurinn fyrir smásölu lyfja á Akranesi

Í máli þessu eru til skoðunar aðgerðir sem Lyf og heilsa gripu til í tengslum við innkomu nýs keppinautar á Akranesi. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 *Samruni DAC ehf. og Lyfjavers ehf.*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, var komist að þeirri niðurstöðu að smásölumarkaður lyfja væri staðbundinn markaður. Þar kemur fram að við afmörkun á landfræðilegum markaði fyrir smásölu lyfja þurfi að líta til þess að staðsetning lyfjabúða skipti miklu máli. Nálægð sjúklinga við lyfjaverslanir sé nauðsynleg þar sem um sé að ræða vöru sem sjúklingar þurfi oft og tíðum að fá afgreidda með mjög skjóttum hætti, þó slíkt velti eðli málsins samkvæmt á aðstæðum. Ætla megi að notendur lyfja séu oft ófúsir að ferðast langar vegalengdir í lyfjabúðir þegar aðkallandi er að fá lyf í hendur. Líklegra megi telja að sjúklingar velji þá lyfjabúð sem staðsett sé nálægt eða sem næst staðsetningu þeirra, s.s. læknastofu eða heimili sjúklings. Þá megi ætla að tiltekinn hópur almennra sjúklinga, s.s. aldraðir sjúklingar, eigi erfiðara með að ferðast um langan veg og afla sér lyfja. Slíkur hópur sjúklinga er líklegri til að kaupa lyf sín í lyfjabúð nálægt heimili sínu.

Þá er þess að geta að allt fram til 1. október 2008 var póstsverslun með lyf óheimil og póstsendingar milli landshluta verulega takmarkaðar, en nánar er kveðið á um póstsendingar með lyf í reglugerð um lyfsöluleyfi og lyfjabúðir, nr. 426/1997. Með lögum nr. 97/2008,<sup>27</sup> er breyttu lyfjalögum nr. 93/1994, hefur banni með póstsverslun nú verið aflétt og tóku þær breytingar gildi 1. október 2008. Í 3. gr. breytingalaganna kemur m.a. fram að ráðherra sé heimilt að kveða nánar á um skilyrði og framkvæmd póstsverslunar með lyf og póstsendingar lyfja með reglugerð. Hefur nú verið sett reglugerð nr. 1065/2008, sem ber yfirskriftina

<sup>26</sup> Sjá t.d. Mario Monti, Market Definition as a Cornerstone of EU Competition Policy, Workshop on Market Definition, Helsinki 2002, bls. 24. Má hér einnig nefna sem dæmi að í ákvörðunum er varðað matvörumarkaðinn hafa samkeppnisyfirlit t.a.m. talið nálægð kaupenda við matvöruverslanir að öllu jöfnu æskilega ef ekki nauðsynlega, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008 *Misnotkun Haga hf. á markaðsráðandi stöðu sinni á matvörumarkaði*, sbr. og úrskurður áfrýjunarnefndar í máli nr. 2/2009 *Hagar ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Sjá einnig ákvörðun samkeppnisráðs nr. 38/2002 *Samningur Baugs Group hf. og Eignarhaldsfélagsins Fengs hf. um stofnun á félagi um rekstur Ávaxtahússins ehf. og Banana ehf.*

<sup>27</sup> Frumvarp til laga um breytingu á lyfjalögum var lagt fram á 135. löggjafarþingi, 2007-2008, 464. mál - þskj. 738.



reglugerð um póstverslun með lyf. Engar upplýsingar liggja þó enn fyrir um umfang lyfjapóstsendinga. Í reglugerð nr. 426/1997 er fjallað um póstsendingu sem úrræði í neyð til að koma lyfjum til einstaklinga en í nýrri reglugerð nr. 1065/2008 segir að um sé að ræða nýjan afgangslumáta lyfjabúðar án þess að um neyð sé að ræða.

Með hliðsjón af framangreindu og með vísan til þess að lög sem heimila póstverslun tóku gildi eftir atvik þessa máls er það mat Samkeppniseftirlitsins að leggja beri sömu sjónarmið til grundvallar og fram koma í eldri ákvörðunum samkeppnisfirvalda um að markaðurinn fyrir smásölu á lyfjum sé að öllu jöfnu staðbundinn markaður. Smásala lyfja á Akranesi telst í þessu máli vera sérstakur landfræðilegur markaður.

#### 1.2.2.2 Markaðurinn fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu

Í andmælskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að horfa yrði til þess í málinu að tengsl væru á milli smásölumarkaða á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu og á Akranesi. Í samkeppnisrétti getur haft þýðingu að meta hvort markaðir séu tengdir. Styrk staða á einum markaði getur t.d. skipt máli varðandi það hvort fyrirtæki sé markaðsráðandi á öðrum tengdum markaði eða hvort unnt sé að beita ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga á þeim markaði. Það ræðst af atvikum hverju sinni hvort markaðir teljast tengdir í skilningi samkeppnisréttarins.<sup>28</sup> Aðalatriðið er að meta hvort markaðir séu tengdir með þeim hætti að styrk staða á einum markaði skapi forskot eða yfirburði á öðrum. Lyf og heilsa mótmæla því að um tengda markaði sé að ræða og verður því að taka þetta til frekari skoðunar.

Heldur fyrirtækið því fram að engin tenging sé á milli markaðarins fyrir smásölu á lyfjum á Akranesi annars vegar og smásölu lyfja á öðrum landfræðilegum mörkuðum hins vegar. Forsenda þess að markaðir geti verið tengdir sé sú að einhver sérstök sannanleg atriði sýni fram á tengsl á milli markaðanna. Það eitt að sami einstaklingur kunni mögulega að stunda viðskipti á báðum mörkuðunum nægi ekki eitt og sér. Segir að almennt þegar um tengda markaði sé að ræða þá feli það í sér að vörurnar á sitt hvorum markaðnum séu stuðningsvörur og nauðsynlegt sé að kaupa þær báðar til að ná fram eðlilegri virkni þeirra. Slíkt eigi ekki við í þessu máli þar sem neytendur á Akranesi geti fullnægt sínum kaupþörfum þar. Ólíklegra sé að einstaklingur sem býi á Akranesi geri sér ferð til höfuðborgarsvæðisins heldur en einstaklingur sem býi í bæjarfélagi þar sem engin lyfjaverslun sé. Þá er í umsögn Lyfja og heilsu gerð athugasemd við að Samkeppniseftirlitið hafi ekki rannsakað þessi atriði sérstaklega.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru skýr tengsl á milli landfræðilegra markaða fyrir smásölu á lyfjum hér á landi. Fyrst ber að nefna að um sömu vörumarkaði er að ræða, þ.e. smásölu á lyfjum (lausasölu- og lyfseðilsskyldum lyfjum) í apótekum og Lyf og heilsa er keðja lyfjaverslana sem starfar á ýmsum stöðum hér á landi.

<sup>28</sup> Sjá t.d. álit Ruiz-Jarabo Colomer aðallögsögumanns í Tetra Pak málinu: „*In principle it is not possible to define with complete accuracy what constitutes closely related or linked markets. It is a question which must be decided on a case by case basis by the authorities responsible for applying Community competition law.*“ Mál nr. C-333/94P *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.





Sömu tegundir lyfja eru að meginstefnu seldar í öllum apótekum Lyfja og heilsu óháð því hvort þau starfa á höfuðborgarsvæðinu eða öðrum landfræðilegum mörkuðum eins og á Akranesi eða öðrum stöðum. Til marks um tengsl á milli landfræðilegra markaða fyrir lyfsölu sem Lyf og heilsa þjónar má einnig nefna þá þjónustu sem fyrirtækið veitir viðskiptavinum óháð því hvaða vörumörkuðum þeir tilheyra. Dæmi um þetta er heimasíða fyrirtækisins, [www.lyfogheilsa.is](http://www.lyfogheilsa.is), þar sem kynnt eru tilboð og sú þjónusta sem apótek Lyf og heilsu veita óháð því hvar þau eru staðsett.<sup>29</sup> Þá er ljóst að markaðsstarf Lyfja og heilsu og markaðsstyrkur tekur til keðjunnar sem heildar. Þá er ljóst eins og nánar verður fjallað um hér síðar að apótek Lyfja og heilsu njóta stærðarhagkvæmni þar sem fyrirtækið getur þjónað mörgum landfræðilegum mörkuðum með meiri hagræðingu en minni keppinautar. Fyrirtækið gat a.m.k. þegar atvik þessa máls áttu sér stað nýtt kaupendastyrk sinn og fengið betri viðskiptakjör hjá birgjum fyrir apótek sín óháð því á hvaða landfræðilegu mörkuðum þau störfuðu. Ljóst er af þessum atriðum að mikil tengsl eru á milli þeirra landfræðilegu markaða sem Lyf og heilsa starfar á. Þessi tengsl og öflug staða Lyfja og heilsu á höfuðborgarsvæðinu (og reyndar á landinu í heild sinni) skapaði Lyfjum og heilsu mikið forskot á Akranesi, sbr. nánar hér á eftir.

Tengsl á milli þeirra landfræðilegu markaða sem hér um ræðir birtast jafnframt í því að talsverður fjöldi einstaklinga sem býr á Akranesi gerir lyfjainnkaup sín í apótekum á höfuðborgarsvæðinu. Skiptir hér máli að sökum nálægðar geta íbúar á Akranesi hæglega sótt vinnu og ýmsa þjónustu á höfuðborgarsvæðinu. Um þetta atriði var fjallað í fyrrnefndri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 en þar kom fram að í einhverjum tilvikum keyptu íbúar á landsbyggðinni lyf sín á höfuðborgarsvæðinu, þ.e. í Reykjavík og nágrennasveitarfélögum.<sup>30</sup> Í ákvörðuninni segir að með þessu móti veiti lyfjabúðir á höfuðborgarsvæðinu apótekum á landsbyggðinni ákveðið samkeppnislegt aðhald. Slíkt samkeppnislegt aðhald skýrist þó einkum af því að íbúar á landsbyggðinni þurfi að sækja lækniþjónustu til höfuðborgarsvæðisins. Ekkert benti aftur á móti til þess að samkeppnin væri gagnkvæm, þ.e. að apótek úti á landi keppi við lyfjabúðir á höfuðborgarsvæðinu um viðskipti íbúa höfuðborgarsvæðisins. Þá var í ákvörðuninni ekki talið útilokað að verðhækkun lyfjabúða á landsbyggðinni kynni að hafa þau áhrif að neytendur þar myndu beina viðskiptum sínum til apóteka á höfuðborgarsvæðinu. Samkeppniseftirlitið telur ljóst að þessi atriði hafi ekki breyst frá því að umrædd ákvörðun var tekin, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 6/2006, þar til atvik þessa máls urðu á árinu 2007. Þannig er t.a.m. ljóst að hlutfallslega meira er selt af lyfjum á höfuðborgarsvæðinu en á landsbyggðinni. Hlutfall tekna apóteka á höfuðborgarsvæðinu vegna lyfsölu af heildartekjum allra apóteka á landinu vegna lyfsölu var rúmlega 67% árið 2007. Á höfuðborgarsvæðinu bjuggu hins vegar tæplega 63% íbúa landsins. Þetta veitir sterkar vísbendingar um að nokkur hluti lyfsölu apóteka á höfuðborgarsvæðinu sé til íbúa á landsbyggðinni.

<sup>29</sup> Nefna má nokkur dæmi. Þann 8. janúar 2007 var greint frá því á heimasíðu Lyf og heilsu að boðið væri upp á fría blóðþrýstingsmælingu í apótekum Lyf og heilsu. Þann 21. febrúar 2007 var á heimasíðunni greint frá því boðið væri upp á sérhæfða ráðgjöf fyrir reykingafólk sem vildi hætta að reykja í apótekum fyrirtækisins.

<sup>30</sup> Sjá einnig ákvörðun nr. 4/2001 *Samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf.*



Til að kanna þetta atriði nánar aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá landlæknisembættinu um það hvar einstaklingar keyptu lyfseðilsskyld lyf. Með upplýsingunum er mögulegt að sýna í hvaða apótekum íbúar á ákveðnum svæðum (póstnúmerum) kaupa lyfseðilsskyld lyf. Í töflu 1 kemur fram skipting (hlutfall) lyfjakaupa íbúa á Akranesi, höfuðborgarsvæðinu og öðrum svæðum á landsbyggðinni árið 2007. Er skiptingin sundurliðuð fyrir apótek Lyfja og heilsu á Akranesi, Apótek Vesturlands, önnur apótek á landsbyggðinni og apótek á höfuðborgarsvæðinu.

**Tafla 1. Skipting lyfjakaupa íbúa á Akranesi, höfuðborgarsvæðinu og öðrum svæðum á landsbyggðinni í prósentum á árinu 2007.**

	<b>Íbúar á Akranesi</b>	<b>Íbúar á höfuðborgarsvæðinu</b>	<b>Íbúar annarra svæða</b>
Lyf og heilsa Akranesi	41,2%	0,1%	0,3%
Apótek Vesturlands	28,6%	0,0%	0,1%
Önnur apótek á landsbyggðinni	4,2%	2,9%	67,9%
Apótek á höfuðborgarsvæðinu	25,9%	97,0%	31,6%
<b>Samtals</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Af upplýsingum sem fram koma í töflunni er ljóst að íbúar á Akranesi kaupa lyfseðilsskyld lyf að drjúgum hluta í apótekum á höfuðborgarsvæðinu eða tæplega 26%. Mjög fáir eða rúmlega 4% beindu á hinn bóginn viðskiptum sínum til apóteka í öðrum landshlutum en á höfuðborgarsvæðinu. Er af þessu ljóst að íbúar á Akranesi beina lyfjakaupum sínum frekar til apóteka á höfuðborgarsvæðinu en annarra svæða, t.d. apóteka annars staðar á Vesturlandi. Þessi viðskipti eru hins vegar ekki gagnkvæm. Þannig sýnir taflan að íbúar á höfuðborgarsvæðinu beina viðskiptum sínum ekki til annarra apóteka en þeirra sem þar starfa nema í undantekningartilvikum en um 97% íbúa höfuðborgarsvæðisins kaupa lyfseðilsskyld lyf sín á höfuðborgarsvæðinu. Mjög fáir eða um 0,1% prósent íbúa höfuðborgarsvæðisins kaupa lyf sín hins vegar í apótekunum tveimur á Akranesi. Sýnir þetta að mati Samkeppniseftirlitsins ótvírætt að sterk tengsl eru á milli markaðanna á höfuðborgarsvæðinu annars vegar og Akranesi hins vegar. Þessi niðurstaða er enn fremur til vitnis um það að viðskipti á milli þessara svæða, þ.e. höfuðborgarsvæðisins annars vegar og annarra svæða á landsbyggðinni hins vegar, eru ekki gagnkvæm, sem styður það sem áður hefur komið fram að um ólíka landfræðilega markaði er að ræða í skilningi samkeppnisréttarins. Tengslin eru hins vegar skýr að því leyti að íbúar á Akranesi (sem og öðrum svæðum á landsbyggðinni) beina talsverðum hluta af lyfjakaupum sínum (25-30%) til apóteka á höfuðborgarsvæðinu. Þá er ljóst að Lyf og heilsa gerðu sér grein fyrir þessum tengslum í aðgerðum sínum. Í tölvupósti frá 29. nóvember 2006, sem ritaður var vegna væntanlegrar samkeppni á Akranesi og nánar verður fjallað um í kafla III. 3.1 hér á eftir, segir:

*„Íbúafjöldi Akraness (ca. 5900) og nærliggjandi hreppa (ca. 600) sem teljast til sama verslunar- og þjónustusvæðis er ca. 6500. Vegna*



*nálægðarinnar við höfuðborgarsvæðið er raunhæft að draga þó nokkuð frá þessari tölu þegar meta skal fjölda viðskiptavina.“*

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það sjónarmið Lyfja og heilsu að það sé forsenda þess að hægt sé að líta svo á að markaðir séu tengdir að um sé að ræða „*stuðningsvörur*“ sem boðnar séu á sitthvorum markaðnum og að nauðsynlegt sé að kaupa þær báðar til að ná fram „*eðlilegri virkni*“ þeirra. Að mati eftirlitsins er óljóst hvað átt er við með þessari málsástæðu enda engin rök sett fram fyrir því hvers vegna ætti að byggja á þessari forsendu né vísað til fordæma þar sem stuðst hefur verið við þessa nálgun. Mikilvægt er að hafa í huga að um sömu vörumarkaði er að ræða, þ.e. smásölu á lyfjum, sbr. og nánar hér á eftir. Á þessum mörkuðum starfa að stórum hluta sömu keðjur apóteka og eins og Lyf og heilsa hafa bent á reka lyfsölukeðjurnar útibú á smærri markaðssvæðum.

Þá ber að líta til þess að Lyf og heilsa, ásamt Lyfju, hafa verið talin í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu og hefur það áhrif á stöðu fyrrnefnda félagsins á Akranesi. Samkvæmt þessu verður í málinu að hafa hliðsjón af stöðu Lyfja og heilsu á öðrum landfræðilegum mörkuðum en Akranesi.

Með vísan til framangreinds er ekki hægt að fallast á það sjónarmið Lyfja og heilsu að markaðir fyrir smásölu á lyfjum á Akranesi annars vegar og öðrum landfræðilegum mörkuðum hins vegar, og sér í lagi á höfuðborgarsvæðinu, séu ekki tengdir markaðir.

## **2. Staða Lyfja og heilsu á skilgreindum mörkuðum**

Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga er unnt að beita í þeim tilvikum sem fyrirtæki eru markaðsráðandi. Í máli þessu þarf því að taka til athugunar hvort Lyf og heilsa hafi verið markaðsráðandi á þeim tíma sem meint brot áttu sér stað, þ.e. á árinu 2007. Samkvæmt 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga hefur fyrirtæki markaðsráðandi stöðu:

*„...þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.“*

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Skilgreining 4. gr. samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu sækir fyrirmynd sína til EES/EB-samkeppnisréttar og er efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls EB á markaðsráðandi stöðu.<sup>31</sup> Ítrekað hefur komið fram hjá dómstólum EB að mjög há markaðshlutdeild sé, ein og sér, til vitnis um að viðkomandi fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu einstakar kríngumstæður sem bendi til annars. Þetta eigi við þegar fyrirtæki hafi 50%

<sup>31</sup> Sjá t.d. mál nr. 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 3451.



markaðshlutdeild.<sup>32</sup> Þetta á einnig við um sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Þannig er ljóst að ef viðkomandi fyrirtæki, sem mögulega eru sameiginlega markaðsráðandi, hafa samtals 50% eða hærri markaðshlutdeild er það vísbending um að þau séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu.<sup>33</sup>

Rétt er að hafa í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var fyrirtæki með 42-46% markaðshlutdeild talið markaðsráðandi. Dómstóll EB hefur talið að fyrirtæki sem hafa innan við 40% markaðshlutdeild geti verið í markaðsráðandi stöðu.<sup>34</sup> Eins og bent er í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2008 getur styrk staða á tengdum eða aðliggjandi (e. adjacent) mörkuðum haft hér áhrif:

*„Hafa ber í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/1999, Landssími Íslands hf. og Skíma ehf. gegn samkeppnisráði, þar sem litið var svo á að Landssíminn væri markaðsráðandi á internetmarkaðnum með 37% markaðshlutdeild. Var í því sambandi m.a. einnig horft til styrkrar stöðu Landssímans á tengdum mörkuðum.“<sup>35</sup>*

Með viðmiðinu skipulag á markaðnum er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Dæmi um þetta er hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og nægilegu framboði af vöru eða þjónustu. Einnig er horft til fjölda og styrks keppnauta auk þess sem fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. umræddan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar.

<sup>32</sup> Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „... although the importance of market shares may vary from one market to another, very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (*Hoffmann-La Roche v Commission*, paragraph 80 above, paragraph 41, and *Case T-221/95 Endemol v Commission* [1999] ECR II-1299, paragraph 134). The Court of Justice held in *Case C-62/86 AKZO v Commission* [1991] ECR I-3359, paragraph 60, that this was so in the case of a 50% market share.“

<sup>33</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-191/98 *Atlantic Container Line AB v Commission* [2003] ECR II-3275: „As regards the complaint that, unlike the situation prevailing in the case of an individual dominant position, a market share in excess of 50% cannot suffice to found a presumption of a collective dominant position, it has been held that the concept of a dominant position relates to a position of economic strength which enables the entity holding that position to prevent effective competition on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of consumers (*Hoffmann-La Roche*, cited at paragraph 765 above, paragraph 38). It is quite clear that an entity which holds more than 50% of the market, whether it is an individual entity or a collective entity, is capable of enjoying such independence.“

<sup>34</sup> Sjá dóm undirréttar EB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99 *British Airways plc v Commission*.

<sup>35</sup> Sjá einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *Michelin II* málinu, OJ 2002 L143/1. Til stuðnings markaðsráðandi stöðu Michelin var m.a. bent á styrka stöðu fyrirtækisins á aðliggjandi mörkuðum („*Michelin's strong presence in adjacent markets*“).



Hafa ber í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.<sup>36</sup> Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.<sup>37</sup> Jafnvel þótt markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis minnki á því tímabili sem til skoðunar er getur það talist markaðsráðandi ef hlutdeildin er eftir sem áður há.<sup>38</sup>

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri frumniðurstöðu að Lyf og heilsa hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir smásölu lyfja á Akranesi þegar atvik þessa máls áttu sér stað. Þó markaðshlutdeild félagsins á skilgreindum markaði veitti ein og sér ekki skýra vísbendingu um markaðsyfjirráð var það að mati eftirlitsins ótvírætt að önnur atriði sem hafa þýðingu við mat á markaðsráðandi stöðu gerðu það. Horft var m.a. til efnahagslegra yfirburða og styrkrar stöðu Lyfja og heilsu á tengdum markaði.

Í athugasemdum við andmælaskjalið mótmæla Lyf og heilsa því að fyrirtækið sé eða geti hafa verið markaðsráðandi á Akranesi. Lyf og heilsa sé minni aðilinn á Akranesi og Apótek Vesturlands hafi þegar náð 40-50% hærri markaðshlutdeild en Lyf og heilsa. Núna sé munurinn mun meiri og gera megri ráð fyrir að hlutdeild Apóteks Vesturlands sé 100% hærri en Lyfja og heilsu. Í þessu sambandi eru einnig gerðar athugasemdir við að ekki hafi verið horft til stöðunnar eins og hún hafi verið orðin á árinu 2008. Þá segir að í þeim tilvikum þar sem fyrirtæki sé með minna en 50% markaðshlutdeild sé það skilyrði fyrir markaðsráðandi stöðu að aðrir aðilar séu með mun minni hlutdeild og að töluverður munur sé á markaðshlutdeild stærsta og næst stærsta keppinutarins. Að mati Lyfja og heilsu eigi sama við um það hvort hugsanleg markaðsyfjirráð á einum markaði leiði til yfjirráða á öðrum mörkuðum. Í slíkum tilvikum þurfi viðkomandi fyrirtæki að vera með töluvert hærri markaðshlutdeild en næst stærsti keppinaturinn á þeim markaði sem misnotkunin eigi sér stað. Þá segir að nauðsynlegt sé að líta til þess hvort fyrirtæki nái að halda stöðugri markaðshlutdeild yfir langan tíma. Ef fyrirtæki missi mjög skart markaðshlutdeild þegar á reyni geti það ekki verið í markaðsráðandi stöðu. Loks er því haldið fram að fyrirtæki geti ekki verið markaðsráðandi þegar opinberar reglur setji miklar hömlur á verðlagningu en það eigi við um sölu á lyfjum.

Varðandi tilvísanir Lyfja og heilsu til atvika eða aðstöðu á árinu 2008 ber að áréttu að mál þetta tekur til aðgerða sem Lyf og heilsa gripu til gegn Apóteki Vesturlands á árinu 2007 og til undirbúnings þeirra aðgerða. Málið tekur því ekki til atvika eða stöðu Lyfja og heilsu á árinu 2008 eða síðar. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur ítrekað bent á að við mat á markaðsráðandi stöðu í málum sem varða brot á 11. gr. samkeppnislaga verði að líta til stöðu viðkomandi fyrirtækis eins og hún var þegar ætluð brot áttu sér stað, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Fram kemur einnig í þessum úrskurði

<sup>36</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

<sup>37</sup> Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207. Sjá einnig dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „Even the existence of lively competition on a particular market does not rule out the possibility that there is a dominant position on that market ...”

<sup>38</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*.



áfrýjunarnefndar að upplýsingar um stöðu fyrirtækja eftir ætlaðan brotatíma hafi takmarkaða þýðingu.<sup>39</sup> Er þetta lagt til grundvallar í þessu máli.

Í eftirfarandi undirköflum verður gerð nánari grein fyrir markaðshlutdeild Lyfja og heilsu og öðrum atriðum sem hafa áhrif á mat á stöðu fyrirtækisins, s.s. efnahagslegum styrkleika Lyfja og heilsu og tengdra aðila sem og stöðu fyrirtækisins á lyfjamarkaði og tengdum mörkuðum. Nánar verður gerð grein fyrir sjónarmiðum Lyfja og heilsu í þessum köflum eftir því sem við á og þau metin.

## 2.1 Markaðshlutdeild á Akranesi

Þegar meta á markaðshlutdeild er að jafnaði stuðst við upplýsingar hlutaðeigandi fyrirtækja um tekjur þeirra vegna sölu á vöru og/eða þjónustu sem um ræðir, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í athugasemdum Lyfja og heilsu frá 8. október 2007 kemur skýrlega fram að félagið telji sjálft að það hafi verið í markaðsráðandi stöðu á Akranesi fram til loka júní 2007. Lyf og heilsa benda hins vegar á að Apótek Vesturlands hafi náð talsverðri markaðshlutdeild eftir að það opnaði. Er því haldið fram að eftir það tímamark hafi félagið ekki lengur verið í markaðsráðandi stöðu. Í athugasemdum Lyfja og heilsu við andmælaskjalið segir að það sé „undarlegt“ að fyrirtækið skuli vera skilgreint í markaðsráðandi stöðu þar sem Apótek Vesturlands sé með talsvert hærri markaðshlutdeild á Akranesi. Þá sé ekki nægjanlegt að horfa til stöðunnar eins og hún hafi verið á þeim tíma sem tiltekin atvik hafi átt sér stað. Fyrirtæki verði að hafa ákveðinn styrk sem sé stöðugur yfir langan tíma til að geta verið markaðsráðandi. Því sé ekki hægt að líta fram hjá þeirri þróun sem hafi orðið árið 2008 en að mati Lyfja og heilsu hélt fyrirtækið áfram að tapa hlutdeild það ár. Er í því sambandi byggt á upplýsingum um lyfjasölu Lyfja og heilsu á Akranesi sem hafi haldið áfram að minnka árið 2008. Einnig eru gefnar þær forsendur að markaðurinn hafi í heild vaxið um [...] % sem sé svipuð þróun og í Vestmannaeyjum. Miðað við þessar forsendur er það mat Lyfja og heilsu að markaðshlutdeild fyrirtækisins hafi á árinu 2008 farið niður í 32-35%.

Samkeppniseftirlitið bendir hér á að Apótek Vesturlands hóf starfsemi sína á Akranesi þann 30. júní 2007. Fyrir þann tíma höfðu Lyf og heilsa verið eini starfandi aðilinn á hinum skilgreinda markaði allt frá 1. ágúst 2000. Fyrir það tímamark var apótekið í eigu einstaklings og rekið undir nafninu Akraness Apótek. Þannig má ljóst vera að frá því í ágústmánuði 2000 allt þar til 30. júní 2007 voru Lyf og heilsa með 100% markaðshlutdeild á Akranesi. Með hliðsjón af umfjöllun hér að framan um markaðshlutdeild er því ljóst að svo há hlutdeild sem hér um ræðir veitir ótvíræða vísbendingu um að apótek Lyfja og heilsu á Akranesi hafi verið í markaðsráðandi stöðu þegar Apótek Vesturlands hóf rekstur, sbr. einnig bréf Lyf og heilsu frá október 2007 þar sem sama mat kemur fram.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Er sama regla lögð til grundvallar í EES/EB-samkeppnisrétti. Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 France Télécom v Commission: „According to the case-law, Article 82 EC refers to the position occupied by the undertaking concerned on the common market at the time when it acted in a way which is alleged to amount to an abuse ... “

<sup>40</sup> Eftirfarandi kom fram í bréfi Lyfja og heilsu til Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2007: „Umbjóðandi okkar hefur starfað á markaðnum síðan 1. ágúst 2000 en Apótek Vesturlands frá því í lok



Samkvæmt upplýsingum sem aflað var frá aðilum markaðarins um tekjur vegna sölu á lyfjum í umræddum apótekum á Akranesi er ljóst að Apótek Vesturlands náði fljótlega talsverðri hlutdeild. Í töflu 2 hér á eftir eru upplýsingar um markaðshlutdeild apótekanna á Akranesi árið 2007, þ.e. seinni helmingi ársins eða frá þeim tíma þegar Apótek Vesturlands opnaði.

**Tafla 2. Tekjur Lyfja og heilsu á Akranesi og Apóteks Vesturlands vegna lyfjasölu og markaðshlutdeild miðað við tekjur seinni helming árs 2007.**

	<b>Tekjur</b>	<b>Hlutdeild</b>
Lyf og heilsa	[...]	[40-45]%
Apótek Vesturlands	[...]	[55-60]%
<b>Samtals</b>	<b>[...]</b>	<b>100%</b>

Þess misskilnings virðist gæta af hálfu Lyfja og heilsu að niðurstaða um markaðsráðandi stöðu byggist alfarið á framangreindum upplýsingum um markaðshlutdeild aðila á Akranesi. Þetta er ekki rétt og í ljósi þessarar þróunar telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt í máli þessu að taka til skoðunar hvort þessi hlutdeild Apóteks Vesturlands valdi því að ákvæði 11. gr. samkeppnislaga taki ekki til þeirra aðgerða sem Lyf og heilsa gripu til þegar Apótek Vesturlands hóf starfsemi á Akranesi. Í því sambandi verður að mati eftirlitsins að hafa þetta sérstaklega í huga:

- Almennur efnahagslegur styrkleiki viðkomandi fyrirtækis hefur eins og fyrr sagði þýðingu við mat á markaðsráðandi stöðu. Slík atriði hafa meiri þýðingu þegar markaðshlutdeild gefur ekki skýrar visbendingar.<sup>41</sup> Í því sambandi ber að líta til „*fjárhagslegra og efnahagslegra yfirburða umfram keppinauta*“ auk skipulags og starfsemi viðkomandi fyrirtækis, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.
- Staða fyrirtækis á tengdum markaði getur haft mikil áhrif á stöðu þess á hinum skilgreinda markaði, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/1999 *Landssími Íslands hf. og Skíma ehf. gegn samkeppnisráði*.
- Rík skylda hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum að gæta þess að athafnir þeirra raski ekki samkeppni, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 12/2000 *Erindi Landvara, félags íslenskra vöruflytjenda, um meintar samkeppnishömlur Íslandspósts hf. við bögglaflutninga*. Þessi skylda „*tekur jafnt til þess markaðar sem viðkomandi fyrirtæki er markaðsráðandi*

júni 2007. Apótek Vesturlands var því nýtt fyrirtæki á markaðnum þegar meint háttsemi umbjóðanda okkar á að hafa byrjað. Þar sem umbjóðandi okkar var einn á markaðnum fram til þess tíma má gera ráð fyrir að hann hafi verið markaðsráðandi fram til þess.“

<sup>41</sup> Sjá t.d. Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, fimmta útgáfa 2010, bls. 113.



*á og þeirra markaða sem eru í það nánnum tengslum við þann markað að unnt sé að beita hinum efnahagslega styrk á þeim.*<sup>42</sup>

Hefur því þýðingu í málinu hvort Lyf og heilsa séu í markaðsráðandi stöðu á landfræðilegum mörkuðum sem eru aðliggjandi Akranesi. Jafnframt hefur skv. þessu m.a. þýðingu að meta efnahagslegan styrkleika og aðra yfirburði á rannsóknartímabilinu. Samkeppniseftirlitið telur það því ekki hafa grundvallarþýðingu hvort þær upplýsingar sem Lyf og heilsa hafa sett fram um þróun markaðshlutdeildar á árinu 2008 séu réttar eða ekki. Eins og fyrr sagði ber við mat á markaðshlutdeild og öðrum atriðum fyrst og fremst að horfa til stöðunnar eins og hún var á þeim tíma sem atvik þessa taka til. Verður nú litið til þessara atriða og þau metin.

## 2.2 Staða Lyfja og heilsu á tengdum mörkuðum

Við mat á markaðsráðandi stöðu getur eins og fyrr sagði haft þýðingu hver sé staða viðkomandi fyrirtækis eða tengdra fyrirtækja, þ.e. fyrirtækja innan sömu fyrirtækjasamstæðu, á skyldum mörkuðum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Að mati Samkeppniseftirlitsins styrkir það stöðu Lyfja og heilsu á Akranesi að apótekið er hluti af keðju 31 apóteks sem starfar vítt og breitt um landið.<sup>43</sup> Reyndar reka Lyf og heilsa tvær keðjur apóteka, annars vegar undir merkjum Lyfja og heilsu (25 apótek) og hins vegar Apótekarann (4 apótek). Þá rekur fyrirtækið einnig Skipholtsapótek. Þó apótekin séu eins og fyrr segir dreifð um landið eru flest þeirra, eða 18, starfandi á höfuðborgarsvæðinu.

Í því máli sem hér um ræðir er það mat Samkeppniseftirlitsins að gagnlegt sé í þessu sambandi að taka annars vegar til skoðunar stöðu Lyfja og heilsu á öðrum landfræðilegum mörkuðum fyrir smásölu lyfja og hins vegar starfsemi fyrirtækisins og/eða systurfélaga á öðrum nátengdum vöru- og þjónustumörkuðum.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 var komist að þeirri niðurstöðu að Lyf og heilsa og Lyfja<sup>44</sup> væru sameiginlega markaðsráðandi á höfuðborgarsvæðinu. Jafnframt var talið að umrædd kaup, þ.e. kaup DAC ehf. (systurfélags Lyfja og heilsu) á öllu hlutafé í Lyfjaveri ehf., myndu styrkja þá stöðu enn frekar og var samruninn því ógiltur. Var þessi niðurstaða staðfest með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 en þeim úrskurði var ekki skotið til dómstóla. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri frumniðurstöðu að ekki fengist séð að aðstæður á umræddum markaði fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu hefðu breyst svo frá umræddum úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála til þess tíma sem atvik þessa máls áttu sér stað árið 2007 að umrædd fyrirtæki hefðu þá ekki lengur verið sameiginlega markaðsráðandi, sbr. einnig nánar hér á eftir. Þannig þótti ljóst af m.a.

<sup>42</sup> Sjá einnig t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-65/89 BPB Industries and British Gypsum v Commission [1995] II-ECR 389.

<sup>43</sup> Upplýsingar um fjölda apóteka í máli þessu miðast við árið 2007 þegar atvik þessa máls áttu sér stað. Byggt er á upplýsingum sem aflað var um sundurliðun á tekjum apóteka m.a. í eigu Lyfja og heilsu fyrir það ár.

<sup>44</sup> Lyfja rak 11 apótek á höfuðborgarsvæðinu árið 2007.





tekjuupplýsingum sem aflað var við meðferð þessa máls frá apótekum á höfuðborgarsvæðinu að hlutdeild Lyfja og heilsu og Lyfju á markaðnum árið 2007 væri [75-80%].<sup>45</sup> Til samanburðar taldi áfrýjunarnefnd samkeppnismála í úrskurði í máli nr. 6/2006 að sameiginleg markaðshlutdeild hlutdeild þessara fyrirtækja væri [75-80%].

Í athugasemdum Lyfja og heilsu við andmælaskjalið er því mótmælt að fyrirtækið sé ásamt Lyfju í sameiginlega markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu. Verður því tala þetta atriði til nánari umfjöllunar.

#### 2.2.1 Sameiginleg markaðsráðandi staða á höfuðborgarsvæðinu

Samkvæmt 11. gr. samkeppnislega er misnotkun „eins eða fleiri fyrirtækja“ á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Samkvæmt þessu er ljóst að sameiginleg markaðsráðandi staða fellur undir ákvæði 11. gr. samkeppnislaga.<sup>46</sup> Samrunaákvæði samkeppnislaga taka einnig til sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu og heimila íhlutun ef slík staða verður til eða styrkist við samruna. Sömu sjónarmið eru lögð til grundvallar við mat á tilvist sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu skv. annars vegar 11. gr. samkeppnislaga og hins vegar skv. samrunaákvæðum laganna.<sup>47</sup>

Við mat á því hvort tvö eða fleiri fyrirtæki séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu þarf að meta hvort að í viðkomandi markaði felist jarðvegur fyrir þegjandi samhæfingu (e. tacit coordination/collusion) þeirra. Eins og lýst var í athugasemdum við 10. gr. frumvarps þess sem varð að lögum nr. 107/2000, sbr. nú 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, getur sameiginleg markaðsráðandi staða meðal annars orðið til vegna t.d. efnahagslegra tengsla milli fyrirtækjanna sem gera þeim kleift að móta sameiginlega eða samræmda markaðsstefnu og starfa að verulegu leyti án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina eða neytenda. Þess ber þó að geta að fyrirtækin móta ekki nauðsynlega slíka stefnu með samráði sín á milli heldur myndast slík stefna með þegjandi samhæfingu þeirra. Í athugasemdunum segir meðal annars svo:

*„Við mat á því hvort sameiginleg markaðsráðandi staða verður til við samruna verður að athuga hvernig líklegt er að viðkomandi markaður þróist. Í því sambandi verður að taka til athugunar hvort samruninn sem um ræðir leiðir til þess að samkeppni á markaðnum verði raskað af samrunafyrirtækjunum auk eins eða fleiri fyrirtækja til viðbótar. Þetta getur orðið við það að efnahagsleg tengsl myndist á milli fyrirtækjanna sem gera þeim kleift að móta sameiginlega eða samræmda markaðsstefnu og starfa að verulegu leyti án þess að taka*

<sup>45</sup> Hlutdeildin var í raun [75-80]% fyrir árið 2007, sbr. tafla 4 hér á eftir. Í ljósi nýrra upplýsinga frá Garðs Apóteki sem ekki höfðu borist þegar andmælaskjal var sent út hefur hlutdeildin verið leiðrétt.

<sup>46</sup> Í umfjöllun um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu í frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 (sem breyttu eldri samkeppnislögum) segir: „Undir bannið fellur misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu. Af þessu er ljóst að svokölluð fákeppnis- eða sameiginleg markaðsráðandi staða fellur undir ákvæðið. Með því er átt við að tvö eða fleiri sjálfstæð fyrirtæki, sem hvert um sig hefur ekki markaðsráðandi stöðu, geta sameiginlega haft slíka stöðu ef það eru efnahagsleg tengsl á milli þeirra sem leitt geta til þess að fyrirtækin hegða sér í aðalatriðum eins og eitt markaðsráðandi fyrirtæki.“

<sup>47</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-193/02 *Piau v Commission* [2005] ECR II-209.



*tillit til keppinauta, viðskiptavina eða neytenda. Þar sem mikil samþjöppun er á tilteknum mörkuðum getur orðið töluverð hættu á því að fyrirtæki taki gagnkvæmt tillit hvert til annars og fákeppni, markaðurinn er t.d. gagnsær og vörurnar eða þjónustan sem boðin er á viðkomandi markaði er einsleit. Fyrirtækin geta m.a. við þær aðstæður vitað með nokkurri vissu hver viðbrögð keppinauta verða við tilteknum markaðsaðgerðum. Þetta hefur þau áhrif að fyrirtækin hafa ekki lengur nauðsynlegt samkeppnislegt aðhald heldur leiða markaðsaðstæður til þess að þau verða samstíga í markaðshegðun, t.d. takmarka þau framboð á vöru eða þjónustu til þess að geta hækkað söluverð með það að leiðarljósi að samræmd markaðshegðun leiði til hámarkunar sameiginlegs hagnaðar. Hér liggur til grundvallar sú kenning hagfræðinnar að tengsl séu á milli annars vegar stærðar og fjölda fyrirtækja á markaðinum og hins vegar þess hvaða líkur eru á samstilltum aðgerðum milli fyrirtækja, án þess að endilega sé um að ræða ólöglegt samráð, t.d. um verðhækkunir.”*

Ljóst er að bæði forbundin tengsl milli fyrirtækja (t.d. samningar eða sameiginlegt eignarhald á þriðja fyrirtæki) og efnahagsleg tengsl geta leitt til sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 18/2001 *Mjólurfélag Reykjavíkur svf., Lýsi hf. og Fóðurblandan gegn samkeppnisráði*.<sup>48</sup> Samkvæmt dómi undirréttar EB í *Airtours* málinu frá 2002 er litið til m.a. þriggja atriða við mat á því hvort um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða.

- Í fyrsta lagi verða fyrirtæki í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu að eiga þess kost að fylgjast með hegðun annarra fyrirtækja sem deila slíkri stöðu. Hér skiptir m.a. gagnsæi á markaðnum miklu máli.
- Í öðru lagi verður að vera til staðar hvati fyrir slík fyrirtæki til að viðhalda en víkja ekki frá hinni samhæfðu hegðun. Í þessu felst að fyrirtæki í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu geri sér grein fyrir því að allar aðgerðir af þess hálfu, í því skyni að auka markaðshlutdeild, muni aðeins leiða til hliðstæðra aðgerða keppinauta og ekkert fyrirtækjanna hafi þess vegna hag af slíkum aðgerðum.
- Í þriðja lagi verða að vera takmarkaðar líkur á því að keppinautar eða mögulegir keppinautar, eða neytendur, geti ógnað hinni sameiginlegu markaðsráðandi stöðu.<sup>49</sup>

Þessi viðmið voru lögð til grundvallar í máli því sem lauk með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006. Í dómi dómstóls EB frá 10. júlí 2008 var staðfest að framangreind þrjú skilyrði sem komu fram í dómi undirréttarins í *Airtours* málinu væru lögmæt.<sup>50</sup> Dómstóllinn benti einnig á að við

<sup>48</sup> Sjá einnig t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-102/96 *Gencor v Commission* [1999] ECR II-753.

<sup>49</sup> Mál nr. T-342/99 *Airtours v Commission* [2002] ECR II-2585.

<sup>50</sup> Mál nr. C-413/06P *Bertelsmann & Sony v Impala* [2008] ECR I-4951: „*The conditions laid down by the Court of First Instance in paragraph 62 of its judgment in Airtours v Commission, which that court concluded, in paragraph 254 of the judgment under appeal, should be applied in the dispute before it, are not incompatible with the criteria set out in the preceding paragraph of this judgment.*”



mat á því hvort þessi skilyrði væri uppfyllt bæri að skoða aðstæður á markaði heildstætt.<sup>51</sup> Verða þessi viðmið lögð til grundvallar í þessu máli.

Eins og fyrr sagði er því mótmælt í athugasemdum Lyfja og heilsu að fyrirtækið sé ásamt Lyfju í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu. Segir að niðurstaðan í umræddu samrunamáli, þar sem fjallað hafi verið um kaup DAC á Lyfjaveri, hafi ekki þýðingu fyrir þetta mál, m.a. vegna þess að Samkeppniseftirlitið hafi vanrækt að skoða áhrif þess að Lyfjaver sameinaðist ekki DAC en ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafi miðast við að meta áhrif þess að sá samruni ætti sér stað. Þá hafi Lyfjaval opnað nýja verslun frá því samruninn átti sér stað. Ennfremur hafi Reykjavíkur Apótek sem sé í eigu Apóteks Vesturlands opnað nýlega. Þá hafi niðurstaðan í samrunamálinu byggst á stöðu á markaðnum eins og hún hafi verið 2005 sem geti ekki verið grundvöllur fyrir ákvörðun vegna atvika sem áttu sér stað á Akranesi árið 2007. Þá fullyrða Lyf og heilsa að markaðshlutdeild Lyfja og heilsu á höfuðborgarsvæðinu hafi lækkað og hafi á árinu 2007 verið 35-40%. Er það mat Lyfja og heilsu að Lyfja hafi á sama tíma verið með 35-45% hlutdeild. Þá segir að þegar verið sé að meta skyldur markaðsráðandi fyrirtækis verði að horfa á hlutdeild þess félags aðskylda frá öðrum félögum. Ótækt sé að leggja saman markaðshlutdeild Lyfja og heilsu og Lyfju.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessi sjónarmið Lyfja og heilsu enda felst í þeim misskilningur á niðurstöðu í nefndu samrunamáli sem og misskilningur á eðli sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu. Í fyrsta lagi er það rangt að staða apóteka á höfuðborgarsvæðinu hafi ekki verið rannsökuð að nýju í tengslum við þetta mál. Upplýsinga var aflað frá öllum apótekum á höfuðborgarsvæðinu til að meta stöðuna á markaðnum, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir. Þá hafnar Samkeppniseftirlitið því að það hafi meginþýðingu við mat á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu Lyfja og heilsu og Lyfju á höfuðborgarsvæðinu að DAC og Lyfjaver hafi ekki sameinast. Eftirlitið bendir hér á að í niðurstöðu áfrýjunarnefndar í máli nr. 6/2006 fólst að lyfjakeðjurnar (Lyf og heilsa og Lyfja) hefðu fyrir samrunann verið sameiginlega markaðsráðandi og að samruninn myndi að óbreyttu styrkja þá stöðu. Í niðurstöðunni fólst því ekki að sameiginleg markaðsráðandi staða myndi verða til við samrunann. Á þessu tvennu er mikill munur. Hvað sem því líður er það rangt að ekki hafi verið höfð hliðsjón af stöðu Lyfjavers sem sjálfstæðs keppinautar við endurmat á stöðu apóteka á höfuðborgarsvæðinu. Upplýsinga var aflað frá því apóteki um tekjur vegna lyfsölu árið 2007 og staða þess metin. Sama á við um nefnt apótek Lyfjaval í Álftamýri. Stofnun Reykjavíkur Apóteks átti sér hins vegar stað eftir að atvik þessa máls áttu sér stað. Hvað varðar athugasemdir Lyfja og heilsu að öðru leyti um markaðshlutdeild apóteka á höfuðborgarsvæðinu vísast til nánari umfjöllunar hér á eftir.

Þess misskilnings virðist einnig gæta hjá Lyfjum og heilsu að við mat á því hvort fyrirtæki hafi misnotað sameiginlega markaðsráðandi stöðu sína eigi einungis að

---

<sup>51</sup> „In applying those criteria, it is necessary to avoid a mechanical approach involving the separate verification of each of those criteria taken in isolation, while taking no account of the overall economic mechanism of a hypothetical tacit coordination.“



líta til hlutdeildar þess en ekki til hinnar sameiginlegu markaðshlutdeildar. Á þetta er ekki unnt að fallast. Sameiginleg markaðsráðandi staða er til staðar þegar tvö eða fleiri fyrirtæki á markaði hafa sameiginlega sterka stöðu á markaði og geta eftir atvikum stundað þegjandi samhæfingu í athöfnum sínum á honum. Hugtakið sameiginleg markaðsráðandi staða vísar eðlilega ekki til þess þegar eitt fyrirtæki hefur markaðsráðandi stöðu, heldur til þess þegar um er að ræða tvö eða fleiri fyrirtæki sem deila slíkri stöðu á markaði saman. Við mat á markaðshlutdeild fyrirtækja í slíkri stöðu er því höfð hliðsjón af samanlagðri hlutdeild þeirra en ekki markaðshlutdeild þeirra hvors/hvers í sínu lagi. Þá ber í þessu samhengi að hafa í huga að skýrt hefur komið fram í dómaframkvæmd í EES/EB-samkeppnisrétti að ef viðkomandi fyrirtæki hafa samtals 50% markaðshlutdeild eða hærra er það vísbending um að þau séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu, sbr. umfjöllun hér að framan.<sup>52</sup> Þá er einnig ljóst að eitt fyrirtæki sem tilheyrir sameiginlegri markaðsráðandi stöðu getur brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga þrátt fyrir að hitt/önnur fyrirtæki sem einnig eru í slíkri stöðu grípi ekki til samskonar aðgerða.<sup>53</sup>

Í máli Lyfja og heilsu segir að skilyrði fyrir því að sameiginleg markaðsráðandi staða geti verið fyrir hendi séu mjög ströng en „*túlkun Samkeppniseftirlitsins í ákvörðun nr. 28/2006*“ hafi verið miklu rýmri en eðlilegt sé. Þá er það mat Lyfja og heilsu að nálgun Samkeppniseftirlitsins hvað varðar sameiginlega markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu hafi í meginatriðum verið röng. Ekki hafi farið fram rannsókn á raunverulegum aðstæðum á markaðnum heldur sé því haldið fram að engar breytingar á markaðnum hafi átt sér stað.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 féllst nefndin ekki á gagnrýni áfrýjanda heldur staðfesti niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Í því sambandi benti nefndin m.a. á þetta:

*„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 einsleitir til að vöruframboð sé sambærilegt milli lyfjabúða og að kostnaðaruppygging lyfjakeðjanna geti talist áþekk. Öll framangreind atriði teljast auka líkur á samhæfðri hegðun á markaði.“*

Í ljósi þessa fær ekki staðist það mat Lyf og heilsu að niðurstaða ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 hafi verið röng að þessu leyti. Á hinn bóginn er rétt í ljósi athugasemda Lyfja og heilsu að taka til nánari skoðunar hvort aðstæður á smásölumarkaði lyfja á höfuðborgarsvæðinu hafi breyst frá þeim tíma sem fjallað var um umræddan samruna DAC og Lyfjavers árið 2006 til þess tíma sem atvik þessa máls áttu sér stað á árinu 2007.

<sup>52</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-191/98 Atlantic Container Line AB v Commission [2003] ECR II-3275. Sjá einnig Richard Whish, Competition Law, sjötta útgáfa 2009, bls. 46: “There is a legal presumption that, with 50% or more of the market, you have a dominant position, this presumption applies in the case of collective dominance as well as single-firm dominance.”

<sup>53</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 Irish Sugar v Commission [1999] ECR II-2969.



### 2.2.1.1 Markaðshlutdeild og samþjöppun

Þegar líkur á sameiginlegri markaðshegðun eru metnar er mikilvægt að líta til stöðu fyrirtækja og samþjöppunar á þeim markaði sem um ræðir. Sameiginleg markaðsráðandi staða á sér helst stað á fákeppnismörkuðum en það eru markaðir þar sem helstu fyrirtækin eru tiltölulega fá.<sup>54</sup> Sameiginleg markaðsráðandi staða er þeim mun líklegri, að öðru óbreyttu, eftir því sem hún á við færri fyrirtæki í hverju tilviki.<sup>55</sup> Hefur verið bent á að ef um er að ræða fákeppnismarkað þar sem viðkomandi fyrirtæki hafa áþekka markaðshlutdeild (e. symmetric oligopoly) geti það verið sterk sönnun fyrir sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Tvíkeppni (e. duopoly) þar sem viðkomandi fyrirtæki hafa hvort fyrir sig svipaða markaðshlutdeild og samanlagða markaðshlutdeild á milli 60-80% sé skýrt dæmi um þetta.<sup>56</sup>

Til þess að meta samþjöppun á einstökum mörkuðum og hættu á samkeppnishömlum er hér á landi aðallega stuðst við mælikvarða sem nefnist Herfindahl-Hirschman Index (HHI), sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 6/2006. Önnur samkeppnisyfirvöld beita einnig HHI stuðlinum.<sup>57</sup> Gildi HHI stuðulsins er á milli 0 og 10.000, en því hærra sem það er þeim mun meiri er markaðssamþjöppunin (e. market concentration).<sup>58</sup> Telst markaður vera mjög samanþjappaður ef gildi HHI er meira en 1800 stig.<sup>59</sup> Ljóst er að líkur á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu eru meiri ef mikil samþjöppun er á viðkomandi markaði, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> Sjá t.d. Bellamy & Child, European Community Law of Competition, sjötta útgáfa 2008 bls. 758: „*An oligopolistic market is one which is dominated by relatively small number of major players, even if none enjoys a position of single dominance.*”

<sup>55</sup> Sjá t.d. Sjá t.d. Cook & Kerse, EC Merger Control, fimmta útgáfa 2009 bls. 208-209.

<sup>56</sup> Sjá Ritter & Braun, European Competition Law, þriðja útgáfa 2004 bls. 599: „*An oligopoly comprising firms each holding approximately the same market share (symmetric oligopoly) may be strong evidence of the existence of a collective dominant position. (Examples: duopolies with relatively similar individual market shares an aggregated market share of 60-80%...)*” Sjá jafnframt dóm undirréttar EB í máli nr. T-102/96 Gencor Ltd. v Commission [1999] 4 CMLR 971. Í því máli ógilti framkvæmdastjórn EB samruna Gencor og Lonhro vegna þess að hið sameinaða fyrirtæki myndi öðlast sameiginlega markaðsráðandi stöðu með öðru fyrirtæki, Amplats, á markaði fyrir m.a. platinu. Hefði hið sameinaða fyrirtæki og Amplats milli 60-70% markaðshlutdeild. Samhverfa var í markaðshlutdeild þessara fyrirtækja þar sem hvort fyrir sig var með 30-35% markaðshlutdeild.

<sup>57</sup> Sjá t.d. kafli III í tulkunarreglum framkvæmdastjórnar EB um láréttan samruna (Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings), OJ C 31, 5.2.2004. Sjá einnig skýrslu færeyskra samkeppnisyfirvalda *Oljumarknaðurinn í Færoyum* frá nóvember 2002. Dómstólar í Bandaríkjunum sem mjög langa reynslu hafa af beitingu samkeppnisreglna telja HHI stuðullinn áreiðanlegt tæki. Sjá Areeda, Hovenkamp, Antitrust Law, IV önnur útgáfa 2006, bls. 149: „*...the HHI has become the dominant mechanism in the federal enforcement agencies for estimating market concentration. ... The HHI has also received a very large degree of acceptance by the courts.*”

<sup>58</sup> HHI stuðullinn er reiknaður með því að leggja saman ferningstölur markaðshlutdeilda (þ.e. markaðshlutdeild í öðru veldi) þeirra fyrirtækja sem eru á þeim markaði sem við á. Sem dæmi um þetta má nefna markað með 10 fyrirtækjum sem hvert um sig er með 10% markaðshlutdeild. HHI væri þar  $(10^2) \cdot 10 = 1.000$ .

<sup>59</sup> Sjá tulkunarreglur framkvæmdastjórnar EB um láréttan samruna (Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings), OJ C 31, 5.2.2004. Sjá einnig tulkunarreglur um beitingu 81. gr. vegna samstarfs keppnauta (Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements), O.J. C 3/2 2001: „*With an HHI below 1000 the market concentration can be characterised as low, between 1000 and 1800 as moderate and above 1800 as high.*”

<sup>60</sup> Sjá einnig t.d. O'Donoghue & Padilla, The Law and Economics of Article 82, 2006 bls. 141-142. Sjá jafnframt Cook & Kerse, EC Merger Control, fjórða útgáfa 2005 bls. 220: „*The concept of co-ordinated effects (or collective dominance) rests on the proposition that in highly concentrated markets it is highly likely, if not inevitable, that if only a small number of firms remain, they will recognise their*



Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006, sbr. úrskurður áfryjunarnefndar í máli nr. 6/2006, var komist að þeirri niðurstöðu að mikil samþjöppun væri á markaði fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu og að samþjöppunin hefði aukist mikið undangengin ár. Í því sambandi voru m.a. birtar upplýsingar um hlutdeild apóteka frá árinu 1999 og fyrstu sex mánuði ársins 2000 þar sem fram kom að Lyf og heilsa og Lyfja ásamt Lyfjabúðum hf. væru sameiginlega með um 79% markaðshlutdeild.<sup>61</sup> Árið 2005 (síðasta heila rekstrarár fyrir samrunann) var hlutdeildin hins vegar í samræmi við það sem fram kemur í töflu 3.

**Tafla 3. Markaðshlutdeild lyfjaverslana á höfuðborgarsvæðinu miðað við tekjur vegna sölu á lyfjum árið 2005.**

Lyfjabúðir	Markaðshlutdeild árið 2005
Lyfja	[35-40]%
Lyf og heilsa	[40-45]%
Árbæjar Apótek	[0-5]%
Garðs Apótek	[0-5]%
Laugarnes Apótek	[0-5]%
Lyfjaval	[5-10]%
Lyfjaver	[0-5]%
Rima Apótek	[0-5]%
Sjúkrahúsapótek LSH	[0-5]%
<b>Samtals</b>	<b>100,0%</b>

Á árinu 2005 var gildi HHI 3.099 stig.

Þótti ljóst að markaðshlutdeild lyfjakeðjanna tveggja hefði aukist verulega á meðan markaðshlutdeild annarra keppinauta hefði almennt minnkað eða staðið í stað. Hlutdeild keðjanna væri mjög áþekkt og því dregin sú ályktun að markaður fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu væri tvíkeppnismarkaður og til þess fallinn að á honum gæti ríkt samhæfð stefna Lyfju og Lyfja og heilsu vegna þegjandi samhæfingar félaganna. Þótti samanlögð hlutdeild lyfjakeðjanna og samþjöppun á markaðnum skýr vísbending um að félögin væru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu.

Ljóst er að þessi staða hefur ekki breyst. Aflað var upplýsinga um markaðshlutdeild apóteka á höfuðborgarsvæðinu fyrir árin 2006 og 2007 og eru þær birtar í töflu 4.

---

*interdependence and the futility of aggressive competition and adapt their behaviour, not necessarily collusively, to that which a profit-maximising dominant single firm (monopolist) would choose."*

<sup>61</sup> Lyfja keypti rekstur Lyfjabúða í árslok 2000, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 *Samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf.* Í ákvörðuninni var Lyfju gert að selja fimm apótek á höfuðborgarsvæðinu. Í framhaldi af úrskurði áfryjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 11/2001 *Hagræði hf. gegn samkeppnisráði.*



**Tafla 4. Markaðshlutdeild lyfjaverslana á höfuðborgarsvæðinu miðað við tekjur vegna sölu á lyfjum árin 2006 og 2007.**

Lyfjabúðir	Markaðshlutdeild árið 2006	Markaðshlutdeild árið 2007
Lyfja	[35-40]%	[30-35]%
Lyf og heilsa	[40-45]%	[40-45]%
Árbæjar Apótek	[0-5]%	[0-5]%
Garðs Apótek	[0-5]%	[0-5]%
Laugarnes Apótek	[0-5]%	[0-5]%
Lyfjaval	[5-10]%	[5-10]%
Lyfjaver	[0-5]%	[0-5]%
Rima Apótek	[5-10]%	[5-10]%
Sjúkrahúsapótek LSH	[0-5]%	[0-5]%
<b>Samtals</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>

Eins og fram kemur í töflunni breyttist hlutdeild apóteka á höfuðborgarsvæðinu ekki mikið á umræddu árabili. Þá verður ekki séð að lyfjamarkaðurinn á höfuðborgarsvæðinu hafi að öðru leyti tekið breytingum sem þýðingu hafi að þessu leyti á tímabilinu.

Í töflunni hér fyrir neðan er yfirlit yfir þróun HHI-stuðulsins á lyfjamarkaðnum á höfuðborgarsvæðinu frá árinu 2005 til og með ársins 2007.

**Tafla 5: Þróun HHI-stuðulsins frá árinu 2005 til og með ársins 2007 á höfuðborgarsvæðinu**

Ár	Höfuðborgarsvæðið
2005	3.099
2006	3.076
2007	2.942

Samkvæmt þessu hefur samþjöppun á markaðnum einnig verið mjög mikil á árunum 2006 og 2007.

Í ljósi framangreinds ber því að líta svo á að forsendur úrskurðar áfrýjunarnefndar í máli nr. 6/2006 séu óbreyttar að þessu leyti, þ.e. að markaðurinn fyrir smásölu á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu sé samþjappaður tvíkeppnismarkaður þar sem ríkt getur samhæfð stefna milli lyfjakeðjanna. Er þetta sterk vísbending um að Lyfja og Lyf og heilsa hafi verið í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu þegar atvik þessa máls áttu sér stað. Verður nú vikið að fleiri atriðum sem þessu tengjast.

#### 2.2.1.2 Gagnsær og einsleitur markaður

Í umræddu samrunamáli var komist að þeirri niðurstöðu að íslenski smásölumarkaðurinn fyrir lyf væri gagnsær. Í fyrsta lagi var á því byggt að auðvelt væri fyrir lyfjakeðjurnar að átta sig á verðlagningu hvor hjá annarri. Lyfjamarkaðurinn lyti í veigamiklum atriðum opinberum reglum þar sem



stjórnvöld kæmu að því að ákveða hámarksverð á lyfjum bæði í heildsölu og smásölu, greiðslupátttöku almannatrygginga og verðbreytinga á lyfseðilsskyldum lyfjum. Lyfjagreiðslunefnd gæfi út lyfjaverðskrá þar sem fram kæmu upplýsingar um viðmiðunarverð, greiðslupátttöku almannatrygginga vegna hvers lyfs, hámarksverð og greiðslupátttökuverð allra lyfseðilsskyldra lyfja ásamt heildsöluverði. Af þessu þótti ljóst að markaðurinn væri mjög gagnsær þar sem öll apótek vissu hvert væri hámarksverð lyfseðilsskyldra lyfja í smásölu. Þó apótekum væri í sjálfsvald sett hvaða afslætti þau veittu af lyfjum þyrftu þau að tilgreina afsláttarprósentu á kvittun kaupandans. Lyfjakeðjurnar ættu því greiðan aðgang að afsláttarstefnu hvorrar annarrar. Auk þessa var það talið merki um gagnsæi að samtök á borð við Alþýðusamband Íslands (ASÍ) og Neytendasamtökin framkvæmdu og birtu reglulega verðkannanir á markaðnum. Í öðru lagi var það talið lýsa gagnsæi markaðarins að fjöldi og staðsetning lyfjaverslana lægi ljós fyrir. Í ljósi mótmæla Lyfja og heilsu er nauðsynlegt að mati Samkeppniseftirlitsins að taka að nýju til skoðunar hvort framangreind atriði hafi breyst þannig að verðlagning á lyfjum hafi ekki lengur verið gagnsæ á þeim tíma sem atvik þessa máls áttu sér stað.

Varðandi gagnsæi heldur Lyf og heilsa því í fyrsta lagi fram að sú staðreynd að hámarksverð sé ákveðið af stjórnvöldum leiði til þess að fyrirtæki á lyfjamarkaði hafi verið svipt þeim „eiginleika“ að geta verðlagt vöru og þjónustu yfir samkeppnishæfu verði. Þessar „verðlagshömlur hins opinbera“ leiði til þess að fyrirtæki á lyfjamarkaði geti ekki verið markaðsráðandi. Á þetta er ekki unnt að fallast. Hvað varðar þann markað sem hér um ræðir er ljóst að fyrirtæki hafa þrátt fyrir ákvörðun stjórnvalda um hámarksverð möguleika á að selja lyf á lægra verði en þessu hámarksverði, þ.e. að keppa með afsláttum frá hámarksverðinu og „samkeppnishæft verð“ þarf ekki endilega að vera það hámarksverð sem ákveðið er af stjórnvöldum. Vissulega setur hámarksverð lyfja í smásölu beitingu markaðsráðandi fyrirtækja á markaðsvaldi sínu viss takmörk, en þrátt fyrir þau takmörk er markaðsvald þeirra enn fyrir hendi með því svigrúmi sem fyrir hendi er í lyfjaverðskrá.

Þá halda Lyf og heilsa því fram að framangreind rök um opinbera verðlagningu nái ekki til lausasölulyfja þar sem verðlagning þeirra sé frjáls. Á þetta er heldur ekki hægt að fallast. Það er rétt að verðlagning á lausasölulyfjum sætir ekki reglum hins opinbera um hámarksverð eins og lyfseðilsskyld lyf gera. Það leiðir hins vegar ekki til þess að verðlagning á þessum lyfjum sé ekki gagnsæ. Samkeppniseftirlitið bendir hér á að öllum þeim sem selja vöru og þjónustu til neytenda ber skylda til að verðmerkja hana með áberandi hætti, sbr. m.a. reglur nr. 580/1998 um verðmerkingar sem í gildi voru á þessum tíma.<sup>62</sup> Upplýsingar um verð á lausasölulyfjum í apótekum eiga því lögum samkvæmt að vera öllum aðgengilegar. Til viðbótar við þetta má nefna að sérreglur hafa verið settar um sundurliðun á verði lyfja sem seld eru gegn lyfseðli, sbr. reglur nr. 384/2007. Í 1. gr. reglnanna segir að markmið þeirra sé að bæta upplýsingar til neytenda og auðvelda verðsamanburð. Í 2. gr. segir að við afgreiðslu á lyfjum gegn lyfseðli sé skylt að sundurliða hluta neytenda í verði allra lyfja. Þannig skuli koma fram á

<sup>62</sup> Sjá nú 4. reglur nr. 725/2008 um verðmerkingar og aðrar verðupplýsingar.





kvittun úr afgreiðslukassa, á sölunótu eða með öðrum hætti, sundurliðað verð á hverju lyfi. Segir jafnframt að ávallt skuli tryggt að neytendur eigi auðvelt með að átta sig á verði hvers lyfs fyrir sig.<sup>63</sup>

Að mati Samkeppniseftirlitsins gætir reyndar þess misskilnings af hálfu Lyfja og heilsu að forsenda þess að lyfjamarkaðurinn geti talist gagnsær í skilningi samkeppnisréttar sé að neytendur eigi auðvelt með að átta sig á hvar ódýrast sé að versla og að aðilar á markaði hafi aðgang að tæmandi upplýsingum um verðlagningu allra lyfja og jafnvel mismunandi afslætti til einstakra hópa viðskiptavina. Samkeppniseftirlitið bendir hér á að markaður telst gagnsær í samkeppnislegu tilliti þegar þau fyrirtæki (en ekki viðskiptavinir eða neytendur) sem eru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu geta áttað sig á þeim viðmiðum sem liggja til grundvallar hinni þöglu samhæfingu.<sup>64</sup>

Samkeppniseftirlitið telur rétt að áréttu að ekki er gerð krafa um að markaðurinn sé fullkomlega gagnsær eða með öðrum orðum gagnsær að öllu leyti. Er horft til þess hvort markaðurinn sé „nægjanlega“ (e. sufficiently) gagnsær. Krafan um gagnsæi þýði ekki að hvert og eitt fyrirtæki verði hvenær sem er að búa yfir vitneskju í smáatriðum um kjör á hverri sölu hinna fyrirtækjanna. Það er fullnægjandi að markaðurinn sé nægjanlega gagnsær hvað varðar tiltekna mikilvæga þætti á viðkomandi markaði, s.s. hvað varðar verð, framboð og viðskiptamannahóp.<sup>65</sup> Markaður fyrir smásölu lyfja er gagnsær hvað alla þessa þætti áhrærir, sbr. það sem hér segir.<sup>66</sup>

Eins og vikið var að hér að framan ákveða stjórnvöld hámarksverð á lyfjum og gefur lyfjagreiðslunefnd út lyfjaverðskrá þar sem fram koma upplýsingar um viðmiðunarverð hvers lyfseðilsskylds lyfs og hámarksverð allra lyfseðilsskyldra lyfja. Er þessi skrá birt opinberlega. Er ljóst að opinber birting sem þessi á hámarksverði á markaði fyrir smásölu lyfja er verulega til þess fallin að leiða til þess að markaður fyrir smásölu lyfja sé gagnsær markaður og þar af leiðandi

---

<sup>63</sup> Reglur þessar voru settar af Neytendastofu þann 18. júní 2008 (725/2008) og 13. apríl 2007 (384/2007) með heimild í 17. og 18. gr. laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptum og markaðssetningu.

<sup>64</sup> Sjá hér t.d. Alistair Lindsay, The EC Merger Regulation: Substantive Issues, bls. 336 þriðja útgáfa 2009, þar sem segir m.a. um þetta atriði: „*Tacit coordination is feasible only when there is sufficient transparency for all participants to be able to identify the relevant reference point without the need for express collusion.*“ (undirstrikun Samkeppniseftirlitsins). Sjá einnig t.d. dóm undirréttar EB í Gencor málinu, mál nr. T-102/96: „*Price transparency is a fundamental factor in determining the level of market transparency where there is an oligopoly. By means of the price mechanism, the members of an oligopoly can, in particular, immediately discern the decisions of other members of the oligopoly to alter the status quo by increasing their market share and they may take such retaliatory measures as may be necessary in order to frustrate actions of that kind.*“

<sup>65</sup> Sjá dóm undirréttar í máli nr. T-102/96 *Gencor Ltd. v Commission* [1999] 4 CMLR 971. Sjá hér einnig t.d. Alistair Lindsay, The EC Merger Regulation: Substantive Issues, bls. 337 þriðjaútgáfa 2009: „*This means that if the reference point is, for example, customer allocation, then it is irrelevant that the market is not transparent on other variables (e.g. price and output).*“

<sup>66</sup> Hér telur Samkeppniseftirlitið einnig rétt að visa til þess að fræðimenn hafa bent á að markaður geti talist gagnsær enda þótt að ekki sé til staðar gagnsæi hvað varðar þá viðmiðun sem lögð er til grundvallar við hina þöglu samhæfingu svo fremi sem til séu aðrar breytur sem séu gagnsæjar og gefi góða vísbandingu um gildi þeirrar breytu sem er ógagnsæ og er til viðmiðunar. Alistair Lindsay hefur orðað þetta með eftirfarandi hætti: „*In principle, tacit coordination remains possible even if the market is not transparent on the variable which forms the reference point, provided that the market is transparent on other criteria which form a good proxy for the reference point; e.g. tacit coordination on price may be possible if the market is transparent on customer purchases and market shares, so long as these variables form a good substitute for direct information on pricing.*“



stuðlar hún að því að lyfjakeðjurnar tvær geti með auðveldum hætti samhæft hegðun sína á markaði fyrir smásölu lyfja án beinna samskipta. Er almennt þekkt að opinber birting á verði, s.s. í verðlistum getur stuðlað að gagnsæi á markaði.<sup>67</sup>

Lyf og heilsa halda því fram að til þess að fá upplýsingar um verð á lyfseðilsskyldum lyfjum sé nauðsynlegt að fá lyfseðil frá lækni en slíkt sé ekki aðgengilegt hverjum sem er. Þá hafna Lyf og heilsa því að sú staðreynd að afsláttur sé tilgreindur á kvittun viðskiptavinar geti leitt til þess að markaður sé gagnsær „*enda augljóst að kvittun er ekki afhent fyrr en eftir að ákvörðun hefur verið tekin af viðskiptavini um viðskiptin.*“ Segir jafnframt að afslættir séu frekar til þess fallnir að draga úr gagnsæi á markaði. Einnig er vísað til þess að erfitt geti verið að nálgast upplýsingar um verð hjá apótekum og óljóst sé hvaða hvata viðskiptavinir apótekanna hafa af því að láta þeim í té upplýsingar um verð þar sem hætt væri við að þau nýttu upplýsingarnar til að hækka verð.

Ekki er unnt að fallast á þessi sjónarmið enda ljóst að lyfjaverslanir geta með auðveldum hætti nálgast upplýsingar um verð á lyfseðilsskyldum lyfjum. Í *fyrsta lagi* er það beinlínis rangt að apótek, þ.m.t. Lyf og heilsa, veiti ekki upplýsingar um verð og afslætti á lyfseðilsskyldum lyfjum. Þessar upplýsingar eru veittar hjá apótekum, bæði á sölustað og í gegnum síma. Þá ber að hafa í huga í þessu sambandi að lyfjaverslunum, þ. á m. lyfjakeðjunum tveimur, er skylt að tilgreina á kvittun þess sem fær lyfseðilsskyld lyf í hendur hvaða afsláttur sé veittur frá hámarksverði lyfsins. Leiðir það til þess að allir sem þess óska geta fengið upplýsingar um þann afslátt sem veittur er af tilteknum lyfjum í apótekum. Af þessu er ljóst að lyfjakeðjurnar geta með auðveldum hætti komist að því hvaða afslátt aðrar lyfjabúðir veita af hámarksverði tiltekinna lyfja. Í *öðru lagi* má nefna að Félag íslenskra stórkaupmanna (FÍS) hefur í rúmlega tuttugu ár gefið út bókina „Icelandic Drug Market“ sem inniheldur sölutölur allra lyfja á Íslandi. Kemur bókinn út ársfjórðungslega með upplýsingum um sölu allra skráðra lyfja á Íslandi í ársfjórðungnum, flokkaðar niður eftir lyfjaflokkum, framleiðendum o.fl. Í raun þurfa lyfjakeðjurnar aðeins að leita eftir upplýsingum um þann afslátt sem veittur er á söluhæstu lyfjunum til að geta ályktað um hvaða afslætti hin lyfjakeðjan sé almennt að veita. Í *þriðja lagi* ber að geta þess að hér á landi eru reglulega gerðar verðkannanir á bæði lausasölu- og lyfseðilsskyldum lyfjum, sbr. t.d. kannanir sem gerðar eru af hálfu ASÍ og Neytendasamtakanna.

Af framangreindu er ljóst að lyfjakeðjurnar geta með hliðsjón af þessum opinberu upplýsingum með auðveldum hætti ályktað um hvaða afslætti hvor keðjan er almennt að veita af lyfjum. Engu skiptir þótt lyfjakeðjurnar hafi ekki nákvæmar upplýsingar um afslætti sem hin keðjan er að veita af öllum lyfjategundum, enda geta lyfjakeðjurnar með ýmsum ráðum, sbr. ofangreint, dregið tiltölulega traustar ályktanir um afsláttarstefnu hinnar keðjunnar. Sama gildir um þau lyf sem skráð eru sem söluhæstu lyfin í bókinni „Icelandic Drug Market“, þ.e. lyfjakeðjurnar þurfa aðeins að leita eftir upplýsingum um þann afslátt sem veittur er á söluhæstu lyfjunum til að geta áttað sig á þýðingarmestu afsláttum hinnar

<sup>67</sup> Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. IV/M.315 Mannesman/Vallourec/Ilva.



keðjunnar. Þá getur hvor lyfjakeðja fyrir sig einnig áttað sig vel á afsláttum sem þær veita af öðrum lyfjum m.a. með hliðsjón af gögnum í bókinni.

Samkeppniseftirlitið vill einnig taka fram að framangreint sjónarmið Lyfja og heilsu um að ekki sé hægt að fá upplýsingar um verð á lyfjum í apótekum er beinlínis í mótsögn við gögn þessa máls. Hér hefur verið vísað til verðkannana ASÍ og Neytendasamtakanna og þeirrar staðreyndar að apótekum er skylt samkvæmt lögum að viðhafa gagnsæja verðlagningu á lyfjum. Sýna gögn málsins að fyrirsvarsmenn Lyfja og heilsu styðjast við umræddar verðkannanir til að glöggva sig á verði í öðrum lyfjaverslunum.<sup>68</sup> Einnig er gefið út ritið Icelandic Drug Market eins og áður er getið. Auk þessa er ljóst af gögnum málsins að Lyf og heilsa og Lyfja gera reglulega verðkannanir á lyfjum í apótekum hvors annars og einnig í apótekum annarra keppinauta. Þessar verðkannanir hafa m.a. verið framkvæmdar þannig að starfsmenn apótekanna hafa hringt í keppinauta sína til að kanna verð og þá skipst á upplýsingum um verð á lyfjum. Til vitnis um þessi samskipti má fyrst nefna tölvupóstsamskipti á milli Eysteins Arasonar (lyfjastjóra Lyfja og heilsu - EA) og Þórbergs Egilssonar forstöðumanns Lyfja- og þróunarsviðs hjá Lyfju. Í tölvupósti EA til Þórbergs frá 21. september 2006 segir:<sup>69</sup>

*„var að hafa spurnir af því að þitt starfsfólk er að gera verðkönnun á lyfjum í okkar verslunum. Er bannið enn í gildi sem þú settir á okkur – ég virði það. Þið komið ekki fram undir nafni og minnið mig á gluggagæi með hettu yfir höfði í stað þess að banka upp á kynna sig. Er ekki ráð að gera þetta eins og vitiborið fólk?“*

Þórbergur Egilsson hjá Lyfju svarar þessu með tölvupósti sama dag:<sup>70</sup>

*„Við gerum öðruhvorum verðkannanir á lyfjum hjá ykkur og fleirum. Okkar aðferð er að gera allar kannanir án kynningar þar sem við höfum reynslu af því að ekki er alltaf hægt að treysta þeim verðum sem gefin eru upp á annan hátt.*

*Einnig verður það, að skiptast á verðum í síma, að teljast á mjög gráu svæði gagnvart samkeppniseftirliti og túlkun á samráði.*

*Við teljum því eðlilegast í ljósi ofangreindra atriða að halda okkur við þessa aðferð þó eflaust sé í mörgum tilfellum nokkuð augljóst í hvaða tilgangi sé hringt og spurt.“*

Af þessum samskiptum virðist ljóst að lyfjakeðjurnar hafa bæði notað þá aðferð að gera svokallaðar nafnlausar verðkannanir en einnig með því að aðilar kynni sig og tilefnið og óski eftir verðupplýsingum. Að því er varðar síðarnefndu aðferðina virðist sem apótekin hafi gjarnan haft þann háttinn á að skiptast á

<sup>68</sup> Sjá t.d. tölvupóst Rúnars Höskuldssonar markaðsstjóra Lyf og heilsu til m.a. Eysteins Arasonar lyfjastjóra, dags. 25. september 2006 kl. 15:50: Í póstinum segir m.a.: „Í viðhengi er samanburður á könnunum ASÍ, bið ykkur vinsamlegast að skoða fyrir fundinn.“

<sup>69</sup> Afritað tölvubréf frá EA til Þórbergs Egilssonar forstöðumanns Lyfja- og þróunarsviðs hjá Lyfju frá 21. september 2006 kl. 15:54.

<sup>70</sup> Afritað tölvubréf Þórbergs Egilssonar hjá Lyfju til EA frá 21. september 2006 kl. 16:07.



verðupplýsingum um tiltekin lyf í síma, sbr. nánar hér á eftir. Rétt er taka fram að í máli þessu er ekki tekin afstaða til þess hvort þessi og eftirfarandi samskipti falli undir bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga. Hér er til skoðunar hvort þessi upplýsingaskipti veiti vísbendingar um hvort auðvelt sé fyrir apótek að fá upplýsingar um verð á lyfjum í öðrum apótekum, m.ö.o. hvort markaðurinn fyrir smásölu lyfja sé gagnsær. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að svo sé.

Þessu til frekari stuðnings má nefna fleiri tölvupóstsamskipti sem sýna að umfang þessara verðkannana hefur verið allnokkurt. Fyrst má nefna tölvupóst EA til Vilborgar Gudjohnsen starfsmanns Lyfja og heilsu frá 14. febrúar 2006 þar sem EA tilkynnir að hann ætli að biðja „öll apótekin“ að gera verðkönnun sem fólst í að hringja í eitt apótek og fá upplýsingar um verð á þremur lyfjum á tilteknu tímabili sem var frá 20. til 26. febrúar 2006.<sup>71</sup> Ljóst er að þessi könnun hefur verið framkvæmd því 28. febrúar 2006 sendir EA aftur tölvupóst þar sem fram kemur að „bara 2 [eigi] eftir að svara“.<sup>72</sup>

Keppinautar Lyfja og heilsu hafa að sama skapi gert verðkannanir í apótekum Lyfja og heilsu. Þannig liggur fyrir tölvupóstur Rúnars Höskuldssonar markaðsstjóra Lyfja og heilsu frá 29. desember 2006 til „leyfishafa“ þar sem fram kemur eftirfarandi:

*„ég vil biðja ykkur að vera vakandi fyrir því hvenær verið er að gera verðkannanir á lyfjum og láta mig eða Eystein vita af því. Líklegt er að verðkannanir verði gerðar strax á nýju ári af samkeppnisaðilum eða öðrum.“<sup>73</sup>*

Þessum pósti er svarað 10. janúar 2007 af Guðmundi Guðmundssyni leyfishafa í apóteki Lyfja og heilsu í Austurveri þar sem fram kemur að Apótekið (í eigu Lyfju) hafi verið að gera verðkönnun á þremur tilgreindum lyfjum.<sup>74</sup>

Þá má nefna að í tölvupósti EA frá 11. janúar 2007 sem sendur var á öll apótek Lyfja og heilsu er fjallað um verðkannanir apóteka. Þar segir:

*„Nú er sá tími sem allir eru að gera verðkannanir ljóst og leynt. Samkeppnisaðili okkar (sá stærsti) gaf út fyrirmæli til sinna apóteka um að gefa ekki Lyf og heilsu upp verðin hjá sér sem gerir hlutina svolítið erfiðari fyrir okkur. Við ætlum ekki að fara sömu leið og þeir heldur viðhafa hin kristnu gildi að koma fram við náungan eins og þú vilt að hann komi fram við þig. Við skulum gefa upp verðin ef um verðkönnun úr apóteki er að ræða en fara fram á að þeir gefi okkur upp verðin hjá sér á sömu lyfjum. Þessi verð skulu send til mín jafn óðum.“<sup>75</sup>*

<sup>71</sup> Afritað tölvubréf frá EA til Vilborgar Gudjohnsen frá 14. febrúar 2006 kl. 10:50.

<sup>72</sup> Afritað tölvubréf frá EA til Vilborgar Gudjohnsen frá 28. febrúar 2006 kl. 13:26.

<sup>73</sup> Afritað tölvubréf frá Rúnari Höskuldssyni til „leyfishafa“ frá 29. desember 2006 kl. 11:38.

<sup>74</sup> Afritað tölvubréf frá Guðmundi Guðmundssyni til Rúnars Höskuldssonar frá 10. janúar 2007 kl. 14:58.

<sup>75</sup> Afritað tölvubréf frá EA til „allir; allir-apotekarinn“ frá 11. janúar 2007 kl. 11:43.



Af póstinum er ljóst að Lyf og heilsa hafa ákveðið að gefa upp verð sitt til keppinautanna og óska um leið eftir upplýsingum um verð þeirra á sömu lyfjum. Einnig er ljóst að þessu hefur að einhverju leyti verið fylgt í framkvæmd. Þannig liggur fyrir tölvupóstur Margrétar Birgisdóttur leyfishafa apóteks Lyfja og heilsu Hólshrauni 1 í Hafnarfirði til EA frá 12. mars 2007. Um er að ræða svar við umræddum tölvupósti EA frá 11. janúar 2007 og í því segir:

*„Svana í Lyfju Setbergi hringdi í mig og bað um verð og ég fékk sömu verð hjá henni á móti hjá Lyfju:*

*Imovane 7,5 mg XXX kostar 334 kr fyrir almennan, 327 kr. fyrir elli/öryrkja*

*Sivacor 10 mg XCVIII kostar 3012 kr. fyrir almennan, 1116 kr. fyrir elli/öryrkja*

*Hún sagði að það hefði verið hringt af skrifstofu Lyf og heilsu og spurt um verð um daginn, án þess að kynna sig (sagðist hafa séð það á númerabirtinum)”<sup>76</sup>*

Þetta eru ekki einu samskiptin sem nefndir lyfsöluleyfshafar í apótekum Lyfja og heilsu og Lyfju í Hafnarfirði hafa haft um verð á lyfjum. Þannig segir eftirfarandi í pósti nefndrar Margrétar til EA frá 29. ágúst 2007:<sup>77</sup>

*„Svana í Lyfju Setbergi var að hringja og fá verð hjá mér, ég fékk verð hjá henni á móti.*

*Hún spurði um Imovane 30 stk og Doxytab 100 mg 30 stk. bæði fyrir almennan og lífeyrisþega.*

***Imovane 7,5 mg XXX:***

*Almennur borgar 321 kr. í Lyfju en 325 kr. hjá okkur.*

*Lífeyrisþegi borgar 314 kr. í Lyfju en 318 kr. hjá okkur*

***Doxytab 100 mg XXX:***

*Almennur borgar 2.268 kr. í Lyfju en 2.382 kr. hjá okkur.*

*Lífeyrisþegi borgar 2.209 kr. í Lyfju en 2.319 kr. hjá okkur“*

Af þessum póstum er ljóst að umræddir lyfsöluleyfshafar hafa skipst á upplýsingum um verð á nefndum lyfjum og hefur verð hjá Lyfjum og heilsu verið aðeins hærra en hjá Lyfju sem er í samræmi við verðstefnu Lyfja og heilsu sem nánar verður vikið að hér á eftir. Þessi tölvupóstsamskipti, sem og önnur sem rakin eru hér að framan, sýna að mati Samkeppniseftirlitsins ótvírætt að apótek hafa allajafna átt greiðan aðgang að upplýsingum um verðlagningu keppinauta sinna. Opinberar yfirlýsingar annarra lyfsala styðja þetta einnig.<sup>78</sup> Má í þessu

<sup>76</sup> Afritað tölvubréf frá Margréti Birgisdóttur til EA frá 12. mars 2007 kl. 11:56.

<sup>77</sup> Afritað tölvubréf frá Margréti Birgisdóttur til EA frá 29. ágúst 2007 kl. 11:43.

<sup>78</sup> Í frétt sem birtist í Morgunblaðinu 8. júní 2007 er eftirfarandi haft eftir Þorvaldi Árnasyni framkvæmdastjóra Lyfjavals: „Þorvaldur segir að lyfjabúðir fylgist vel með verðlagningu



sambandi einnig vísa til tölvupóstsamskipta sem nánar verður fjallað um hér á eftir og varða verðstefnu Lyfja og heilsu en þar er einnig fjallað um verðkannanir fyrirtækisins hjá öðrum keppinautum.

Sem rök fyrir því að lyfjamarkaðurinn sé ógagnsær nefna Lyf og heilsa ennfremur að viðskiptavinir apóteka kaupi mismikið af lyfjum og fyrir afar misháar fjárhæðir, auk þess sem tíðni viðskipta sé misjöfn. Margir viðskiptavinir apóteka sem kaupi mikið af lyfjum geti því samið um betri afsláttarkjör en þeir sem kaupi minna. Þá geri sjúklingasamtök oft samninga fyrir hönd félagsmanna við einstök apótek. Ennfremur geti hlutur sjúklings verið mismunandi allt eftir því hvernig greiðsluþátttöku Sjúkratrygginga Íslands sé háttað fyrir viðkomandi, aldri sjúklings, persónulegum samningi, samningi sjúklingasamtaka/íþróttasamtaka, auk þess hvenær lyfið sé keypt.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að þessi sjónarmið Lyfja og heilsu hafi áhrif í þá átt að markaður fyrir smásölu lyfja teljist ekki gagnsær markaður. Verður í þessu sambandi í *fyrsta lagi* að hafa í huga að í framangreindum tilvikum er um að ræða kjör eða möguleika á kjörum sem standa aðeins afmörkuðum hópum lyfjanotenda til boða. Leiða afslættir sem þessir því ekki til þess að hin almenna afsláttarstefna lyfjakeðjanna, þ.e. sá afsláttur sem stendur meirihluta notenda lyfja til boða, sé ekki skýr. Í *öðru lagi* þá er hér um að ræða afmarkaða hópa sem ætla má að njóti nokkuð stöðugra afslátta, þótt afsláttur milli hvers hóps kunni að einhverju leyti að vera mismunandi. Í því sambandi verður að hafa í huga að þar sem um er að ræða afmarkaða sjúklingahópa þá er auðvelt fyrir lyfjakeðjurnar að grennslast fyrir um það hvaða afslætti hin keðjan veiti sömu sjúklingahópum, t.d. með því að kanna málið í gegnum síma. Verður ekki annað séð en að lyfjakeðjurnar hafi báðar sömu möguleika og aðrir aðilar til að kanna afslætti sem hin keðjan veitir með því einu að hringja og spyrjast fyrir um þá.

Þá telur Samkeppniseftirlitið rétt að benda á að þegar gagnsæi á markaði fyrir smásölu lyfja er metið verður að hafa í huga að viðskiptamannahópur lyfjakeðjanna tveggja á markaði fyrir smásölu lyfja er hinn sami, þ.e. um er að ræða einstaklinga sem nota þurfa lyf til lengri eða skemmri tíma. Hefur hér ekki áhrif hvað varðar gagnsæi á markaði fyrir smásölu lyfja þótt um sé að ræða einstaklinga sem t.d. þurfa að nota ólíkar lyfjategundir, af ólíkum orsökum eða í mislangan tíma, enda viðskiptamannahópurinn í grundvallaratriðum sá hinn sami. Hafa fræðimenn í umfjöllun sinni um gagnsæi á markaði vegna sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu vísað til þess að gagnsæi geti leitt af opinberri umræðu eða umtali.<sup>79</sup> Telur Samkeppniseftirlitið ljóst að viðskiptamannahópur lyfjakeðjanna, einkum þó þegar um er að ræða sjúklinga sem e.t.v. þurfa að kaupa lyf til langs tíma, ýti undir að sá afsláttur sem veittur er í hvorri lyfjakeðjunni fyrir sig spyrjist út, til að mynda vegna samanburðar þess hóps við þá afslætti sem veittir eru í hinni keðjunni, og með samtölum við afgreiðslufólk lyfjakeðjanna.

---

*samkeppnisaðilanna. Hann segir starfsfólk reglulega gera verðkannanir líkt og stórmarkaðir gera og viðskiptavinir láti vita ef þeir eigi kost á hagstæðara verði annars staðar.*

<sup>79</sup> Sjá hér t.d. Alistair Lindsay, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, þriðja útgáfa 2009 bls. 338. „[Transparency] may also arise through public speeches or other „cheap talk“ ... ”



Við mat á gagnsæi markaðar fyrir smásölu lyfja verður einnig að hafa í huga hvers eðlis eftirspurn eftir þeirri vöru sem hér um ræðir, þ.e. lyfjum, er. Eitt mikilvægasta einkennið er að eftirspurn eftir lyfjum er óteygjin (e. inelastic), þ.e.a.s. magn seldra lyfja breytist tiltölulega lítið við verðhækkun eða verðlækkun. Þá er eftirspurn eftir lyfjum tiltölulega stöðug. Hvort tveggja leiðir til þess að þær upplýsingar sem fyrir liggja, m.a. í lyfjaverðsskrá og bókinni „Icelandic Drug Market“, að lyfjakeðjurnar geta áttað sig á því hvort keppinautar hafi lækkað verð eða bætt þjónustu. Nánar tiltekið geta lyfjakeðjurnar borið sínar sölutölur saman við upplýsingar sem fram koma í „Icelandic Drug Market“ og haft hliðsjón af öðrum opinberum upplýsingum, s.s. um staðsetningu annarra lyfjaverslana hjá Lyfjastofnun og fólksfjöldapróun, t.d. eftir póstnúmerum og aldri einstaklinga, í gögnum Hagstofunnar.<sup>80</sup> Í tilviki lyfjakeðjanna tveggja er þetta enn auðveldara en hjá öðrum sem starfa á markaði fyrir smásölu lyfja vegna hinnar háu markaðshlutdeildar keðjanna.

Þá er það til þess fallið að auka verulega gagnsæi á hinum skilgreinda markaði málsins, þ.e. markaði fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu, að þeir sem eru í hinni sameiginlegu markaðsráðandi stöðu eru aðeins tveir, þ.e. lyfjakeðjurnar Lyf og heilsa og Lyfja. Eykur það gagnsæi á markaðnum að fyrirtækin eru svo fá sem raun ber vitni, enda er eðli málsins samkvæmt mun auðveldara að fylgjast með þeim viðmiðunum sem til staðar eru á markaðnum þegar aðilar eru fáir, en þegar þeir sem stunda þegjandi samhæfingu eru margir.<sup>81</sup>

Lyf og heilsa telja það ennfremur til marks um ógagnsæi lyfjamarkaðarins að Samkeppniseftirlitið hafi haldið því ranglega fram í kröfu um húsleitarheimild hjá fyrirtækinu að það hafi veitt afslátt af 200 lyfseðilsskyldum lyfjum þegar staðreyndin sé sú að einungis hafi verið veittur afsláttur af 70 lyfseðilsskyldum lyfjum. Væri markaðurinn gagnsær hefði verið auðvelt að veita „réttar upplýsingar“ áður en farið hafi verið í húsleit hjá Lyfjum og heilsu. Samkeppniseftirlitið bendir hér á að í umræddri kröfu um húsleitarheimild hjá Lyfjum og heilsu kemur fram að upplýsingar eftirlitsins hafi hermt að veittur hafi verið afsláttur af *allt að* 200 vörunúmerum lyfseðilsskyldra lyfja. Það er því rangt að fullyrt hafi verið í kröfunni að Lyf og heilsa hafi veitt afslætti af 200 lyfseðilsskyldum lyfjum. Einungis var vísað til heimilda sem hermdu að svo gæti verið. Þá er það einnig rangt sem fram kemur í máli Lyfja og heilsu að því hafi verið haldið fram í kröfunni að félagið hafi „lækkað allar vörur sínar“ í apótekinu á Akranesi. Hvað sem þessu líður getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á að það sé til marks um „ógagnsæi“ að sá sem leggur fram ábendingu um meint samkeppnislagabrot (í þessu tilviki sértækan afslátt af fjölda lyfjategunda) hafi ekki nákvæmar upplýsingar um fjölda þeirra vörunúmera sem afslættirnir taka til. Eins og að framan greinir skiptir ekki meginmáli varðandi gagnsæi markaðarins

<sup>80</sup> Sjá t.d. upplýsingar á vef Hagstofunnar um mannfjölda eftir póstnúmerum, kyni og aldri 1998-2009. Slóðin er: <http://www.hagstofa.is>.

<sup>81</sup> Sjá hér t.d. ummæli sem fram koma í niðurstöðu framkvæmdastjórnar EB í máli frá 19. júlí 2004 nr. COMP/M. 3333 Sony/BMG: „This situation of a limited number of players in the market is conducive to the adoption of cooperative strategies on behalf of the majors and also facilitates the monitoring and information flow.“



hvort keppinautar hafi nákvæmar upplýsingar um afslætti sem er verið að veita af öllum lyfjategundum heldur einungis þeim söluhæstu. Eins og nánar verður rakið hér síðar er ljóst að þó umrædd lyfseðilsskyld lyf séu ekki stór hluti af heildarfjölda vörunúmera lyfseðilsskyldra lyfja eru þau flest í flokki söluhæstu lyfja hjá Lyfjum og heilsu. Um umfangsmikla afslætti var því að ræða og skiptir í því sambandi ekki meginmáli hvort fram hafi komið í upphaflegri ábendingu að þau hafi verið 70 eða 200 talsins af um 2.000 vörunúmerum sem Lyf og heilsa bjóða upp á í þessum flokki.

#### *Einsleitur markaður*

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 var komist að þeirri niðurstöðu að íslenski smásölumarkaðurinn væri einsleitur. Var talið ljóst að bæði Lyfja og Lyf og heilsa byðu upp á sömu lyfin sem að miklu leyti væru keypt af sömu heildsölum. Var þetta talið leiða til þess að kaupendur lyfja gætu ekki eða gerðu ekki greinarmun á þeim lyfjum sem keypt væru í Lyfju annars vegar og Lyfjum og heilsu hins vegar. Í þessu samhengi var talið skipta máli að þegar um væri að ræða lyfseðilsskyld lyf væru það í raun lækningar en ekki viðskiptavinir sem ákveddu hvaða lyfjategund væri keypt, auk þess sem lyfjaverslanir þyrftu að geta afgreitt lyfseðla frá læknum og þegar ný lyf kæmu á markað þyrftu báðar lyfjakeðjurnar að geta boðið þau lyf. Þessi niðurstaða Samkeppniseftirlitsins var staðfest í úrskurði áfryjunarnefndar í máli nr. 6/2006.

Í máli Lyfja og heilsu er því haldið fram að vöruúrval þeirra fyrirtækja sem starfi á lyfjamarkaðnum sé margþætt og fjölbreytilegt. Segir m.a. að verslanir Lyfja og heilsu hafi á undanförunum árum lagt áherslu á að breikka vöruúrval. Sem dæmi um aukið vöruúrval nefna Lyf og heilsa m.a. snyrtivörur auk þess sem fyrirtækið bjóði upp á þjónustu sjóntækjafræðings og göngugreiningar. Skilja má þetta sjónarmið Lyfja og heilsu sem svo að þar sem vöruúrval í lyfjaverslunum af öðrum vörum en lyfjum sé mikið sé lyfjamarkaðurinn ekki einsleitur.

Á þetta er ekki unnt að fallast. Samkeppniseftirlitið bendir hér á að vörumarkaður þessa máls er smásala lyfja. Aðrar vörur eins og snyrtivörur og/eða þjónusta sérfræðinga telst því ekki til skilgreinds markaðar. Með hliðsjón af því er það aðeins einsleitni í smásölu lyfja sem hér er til skoðunar en ekki annarrar vöru eða þjónustu.

Þá halda Lyf og heilsa því fram að um einsleitann markað geti aðeins verið að ræða þegar um fáeinar vörur sé að ræða, t.d. ákveðin hráefni, en ekki mörg þúsund vörunúmer. Samkeppniseftirlitið bendir hér á að þrátt fyrir að lyfjaúrval lyfjakeðjanna samanstandi af mörgum ólíkum lyfjategundum hefur það ekki áhrif á þá staðreynd að sú þjónusta eða vara sem seld er á markaði fyrir smásölu lyfja teljist vera einsleit. Í máli þessu er ekki til skoðunar markaðurinn fyrir framleiðslu á lyfjum heldur markaðurinn fyrir smásölu á lyfjum. Ef lyfjaframleiðsla væri hér til skoðunar skipti fjöldi lyfja og mismunandi eiginleikar þeirra umtalsverðu máli. Smásalar á lyfjum framleiða hins vegar ekki lyf. Þjónusta þeirra felst í því að afhenda neytendum lyf og bjóða upp á fullnægjandi úrval af þessari vöru. Hér skiptir einnig máli að notendur lyfja geta ekki greint eða greina ekki á milli þeirra lyfja sem unnt er að fá afhent í Lyfjum og heilsu annars vegar og Lyfju hins vegar.





Smásalar lyfja starfa undir eftirliti yfirvalda og þeim ber skylda til að geta afhent kaupendum lyfja þau lyf sem lækna ávísa þeim til handa með lyfseðli samkvæmt lyfjalögum. Þannig er báðum lyfjakeðjunum og reyndar öllum lyfjaverslunum 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. það sem segir í 24. gr. lyfjalaga nr. 93/1994. Þjóða Lyf og heilsa og Lyfja þannig upp á sömu lyfin, sem að miklum hluta eru keypt af sömu heildsölum. Skiptir og máli að sökum þeirra reglna sem um lyfsölu gilda eiga sjúklingar að geta treyst því að fá rétt lyf afgreitt úr lyfjaverslun óháð því í hvaða lyfjaverslun þeir fara. Rétt lyf í þessu sambandi hefur ekki endilega tiltekið vörumerki til að bera, heldur getur það verið samheitalyf frumlyfs svo dæmi sé tekið. Sökum þessa alls vita sjúklingar að þeir geta farið í hvaða lyfjaverslun sem er til að fá lyf sín afhent, hvort sem um er að ræða lyfseðilsskyld lyf eða lausasölulyf. Gagnvart þeim er enginn munur á þjónustu lyfjaverslana að þessu leyti. Leiðir af framansögðu að sú vara/þjónusta sem veitt er í lyfjaverslunum er einsleit (e. homogeneous) í skilningi samkeppnisréttarins.<sup>82</sup> Það er einsleitni hennar sem skiptir höfuðmáli hér en ekki einsleitni einstakra lyfja.

Loks ber að nefna að DAC (nú systurfélag Lyfja og heilsu) byggði málflutning sinn á flestum framangreindra sjónarmiða fyrir áfrýjunarnefnd í máli sem leiddi til úrskurðar nefndarinnar nr. 6/2006. Var ekki fallist á þessi sjónarmið af hálfu áfrýjunarnefndar heldur sem fyrr segir staðfest að „*gagnsæi smásölumarkaðar lyfja sé nægilegt til að keppinautar geti fylgst með aðgerðum hvors annars*“ og að „*vörur séu nægilega einsleitir til að vöruframboð sé sambærilegt milli lyfjabúða*“. Þar sem framangreind atriði sem lögð voru til grundvallar við mat á gagnsæi og einsleitni lyfjamarkaðarins hafa ekki breyst frá árinu 2006, þegar úrskurður áfrýjunarnefndar lá fyrir í máli DAC og Lyfjavers, til þess tíma sem atvik þessa máls taka til á árinu 2007 (og jafnvel til dagsins í dag) ber að líta svo á að forsendur úrskurðarins séu óbreyttar að þessu leyti.

#### 2.2.1.3 Hvati til samhæfingar og líkur á hefndaraðgerðum frá öðrum keppinautum

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, var komist að þeirri niðurstöðu að á markaði fyrir smásölu á lyfjum væru hvatar fyrir þegjandi samhæfingu, þ.e. að hvati væri til að stunda samhæfða hegðun sem ekki væri vikið frá. Með öðrum orðum að lyfjakeðjurnar stunduðu ekki virka samkeppni og skiptu með sér ágóðanum sem þær hefðu af því að keppa ekki sín á milli. Þessi samhæfða hegðun væri neytendum og samfélaginu öllu til tjóns, t.d. vegna hærra vöruverðs en ella.

Gögn sem lagt var hald á við húsleit á skrifstofum Lyfja og heilsu staðfesta framangreint og sýna að ekki ríkti virk samkeppni milli þessara fyrirtækja. Sýna þessi gögn m.a. að Lyf og heilsa hafa ekki ætlað sínum apótekum (hvorki apótekum undir merkjum Lyfja og heilsu né Apótekanum) að efna til samkeppni við Lyfju. Þvert á móti var við það miðað að keðjurnar héldu tilteknu verðbili sín á

<sup>82</sup> Sjá t.d. Alastair Lindsay, *The EC Merger Regulation, Substantive Issues*, þriðja útgáfa 2009 bls. 268: „*Goods are homogeneous when they are perfect substitutes and purchasers perceive no differences between the offerings of rival firms.*“



milli, þ.e. að verð á lyfjum í apótekum Lyfja og heilsu væri um 1-5% hærra en í apótekum Lyfju. Til marks um þetta er t.a.m. tölvupóstur Hjalta Sölvasonar framkvæmdastjóra hjá Lyfjum og heilsu til EA lyfjastjóra o.fl. starfsmanna frá 18. júlí 2006.<sup>83</sup> Í tölvupóstinum sem sendur var í framhaldi af fundi sama dag segir m.a.:

*„Í framhaldi af fundinum í morgun þá sendi ég þessa punkta um það sem við ákváðum um lyfjaverð hjá okkur.*

- *Mánaðarlega á fyrsta virka degi hvers mánaðar mun Eysteinn sjá um að gerð verði lyfjaverðskönnun á lyfseðilsskyldum lyfjum (100 stærstu) og lausasölulyfjum*  
...
- *Þegar niðurstaðan liggur fyrir mun Eysteinn setja upp ný verð sem miðast að því að í lyfseðilsskyldum lyfjum séum við um 5% dýrari en Lyfja*  
...
- *Sama vinnuregla á við um Lyf & heilsu og Apótekarann*
- *Eysteinn setur upp ný verð sem miða að því að verð hjá okkur séu um 5% dýrari en í Lyfju annars vegar og Apótekinu hins vegar*  
...
- *Varðandi lausasölulyf að þá séum við um 1% dýrari en Lyfja og Apótekið, ...*
- *Úrvinnslan þarf að vera klár eigi síðar en 5/6. hvers mánaðar“*

Svipaðar upplýsingar um verðstefnu Lyfja og heilsu er einnig að finna í öðrum tölvupósti Hjalta Sölvasonar framkvæmdastjóra sem sendur var nokkrum dögum síðar eða þann 27. júlí 2006 til sama hóps.<sup>84</sup> Var pósturinn einnig sendur í framhaldi af fundi sama dag. Í póstinum segir m.a.:

*„Í framhaldi af fundinum í morgun þá sendi ég þessa minnispunkta:*

#### *Lausasölulyf*

- 1. Lyf og heilsa er innan við 1% dýrari en Lyfja og hið sama á við um Apótekarann*
- 2. Ef hægt er að koma því við að vera undir "hundraðkallinum" þ.e. ef Lyfja er með verð 895 að þá að stilla okkar verð undir 900 hundruð t.d. 898.*
- 3. Í núverandi verðkönnun erum við með 40 lausasölulyf*
- 4. Strax í byrjun ágúst mun Eysteinn láta gera verðkönnun á næstu 60 lausasölulyfjum og í framhaldi af því munum við breyta verðum í samræmi við okkar stefnu*
- 5. Nikótínlyf heyra einnig undir þessa 1% reglu*
- 6. Eysteinn mun bæta við listann þeim lausasölulyfjum sem voru síðast í ASÍ könnuninni og merkja sérstaklega*

<sup>83</sup> Afritað tölvubréf Hjalta Sölvasonar til EA o.fl., dags. 18. júlí 2006, kl. 11:30.

<sup>84</sup> Afritað tölvubréf Hjalta Sölvasonar til EA o.fl., dags. 27. júlí 2006, kl. 10:56.



7. Eysteinn mun senda nýjan lista á okkur í dag

Lyfseðilsskyld lyf

1. Lyf & heilsa verður 5% dýrara en Lyfja og hið sama á við Apótekarann að öllu jöfnu
2. Þetta á ekki við með t.d. Sivacor þar sem Lyfja er að bjóða Simvastatin og í dag erum við um 10% dýrari en Lyfja í Sivacor. Við stillum hins vegar Sivacor á sama verð og Simvastatin hjá lyfju
3. Verðlagning frumlyfja (þegar samheitalyf er til á móti) má vera 10% dýrara en Lyfja að hámarki til þess að ásættanlegur munur fái í útskiptingu fyrir samheitalyfi og er hér t.d. átt við eins og Seroxat á móti Paxidin
4. Næstu 70 lyfjum í röð á mest seldu verður síðan breytt í byrjun ágúst í kjölfar verðkönnunar
5. Ef frumlyf er á listanum þá þarf ávallt að hafa samsvarandi samheitalyf með í verðlagningu svo samanburður fái
6. Bæta þarf við listann hver framlegðin er eftir verðbreytingu  
*Ákveðið var að Eysteinn fái og einnig Elinu Knudsen með í verðkönnun vegna seinni hluta lyfjaverðsbreytinga"*

Tölvupóstur EA sem sendur var síðar sama dag sýnir að þetta var framkvæmt.

Með tölvupósti Rúnars Höskuldssonar markaðsstjóra Lyfja og heilsu frá 25. september 2006 til EA o.fl. þar sem fjallað er um flest af ofangreindum atriðum er skýrt tekið fram að „lyfjaverðsmál Lyf & heilsu“ séu unnin í samræmi við framangreinda stefnumörkun, t.d. að verð í apótekum Lyf og heilsu eigi að vera hærra en verð í apótekum Lyfju. Til viðbótar er fjallað um verðstefnu Skipholtsapóteks. Segir að verð þar eigi að vera „allt að 10% undir Rimaapóteki í lyfseðilsskyldum lyfjum“. Verð á lausasölulyfjum og almennum vörum eigi hins vegar að vera það sama og í Apótekaranum. Með tölvupóstinum fylgdu skjöl sem fólu í sér samanburð á verðkönnunum ASÍ.

Þá ber að líta til þess að þann 2. júlí 2007 sendi starfsmaður Lyfja og heilsu tölvupóst til EA lyfjastjóra fyrirtækisins. Í honum kemur fram að viðskiptavinur hafi gert athugasemd við að verð á tilteknum lyfjum væri talsvert hærra í Lyf og heilsu heldur en í Lyfjaval. Starfsmaðurinn greinir einnig frá því að hann hafi hringt í Lyfjaval og fengið upplýsingar um verð á þessum lyfjum og hafi þau reynst ódýrari í Lyfjaval.<sup>85</sup> EA svaraði þessum pósti 13. júlí 2007. Í svari hans segir m.a. þetta:

*„Varðandi verðin í apótekunum almennt þá er L&h ekki í verðsamkeppni við samkeppnisaðilana.“<sup>86</sup>*

<sup>85</sup> Tölvupóstur Hákonar Steinssonar til Eysteins Arasonar, dags. 2. júlí 2007 kl. 16:17.

<sup>86</sup> Tölvupóstur Eysteins Arasonar til Hákonar Steinssonar, dags. 13. júlí kl. 09:29.



Hér að framan er gerð grein fyrir tölvupóstum frá Lyfjum og heilsu frá ágúst 2007 þar sem borið er saman verð Lyfju og Lyfja og heilsu á tilteknum lyfjum. Kemur þar fram að verð á lyfjum hjá Lyfjum og heilsu sé hærra. Við þetta má bæta að verðkannanir sem ASÍ hefur birt á lyfjum annars vegar í október 2006 og hins vegar október 2007 sýna að verð á lyfjum í apótekum Lyfja og heilsu hefur á þessum tíma að jafnaði verið hærra en hjá Lyfju.<sup>87</sup> Er þetta til staðfestingar því að sú verðstefna sem lýst er í tilvitnuðum gögnum frá Lyfjum og heilsu hefur verið í gildi.

Ljóst er af framangreindum gögnum að verðstefna Lyfja og heilsu hefur tekið mið af því að verð fyrirtækisins, bæði á lyfsseðilskyldum lyfjum og lausasölulyfjum, væri ávallt hærra (sem næmi ákveðnu prósentubili) en verð á sömu lyfjum í Lyfju. Með öðrum orðum hefur það verið stefna Lyfja og heilsu að efna ekki til verðsamkeppni við apótek Lyfju. Apótek undir merkjum Lyfja og heilsu áttu að halda ákveðnu verðbili miðað við Lyfjuapótek og Apótekarinn ákveðnu verðbili miðað við Apótekið. Það vekur hins vegar athygli að verðstefna Skipholtsapóteks tekur mið af einstaklingsreknunni apóteki (Rímaapóteki í Grafarvogi) og þá að verð í fyrrnefnda apótekinu væri alltaf allt að 10% lægra en í hinu síðarnefnda. Þessi gögn sýna a.m.k. að markaðsgerðin og aðstæður á markaðnum gerðu Lyfjum og heilsu það kleift að ákveða að stunda ekki verðsamkeppni við helsta keppinautinn. Sýnir það afar takmarkaða samkeppni á þessum markaði. Að mati Samkeppniseftirlitsins styðja þessi gögn ótvírætt að fyrir hendi var ríkur hvati og möguleiki til samhæfingar á milli Lyfja og heilsu og Lyfju. Á hinn bóginn hefur verðlagning í Skipholtsapóteki sérstaklega tekið mið af verði í einstaklingsreknunni apóteki sem styður reyndar enn fremur það sem áður er rakið um að Skipholtsapóteki hafi ekki verið ætlað að stunda verðsamkeppni við apótek Lyfju. Er framangreint ótvírætt til stuðnings því að Lyf og heilsa og Lyfja hafi verið í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á rannsóknartímabilinu.

Til frekari stuðnings þessu má til viðbótar nefna skýrslu sem liggur fyrir í gögnum málsins sem Lyf og heilsa fengu breska ráðgjafarfyrirtækið Core Communications til að gera fyrir sig. Fengu Lyf og heilsa skýrsluna í hendur í lok júlí 2007.<sup>88</sup> Í skýrslunni sem bar heitið „*Strategic Environmental Analysis and Recommendation for the Future Strategy*“ og inniheldur stefnumótun fyrir Lyf og heilsu er m.a. að finna samanburð á Lyfjum og heilsu og Lyfju. Þar kemur m.a. fram mat á stöðu lyfjakeðjanna tveggja á markaðnum:

*„The most striking feature of the microenvironment in pharmaceutical retail is that Lyf og Heilsa (42%) and its main competitor Lyfja (43%) collectively command 85% of the market. The Competition authorities would and already have restricted further expansion of two leading retailers in pharmaceutical sector.“*

Þá segir eftirfarandi m.a. um muninn á keðjunum tveimur og verðstefnu þeirra:

<sup>87</sup> Sjá [www.asi.is](http://www.asi.is)

<sup>88</sup> Skýrslan var meðfylgjandi afrituðu tölvubréfi starfsmanns Core Communications til GBG frá 23. júlí 2007 kl. 08:44.



*„There is no product differentiation between the two chains. Many consumers confuse Lyf og Heilsa with Lyfja. Both chains have low cost sub-brands, fairly similar market positioning and even similar names. Just as Lyf og Heilsa Lyfja capitalises on the high traffic and strategic locations. However Lyfja and Apotekid have more outlets and are more evenly distributed across the country and those have an advantage of stronger brand presence. Moreover Lyfja also manages to keep its prices slightly lower than that of Lyf og Heilsa and has much broader non-medicine product variety.“*

Þegar framangreint er virt er nauðsynlegt að hafa í huga að skýrsluhöfundar sendu framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu þessa útgáfu skýrslunnar eftir að þeir höfðu tekið tillit til athugasemda hans við fyrri útgáfu hennar.<sup>89</sup> Ljóst er samkvæmt skýrslunni að það hefur verið mat skýrsluhöfunda (og framkvæmdastjóri Lyfja og heilsu gerir ekki athugasemdir við það mat) að fyrirtækið réði ásamt Lyfju yfir 85% markaðarins. Þá væru keðjurnar um margt líkar, vöruframboð svipað, nöfn keðjanna lík og oft ruglað saman af viðskiptavinum auk þess sem báðar keðjurnar væru einnig með lágvöruverðskeðjur. Þá þarf ekki að koma á óvart í ljósi þess sem áður er getið um verðstefnu Lyfja og heilsu að verð hjá Lyfju hafi alltaf verið örlítið lægra („slightly lower“) en hjá Lyfjum og heilsu.

Í skýrslunni kemur einnig fram það mat að markaðurinn fyrir smásölu á lyfjum sé tiltölulega stöðugur.<sup>90</sup> Er þetta í samræmi við það mat sem kemur fram í því máli sem endaði með úrskurði áfryjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 um að markaðurinn einkennist ekki af talsverðum nýjungum. Styður þetta að aðstæður á markaðnum hafi ekki breyst á árinu 2007.

Hér ber einnig að nefna svokallað endurtekið samspil (e. repeated interaction)<sup>91</sup> keppinauta sem auðveldar þeim að samræma hegðun sína<sup>92</sup> og hvetur þá til að stunda þegjandi samhæfingu. Án endurtekens samspils væri enginn hvati til samhæfingar vegna þess að aðgerðir, t.d. söluherferðir, afslættir eða því um líkt, hefðu ekki merkjanleg áhrif á aðra aðila á markaði. Fyrirtæki hefðu þannig hag af því að hverfa frá samhæfingunni.<sup>93</sup>

<sup>89</sup> Þannig segir í tölvubrèfinu sem fylgdi skýrslunni: „Here is my evaluation report. I've incorporated your comments into it.“ (undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)

<sup>90</sup> „The current environment in pharmaceutical retail industry is fairly stable.“

<sup>91</sup> Með hugtakinu samspil er átt við að keppinautar á markaði finni fyrir aðgerðum annars keppinautar eða annarra aðila á markaði, til dæmis vegna þess að sala hans minnkar skyndilega vegna aðgerða þeirra. Þegar fjallað er um núning eða víxlverkan á markaði, liggja því undir hugtök á borð við gagnsæi markaðarins, verðteygni eftirspurnar, stöðugleiki eftirspurnar og fleira, því að við aðstæður, þar sem eftirspurn er mjög breytileg, svo dæmi sé tekið, verður erfiðara fyrir aðila á markaði að átta sig á því, þegar sala hans minnkar skyndilega, hvort eftirspurn á markaðinum í heild hafi minnkað eða hvort annar aðili á markaðinum hafi skyndilega lækkað verð og náð til sín sölnunni.

<sup>92</sup> Í þessu sambandi hefur verið bent á að „[b]y setting choice variables such as price, quantity or advertising levels in subsequent periods, firms can find out what triggers an aggressive reaction by rivals and what is met with cooperation. Using this trial-and-error method, firms can arrive at a cullusive equilibrium without any communication.“ Sjá Europe Economics, „Study on Assessment Criteria for Distinguishing between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control.“ Final Report for the European Commission, May 2001, bls. 22.

<sup>93</sup> Alastair Lindsay, The EC Merger Regulation: Substantive Issues, bls. 332.



Endurtekið samspil felst í því að fyrirtækið finnur fyrir því með skýrum hætti þegar hinn aðilinn breytir hegðun sinni. Þetta má útskýra með hliðsjón af aðstæðum á markaði fyrir smásölu lyfja. Hér að framan hefur verið rakið að afar auðvelt er fyrir apótek að nálgast upplýsingar um verð á lyfjum, bæði lyfseðilsskyldum og lausasölulyfjum. Þá er ljóst af tilvitnunum í skýrslu Core communications að fátt aðgreinir lyfjakeðjurnar. Með öðrum orðum hafi þær á liðnum árum samhæft sig í þáttum eins og útliti, vöruúrvali og þjónustuframboði, a.m.k. að því er varðar lyf. Dæmi um endurtekið samspil má t.d. nefna að þegar auglýsingar birtust um það í janúar 2007 að Lyfja myndi hefja „herferð sína “við kvefi”“ ákváðu Lyf og heilsa að gera slíkt hið sama skömmu síðar.<sup>94</sup>

Í þessu sambandi verður einnig að hafa í huga að fjöldi fyrirtækja á markaði skiptir miklu máli. Því færri sem keppinautar eru á hinum skilgreinda markaði þeim mun auðveldara er það fyrir þá sem á markaði starfa að finna út hver sá aðili er sem brugðið hefur út frá hinni samhæfðu hegðun og bregðast við því.<sup>95</sup> Líkt og áður hefur verið rakið á þetta við í þessu máli þar sem tveir keppinautar eru með [75-80]% markaðshlutdeild og því auðveldara fyrir þá að mynda með sér samhæfða hegðun á markaði. Einnig er rétt að undirstrika að þegar markaður einkennist af fáum en stórum sölusamningum er gagnsæi lítið og sérhvert fyrirtæki hefur umtalsverðan hvata til að afla viðskipta sem felast í slíkum samningum.<sup>96</sup> Hvati til að lækka verð eykst samhliða verðmæti hvers samnings. Þegar markaðurinn samanstendur hins vegar af fjölda smárra viðskipta, eins og t.d. á neytendavörumörkuðum sem smásala á lyfjum er, er gagnsæi að jafnaði mikið og hvati fyrirtækjanna til að víkja frá samhæfingunni verður minni. Það er með öðrum orðum meiri hvati til þess að stunda þegjandi samkomulag um samhæfða hegðun á smásölumarkaði með mörgum viðskiptavinum sem eiga oft viðskipti hver fyrir sig en á markaði þar sem stöku sinnum eiga sér stað stórvíðskipti.

Ítarlega var fjallað um dreifingu lyfjaverslana lyfjakeðjanna á höfuðborgarsvæðinu miðað við póstnúmer í umræddri ákvörðun nr. 28/2006. Komu þar fram að vísbendingar um að skörun milli lyfjabúða Lyfju annars vegar og Lyfja og heilsu hins vegar væri aðeins á fáum stöðum á höfuðborgarsvæðinu, þ.e. í póstnúmerunum 101 og 201. Þá störfuðu aðeins verslanir á vegum Lyfja og heilsu á svæðum með póstnúmerin 103, 104, 105, 107, 109, 111, 170, 200, 220 og 270. Hins vegar störfuðu aðeins verslanir á vegum Lyfju á svæðum með póstnúmerin 108, 112, 210 og 221. Í þessu sambandi má geta þess að í póstnúmeri 103 voru og eru reyndar enn rekin tvö apótek af Lyfjum og heilsu sem staðsettar eru í verslunarmiðstöðinni Kringlunni. Lyfja rekur hins vegar lyfjaverslun í verslunarmiðstöðinni Smáralind og ríkir þar ein. Telur

<sup>94</sup> Afritað tölvubréf Rúnars Höskuldssonar til „skrifstofa – orkuveituhúsínu“ frá 15. janúar 2007 kl. 09:46.

<sup>95</sup> Sjá hér t.d. Alastair Lindsay, The EC Merger Regulation. Substantive Issues. Bls. 326: „*Tacit co-ordination is less likely between large numbers of firms because there is greater scope for disagreement on the tacitly co-ordination outcome, [...] more scope for cheating [...] and monitoring is more difficult.*”

<sup>96</sup> Sjá hér t.d. niðurstöðu framkvæmdastjórnar EB frá 2. júní 2001 í máli nr. COMP/M.2201. MAN/Auwärter þar sem segir um þetta atriði: „... *the smaller the number of invitations to tender and the larger the number of buses asked for at the same time per invitation to tender, the more unlikely it is that either of the two market leaders will be prepared to relinquish the contract in favour of the other.*”



Samkeppniseftirlitið allar líkur benda til þess að í báðum þessum tilvikum séu rekstrarforsendur fyrir því að hafa lyfjaverslanir frá báðum keðjum í þessum verslunarmiðstöðvum. Í þessu sambandi má benda á að í báðum nefndum verslunarmiðstöðvum er að finna margar verslanir sömu gerðar, t.d. fataverslanir, skóverslanir o.fl. Í ákvörðuninni var þessi dreifing, þ.e. staðsetning lyfjaverslana sem reknar eru á vegum lyfjakeðjanna tveggja borin saman við dreifingu sjálfstætt rekinna lyfjabúða sem starfa á höfuðborgarsvæðinu og ekki tilheyra keðjunum tveimur. Við þennan samanburð var miðað við staðsetningu samkvæmt póstnúmerum. Leiddi þessi samanburður í ljós að tiltölulega sjaldan væri skörun á milli lyfjabúða sem Lyf og heilsa reka annars vegar og Lyfja hins vegar, þ.e. lyfjabúðir frá þessum fyrirtækjum væri tiltölulega sjaldan að finna í sama póstnúmerinu. Frá þessu væru þó undantekningar. Á hinn bóginn væri töluverð skörun á milli lyfjakeðjanna tveggja annars vegar og keppinauta þeirra sem standa utan keðjanna hins vegar. M.ö.o. væri talsvert um að í póstnúmeri þar sem „sjálfstæð“ lyfjabúð væri rekin, væri einnig að finna lyfjabúð frá annarri hvorri lyfjakeðjunni.

Lyf og heilsa mótmæla því að staðsetning samkvæmt póstnúmeri sýni fram á að ekki sé skörun á milli apóteka Lyfja og heilsu annars vegar og Lyfju hins vegar. Ekki hafi farið fram rannsókn á „*raunverulegum fjarlægðum*“ í málinu. Er í þessu sambandi birtar upplýsingar um fimmtán apótek Lyfja og heilsu á höfuðborgarsvæðinu þar sem einnig eru tilgreind þau apótek keppinauta sem nálægust eru hverju af apótekum Lyfja og heilsu. Lyf og heilsa fullyrða að í tilviki þessara fimmtán apóteka fyrirtækisins á höfuðborgarsvæðinu séu apótek Lyfju nálægustu apótekin. Að mati Samkeppniseftirlitsins fær þessi fullyrðing ekki staðist enda apótek Lyfju einungis tilgreind í tíu tilvikum. Í níu tilvikum er hins vegar apóteka annarra minni keppinauta einnig getið, ýmist einna og sér eða til viðbótar við apótek í eigu Lyfju. Er þessi umfjöllun því mjög óljós auk þess sem hún tekur einnig til apóteka sem stofnuð voru eftir að atvik þessa máls áttu sér stað. Hvað varðar staðsetningu apóteka á landsbyggðinni halda Lyf og heilsa því fram að í þeim fjórum bæjarfélögum utan höfuðborgarsvæðisins þar sem íbúar séu fleiri en 5000 sé samkeppni við önnur apótek. Á Akureyri, í Keflavík og í Árborg séu einnig apótek Lyfju og á Akranesi Apótek Vesturlands. Þá séu „*kenningar*“ um skiptingu markaða eftir landsfjórðungum fráleitar. Staðsetning apóteka á landsbyggðinni eigi sér aðallega sögulegar skýringar og í nær öllum tilvikum séu apótek staðsett þar sem þau voru þegar þau hafi verið keypt í upphafi. Þá séu lyfjaútibú rekin nálægt „móðurlyfjabúð“ vegna nauðsynlegra samskipta, samnýtingar starfsfólks o.fl. Það skýri t.a.m. hvers vegna flestar af lyfjabúðum í nágrenni Selfoss og Árborgar séu í eigu Lyfja og heilsu.

Framangreint sjónarmið Lyfja og heilsu ber að skilja sem svo að póstnúmer veiti ekki raunhæfa nálgun við mat á staðsetningu, a.m.k. ekki á höfuðborgarsvæðinu. Frekar eigi að mæla „*raunverulega*“ fjarlægð á milli þeirra. Samkeppniseftirlitið bendir á að miðað var við póstnúmer í umfjöllun í ákvörðun nr. 28/2006 í umfjöllun um staðsetningu apóteka, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 6/2006, enda var sú nálgun talin besta aðferðin til að leggja mat á staðsetningu þeirra. Til nánari stuðnings þessu má t.a.m. nefna að póstnúmer á höfuðborgarsvæðinu afmarka allajafna hverfi stærri sveitarfélaga (bæjarhluta),



t.d. er póstnúmerið 101 fyrir miðbæ Reykjavíkur og 201 fyrir nýrri hverfi Kópavogs (Salir og Hvörf). Minni sveitarfélög, eins og t.d. Seltjarnarnes, eru hins vegar aðeins með eitt póstnúmer. Hvað landsbyggðina varðar eru sveitarfélög eða bæjarkjarnar innan þeirra yfirleitt með sér póstnúmer. Ekki þarf að fjölýrða um að skipulag hverfa/bæjarhluta tekur mið af því að íbúar þess eigi sem greiðastan aðgang (t.d. um akbrautir og göngustíga) að þeim þjónustukjörnum (verslunarmiðstöðvum og verslunum) sem þar eru staðsettir en apótek eru helst staðsett í þeim. Verður því að telja að póstnúmer séu raunhæfur mælikvarði til að sýna fram á staðsetningu apóteka í þessu sambandi.

Að öllu þessu virtu eru ekki forsendur til annars en að líta svo á að póstnúmer séu eftir sem áður besti mælikvarðinn til að sýna staðsetningu lyfjabúða enda er umfjöllun og túlkun Lyfja og heilsu um það sem fyrirtækið telur að séu „raunverulegar fjarlægðir“ óljós og því vart marktæk eins og að framan greinir. Er því ekki hægt að líta svo á að verslanir í eigu Lyfja og heilsu séu staðsettar „*nær verslunum Lyfju en öðrum lyfjaverslunum*“ eins og það er orðað í athugasemdum Lyfja og heilsu. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í ákvörðun nr. 28/2006, sbr. nefndan úrskurð áfrýjunarnefndar, var sú að staðsetning apóteka lyfjakeðjanna benti til þess að þær teldu það ekki samrýmast hagsmunum sínum að staðsetja lyfjaverslanir sínar nálægt verslunum hvorrar annarrar. Átti þetta bæði við á höfuðborgarsvæðinu og á landsbyggðinni. Tekið var fram í umfjöllun um staðarval þeirra á höfuðborgarsvæðinu að þær hefðu tilhneigingu til að staðsetja lyfjaverslanir sínar fremur í nálægð við einkarekin apótek sem starfa utan keðjanna en í nálægð við apótek hvorrar annarrar. Ljóst er að ekki urðu miklar breytingar á fjölda apóteka eða eignarhaldi þeirra frá þeim tíma sem fjallað var um samruna DAC og Lyfjavers til þess tíma sem atvik þessa máls taka til. Lyf og heilsa hættu starfsemi í Austurstræti árið 2006 þar sem Lyfja var fyrir með lyfjabúð. Þá var apóteki Lyfju í Kringlunni lokað árið 2006. Apótekarinn í Nóatúni hætti starfsemi árið 2007. Lyfjaval opnaði verslun í Álftamýri árið 2006, þ.e. sama póstnúmeri og Lyfja í Lágmúla. Dreifing lyfjaverslana á höfuðborgarsvæðinu veitir því eftir sem áður vísbendingu um að til staðar sé hvati til þess að Lyf og heilsa og Lyfja stundi þegjandi samhæfða hegðun á lyfjamarkaði.

Lyf og heilsa halda því fram að starfsemi Skipholtsapóteks sé staðfesting þess að ekki geti verið um samhæfða stefnu að ræða þar sem Lyfja hafi ekki beitt „*hefnaraðgerðum*“ gegn því apóteki, en slíkar aðgerðir séu forsenda fyrir „*tilurð og tilvist sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu*.“ Sem dæmi er nefnt að þegar lyfjaverslun Apótekarans í Nóatúni hafi verið lokað hafi Skipholtsapótek tekið við hlutverki Nóatúnsverslunarinnar, en þessi apótek hafi verið í beinni samkeppni við apótek Lyfju í Lágmúla. Lyf og heilsa hafi því ekki skipulagt aðgerðir sínar af ótta við aðgerðir Lyfju. Þannig sé ekki til „*hefnarmekanismi*“ sem dragi úr aðgerðum Lyfja og heilsu. Þá segir að aðilar verði að geta gripið til aðgerða nægilega snögglega en það sé ekki hægt þar sem erfitt sé fyrir þá að fylgjast með verðlagningu hver hjá öðrum.

Skipholtsapótek er lyfjaverslun í eigu Lyfja og heilsu. Að mati Samkeppniseftirlitsins er framangreind umfjöllun Lyfja og heilsu um hefndaraðgerðir óljós. Ekki eru t.d. tilgreind dæmi þar sem Lyfja í Lágmúla





lækkaði ekki verð sitt í kjölfar þess að Skipholtsapótek lækkaði sitt verð eða öfugt. Það kemur ekki á óvart þar sem framangreind gögn Lyfja og heilsu sýna að verðstefna fyrirtækisins fólst m.a. í því að efna ekki til verðsamkeppni við apótek undir yfirráðum Lyfju.

Rétt er að einn af þeim þáttum sem ber að líta til við mat á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu er hvort líkur séu á því að samkeppni sé svarað í sömu mynt. Fyrir hendi eru sterkar vísendingar um að tilboðum Skipholtsapóteks hafi aðallega verið beint gegn apóteki Lyfjavalis sem opnaði skammt frá í Álftamýri í september árið 2006 en ekki Lyfju í Lág múla. Um það leyti sem apótek Lyfjavalis opnaði hóf Skipholtsapótek að auglýsa lækkað verð á öllum lyfjum auk þess sem hagstætt verð var einnig boðið á öðrum vörum. Birtust auglýsingar þessa efnis bæði í prentmiðlum sem og ljósvakamiðlum.<sup>97</sup> Sambærileg tilboð voru hins vegar ekki auglýst í öðrum lyfjaverslunum sem reknar eru innan vébanda Lyfja og heilsu. Líta má og til þess að skv. verðkönnun ASÍ á lyfseðilsskyldum lyfjum sem birt var í júní 2006 (og þar með áður en Lyfjaval hóf starfsemi í Álftamýri) reyndust Skipholtsapótek og Lyf og heilsa í Hamraborg oftast vera með hæsta verðið.<sup>98</sup> Í verðkönnunum á lyfseðilsskyldum lyfjum sem gerð var eftir að Lyfjaval í Álftamýri hóf starfsemi reyndist Skipholtsapótek hins vegar (ásamt Lyfjaveri) oftast vera með lægsta verðið. Apótek undir merkjum Lyfja og heilsu voru hins vegar oftast með hæsta verðið.<sup>99</sup> Má því ætla að verðlækkun Skipholtsapóteks hafi aðallega beinst gegn umræddri verslun Lyfjavalis.<sup>100</sup> Er þetta í samræmi við þá tilhneigingu fyrirtækja í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu að beina aðgerðum sínum gegn minni fyrirtækjum á markaðnum sem truflað geta jafnvægið sem á honum ríkir, sbr. nánar hér á eftir.<sup>101</sup> Samkeppniseftirlitið getur heldur ekki fallist á það

<sup>97</sup> Sjá t.d. auglýsingar sem birtust í Fréttablaðinu 11. september 2006, Blaðinu 15. september 2006 og 10. október 2006.

<sup>98</sup> Könnunin var birt 15. júní 2006. Sjá [www.asi.is](http://www.asi.is)

<sup>99</sup> Sjá [www.asi.is](http://www.asi.is): „Allt að 55% verðmunur var á lyfseðilsskyldum lyfjum þegar verðlagseftirlit ASÍ kannaði verð í apótekum á höfuðborgarsvæðinu fimmtudaginn 12. október sl. Mesti verðmunurinn var á blóðþrýstingslyfinu Amlo sem var dýrast kr. 3.325 í Lyf og heilsu og ódýrast í Skipholtsapóteki kr. 2.144, en það er 1.181 kr. verðmunur. Þessi tvö apótek eru rekin af sama aðilanum undir sitt hvoru nafninu. Verðmunur á frumlyfi og samheitalyfi með sömu verkun reyndist enn meiri, eða allt að 66%. Skipholtsapótek og Lyfjaver voru oftast með lægsta verðið í könnuninni, en Lyf og heilsa við Egilsgötu var oftast með hæsta verðið.“

<sup>100</sup> Samkeppniseftirlitið lagði fram fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála í máli nr. 6/2006 tölvupóst frá eiganda Lyfjavalis, dags. 14. september 2006. Í honum er m.a. fjallað um opnun apóteksins í Álftamýri: „...Mín reynsla úr Mjóddinni er að þegar ég hóf undirbúning að opnun apóteks í Mjódd vorið 2003 þá var haft samband við mig frá L&H (sic) og voru mér gerð ýmiss tilboð sem ég gat ekki þegið og niðurstaðan var sú að fyrst ég vildi ekki taka þeirra tilboðum þá myndu þeir opna annað apótek á móti mér til að eins og þeir orðuðu það “setja mig á hausinn.” Lyfsöluleyfishafi L&H í Mjódd tjáði mér að þær (keðjurnar) væru búnar að skipta upp markaðnum á milli sín þegar ég spurði hann nánar þá dró hann í land. Það sama er uppi hjá L&H í dag þegar ég er að opna Lyfjaval í sama húsnæði og gamla Borgarapótek var – þá auglýsir Skipholtsapótek sem er í eigu L&H afslætti [...] og í ljósi þess að þeir hafa ekki sýnt tilburði til að gefa góð verð þó Lyfja Lág múla sé í raun nær Skipholtsapóteki - en nýtt apótek Lyfjavalis í Álftamýri. Þetta sýnir að þeir ógna ekki hvor öðrum. Ég hef fengið það staðfest að það eigi að opna L&H apótek á hinu horninu í Mjódd-þannig að það verður erfitt fyrri viðskiptavinum að komast til mín nema að ganga fram hjá apótekum sem eru í eigi L&H ...“ Nánar verður fjallað um þennan tölvupóst hér á eftir.

<sup>101</sup> Í Morgunblaðinu 8. júní 2007 birtist viðtal við eiganda Lyfjavalis. Þar kemur fram það mat hans að Lyf og heilsa og Lyfja keppi ekki sín á milli og að „þriðji aðili er illa séður í þeirra augum.“ Þá er fjallað um opnun apóteks Lyfjavalis í Álftamýri á árinu 2006: „Fyrir utan Lyfju og Lyf og heilsu eru fimm sjálfstæðir aðilar á markaðinum, Garðsapótek, Laugarnesapótek, Rímaapótek, Arbæjarapótek og Lyfjaval, sem rekur þrjú apótek, í Mjódd, Álftamýri og bílaapótek í Kópavogi. Þegar Þorvaldur var að undirbúa opnun apóteks í Álftamýri keypti Lyf og heilsa Skipholtsapótek og hefur rekið það síðan undir því nafni. Þorvaldur segir það nýjung að önnur stóra keðjan skuli reka apótek áfram undir gamla nafninu. Hann segist ekki velkjast í vafa um að kaupin á Skipholtsapóteki hafi verið hugsuð sér til höfuðs. Skipholtsapótek hafi t.d. boðið níkotínlyf nánast á heildsöluverði.“



sjónarmið sem Lyf og heilsa setja fram í þessu sambandi um að ekki geti verið um samhæfingu að ræða þar sem aðilar geti ekki „snögglega“ brugðist við og lækkað verð þar sem erfitt sé að fylgjast með verðlagningu keppinauta. Vísast í því samhengi til umfjöllunar hér að framan um gagnsæi markaðarins.

Loks halda Lyf og heilsa því fram í þessu sambandi að aðgerðir fyrirtækisins á markaðnum beri þess vott að það sé ítrekað að reyna að bæta stöðu sína með auknu vöruframboði (sk. vítamínlinum og snyrtivörum) og viðbótarþjónustu (augnmælingum og göngugreiningu). Vegna þessa vill Samkeppniseftirlitið benda á það sem fyrr segir um að markaður þessa máls tekur til sölu á lyfjum. Aukið framboð á öðrum vörum eða aukin þjónusta á öðrum sviðum en sem lýtur að sölu lyfja breytir ekki þeirri niðurstöðu að hvati er til samhæfingar hjá Lyfjum og heilsu og Lyfju.

Þegar allt framangreint er virt er það mat Samkeppniseftirlitsins að markaður fyrir smásölu á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu einkennist af skertri samkeppni og samhæfingu milli Lyfju og Lyfja og heilsu. Er það mat eftirlitsins að gögn þessa máls veiti jafnvel enn skýrari vísbendingar um þetta atriði en þau gögn sem lágu fyrir í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 6/2006. Til viðbótar við þau gögn sem gefa vísbendingar um að lyfjakeðjurnar ógni ekki stöðu hvor annarrar t.d. með staðsetningu apóteka sinna liggja fyrir í þessu máli upplýsingar um að Lyf og heilsa hafi, a.m.k. samkvæmt verðstefnu sinni, ákveðið að efna ekki til verðsamkeppni við Lyfju. Þegjandi samhæfing felur í sér sterkan hvata fyrir keðjurnar um að skipta með sér ágóðanum af því að stunda ekki harkalega samkeppni, neytendum og samfélaginu öllu til tjóns.

#### 2.2.1.4 Takmarkaðar líkur á að núverandi og mögulegir keppinautar eða neytendur geti ógnað samhæfingunni

Í hinu eldra máli var komist að þeirri niðurstöðu að takmarkaðar líkur væru á að núverandi eða mögulegir keppinautar eða neytendur gætu ógnað samhæfingu Lyfja og heilsu og Lyfju. Í því sambandi var byggt á því að aðgangshindranir væru að markaðnum, bæði lagalegar auk þess sem hegðun lyfjakeðjanna (staðsetning verslana) fæli í sér aðgangshindranir. Einnig var komist að þeirri niðurstöðu að kaupendastyrkur væri ekki á markaðnum. Lyf og heilsa mótmæla þessu. Er það mat félagsins að innkoma nýrra apóteka eins og verslunar Lyfjavals í Álftamýri og Reykjavíkur Apóteks í vesturbæ Reykjavíkur sýni að niðurstaðan í eldra máli hafi verið röng. Samkeppniseftirlitið bendir hér á að jafnvel þó að ný apótek hafi opnað á höfuðborgarsvæðinu frá því samruni DAC og Lyfjavers var til skoðunar á árinu 2006 hafa þau apótek ekki breytt miklu um stöðu Lyfja og heilsu og Lyfju. Til marks um það er markaðshlutdeild stóru keðjanna en hún hélst nánast óbreytt frá því umræddur samruni var til skoðunar þar til atvik þessa máls áttu sér stað á árinu 2007. Varðandi kaupendastyrk halda Lyf og heilsa því fram að það sé mjög óeðlilegt að líta ekki til þess aðila sem sé ábyrgur fyrir meira en helmingi allra tekna lyfjabúða, þ.e. hins opinbera sem jafnframt hafi vald til að minnka álagningu lyfjabúða „með einhliða og handvirkum hætti, finnist honum að markaðsöflin séu ekki virk.“ Það er rétt hjá Lyfjum og heilsu að viðskiptavinir



apóteka, þ.e. notendur lyfja, greiða ekki allt lyfjaverðið sjálfir. Ríkið tekur þátt í lyfjakostnaði auk þess sem lyfjagreiðslunefnd ákveður hámarksverð lyfja eins og að framan greinir. Samkeppni á milli apóteka felst hins vegar í því að þau geta veitt afslátt frá því hámarksverði sem ákveðið hefur verið í smásölu en slíkur afsláttur fellur kaupanda í skaut. Endanlegt verð til kaupanda er þannig háð tveimur þáttum, þ.e. hámarksverði sem birt er í lyfjaverðskrá og afslætti sem einstakar lyfjaverslanir ákveða að veita. Afslátturinn ræðst m.a. af samkeppni milli apóteka og því hve mikið magn lyfja er keypt hverju sinni. Að þessu leyti eru lyfjakaup almennra notenda lyfja alveg sambærileg við það sem gengur og gerist almennt á markaði. Almennir kaupendur lyfja kaupa lyf sín og greiða lyfsalanum. Auk þess greiðir ríkisvaldið í mörgum tilvikum hluta af lyfjunum, þ.e. lyfsalinn fær einnig greitt frá ríkinu. Sú greiðsluþátttaka miðast við almennar reglur og er hin sama hver sem lyfjaverslunin er. Almennir kaupendur lyfja horfa því til þess verðs sem þeir sjálfir greiða og þar með til þeirra kjara sem lyfjaverslanir bjóða, óháð greiðsluþátttöku ríkisins. Það er við innkaup á neytendahlið sem Samkeppniseftirlitið lítur svo á að kaupendastyrkur sé ekki fyrir hendi þar sem um er að ræða innkaup einstaklinga fyrir lágar fjárhæðir. Það er við myndun afsláttar þar sem Samkeppniseftirlitið lítur svo á að kaupendastyrkur sé ekki fyrir hendi þar sem að viðskiptavinir eru fyrst og fremst einstaklingar sem greiða fyrir kaup á lyfjum lágar fjárhæðir hverju sinni.

Að öðru leyti vísast til nánari umfjöllunar hér á eftir um aðgangshindranir og kaupendastyrk á markaðnum fyrir smásölu á lyfjum á Akranesi.

#### 2.2.1.5 Lyf og heilsa og Lyfja eru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu

Eins og vikið var að í upphafi þessarar umfjöllunar komst áfrýjunarnefnd samkeppnismála að þeirri niðurstöðu í úrskurði sínum frá árinu 2006, þar sem fjallað var um fyrirhugaðan samruna DAC og Lyfjavers, að Lyf og heilsa og Lyfja væru sameiginlega markaðsráðandi á höfuðborgarsvæðinu. Lyf og heilsa mótmæla því að lyfjakeðjurnar hafi haft sameiginlega markaðsráðandi stöðu og benda m.a. á að taka þyrfti að nýju til skoðunar í þessu máli þau atriði sem lögð voru til grundvallar þeirrar niðurstöðu. Hér að framan hafa þessi atriði verið endurmetin í ljósi athugasemda Lyfja og heilsu og er það eftir sem áður niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Lyf og heilsa og Lyfja hafi verið í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu á árinu 2007 þegar atvik þessa máls áttu sér stað. Samkeppniseftirlitið bendir á að flest af framangreindum sjónarmiðum sem Lyf og heilsa teflir fram nú sem rökum fyrir því að lyfjakeðjurnar séu ekki sameiginlega markaðsráðandi komu einnig fram í umræddu samrunamáli DAC og Lyfjavers, bæði þegar eftirlitið fjallaði um hann og einnig þegar málið fór fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Var ekki fallist á þessar röksemdir Lyfja og heilsu af hálfu áfrýjunarnefndar að neinu leyti. Athugun Samkeppniseftirlitsins í þessu máli bendir ekki til þess að nein þeirra forsendna sem áfrýjunarnefndin lagði til grundvallar hafi breyst þannig að lyfjakeðjurnar séu ekki lengur sameiginlega markaðsráðandi eða hafi ekki verið það árið 2007. Markaðshlutdeild er svipuð. Gagnsæi og einsleitni er enn til staðar. Þá eru á markaðnum hvatar fyrir samhæfða markaðsstefnu og ekki eru líkur á að núverandi keppinautar eða hugsanlegir nýir aðilar eða neytendur geti ógnað



samhæfingunni. Með öðrum orðum er staða og hegðun lyfjakeðjanna, sem og fyrirkomulag viðskiptanna, óbreytt í öllum þeim atriðum sem hafa þýðingu við mat á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Þessu til viðbótar hafa komið fram ný gögn sem staðfesta framangreint með ótvíræðum hætti. Sú staðreynd að Lyf og heilsa gátu sett sér þá verðstefnu að vera ávallt með lítið eitt hærra verð en Lyfja sýnir með skýrum hætti fram samhæfingu milli keðjanna tveggja og á skort á samkeppni.

Með hliðsjón af framangreindu telur Samkeppniseftirlitið að sterk staða Lyfja og heilsu á markaðnum fyrir smásölu á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu skapi fyrirtækinu mikið samkeppnisforskot á aðliggjandi markaði á Akranesi. Rétt er þó í þessu sambandi að líta til annarra atriða sem einnig hafa áhrif eins og t.d. fjárhagslegs styrkleika, breiddarhagkvæmni og aðgangshindrana.

#### 2.2.2 Staða Lyfja og heilsu á öðrum landfræðilegum mörkuðum

Eins og að framan greinir eru landfræðilegir markaðir fyrir smásölu lyfja staðbundnir. Hins vegar liggur fyrir í máli þessu að báðar stóru lyfjakeðjurnar starfa víða um landið og eru áherslur þeirra í m.a. þjónustu, vöruframboði og verði svipaðar í verslunum hvorrar keðju um sig (keðju með sama firmaheiti) um land allt. Er því rétt að taka til skoðunar markaðshlutdeild á landinu öllu.

**Tafla 6 Markaðshlutdeild lyfjaverslana á landinu öllu miðað við tekjur vegna sölu á lyfjum árin 2006 og 2007.**

Lyfjabúðir	Markaðshlutdeild árið 2006	Markaðshlutdeild árið 2007
Lyfja	[40-45]%	[40-45]%
Lyf og heilsa	[40-45]%	[35-40]%
Lyfjaval	[0-5]%	[0-5]%
Rima Apótek	[0-5]%	[0-5]%
Lyfjaver	[0-5]%	[0-5]%
Árbæjarapótek	[0-5]%	[0-5]%
Laugarnesapótek	[0-5]%	[0-5]%
Apótek Vesturlands	-	[0-5]%
Sjúkrahúsapótek LSH	[0-5]%	[0-5]%
Garðs Apótek	[0-5]%	[0-5]%
Önnur apótek sem eru hvert um sig með minna en 1% markaðshlutdeild	1,2%	1,2%
<b>Samtals</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>

Eins og fram kemur í töflunni er markaðshlutdeild lyfjakeðjanna tveggja, Lyfja og heilsu og Lyfju heldur hærri á landinu öllu en á höfuðborgarsvæðinu. Hlutdeild Lyfja og heilsu var um [35-40]% bæði árin og hlutdeild Lyfju [40-45]%. Er þetta vísbending um sterka stöðu lyfjakeðjanna tveggja.

Líta ber einnig til þess að á eftirfarandi landfræðilegum mörkuðum höfðu Lyf og heilsa 100% markaðshlutdeild:



- Dalvík
- Ólafsfirði
- Vestmannaeyjum
- Hvolsvelli
- Hellu

Jafnvel þó nefnd markaðssvæði séu ekki stór í samanburði við höfuðborgarsvæðið veitir þessi yfirburðarstaða Lyfja og heilsu þar vísbendingu um almennt sterka stöðu fyrirtækisins.

### 2.2.3 Starfsemi systurfélaga Lyfja og heilsu á öðrum tengdum vöru- og þjónustumörkuðum

Í samkeppnisrétti hefur verið litið til þess að njóti fyrirtæki lóðréttrar samþættingar við tengd fyrirtæki, þ.e. fyrirtækja innan sömu fyrirtækjasamsteypu sem starfa á öðrum sölustigum vöru og þjónustu, geti það verið vísbending um mjög sterka stöðu á markaði.<sup>102</sup> Eitt af systurfélögum Lyfja og heilsu er DAC ehf. sem annast heildsöludreifingu á lyfjum. Fyrirtækið sérhæfir sig í samhliða innflutningi lyfja auk almennra vara fyrir apótek. Þá sinni fyrirtækið lyfjaskömmun á þeim tíma sem atvik þessa máls áttu sér stað, en sú starfsemi hefur nú verið færð undir rekstur Skipholtsapóteks.<sup>103</sup> Einnig ber hér að nefna að Lyf og heilsa framleiða og markaðssetja húðvörur undir vörumerkinu Gamla Apótekið. Um er að ræða krem og áburð sem er seldur í langflestum lyfjaverslunum á landinu.

Lyf og heilsa hafna því að starfsemi tengdra félaga sem starfa á skyldum mörkuðum geti verið til þess fallin að styrkja stöðu fyrirtækisins. Markaðshlutdeild DAC sé mjög lág í innflutningi á lyfjum auk þess sem sala á vörum frá Gamla Apótekinu sé mjög lítil í samhengi við heildarveltu Lyfja og heilsu. Samkeppniseftirlitið bendir á að þótt markaðshlutdeild umræddra fyrirtækja kunni að vera lág í samanburði við keppinauta á þeim mörkuðum sem þau starfa á þýðir það ekki að starfsemi þeirra geti ekki styrkt stöðu Lyfja og heilsu. Þannig var t.a.m. fjallað um starfsemi DAC í samrunaskrá þegar tilkynnt var um kaup þess félags á Lyfjaveri árið 2006. Þar segir að DAC hafi verið stofnað til að annast samhliða innflutning og heildsölu á lyfjum til að ná fram lækkun á innkaupakostnaði. Þá má benda á að á heimasíðu DAC segir að fyrirtækið sé „framsækið og ört vaxandi fyrirtæki á sviði innflutnings, markaðssetningar og dreifingar á lyfjum.“ Ætla verður af þessu að jafnvel þó hlutdeild í innflutningi á lyfjum sé tiltölulega lág sé það fært um að veita öðrum stærri innflytjendum aðhald að vissu marki, sérstaklega þegar höfð er hliðsjón af miklum fjárhagslegum styrkleika L&H eignarhaldsfélags ehf. sem nánar verður fjallað um hér á eftir. Sama á við um starfsemi Gamla apóteksins en það fyrirtæki þjónar apótekum Lyfja og heilsu um sölu á vörum á skyldum mörkuðum sem felur í sér lóðréttu samþættingu. Að mati Samkeppniseftirlitsins er því ljóst að starfsemi þessara fyrirtækja styður við þá starfsemi Lyfja og heilsu sem er smásala á lyfjum.

<sup>102</sup> Sjá Skýrsla Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 *Öflug uppbygging – opnun markaða*.

<sup>103</sup> Sjá [www.dac.is](http://www.dac.is). Heimasíða heimsótt 2. mars 2009.



### 2.3 Efnahagslegur styrkleiki

Við mat á því hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu getur efnahagslegur styrkleiki á viðmiðunartímabilinu skipt máli, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* en í úrskurðinum segir:

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

Eins og rakið hefur verið hér að framan reka Lyf og heilsa fjölmörg apótek, bæði undir merkjum þess félags og öðrum heitum, þ.e. Apótekarinn og Skipholtsapótek. Lyf og heilsa hf. er í eigu L&H eignarhaldsfélags ehf. Auk Lyfja og heilsu rekur L&H eignarhaldsfélag hér á landi m.a. DAC ehf., Gamla apótekið, Flexor ehf. (fyrirtæki á sviði stoðtækjaframleiðslu) og L&H Optík ehf. (gleraugnaverslanir). Við mat á fjárhagslegum styrkleika telur Samkeppniseftirlitið að gagnlegt sé að bera saman upplýsingar um stöðu L&H eignarhaldsfélags annars vegar og hins vegar Apóteks Vesturlands ehf. Í töflu 7 hér á eftir eru bornar saman heildartekjur, heildareignir og eigið fé þessara félaga samkvæmt ársreikningum þeirra fyrir árið 2007. Telja verður að samanburður fyrir þetta ár gefi sem gleggsta mynd af fjárhagslegum styrkleika nefndra félaga en mál þetta tekur eins og fyrr segir til atvika sem áttu sér stað á miðju því ári.

**Tafla 7. Upplýsingar um heildartekjur, heildareignir og eigið fé L&H eignarhaldsfélags og Apóteks Vesturlands fyrir árið 2007. Tölur eru í þús. kr.**

	Heildartekjur	Heildareignir	Eigið fé
L&H eignarhaldsfélag	[...]	6.650.510	1.386.433
Apótek Vesturlands	[...] <sup>104</sup>	39.031	-1.805

Eins og framangreind tafla ber með sér er ljóst að fjárhagslegir yfirburðir Lyfja og heilsu í samanburði við Apótek Vesturlands eru miklir. Þannig má ætla að heildartekjur eignarhaldsfélagsins hafi verið u.þ.b. fimmtugfaldar tekjur Apóteks Vesturlands árið 2007 (að því gefnu að heildartekjur L&H eignarhaldsfélags skiptist nokkuð jafnt á milli árshelminga). Þá er ljóst að bæði heildareignir og eigið fé Lyfja og heilsu var margfalt á við Apótek Vesturlands. Reyndar var eigið fé Apóteks Vesturlands neikvætt við árslok 2007.

Í umsögn Lyfja og heilsu við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins eru gerðar athugasemdir við mat á fjárhagslegum styrkleika þar sem ekki hafi verið höfð hliðsjón af stöðu annarra hluthafa Apóteks Vesturlands en Ólafs Adolfssonar sem er lyfsali apóteksins. Í ljósi þessa aflaði Samkeppniseftirlitið nánari upplýsinga um eignarhald Apóteks Vesturlands og félaga sem því tengjast. Apótek Vesturlands eða Líf og líðan ehf. sem er skráð heiti einkahlutafélagsins hefur frá því í

<sup>104</sup> Tekjur frá opnun Apóteks Vesturlands í júlí 2007.



desember 2006 verið í jafnri eigu þriggja aðila sem eru Ólafur Adolffsson, Guðmundur Reykjalín og Hjördís Ásberg. Samkvæmt samþykktum fyrir Líf og líðan frá því í desember 2006 er ljóst að allir framangreindir einstaklingar hafa sameiginleg yfirráð yfir félaginu. Ólafur Adolffsson hefur ekki yfirráð yfir öðrum félögum en Lífi og líðan. Guðmundur Reykjalín átti á árinu 2007 (auk hlutar í Apóteki Vesturlands) fjögur félög sem eru Reykhús ehf., Fasteignafélagið Nýfasteign ehf., Ægisgata 7 ehf. og Reykjakot ehf. Hjördís Ásberg hafði á árinu 2007 yfirráð yfir þremur félögum fyrir utan Apótek Vesturlands. Um er að ræða Maður lifandi ehf., Bio Vörur ehf. og Grænn kostur ehf. Óskað var eftir ársreikningum þessara félaga fyrir árið 2007 og samkvæmt þeim er ljóst að heildartekjur þeirra (þ.e. félaga sem tengjast Apóteki Vesturlands) voru á því ári tæplega [...] milljónir kr. Heildareignir félaganna voru hins vegar rúmlega [...] milljónir kr. og eigið fé samtals tæplega 86 milljónir kr.

Samkvæmt þessu er ljóst að jafnvel þó tillit yrði tekið til allra félaga sem lúta yfirráðum umræddra eigenda Lífs og líðan eru fjárhagslegir yfirburðir L&H eignarhaldsfélags margfaldir á við það félag, þ.e. rekstrarfélags Apóteks Vesturlands.

Samkeppniseftirlitið vill þó taka fram að framangreint segir ekki allt um fjárhagslegan styrkleika Lyfja og heilsu á þeim tíma sem atvik þessa máls áttu sér stað. L&H eignarhaldsfélag var að fullu í eigu Milestone ehf. sem er eignarhaldsfélag sem sérhæfði sig í fjárfestingum í fjármálafyrirtækjum.<sup>105</sup> Undir yfirráðum Milestone voru m.a. tryggingafélagið Sjóvá og norræni fjárfestingarbankinn Askar Capital. Ekki liggja fyrir í þessu máli upplýsingar um hverjar voru heildartekjur allra félaga undir yfirráðum Milestone árið 2007. Hins vegar liggur fyrir að skv. ársreikningi námu heildareignir Milestone við árslok 2007 rúmlega 133 milljörðum kr. og eigið fé rúmlega 84 milljörðum kr.<sup>106</sup> Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst af þessum upplýsingum að ekki er þörf á að fjölyrða frekar um þá miklu fjárhagslegu yfirburði sem Lyf og heilsa hefur í raun haft samanborið við Apótek Vesturlands þegar hið síðarnefnda félag opnaði apótek sitt á Akranesi í lok júní 2007. Ótvírætt er að svo miklir fjárhagslegir yfirburðir veita skýra vísbendingu um markaðsráðandi stöðu. Þá er ljóst að stjórnendur Lyfja og heilsu töldu Apótek Vesturlands vera mjög fjárhagslega veikburða keppinaut, sbr. tölvupóst framkvæmdastjóra fyrirtækisins frá 7. júlí 2007 sem nánar verður rakinn hér á eftir.<sup>107</sup> Jafnframt sýnir umfjöllun hér síðar að fyrirtækið taldi sig hafa fjárhagslega burði til að þola verulega tekjuskerðingu í

<sup>105</sup> Sjá [www.milestone.is](http://www.milestone.is). Heimasíða heimsótt 2. mars 2009.

<sup>106</sup> Í Morgunblaðinu 11. ágúst 2007 var sagt frá miklum hagnaði Milestone: „*Margföldun Milestone Hagnaður fjárfestingafélagsins Milestone, sem er í eigu þeirra Karls og Steingrims Wernerssona, á fyrri árshefningi nam 27,2 milljörðum króna eftir skatta en var 1,9 milljarður á sama tímabili í fyrra. Fjárfestingartekjur námu 33 milljörðum.*“ Einnig var greint frá afar sterkri stöðu Milestone í Morgunblaðinu 3. nóvember 2007: „*LÍÐLEGA 300 milljóna tap varð af rekstri Milestone á þriðja fjórðungi ársins; hagnaður félagsins fyrir skatta á fyrstu níu mánuðum ársins nam 33,1 milljarði króna en var 32,8 eftir fyrstu sex mánuðina. Hagnaðurinn er engu að síður hátt í tvöfalt meiri en á sama tímabili í fyrra og arðsemi eigin fjár á ársgrundvelli var afar há eða 88,5%. Fjárfestingartekjur Milestone námu 33,4 milljörðum á móti 19,4 milljörðum fyrstu níu mánuðina í fyrra. Heildareignir hafa meira tvöfaldast frá áramótum og námu rúmum 380 milljörðum í lok september og eiginfjárhlutfall samstæðu Milestone var þá 19,2% en eiginfjárhlutfall móðurfélags var 41,5%.“*

<sup>107</sup> Afritað tölvubréf GG til m.a. Karls Wernerssonar og Steingrims Wernerssonar dags. 7. júlí 2007, kl. 19:16.



Því skyni að vinna gegn innkomu þessa nýja keppinautar. Er þetta einnig vísbending um markaðsráðandi stöðu Lyfja og heilsu á Akranesi

Í umsögn Lyfja og heilsu við andmælaskjalið eru einnig gerðar athugasemdir við þau viðmið sem notuð eru við mat á fjárhagslegum styrkleika. Segir um þetta m.a. að við mat á fjárhagslegum styrkleika sé ekki nægilegt að skoða „*aðeins eitt afmarkað atriði*“. Ekki hafi verið skoðað hvað standi á bak við fjárhæðir sem sýni eigið fé og eignir. Skoða verði hvort hægt sé að nýta eignir sem styrk eða hvort um „*óefnislegar eignir eða yfirveðsettar fasteignir*“ sé að ræða, en í slíkum tilvikum hafi fyrirtæki lítil yfirráð yfir eignum og ættu þær því ekki að koma til álita við mat á fjárhagslegum styrkleika. Í þessu sambandi er nefnt að eigið fé L&H eignarhaldsfélags hafi verið tæplega [...] milljarðar kr. árið 2007. Bókfærðar „*óefnislegar eignir*“ hafi hins vegar verið tæplega [...] milljarðar kr. sem séu viðskiptavild sem hafi hækkað við kaup á fyrirtækjum. Þegar viðskiptavildin hafi verið dregin frá hafi eigið fé L&H eignarhaldsfélags verið neikvætt um sem nemur tæplega [...] milljörðum kr. Til samanburðar hafi eigið fé Apóteks Vesturlands verið neikvætt um 1.805 þús. kr. Af þessu draga Lyf og heilsa þá ályktun að fjárhagsleg staða Lyfja og heilsu hafi verið töluvert „*lakari*“ en fjárhagsleg staða Apóteks Vesturlands. Þá segir enn fremur að það hafi enga þýðingu að skoða eignir og tekjur ef það sé ekki samhliða litið til þeirra skulda og krafna sem félagið þurfi að standa skil á, hvers eðlis þær séu og hvaða áhrif verðbólga, vaxtastig og gengisbreytingar hafi á stöðu félagsins. Þannig geti „*efnahagur litið vel út á pappír en þegar grannt er skoðað getur komið í ljós að félag er mjög berskjaldað fyrir efnahagslegum áföllum*.“ Þá segir einnig að ekki hafi þýðingu að skoða fjárhaginn aðeins þegar aðgangur að „*lausafé er með eindæmum auðveldur*“.

Af framangreindu fæst vart annað skilið en að Lyf og heilsa líti svo á að ársreikningar bæði L&H eignarhaldsfélags og Milestone fyrir árið 2007 hafi ekki gefið rétta mynd af fjárhagslegri stöðu félaganna. Stór hluti eigna hafi verið „*óefnislegar*“ og í raun hafi eigið fé þeirra verið neikvætt. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessar skýringar Lyfja og heilsu. Eftirlitið bendir á að þær upplýsingar sem lagðar eru til grundvallar við mat á fjárhagslegum styrkleika eru lykiltölur úr ársreikningum umræddra fyrirtækja (bæði rekstrar- og efnahagsreikningi) auk þess sem hliðsjón hefur verið höfð af stöðu félaga sem eru undir yfirráðum sömu aðila. Rétt er að nefna að skv. 1. mgr. 5. gr. laga nr. 3/2006 um ársreikninga eiga ársreikningar að gefa glögga mynd af afkomu, efnahag og breytingum á handbæru fé. Í 2. mgr. sömu greinar segir að ef ákvæði laga nægi ekki til að gefa glögga mynd af afkomu, efnahag og breytingu á handbæru fé skuli vikið frá þeim í undantekningartilvikum til þess að reikningurinn gefi glögga mynd í skilningi 1. mgr. Segir enn fremur að í skýringum með ársreikningi skuli greina frá slíkum frávikum ásamt ástæðum fyrir þeim og hvaða áhrif þau hafa á afkomu og efnahag. Í athugasemdum Lyfja og heilsu kemur sem fyrr segir fram að stór hluti eigin fjár sé viðskiptavild og að hana sé ekki hægt að nýta til að styrkja „*stöðu félags í samkeppni*.“ Samkeppniseftirlitið bendir hér á að í skýringum í ársreikningi L&H eignarhaldsfélags fyrir árið 2007 er sérstaklega fjallað um viðskiptavild. Þar segir að viðskiptavildin sé tilkomin vegna kaupa á dótturfélögum og að hún endurspegl





mismuninn á kostnaði vegna kaupanna og verðmætis fjárfestinganna.<sup>108</sup> Af þessu fæst ekki annað skilið en að viðskiptavildin endurspeglir með réttu hluta heildareigna enda færast jákvæð viðskiptavild sem sérstakur liður á meðal eigna í ársreikningi, sbr. 3. mgr. 79. gr. laga nr. 3/2006. Á móti eignum eru færðar allar skuldir í efnahagsreikningi og er mismunurinn eigið fé. Er því ekki unnt að fallast á þær skýringar Lyfja og heilsu að viðskiptavild hafi engin áhrif við mat á fjárhagsstöðu fyrirtækisins eða að ársreikningurinn gefi ekki að þessu leyti rétta mynd af stöðu þess og þar með möguleika til að beita fjárhagsstyrk sínum gagnvart minni keppinautum. Samkeppniseftirlitið bendir á að ársreikningur Lyfja og heilsu fyrir árið 2007 er undirritaður af löggiltum endurskoðanda sem staðhæfir að hann sé gerður í samræmi við nefnd lög um ársreikninga auk þess sem framkvæmdastjóri og stjórn félagsins séu ábyrg fyrir honum. Ekkert hefur komið fram í þessu máli sem sýnir að umræddur ársreikningur hafi verið rangur eða ólögmatetur að einhverju leyti. Verður því að leggja til grundvallar í þessu máli að ársreikningarnir endurspeglir raunverulega fjárhagsstöðu fyrir það tímabil sem hann er gerður, þ.e. árið 2007, en atvik þessa máls áttu sér stað á því ári.

Þó efnahagsþrengingar á árinu 2008 í kjölfar falls viðskiptabankanna og eftir atvikum aðrar aðstæður í efnahagslífinu hafi valdið því að viðskiptavild hafi minnkað eða jafnvel þurrkast út breytir það ekki þeirri stöðu sem ríkti á árinu 2007. Gerð er grein fyrir stöðunni í ársreikningi Lyfja og heilsu fyrir það ár og þar með möguleikum fyrirtækisins á þeim tíma til að beita fjárhagslegum styrk sínum.

Sambærilegum sjónarmiðum er haldið fram varðandi ársreikning Milestone ehf. Segir að „óefnislegar eignir“ þess félags hafi verið 20 milljörðum kr. hærri en eigið fé. Segir enn fremur að sökum erfiðrar stöðu Milestone sé það félag komið undir yfirráð Glitnis banka ehf. og því ljóst að eignir þess félags hafi ekki veitt félaginu fjárhagslegan styrkleika. Vegna þessa er rétt að taka fram að Milestone var ekki komið undir yfirráð Glitnis banka þegar atvik þessa máls áttu sér stað. Þá var fjárhagsstaða Milestone sterk og ekkert því til fyrirstöðu að beita þeim styrkleika á þeim tíma sem atvik þessa máls áttu sér stað. Til vitnis um þetta má nefna grein eftir Karl Wernersson stjórnarformann Milestone sem birtist í Morgunblaðinu þann 4. ágúst 2009 þar sem hann m.a. fjallar um afkomu og „fjárhagslegan styrk [ ] Milestone-samstæðunnar“ á þeim tíma sem atvik þessa máls taka til. Í greininni segir:

*„Heildarhagnaður Milestone frá árinu 2004 til 2007 nam 58,5 milljörðum króna og heildararðgreiðslur til eigenda Milestone á þessu tímabili námu samtals 1,1 milljarði króna. Arðgreiðslur til eigenda Milestone námu því samtals 2% af uppsöfnuðum hagnaði árána sem verði að teljast mjög hóflegar arðgreiðslur. Til samanburðar má nefna að vextir af innistæðum í banka námu á bilinu 10-15% á ári“<sup>109</sup>*

<sup>108</sup> Um viðskiptavild (goodwill) segir m.a. í ársreikningnum: „All business combinations are accounted for by applying the purchase method. Goodwill represents amounts arising on acquisition of subsidiaries. In respect of business acquisition goodwill represents the difference between the cost of the acquisition and the fair value of the net identifiable assets acquired.“

<sup>109</sup> „Að andæfa lyginni“ eftir Karl Wernersson, Morgunblaðið 4. ágúst 2009.



Að mati Samkeppniseftirlitsins fæst vart annað skilið af framangreindu en að fjárhagsstaða Milestone á tilvitnuðu tímabili hafi verið mjög sterk og félagið hafi skilað góðum hagnaði sem m.a. var nýttur til hækkunar á eigin fé á milli ára en eins og áður er getið var eigið fé Milestone orðið 84 milljarðar kr. við árslok 2007.<sup>110</sup>

Þá má í þessu sambandi nefna að frá þeim tíma sem atvik þessa máls taka til, nánar tiltekið síðari hluta árs 2007, liggur fyrir kynning framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu um fyrirtækið og lyfjamarkaðinn á Íslandi þar sem í upphafi kynningarinnar er sérstök áhersla lögð á fjárhagslega yfirburði Milestone sem móðurfélags, m.a. Lyfja og heilsu. Eru m.a. birtar lykilstærðir úr efnahagsreikningi Milestone í því sambandi og útskýrt hvernig Lyf og heilsa falli undir Milestonesamstæðuna (The fit with Milestone – The Milestone Group).<sup>111</sup>

Sjónarmið um sterka fjárhagsstöðu koma einnig fram í áðurnefndri skýrslu breska ráðgjafafyrirtækisins Core Communications sem unnin var fyrir Lyf og heilsu á árinu 2007. Þar er m.a. fjallað um hvernig sterk fjárhagsleg staða Lyfja og heilsu muni tryggja að fyrirtækið kom til með að standa af sér samdrátt í hagkerfinu. Um þetta segir í skýrslunni:<sup>112</sup>

*„In the worst case scenario if economic growth continues to fall and regulations will change in favor of new competition the sheer size of Lyf og Heilsa and its strong financial standing will ensure the company's survival. It does not mean though that the company is completely invincible and there is no room for improvement.“*

Með hliðsjón af framangreindu er ljóst að Lyf og heilsa hafa á árinu 2007 notið mikilla yfirburða á við keppinaut sinn á Akranesi, Apótek Vesturlands, hvað varðar fjárhagslegan styrkleika. Bæði fjárhagsupplýsingar úr ársreikningum og yfirlýsingar forsvarsmanna Lyfja og heilsu staðfesta það. Þá er ljóst að ráðgjafar Lyfja og heilsu hafa þegar á árinu 2007 talið að fjárhagsleg staða fyrirtækisins væri það sterk að jafnvel þó hagvöxtur myndi minnka kæmi það ekki til með að raska stöðu fyrirtækisins í grundvallaratriðum.

#### 2.4 Aðgangur að markaðnum og möguleg samkeppni

Við mat á því hvort fyrirtæki telst vera í markaðsráðandi stöðu verður jafnframt að horfa til þess hvort um er að ræða aðgangshindranir inn á viðkomandi markað sem takmarka möguleika nýrra keppinauta á að hasla sér þar völl. Aðgangshindranir eru hvers konar hindranir sem gera nýjum keppinauti erfitt að komast inn á hlutaðeigandi markað. Þessar hindranir geta t.d. verið af lagalegum toga. Þær geta falist í nauðsyn þess að ná lágmarksstærð svo rekstur verði hagkvæmur og í miklum óendurkræfum kostnaði ef innkoma á markaðinn

<sup>110</sup> Árið 2004 var hagnaður Milestone rúmlega 970 milljónir kr. og eigið fé 2,9 milljarðar kr. Árið 2005 var hagnaður fyrirtækisins 14 milljarðar kr. og eigið fé 23,6 milljarðar kr. Árið 2006 var hagnaður fyrirtækisins 21,4 milljarðar kr. og eigið fé 43,6 milljarðar kr. Árið 2007 var hagnaðurinn 39,8 milljarðar kr. og eigið fé 84,1 milljarðar kr.

<sup>111</sup> Sem viðhengi með afrituðum tölvupósti Guðna B. Guðnasonar framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu frá 14. ágúst 2007 kl. 23:02.

<sup>112</sup> Skýrslan var meðfylgjandi afrituðu tölvubréfi starfsmanns Core Communications til Guðna B. Guðnasonar frá 23. júlí 2007 kl. 08:44.



misheppnast. Dæmi um slíkan kostnað er kostnaður við markaðssetningu og kostnaður við rannsóknir og þróun. Ef engar eða litlar aðgangshindranir eru að markaðnum þarf há markaðshlutdeild ekki endilega að fela í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu. Hér er hins vegar mikilvægt að hafa í huga að álitamálið er ekki hvort nýr aðili *getur* hafið starfsemi á viðkomandi markaði. Álitamálið er hversu líklegt sé að inn á markaðinn komi burðugur keppinautur sem er fær um að veita viðkomandi fyrirtæki nægilega virka samkeppni þannig að dregið sé verulega úr markaðsstyrk þess. Horfa ber sérstaklega til þess að í „*máli um misnotkun á markaðsráðandi stöðu ræðst mat á möguleikum nýrra keppinauta vegna aðgangshindrana af þeim aðstæðum sem ríktu er ætlað brot átti sér stað*“, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurlflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Unnt er að skipta aðgangshindrunum í þrjá megin flokka. Í fyrsta lagi opinberar aðgangshindranir, í öðru lagi aðgangshindranir sem tengjast gerð markaðarins og loks í þriðja lagi aðgangshindranir sem fyrirtæki mynda með háttsemi sinni á markaði. Samkeppniseftirlitið telur að talsverðar aðgangshindranir séu að mörkuðum fyrir smásölu á lyfjum hér á landi og þá sérstaklega á minni landfræðilegum mörkuðum eins og Akranesi.

#### 2.4.1 Lagalegar hindranir

Ákvæði laga og reglna og aðgerðir opinberra aðila geta oft og tíðum falið í sér aðgangshindrun (e. legal/regulatory barriers). Þannig geta lagareglur og eftirlit stjórnvalda verið meira íþyngjandi fyrir þá sem hyggjast hasla sér völl á tilteknum markaði en þá sem þegar starfa þar og hafa mótað starfsemi sína með hliðsjón af regluverki og eftirliti í tímans rás. Einnig geta lög og reglur takmarkað vöxt smærri fyrirtækja sem starfandi eru á markaði. Þá geta lög og reglur falið í sér verulega aðgangshindrun, t.d. ef fjöldi starfandi fyrirtækja á markaði er takmarkaður með leyfum eða einkarétti hvers konar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Slík takmörkun getur gert innkomu fyrirtækja verulega erfiða og jafnvel ómögulega. Með þessu móti er komið í veg fyrir að nýtt fyrirtæki geti boðið betri vöru, þjónustu eða verð og aukið þar með velferð almennings og samkeppnishæfni atvinnulífsins.<sup>113</sup>

Lyf og heilsa mótmæla því að lagalegar hindranir séu að lyfjamarkaðnum. Það eitt að sækja þurfi um leyfi fyrir lyfsölu feli ekki í sér raunverulega aðgangshindrun. Aðeins þegar stjórnvöld setji ströng skilyrði fyrir veitingu leyfis geti verið um lagalegar hindranir að ræða. Þannig verði að rannsaka hversu oft aðilum hafi raunverulega verið synjað um lyfsöluleyfi. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta og bendir á að talsverðar lagalegar hindranir séu að markaðnum fyrir smásölu á lyfjum.<sup>114</sup> Þannig er lyfsöluleyfi bundið því skilyrði að umsækjandi hafi starfsleyfi sem lyfjafræðingur, sbr. 9. gr. laga um lyfjafræðinga nr. 35/1978, og hafi starfað sem slíkur í að minnsta kosti þrjú ár. Síðarnefnda skilyrðið er þó frávikjanlegt. Í lyfjalögunum kemur jafnframt fram að ráðherra skuli senda

<sup>113</sup> Sjá Skýrsla Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 *Öflug uppbygging – opnun markaða*.

<sup>114</sup> Sbr. og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006.



umsóknir um ný lyfsöluleyfi viðkomandi sveitarstjórn til umsagnar. Við mat á umsókn um lyfsöluleyfi ber m.a. að styðjast við íbúafjölda að baki lyfjabúðinni og fjarlægð hennar frá næstu lyfjabúð, sbr. 3. mgr. 20. gr. lyfjalaga nr. 93/1994. Leggist umsagnaraðili, þ.e. sveitarstjórn, gegn veitingu nýs leyfis er ráðherra heimilt að hafna umsókninni. Samkvæmt því getur fjöldi lyfjabúða á hverju svæði verið takmarkaður. Þá skal samkvæmt lögnum ekki veita leyfi til reksturs annars lyfjaútibús á lægra þjónustustigi þegar lyfjaútibú er til staðar í byggðarlagi. Jafnframt er eignarhald að lyfjabúðum takmarkað þar sem starfandi læknum, tannlæknum og dýralæknum er óheimilt að eiga svo stóran hluta í lyfsölu að það hafi teljandi áhrif á fjárhagslega afkomu þeirra. Með hliðsjón af þessu er ljóst að ströng lagaleg skilyrði eru fyrir því að fá útgefið lyfsöluleyfi. Þannig er áskilnaður um menntun og reynslu leyfishafa auk þess sem samþykki heilbrigðisyfirvalda og viðkomandi sveitastjórna þarf að liggja fyrir. Að þessu leyti er um lagalegar hindranir að ræða. Þó að umsóknir um lyfsöluleyfi séu alla jafna samþykktar, sbr. t.d. umsókn um leyfi fyrir Apótek Vesturlands, er það að mati Samkeppniseftirlitsins ekki til marks um það að lagalegar hindranir séu ekki inn á viðkomandi þjónustumarkað.

Rétt er í þessu sambandi að benda á að þegar Apótek Vesturlands sótti um lyfsöluleyfi fyrir apótek sitt á Akranesi til heilbrigðisráðuneytisins árið 2007 óskaði ráðuneytið við meðferð málsins eftir álit Lyfja og heilsu um umsóknina. Í umsögn Lyfja og heilsu til ráðuneytisins<sup>115</sup> kemur skýrt fram það mat að fyrirtækið telji ekki rekstrargrundvöll fyrir fleiri en eitt apótek á Akranesi og vísar í því sambandi til 1. gr. lyfjalaga þar sem fram kemur m.a. að markmið laganna sé að tryggja landsmönnum nægilegt framboð af nauðsynlegum lyfjum með sem hagkvæmasti dreifingu þeirra á grundvelli eðlilegrar samkeppni. Eins og að framan greinir felur það í sér aðgangshindrun þegar nýir keppnautar þurfa sérstakt leyfi hins opinbera til að hefja rekstur á tilteknum markaði. Að mati Samkeppniseftirlitsins er það ekki til þess fallið að draga úr slíkum hindrunum að leitað sé álit þeirra keppnauta sem fyrir eru á markaði þegar opinberir aðilar leggja mat á hvort veita skuli leyfi af þessu tagi enda vekur það óhjákvæmilega spurningar um á hvaða forsendum keppnautarnir byggi umsögn sína og hagsmunamat.

Þá þekkjast þess dæmi að heilbrigðisráðuneytið hafi synjað umsókn um lyfsöluleyfi, sbr. umfjöllun hér á eftir um umsókn Lyfja og heilsu um lyfsöluleyfi í Vestmannaeyjum árið 2003.

Hvað sem framangreindum sjónarmiðum Lyfja og heilsu líður fæst ekki annað séð en í þeim felist ákveðin þversögn séu þau borin saman við það sem síðar segir í athugasemdum fyrirtækisins við andmælskjalið þar sem fjallað er um hugsanlega misnotkun fyrirtækisins á markaðsráðandi stöðu, nánar tiltekið í umfjöllun um „[g]erð markaðarins á Akranesi“. Í þeirri umfjöllun er lögð mikil áhersla á þær skyldur sem lagðar eru á apótek umfram önnur fyrirtæki í verslun og þjónustu. Um þetta segir m.a. í athugasemdunum:

---

<sup>115</sup> Bréf Lyfja og heilsu til heilbrigðis- og trygginamálaráðuneytisins, dags. 2. maí 2007, sjá fylgiskjal með bréfi Lyfja og heilsu til Samkeppniseftirlitsins, dags. 24. júní 2008.



*„Þegar lagt er mat á það hvort það sé rekstrargrundvöllur fyrir lyfjaverslun er nauðsynlegt að skoða hvaða kostnaður [svo] slíkur rekstur þarf að standa undir þegar tekið er tillit til þeirra krafna sem lyfjalög setja slíkum rekstri. Einkum hafi þetta áhrif þegar litið er til smærri byggðarlaga. Ákveðnar skyldur eru lagðar á lyfjabúðir umfram skyldur sem lagðar eru á almennt í verslun og þjónustu. Þar koma einkum til skyldur vegna mönnunar lyfjabúða en í lyfjabúð verður alltaf að vera á opnunartíma útskrifaður lyfjafræðingur, þ.e. starfsmaður með a.m.k. fimm ára háskólapróf að baki (Masters nám) og leyfshafi þarf að auki að hafa a.m.k. þriggja ára starfsreynslu sem lyfjafræðingur. Lyfjalögin gera að ráð fyrir að jafnaði séu að störfum tveir lyfjafræðingar hverju sinni. Hægt er þó að fá undanþágu frá því ákvæði ef umfang lyfjaafgreiðslu er lítið en þá er krafist lyfjafræðings og lyfjataeknis (tvöfalt eftirlit).“*

Með vísan til framangreinds er það mat Lyfja og heilsu að erfitt sé að manna minni apótek og að binding lyfjafræðings sé mikil. Auk þessa eru nefnd fjölmörg önnur atriði til stuðnings því að rekstrargrundvöllur lítilla apóteka geti verið erfiður, s.s. mikill kostnaður vegna lyfjabirgða en kveðið sé á um lágmarksbirgðir í apóteki í lyfjalögum, kostnaður vegna tölvu og tæknibúnaðar, flókið uppgjör við Sjúkratryggingastofnun o.fl. Samkeppniseftirlitið getur því ekki lagt annan skilning í þessi sjónarmið Lyfja og heilsu en þann að fyrirtækið liti svo á að rekstur lítilla lyfjaverslana sé erfiður vegna þeirra krafna sem gerðar eru til reksturs verslananna, sbr. ákvæði lyfjalaga sem og annarra reglna sem gilda um starfsemina. Eru þessi sjónarmið í samræmi við það sem að framan greinir um að miklar aðgangshindranir séu að lyfjamarkaðnum.

#### 2.4.2 Hegðun lyfjakeðjanna á mörkuðum fyrir smásölu á lyfjum

Hagfræðileg rök hafa verið færð fyrir því að aðgangshindranir á markaði geti byggst á viðbrögðum þeirra aðila sem fyrir eru á markaðnum og orðspori markaðsráðandi fyrirtækja.<sup>116</sup> Eins og áður hefur komið fram voru Lyf og heilsa og Lyfja í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir smásölu á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu þegar atvik þessa máls áttu sér stað, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006. Í því máli voru færð fyrir því rök að fyrri hegðun lyfjakeðjanna á markaði fyrir smásölu lyfja væri þess eðlis að unnt væri að líta svo á að hún fæli í sér aðgangshindrun að þeim markaði. Þessi hegðun fælist m.a. í því að staðsetja lyfjabúðir í næsta nágrenni (eða jafnvel við hlið) minnstu apótekanna. Var í þessu sambandi miðað við staðsetningu samkvæmt póstnúmerum, sbr. og nánari umfjöllun hér að framan um sameiginlega markaðsráðandi stöðu.

Eins og rakið hefur verið hér að framan mótmæla Lyf og heilsa því að miðað sé við póstnúmer til að ákvarða staðsetningu apóteka. Ekki er unnt að fallast á þau sjónarmið, sbr. umfjöllun hér að framan. Hvað sem því líður telur

---

<sup>116</sup> Sjá t.d. D.M. Kreps & R. Wilson, “Reputation and Imperfect Information,” 27 *Journal of Economic Theory* 253 (1982). ; P. Milgrom & J. Roberts, “Predation, Reputation and Entry Deterrence,” 27 *Journal of Economic Theory* 280 (1982); Patrick Bolton, Joseph F. Brodley & Michael H. Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy,” 88 *Georgetown Law Journal* 2239 (2000).



Samkeppniseftirlitið að aðstæður á lyfjamarkaðnum hafi ekki breyst að þessu leyti frá því úrskurður áfrýjunarnefndar lá fyrir í nefndu samrunamáli árið 2006 til þess tíma sem atvik þessa máls áttu sér stað. Sem fyrr segir urðu litlar breytingar á fjölda, eignarhaldi og stöðu apóteka á þessu tímabili, sbr. einnig nánari umfjöllun hér á eftir um aðgerðir Lyfja og heilsu. Er það mat eftirlitsins að sú hegðun fyrirtækis eða fyrirtækja með þá yfirburðastöðu sem hér hefur verið lýst, þ.e. að staðsetja lyfjabúðir í næsta nágrenni við minnstu apótekið (eða jafnvel við hlið þeirra) sé til þess fallin að mynda aðgangshindrun að markaðnum fyrir smásölu á lyfjum.

Þá fá Lyf og heilsa ekki skilið hvernig hægt sé að líta framhjá jafn augljósum staðreyndum sem innkoma Apóteks Vesturlands á markaðinn sé. Lyf og heilsa hafi verið með 100% markaðshlutdeild á markaðnum áður og því geti ekki verið um aðgangshindranir að ræða. Vegna þessa vill Samkeppniseftirlitið taka fram að ekki hefur verið „litið framhjá“ innkomu Apóteks Vesturlands í máli þessu á markaðinn fyrir smásölu á lyfjum á Akranesi, sbr. m.a. umfjöllun um markaðshlutdeild hér að framan o.fl. Á hinn bóginn er ljóst að leggja verður til grundvallar í máli þessu framangreinda almenna yfirburði Lyfja og heilsu auk markaðsyfirráða fyrirtækisins á höfuðborgarsvæðinu en eins og áður hefur komið fram er sá markaður nátengdur markaðnum á Akranesi.

#### 2.4.3 Sjónarmið Lyfja og heilsu um forsvarsmann Apóteks Vesturlands

Lyf og heilsa telja að það hafi þýðingu í málinu að Ólafur Adolfsson lyfsöluleyfishafi Apóteks Vesturlands og forsvarismaður þess njóti mikillar velvildar á Akranesi. Ekki er unnt að túlka sjónarmið Lyfju og heilsu öðruvísi en svo að það dragi verulega úr styrk fyrirtækisins á Akranesi og sé til þess fallið að draga úr aðgangshindrunum að Ólafur Adolfsson sé „fyrirverandi landsliðsmaður í knattspyrnu og lykilmáður í Íslandsmeistaraliði ÍA á tíunda áratug síðustu aldar, hefur mikil tengsl við Akranes og nýtur sérstakrar velvildar íbúa á Akranesi.“

Samkeppniseftirlitið getur fallist á það að Apótek Vesturlands kunni að hafa notið þess við innkomu á markaðinn á Akranesi að forsvarismaður þess hafi verið þekktur á Akranesi og haft góð tengsl við bæjarfélagið eins og það er orðað í athugasemdunum. Má og leiða að því líkur að vegna þessara aðstæðna hafi markaðshlutdeild Apóteks Vesturlands e.t.v. aukist hraðar en ef apótekið hefði opnað í öðru bæjarfélagi eða ef fyrirsvarismaður þess hefði verið annar einstaklingur sem ekki hefur slík tengsl við Akranes. Samkeppniseftirlitið telur þó ekki að þessar aðstæður leiði til þess að Lyf og heilsa sé ekki í markaðsráðandi stöðu eða veiti raunverulega vísbendingu um að ekki séu aðgangshindranir að markaðnum. Hér má m.a. vísa til þess að gögn þessa máls, sbr. umfjöllun hér á eftir um brot Lyfju og heilsu, benda til þess að forsvarsmenn fyrirtækisins hafi þegar í upphafi gert sér grein fyrir þessum aðstæðum og skipulagt aðgerðir sínar í samræmi við þær. Þá skiptir litlu máli varðandi getu (fjárhagslegan styrk) Lyfja og heilsu til að beita undirboðum hvort forsvarismaður Apóteks Vesturlands hafi verið vel kynntur á Akranesi eða ekki. Í þessu sambandi skiptir máli að Lyf og heilsa hafa vísað til þess í athugasemdum sínum að „*óeðlilegur samdráttur í sölu [fyrirtækisins sé] bein afleiðing af húsleit Samkeppniseftirlitsins vegna neikvæðrar umfjöllunar sem [það] fékk í kjölfarið*“. Þá kemur eftirfarandi fram í tilkynningu



sem Lyf og heilsa sendu nýlega frá sér um ástæðu þess að apóteki fyrirtækisins á Akranesi var lokað:

*„Þar sem Lyfjum & heilsu á Akranesi var ekki gert kleift að mæta samkeppni með lækkun vöruverðs hefur apótekið tapað meirihluta markaðarins til keppinautarins og því ljóst að ekki er grundvöllur fyrir áframhaldandi rekstri apóteks á Akranesi undir merki Lyfja & heilsu.“<sup>117</sup>*

Samkvæmt þessu er ljóst að Lyf og heilsa telja að það hafi haft mikla þýðingu fyrir stöðu Apóteks Vesturlands að framkvæmd var húsleit hjá Lyfjum og heilsu 14. september 2007. Af þessu má draga þá ályktun að staða Apóteks Vesturlands kynni að vera önnur ef ekki hefði verið farið í húsleit hjá Lyfjum og heilsu og fyrirtækið hefði talið sig geta haldið afsláttarstefnu sinni áfram óbreyttri. Í ljósi umfjöllunar hér að framan um lítinn fjárhaglegan styrkleika Apóteks Vesturlands eru sterkar líkur á því að apótekið hefði þá hrökklast út af markaðnum og einu gilt hvort fyrirsvarsmaður þess hefði verið vel kynntur á Akranesi eða ekki. Ber að virða staðhæfingar Lyfja og heilsu um stöðu Apóteks Vesturlands í þessu ljósi, sbr. einnig umfjöllun hér á eftir.

#### 2.4.4 Önnur sjónarmið Lyfja og heilsu varðandi aðgangshindranir

Lyf og heilsa halda því fram að ekki geti verið um aðgangshindranir að ræða þar sem Apótek Vesturlands hafi getað hafið starfsemi með litlum tilkostnaði en langtímaskuldir félagsins séu einungis 2,6 milljónir kr. samkvæmt ársreikningi fyrir árið 2007. Vegna þess vill Samkeppniseftirlitið nefna að það er rangt haft eftir að langtímaskuldir Apóteks Vesturlands hafi verið 2,6 milljónir kr. Þær voru samtals 6,8 milljónir kr. samkvæmt umræddum ársreikningi. Hvað sem þessu liður nægir ekki að líta aðeins til langtímaskulda vegna mats á kostnaði við að stofna nýtt fyrirtæki. Einnig þarf að horfa til annarra skulda sem og þess hlutfjár sem eigendur leggja til hins nýja félags. Heildarskuldir Apóteks Vesturlands voru í árslok 2007 tæplega 41 milljón kr. og eins og áður hefur komið fram var eigið fé neikvætt um 1,8 milljón kr. Í því ljósi verður að telja að talsverð fjárbinding felist í því að opna nýtt apótek, sérstaklega í ljósi þess að þau fáu apótek sem stofnuð hafa verið á liðnum árum, og ekki eru þegar hluti af stóru lyfjakeðjunum tveimur, eru allajafna rekin af einstaklingum (lyfsóluleyfishingum).

#### 2.5 Breiddarhagkvæmni

Fyrirtæki búa við breiddarhagkvæmni (e. economies of scope) þegar þau geta sparað kostnað vegna skilvirkni sem verður við það að framleiða, dreifa og selja tvær eða fleiri vörutegundir í stað einnar. Þessi hagkvæmni getur t.d. falist í samnýtingu á aðföngum og framleiðslutækjum. Þegar fyrirtæki sem fyrir eru á markaðnum búa við breiddarhagkvæmni (sérstaklega ef þau eru markaðsráðandi) getur hún falið í sér aðgangshindrun fyrir nýja keppinauta sem ætla sér að koma inn á markaðinn og framleiða t.d. bara eina vöru. Jafnvel þó kostnaðaruppbygging þeirra sé eins hagkvæm og unnt er ná þau tæpast sömu hagkvæmni og það fyrirtæki sem fyrir er og framleiðir fleiri vörur.<sup>118</sup>

<sup>117</sup> Sjá frétt VB.is frá 25. nóvember 2009. Rétt er hins vegar að hafa í huga að Lyf og heilsa opnaði nýtt apótek á Akranesi undir merkjum Apótekarans.

<sup>118</sup> Sjá Skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 *Öflug uppbygging – opnun markaða*.



Lyf og heilsa hafnar því að stærðar- og breiddarhagkvæmni geti verið í rekstri fyrirtækisins sem leiði til þess að það sé markaðsráðandi í lyfsölu á Akranesi. Fyrirtækið hafnar því t.a.m. að félagið geti í krafti stærðar náð fram hagkvæmari innkaupum. Ekki sé um neina miðstyrða innkaupaþjónustu að ræða sem dreifi lyfjum til verslana heldur kaupi hver og einn lyfsali inn í samræmi við sínar þarfir frá lyfjadreifingarfyrirtækjunum. Kostnaður við rekstur apóteks sé því sambærilegur óháð því hvort þau séu hluti af lyfjakeðju eða ekki. Reyndar virðist það vera skilningur Lyfja og heilsu að þar sem rekstur Apóteks Vesturlands sé „mjög einfaldur í sniðum og takmarkaður kostnaður sem fylgir starfseminni“ ætti það félag að geta boðið betri kjör en aðrir keppinautar.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að fjölpætt þjónusta Lyfja og heilsu samstæðunnar felur í sér breiddarhagkvæmni. Sérstaklega á þetta við um smásölumarkaðinn en þar geta Lyf og heilsa þjónað mörgum landfræðilegum mörkuðum með meiri hagræðingu en aðrir minni keppinautar. Í þessu sambandi ber að geta þess að Lyf og heilsa eru með um 45% hlutdeild á markaðnum fyrir smásölu lyfja á landinu öllu. Í krafti stærðar sinnar hefur fyrirtækið því meiri kaupendastyrk og samkvæmt upplýsingum um afsláttarkjör sem aflað hefur verið frá birgjum á lyfjamarkaði gat fyrirtækið, þegar atvik þessa máls áttu sér stað, náð fram hagkvæmari innkaupum á vörum og fengið þannig lægra innkaupsverð. Einnig verður að horfa til þess að Lyf og heilsa njóta hagræðingar í innkaupum sumra lyfjategunda vegna tengsla félagsins við systurfyrirtæki sitt DAC. Þetta ætti að öllu jöfnu að leiða til arðbærari rekstrar en hjá smærri keppinautum. Af þessum sökum eiga smærri aðilar á markaðnum erfiðara með að keppa við þá stærri á grundvelli verðs og þjónustu.

Þessi breiddarhagkvæmni skapaði Lyfjum og heilsu umtalsvert forskot gagnvart keppinauti sínum á Akranesi og vinnur gegn innkomu nýrra keppinauta. Ekki er hægt að fallast á það sjónarmið Lyfja og heilsu að Apótek Vesturlands sé fært um að veita betri kjör en Lyf og heilsa vegna einfaldari og kostnaðarminni rekstrar. Það sjónarmið fer auk þess tæplega saman við það að kostnaður við rekstur apóteka sé sambærilegur hvort sem þau eru hluti af keðju eða sjálfstæð. Ætla má reyndar að þetta sjónarmið Lyfja og heilsu skýrist að einhverju leyti af því að þær fjárhagsupplýsingar sem fyrirtækið byggir á um Apótek Vesturlands (sbr. umfjöllun um langtímaskuldir apóteksins hér að framan) eru rangar. Hvað sem þessu líður sýna gögn sem aflað var frá birgjum um afsláttarkjör ótvírætt að minni apótek njóta almennt lakari kjara en stærri keðjur. Gögn þessa máls benda einnig til sömu niðurstöðu. Þannig er ljóst að snemma á árinu 2007 var ákveðið af forsvarsmönnum Lyfja og heilsu að setja í gang „heildarendurskoðun“ á innkaupum á lyfjum með það að markmiði að ná „bestu kjör[um]“ hjá birgjum. Um þetta segir m.a. í tölvupósti framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu til eins af lyfsöluleyfishöfum fyrirtækisins:

*„Í gangi er heildarendurskoðun á öllum innkaupum okkar. Þetta tengist því m.a. að við ætlum í auknum mæli að flytja inn vörur sjálf eða versla vörur af þeim sem bjóða okkur bestu kjör. Við erum að tala við flesta okkar birgja og tilkynnum þeim að við ætlum að versla við færri en*





*verslum við þá sem gefa okkur betri kjör. Við erum m.a. að krefjast þess að birgjarnir eigi lagerinn okkar þ.e. það sem er í búðunum og við munum fá prósentur af sölu. Við erum að hefja þessar viðræður og það má búast talsvert miklum látum í kringum þetta.*<sup>119</sup>

Sýnir þetta styrka stöðu Lyfja og heilsu þar sem fyrirtækið taldi sig geta sett fram „kröfur“ gagnvart sínum birgjum og útilokað þá frá viðskiptum sem ekki voru tilbúnir að bæta kjör sín.

Þá segir eftirfarandi í tölvupósti frá starfsmanni Lyfja og heilsu til framkvæmdastjóra þar sem fjallað er um verðtilboð frá lyfjafyrirtækinu Novartis á lyfjum:

*„Þeir kalla þetta New prices for Iceland, ég veit ekki alveg hvort við eigum að sætta okkur við að fá sömu verð og Rima apótek og Árbæjar apótek. Eru þetta ný opinber verð eða ný afsláttarverð til okkar? Þetta er svolítið loðið ennpá. Markmiðið okkar ætti að vera að ná betri verðum en hinir í krafti stærðarinnar og möguleika okkar á samhliða innflutningi.“*<sup>120</sup>

Einnig má nefna tölvupóst EA lyfjastjóra Lyfja og heilsu til allra leyfishafa hjá fyrirtækinu sem sendur var um svipað leyti en þar kemur fram að fyrirtækið hafi nýlega gert samning við lyfjainnflutningsfyrirtækið Portfarma sem hafi boðið Lyfjum og heilsu „góð verð“.<sup>121</sup> Fæst ekki annað skilið af þessum tölvupóstum en að Lyf og heilsa hafi litið svo á að fyrirtækið nyti stærðar- og breiddarhagkvæmni og að fyrirtækið hafi gert kröfu um að njóta þess í kjörum hjá birgjum. Þá er eins og fyrr segir ljóst samkvæmt upplýsingum frá innflytjendum á lyfjum að Lyf og heilsa nutu almennt betri kjara en aðrir minni keppinautar á markaðnum.

Þá vill Samkeppniseftirlitið taka fram að breiddarhagkvæmni er ekki aðeins fólgin í því að ná fram hagstæðari kjörum frá birgjum. Eins og áður segir getur þessi hagkvæmni falist í samnýtingu á m.a. aðföngum og framleiðslutækjum. Vart þarf að fjölyrða um að lyfjaverslanakeðja apóteka á borð við Lyf og heilsu nýtur hagræðis í samanburði við minni apótek varðandi atriði eins og markaðssetningu (auglýsingar), samnýtingu starfsfólks og innkaup á framleiðslutækjum, svo eitthvað sé nefnt. Af þessu er ljóst að apótek Lyfja og heilsu njóta breiddarhagkvæmni í rekstri umfram minni keppinauta á borð við Apótek Vesturlands.

## 2.6 Mat Lyfja og heilsu á stöðu sinni

Ljóst er af gögnum málsins að forsvarsmenn Lyfja og heilsu litu svo á að fyrirtækið væri markaðsráðandi á þeim tíma sem atvik þessa máls tóku til. Þessu til staðfestingar er tölvupóstur sem framkvæmdastjóri Lyfja og heilsu sendi til

<sup>119</sup> Afritaður tölvupóstur frá Guðna B. Guðnasonar framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu til MJ, dags. 12. febrúar 2007, kl. 12:16.

<sup>120</sup> Afritaður tölvupóstur frá EA til GBG, dags. 26. mars 2007, kl. 13:29.

<sup>121</sup> Afritaður tölvupóstur frá EA til lyfsala Lyfja og heilsu, dags. 23. mars 2007, kl. 10:20.



eins af yfirmönnum fyrirtækisins þann 13. september 2007 eða degi fyrir húsleit Samkeppniseftirlitsins hjá Lyfjum og heilsu. Í tölvupóstinum segir:

*„Viltu taka saman fyrir mig yfirlit yfir þau lyf lausasölu- og lyfseðilsskyldu sem við höfum lækkað á Akranesi. Ég vil sjá innkaupsverð, söluverð á Akranesi og söluverð í öðrum L&H verslunum. Það eina sem við verðum að passa sem talinn einn af markaðsráðandi aðilum á markaðnum er að við séum aldrei að selja undir kostnaðarverði og að einhver álagning sé alltaf á lyfjunum sem allavega dekkar “overhead” kostnað. Hversu mörg lyf eru þetta og hversu há prósentu er þetta af þeim lyfjum sem við seljum þ.e. vörunúmerum. Sé þetta allt innan marka þá erum við ekki að gera neitt ólöglegt. Aðeins að taka þátt í verðstríði sem Óli hefur sjálfur komið af stað.”<sup>122</sup> (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)*

Lyf og heilsa halda því fram að í tölvupóstinum sé framkvæmdastjóri fyrirtækisins ekki að lýsa skoðun þess heldur mati Samkeppniseftirlitsins á stöðu þess. Tölvupósturinn sanni að Lyf og heilsa hafi talið háttsemi sína lögmæta jafnvel þó samkeppnisyfirvöld hefðu talið fyrirtækið markaðsráðandi. Á þetta er ekki unnt að fallast enda er þessi skýring Lyfja og heilsu þversagnakennd. Ef forsvarsmenn Lyfja og heilsu hefðu í raun talið að fyrirtækið væri ekki markaðsráðandi hefði fyrirtækið ekki þurft að gæta þess í verðsamkeppni við Apótek Vesturlands að tekjur þess væru yfir kostnaði. Þvert á móti hefðu þeir af fullum þunga getað tekið þátt í verðsamkeppninni og litlu máli skipt hvort verðlagning stæðist tiltekin kostnaðarviðmið. Tölvupósturinn sýnir hins vegar glögggt að framkvæmdastjórinn hefur talið ástæðu til þess að gæta þess að gera ekki neitt „ólöglegt“ og fæst ekki annað skilið en að hann eigi þar við hegðun sem alla jafna getur falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga sem bannar misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Er því ekki unnt að túlka efni tölvupóstsins öðruvísi en svo að forsvarsmenn Lyfja og heilsu hafi litið svo á að fyrirtækið væri markaðsráðandi á Akranesi enda er það í samræmi við upphaflegt sjónarmið fyrirtækisins í málinu um stöðu þess.<sup>123</sup>

Samkeppniseftirlitið bendir á að slíkar yfirlýsingar eins og þær sem fram koma í nefndum tölvupósti hafa í samkeppnisrétti þýðingu við mat á því hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði* og úrskurð áfryjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.<sup>124</sup> Er þetta viðhorf stjórnanda Lyfja og heilsu því til stuðnings því að félagið hafi verið í markaðsráðandi stöðu.

<sup>122</sup> Afritað tölvubréf Guðna B. Guðnasonar til Eysteins Arasonar lyfjastjóra Lyfja og heilsu, Jóns Þórðarsonar gæðastjóra fyrirtækisins og Gylfa Garðarssonar lyfsöluleyfshafa apóteks Lyfja og heilsu á Akranesi, dags. 13. ágúst 2007, kl. 19:18.

<sup>123</sup>Eftirfarandi kom fram í bréfi Lyfja og heilsu frá 8. október 2007: „Umbjóðandi okkar hefur starfað á markaðnum síðan 1. ágúst 2000 en Apótek Vesturlands frá því í lok júní 2007. Apótek Vesturlands var því nýtt fyrirtæki á markaðnum þegar meint háttsemi umbjóðanda okkar á að hafa byrjað. Þar sem umbjóðandi okkar var einn á markaðnum fram til þess tíma má gera ráð fyrir að hann hafi verið markaðsráðandi fram til þess.“

<sup>124</sup>Sjá t.d. O'Donoghue & Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, 2006 bls. 128: „The undertaking's own assessment of its position as evidenced by internal documentation may be taken into account when considering dominance.“ Sjá jafnframt Whish, *Competition Law*, 6. útgáfa 2009, bls.



## 2.7 Niðurstaða

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 var komist að þeirri niðurstöðu að Lyf og heilsa og Lyfja væru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu í smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu. Eins og rökstutt hefur verið áttu sér ekki stað neinar verulegar breytingar að þessu leyti á árinu 2007. Eins og fram hefur komið var sameiginleg markaðshlutdeild Lyfja og heilsu og Lyfju þar [75]% á árinu 2007. Þá telur Samkeppniseftirlitið að aðrar forsendur sem lágu til grundvallar umræddum úrskurði áfrýjunarnefndar hafi einnig verið fyrir hendi á árinu 2007. Í ljósi þessa er það mat eftirlitsins að Lyf og heilsa og Lyfja hafi verið í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu í smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu á árinu 2007 þegar atvik þessa máls áttu sér stað. Þá er það einnig ljóst að Lyf og heilsa voru á þessum tíma í yfirburðastöðu á ýmsum smásölumörkuðum lyfja á landsbyggðinni, sbr. umfjöllun hér að framan.

Með vísan til alls framangreinds er það mat Samkeppniseftirlitsins að Lyf og heilsa hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir smásölu lyfja á Akranesi þegar atvik þessa máls áttu sér stað. Þó markaðshlutdeild félagsins á skilgreindum markaði veiti ein og sér ekki skýra vísbendingu um markaðsyfirráð er það að mati eftirlitsins ótvírætt að önnur atriði sem hér hefur verið fjallað um og hafa einnig verulega þýðingu við mat á markaðsráðandi stöðu geri það. Hér skiptir miklu hinn mikli fjárhagslegi styrkur sem Lyf og heilsa og sú samstæða sem fyrirtækið tilheyrði bjó yfir á þeim tíma sem atvik þessa máls áttu sér stað, auk annarra yfirburða sem reifaðir hafa verið. Höfðu Lyf og heilsa að þessu leyti mikla yfirburði gagnvart Apóteki Vesturlands.<sup>125</sup>

Lyfjum og heilsu var þetta ljóst og töldu þennan keppinaut fjárhagslega veikburða, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir. Í þessu samhengi skipta sameiginleg yfirráð Lyfja og heilsu og Lyfju á markaðnum fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu einnig miklu máli en sá markaður er nátengdur þeim sem er á Akranesi. Einnig hefur þýðingu að félagið sjálft taldi sig vera í markaðsráðandi stöðu á Akranesi. Loks má benda á samkeppnislega háttsemi Lyfja og heilsu í aðdraganda þess að Apótek Vesturlands tók til starfa og fyrst eftir innkomu þess á markaðinn, sem vísbendingu um markaðsstöðu fyrirtækisins á umræddum tíma. Í þeirri háttsemi fólst m.a. að Lyf og heilsa voru tilbúin að þola tap á rekstri lyfjaverslunar sinnar á Akranesi í því skyni að ná fram samkeppnishamlandi markmiðum sínum. Ljóst er í samkeppnisrétti að háttsemi fyrirtækis á markaði getur verið vísbending um markaðsráðandi stöðu þess.<sup>126</sup> Verður háttseminni gerð nánari skil í næsta kafla.

183. Sjá einnig dóm breska áfrýjunardómstólsins í samkeppnismálum (Competition Appeal Tribunal) í máli nr. 1005/1/1/01 *Aberdeen Journals v Director General of Fair Trading* [2002] CAT 4.

<sup>125</sup> Líta má til sjónarmiða sem sett hafa verið fram í fræðilegri umræðu um samkeppnisrétt. Þannig hefur Helga Melkorka Óttarsdóttir hdl. bent á að miklir fjárhagslegir yfirburðir fyrirtækis geti leitt til þeirrar niðurstöðu að fyrirtækið sé markaðsráðandi jafnvel þó það sé ekki með hæstu markaðshlutdeildina. Í þessu sambandi má vísa til fréttar á mbl.is frá 13. október 2009 þar sem fjallað var um yfirtökur banka á gjaldþrota fyrirtækjum en þar er eftirfarandi haft eftir lögmanninum: „*Helga Melkorka Óttarsdóttir, lögmaður hjá Logos sagði mörg fyrirtæki öðlast forskot þegar bankar tækju þau yfir, „Má telja að það fyrirtæki teljist í markaðsráðandi stöðu með þetta forskot, jafnvel þótt það sé ekki með mestu markaðshlutdeildina,“ sagði Helga. Þetta væri nokkuð sem yrði að huga mjög vel að. „Viðkomandi fyrirtæki þarf þá að passa að misnota ekki þessa markaðsráðandi stöðu,“ bætti hún við.*“ Sjá mbl.is „*Ríkið óheft í samkeppni*“ frá 13. október 2009.

<sup>126</sup> Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 20. júní 2001 í Michelin II málinu (mál nr. Comp/36.041): „*The business practice of granting a wide range of loyalty rebates that are paid very*



### 2.7.1 Um önnur sjónarmið Lyfja og heilsu

Í umfjöllun Lyfja og heilsu um markaðshlutdeild kemur fram það mat að aðeins tvö fyrirtæki starfi á hinum skilgreinda markaði, Lyf og heilsa og Apótek Vesturlands. Áður en Apótek Vesturlands tók til starfa hafi Lyf og heilsa verið eina fyrirtækið á markaðnum. Hinn nýi aðili hafi hins vegar á mjög skömmum tíma náð verulegri markaðshlutdeild. Í því sambandi er nefnt sem dæmi að þann 1. júlí 2007 hafi markaðshlutdeild Lyfja og heilsu á Akranesi verið komin niður í 83,1% og mánuði síðar niður í 58,7%. Þann 14. september 2007, eða sama dag og húsleit Samkeppniseftirlitsins var framkvæmd, þá hafi hlutdeild félagsins verið komin niður í 51,1%. Með framangreindar tölur í huga sé erfitt að halda því fram að félagið geti starfað án þess að taka tillit til keppinauta sinna. Það sé auðséð að mikil samkeppni hafi verið til staðar á markaðnum eftir innkomu Apóteks Vesturlands.

Vísað er til þess að Apótek Vesturlands hafi á skömmum tíma náð verulegri markaðshlutdeild og með það í huga sé ekki unnt að skilgreina Lyf og heilsu sem markaðsráðandi í því máli sem hér er til umfjöllunar. Í því sambandi er vísað til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 8/2003 *Erindi Refund á Íslandi ehf. vegna misnotkunar Global Refund á Íslandi hf. á markaðsráðandi stöðu sinni og óréttmætra viðskiptahátta*. Þar hafi verið um það að ræða að nýr aðili, Refund á Íslandi, hafi komið inn á markað, þar sem fyrir hendi hafi einungis verið einn aðili, Global Refund á Íslandi, og á skömmum tíma hafi Refund á Íslandi náð verulegri markaðshlutdeild eða um 40-50%. Framangreint hafi leitt til þess að ekki hafi verið unnt að skilgreina þann aðila sem fyrir var á markaðnum, Global Refund á Íslandi, sem markaðsráðandi.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að aðstæður í því máli sem hér um ræðir séu sambærilegar og í því máli sem fjallað var um í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2003 *Refund á Íslandi ehf. gegn samkeppnisráði*. Þó bæði málin eigi sér hliðstæðu að því leyti að nýr aðili hafi komið inn á markað og náð þar talsverðri markaðshlutdeild er ljóst sem fyrr segir að önnur atriði á borð við markaðsyfirráð á nátengdum landfræðilegum markaði, fjárhagslegir yfirburðir hér á landi o.fl. sýna ótvírætt fram á markaðsráðandi stöðu. Sterk staða á tengdum mörkuðum hér á landi getur því haft talsverð áhrif, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

---

*late is also a clear indication of Michelin's dominant position. ... This practice will be examined in more detail later from the point of view of its being such as to constitute an abuse in itself. However, it is appropriate to mention it here as evidence of the dominant position. In its judgment in Case 27/76 United Brands v Commission the Court stressed the need, in order to determine whether a company is in a dominant position, to analyse the competitive situation on the relevant market, specifying that 'in doing so it may be advisable to take account if need be of the facts put forward as acts amounting to abuses without necessarily having to acknowledge that they are abuses'.*



### III. Brot Lyfja og heilsu á 11. gr. samkeppnislaga

Í máli þessu er til skoðunar hvort Lyf og heilsa hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem beindust gegn innkomu Apóteks Vesturlands á markaðinn fyrir smásölu lyfja á Akranesi.

Samkeppniseftirlitið framkvæmdi húsleit á skrifstofum Lyfja og heilsu og í lyfjaverslun félagsins á Akranesi þann 14. september 2007. Verður gerð grein fyrir hluta þeirra gagna sem þar var lagt hald á. Að mati Samkeppniseftirlitsins gefa þau til kynna að Lyf og heilsa hafi gripið til aðgerða sem miðuðu að því að takmarka eða eyða samkeppni frá hinum nýja keppinauti fyrirtækisins á Akranesi. Gögnin sýna að forsvarsmenn Lyfja og heilsu hafi undirbúið og sett í framkvæmd áætlun sem hafði það að markmiði að ganga svo nærri keppinauti félagsins að hann mundi veikjast eða hrökklast út af markaðnum. Áður en vikið er að þessu þykir rétt að fjalla um nokkur almenn atriði sem tengjast túlkun á banni 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

#### 1. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga

Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu þess. Ákvæðið er byggt á 54. gr. EES-samningsins og við túlkun þess er almennt rétt að hafa einnig hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *HF. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Túlka ber ákvæðið í tengslum við íslenskt lagaumhverfi og með hliðsjón af markaðsaðstæðum hér á landi. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga hljóðar svo:

- „Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu er bönnuð. Misnotkun skv. 1. mgr. getur m.a. fallist í því að:*
- a. beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir,*
  - b. settar séu takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun, neytendum til tjóns,*
  - c. viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt,*
  - d. sett sé það skilyrði fyrir samningagerð að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju.“*

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur, sem staðfestur var með vísan til forsendna af Hæstarétti Íslands í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, segir:

*„Skilgreina verður hverju sinni hvort um misnotkun er að ræða á markaðsráðandi stöðu sem er bönnuð samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga, en í lagagreininni kemur ekki fram tæmandi talning á því hvað teljist misnotkun, eins og réttilega kemur fram í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar.“*



Í samkeppnisrétti er talið að misnotkun sé hlutlægt hugtak sem vísar til hegðunar markaðsráðandi fyrirtækis sem er til þess fallin að hafa áhrif á gerð tiltekins markaðar þar sem samkeppni er þegar takmörkuð vegna þess að á markaðnum er fyrir hendi markaðsráðandi fyrirtæki. Hegðunin felst í aðgerðum sem ekki geta talist til eðlilegrar samkeppni (e. *normal competition*) í skilningi samkeppnisréttarins. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurlflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segir þannig:

*„Verður almennt talið að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki beita aðferðum á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma eðlilegri samkeppni og hindra hana eða vöxt hennar. Af framangreindu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki má ekki grípa til neinna aðgerða sem veikt geta keppinauta þess og þar með styrkt markaðsráðandi stöðu sína nema aðgerðirnar helgist af samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins.“*

Samkvæmt þessu er markaðsráðandi fyrirtæki óheimilt að bæta stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins (e. *competition on the merits*). Hér má einnig vísa til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003, 4/2007, 3/2008 og dóma dómstóla EB.<sup>127</sup>

Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðri heldur en almennt er heimilt í viðskiptum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2009 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.<sup>128</sup> Hugtakið eðlileg samkeppni í framangreindum skilningi hefur því þengri merkingu en sú samkeppni sem fyrirtæki geta stundað sem ekki eru í ráðandi stöðu.<sup>129</sup> Markaðsráðandi fyrirtæki er þannig ekki heimilt að keppa í verði nema sú samkeppni byggist á eðlilegum

<sup>127</sup> Í dómi undirréttar EB í máli nr. í máli nr. T-301/04 *Clearstream Banking AG v Commission* [2009] 5 CMLR 24 er dómfrákvæmdin að þessu leyti dregin saman með eftirfarandi hætti: „According to settled case-law, the concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing on the market or the growth of that competition.“ Sjá einnig dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969: „Article 86 of the Treaty prohibits a dominant undertaking from eliminating a competitor and thereby reinforcing its position by having recourse to means other than those within the scope of competition on the merits. From that point of view, not all competition on price can be regarded as legitimate ...“

<sup>128</sup> Úrskurður áfrýjunarnefndar var staðfestur með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 19. febrúar 2010 í máli nr. E-7649/2009.

<sup>129</sup> Sjá hér t.d. John Ratliff, Abuse of Dominant Position and Pricing Practices- A Practitioner's Viewpoint. Birt m.a. í: Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasio: *European Competition Law Annual 2003 - What Is An Abuse of A Dominant Position?:* „... the focus in the definition of abuse on the term „normal competition“ can be difficult for some. Many companies argue that all they are doing is competing as hard as they can and that all the methods they use to that end are „normal competition“. They do not readily accept the narrower definition of „competition by trading performance“, which is permitted for the dominant. Often therefore we have to explain that, even though there may be types of competition which appear normal, nevertheless, the dominant company may not use them because of their perceived effects on the „weakened“ competition in the market.“



efnahagslegum grunni.<sup>130</sup> Það getur því verið ólöglegt fyrir markaðsráðandi fyrirtæki að grípa til ráðstafana sem almennt þykja sjálfsagðar á samkeppnismarkaði, eins og t.d. að bjóða viðskiptavinum smærri keppinautar lægra verð.<sup>131</sup> Þessi regla helgast af þeirri ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum.<sup>132</sup>

Í hinni ríku skyldu sem hvílir í samkeppnisrétti á markaðsráðandi fyrirtækjum felst að þau mega ekki grípa til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni, sbr. m.a. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17–18/2003 og 4/2007.<sup>133</sup> Þessi sérstaka skylda helgast m.a. af þeirri staðreynd að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis. Sökum efnahagslegs styrks markaðsráðandi fyrirtækja geta tilteknað aðgerðir þeirra haft skaðleg áhrif á samkeppni og hagsmuni viðskiptavina og neytenda. Umfang hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að raska ekki samkeppni ræðst af atvikum í hverju máli fyrir sig.<sup>134</sup> Við nánari skilgreiningu á umræddri skyldu ber að líta til ákvæðis 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt því skal markmiði laganna náð með því að:

- vinna gegn óhæfilegum hindrunum og takmörkunum á frelsi í atvinnurekstri,
- vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum,
- auðvelda aðgang nýrra samkeppnisaðila að markaðnum.

Má telja að skyldur fyrirtækja nái m.a. til þess að vinna ekki gegn framangreindum markmiðum samkeppnislaga, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006. Þá ber að horfa til þess að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geta að öðru jöfnu verið þeim mun ríkari sem staða

---

<sup>130</sup> Sjá t.d. Dr. Hans-Georg Kamann og Ellen Bergman, *The Granting of Rebates by Market Dominant undertakings under Article 82 of the EC Treaty*, [2005] ECLR 83. „A market dominant undertaking is not allowed to take recourse to price and rebate methods which do not constitute normal means of efficiency competition. Such methods would constitute an abuse under Article 82. EC. “

<sup>131</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. í máli nr. T-301/04 *Clearstream Banking AG v Commission* [2009] 5 CMLR 24: „It therefore follows from the nature of the obligations imposed by Article 82 EC that, in specific circumstances, undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings.“ Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 15. júní 2005 í máli nr. COMP/A.37.507 *AstraZeneca*: „...conduct which may be permissible in a normal competitive situation may amount to an abuse if carried out by dominant firms.“

<sup>132</sup> Sjá t.d. Ritter og Braun, *European Competition Law*, þriðja útgáfa (2004) bls. 423: „While some kinds of conduct, such as excessive pricing, are easier to practice for a firm in a dominant position, others may be not only perfectly compatible with but indeed a normal expression of competition, such as undercutting a competitors’ prices in order to win customers from it and gain market share. However, such conduct may become abusive if engaged in by a dominant enterprise with the effect of appreciably restricting or distorting competition in the marketplace. This is not to be seen as penalizing the dominant firm for the superior quality of its product which may have contributed to its achieving dominance, but merely reflects the special responsibility incumbent on it not to reduce competition on the market even further from the reduced level remaining, as a result of its position of dominance.“

<sup>133</sup> Sjá einnig dóm dómstóls EB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461. Sjá einnig dóm undirréttar EB í máli nr. T-203/01 *Michelin v. Commission* [2003] ECR II-4071: „... whilst the finding that a dominant position exists does not in itself imply any reproach to the undertaking concerned, it has a special responsibility, irrespective of the causes of that position, not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market ...“

<sup>134</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-333/94P *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.



þeirra á markaðnum er sterkari enda má ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi meira, sbr. nefnda úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 17-18/2003 og 4/2007. Þá ber að hafa í huga að það hefur þýðingu varðandi skyldur markaðsráðandi fyrirtækis hvort keppinautur þess er veikburða eða öflugur. Kemur þetta fram í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*:

*„Hafa ber í huga að styrkur samkeppnisaðila skiptir máli þegar mörk leyfilegra aðgerða hins markaðsráðandi fyrirtækis eru metin. Ástæðan er sú að meira þarf að öllum jafnaði til að koma til þess að ryðja sterkum samkeppnisaðila af markaðinum eða veikja hann verulega.“*

Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu.<sup>135</sup> Misnotkunin getur einnig verið fölgín í því að vinna gegn framangreindum markmiðum samkeppnislaga ef slíkar aðgerðir byggja ekki á eðlilegum samkeppnislegum forsendum. Misnotkunin þarf því ekki að felast í því að hinni markaðsráðandi stöðu sé beitt eða að misnotkunin byggji á hinum efnahagslega styrkleika sem felst í markaðsráðandi stöðu.<sup>136</sup> Kjarni þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raskar samkeppni er að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að hamla þeirri takmörkuðu samkeppni sem er á markaðnum eða hindra vöxt hennar.<sup>137</sup> Markaðsráðandi fyrirtæki mega þannig ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja stöðu sína á markaðnum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í málum nr. 17-18/2003.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 8/2008 kom fram að sú „staðreynd að misnotkun hafi verið beitt af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sé nægjanleg til að aðferðin teljist ólögmæt. Í þessu felst að það er ekki skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkun hafi tiltekin áhrif eða að ákveðinn skilgreindur tilgangur hafi verið með aðgerðunum“, sbr. einnig úrskurði nefndarinnar í málum t.d. nr. 4/2006 og 4/2007. Samkvæmt þessu er brot á 11. gr. ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni eða ásetning til þess að raska samkeppni.<sup>138</sup> Af þessu leiðir einnig að ekki skiptir t.d. máli þó markaðshlutdeild hins markaðsráðandi

<sup>135</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 15. júní 2005 í máli nr. COMP/A.37.507 *AstraZeneca*: „... the Court of Justice has held that the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under Article 82 of the Treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, and even irrespective of any fault.“

<sup>136</sup> Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215: Í málinu benti dómstóllinn á þetta: „Such being the meaning and the scope of article 86 of the EEC treaty, the question of the link of causality ... between the dominant position and its abuse, is of no consequence, for the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under article 86 of the treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, ...“

<sup>137</sup> Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.

<sup>138</sup> Er þetta sama túlkun og gildir í EES/EB-samkeppnisrétti. Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-212/99 *British Airways v Commission* [2003] ECR II-5917: „...for the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC, it is not necessary to demonstrate that the abuse in question had a concrete effect on the markets concerned.“ Þessi dómur undirréttarins var staðfestur með dómi dómstól EB frá 15. mars 2007 í máli nr. C-95/04P. Sjá einnig dóm undirréttar EB í máli nr. í máli nr. T-301/04 *Clearstream Banking AG v Commission* [2009] 5 CMLR 24: „... the conduct of an undertaking in a dominant position may be regarded as an abuse within the meaning of Article 82 EC even in the absence of any fault“





fyrirtækis minnki eða verð þess hafi lækkað á því tímabili sem misnotkun átti sér stað.<sup>139</sup>

Þrátt fyrir að ekki þurfi að sýna fram á tilgang eða ásetning markaðsráðandi fyrirtækis geta gögn um slíkt haft áhrif í málum sem varða beitingu 11. gr. samkeppnislaga. Ef sannaður er samkeppnishamlandi tilgangur markaðsráðandi fyrirtækis er að öðru jöfnu auðveldara að sýna fram á brot, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 segir um þetta að það leiði „af eðli máls að sannist að tilgangur markaðsráðandi fyrirtækis hafi verið að lækka verð til að koma keppinaut út af markaði telst slík aðgerð brjóta í bága við samkeppnislög.“ Áfrýjunarnefnd hefur einnig bent á að sértækar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis sem beinlínis beinast að keppinauti megi oft meta með svipuðum hætti, sbr. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 4/2007 og 3/2008. Eru samskonar sjónarmið lögð til grundvallar í EES/EB-samkeppnisrétti.<sup>140</sup> Dómstólar EB hafa þannig bent á að ef sýnt er fram á að tilgangur tiltekinna aðgerða er að minnka samkeppni geta þær talist ólögsmætar jafnvel þó að þessar sömu aðgerðir færu almennt séð ekki gegn 11. gr. samkeppnislaga.<sup>141</sup> Í þessu samhengi skiptir og máli að dómstólar EB hafa með skýrum hætti talið að ef markmið eða tilgangur aðgerða markaðsráðandi fyrirtækis er að raska samkeppni er um misnotkun að ræða.<sup>142</sup> Þannig er ljóst að ef gögn markaðsráðandi fyrirtækis gefa til kynna að tilgangur aðgerða sé að raska samkeppni getur fyrirtækið þegar af þeirri ástæðu ekki byggt á því að slíkar aðgerðir séu eðlileg samkeppni í skilningi samkeppnisréttarins.<sup>143</sup> Eðli málsins samkvæmt hafa trúverðug samtímagögn sem stafa frá stjórnendum viðkomandi fyrirtækja mikla þýðingu við mat á tilgangi aðgerða.<sup>144</sup>

Í þessu samhengi er einnig mikilvægt að hafa í huga að ef markaðsráðandi fyrirtæki hrindir í framkvæmd aðgerðum sem hafa það að markmiði að koma

<sup>139</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission* [2003] ECR II-4071: „*The applicant cannot base an argument on the fact that its market shares and prices fell during the period in question.*“ Sjá einnig dóm undirréttar EB í máli nr. 201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR-3601.

<sup>140</sup> Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, sjötta útgáfa 2008, bls. 950: „**Abusive Intent.** *Conduct that may be otherwise permissible even on the part of a dominant firm may be rendered abusive if its purpose is anti-competitive.*“

<sup>141</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-24/93 *Compagnie Maritime Belge v Commission* [1996] ECR II-2101: „... *it has been consistently held that whilst the fact that an undertaking is in a dominant position cannot deprive it of entitlement to protect its own commercial interests if they are attacked; and whilst such an undertaking must be allowed the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect those interests, such behaviour cannot be allowed if its real purpose is to strengthen this dominant position and thereby abuse it. ... Since the purpose of the practice was to remove their only competitor, the Court considers that the applicants cannot effectively argue that they merely reacted to an infringement by G & C of the monopoly legally granted to Cewal, compensated for discrimination which they suffered at the hands of Ogefrem, entered into a price war started by the competitor or even responded to expectations of their customers.*“

<sup>142</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission* [2003] ECR II-4071: „...*for the purposes of applying Article 82 EC, establishing the anti-competitive object and the anti-competitive effect are one and the same thing ... . If it is shown that the object pursued by the conduct of an undertaking in a dominant position is to limit competition, that conduct will also be liable to have such an effect.*“

<sup>143</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar í máli nr. T-111/96 *Promedia v Commission* [1998] ECR II-2937. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 15. júní 2005 í máli nr. COMP/A.37.507 *AstraZeneca*. Með vísan til dómaframkvæmdar dómstóla EB benti framkvæmdastjórnin á þetta: „*Conduct that may otherwise be permissible even on the part of a dominant undertaking may be rendered abusive if its purpose is anti-competitive, in particular if it is part of a plan to eliminate competition.*“

<sup>144</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*.



keppinanti út af markaðnum telst sú hegðun brot jafnvel þótt ætlunarverkið takist ekki.<sup>145</sup> Hafa ber í huga að t.d. inngrip samkeppnisyrvalda geta unnið gegn því að samkeppnishamlandi áætlun sé framkvæmd til fulls.

Undir vissum kringumstæðum geta markaðsráðandi fyrirtæki réttlætt aðgerðir sem ella myndu fara gegn 11. gr. samkeppnislaga, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008. Sönnunarbyrði um það hvílir á viðkomandi fyrirtæki.<sup>146</sup>

Mikilvægt er að hafa í huga að skylda markaðsráðandi fyrirtækja til að raska ekki samkeppni getur tekið til markaða þar sem viðkomandi fyrirtæki er ekki markaðsráðandi, sbr. t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 12/2000.<sup>147</sup> Leiðir þetta m.a. af þeirri staðreynd að ákvæði 11. gr. samkeppnislaga leggur bann við allri misnotkun á markaðsráðandi stöðu og er ekki tiltekið í ákvæðinu að bannið taki aðeins til þeirra markaða þar sem viðkomandi fyrirtæki er markaðsráðandi. Með vísan til dómafordæma dómstóls EB, þar sem komist hefur verið að þeirri niðurstöðu að um misnotkun hafi verið að ræða jafnvel þó fyrirtæki hafi ekki verið markaðsráðandi á þeim markaði sem misnotkunin átti sér stað, telur Samkeppniseftirlitið að um eftirfarandi afbrigði geti einkum verið að ræða:

- a) Misnotkun á sér stað á þeim markaði þar sem viðkomandi fyrirtæki er markaðsráðandi en áhrif brotsins koma fram á öðrum markaði þar sem fyrirtækið er ekki markaðsráðandi, sbr. t.d. mál Commercial Solvents gegn framkvæmdastjórn EB<sup>148</sup>
- b) Misnotkun á sér stað á markaði þar sem fyrirtæki er ekki markaðsráðandi og er ætlað að styrkja stöðu á markaðnum þar sem fyrirtækið er í

---

<sup>145</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969: „... where an undertaking in a dominant position actually implements a practice aimed at ousting a competitor, the fact that the result hoped for is not achieved is not sufficient to prevent that being an abuse of a dominant position within the meaning of Article 86 ...”. Sjá einnig dóm undirréttar EB í máli nr. T-219/99 *British Airways v Commission* [2004] ECR II-5917.

<sup>146</sup> Sjá dóm undirréttar EB í máli nr. 201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR-3601: „The Court notes, as a preliminary point, that although the burden of proof of the existence of the circumstances that constitute an infringement of Article 82 EC is borne by the Commission, it is for the dominant undertaking concerned, and not for the Commission, before the end of the administrative procedure, to raise any plea of objective justification and to support it with arguments and evidence. It then falls to the Commission, where it proposes to make a finding of an abuse of a dominant position, to show that the arguments and evidence relied on by the undertaking cannot prevail and, accordingly, that the justification put forward cannot be accepted.”

<sup>147</sup> Sjá einnig t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 13/2000 *Erindi Malbikunarstöðvarinnar Hlaðbær-Colas hf. um meinta undirverðlagningu Sementsverksmiðjunnar hf. á sementi til nota við stækkun flughlaða við Flugstöð Leifs Eiríkssonar*. Í þeirri ákvörðun segir: „Hér ber hins vegar að hafa í huga að skv. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 30/1997, Kvörtun Alnets yfir synjun um aðgang að gagnagrunni simaskrár Pósts og sima hf., hvílir rík skylda á markaðsráðandi fyrirtækjum að gæta þess að athafnir þeirra raski ekki samkeppni. Þessi skylda tekur jafnt til þess markaðar sem viðkomandi fyrirtæki er markaðsráðandi á og þeirra markaða sem eru í það nánnum tengslum við þann markað að unnt er að beita hinum efnahagslega styrk á þeim.” Sjá einnig dóm dómstóls EB í máli nr. C-333/94P *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951: „The Court of First Instance was therefore right in concluding from that case-law ... that it must reject the applicant's arguments to the effect that the Community judicature had ruled out any possibility of Article 86 applying to an act committed by an undertaking in a dominant position on a market distinct from the dominated market.” Sjá jafnframt Richard Whish, *Competition Law*, sjötta útgáfa 2009 bls. 203: „It is not necessary for the dominance, the abuse and the effects of the abuse all to be in the same market.”

<sup>148</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í sameinuðum málum nr. 6-7/73 *Commercial Solvents v Commission* [1974] ECR 223.



markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. mál British Gypsum gegn framkvæmdastjórninni.<sup>149</sup>

- c) Misnotkun á sér stað á markaði þar sem viðkomandi fyrirtæki er ekki markaðsráðandi en sá markaður er í nánnum tengslum við markaðinn þar sem fyrirtækið er ráðandi, sbr. t.d. Tetra Pak II málið.<sup>150</sup> Ólíkt tilvikinu í b. lið hér að framan er brotið ekki til þess fallið að hafa áhrif á markaðnum þar sem viðkomandi fyrirtæki er ráðandi.

Brot á 11. gr. samkeppnislaga geta falist í sértækum aðgerðum sem beint er gegn minni keppinauti á markaði. Einnig getur verið um brot að ræða ef markaðsráðandi fyrirtæki gerir einkakaupasamninga eða veitir afslætti sem ætlað er að skapa tryggð viðskiptavina. Vísast um þetta til t.d. úrskurðar áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008, sbr. einnig nánar hér á eftir.

### 1.1 Um sönnun

Í málum sem varða brot á bannreglum samkeppnislaga gildir meginreglan um frjálst mat sönnunargagna. Gera verður ríkar kröfur til sönnunargagna og mats á þeim þegar um verulega íþyngjandi stjórnvaldsákvæðanir er að ræða og gildir þetta í þeim tilvikum þegar stjórnvaldssektir eru lagðar á vegna brota á samkeppnislögum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008. Hafa ber hins vegar almennt í huga að ekki gilda sömu sönnunarkröfur í samkeppnismálum þar sem lagðar eru á stjórnvaldssektir og í refsimálum.<sup>151</sup>

Hér verður einnig almennt að líta til þess að gögn sem rituð eru á þeim tíma sem atvik gerðust og án tengsla við síðari rannsókn (*in tempore non suspecto*) hafa ríkt sönnunargildi, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 14/2001, 3/2004. Þetta eigi ekki síst við um tölvupósta og önnur gögn sem stafa frá stjórnendum eða millistjórnendum viðkomandi fyrirtækja, sbr. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 3/2008. Almennt er einnig unnt að gefa sér að þegar

<sup>149</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli C-310/93 *BPB Industries v Commission* [1995] I ECR 865. Í álitni Ruiz-Jarabo Colomer aðallögsögumanns við dómstól EB frá 27. júní 1996 í Tetra Pak málinu (mál nr. C-333/94P) er dregin þessi ályktun af dómum dómstóla EB í m.a. British Gypsum málinu: „*That case law extends the scope of Article 86 to cover any abusive commercial conduct having an effect on the dominated market, regardless of whether it takes place on a separate market.*”

<sup>150</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-333/94P, *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.

<sup>151</sup> Sjá hér t.d. skýrslu nefndar forsætisráðherra um viðurlög við efnahagsbrottum frá október 2006. (Birt á [www.forsaetisraduneyti.is](http://www.forsaetisraduneyti.is)) Á bls. 93-94 segir: „*Að mati nefndarinnar eru ýmsir kostir fólgnir í því að reka mál vegna brota fyrirtækja á samkeppnislögum sem stjórnsýslumál. Sönnunarkröfur eru ekki jafn strangar í stjórnsýslumálum og í refsimálum sem leiðir til þess að auðveldara er að uppræta samráð fyrirtækja í stjórnsýslumáli. Er mikilvægt að þetta hagræði sé nýtt til þess að vinna gegn ólögmætu samráði og því efnahagslegu tjóni sem leiðir af slíkri háttsemi. Ekki fæst séð að ákvæði Mannréttindasáttmála Evrópu valdi hér vandkvæðum. Að mati nefndarinnar gera ákvæði 6. gr. Mannréttindasáttmálans ekki sérstakar kröfur um styrk sönnunar í málum sem falla undir ákvæðið. Telur nefndin ekki sjálfgefið að réttarstaða fyrirtækja eigi að öllu leyti að vera sú sama og einstaklinga.*” Samskonar sjónarmið hafa komið fram í norskum samkeppnisrétti: Sjá t.d. tilkynningu ráðuneytis samkeppnismála frá 30. desember 2004: dags. 5.3.2004 vegna gildistöku nýrra norskra samkeppnislaga. Þar segir m.a. þetta: „*Høyere overtredelsesgebyr. Regjeringen foreslår at det innføres et nytt sivillrettslig sanksjonsmiddel, overtredelsesgebyr. Det er Konkurransetilsynet som skal illegge gebyr når ett eller flere foretak har overtrådt forbudene i loven. Beviskravet ved overtredelsesgebyr er lavere enn ved illeggelse av foretaksstraff. Det vil derfor bli lettere å reagere på overtredelser av loven og reaksjonen vil komme raskere fordi det ikke lenger er nødvendig å anmelde forholdet til påtalemyndighetene. En part som er ilagt overtredelsesgebyr kan få vedtaket prøvet ved domstolene. Regjeringen foreslår at størrelsen på et overtredelsesgebyr skal være vesentlig større enn de bøtene som i dag illegges. EU-kommisjonens reaksjoner på overtredelser vil være en målestokk for de norske overtredelsesgebyrene. I tillegg blir de nåværende regler om personlig straffansvar og foretaksstraff opprettholdt.*”



fyrirtæki fela stjórnendum að rita minnisblöð séu valdir starfsmenn til verksins sem séu færir um að gera slíkt með fullnægjandi hætti. Með sama hætti verður að taka alvarlega trúverðug ummæli stjórnenda um málefni sem tengjast rekstri fyrirtækja þeirra.<sup>152</sup>

Varðandi sönnun í þessu máli verður einnig að líta til eftirfarandi sem fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008:

*„Þótt gerðar séu ríkar kröfur til sönnunar og sönnunarmats í samkeppnismálum við álagningu stjórnvaldssekta hafa þau þó nokkra sérstöðu varðandi sönnun og sönnunarmat sem m.a. kemur fram í málum um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Sérstaða felst í því að hegðun fyrirtækja og stjórnenda þeirra á tilteknum markaði getur, á grundvelli reynslulögmála, ein sér gefið sterkar vísbendingar um ólögmett atferli. Þannig geta aðgerðaráætlanir og ráðstafanir markaðsráðandi fyrirtækis gegn samkeppnisaðilum, sem haldið er leyndum, veitt slíkar líkur.“*

Í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008 er einnig bent á að fákeppnisstaða geti í sumum tilvikum verið fullnægjandi skýring á tiltekinni markaðshegðun.

#### 1.2 Um sjónarmið Lyfja og heilsu varðandi túlkun á 11. gr. samkeppnislaga og sönnun

Lyf og heilsa vísa til leiðbeininga framkvæmdastjórnar EB frá febrúar 2009. Því er haldið fram að með þessum leiðbeiningum sé tekið undir þá gagnrýni að samkeppnisreglum hafi verið beitt með of forbundnum hætti. Þess í stað verði að meta áhrif af háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis og það hafi Samkeppniseftirlitið ekki gert.

Án tillits til þess hvort túlkun Lyfja og heilsu á umræddum leiðbeiningum er rétt eða ekki ber að hafa í huga að þær fela í sér lýsingu á því hvernig framkvæmdastjórn EB hyggst forgangsraða í framkvæmd hennar á banni við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.<sup>153</sup> Er tekið sérstaklega fram að leiðbeiningunum sé ekki ætlað að fela í sér lýsingu á gildandi rétti.<sup>154</sup> Í máli þessu er lögð til grundvallar sú regla sem staðfest hefur verið bæði af áfrýjunarnefnd og dómstólum að brot á 11. gr. sé ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.<sup>155</sup>

<sup>152</sup> Sjá hér t.d. sameinað álit Vesterdorf aðallögsögumanns undirréttar EB í máli nr. m.a. T-7/89, *Hercules v. Commission* [1992] ECR II-1711.

<sup>153</sup> Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 2009/C 45/02. Í II. kafla er tilgangi leiðbeininganna lýst: „*This document sets out the enforcement priorities that will guide the Commission's action in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant undertakings.*“

<sup>154</sup> „*This document is not intended to constitute a statement of the law and is without prejudice to the interpretation of Article 82 by the Court of Justice or the Court of First Instance of the European Communities.*“

<sup>155</sup> Hið sama hefur ítrekað komið fram af hálfu dómstóla EB, síðast í dómi undirréttar EB sem kveðinn var upp 9. september 2009 í máli nr. T-301/04 *Clearstream Banking AG v Commission* [2009] 5 CMLR



Í athugasemdum Lyfja og heilsu segir einnig að það sé „einkennileg kenning“ að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geti tekið til annarra markaða en þeirra þar sem þau eru markaðsráðandi. Misnotkunin geti eðli málsins samkvæmt einungis tekið til þess markaðar þar sem fyrirtækið sé markaðsráðandi. Komi þetta hins vegar til skoðunar sé þó mikilvægt að gera greinarmun á því hvort þau fyrirtæki sem um ræði séu í markaðsráðandi stöðu eða yfirburðastöðu en tilvitnanir Samkeppniseftirlitsins í dóma dómstóls EB eigi einungis við fyrirtæki í yfirburðastöðu. Varðandi það að misnotkun eigi sér stað á þeim markaði þar sem viðkomandi fyrirtæki er markaðsráðandi en áhrif brotsins koma fram á öðrum markaði þar sem fyrirtækið er ekki markaðsráðandi þá sé ekki unnt að draga almennt viðurkennda reglu af Commercial Solvent málinu líkt og Samkeppniseftirlitið geri. Hið sama eigi við varðandi þá stöðu þegar misnotkun eigi sér stað á markaði þar sem fyrirtæki sé ekki markaðsráðandi og sé ætlað að styrkja stöðu á markaðnum þar sem fyrirtækið sé í markaðsráðandi stöðu. Ekki sé heldur unnt að draga almenna reglu af British Gypsum málinu.

Samkeppniseftirlitið telur að þessi sjónarmið Lyfja og heilsu fái ekki staðist. Má í því sambandi vísa til álits Ruiz-Jarabo Colomer aðallögsögumanns við dómstól EB í Tetra Pak málinu. Ljóst er af álitinu að engin krafa er gerð um að viðkomandi fyrirtæki sé í yfirburðastöðu og dregnar eru almennar ályktanir af umræddum dómum í Commercial Solvent og British Gypsum málunum.<sup>156</sup> Þetta er síðan staðfest í dómi dómstóls EB í málinu.<sup>157</sup> Einnig má hér vísa til dóms undirréttar EB í Aéroports de Paris málinu.<sup>158</sup>

Varðandi þá aðstöðu þegar misnotkun á sér stað á markaði þar sem viðkomandi fyrirtæki er ekki markaðsráðandi, en sá markaður er í nánum tengslum við

---

24: „The effect referred to in the case-law cited in paragraph 140 above does not necessarily relate to the actual effect of the abusive conduct complained of.”

<sup>156</sup> Mál nr. C-333/94P *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951. Í álit aðallögsögumannsins segir: „In light of the Community case law, it is possible to identify the following categories of relationship between the dominant position and the abuse:

- (a) the dominant position and the abuse are confined to the same market;
- (b) the abuse takes place on the dominated market but its effects are felt on another market on which the undertaking does not hold a dominant position;
- (c) the abuse is committed on a market on which the undertaking does not hold a dominant position in order to strengthen its position on the dominated market;
- (d) ...

It is possible to apply Article 86 in the first three categories, which have been covered by the case law of the Court of Justice...“ Í málsgrein 44 í álit aðallögsögumannsins er síðan vísað m.a. dóms dómstóls EB í Commercial Solvents til stuðnings reglunni í lið b lið hér að framan. Í málsgrein 45 í álitinu er vísað m.a. til dóms undirréttar EB í British Gypsum málinu til stuðnings reglunni í lið c hér að framan. Um þá reglu segir einnig í álitinu: „That case law extends the scope of Article 86 to cover any abusive commercial conduct having an effect on the dominated market, regardless of whether it takes place on a separate market.”

<sup>157</sup> Í dómi dómstóls EB er í málsgrein 25 vísað til m.a. framangreindra mála og því sjónarmiði Tetra Pak hafnað að bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu geti ekki tekið til markaða þar sem viðkomandi fyrirtæki er ekki markaðsráðandi: „The Court of First Instance was therefore right in concluding from that case-law ... that it must reject the applicant's arguments to the effect that the Community judicature had ruled out any possibility of Article 86 applying to an act committed by an undertaking in a dominant position on a market distinct from the dominated market.”

<sup>158</sup> Dómur frá 12. desember 2000 í máli nr. T/128/98: „The Court of Justice quite clearly stated in Case C-333/94 P *Tetra Pak v Commission*, cited above (paragraph 25), that Commercial Solvents v Commission, cited above, and CBEM v CLT and IPB, cited above, provide examples of abuses having effects on markets other than the dominated markets. There is no doubt, therefore, that an abuse of a dominant position on one market may be censured because of effects which it produces on another market.”



markaðinn þar sem fyrirtækið er ráðandi, telja Lyf og heilsa að dómur dómstóls EB í máli Tetra Pak feli í sér „sérstaka undantekningu sem á aðeins við þegar málsatvik eru með sérstökum hætti“ eins og hafi verið í því máli. Að mati Lyfja og heilsu megi draga þá ályktun af dóminum að fjögur skilyrði þurfi að vera fyrir hendi til þess að háttsemi á tengdum markaði geti farið gegn 82. gr. Rómarsáttmálans. Í fyrsta lagi að fyrirtækið sé með leiðandi stöðu á hinum tengda markaði. Í öðru lagi að leiðandi staða á hinum tengda markaði sé afleiðing af markaðsráðandi stöðu á aðal markaðnum. Í þriðja lagi að viðskiptavinir fyrirtækisins á aðal markaðnum séu einnig mögulegir viðskiptavinir á tengda markaðnum. Í fjórða og síðasta lagi að keppinautarnir séu starfandi á báðum mörkuðunum.

Samkeppniseftirlitið bendir hér á að fyrir dómstóli EB hélt Tetra Pak því fram að óheimilt hafi verið að beita 86. gr. Rs. (síðar 82. gr., nú 102 gr.) vegna aðgerða á markaði þar sem fyrirtækið hafi ekki verið markaðsráðandi og þær hafi ekki verið til þess fallnar að styrkja stöðu þess á markaðnum þar sem það hafi verið markaðsráðandi.<sup>159</sup> Dómstóll EB benti hins vegar á að ekki komi fram í umræddu ákvæði á hvaða markaði bannað sé að misnota markaðsráðandi stöðu. Því hafi það verið rétt hjá undirrétti EB að líta svo á að skoða verði gildissvið þeirrar skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum eftir atvikum hverju sinni.<sup>160</sup> Dómstóllinn taldi einnig að beiting ákvæðisins geri ráð fyrir tengslum milli markaðsráðandi stöðu og hegðunar sem geti falið í sér misnotkun. Í þeim tilvikum þegar um er ræða aðgerðir á tengdum markaði, þar sem viðkomandi fyrirtæki er ekki markaðsráðandi, og aðgerðirnar eru til þess fallnar að hafa áhrif aðeins á þeim markaði sé einungis unnt að beita banni við misnotkun á markaðsráðandi stöðu þegar sérstakar kringumstæður réttlæti það.<sup>161</sup> Slíkar sérstakar kringumstæður leiða til þess að viðkomandi markaðsráðandi fyrirtæki hefur ákveðið frelsi til athafna (e. freedom of conduct) á markaði þar sem það er ekki markaðsráðandi sem önnur fyrirtæki á þeim markaði búa ekki yfir.<sup>162</sup> Það stenst ekki hjá Lyfjum og heilsu að það séu aðeins þær kringumstæður sem voru fyrir hendi í Tetra Pak málinu sem leitt geta til þessarar niðurstöðu heldur eru það hvers konar sérstakar kringumstæður (sem varða tengda markaði) sem koma til

<sup>159</sup> Mál nr. C-333/94P *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951: „In *Tetra Pak's* submission, the case-law cited by the Court of First Instance at paragraphs 114 and 115 of its judgment does not justify the conclusion that conduct on a market other than the dominated market, which is not intended to reinforce the position on the dominated market, is covered by Article 86. *Tetra Pak* maintains that such a conclusion cannot even be justified by the associative links between the various markets found by the Commission and the Court of First Instance.”

<sup>160</sup> „It must first be stressed that there can be no question of challenging the Court of First Instance's assessment, at paragraph 113 of its judgment, that Article 86 gives no explicit guidance as to the requirements relating to where on the product market the abuse took place. That Court was therefore correct in stating, at paragraph 115, that the actual scope of the special responsibility imposed on a dominant undertaking must be considered in the light of the specific circumstances of each case which show a weakened competitive situation.”

<sup>161</sup> „It is true that application of Article 86 presupposes a link between the dominant position and the alleged abusive conduct, which is normally not present where conduct on a market distinct from the dominated market produces effects on that distinct market. In the case of distinct, but associated, markets, as in the present case, application of Article 86 to conduct found on the associated, non-dominated, market and having effects on that associated market can only be justified by special circumstances.”

<sup>162</sup> „The circumstances thus described, taken together and not separately, justified the Court of First Instance, without any need to show that the undertaking was dominant on the non-aseptic markets, in finding that *Tetra Pak* enjoyed freedom of conduct compared with the other economic operators on those markets.”



greina svo fremi sem þær skapa umrætt frelsi til athafna.<sup>163</sup> Þá er einnig ljóst að það ræðst af atvikum hverju sinni hvað teljast vera tengdir markaðir í framangreindum skilningi.<sup>164</sup> Í undantekningartilvikum getur sú staðreynd ein að fyrirtæki býr yfir efnahagslegum styrkleika á tilteknum markaði dugað til þess að skapa því umrætt frelsi á aðliggjandi markaði.<sup>165</sup>

Af hálfu Lyfja og heilsu eru láttnar í ljós efasemdir um að tölvupóstar starfsmanna fyrirtækisins sem afritaðir voru við hútleit séu áreiðanleg sönnunargögn. Þannig hafi starfsmennirnir ekki verið eiðsvarnir þegar tölvupóstarnir voru sendir auk þess sem tölvupóstsamskipti séu oft óformleg og feli ekki í sér endanlega ákvörðun um málefni heldur frekar tillögur til umræðu.

Hér ber að árétta að gögn sem rituð eru á þeim tíma sem atvik gerðust og án tengsla við síðari rannsókn hafa ríkt sönnunargildi, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004. Á þetta ekki síst við um tölvupósta og önnur gögn sem stafa frá stjórnendum eða millistjórnendum viðkomandi fyrirtækja, sbr. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 3/2008. Samkeppniseftirlitið telur afrituð gögn frá Lyfjum og heilsu, sem stuðst er við í þessu máli, vera áreiðanleg samtímagögn. Umrædd gögn eru skýr eins og nánar verður vikið að síðar í ákvörðun þessari. Þannig liggja m.a. fyrir tölvupóstsamskipti sem sýna skýran ásetning forsvarsmanna Lyfja og heilsu (þ.m.t. framkvæmdastjóra fyrirtækisins) um að hindra það að Apótek Vesturlands næði að hasla sér völl á Akranesi. Lyf og heilsa hafa ekki í sínum athugasemdum í málinu dregið í efa tilvist þeirra tölvupósta sem byggt er á í málinu og afritaðir hafa verið af póstpjónum fyrirtækisins. Af þessum ástæðum er ekki unnt að fallast á það almenna sjónarmið fyrirtækisins að tölvupóstarnir hafi ekki sönnunargildi. Vikið verður að einstökum tölvugögnum hér á eftir.

## 2. Lyf og heilsa og 11. gr. samkeppnislaga

Hér að framan var rökstutt að Lyf og heilsa hefðu verið í markaðsráðandi stöðu í lyfsölu á Akranesi. Ljóst er því að bann 11. gr. samkeppnislaga tekur til aðgerða fyrirtækisins á Akranesi.

Lyf og heilsa hafa hins vegar mótmælt því að hafa verið í ráðandi stöðu á Akranesi. Í því samhengi ber að líta til þess að félagið var á því tímabili sem ætluð brot áttu sér stað í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á sama þjónustumarkaði á höfuðborgarsvæðinu og ljóst er að eitt fyrirtæki sem tilheyrir

<sup>163</sup> Sjá t.d. Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, fimmta útgáfa 2010 bls. 801-802: „In Tetra Pak (II), however, the Court of Justice concluded that conduct in a non-dominated market which has effects on the non-dominated market can amount to an abuse, provided that: (i) the non-dominated market has close „associative links“ with the dominated market; and (ii) „special circumstances“ justify the application of Article 82.”

<sup>164</sup> Sjá t.d. álit Ruiz-Jarabo Colomer aðallögsögumanns í Tetra Pak málinu: „In principle it is not possible to define with complete accuracy what constitutes closely related or linked markets. It is a question which must be decided on a case by case basis by the authorities responsible for applying Community competition law.”

<sup>165</sup> Sjá Faull & Nikpay, The EC Law of Competition, önnur útgáfa 2007 bls. 344-345: „... no exclusionary practice will normally be successful if the undertaking engaging in it cannot rely on a certain amount of market power in the market where the alleged abuse occurs. Nevertheless, it may be true that in some exceptional cases the mere possession of market power in neighbouring markets will suffice to make such a practice succeed or, as the Court has stated, to enjoy a freedom of conduct compared with other economic operators in those markets.”



sameiginlegri markaðsráðandi stöðu getur misnotað stöðu sína þrátt fyrir að önnur fyrirtæki (eitt eða fleiri) sem hafa slíka stöðu grípi ekki til sams konar aðgerða.<sup>166</sup> Af þessu og framangreindri umfjöllun leiðir að Lyf og heilsa gátu misnotað sameiginlega markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu með aðgerðum sem fyrirtækið greip til á Akranesi ef:

- Aðgerðirnar voru til þess fallnar að styrkja hina sameiginlegu markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu. Þetta getur m.a. falist í því að skapa eða viðhalda samkeppnishamlandi orðspori (e. reputation effects).<sup>167</sup> Aðgerðir t.d. til að hindra innkomu nýs keppinautar á Akranesi geta sent þau skilaboð til annarra aðila að það borgi sig ekki að reyna innkomu eða stunda samkeppni á öðrum landfræðilegum markaði. Þer að hafa í huga að fyrirtæki í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu hafa sérstaka hagsmuni af því að grípa til aðgerða, hvert fyrir sig eða sameiginlega, gegn fyrirtækjum sem standa fyrir utan hina ráðandi stöðu.<sup>168</sup>

Þetta styðst við gild sjónarmið í samkeppnisrétti (og gildir án tillits til þess hvort Lyf og heilsa voru markaðsráðandi á Akranesi) enda var m.a. rökstutt hér að framan að brot á 11. gr. samkeppnislaga getur átt sér stað á markaði þar sem fyrirtæki er ekki markaðsráðandi og brotin eru til þess fallin að styrkja stöðu á markaðnum þar sem fyrirtækið er í markaðsráðandi stöðu. Skiptir hér einnig máli að um aðliggjandi landfræðilega markaði er að ræða.<sup>169</sup>

- Markaðurinn fyrir smásölu lyfja á Akranesi er í nánnum tengslum við markaðinn fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu. Eins og rökstutt er hér að framan eru sterk tengsl á milli markaðanna. Um sama vörumarkað er að ræða og nokkur hluti af lyfjainnkaupum íbúa Akraness fer fram á höfuðborgarsvæðinu. Þá má ætla að stærstur hluti innkaupa á lyfjum á báðum mörkuðunum sé frá sömu birgjum þannig að sá kaupendastyrkur og breiddarhagkvæmni sem Lyf og heilsa njóta á höfuðborgarsvæðinu komi apóteki fyrirtækisins á Akranesi einnig til góða. Þá er ljóst að fyrirtækið taldi nokkur tengsl milli þessara markaða, sbr. minnisblað sem fylgdi tölvupósti til framkvæmdastjóra þess.<sup>170</sup>

<sup>166</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969. Sjá einnig Richard Whish, *Competition Law*, sjötta útgáfa 2009 bls. 567: „... must there be „collective“ abuse of collective dominance; or can there also be „individual“ abuse? This has been clearly answered by the CFI in the Irish Sugar appeal: „undertakings occupying a joint dominant position may engage in joint or individual abusive conduct“ ...”

<sup>167</sup> Sjá t.d. P. Milgrom & J. Roberts, “Predation, Reputation and Entry Deterrence,” 27 *Journal of Economic Theory* 280 (1982).

<sup>168</sup> Sjá t.d. O’Donoghue & Padilla, *The Law and Economics of Article 82*, 2006 bls. 162: „...the most sensible rationale for abuses of collective dominance is that the firms concerned tacitly collude on a course of action to unlawfully exclude firms that do not form part of the oligopoly, thereby maintaining or strengthening their overall dominance.“

<sup>169</sup> Sjá Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007 bls. 344: „In *Interbrew* the Commission indicated that Article 82 would be applicable to an abuse in the same product market, but outside the geographic market where the dominance was held.“ Sjá einnig Richard Whish, *Competition Law*, sjötta útgáfa 2009 bls. 205: „... *Interbrew* was considered to have acted in non-dominated geographical markets to protect its dominant position in Belgium.“

<sup>170</sup> Afritað tölvubréf Gylfa Garðarssonar lyfsöluleyfshafa apóteks Lyfja og heilsu á Akranesi til Guðna B. Guðnasonar framkvæmdastjóra fyrirtækisins, dags. 29. nóvember 2006, kl. 18:12.





Af þessu leiðir að jafnvel þótt fallist yrði á með Lyfjum og heilsu að fyrirtækið hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á Akranesi geta ákvæði 11. gr. samkeppnislaga eftir sem áður komið til skoðunar vegna aðgerða félagsins á Akranesi. Þá er einnig ljóst að ef aðgerðir Lyfja og heilsu á Akranesi fela í sér misnotkun bæði á þeim landfræðilega markaði og á höfuðborgarsvæðinu telst brotið enn alvarlegra en ella.

Lyf og heilsa mótmæla framangreindu. Ekki sé haldið fram að fyrirtækið hafi misnotað stöðu sína á höfuðborgarsvæðinu sem hafi síðan haft áhrif á Akranesi. Þá hafi háttsemi fyrirtækisins á Akranesi engin áhrif á höfuðborgarsvæðinu.

Samkeppniseftirlitið áréttar að aðgerðir Lyfja og heilsu á Akranesi geta verið til þess fallnar að styrkja hina sameiginlegu markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu og þar með falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga, sbr. nánari rökstuðning hér að framan. Einnig verður fjallað um þetta síðar í ákvörðun þessari.

Þá er það mat Lyfja og heilsu að þau „sérstöku atvik“ sem dómstóll EB taldi að réttlætti umrædda niðurstöðu í Tetra Pak málinu eigi ekkert skylt við það mál sem hér sé til skoðunar. Lyf og heilsa séu minni keppinaturinn á Akranesi en ekki sjöfalt stærri en næst stærsti keppinaturinn eins og um hafi verið að ræða í máli Tetra Pak. Þá geti viðskiptavinir keypt lyf alfarið á Akranesi og sleppt því að eiga viðskipti við Lyf og heilsu á höfuðborgarsvæðinu. Þá sé ljóst af fordæmi Tetra Pak málsins að Lyf og heilsa hafi ekki getað misnotað stöðu sína, jafnvel þó fyrirtækið væri talið í markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu, þar sem fyrirtækið sé ekki leiðandi á Akranesi. Einnig sé nauðsynlegt að sýna fram á það með sannfærandi gögnum að meint sameiginleg markaðsráðandi staða á höfuðborgarsvæðinu auki markaðsstyrk fyrirtækisins á Akranesi.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessi sjónarmið Lyfja og heilsu. Eins og vikið var að hér að framan tekur bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu ekki einungis til þeirra markaða þar sem fyrirtæki er markaðsráðandi. Eins og rökstutt hefur verið eru það ekki aðeins þær tilteknu kringumstæður sem voru fyrir hendi í Tetra Pak málinu sem leitt geta til þess að unnt sé að beita 11. gr. vegna aðgerða sem eru til þess fallnar að hafa áhrif á tengdum markaði þar sem viðkomandi markaðsráðandi fyrirtæki er ekki í ráðandi stöðu. Meginmáli skiptir að meta hvort hið markaðsráðandi fyrirtæki býr yfir umræddu frelsi til athafna á hinum tengda markaði. Þar fyrir utan er margt líkt með þeim aðstæðum sem voru í Tetra Pak málinu og þeim sem eru uppi í þessu máli.

Í Tetra Pak málinu komst dómstóll EB að þeirri niðurstöðu að fyrirtækið Tetra Pak sem m.a. framleiðir umbúðir hefði misnotað stöðu sína á mörkuðum fyrir „ógerilsneyddar umbúðir“ (e. non-aseptic packaging). Fyrirtækið var þó ekki markaðsráðandi á umræddum mörkuðum heldur á öðrum markaði, þ.e. markaði fyrir gerilsneiðingartæki og umbúðir (e. market for aseptic machinery and cartons), þ.e. markaði sem tengdist lárétt þeim mörkuðum sem misnotkunin átti sér stað á. Dómstóllinn taldi skipta máli í þessu sambandi að áhrifa frá þeim



markaði þar sem Tetra Pak var markaðsráðandi gætti einnig á hinum mörkuðunum þar sem ekki var um ráðandi stöðu að ræða. Sem dæmi um nán tengsl (e. close associative links) á milli markaðanna var m.a. nefnt að Tetra Pak hafði viðskiptavini á báðum mörkuðunum, nánar tiltekið keyptu 35% viðskiptavina Tetra Pak vörur á báðum umræddum mörkuðum. Staða Tetra Pak á þeim markaði þar sem það var markaðsráðandi var mjög sterk sem talið var leiða til kjörstöðu (e. favoured status) á mörkuðunum þar sem fyrirtækið var ekki markaðsráðandi.<sup>171</sup> Einnig var talið skipta máli að Tetra Pak hafði háa markaðshlutdeild á báðum mörkuðunum. Með hliðsjón af þessu taldi dómurinn að ekki væri þörf á því í málinu að sýna fram á að Tetra Pak væri markaðsráðandi á hinum tengdu mörkuðum fyrir ógerilsneiddar umbúðir.

Sé litið til aðstæðna og stöðu Lyfja og heilsu á skilgreindum mörkuðum þessa máls, þ.e. markaðnum fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu og Akranesi, er hún um margt svipuð og í tilviki Tetra Pak málsins. Lyf og heilsa ráku eina apótekið á Akranesi þegar Apótek Vesturlands opnaði í júní 2007. Það hafði því yfirburðastöðu á markaðnum við innkomu Apóteks Vesturlands og þar af leiðandi mikla yfirburði á fyrstu vikum og mánuðum í samkeppninni. Jafnvel þó fyrirtækið hefði ekki verið markaðsráðandi á Akranesi á þessum tíma hefði það a.m.k. verið í leiðandi stöðu þar. Ljóst er því að markaðsyferráð eru að stórum hluta tilkomin vegna sterkrar stöðu á höfuðborgarsvæðinu, sbr. umfjöllun hér að framan um stöðu Lyfja og heilsu á skilgreindum mörkuðum. Þá eru eins og fyrr segir sterk tengsl á milli markaðanna á Akranesi annars vegar og höfuðborgarsvæðisins hins vegar. Um nákvæmlega sömu vörumarkaði er að ræða auk þess sem u.þ.b. 26% íbúa á Akranesi kaupa lyfseðilsskyld lyf sín í apótekum á höfuðborgarsvæðinu eins og fyrr segir. Eru þetta áþekk atriði og lögð voru til grundvallar í Tetra Pak málinu og fæst reyndar ekki annað skilið en að þau séu að mestu í samræmi við þau skilyrði sem Lyf og heilsa telja að leggja eigi til grundvallar. Þá ber einnig að líta til þess að leitt er í ljós hér að framan að Lyf og heilsa töldu sig ekki þurfa að keppa í verði við Lyfju. Blasir við að sú aðstaða gaf Lyfjum og heilsu ákveðið frelsi til athafna á Akranesi.

### **3. Aðgerðir Lyfja og heilsu og aðdragandi þeirra**

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að gögn þessa máls sýni að Lyf og heilsa hafi brotið 11. gr. samkeppnislaga með samkeppnishamlandi aðgerðum sem beitt var gegn Apóteki Vesturlands, sbr. nánar hér á eftir. Að mati Samkeppniseftirlitsins er rétt að virða þessar aðgerðir í samhengi við aðrar aðgerðir Lyfja og heilsu á markaði fyrir smásölu lyfja hér á landi.

Eins og að framan er rakið hefur verið staðfest að Lyf og heilsa og Lyfja voru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir smásölu á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu, sbr. úrskurð áfryjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006. Í því máli var gerð grein fyrir því að Lyf og heilsa hefðu beitt sér gegn minni keppinautum sem gætu gert samhæfingu á markaði erfiðari. Eins og nánar

---

<sup>171</sup> Um þetta segir m.a. í dómnum: „Given its almost complete domination of the aseptic markets, Tetra Pak could also count on a favoured status on the non-aseptic markets. Thanks to its position on the former markets, it could concentrate its efforts on the latter by acting independently of the other economic operators.”



verður lýst telur Samkeppniseftirlitið að aðgerðirnar á Akranesi hafi haft sama markmið.

Í nefndu máli var vísað til þess að bæði Lyf og heilsa og Lyfja hefðu á skömmum tíma byggt upp stórar lyfjakeðjur, m.a. með því að kaupa starfandi lyfjaverslanir bæði á höfuðborgarsvæðinu og á landsbyggðinni:

*„Vísar Samkeppniseftirlitið til þess að þegar ákvörðun samkeppnistráðs nr. 4/2001 var tekin voru um 75 lyfjabúðir starfandi á Íslandi. Á höfuðborgarsvæðinu voru starfandi um 35 lyfjabúðir og tvö sjúkrahúsapótek. Um 39 apótek voru hins vegar starfandi utan höfuðborgarsvæðisins, þar af er eitt sjúkrahúsapótek. Var skiptingin með þeim hætti að Lyf og heilsa rak tíu lyfjaverslanir á höfuðborgarsvæðinu, Lyfja fimm og Lyfjabúðir níu. Þá störfuðu ellefu sjálfstæð apótek í eigu einkaaðila á höfuðborgarsvæðinu.*

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

Þá er einnig bent á í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að á landsbyggðinni séu aðeins reknar sex lyfjaverslanir sem ekki séu í eigu Lyfju eða Lyfja og heilsu.

Í framangreindu máli frá 2006 var komist að þeirri niðurstöðu að samruni DAC (systurfélags Lyfja og heilsu) og Lyfjavers styrkti hina sameiginlegu markaðsráðandi stöðu og raskaði þar með samkeppni. Kom fram í málinu að Lyfjaver hefði reynt að stunda verðsamkeppni og veita þannig hinum sameiginlega ráðandi fyrirtækjum ákveðið samkeppnislegt aðhald. Með samrunanum myndi hverfa sjálfstæður keppinautur og gera þannig lyfjakeðjunum tveimur enn auðveldara að stunda samhæfingu neytendum til tjóns. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var bent á þetta:

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

Í málinu var einnig til skoðunar hver væri dreifing apóteka innan Lyfja og heilsu og Lyfju og hún borin saman við dreifingu sjálfstæðra lyfjaverslana sem ekki



tilheyrðu lyfjakeðjunum tveimur. Þótti samkvæmt þessu sýnt að til staðar væri tilhneiging hjá lyfsölukeðjunum að staðsetja lyfjaverslanir sínar fremur í nálægð við sjálfstætt starfandi apótek, sem störfuðu utan keðjanna, en í nálægð við apótek hvorrar annarrar bæði á höfuðborgarsvæðinu og landsbyggðinni, sbr. einnig umfjöllun hér að framan. Með öðrum orðum væri samkeppni beint gegn smærri keppinautum en ekki hinni keðjunni. Kom fram í málinu að „lyfjakeðjurnar geti í krafti stærðar sinnar hindrað aðkomu nýrra keppinauta á markaðnum eða keypt (eða veikt) þá keppinauta sem geta mögulega ógnað hinni sameiginlegu markaðsráðandi stöðu.“

Í samrunamálinu var greint frá kaupum á keppinautum og nefnd dæmi um hvernig Lyf og heilsa hefði að þessu leyti beitt sér gagnvart minni keppinautum á liðnum árum. Í því samhengi lagði Samkeppniseftirlitið fram fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála í máli nr. 6/2006 tölvupóst frá eiganda Lyfjavals, dags. 14. september 2006. Tengist hann m.a. opnun Lyfjavals á apóteki í Mjódd árið 2003 en þar var fyrir lyfjaverslun í eigu Lyfja og heilsu sem rekin er undir firmaheitinu Lyf og heilsa. Eftir opnun Lyfjavals í Mjóddinni opnuðu Lyf og heilsa hins vegar annað apótek í Mjóddinni, þ.e. lyfjaverslunina Apótekarann í júní 2003 nánast við hliðina á Lyfjaval. <sup>172</sup> Í tölvupóstinum segir:

*„...Mín reynsla úr Mjóddinni er að þegar ég hóf undirbúning að opnun apóteks í Mjódd vorið 2003 þá var haft samband við mig frá L&H og voru mér gerð ýmiss tilboð sem ég gat ekki þegið og niðurstaðan var sú að fyrst ég vildi ekki taka þeirra tilboðum þá myndu þeir opna annað apótek á móti mér til að eins og þeir orðuðu það “setja mig á hausinn.”*

*Lyfsöluleyfifshafi L&H í Mjódd tjáði mér að þær (keðjurnar) væru búnar að skipta upp markaðnum á milli sín þegar ég spurði hann nánar þá dró hann í land.*

*Það sama er uppi hjá L&H í dag þegar ég er að opna Lyfjaval í sama húsnæði og gamla Borgarapótek var – þá auglýsir Skipholtsapótek sem er í eigu L&H afslætti [...] og í ljósi þess að þeir hafa ekki sýnt tilburði til að gefa góð verð þó Lyfja Lág múla sé í raun nær Skipholtsapóteki - en nýtt apótek Lyfjavals í Álftamýri. Þetta sýnir að þeir ógna ekki hvor öðrum.*

*Ég hef fengið það staðfest að það eigi að opna L&H apótek á hinu horninu í Mjódd-þannig að það verður erfitt fyrri viðskiptavinum að komast til mín nema að ganga fram hjá apótekum sem eru í eigu L&H ...”<sup>173</sup>*

<sup>172</sup> Heimilisföng þessara lyfjaverslana voru sem hér segir: Lyfjaval Þönglabakka 6, Apótekarinn Mjódd Þönglabakka 1 og Lyf og heilsa Álfabakka 12.

<sup>173</sup> Í frétt í Morgunblaðinu frá 6. maí 2003 gerðu fyrirsvarsmenn Lyfjavals (Þorvaldur Árnason) og Hringbrautarapóteks (Jón Grétar Ingvason) athugasemdir við hegðun m.a. Lyf og heilsu: „STÓRU lyfsölukeðjurnar Lyf & heilsa og Lyfja eru á góðri leið með að skipta lyfsölumarkaðinum upp á milli sín. Þetta segja lyfsöluhafar tveggja einstaklingsrekinna apóteka sem eru ósáttir við þá þróun sem er að eiga sér stað á þessum markaði. Þeir segja að reynt sé að ryðja einstaklingsreknu apótekunum úr vegi, vilji eigendur þeirra ekki selja þau til keðjanna. Þetta sé gert í krafti stærðarinnar með því að opna apótek við hliðina á því apóteki sem fyrir er. Í því sambandi nefna þeir sérstaklega Lyf & heilsu. Auk þess sé nokkuð um að heildsalar séu beittir þrýstingi um að hætta viðskiptum við einstaklingsreknu apótekin. ... “



Fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála benti Samkeppniseftirlitið á að *“með hliðsjón af þeim tölvupósti sem hér hefur verið fjallað um er ljóst að með opnun þessa lágvöruverðsapóteks voru Lyf og heilsa að framfylgja þeim hótunum sem hafðar höfðu verið frammi við eiganda Lyfjavalis.”* Í þessu sambandi má nefna að gögn þessa máls leiða í ljós að forsvarsmenn Lyfja og heilsu hafi haft áform um að opna aðra lyfjabúð á Akranesi og leika sama leikinn gegn Apóteki Vesturlands og beitt var gegn apóteki Lyfjavalis í Mjódd árið 2003, sbr. nánar hér á eftir. Þá ber að horfa til þeirra ummæla að Lyf og heilsa hafi í tilefni af fyrirhugaðri opnun Lyfjavalis í Álftamýri hafið auglýsingaherferð í lyfjaverslun sem staðsett er nálægt hinu nýja apóteki þar sem hagstætt verð var kynnt á tilteknum vörum. Vísast hér einnig til umfjöllunar hér að framan um tilboð Skipholtsapóteks í tengslum við opnun Lyfjavalis í Álftamýri.

Í öðru lagi má líta til þess að einnig var bent á fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála að *„samskonar hegðun var uppi á teningnum áður en Hringbrautarapótek hætti starfsemi sinni en áður en apótekið hætti hafði Lyf og heilsa opnað lyfjaverslun í um það bil 50 metra fjarlægð frá apótekinu.”* Hringbrautarapótek var einstaklingsrekið apótek í JL-húsinu við Hringbraut og var stofnað árið 1996. Lyf og heilsa opnaði apótek við hlið Hringbrautarapóteks árið 2003. Um þetta var fjallað í frétt Morgunblaðsins þann 6. maí 2003 en þar segir m.a.:

*„Jón Grétar Ingvason, lyfsöluhafi í Hringbrautarapóteki, sem hefur rekið það apótek í sjö ár, segir að fyrir um tveimur árum hafi Karl Wernersson, aðaleigandi Lyfja & heilsu, byrjað að falast eftir Hringbrautarapóteki. Hann segir að Karl hafi fljótlega gefið til kynna að ef Lyf & heilsa myndu ekki fá að kaupa apótekið myndi keðjan opna sitt eigið apótek við hliðina á því, sem nú hefur orðið raunin. „Tilgangurinn er augljóslega sá að bola okkur út af markaðinum,” segir Jón Grétar. Hann segir að starfsmaður Landsbankans hafi fyrir nokkru hringt í sig og tilkynnt sér að Lyf & heilsa ætli að opna apótek við hliðina á Hringbrautarapóteki. Starfsmaðurinn hafi óskað eftir fundi, því Lyf & heilsa hafi verið reiðubúin til að kaupa apótekið. Fundurinn hafi verið haldinn og í framhaldinu hafi Lyf & heilsa boðið greiðslu fyrir Hringbrautarapótek sem ekki hafi verið við litandi. „Svæðaskipting stóru lyfsölukeðjanna er að verða mjög greinileg hér á landi. ...”<sup>174</sup>*

Á árinu 2004 yfirtóku Lyf og heilsa Hringbrautarapótek.

Lyf og heilsa mótmæla því að aðdragandi opnunar Apótekarans í Mjódd hafi verið með þeim hætti sem lýst er framangreindum tölvupósti. Segir að KEA, sem rekið hafi Nettó í Mjódd og hafi ásamt öðrum aðilum verið stofnandi að Hagræði ehf. (fyrirrennara Lyfja og heilsu), hafi haft yfir að ráða rými sem nýttist illa í versluninni. Þá hafi stjórn Haggræðis haft áhyggjur af því að staðsetning apóteks

<sup>174</sup> „Reynt að ryðja einstaklingsreknu apótekonum úr vegi“, Morgunblaðið 3. maí 2003.



Lyfja og heilsu í Mjódd væri ekki góð með hliðsjón af því að sjúklingar heilsugæslu og Læknasetursins í Mjóddinni kæmu inn á göngugötu frá þessum stöðum fjarri apótekinu. Þá segir að ákvörðun um opnun Apótekarans í Mjódd hafi verið tekin áður en Lyfjaval hafi opnað í Mjóddinni. Þá halda Lyf og heilsa því fram að það sé fjarstæða að breyting á rekstri Skipholtsapóteks hafi verið gerð í tengslum við opnun apóteks Lyfjavals í Álftamýri. Rekstur Skipholtsapóteks hefði áður gengið illa og nauðsynlegt hafi verið að grípa til aðgerða vegna þess. Breytingarnar hafi falist í því að hafa ódýra umgjörð, lágt vöruverð auk þess sem öll þjónusta vegna lyfjaskömmunar hafi verið færð í það apótek. Þá segir ennfremur að Lyf og heilsa hafi opnað lágvöruverðsapótek í Nóatúni árið 2002 en apóteki á Rauðarárstíg hafi verið lokað. Þess hafi einnig verið vænst að einhverjir af viðskiptavinum Lyfju í Lág múla kysu að versla þar vegna hagstæðs verðs. Þá mótmæla Lyf og heilsa því að fyrirtækið hafi reynt að koma í veg fyrir opnun Lyfjavals í Álftamýri enda ekkert sem styðji það. Þá liggja ekkert fyrir um að eiganda Lyfjavals hafi verið hótað.

Samkeppniseftirlitið bendir hér fyrst á að fyrirsvarsmáður Lyfja og heilsu brást við umkvörtunum Lyfjavals og Hringbrautarapóteks sem birtust í Morgunblaðinu 6. maí 2003 í frétt sem birtist í því blaði 7. maí 2003. Þar segir að hann að ásakanir um um lyfjakeðjurnar séu að skipta lyfsölumarkaðnum upp á milli sín séu úr lausu lofti gripnar. Varðandi aðgerðir Lyfja og heilsu í Mjódd og Hringbraut segir fyrirsvarsmáður Lyfja og heilsu þetta:

*„Segja má að viðmælendur Morgunblaðsins í gær hafi verið að kvarta undan frjálsri samkeppni og biðla jafnvel til ríkisins um að á ný verði skapað umhverfi sérhagsmuna og samkeppnisverndar. Lyf & heilsa vill frjálssa samkeppni, þar sem neytandinn velur hvar hann verslar. Tölurnar hafa talað sínu máli og neytendurnir hafa valið.“ Að sögn Karls var Þorvaldur Árnason starfsmaður apóteks Keflavíkur þegar hann opnaði apótek Suðurnesja í næsta nágrenni við apótek Kelfavíkur. Þá segir hann að Þorvaldur hafi leitað til annarrar keðjunnar, Lyfju, og selt henni rekstur apóteks Suðurnesja. Og nú noti Þorvaldur hluta hagnaðarins af sölu til að opna apótek við hliðina á Lyfjum & heilsu í Mjódd. "Lyf & heilsa gera ekki athugasemdir við framgöngu Þorvaldar á smásölumarkaði lyfja en spyrja hver sé munurinn á hans aðgerðum á markaðnum og annarra, þ.á m. keðjanna.“"*

Samkvæmt þessu voru nýjar verslanir á vegum Lyfja og heilsu í Mjódd og á Hringbraut rökstuddar sem samkeppnisaðgerðir. Lyf og heilsa halda því hins vegar nú fram að umrædd ný lyfjaverslun hafi verið opnuð vegna þess að sú sem fyrir hendi var hafi verið illa staðsett. Lyf og heilsa útskýra hins vegar ekki hvers vegna eldri versluninni var þá ekki lokað í kjölfar þess að hin nýja opnaði. Eins og sýnt var fram á hér að framan gengur verðstefna Lyfja og heilsu m.a. út á að keppa ekki við Lyfju. Framangreint sýnir að Lyf og heilsa beita sér hins vegar gegn minni keppinautum sem geta með aðgerðum sínum gert samhæfingu á markaði erfiðari. Telur Samkeppniseftirlitið að þær aðgerðir sem fjallað er um í þessu máli hafi haft sama markmið.



Apótek Vesturlands opnaði á Akranesi í lok júní 2007. Gögn þessa máls sýna að seint á árinu 2006 hefur verið fjallað um það hjá Lyfjum og heilsu að grípa til aðgerða í því skyni að hamlu innkomu Apóteks Vesturlands á Akranesi. Jafnframt sýna gögn að sumarið 2007 var gripið til aðgerða í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að Apótek Vesturlands næði fótfestu á umræddum markaði. Verður nánar fjallað um þessi atriði síðar í þessum kafla. Þá verður fjallað um aðgerðir frá árinu 2006 sem tengjast innkomu Apóteks Vesturlands á Akranesi og aðdraganda þess. Einnig verður lýst öðrum málsatvikum sem þýðingu geta haft.

Rétt er í upphafi áður en fjallað er um aðgerðir að gera að nokkru grein fyrir stjórnskipan innan Lyfja og heilsu á þeim tíma sem atvik þessa máls taka til. Framkvæmdastjóri Lyfja og heilsu er og var á þessum tíma Guðni B. Guðnason (GBG) en hann hóf störf í október 2006.<sup>175</sup> Gylfi Garðarsson (GG) var lyfsöluleyfishafi á Akranesi,<sup>176</sup> Eysteinn Arason (EA) var lyfjastjóri, Hjördís Ósk Óskarsdóttir (HÓÓ) sölu- og innkaupastjóri, Rúnar Höskuldsson (RH) markaðsstjóri (lét af störfum í maí 2007), Pétur Ó. Einarsson (PÓE) starfsmannastjóri, Jón Þórðarson (JP) gæðastjóri, Magnea Hansdóttir (MH) fjárreiðustjóri og Inga Lára Hauksdóttir (ILH) forstöðumaður viðskiptapróunar en hún hóf störf í janúar 2007. Þá var Ólóf Rún Tryggvadóttir (ÓRT) starfsmaður á skrifstofu Lyfja og heilsu í Kringlunni. Aðaleigendur Lyfja og heilsu eru og voru á þessum tíma m.a. Karl Wernersson (KW) og Steingrímur Wernersson (SW).

Lyfsöluleyfishafi Apóteks Vesturlands og einn af þremur eigendum var og er Ólafur Adolfsson (ÓA) lyfjafræðingur.

Hér á eftir verður fjallað um gögn sem tengjast aðdraganda og skipulagningu aðgerða sem höfðu það að markmiði að hindra innkomu Apóteks Vesturlands á markaðinn fyrir smásölu lyfja á Akranesi. Er hér aðallega um að ræða tölvupósta og minnisblöð á milli framangreindra starfsmanna Lyfja og heilsu frá því seint á árinu 2006 til september 2007.

### 3.1 Aðdragandi opnunar Apóteks Vesturlands

Af gögnum málsins má ráða að Lyf og heilsa hafi fyrst fengið vitneskju um fyrirhugaðan keppinaut á Akranesi í nóvember 2006. Þetta má m.a. ráða af minnisblaði sem fylgdi tölvupósti, dags. 29. nóvember 2006, frá GG (lyfsöluleyfishafi Lyfja og heilsu á Akranesi) til GBG (framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu). Í tölvupóstinum segir GG þetta um ástæðu minnisblaðsins: „Ég var beðinn um punkta vegna samkeppnismála á Akranesi.“ Í minnisblaðinu sem ber yfirskriftina „Opnun apóteks nr. 2 á Akranesi“ segir m.a.:

- „1. Ólafur Adolfsson ... segir frátekið pláss fyrir apótek í nýja Bónus-húsinu á Akranesi.
2. Umsókn ekki enn hjá HTR.<sup>177</sup>
3. Íbúafjöldi Akraness og nágrennis ber ekki 2 apótek.

<sup>175</sup> Í ákvörðun þessari eru nöfn allra starfsmanna Lyfja og heilsu skammstöfuð, ýmist með tveimur eða þremur bókstöfum sem oftast vísa til upphafsstafa fornafrs og eftirnafns.

<sup>176</sup> GG lét af störfum sem lyfsöluleyfishafi á Akranesi og tók þá við stöðu lyfsöluleyfishafa í apóteki Lyfja og heilsu í Fjarðarkaupum í maí 2008.

<sup>177</sup> Heilbrigðisráðuneytið.



#### 4. Ætti Lyf og heilsa samt að verða fyrri til ?

*Samkvæmt áreiðanlegum heimildum stendur Ólafi Adolfssyni lyfjafræðingi til boða húsnæði undir apótek í væntanlegu húsi Bónus á Akranesi og enn fremur að hann er að hugleiða að slá til.*

*En símtal við Ingó Pet. hjá HTR gaf óljóst svar (trúnaðarmál ?) sem ég skildi þannig að þann dag 26.10.06. væri ekki búið að sækja um lyfsöluleyfi vegna annars apóteks hér á Akranesi.*

*Íbúafjöldi Akraness (ca. 5900) og nærliggjandi hreppa (ca. 600) sem teljast til sama verslunar- og þjónustusvæðis er ca. 6500. Vegna nálægðarinnar við höfuðborgarsvæðið er raunhæft að draga þó nokkuð frá þessari tölu þegar meta skal fjölda viðskiptavina. Íbúatalan er stærð sem fyllsta ástæða er til að taka mark á (enda vísað til hennar í 20. grein Lyfjalaga), því sá sem rekur apótek hvorki getur né má hvetja til aukinnar lyfjanotkunar, sem er því í nokkuð föstu hlutfalli við íbúatöluna. Afmörkuð markaðssvæði á landsbyggðinni þar sem færri en 4000 búa, eru nú útibú apóteka, nema við sérstakar kringumstæður (t.d. Ólafsvík), þar sem eigandinn sinnir öllum tilfallandi störfum, en ekki launaður starfsmaður. Akranes á því mörg ár í að bera 2 apótek rekstrarlega séð.*

*Ef spenna og taugatitringur er hins vegar að yta skynseminni til hliðar, samanber apótek í Bónushúsinu, væri e.t.v. vert að skoða þann möguleika að Lyf og heilsa yrði fyrri til og opnaði sérhæfða lágverðs lyfjabúð, þ.e. Apótekarann á Akranesi. Ekki veit ég hvort það apótek fengist rekið með einum lyfjafræðingi (Lyfjalög 31. gr.) en hvað með að bjóða nefndum Ólafi Adolfssyni, sem býr hér á Akranesi, starfið?*

*Með tilkomu Apótekarans á Skagann birtir vafalaust yfir einhverjum og vænta má þess, að heildarfjöldi viðskiptavina aukist. En ef Akurnesingum fjölgar ekki eftir væntingum, yrði hægt að loka minna apótekinu aftur.<sup>178</sup>*

Við þetta má bæta að í handskrifuðu uppkasti GG að minnisblaðinu er eftirfarandi sett fram innan sviga í kjölfar umfjöllunar í næst neðstu mgr.:

*„(þetta ætti að girða alveg fyrir aðra samkeppni hér)<sup>179</sup>*

Nokkrum dögum síðar boðaði framkvæmdastjóri Lyfja og heilsu nokkra af samstarfsmönnum sínum á fund og bar fundarboðið yfirskriftina „-Akranes, möguleg samkeppni“.<sup>180</sup> Fundurinn var haldinn þann 4. desember 2006 kl. 15:00 – 15:30. Síðar sama dag sendi GBG eftirfarandi tölvupóst til GG, PÓE og EA. Í upphafi tölvupóstsins þakkaði GBG GG fyrir framangreint minnisblað um fyrirhugaða samkeppni á Akranesi. Síðan segir í tölvupóstinum:

<sup>178</sup> Afritað tölvubréf GG til GBG, dags. 29. nóvember 2006, kl. 18:12.

<sup>179</sup> Haldlagt gagn nr. 1053.

<sup>180</sup> Afritað tölvubréf (fundarboð) GBG til RH, dags. 2. desember 2006, kl. 15:42.





*„Ég hringdi núna áðan í Ólaf Adolfsson og átti við hann um hálf tíma gott spjall. Hann staðfesti það að hann langaði til að prófa að reka sitt eigið apótek en gat ekki sagt mér hvenær það yrði. Það er ekki auðvelt að fá hann til að skipta um skoðun. Hann taldi okkar núverandi apótek ekki í heppilegu húsnæði og taldi sig eiga góðan hóp fylgismanna sem myndu versla við hann. Hann sagðist vilja prófa þetta a.m.k. í eitt ár og hugsanlega vilja selja síðan?! Ég spurði hann hvort hann hefði ekki áhuga á öðrum stöðum en Akranesi og nefndi við hann aðra kosti sem hann hafði ekki áhuga á.*

*Við verðum að ákveða næsta leik...*

*Ég er sammála því að til greina kæmi að opna annað apótek, hugsanlega Apótekarann en það yrði dýrt og þar værum við í samkeppni við okkur sjálf. Hann myndi væntanlega þá ekki opna sitt apótek en okkur blæðir samt á meðan. Að auki myndum við skapa okkur leiðinlegt umtal þar sem hann myndi sennilega ekki þegja þunnu hljóði. Við skulum velta þessu aðeins betur fyrir okkur við höfum einhvern tíma en hann er fljótur að líða. Ef ykkur dettur eitthvað annað í hug látið mig þá vita.“<sup>181</sup>*

Umræddu samtali hefur einnig verið lýst í tölvupósti ÓA (eiganda Apóteks Vesturlands) til Samkeppniseftirlitsins, dags. 27. júní 2008, sbr. leiðréttingu í bréfi, dags. 2. júlí 2008. Þar segir m.a.:

*„... Guðni B. Guðnason framkvæmdastjóri Lyfja og heilsu hringdi í mig í mars 2007 (leiðrétt í desember 2006) og bauð mér að verða leyfishafi í Lyf og heilsu á Selfossi. Ég neitaði því og bauð Guðni mér þá að taka við Lyf og heilsu á Akranesi. Ég spurði hvort þetta tilboð væri gert með vitund og samþykki Gylfa Garðarssonar, þáverandi lyfsöluleyfishafa Lyfja og heilsu á Akranesi, og tjáði hann mér að svo væri ekki. Sagði ég honum þá að réttast væri að hætta þessum leikaraskap og við vissum báðir af hverju hann væri að bjóða mér þessa vinnu. Hann staðfesti að sér væri kunnugt um að ég ætlaði að opna apótek á Akranesi.*

*Guðni hélt síðan nokkra tölu um að samfélag eins og Akranes bæri ekki tvö apótek og hvort ég gerði mér grein fyrir því hvað apóteksrekstur væri erfiður um þessar mundir.“<sup>182</sup>*

Til viðbótar við þetta er ljóst að Lyf og heilsa beittu sér gagnvart Högum, eiganda verslanakeðjunnar Bónuss, sem er í sama húsnæði og Apótek Vesturlands, í því skyni að hindra innkomu apóteksins á markaðinn. Til marks um það er eftirfarandi tölvupóstur, dags. 3. janúar 2007, frá GBG til forstjóra Haga:

<sup>181</sup> Afritað tölvubréf GBG til GG, PÓE og EA, dags. 4. desember 2006, kl. 21:30 og haldlagt gagn nr. 1052.

<sup>182</sup> Forsvarismaður Apóteks Vesturlands hafði upplýst Samkeppniseftirlitið um þetta samtal með óformlegum hætti og var af þeim sökum óskað eftir nánari upplýsingum með tölvubréfi Samkeppniseftirlitsins þann 25. júní 2008.



*„Það hefur kvisast út að einhverjar áætlanir séu í gangi um opnun apóteks á Akranesi sem yrði í samkeppni við okkur í Bónus húsinu. Er þetta rétt? Við munum bregðast hart við þessu þar sem enginn grundvöllur er fyrir rekstri á tveimur apótekum á þessu svæði og raunar líklegt að það standist ekki lyfjalög þar sem það þarf ákveðinn fjölda íbúa á bak við hvert apótek.“<sup>183</sup>*

Í máli Lyfja og heilsu segir að efni framangreindra tölvupósta feli það ekki í sér að fyrirtækið hafi ætlað sér að hindra innkomu Apóteks Vesturlands. Varðandi minnisblað GG frá 29. nóvember 2006 segir að líta beri til þess að um sé að ræða einstakling sem átti það á hættu að missa atvinnu sína við innkomu nýs aðila á markaðinn. Þá sýni minnisblaðið að GG hafi þótt það óskynsamlegt að opnað yrði annað apótek á Akranesi og ekki sé ástæða til að gera það mat tortryggilegt. Varðandi tölvupósta sem lýsi samtali GBG og ÓA þá sé um að ræða endursögn tveggja aðila en samtalið sjálft liggja ekki fyrir. Þá hafi ekki komið fram í samtalinu hótanir eða yfirlýsingar um að Lyf og heilsa myndi bregðast við með óeðlilegum hætti. Fullyrðingar um að verið væri að reyna að fá ÓA til hætta við opnun á Akranesi eða opna apótek sitt annars staðar séu tilbúningur. Hvað varði samskipti við Haga sem reka Bónus mótmæla Lyf og heilsa því að hafa getað beitt það fyrirtæki þvingunum.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessar skýringar Lyfja og heilsu á efni umræddra gagna. Varðandi minnisblað GG ber að hafa í huga að það var sent framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu með tilvísun til óskar þar að lútandi. Engin gögn sýna að framkvæmdastjórinn hafi gert athugasemdir við það heldur þvert á móti þakkaði hann fyrir það. Ekkert gefur því til kynna að það hafi tengst persónulegum hagsmunum GG heldur ber það með sér að vera liður í undirbúningi Lyfja og heilsu vegna tilvonandi samkeppni og staðfesta viðbrögð GBG þennan skilning. Umrædd gögn eru mjög skýr að því leyti að þau sýna skýran ásetning forsvarsmanna Lyfja og heilsu um að reyna að hindra með öllum ráðum fyrirhugaða opnun á nýju apóteki á Akranesi. Því er ekki mótmælt að Lyf og heilsa hafi verið þeirrar skoðunar að ekki væri rekstrargrundvöllur fyrir tvö apótek á Akranesi. Þvert á móti sýna þessir tölvupóstar, rétt eins og samskipti við heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytið, sbr. nánar hér á eftir, að á grundvelli þessa sjónarmiðs var reynt að sporna við því að Apótek Vesturlands fengi lyfsöluleyfi á Akranesi. Hvað varðar samtal framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu og ÓA þá er ekki deilt um efnisatriði þess samtals í málinu enda er frásögn ÓA af því í meginatriðum samhljóða lýsingu framkvæmdastjórans á því sem kemur fram í trúverðugu samtímagagni. Framkvæmdastjóri Lyfja og heilsu hafði samband við ÓA í þeim tilgangi að fá hann til að hætta við opnun nýs apóteks eða a.m.k. hugsanlega að staðsetja það annars staðar en á Akranesi. Liður í þessu var einnig að bjóða ÓA starf hjá Lyfjum og heilsu, fyrst að taka við rekstri apóteks á öðru markaðssvæði en síðar með því að taka við rekstri apóteks Lyfja og heilsu á Akranesi. Þá hafa forsvarsmenn Lyfja og heilsu einnig hugað að þeim möguleika að vera fyrri til að opna annað apótek á Akranesi og beita þar með áþekkri aðferð

<sup>183</sup> Afritað tölvubréf GBG til forstjóra Haga, dags. 3. janúar 2007, kl. 17:47.



og notuð hafði verið í Reykjavík, sbr. umfjöllun hér að framan. Voru þær fyrirætlanir beinlínis í þeim tilgangi að hindra innkomu hins nýja keppinautar enda var það sem fyrr segir mat Lyfja og heilsu að ekki væri rekstrargrundvöllur fyrir tvö apótek á Akranesi, sbr. að „[H]ann myndi væntanlega þá ekki opna sitt apótek en okkur blæðir samt á meðan.“

### 3.2 Samskipti við heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytið

Eins og getið var um hér að framan kom fram í minnisblaði GG (frá 29. nóvember 2006) að hann hefði átt samskipti við heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytið í þeim tilgangi að kanna hvort sótt hefði verið um nýtt lyfsöluleyfi á Akranesi í október 2006. Þá er ljóst af gögnum málsins að forsvarsmenn Lyfja og heilsu beittu sér gagnvart heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytinu í því skyni að fá það til þess að synja ÓA um lyfsöluleyfi á Akranesi.

Í þessu sambandi ber í fyrsta lagi að nefna að þegar forsvarsmönnum Lyfja og heilsu varð ljóst að bæjarráð Akraness hefði fyrir sitt leyti fallist á að ÓA fengi lyfsöluleyfi ákvað GBG að skrifa erindi til ráðuneytisins þar sem rökstutt væri af hverju ekki væri rekstrargrundvöllur fyrir tvö apótek á Akranesi, sbr. tölvupóst hans til JP, RH og GG þann 7. mars 2007, sem bar yfirskriftina „Þá er það komið“.<sup>184</sup> Ljóst er að Lyf og heilsa sendu umsögn til ráðuneytisins við leyfisveitinguna með bréfi, dags. 2. maí 2007.<sup>185</sup> Í umsögninni kemur m.a. fram að Lyf og heilsa líti svo á að það vegi þyngra „að tryggja beri rekstrarlegan grundvöll lyfjabúða, sem fyrir eru í dreifbýli, þegar lagt er mat á hvort forsendur séu til að veita öðrum aðilum lyfsöluleyfi til lyfjabúða á sama stað, en sjónarmið um frjálsa samkeppni.“

Ljóst er að forsvarsmenn Lyfja og heilsu hafa verið búnir að undirbúa jarðveginn fyrir þessa umsögn í þeim tilgangi að hindra innkomu hins nýja keppinautar, sbr. áðurnefnt minnisblað GG frá 29. nóvember 2009. Í þessu sambandi má einnig benda á tölvupóst GG til GBG frá 11. janúar 2007 en í honum segir:

*„Þetta er nokkuð athyglisvert. Ég sendi þér tölvupóst 21. des. sl. og hef áhuga á að heyra af samskiptum við Einar í ráðuneytinu. Ég er að hugleiða að tala aftur við Ingolf Pedersen, sem ég þekki ágætlega (fyrirverandi kollegi) og þá um niðurstöðu umboðsmanns Alþingis og hvort hann telji að hún sé einhvers metin og þá höfð til hliðsjónar. Vil gjarnan fá línu frá þér, eða enn betra að heyra frá þér.“<sup>186</sup>*

Framangreint er ekki hægt að túlka öðruvísi en svo að Lyf og heilsa hafi með umsögn sinni og öðrum samskiptum við heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytið beitt sér gegn því að nýr aðili fengi lyfsöluleyfi á Akranesi. Það vekur þó óneitanlega athygli að svo rík áhersla hafi verið lögð á þetta sjónarmið af hálfu Lyfja og heilsu í ljósi þess að fyrirtækið var sjálft á þessum tíma að íhuga að sækja um lyfsöluleyfi í sama bæjarfélagi fyrir annað apótek.

<sup>184</sup> Afritað tölvubréf GBG til JP, RH og GG, dags. 7. mars 2007, kl. 22:43.

<sup>185</sup> Fylgiskjal með bréfi Lyfja og heilsu til Samkeppniseftirlitsins, dags. 24. júní 2008.

<sup>186</sup> Afritað tölvubréf GG til GBG, dags. 11. janúar 2007 kl. 17:55.



Í athugasemdum Lyfja og heilsu segir að í umsógninni hafi eingöngu verið „*rakin sjónarmið um eðlilegan rekstrargrundvöll lyfjaverslana*“ og að óþarfi sé að gera umsógnina tortryggilega. Stuðst hafi verið við rökstuðning sem fram komi í álitum umboðsmanns Alþingis og Lyf og heilsa hafi aðeins verið að endurtaka sjónarmið sem grundvölluðust á því að „*takmarkað svigrúm væri fyrir margar lyfjaverslanir í smærri bæjarfélögum.*“ Lyfjum og heilsu hafi verið veitt tækifæri til að koma „*sínum sjónarmiðum*“ á framfæri og ekki fái séd hvað sé athugasemdir við það. Vegna þessa vill Samkeppniseftirlitið taka fram að ekki eru gerðar athugasemdir við að Lyf og heilsa setji fram sín sjónarmið þegar eftir þeim er leitað af stjórnvöldum, í þessu tilviki um hugsanlega veitingu á nýju lyfsöluleyfi á Akranesi. Eftirlitið hefur hins vegar vakið athygli á því, sbr. umfjöllun um aðgangshindranir hér að framan, að það sé vart til að draga úr aðgangshindrunum á markaði þegar opinberir aðilar leita áhlits þeirra keppinauta sem fyrir eru á markaði við mat á leyfisveitingum af því tagi sem um ræðir. Óhjákvæmilega vekur það spurningar á hvaða forsendum slíkt hagsmunamat keppinauta sé byggt. Í þessu sambandi má benda á að Lyf og heilsa héldu fram allt öðru sjónarmiði bæði gagnvart heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytinu sem og samkeppnisyfirlöndum þegar félaginu hafði verið synjað um lyfsöluleyfi í Vestmannaeyjum árið 2003. Í bréfi Lyfja og heilsu, dags. 4. júlí 2003, til þáverandi heilbrigðis- og tryggingamálaráðherra var því harðlega mótmælt að lyfjafræðingi félagsins hafði verið synjað um lyfsöluleyfi á grundvelli smæðar bæjarfélagsins en þar bjuggu á þeim tíma 4.500 íbúar. Orðrétt segir m.a. í bréfinu:

*„Það afdrifaríka mat ráðuneytisins að vafi sé á að grundvöllur sé fyrir rekstri fleiri en einnar lyfjabúðar í 4500 manna byggð er einungis rökstutt með þeim hætti að verði reknað tvær lyfjabúðir í bænum sé sú hætta fyrir hendi að önnur þeirra neyðist til að hætta rekstri. Sú staðreynd að lyfsali sé starfandi fyrir og ný lyfjabúð taki til sín einhver viðskipti frá honum getur ekki ein út af fyrir sig réttlætt takmörkun á fjölda lyfjabúða enda er það beinlínis markmið laganna að eðlileg samkeppni haldist.“*

Í bréfinu er því einnig haldið fram að ákvörðun ráðherra fari gegn markmiðum samkeppnislaga.<sup>187</sup> Á þessum tíma virðist það ekki hafa verið sjónarmið Lyfja og heilsu að takmarkað svigrúm hafi verið fyrir „*margar lyfjaverslanir í smærri bæjarfélögum*“ eins og haldið er fram í þessu máli jafnvel þó Vestmannaeyjar séu minna markaðssvæði og einangraðra en Akranes. Með öðrum orðum virðist það frekar ráða afstöðu Lyfja og heilsu til lyfsöluleyfa í smærri byggðarlögum hvort það sé félagið sjálft eða keppinautar þess sem verið er að úthluta leyfi.

Í máli þessu er ekki lagt til grundvallar að framangreindar aðgerðir gagnvart heilbrigðisráðuneytinu hafi, einar og sér, falið í sér brot gegn samkeppnislögum. Þær eru hins vegar nefndar þar sem þær eru liður í þeim ráðstöfunum sem Lyf og heilsa gripu til í því skyni að vinna gegn innkomu Apóteks Vesturlands og eru til

<sup>187</sup> Með bréfi Lyfja og heilsu, dags. 4. júlí 2003, til Samkeppnisstofnunar var stofnuninni sent bréf félagsins til ráðuneytisins ásamt fleiri gögnum málsins. Var efni bréfsins: „*Abending um stjórnarfrákvæmd er gengur í berhögg við markmið samkeppnislaga nr. 8/1993.*“ Tekið skal fram að bréfið var ritað og sent f.h. Lyfja og heilsu af Helgu M. Ottarsdóttur hdl. hjá LOGOS-lögmansþjónustu ehf. sem einnig hefur gætt hagsmuna félagsins í þessu máli.



Þess fallnar að varpa ljósi á þann tilgang sem bjó að baki þeim markaðslegu aðgerðum sem beitt var gagnvart hinum nýja keppinauti.

### 3.3 Vildarklúbbur apóteks Lyfja og heilsu á Akranesi

Eins og fram kom í lok tölvupósts GBG hér að framan hvatti hann starfsmenn sína til að koma með hugmyndir um hvernig hægt væri að hindra opnun nýs apóteks á Akranesi. EA svarar með eftirfarandi tölvupósti, dags. 7. desember 2006, til RH og GBG sem ber yfirskriftina „*Samkeppni á Akranesi*“. Þar eru m.a. settar fram hugmyndir um leiðir til að binda mikilvæga viðskiptavinum, m.a. með því að veita þeim fría þjónustu tímabundið og taka upp svokallað vildarkúnnakerfi. Um þetta segir í tölvupóstinum:<sup>188</sup>

*„... smá innlegg í samkeppnina sem er yfirvofandi á Akranesi tvennt sem ég legg til að farið verði í eins fljótt og mögulegt er. Í fyrsta lagi er mikilvægt að fá sem flesta í skömmtun þeir kúnnar hreyfa sig ekki svo glatt - það er hægt að fara kerfisbundið í að bjóða öllum sem taka inn 3-4 lyf að staðaldri skömmtun, þetta er útfært þannig að lyfjafræðingur ræðir við alla sem taka þetta mörg lyf og fer yfir kosti skömmtunar - hægt að bjóða 50% afslátt af skömmtunargjöldum (eða 100%) og fyrsta mánuðin frían. Í öðru lagi að taka upp vildarkúnnu kerfið sem Jón Þórðar var með í Mjóddinni hér um árið það fólst í því að allir sem versluðu fyrir 100.000 og meira (með hlut Tr.) var boðið að ganga í klubbinn og eftir árið fékk viðkomandi ákveðna peningaupphæð eða úttekt hjá Lyf og heilsu.“*

Ljóst er að aðrir forsvarsmenn Lyfja og heilsu hafa kunnað að meta þessar tillögur. Í svari framkvæmdastjórans GBG sama dag segir að þetta séu „[g]óðir punktar“ og í tölvupósti, dags. 11. desember 2006, þar sem RH framsendir umræddan póst EA til GG lyfsöluleyfishafa á Akranesi segir:

*„Ég sendi þér áfram punkta frá Eysteini vegna væntanlegri samkeppni. Ég verð í sambandi við þig síðar í vikunni.*

*En fínir punktar frá Eysteini.“*

Ljóst er að umrætt vildarkerfi var tekið í notkun sem svar Lyfja og heilsu við opnun Apóteks Vesturlands. Það fól í sér að viðskiptavinir skuldbundu sig til að kaupa tiltekin lyf aðeins af Lyfjum og heilsu á Akranesi. Nánar verður fjallað um vildarkerfið og útilokunaráhrif þess hér á eftir. Eins og áður hefur verið vikið að var sambærilegt vildarkerfi og það sem tekið var upp í apótekinu á Akranesi einnig notað í apótekum Lyfja og heilsu í Mjódd og í JL-húsinu við Hringbraut en á báðum þessum stöðum voru starfandi einstaklingsrekin apótek. Þessu til staðfestingar er tölvupóstur RH til JÞ og GBG frá 12. mars 2007. Tölvupósturinn ber yfirskriftina: „*Vildarkort Mjódd = Akranes*“ og í honum segir: „*Sæll Jón, er þetta formið á kortunum sem hefur verið notað í Mjódd?*“ og er þá vísað til viðhengja, m.a. „*Mjódd – Vildarkort breytt.pdf*“ og „*Tryggdakort JL-hus breytt*

<sup>188</sup> Afritað tölvubréf EA til RH og GBG, dags. 7. desember 2006, kl. 18:35 og haldlagt gagn nr. 1050.



skissa.pdf;“, en þau sýna myndir af vildarkortum sem notuð voru í umræddum apótekum Lyfja og heilsu í Reykjavík.

Gögn bera einnig með sér að fyrirætlanir Lyfja og heilsu um vildarkerfið voru umfangsmiklar, sbr. tölvupóst frá JÞ til GG þann 28. mars 2007, þar sem hann sendi lista yfir 500 bestu viðskiptavinum Lyfja og heilsu „raðað á 2 vegu“.<sup>189</sup> Til marks um að vildarkerfinu hafi beinlínis verið komið á til að bregðast við fyrirhugaðri samkeppni er eftirfarandi tölvupóstur GG, dags. 12. apríl 2007, til starfsmanns á skrifstofum Lyfja og heilsu í Reykjavík. Tölvupósturinn er svar við ósk um að „lykilkonur“ í apótekum Lyfja og heilsu komi á fund í höfuðstöðvar fyrirtækisins til þess að fara m.a. yfir „framstillingarmál“ og í honum segir:

*„Sæl því miður sáum við okkur ekki fært að missa manneskju frá okkur í þetta næstu 2 vikurnar, við erum að keyra í gegn með miklu hraði Vildarkortsmeðlimi í apótekum okkar vegna væntanlegra samkeppni og við verðum að nýta allan mannskap í botn þessa dagana [...]“<sup>190</sup>*

Að framansögðu er ljóst að umrætt vildarkerfi Lyfja og heilsu á Akranesi var sett á laggirnar til að hindra það að viðskiptavinir apóteksins myndu beina viðskiptum sínum til hins nýja keppinautar. Þá er ljóst að um var að ræða sama kerfi og Lyf og heilsa höfðu „um árið“ verið með í Mjóddinni, þ.e. þar sem Lyfjaval opnaði apótek árið 2003 og í JL-húsinu þar sem áður var á sama stað starfandi einstaklingsrekið apótek. Rennir þetta reyndar stöðum undir það sem lýst var í upphafi þessa kafla um þá háttsemi Lyfja og heilsu að grípa helst til sértækra aðgerða þar sem samkeppni gætir frá minni keppinautum. Eins og fram kemur hér á eftir töldu stjórnendur Lyfja og heilsu þann 7. júlí 2007 að þeir hefðu „náð um 300 stærstu viðskiptavinunum í vildarklúbbinn okkar“.

#### 3.4 Baráttuafslættir

Ljóst er að stofnun vildarklúbbs á Akranesi fyrir mikilvæga viðskiptavinum var ekki eina aðgerðin sem forsvarsmenn Lyfja og heilsu gripu til í þeim tilgangi að hindra það að Apótek Vesturlands næði að hasla sér völl á Akranesi. Fyrirtækið bauð einnig upp á sértæka afslætti sem einungis stóðu til boða í apóteki þess á Akranesi. Af forsvarsmönnum Lyfja og heilsu voru þessir afslættir nefndir „baráttuafslættir“, sbr. nánar hér á eftir.

Við húsleit Samkeppniseftirlitsins hjá Lyfjum og heilsu á Akranesi var lagt hald á gögn/lista þar sem tilgreind eru vörunúmer og heiti annars vegar 34 lausasölulyfja og hins vegar 68 lyfseðilsskyldra lyfja. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að þau lyf sem tilgreind eru á listanum voru lyf sem átti að lækka verð á í byrjun júlí 2007, þ.e. á sama tíma og Apótek Vesturlands opnaði. Yfirskrift listans er „Framlegðarafsláttur skv. umtali 03.07.07 Gildir í 2 vikur, síðan endurskoða“.<sup>191</sup>

<sup>189</sup> Afritað tölvubréf JÞ til GG, dags. 28. mars 2007, kl. 14:57.

<sup>190</sup> Afritað tölvubréf GG til ÖRT, dags. 12. apríl 2007, kl. 13:23.

<sup>191</sup> Haldlögð gögn nr. 1064-1065.



Þessir listar eru einnig til sem fylgiskjöl með afrituðum tölvupóstum frá forsvarsmönnum Lyfja og heilsu frá þessum tíma. Þannig má sem dæmi nefna að þann 3. júlí 2007 sendi JÞ í tvígang tölvupóst til GBG ásamt listunum. Efni fyrra tölvupóstsins er tilgreint sem: „*vörur sem má lækkar*“.<sup>192</sup> Í síðara tölvubrúfinu segir „*listi með verðum sé gefinn 70% framl. afsl.*“<sup>193</sup> Síðar sama dag eru umræddir listar sendir lyfsöluleyfshafanum á Akranesi í tölvupósti með yfirskriftinni „*Akranes verdlisti 03.07.07*“.<sup>194</sup>

Rétt er greina nánar frá hvað umræddur „*70% framl. afsl.*“ felur í sér. Sú verðlækkun sem boðin var á lyfjunum á þessum tíma fól í sér 70% afslátt af álagningu apóteksins, þ.e. lyf sem áður hafði verið selt með 30% álagningu var með 9% álagningu þegar afsláttur var veittur. Með öðrum orðum að framlegðin, þ.e. það sem apótekið hefur til að standa straum af öllum öðrum rekstrarkostnaði en þeim sem tengist vörunotkun, var einungis tæplega þriðjungur af því sem áður hafði verið. Nánar verður gerð grein fyrir umfangi þessara sértæku afslátta hér á eftir.

Ljóst er af gögnum málsins að tilgangur þess að lækka framlegð um 70% og stofna vildarklúbbinn var sá að þrengja verulega að hinum nýja keppinauti sem stjórnendur Lyfja og heilsu töldu vera fjárhagslega veikburða. Til marks um þetta er tölvupóstur sem GBG sendi til KW, SW og GÓ þann 7. júlí 2007 eða um svipað leyti og afsláttarkerfið tók gildi. Ber tölvupósturinn það með sér að forsvarsmenn Lyfja og heilsu hafi haft hliðsjón af m.a. fjárhagsstöðu, væntum tekjum og afkomu Apóteks Vesturlands þegar þeir tóku ákvörðun um aðgerðir. Um þetta segir nánar í tölvupóstinum:

*„Þá er fyrsta vikan liðin í samkeppninni á Akranesi.*

*Salan þessa viku var 96% mv. áætlun í krónum talin. Í þessum tölum er uppsöfnuð skömmtun sem skekkir myndina aðeins.*

*Ordinasjónir eru um 250 færri þessa viku en á sama tíma í fyrra. Mér sýnist við fá um 65% af lyfseðlum og Óli 35%. Ég var einhverntímann búinn að reikna út að meðalframlegð okkar af lyfseðli væri um 1100 kr. Ef við gefum okkur að Óli hafi fengið 250 lyfseðla með 1100 kr. framlegð þá er framlegð hans af lyfseðlasölu þessa viku 275.000 kr. Lyfseðlasalan hans er því um 1mkr. þessa viku. Ef við gefum okkur að önnur sala þ.e. lausasala og aðrar vörur séu 40% með um 200þús. króna framlegð þá er heildarframlegð hans 475þús. Launin sem hann greiðir eru örugglega um 300þús. þessa viku, húsaleiga um 60þús. og annar rekstrarkostnaður um 2% af sölu um 30þús. Þá sitja eftir 85þús. sem þurfa að duga fyrir vöxtum og afborgunum af lánum.*

<sup>192</sup> Afritað tölvubrúf frá JÞ til GBG, dags. 3. júlí 2007, kl. 14:35.

<sup>193</sup> Afritað tölvubrúf frá JÞ til GBG, dags. 3. júlí 2007, kl. 15:38.

<sup>194</sup> Afritað tölvubrúf frá JÞ til GG og GBG, dags. 3. júlí 2007, kl. 17:55.



*Mér finnst líklegt að öll fjárfesting sé lánsfé. Ef við reiknum með 15% vöxtum af 15 milljónum það gerir 45þús á viku. Ef lánið er til 5 ára þá eru afborganir um 60 þús.*

*Síðan þarf að fjármagna lager sem kostar sitt og framlegðin er sennilega lægri þar sem hann er sennilega með einhverja afslætti í gangi. Mér finnst hæpið að hann hafi úthald lengi miðað við þessar forsendur en helst myndi ég vilja sjá lyfseðlafjölda hjá honum fara niðurfyrir 30% þá er þetta örugglega búið. Hann tekur líklega á sig að vera launalaus eða launalítill einhverntíma en það gengur ekki til lengdar.*

*Ég fékk samþykktir félagsins hjá hlutafélagaskrá og sé að Guðmundur Reykjalín er með honum í stjórn og hlutafé er 750þús. Við höfum náð um 300 stærstu viðskiptavinunum í vildarklúbbinn okkar. Höfum lækkað verð í nokkrum lyfjaflokkum. Munum verða með kynningar og afslætti m.a. á framleiðslunni okkar í næstu viku. Fylgjumst grannt með þessu. Fyrstu vikurnar eru lítið marktækar þar sem margir munu fara fyrir forvitnissakir í byrjun.*<sup>195</sup>

Af þessum tölvupósti er ekki unnt að draga aðra ályktun en þá að það hafi verið markmið forsvarsmanna Lyfja og heilsu með aðgerðunum að búa svo um hnútana að eigandi Apóteks Vesturlands hefði ekki „úthald“ til að reka apótek sitt áfram miðað við gefnar rekstrarforsendur. Koma þyrfti hlutdeild miðað við fjölda afgreiddra lyfseðla („ordinasjónir“) hjá Apóteki Vesturlands úr 35% í 30%, „þá [væri] þetta örugglega búið“. Næðust sett markmið yrði eigandinn „launalaus eða launalítill“ sem ekki gengi til lengdar.

Ljóst er að verðlækkun á lyfjum sem fram kom á umræddum lyfjalistum var ekki einungis beitt fyrstu tvær vikurnar eftir opnun Apóteks Vesturlands eins og virðist hafa verið gert ráð fyrir upphaflega. Í tölvupósti GG til JP og GBG þann 14. júlí 2007, sem ber heitið „Akranes samkeppni“, leggur lyfsalinn á Akranesi það til að „baráttuafsláttum“ verði haldið áfram. Í tölvupóstinum segir m.a.:

*„Nú eru 2 vikur liðnar og ég mæli með “baráttuafsláttum” áfram í allavega 1 til 2 vikur en þið ráðið auðvitað. Þetta bitnar augljóslega á innkomunni og matsatriði hvort “70 % listinn” á að halda sér óbreyttur eða fara í t.d. 50 % nú eða seinna..“*<sup>196</sup>

Fleiri gögn þessa máls styðja það að tilgangur umræddra afsláttu, þ.e. að veita 70% afslátt „af framlegð“, hafi verið sá að koma í veg fyrir samkeppni frá hinum nýja keppinanti. Til viðbótar við það sem að framan hefur verið rakið er skýra vísbendingu um þennan ásetning forsvarsmanna Lyfja og heilsu einnig að finna í tölvupóstamskiptum, m.a. tölvupósti GBG til EA frá 26. júlí 2007 í kjölfar verðkönnunar sem gerð hafði verið til að bera saman verð í apótekunum tveimur á Akranesi. Í tölvupósti EA til GBG og EH þennan dag er tekið sem dæmi verð Apóteks Vesturlands á tveimur lyfjum. Í öðru tilvikinu segir að Apótek Vesturlands

<sup>195</sup> Afritað tölvubréf GG til KW, SW og GÓ, dags. 7. júlí 2007, kl. 19:16.

<sup>196</sup> Afritað tölvubréf GG til GBG og JP, dags. 14. júlí 2007, kl. 13:17 og haldlagt gagn nr. 1054.





sé að „gefa 78% af framlegðinni“ og í hinu tilvikinu „76% af framlegðinni“. Af þessu dregur lyfjastjóri Lyfja og heilsu eftirfarandi ályktun:

*„Hann [ÓA] þarf að hafa sterka aðila á bak við sig til að þola svona litla framlegð. Spurning hvort ekki eigi að kæra hann til samkeppnisstofnunar því samkv. þessu er hann (eða einhver annar) að borga með rekstrinum.“<sup>197</sup>*

GBG svarar með eftirfarandi tölvupósti, dags. sama dag:

*„Þetta er áhugavert. Ég held hinsvegar að erfitt sé fyrir okkur að kæra þar sem við erum að gefa 70% af einstökum vörunúmerum. Hann þolir þetta örugglega ekki lengi.“<sup>198</sup>*

Ekki er hægt að draga aðra ályktun af svari framkvæmdastjórans en þá að hann hafi litið svo á að umrætt verð væri það lágt að hinn nýi keppinatur myndi innan skamms tíma gefast upp, sbr. orðalagið „Hann þolir þetta örugglega ekki lengi.“ Þá skiptir hér máli að lyfjastjórinn taldi að þessi verðlagning gæti ekki staðið nema borgað væri með rekstrinum. Styður þetta það mat Samkeppniseftirlitsins að baráttuafslættir Lyfja og heilsu hafi verið óeðlileg aðgerð. Ber að hafa í huga að aðrar reglur gilda um annars vegar verðlagningu markaðsráðandi fyrirtækis og hins vegar nýs keppinatar sem er að reyna að ná fötfestu á markaðnum.

Af tölvupóstsamskiptum forsvarsmanna Lyfja og heilsu u.þ.b. mánuði síðar má vera ljóst að afslættirnir hafi þá ennþá verið í gildi þ.e. „70% listinn“ og að hann hafi stuðlað að því að hinn nýi keppinatur væri alla vega „ekki að sækja á“. Í tölvupósti frá JP til GBG og GG frá 28. ágúst 2007, sem ber yfirskriftina „Akranes sala í ágúst“ segir eftirfarandi:

*„Salan virðist vera í nokkru jafnvægi. Samkeppnisaðilinn er greinilega ekki að sækja á. Hvernig er afsláttarmálum háttað – er enn verið að gefa afslættina sem ákveðnir voru í byrjun? Hefurðu kannað hvernig verðlagið er hjá honum? Einhverjar kjaftasögur í plássinu um muninn á apótekum – verðum/þjónustu?“<sup>199</sup>*

GG svarar með eftirfarandi tölvupósti þann 29. ágúst 2007 þar sem hann staðfestir að listinn sé ennþá í gildi og þá jafnvel að viðbótarafslættir hafi í einhverjum tilvikum verið veittir:

*„Afslættirnir eru þeir sömu (70 % listinn) og stundum viðbótarafsláttur af öðrum lyfjum (8 – 15 % af frl.) eftir mikilvægi kunnans.“<sup>200</sup>*

<sup>197</sup> Afritað tölvubréf EA til m.a. GBG, dags. 26. júlí 2007, kl. 15:24.

<sup>198</sup> Afritað tölvubréf GG til EA, dags. 26. júlí 2007, kl. 15:34.

<sup>199</sup> Afritað tölvubréf JP til GG, dags. 28. ágúst 2007, kl. 17:23.

<sup>200</sup> Afritað tölvubréf GG til JP, dags. 29. ágúst 2007, kl. 10:33.



Lyf og heilsa halda því fram að þau samskipti sem fram komi í þessum tölvupóstum séu eingöngu þess eðlis að verið sé að hvetja starfsmenn til þess að standa sig vel í samkeppninni á Akranesi sem hafi verið og sé mjög hörð og að eini tilgangurinn hafi verið sá að tryggja að apótek Lyfja og heilsu á Akranesi gæti haldið áfram starfsemi. Öll samskiptin feli í sér að starfsmenn séu að ræða saman um hvernig aðgerðir þeirra hafi virkað og hvort keppinauturinn hafi verið að sækja á. Markmiðið hafi ekki verið að hindra innkomu Apóteks Vesturlands heldur að hindra að innkoman myndi leiða til þess að Lyf og heilsa á Akranesi myndi tapa það miklu af viðskiptum að ekki væri lengur rekstrargrundvöllur fyrir apótekið. Það sé því fráleitt að aðgerðunum hafi verið beint gegn Apóteki Vesturlands. Tilgangur og markmið aðgerðanna hafi verið „að taka þátt í þeim aðstæðum sem voru uppi á Akranesi þar sem samkeppni var óumdeilanlega hörð.“

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessar skýringar Lyfja og heilsu á efni framangreindra tölvupósta. Ljóst er af póstunum að strax eftir opnun Apóteks Vesturlands hafi Lyf og heilsa boðið fjölda lyfja, bæði lyfseðilsskyldra- og lausasölulyfja, á lækkuðu verði með svokölluðum baráttuafsláttum. Fólst verðlækkunin í því að fyrirtækið lækkaði álagningu sína (framlegð) um 70% á tilteknum vörum. Framangreind gögn benda einnig til að þessari lækkun á álagningu hafi sérstaklega verið beint gegn Apóteki Vesturlands. Fyrir utan þá augljósu staðreynd að baráttuafslættirnir voru einungis í boði í apóteki Lyfja og heilsu á Akranesi í kjölfar opunar Apóteks Vesturlands þá bera gögn með sér að þeir hafi verið ákveðnir með hliðsjón af fjárhagsstöðu og væntri afkomu hins síðarnefnda apóteks, þ.e. gera ÓA „launalausan“. Einnig þyrfti að ná fjölda afgreiddra lyfseðla hjá hinum nýja keppinauti „niðurfyrir 30% þá er þetta örugglega búið.“ Þá ber að hafa hér í huga það mat lyfjastjóra Lyfja og heilsu að afslættir þeir sem Apótek Vesturlands bauð hefðu það í för með sér að það þyrfti að „borga með rekstrinum“. Var hér um ræða áþekka afslætti og Lyf og heilsa buðu.

Lyf og heilsa halda því fram í athugasemdum við umfjöllun um baráttuafslætti að við breyttar aðstæður á markaði, s.s. aukna samkeppni, beri fyrirtæki skylda til að bregðast við með þeim hætti að takmarka það fjárhagslega tjón sem aðstæðunum fylgi. Segir að þau úrræði sem stjórnendur Lyfja og heilsu hafi staðið frammi fyrir þegar Apótek Vesturlands kom inn á markaðinn hafi einkum verið eftirfarandi:

- Aukin markaðssetning, t.d. með auglýsingum.
- Hækka vöruverð sem skili auknum tekjum.
- Minnka fastan og breytilegan kostnað.
- Lækka vöruverð og freista þess að sala aukist og þar með vinna upp það tap sem af lækkun leiði.
- Loka og hætta starfsemi.

Í athugasemdunum segir að Lyf og heilsa hafi litið svo á að þrjú fyrstnefndu atriðin kæmu ekki til greina. Samkvæmt lyfjalögum sé bannað að auglýsa



lyfseðilsskyld lyf en vægi þeirra í lyfjasölu sé um 70%. Ekki sé raunhæft að hækka verð þar sem verð á lyfjum í apótekum sé oftast í samræmi við hámarks viðmiðunarverð Lyfjagreiðslunefndar ríkisins á lyfseðilsskyldum lyfjum. Þá sé fastur kostnaður óhjákvæmilega mjög hár vegna strangra ákvæða í lyfjalögum, t.d. vegna krafna um að lyfjafræðingar séu ávallt við störf í apótekum o.fl.

Í máli Lyfja og heilsu segir að gripið hafi verið til lækkunar á framlegð á þeim forsendum að hófleg söluaukning myndi vega upp tapið. Leggja Lyf og heilsa í þessu sambandi fram upplýsingar sem sýna hve mikil söluaukning á lyfjum þurfi að vera í prósentum til að bæta upp tiltekna prósentulækkun á framlegð. Lyf og heilsa mótmæla því að lægsta verðið í apótekum Lyfja og heilsu hafi verið í apótekinu á Akranesi. Samkvæmt upplýsingum um framlegð af vörusölu í apótekum Lyfja og heilsu á tímabilinu frá 1. júlí til 31. desember 2007 hafi hún verið [...] % í apótekum Lyfja og heilsu, [...] % hjá Lyfju og heilsu á Akranesi, [...] % í Apótekaranum og [...] % í Skipholtsapóteki. Verðlagning hafi því verið hliðstæð því sem verið hafi í Apótekaranum og umtalsvert hærri en í Skipholtsapóteki.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er örðugt að skilja þýðingu umfjöllunar Lyfja og heilsu um að lækkuð álagning (framlegð) skýrist af væntingum um aukna sölu. Leiðir vitaskuld af eðli slíkra markaðsaðgerða (þ.e. verðlækkunar vöru, tilboða o.þ.h.) að markmið þeirra er að auka selt magn (eða eftir atvikum að draga úr líkum á því að viðskiptavinir færi viðskipti sín til keppinutarins). Á hinn bóginn sýna gögn málsins að umrædd verðlækkun (baráttuafslættir) Lyfja og heilsu höfðu ekki tilætluð áhrif, þ.e. þau áhrif að sala ykist í samanburði við verðlækkunina þannig að lækkuð framlegð skilaði eftir sem áður hagnaði. Þvert á móti lækkuðu tekjur og markaðshlutdeild tapaðist eins og rakið hefur verið hér að framan. Mikilvægt er þó að hafa í huga að hvað sem líður staðreyndum um aukningu eða minnkun á lyfjasölu Lyfja og heilsu á Akranesi er ótvírætt að tilgangur baráttuafsláttanna var sá að torvela innkomu Apóteks Vesturlands með því að vega að rekstrargrundvelli þess eins og umfjöllun um framangreinda tölvupósta sýnir glögg. Er því óljós þýðing þessarar umfjöllunar Lyfja og heilsu enda er hún í ósamræmi við ítrekaðar ábendingar fyrirtækisins um tapaðar tekjur og þar með hlutdeild apóteks fyrirtækisins á Akranesi þegar Apótek Vesturlands kom inn á markaðinn.

Hvað varðar tilvísun til umfjöllunar um framlegð af vörusölu samanborið við önnur apótek Lyfja og heilsu vísast til nánari umfjöllunar hér á eftir um sértæka afslætti.

### 3.5 Niðurstaða

Með hliðsjón af framangreindu er það mat Samkeppniseftirlitsins að Lyf og heilsa hafi gripið til margvíslegra aðgerða til að hindra innkomu Apóteks Vesturlands á markaðinn fyrir smásölu lyfja á Akranesi. Þessar aðgerðir áttu sér stað bæði í aðdraganda opnunar hins nýja apóteks og eftir að það opnaði. Samandregið er um eftirfarandi aðgerðir að ræða:

- Í byrjun desember 2006 hafði framkvæmdastjóri Lyfja og heilsu samband við ÓA og reyndi að fá hann til að hætta við að opna fyrirhugað apótek sitt á Akranesi. Reyndi framkvæmdastjórinn m.a. að fá ÓA til að opna apótek



sitt annars staðar en á Akranesi. Liður í þessu var einnig að bjóða ÓA að taka við rekstri apóteks Lyfja og heilsu, fyrst á Selfossi og síðar á Akranesi. Þá var þeim skilaboðum komið til Haga, eiganda verslunarkeðjunnar Bónuss, sem rekur verslun í húsnæði með sama heimilisfang og Apótek Vesturlands að Lyf og heilsa myndu „bregðast hart við“ ef nýtt apótek yrði opnað í „Bónus húsinu“.

- Í samskiptum við heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytið beittu Lyf og heilsa sér gegn því að Apótek Vesturlands fengi lyfsöluleyfi.
- Vildarklúbbur Lyfja og heilsu á Akranesi var settur á laggirnar til að tryggja að mikilvægir viðskiptavinir apóteksins myndu ekki beina viðskiptum sínum til Apóteks Vesturlands.
- Lyf og heilsa á Akranesi veittu svokallaða baráttuafslætti af völdum lyfjum. Afslættirnir voru eingöngu í boði í apóteki fyrirtækisins á Akranesi eftir að Apótek Vesturlands opnaði þar. Gögn málsins benda til þess að umfang afsláttanna hafi verið ákveðið með hliðsjón af fjárhagsstöðu og væntri afkomu Apóteks Vesturlands.

Þá má ráða af gögnum málsins að til álita hafi komið að Lyf og heilsa myndu opna annað apótek á Akranesi, þ.e. Apótekarann, sem er sem fyrr segir keðja lágvöruverðsverslana með lyf. Ljóst er að þær hugmyndir voru eingöngu tilkomnar vegna fyrirhugaðrar innkomu hins nýja keppinautar enda kemur skýrt fram í gögnum málsins að forsvarsmenn Lyfja og heilsu töldu að ekki væri rekstrargrundvöllur fyrir tvö apótek á Akranesi.

Með hliðsjón af öllu framangreindu er ljóst að forsvarsmenn Lyfja og heilsu gripu til umfangsmikilla aðgerða sem höfðu það fyrst og fremst að markmiði að koma í veg fyrir að nýr keppinautur næði að hasla sér völl á markaðnum fyrir smásölu á lyfjum á Akranesi. Gögn bera einnig með sér að aðgerðirnar voru að mestu skipulagðar og hrint í framkvæmd af framkvæmdastjóra fyrirtækisins, lyfsöluleyfifhafafa á Akranesi o.fl. stjórnendum fyrirtækisins. Eins og áður hefur verið greint frá þá litu forsvarsmenn Lyfja og heilsu svo á að fyrirtækið væri markaðsráðandi og þyrfti í því ljósi að gæta að aðgerðum sínum. Til marks um þetta er áður nefndur tölvupóstur sem GBG sendi m.a. til EA þann 13. september 2007 eða degi fyrir hútleit Samkeppniseftirlitsins:

*„Sæll Eysteinn*

*Viltu taka saman fyrir mig yfirlit yfir þau lyf lausasölu- og lyfseðilsskyldu sem við höfum lækkað á Akranesi. Ég vil sjá innkaupsverð, söluverð á Akranesi og söluverð í öðrum L&H verslunum. Það eina sem við verðum að passa sem talinn einn af markaðsráðandi aðilum á markaðnum er að við séum aldrei að selja undir kostnaðarverði og að einhver álagning sé alltaf á lyfjunum sem allavega dekkar “overhead” kostnað. Hversu mörg lyf eru þetta og hversu há prósentu er þetta af þeim lyfjum sem*



*við seljum þ.e. vörunúmerum. Sé þetta allt innan marka þá erum við ekki að gera neitt ólöglegt. Aðeins að taka þátt í verðstríði sem Óli hefur sjálfur komið af stað.*<sup>201</sup>

Hér á eftir verður gerð nánari grein fyrir þeim aðgerðum sem Lyf og heilsa gripu til þegar Apótek Vesturlands opnaði í júnilok árið 2007. Almenn tilmæling lögmæti þessara aðgerða er rétt að áréttu að gögn málsins sýna að Lyf og heilsa ákváðu að beita sér gegn Apóteki Vesturlands með aðgerðum sem höfðu það að markmiði „að girða alveg fyrir samkeppni hér“. Gögnin sýna því að tilgangur þessara aðgerða var að viðhalda yfirburðastöðu á Akranesi. Þegar af þessum ástæðum er það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki hafi verið um að ræða eðlilega samkeppni sem markaðsráðandi fyrirtækjum er heimilt að stunda. Slík atlagu markaðsráðandi fyrirtækis gegn keppinautum sínum fer gegn 11. gr. samkeppnislaga. Vísast hér til umfjöllunar hér að framan um ákvæði 11. gr. samkeppnislaga að þessu leyti. Hér skiptir einnig máli að umræddir afslættir og aðgengi að vildarklúbbsi stóð ekki til boða í öðrum apótekum Lyfja og heilsu heldur buðust þau aðeins viðskiptavinum apóteksins á Akranesi, eins og fram hefur komið. Var þetta í ósamræmi við yfirlýsta stefnu Lyfja og heilsu um að sama verð væri í verslunum fyrirtækisins um allt land.<sup>202</sup>

#### **4. Nánar um Vildarklúbb Lyfja og heilsu á Akranesi**

Eins og leiðir af framangreindri umfjöllun var stofnun vildarklúbbs einn liður í því að vinna gegn innkomu Apóteks Vesturlands á markaðinn. Í ábendingu sem Samkeppniseftirlitinu barst við upphaf rannsóknar málsins, og varð tilefni til húsleitar hjá Lyfjum og heilsu, var m.a. bent á að í umræddum vildarkortum kynnu að felast tryggðarafslættir. Við húsleit hjá fyrirtækinu voru haldlögð gögn og tekin afrit af tölvugögnum er tengdust vildarkortunum ásamt því að óskað var eftir nánari upplýsingum og fyrirtækinu gefið færi á að koma að sjónarmiðum sínum. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að þeir samningar sem Lyf og heilsa á Akranesi hefðu gert við þá viðskiptavini sína sem gerðust meðlimir í vildarklúbbsnum færu gegn samkeppnislögum.

Aður en vikið er að aðgerðum Lyfja og heilsu þykir rétt að fjalla um reglur 11. gr. samkeppnislaga um einkakaup og afslátt.

##### **4.1 Reglur 11. gr. samkeppnislaga um einkakaup og afslátt**

Það fer gegn 11. gr. samkeppnislaga ef markaðsráðandi fyrirtæki skuldbindur kaupanda til þess að kaupa alla þjónustu eða vörur viðkomandi tegundar, eða stóran hluta hennar, af því fyrirtæki. Má í þessu sambandi vísa t.d. til dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hér má einnig vísa til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* þar sem til umfjöllunar voru einkakaupasamningar og samkeppnishamlandi afslættir. Í

<sup>201</sup> Afritað tölvubréf GBG til EA, JÞ og GG, dags. 13. ágúst 2007, kl. 19:18.

<sup>202</sup> Í þessu samhengi má t.d. líta til þess að þegar Lyf og heilsa yfirtóku Akranes apótek á árinu 2000 og hófu starfsemi á Akranesi sendi fyrirtækið út fréttatilkynningu. Í henni kemur m.a. fram að sama „vöruverð er í verslunum Lyfja og heilsu, óháð staðsetningu ...“. Sjá t.d. frétt í Morgunblaðinu frá 27. júlí 2000.



úrskurðinum segir eftirfarandi um einkakaupasamninga markaðsráðandi fyrirtækis:

*„Þegar fyrirtæki er í markaðsráðandi stöðu er almennt óheimilt að semja svo um að samningsaðili þess (kaupandi) megi aðeins snúa sér til þess um kaup á þjónustu eða vörum eða stærsta hluta hennar, sem hann þarfnast. Ástæða þess að slík ákvæði um einkakaup eru talin ólögmæt er fyrst og fremst sú að þau eru til þess fallin að útiloka eða takmarka verulega samkeppni frá minni eða nýjum keppinautum um viðkomandi viðskipti. Slíkt getur haft skaðleg áhrif á þá takmörkuðu samkeppni sem getur ríkt á slíkum mörkuðum.“<sup>203</sup>*

Í úrskurðinum kemur einnig fram að venjulega skipti ekki máli hvort einkakaupasamningur sé gerður að beiðni kaupenda eða fyrir tilstilli hins markaðsráðandi fyrirtækis vegna þess að í báðum tilvikum sé hann til þess fallinn að útiloka keppinauta markaðsráðandi fyrirtækis þar sem samkeppni er takmörkuð fyrir. Þá er ljóst að einkakaupasamningur markaðsráðandi fyrirtækis er ólögmætur jafnvel þótt hann hafi ekki komið til framkvæmda, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hafi samningurinn hins vegar verið framkvæmdur telst brotið alvarlegra en ella. Gildistími einkakaupasamnings sem markaðsráðandi fyrirtæki stendur að getur skipt máli. Því lengri sem gildistíminn er því líklegra er að hann sé til þess fallinn að hafa alvarleg áhrif á samkeppni. Þá er lögmæti einkakaupasamnings ekki háð því hvort samningurinn gildi að lágmarki til ákveðins tíma. Því síður ræður það úrslitum hvort viðskiptavinur geti auðveldlega sagt samningnum upp, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Huga þarf að aðstæðum á markaðnum þegar lagt er mat á skaðsemi slíkra samninga markaðsráðandi fyrirtækja.

Tilgangur banns við einkakaupum er að vinna gegn því að markaðsráðandi fyrirtæki geti með óeðlilegum hætti útilokað keppinaut frá tilteknum viðskiptum og raskað þar með samkeppni. Sökum þessa geta ráðstafanir markaðsráðandi fyrirtækis, sem ekki fela í sér formlega skuldbindingu um einkakaup, verið ólögmætari ef þær eru eftir sem áður til þess fallnar að stuðla að útilokun keppinauta. Dæmi um þetta er afsláttur sem ætlað er að skapa tryggð viðskiptavina. Framangreint kemur t.d. skýrlega fram í dómi dómstóls EB í Hoffman-La Roche málinu. Setti dómstóllinn fram þá reglu að markaðsráðandi fyrirtæki væri óheimilt að veita afslætti gegn því skilyrði að viðskiptavinurinn keypti allt eða mest af því sem hann þarfnadist frá hinu markaðsráðandi fyrirtæki og þá skipti ekki máli hvort heildarmagnið væri mikið eða lítið. Gildi einu hvort þetta komi fram í samningi við viðskiptavin eða hvort um sé að ræða einhliða skilyrði af hálfu hins ráðandi fyrirtækis. Slíkir tryggðarafslættir hafi í raun sömu áhrif og formlega skuldbindandi einkakaupasamningar.<sup>204</sup>

<sup>203</sup> Sjá einnig t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-65/89 *BPB Industries v Commission* [1993] ECR II-389.

<sup>204</sup> Dómur dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission*: „An undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers – even if it does so at their request – by an



Ljóst er einnig að sé tiltekna tegund af afslætti að finna í samningum um einkakaup getur það styrkt útilokunaráhrif viðkomandi gernings, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006. Jafnframt er ljóst að markaðsráðandi fyrirtæki geta brotið 11. gr. samkeppnislaga með því einu að veita afslátt sem er til þess fallinn að raska samkeppni, sbr. einnig umfjöllun hér að framan. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 er bent á þetta:

*„Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur með líkum hætti og Samkeppniseftirlitið að afsláttarfyrirkomulag sem byggist á kostnaðarlegum og hlutlægum forsendum sem grundvallast á lægri kostnaði sé að öllu jöfnu ekki talin hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Samkeppnislög banni markaðsráðandi fyrirtækjum ekki að veita magnafslátt ef slíkur afsláttur endurspeglar t.d. sannanlegt kostnaðarlegt hagræði af auknum viðskiptum. Í þessu sambandi teljist það lögmætir afslættir sem veittir eru í tengslum við einstök viðskipti og vegna þess hagræðis sem leiðir af þeim tilteknu viðskiptum. Áfrýjunarnefndin telur enn fremur að afslættir markaðsráðandi fyrirtækja sem tengdir séu einkakaupum eða ætlað sé að tryggja tryggð viðskiptavina geti falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.“*

Í dómi dómstóls EB í Michelin málinu var fjallað um afsláttarkerfi dekkjaframleiðandans Michelin.<sup>205</sup> Afsláttarkerfið var þannig uppbyggt að viðskiptavinir fengu tiltekinn afslátt sem Michelin ákvað með hliðsjón af mati fyrirtækisins á áætluðum heildarinnkaupum viðskiptavinnanna yfir eins árs tímabil. Í dómi dómstólsins var þetta afsláttarkerfi aðgreint frá því sem um var að ræða í Hoffmann-La Roche-málinu að því leyti að viðskiptavinir Michelin voru ekki bundnir að því að eiga eingöngu viðskipti við það fyrirtæki. Dómurinn gat samt sem áður ekki fallist á að um væri að ræða afsláttarkerfi sem jafngilti hefðbundnu magnafsláttarkerfi þar sem afslátturinn hefði verið tengdur sölu til viðskiptavina árið áður.<sup>206</sup> Til að ákvarða hvort Michelin hefði gerst sekt um misnotkun á

---

*obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article 86 of the Treaty, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate.*

*The same applies if the said undertaking, without tying the purchasers by a formal obligation, applies, either under the terms of the agreements concluded with these purchasers or unilaterally, a system of fidelity rebates, that is to say discounts conditional on the customer's obtaining all or most of its requirements-whether the quantity of its purchases be large or small- from the undertaking in a dominant position.“* Sjá einnig Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, fimmta útgáfa 2010, bls. 818: *„Rebates aimed at tying the customer to the dominant company for all or most of its purchases have generally been considered to infringe Article 82.“*

<sup>205</sup> Mál nr. 322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461.

<sup>206</sup> Mál nr. 322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461. *„As regards the system at issue in this case, which is characterized by the use of sales targets, it must be observed that this system does not amount to a mere quantity discount linked solely to the volume of goods purchased since the progressive scale of the previous year's turnover indicates only the limits within which the system applies. Michelin NV has moreover itself pointed out that the majority of dealers who bought more than 3000 tyres a year were in any case in the group receiving the highest rebates. On the other hand the system in question did not require dealers to enter into any exclusive dealing agreements or to obtain a specific proportion of their supplies from Michelin NV, and that this point distinguishes it from loyalty rebates of the type which the court had to consider in its judgement of 13 february 1979 in Hoffmann-La Roche.“*



markaðsráðandi stöðu með afsláttarkerfinu taldi dómurinn að nauðsynlegt væri að taka til skoðunar hvaða viðmið giltu fyrir veitingu afsláttarins og hvort hann hefði verið til þess fallinn að takmarka frelsi kaupenda við val þeirra á birgjum og hvort aðgangur keppinauta Michelin að markaðnum væri takmarkaður.<sup>207</sup> Niðurstaða dómsins var sú að afsláttarkerfi þar sem afslættir væru veittir í tengslum við það magn sem selt væri á tiltölulega löngu tímabili hefði þau áhrif að við lok tímabilsins myndi skapast aukinn þrýstingur á kaupandann að ná þeirri upphæð sem til þyrfti til að fá afsláttinn eða til að forðast tap fyrir árið í heild. Eins og atvikum málsins væri háttað gæti jafnvel ein lítil pöntun haft talsverð áhrif á hagnað fyrirtækisins fyrir allt árið.<sup>208</sup>

Afsláttarkerfi Michelin dekkjaframleiðandans var enn til athugunar í seinna máli, svonefndu Michelin II máli.<sup>209</sup> Nánar tiltekið voru tekin til skoðunar margvísleg afsláttar- og bónuskerfi sem Michelin bauð viðskiptavinum sínum. Voru öll þessi afsláttar- og tryggðarkerfi talin fela í sér misnotkun Michelin á markaðsráðandi stöðu og má í raun segja að með dómi undirréttar í því máli hafi verið gerðar enn ríkari kröfur en í fyrri málum til afsláttar markaðsráðanda fyrirtækja.<sup>210</sup> Þannig var í Michelin II málinu ekki fallist á að markaðsráðandi fyrirtæki mætti nota almennt magnafsláttarkerfi þar sem sýnt þótti m.a. fram á að það væri tryggðarhvetjandi.<sup>211</sup>

Nánar tiltekið fól magnafsláttarkerfið (e. quantity discounts) það í sér að veittir voru tilteknir afslættir sem voru mismunandi eftir umfangi viðskipta. Ef keypt var fyrir minna en 9.000 FF var veittur 7,5% afsláttur, ef keypt var fyrir 9.001 til 15.000 FF var veittur 8,5% afsláttur og ef keypt var fyrir 15.001 til 25.000 var veittur 9% afsláttur. Þrjár ástæður voru einkum taldar vera fyrir því að afsláttarkerfið fæli í sér misnotkun. Í fyrsta lagi að kerfið fæli í sér hvata (e. loyalty-inducing effect) fyrir viðskiptavinum til að ná auknum viðskiptum svo þeir færu upp í næsta afsláttarflokk. Í öðru lagi endurspeglaði afsláttarkerfið ekki stærðarhagkvæmni (e. transaction-specific savings), þ.e. lítill munur gat verið á afsláttarkjörum þó umtalsverður munur væri á viðskiptum. Þannig er ljóst samkvæmt framansögðu að aðili sem átti viðskipti fyrir 10.000 FF fékk 8,5% afslátt en sá sem keypti fyrir 20.000 FF fékk 9% afslátt. Þá þótti óeðlilegt að afslátturinn væri greiddur út í febrúar ári á eftir, þ.e. hann væri ekki veittur á

<sup>207</sup> „In deciding whether Michelin NV abused its dominant position in applying its discount system it is therefore necessary to consider all the circumstances, particularly investigate whether, in providing an advantage not based on any economic service justifying it, the discount tends to remove or restrict the buyer's freedom to choose his sources of supply, to bar competitors from access to the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties or to strengthen the dominant position by distorting competition.“

<sup>208</sup> „The discount system in question was based on an annual reference period. However, any system under which discounts are granted according to the quantities sold during a relatively long reference period has the inherent effect, at the end of that period, of increasing pressure on the buyer to reach the purchase figure needed to obtain the discount or to avoid suffering the expected loss for the entire period. In this case the variations in the rate of discount over a year as a result of one last order, even a small one, affected the dealer's margin of profit on the whole year's sales of Michelin heavy-vehicle tyres. In such circumstances, even quite slight variations might put dealers under appreciable pressure.“

<sup>209</sup> Ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 20. júní 2001, COMP/E-2/36.041/PO-Michelin og dómur undirréttar EB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission*.

<sup>210</sup> Sjá grein eftir Massimo Motta, „*Michelin II – The treatment of rebates*“. 27 nóvember 2006.

<sup>211</sup> „It follows from the foregoing that the Commission was correct to find that the quantity rebate system applied by the applicant infringed Article 82 EC, inter alia because it was loyalty-inducing.“





sama rekstrarári og viðskiptin áttu sér stað. Önnur afsláttarkerfi voru einnig til skoðunar í málinu, t.d. svokallaður þjónustubónus (e. service bonus) sem var afsláttur sem greiddur var eftir á þegar viðskiptavinir höfðu safnað tilteknum fjölda punkta með því að nýta sér þjónustu Michelin. Voru þessi kerfi einnig talin fela í sér misnotkun þar sem þau voru talin vera tryggðarhvetjandi og ósanngjörn m.a. af því að þau mismunuðu viðskiptavinum auk þess sem þau gerðu ráð fyrir að viðskiptavinir afhentu Michelin viðkvæmar viðskiptaupplýsingar. Í dómi undirréttar EB kom fram að afsláttarkerfi þar sem afslátturinn hækkaði í sama hlutfalli og aukið magn fæli almennt ekki í sér útilokandi áhrif og þar með brot.<sup>212</sup> Þá hefði kerfi, þar sem afslátturinn væri veittur um leið og viðskiptin áttu sér stað (kæmi fram á reikningi) og væri að auki í hlutfalli við stærð pöntunar, engin tryggðarhvetjandi áhrif.<sup>213</sup> Við mat á því hvort afsláttarkerfi fæli í sér misnotkun væri nauðsynlegt að líta til forsendna afsláttarins og þá sérstaklega hvaða reglur giltu um veitingu hans. Þá væri nauðsynlegt að rannsaka hvort afslátturinn byggðist á efnahagslegum forsendum sem gætu réttlætt hann. Einnig þyrfti að kanna hvort afslátturinn takmarkaði frelsi kaupandans við val á birgjum, hvort hann fæli í sér aðgangshindranir fyrir keppinauta og hvort hann mismunaði aðilum í samskonar viðskiptum eða væri til þess fallinn að styrkja markaðsýfirráð með röskun á samkeppni.<sup>214</sup>

Með hliðsjón af þessu má almennt segja að dómaframkvæmd dómstóla EB sýni að meta þurfi tvö atriði varðandi lögmæti afsláttar markaðsráðandi fyrirtækja. Í fyrsta lagi þarf að svara því hvort afsláttur hafi í för með sér útilokunaráhrif, þ.e. hvort afslátturinn t.d. geri það erfiðara eða ómögulegt fyrir keppinauta að afla sér viðskipta. Í þessu sambandi skiptir miklu máli að meta hvort afsláttirnir séu tryggðarhvetjandi eða takmarki val viðskiptavina á söluaðilum. Í öðru lagi verður að skoða hvort efnahagslegar forsendur geti réttlætt veitingu afsláttarins.<sup>215</sup> Með hliðsjón af dómi undirréttar í Michelin II málinu er ekki nægilegt að sömu afsláttarkjör standi öllum til boða. Nauðsynlegt er að afslátturinn byggji á hlutlægum viðmiðum og tengist umfangi viðskipta og að hann sé helst veittur um leið og viðskiptin eiga sér stað. Þá ber að hafa sérstaklega í huga að ef afsláttur er beinlínis ætlað að raska samkeppni getur hann ekki talist eðlilegur í þessum

<sup>212</sup> „Quantity rebate systems linked solely to the volume of purchases made from an undertaking occupying a dominant position are generally considered not to have the foreclosure effect prohibited by Article 82 EC.“

<sup>213</sup> „It follows that a rebate system in which the rate of the discount increases according to the volume purchased will not infringe Article 82 EC unless the criteria and rules for granting the rebate reveal that the system is not based on an economically justified countervailing advantage but tends, following the example of a loyalty and target rebate, to prevent customers from obtaining their supplies from competitors.“

<sup>214</sup> „In determining whether a quantity rebate system is abusive, it will therefore be necessary to consider all the circumstances, particularly the criteria and rules governing the grant of the rebate, and to investigate whether, in providing an advantage not based on any economic service justifying it, the rebates tend to remove or restrict the buyer's freedom to choose his sources of supply, to bar competitors from access to the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties or to strengthen the dominant position by distorting competition.“

<sup>215</sup> Sjá hér t.d. álit Kokott aðallögsögumanns við dómstól EB frá 23. febrúar 2006 í máli nr. C-95/04P British Airways v Commission: „It therefore needs to be examined first whether the rebates or bonuses granted by an undertaking in a dominant position can give rise to a foreclosure effect, i.e. whether they are capable of making it difficult or impossible for the competitors of the dominant undertaking to have access to the market and for the business partners of the dominant undertaking to choose between various sources of supply; secondly, it needs to be examined whether there is an objective economic justification for the rebates or bonuses granted.“



skilningi. Þá skiptir ekki máli varðandi lögmætið hvort hið samkeppnishamlandi markmið nær fram að ganga eða ekki.<sup>216</sup>

Hér verður að hafa í huga að það er meginregla í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki verða sjálf að sýna fram á efnahagsleg rök fyrir tilteknum afslætti.<sup>217</sup> Í því felst að fyrirtækin verða að sýna með nákvæmum hætti hið kostnaðarlega hagræði sem réttlætir afslátt. Almennar staðhæfingar um hagræði af auknum viðskiptum duga ekki.<sup>218</sup> Ef fullnægjandi upplýsingar liggja ekki fyrir verður hið markaðsráðandi fyrirtæki að bera halla af skorti á upplýsingum um það, að annað hafi vakað fyrir því með veitingu viðkomandi afsláttar en að styrkja og viðhalda að einhverju leyti markaðsráðandi stöðu sinni, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 120/2001 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*.

#### 4.2 Aðgerðir Lyfja og heilsu

Eins og nánar verður rakið hér á eftir gerðu þeir viðskiptavinir sem gengu í vildarklúbb Lyfja og heilsu á Akranesi samning við apótekið sem fól það í sér að þeir myndu beina lyfjakaupum sínum til þess apóteks gegn því að fá ákveðna endurgreiðslu eða inneign að samningstíma liðnum auk ýmissa fríðinda. Að mati Samkeppniseftirlitsins er því nauðsynlegt að taka til skoðunar hvort vildarklúbburinn hafi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Eins og greint var frá hér að framan sendi framkvæmdastjóri Lyfja og heilsu tölvupóst þann 4. desember 2006 og gerði grein fyrir tilraunum og hugmyndum um aðgerðir til að vinna gegn innkomu og samkeppni frá Apóteki Vesturlands. Bað hann tiltekna yfirmenn fyrirtækisins um að setja fram hugmyndir því tengdar. Lyfjastjóri fyrirtækisins svaraði með tölvupósti frá 7. desember 2006 og setti fram tillögu um vildarklúbb. Gögnin sýna einnig að bæði framkvæmdastjóri og markaðsstjóri Lyfja og heilsu töldu þetta góða hugmynd. Ljóst er skv. framansögðu að tilgangur þessa vildarklúbbs var að raska samkeppni frá hinum nýja keppinauti og umrædd gögn sýna svo ekki verður um villst að staðhæfingar Lyfja og heilsu, um að fyrirtækið hafi ekki vitað af hinu nýju apóteki þegar það tók ákvörðun um vildarklúbb á Akranesi, eru rangar, sbr. nánar hér á eftir. Gögn málsins sýna einnig að þessi áform voru framkvæmd. Var tekið upp samskonar vildarkerfi og notað hafði verið í apótekum fyrirtækisins í Mjódd og JL-húsinu við Hringbraut en á báðum þessum stöðum gætti samkeppni við einstaklingsrekin apótek.

<sup>216</sup> Sjá t.d. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, sjötta útgáfa 2008 bls. 950: „Conduct that may otherwise be permissible even on the part of a dominant firm may be rendered abusive if its purpose is anti-competitive. ... Equally, conduct may be abusive where it has failed to achieve its intended effect.”

<sup>217</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II 2969. Sjá einnig dóm undirréttar EB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission*.

<sup>218</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-163/99 *Portugal v Commission* [2001] ECR I-2613. Sjá einnig dóm undirréttar EB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission*. Sjá jafnframt Dr. Hans-Georg Kamann og Ellen Bergman, *The Granting of Rebates by Market Dominant undertakings under Article 82 of the EC Treaty*, [2005] ECLR 83: „The burden of proof for an economic justification lies with the dominant company. It needs to show in detail that the rebate is based on cost savings. General allegations that a rebate compensates volume benefits in production or distribution costs are not sufficient.”



Við húsleit Samkeppniseftirlitsins í lyfjaverslun Lyfja og heilsu á Akranesi var m.a. lagt hald á afrit af samningum (samningsformum) um vildarklúbb apóteksins. Þessir samningar bera yfirskriftina „Vildarklúbbur – Samningur“, „Vildarklúbbur Lyf & heilsu Akranesi“ og „Samstarfssamningur vegna lyfjakaupa.“<sup>219</sup> Í samningunum kemur fram að Lyf og heilsa Akranesi og tilgreindur viðskiptavinur geri með sér samning um lyfjakaup á „eftirfarandi lyfjum“ og er gert ráð fyrir að tilgreind séu allt að 12 lyf eða númer lyfja skv. svokölluðu ATC flokkunarkerfi.<sup>220</sup>

Samningseyðublaðið lýtur svona út:<sup>221</sup>

---

<sup>219</sup> Sjá t.d. samning dagsettan 11. apríl 2007. (Haldlagt gagn nr. 1048).

<sup>220</sup> Útskýrt svo af Lyfjastofnun: „ATC flokkun er flokkunarkerfi þar sem lyf eru flokkuð eftir því í hvaða líffærakerfi þeim er aðallega ætlað að hafa áhrif. Þannig er A flokkur (alimentary) meltingarfæra- og efnaskiptalyf, B flokkur (blood) blóðlyf, C flokkur (cardiovascular) hjarta- og æðasjúkdómalyf o.s.frv.“ Sjá [www.lyfjastofnun.is](http://www.lyfjastofnun.is)

<sup>221</sup> Haldlagt gagn nr. 1057. Afrit af samningum sem Lyf og heilsa gerði við viðskiptavini sína þátttöku þeirra í klúbbum voru síðar sendir Samkeppniseftirlitinu.



## Vildarklúbbur - Samningur

### Vildarklúbbur Lyf & heilsu Akranesi

#### - Samstarfssamningur vegna lyfjakaupa -

Lyf og heilsa Akranesi kt. 650299-2649 og

Nafn: \_\_\_\_\_ Kt: \_\_\_\_\_

Heimili: \_\_\_\_\_ Póstnr.: \_\_\_\_\_ Staður: \_\_\_\_\_

Sími: \_\_\_\_\_ Gsm: \_\_\_\_\_ Netfang: \_\_\_\_\_

Gera með sér samning um lyfjakaup á eftirfarandi lyfjum:

#### ATC númer


Samningurinn gildir fyrir lyfjakaup þau sem getið er um að ofan.

- Samningurinn er bundinn kennitölu viðskiptavinar.
- Samningurinn gildir ekki fyrir skömmtuð lyf.
- Gildistími samningsins er í 14 mánuði frá undirritun hans.
- Viðskiptavinur fær Vildarkort sem gildir eingöngu í Lyf & heilsu á Akranesi.
- Gegn framvísun kortsins fær viðskiptavinur 12% afslátt af öðrum vörum en lyfseðilskyldum lyfjum. Afslátturinn gildir sem lágmarksafsláttur. Séu hærri afslættir í gangi gilda þeir.
- Við merkingu í reit 4 á korti fær viðskiptavinur fria blóðþrýstingsmælingu. Við merkingu í reit 8 á korti fær viðskiptavinur úttekt á vítamínum að verðmæti kr. 500. Uppfylli viðskiptavinur samninginn fær hann greiddar kr. 10.000 eða kr. 12.000 inneign hjá Lyf & heilsu Akranesi.
- Farið er með allar upplýsingar í samningi þessum sem trúnaðarupplýsingar
- Samning þennan staðfestir lyfjafræðingur Lyf & heilsu Akranesi og samningsaðili eða aðili fyrir hans hönd, með undirskrift sinni og skuldbinda sig til að fara eftir honum.

Ég samþykki með undirritun minni að beina viðskiptum vegna ofangreindra lyfja til Lyfja og heilsu Akranesi.

Staður og dagsetning: \_\_\_\_\_

Undirskrift

F.h. Lyfja & heilsu Akranesi

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Skjalið er geymt í Vildarklúbbsmöppu

Samkvæmt upplýsingum frá Lyfjum og heilsu fékk viðkomandi viðskiptavinur síðan í hendur vildarkort þar sem gert var ráð fyrir því að merkt væru inn í tiltekna reiti þau „fastalyf“ sem viðkomandi viðskiptavinur notaði.



Vildarkortið leit svona út: <sup>222</sup>

ATC númer	Alm. Fjöldn.	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
					Blóðþrýstingsmæling				Vítamín fyrir 500 kr.				10.000 kr. ávísun eða 12.000 kr. inneign

Í bréfi Lyfja og heilsu frá 8. október 2007 segir um þetta:

„Vildarkortin voru fyrst gefin út á Akranesi í mars 2007 og standa þeim viðskiptavinum til boða sem versla u.þ.b. mánaðarlega lyfseðilskyld lyf hjá apótekinu. Þá er það einnig skilyrði fyrir útgáfu vildarkorts að umræddur viðskiptavinur hafi verslað hjá apótekinu fyrir a.m.k. kr. 100.000 síðustu 12 mánuði fyrir útgáfu kortsins. Miðað er við heildarkaupverð lyfja, þ.e. hlut sjúklings og Tryggingarstofnunar ríkisins. Gildistími vildarkorts er 14 mánuðir og þarf engar sérstakar aðgerðir til að viðhalda því.“

Lyf og heilsa hafa einnig lýst þeim kjörum sem fylgi kortinu. Fram kemur að korthafar hafi fengið 12% afslátt af öðrum vörum en lyfseðilsskyldum lyfjum. Þegar almennur hærrí afsláttur hafi verið veittur, hafi hann gilt. Auk þess hafi korthafar átt rétt á blóðþrýstingsmælingu (í fjórða mánuði) og 500 kr. vítamínneign (í áttunda mánuði) á gildistíma kortsins. Síðan segir í umræddu bréfi fyrirtækisins:

„Að lokum getur handhafi korts fengið endurgreiðslu í reiðufé kr. 10.000 eða gjafabréf frá umbjóðanda okkar að upphæð 12.000. Skilyrði þess að handhafi korts eigi rétt á endurgreiðslu er að hann hafi komið með a.m.k. 12 lyfseðla í apótekið á gildistíma kortsins og gildir það óháð því fyrir hversu háar fjárhæðir hefur verið verslað.“

<sup>222</sup> Afrit af vildarkortum fylgdu m.a. sumum samningum sem bárust með bréfi Lyfja og heilsu til Samkeppniseftirlitsins þann 7. október 2009.



Í skýringum Lyfja og heilsu segir einnig að inn á kortin hafi verið færð nöfn „fastalyfja viðkomandi viðskiptavinar og síðan færð dagsetning í dálka þar á eftir og miðað við að hvert lyf væri leyst út u.þ.b. einu sinni í mánuði“ og dagsetning viðskiptanna skráð á kortið. Væri um fjölnota lyfseðla að ræða eða lyf sem leyst væru út t.d. á þriggja mánaða fresti væri krossað í tvo reiti og dagsetning færð í þriðja reitinn. Þannig hafi verið unnt að ljúka ársviðskiptum með fernum viðskiptum á þriggja mánaða fresti. Fyrirtækið segir einnig að „þegar viðskiptavinur var búinn að fá innfærð fastalyfjaviðskipti einhvers af skráðum lyfjum í 12-14 mánuði var réttur til endurgreiðslu og inneignar kominn.“ Þá segir í skýringum Lyfja og heilsu að „þeir skilmálar sem fólust í vildarkortinu voru kynntir munnlega fyrir viðskiptavinum af lyfsöluleyfshafa eða staðgengli hans.“

Samkvæmt framansögðu er ljóst að skilmálar vildarkortsins eru þeir sömu og fram koma á umræddu samningsformi. Lyf og heilsa segja um fjölda útgefna vildarkorta að þau hafi verið 54 þann 31. mars 2007, 236 þann 30. apríl 2007, 297 þann 31. maí 2007, 304 þann 30. júní 2007, 323 þann 31. júlí 2007 og 328 þann 31. ágúst 2007. Á árinu 2007 hefðu alls verið gefin út 347 vildarkort.

Í athugasemdum við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins mótmæla Lyf og heilsa því að samningar hafi verið gerðir sem hafi falið það í sér að viðskiptavinum væri bannað að eiga viðskipti við önnur apótek. Vildarkortshöfum hafi verið boðin umrædd kjör en í þeim hafi ekki falist nein skuldbinding af hálfu Lyfja og heilsu. Þau samningsdrög (sbr. haldlagningarskjal nr. 1048) sem hafi legið fyrir hafi ekki verið notuð og viðskiptavinurinn því ekki verið skuldbundinn til að eiga eingöngu viðskipti við Lyf og heilsu. Þá segir að í samningsdrögunum komi hvergi fram að viðskiptavinur skuldbindi sig til að eiga ekki viðskipti við aðra aðila eða að hann muni eingöngu kaupa lyf sín af Lyfjum og heilsu. Þetta þýði að jafnvel þó viðskiptavinur hefði skrifað undir slíkan samning hefði ekki falist í því skuldbinding um að eiga ekki viðskipti við aðra en Lyf og heilsu.

Vegna þessa óskaði Samkeppniseftirlitið eftir nánari upplýsingum um tilurð, tilgang og notkun þessara samningsforma. Þá var óskað eftir afriti af þeim samningum sem gerðir höfðu verið við þá aðila sem urðu meðlimir í vildarklúbbum á árinu 2007. Samkeppniseftirlitinu bárust alls 347 samningar við 341 einstakling. Í öllum samningunum er notast við framangreint samningsform og það útfyllt að öðru leyti en því að kaupendur rita ekki nafn sitt undir á eyðublöðunum. Lyf og heilsa hafa útskýrt þetta svo í bréfi frá 22. október 2009:

*„Í upphafi var ráðgert að viðskiptavinurinn myndi skrifa undir samning sem staðfesti aðild hans að vildarklúbbum. Í þeim tilgangi var útbúið samningsform sem ætlunin var að vildarklúbbsmeðlimur myndi skrifa undir. Rétt áður en vildarklúbbum var hrint formlega af stað var horfið frá því að láta viðskiptavini skrifa undir formlegan samning. Var þess einungis krafist að viðskiptavinur framvísaði kortinu. ... Enginn skuldbindandi samningur var því undirritaður. Samningsformið var notað sem eyðublað til þess að halda utanum nafn viðkomandi vildarklúbbsfélaga og kvittunin undir staðfesti hver fyllti út eyðublaðið af hálfu umbjóðanda okkar. Öll formin eru undirrituð af starfsmanni*



*umbjóðanda okkar en ekki af viðskiptavini og voru ekki ætluð sem formlegur samningur á milli aðila.“*

Þá hafa Lyf og heilsa haldið því fram að útgáfa vildarkortanna hafi ekki falið í sér samkeppnishamlandi háttsemi og að handhöfum vildarkortanna hafi verið „fullkomlega frjálst að versla hjá öðrum apótekum og verslunum“ auk þess sem viðskipti hjá öðrum keppinautum hafi ekki haft nein áhrif á kjör vildarkorthafans.

Af skýringum Lyfja og heilsu má skilja að fyrirtækið líti svo á að þar sem viðsemjendur, þ.e. einstaklingar sem gerðust félagar að vildarklúbbum, hafi ekki skrifað undir umrætt samningsform hafi ekki komist á samningur milli fyrirtækisins og þeirra. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta. Verður að telja að útgáfa Lyfja og heilsu á Akranesi á vildarkortum og þeim samskiptum sem útgáfunni tengdust hafi falið í sér samninga við viðkomandi viðskiptavini. Lyf og heilsa hafa upplýst að skilmálar fyrir vildarkortinu hafi verið kynntir munnlega fyrir tilteknum viðskiptavinum. Þeir sem hafi átt kost á þessu hafi verið viðskiptavinir á Akranesi „sem versla u.þ.b. mánaðarlega lyfseðilskyld lyf hjá apótekinu.“ Ljóst er að ef viðskiptavinur var samþykkur umræddum skilmálum veitti hann apótekinu upplýsingar um öll sín „fastalyf“ (þ.e. öll reglubundin lyf sem viðkomandi sjúklingur þurfti á að halda á þeim tíma sem vildarkortið var gefið út) og voru þau færð inn á vildarkort hans. Ber að hafa í huga að hér gat verið um að ræða viðkvæmar persónuupplýsingar. Ef viðskiptavinurinn stóð við að kaupa fastalyf með reglubundnum hætti í 12-14 mánuði öðlaðist hann rétt til nefndrar endurgreiðslu/inneignar, auk annarra tilgreindra fríðinda.

Með hliðsjón af framangreindu er ekki unnt að fallast á að samningarnir hafi ekki verið skuldbindandi. Þó ljóst sé að fallið hafi verið frá því að láta viðskiptavini undirrita samningana gat endurgreiðslan/inneignin ekki komið til nema við reglubundin viðskipti með fastalyf viðkomandi. Ef viðskiptavinur fullnægði kröfunni um reglubundin viðskipti skapaðist „réttur“ til framangreindra fríðinda, eins og það er orðað af Lyfjum og heilsu. Í þessu fyrirkomulagi fólst einnig sterkur hvati fyrir viðskiptavini að standa við sína hlið á samningum og beina öllum umsömdum lyfjakaupum (þ.e. þeim sem tilgreind voru á samningunum) einungis til Lyfja og heilsu á Akranesi. Ef lyfin eða drjúgur hluti þeirra hefðu verið keypt hjá keppinauti Lyfja og heilsu hefði hinn eftirágreiðdi afsláttur tapast. Ber að hafa í huga að vildarklúbbum var beint að „bestu“ viðskiptavinum Lyfja og heilsu (þ.e. þeim sem keyptu mest), sbr. nánar hér á eftir. Voru þessir skilmálar til þess fallnir að útiloka með óeðlilegum hætti hinn nýja keppinaut, Apótek Vesturlands, frá mikilvægum viðskiptum. Skal þetta rökstutt nánar.

Samkeppniseftirlitið ítrekar hér að afsláttarfyrirkomulag sem byggist á kostnaðarlegum og hlutlægum forsendum, þ.e. verðlækkun sem grundvallast á lægri kostnaði, er að öllu jöfnu ekki talið hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Samkeppnislög banna markaðsráðandi fyrirtækjum þannig ekki að veita magnafslátt ef slíkur afsláttur endurspeglar sannanlegt kostnaðarlegt hagræði af auknum viðskiptum. Í þessu sambandi teljast það lögmætir afslættir sem veittir eru í tengslum við einstök viðskipti og vegna þess hagræðis sem leiðir af þeim



tilteknu viðskiptum.<sup>223</sup> Það á hins vegar ekki við um afslætti markaðsráðandi fyrirtækja sem tengdir eru skyldu um einkakaup eða ætlað er að auka tryggð viðskiptavina. Slíkir afslættir fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Þannig telst það t.a.m. samkeppnishamlandi þegar markaðsráðandi fyrirtæki áætla heildarinnkaup viðskiptavina fyrir tiltekið tímabil og veitir afsláttarkjör í lok tímabilsins gegn því að viðskiptavinirnir standi við hin áætluðu innkaup. Með því er þrýst á viðskiptavinina að kaupa ekki af öðrum keppinautum þar sem líkur eru á því að þeir tapi með því afslætti hjá hinu markaðsráðandi fyrirtæki náist ekki sett takmark um heildarinnkaup. Sama á við um almenn afsláttarkjör sem greidd eru út eftir á og eru ekki í samræmi við umfang viðskipta. Segja má að meginreglan sé sú að markaðsráðandi fyrirtæki sé óheimilt að veita afslætti eða aðra ívilnun sem vinnur með óeðlilegum hætti gegn því að viðskiptavinir þess eigi viðskipti við keppinauta.

Þeir afslættir sem stöðu handhöfum vildarkortanna til boða voru tvíþættir. Í fyrsta lagi stóð korthöfum til boða tiltekinn afsláttur af öðrum vörum og þjónustu en lyfseðilsskyldum lyfjum. Í öðru lagi var um að ræða eftirágreiðdan afslátt (inneign eða endurgreiðslu) sem þeir handhafar kortsins fengu sem höfðu keypt lyfseðilsskyld lyf a.m.k. 12 sinnum á allt að 14 mánaða tímabili frá útgáfu kortsins.

Lyf og heilsa halda því fram að umræddir afslættir hafi verið lögmætir. Þeir hafi verið „veittir á almennum mælikvarða og á jöfnum grundvelli“. Viðskiptavinir hafi ekki verið „sérvaldir“ heldur hafi allir þurft að „uppfylla sömu málefnalegu skilyrði“ til að fá vildarkort og handhafar kortanna hafi notið sömu kjara. Þá hafi kjörin boðist óháð umfangi viðskipta og veltu. Lyf og heilsa halda því fram að útilokunaráhrif vildarklúbbsins hafi ekki verið mikil en Apótek Vesturlands hafi einungis á fáeinum vikum náð 50% markaðshlutdeild.

Á þetta er ekki unnt að fallast. Í fyrsta lagi felur það ekki í sér réttlætingu á vildarkerfinu að kjör hafi ekki tekið mið af „umfangi viðskipta og veltu“, sbr. framangreint. Þá er ljóst að það var markmið Lyfja og heilsu að stærstu viðskiptavinir apóteksins fengju útgefið vildarkort. Til marks um þetta er áður nefndur listi yfir 500 bestu viðskiptavinir Lyfja og heilsu á Akranesi<sup>224</sup> en forsvarsmenn fyrirtækisins töldu þessa viðskiptavinir vera „stærstu viðskiptavinina“, sbr. framangreindan tölvupóst GBG frá júlí 2007. Hvað varðar fjölda viðskiptavina sem voru skráðir í vildarklúbbinn þá voru samkvæmt upplýsingum Lyfja og heilsu 347 vildarkort gefin út (á nafn 341 einstaklings) á árinu 2007. Í þessu samhengi má hafa í huga að íbúar Akraness voru u.þ.b. 6.300 árið 2007. Ljóst er því að umfang tryggðarkjaranna var mikið. Þegar umræddur listi yfir 500 stærstu viðskiptavinina er borinn saman við lista yfir þá viðskiptavinir (341) sem gengu í vildarklúbbinn kemur í ljós að 336 (eða um 98%) voru á fyrrnefnda listanum. Einungis sjö einstaklingar í vildarklúbbnum voru ekki í hópi 500 „bestu“ viðskiptavina apóteksins. Það er því rangt að þeir viðskiptavinir sem fengu útgefið vildarkort hafi ekki verið „sérvaldir“. Í bréfi Lyfja og heilsu frá 8.

<sup>223</sup> Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 22. september 1997 í máli nr. IV/34.621 *Irish Sugar*: „Quantity discounts are normally paid in respect of individual orders (i.e. unrelated to the customer's purchases over a period of time) and in return for cost savings achieved by the supplier.“

<sup>224</sup> Afritað tölvubréf JÞ til GG, dags. 28. mars 2007, kl. 14:57.





október 2007 kom fram að þeim viðskiptavinum „sem versla u.þ.b. mánaðarlega lyfseðilsskyld lyf hjá apótekinu“ stæði vildarkortið til boða. Þá hafi það einnig verið „skilyrði fyrir útgáfu vildarkorts að umræddur viðskiptavinur hafi verslað hjá apótekinu fyrir a.m.k. kr. 100.000 síðustu 12 mánuði fyrir útgáfu kortsins.“<sup>225</sup> Í athugasemdum Lyfja og heilsu við andmælaskjalið var því hins vegar haldið fram að fallið hafi verið frá þessu seinna skilyrði í framkvæmd. Vekur þetta misræmi eftirtekt í ljósi þess að þegar Lyf og heilsa veittu umbeðnar upplýsingar í október 2007 hafði fyrirtækið þegar gefið út yfir 300 vildarkort á Akranesi. Hvað sem þessu líður er þó ljóst samkvæmt framansögðu að lögð hefur verið á það áhersla að einstaklingar með umfangsmikil viðskipti gerðust meðlimir í vildarklúbbum. Studdi það augljóslega við þá stefnu fyrirtækisins að vinna gegn því að Apótek Vesturlands næði fótfestu á markaðnum.

Við mat á því hvort þeir afslættir Lyfja og heilsu sem veittir voru meðlimum vildarklúbbsins hafi falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu þarf í samræmi við framangreinda umfjöllun einnig að taka til skoðunar möguleg tryggðaráhrif þeirra. Eins og áður greinir var það skilyrði fyrir afslætti (inneign/endurgreiðslu) að kaupa lyfseðilsskyld lyf að jafnaði einu sinni í mánuði eða mánaðarskammt af „fastalyfjum“ viðkomandi viðskiptavinar í apóteki Lyfja og heilsu á Akranesi. Væri þetta skilyrði uppfyllt fékk viðskiptavinurinn inneign eða endurgreiðslu að 12-14 mánuðum liðnum. Til viðbótar áttu korthafar rétt á blóðþrýstingsmælingu og vítamíninneign á tímabilinu. Að mati Samkeppniseftirlitsins er samkvæmt þessu ljóst að viðskiptavinir sem voru með vildarkort höfðu sterkan hvata til þess að beina viðskiptum sínum eingöngu til Lyfja og heilsu á Akranesi. Ef viðskiptum hefði verið beint annað og þar með ekki verið staðið við samninga áttu viðskiptavinir það á hættu að tapa umsömdum afsláttum og fríðindum. Þegar þessir afslættir eru virtir í samhengi við það að viðkomandi viðskiptavinir höfðu gengið í vildarklúbb apóteksins með tilheyrandi upplýsingagjöf og samningum þar að lútandi er það mat Samkeppniseftirlitsins að það afsláttar- og fríðindakerfi sem vildarklúbburinn fól í sér hafi verið til þess fallið að skapa sterka tryggð viðskiptavina við apótekið. Í þessu sambandi verður að hafa í huga að meðlimir vildarklúbbsins voru sem fyrr segir nær eingöngu stærstu viðskiptavinir apóteksins og tóku viðskiptin til „fastalyfja“ þeirra, en sem fyrr segir verður að gera ráð fyrir að það séu öll helstu lyf sem einstaklingarnir hafi reglubundið þurft að nota. Þá er jafnframt ljóst að afsláttarkjörin voru ekki veitt í tengslum við einstök viðskipti. Hér ber og að hafa í huga að tilgangur þessa kerfis var að vinna gegn innkomu Apóteks Vesturlands.

Taka þarf einnig til skoðunar hvort afsláttarkerfið hafi byggst á kostnaðarlegum forsendum, þ.e. hvort samræmi hafi verið á milli veittra afslátta/fríðinda og keypts magns. Eins og rakið hefur verið hér að framan voru umrædd kjör ávallt þau sömu hjá öllum viðskiptavinum alveg óháð umfangi viðskiptanna. Er þegar ljóst af þessu fyrirkomulagi að afslátturinn var ekki magntengdur þannig að viðskiptavinir sem keyptu sama magn nutu ekki endilega sömu kjara. Í málinu var þó óskað eftir upplýsingum um heildarviðskipti meðlima vildarklúbbsins til að kanna hvort þeir nytu í raun sambærilegra kjara. Var það gert með bréfi

<sup>225</sup> Var í því samhengi miðað við heildarkaupverð lyfja, þ.e. hlut sjúklings og Tryggingastofnunar ríkisins (nú Sjúkratrygginga Íslands).



Samkeppniseftirlitsins, dags. 7. október 2009. Í svörum Lyfja og heilsu kom fram að ekki væru fyrirbyggjandi upplýsingar um viðskipti við hvern og einn einstakling þar sem gögnum um einstaklingsviðskipti sem væru eldri en 24 mánaða væri eytt í samræmi við ákvörðun Persónuverndar frá 19. maí 2008.<sup>226</sup> Svörunum fylgdu þó sundurliðaðar upplýsingar um viðskipti 83 einstaklinga frá útgáfu korts þeirra á fyrri hluta ársins 2007 (í flestum tilvikum) fram yfir mitt ár 2008. Ljóst er þegar af þessum upplýsingum að viðskipti einstaklinga í vildarklúbbnum voru mjög mismunandi. Hjá þeim aðila þar sem viðskiptin voru minnst námu þau [...] kr. en þar sem þau voru mest voru þau [...] kr. Er því ljóst að endurgreiðslan hefur numið allt frá því að vera um 9% af viðskiptum viðkomandi einstaklings í það að einstaklingur fékk endurgreidda upphæð sem var um fimmföld sú upphæð sem verslað var fyrir. Rétt er þó að hafa í huga að þessar upplýsingar taka mið af greiðsluþátttöku einstaklinga. Upplýsingar um greiðsluþátttöku Sjúkratrygginga Íslands liggja hins vegar ekki fyrir í málinu. Rétt er að hafa í huga að sú samanlagða greiðsla sem lyfjaverslunin fær vegna hverra viðskipta við lyfjakaupendur er hærri en sú fjárhæð sem lyfjakaupendur greiða, enda greiða Sjúkratryggingar mismuninn, sem er mjög mikill í mörgum tilvikum. Því er raunafsláttur af hverjum viðskiptum frá sjónarhóli apóteksins, þ.e. samtölu þess sem einstaklingar og Sjúkratrygging Íslands greiða, vitaskuld hlutfallslega mun minni en sá afsláttur sem einstaklingarnir, sem fá afsláttinn, njóta og kemur fram sem afsláttur frá greiðsluþátttökuhluta þeirra.<sup>227</sup> Hvað sem því líður er ljóst samkvæmt þessu að kjörin gátu verið mjög misjöfn í sambærilegum viðskiptum. Ljóst er að svo mikill munur á afsláttarkjörum skýrist ekki af kostnaðarlegu hagræði, s.s. lægri viðskiptakostnaði tengdum hverjum og einum viðskiptum. Afsláttarkerfið byggðist því ekki á kostnaðarlegum forsendum og mismunandi viðskiptavinum í samskonar viðskiptum.

Þá er ljóst að vildarklúbburinn mismunandi ekki einungis viðskiptavinum innan klúbbsins. Aðrir viðskiptavinir sem ekki voru í vildarklúbbnum en voru eftir sem áður með mikil viðskipti nutu engra afsláttarkjara á meðan aðilar í klúbbnum með hugsanlega lítil viðskipti fengu fullan afslátt, sbr. framangreint. Eykur þetta skaðleg áhrif vildarklúbbsins.

Af umfjöllun hér að framan um greiðsluþátttöku Sjúkratrygginga Íslands í kostnaði af lyfseðilsskyldum lyfjum einstaklinga leiðir að þau fríðindi sem veitt voru í tengslum við útgáfu vildarkortsins voru í raun ekki einungis tilkomin vegna greiðslna einstaklinganna sjálfra við lyfjakaup. Rúmlega 66% af kostnaði vegna lyfja í apótekum á árinu 2007 var greiddur af ríkinu. Með öðrum orðum fengu einstaklingar eftirgreidda afslætti auk fríðinda vegna viðskipta sem þeir greiddu einungis að hluta til sjálfir.

---

<sup>226</sup> Sjá ákvörðun Persónuverndar um 24 mánaða verðveislutíma rafrænna upplýsinga um lyfseðla, [www.personuvernd.is](http://www.personuvernd.is).

<sup>227</sup> Vísbendingu um þetta má hafa af upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands. Samkvæmt upplýsingum Sjúkratrygginga nam sala apóteks Lyfju og heilsu á Akranesi á lyfseðilsskyldum lyfjum árið 2007 rúmlega 117 milljónum kr. Nam greiðsluþátttaka stofnunarinnar rúmlega 79 milljónum kr. eða 67-68%.



#### 4.3 Niðurstaða um vildarklúbb

Ekki er unnt að fallast á þau sjónarmið sem Lyf og heilsa hafa sett fram til stuðnings því að framangreindar aðgerðir hafi verið lögmætar, sbr. einnig hér á eftir. Með hliðsjón af öllu framangreindu er það mat Samkeppniseftirlitsins að þeir samningar sem Lyf og heilsa á Akranesi gerðu um vildarkort við helstu viðskiptavini apóteksins á Akranesi hafi verið til þess fallnir að hafa skaðleg áhrif á samkeppni og þar með falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Eftirágreiddir afslættir og önnur kjör í samningunum voru til þess fallin að skapa alvarlegar samkeppnishömlur. Þau voru tryggðarhvetjandi og studdust ekki við kostnaðarlegt hagræði. Þá er ljóst að umfang samninganna var mikið og þeim var sérstaklega beint gegn nýjum keppinauti, Apóteki Vesturlands, sem var á þeim tíma sem vildarkortin voru gefin út að hasla sér völl á markaði fyrir smásölu á lyfjum á Akranesi. Er hér um að ræða alvarlegt brot sem var liður í áætlun um að vinna gegn hinum nýja keppinauti. Jafnframt voru þessar aðgerðir til þess fallnar að viðhalda eða styrkja sameiginlega markaðsráðandi stöðu félagsins á höfuðborgarsvæðinu, sbr. nánar hér á eftir.

#### 4.4 Nánar um sjónarmið Lyfja og heilsu

Í bréfi Lyfja og heilsu til Samkeppniseftirlitsins, dags. 8. október 2007, er gerð grein fyrir aðdraganda þess að stofnaður var vildarklúbbur á Akranesi. Eftirfarandi er fullyrt:

*„Ákvörðun um að bjóða vildarkort var sem fyrr segir tekin í lok árs 2006 en þá lá það ekki fyrir að nýtt apótek yrði opnað á Akranesi. ... Sú ákvörðun að bjóða vildarkort á Akranesi var tekin óháð opnun nýs apóteks. Ekki lá fyrir vitneskja um opnun nýs apótek þegar ákvörðun um að setja upp vildarkerfi var tekin.“*

Lyf og heilsa halda því einnig fram að vildarkortin hafi verið liður í undirbúningi og uppsetningu á tölvuvæddu vildarkortskerfi fyrir viðskiptavini fyrirtækisins sem átt hafi að setja upp í öllum apótekum félagsins. Tilgangurinn með kerfinu hafi verið sá að koma betri stjórn á mismunandi afslætti sem gefnir hafi verið í apótekum fyrirtækisins og einnig að koma til móts við þá viðskiptavini sem þyrftu á mikilli lyfjagjöf að halda. Ákvörðun um að bjóða vildarkort í apótekum Lyfja og heilsu hafi verið tekin í lok árs 2006 en þá hafi ekki legið fyrir vitneskja um að nýtt apótek yrði opnað á Akranesi. Í þessu sambandi hafi verið leitað til ráðgjafa til að útbúa slíkt kerfi og vinna við það hafi hafist í janúar 2007. Í þeim tilgangi að prófa virkni kerfisins hafi ráðgjafinn lagt til að hentugast yrði að prófa lítið handunnið kerfi líkt og sett hefði verið upp í apótekum Lyfja og heilsu í Mjóddinni og JL-húsinu þó með smávægilegum breytingum. Lagt hafi verið til að kerfið yrði tekið í notkun á einum litlum stað helst utan höfuðborgarsvæðisins í þeim tilgangi að safna staðbundinni reynslu. Ástæðan fyrir því að vildarkortin hafi verið boðin á Akranesi hafi því verið sú að stærð apóteksins þar mundi gefa sem skýrasta mynd af virkni kerfisins. Tilviljun ein hafi ráðið því að afsláttarkortin voru tekin í notkun á Akranesi. Ennfremur segir að samhliða innleiðingu á hinu rafræna vildarkerfi hafi átt að hanna nýtt kassakerfi fyrir Lyf og heilsu og hafi það átt að vera tilbúið í apríl. Það fyrirtæki sem annast hafi það verkefni hafi hins vegar ekki enn afhent nothæft kassakerfi og því væri staðan á þessu sviði óbreytt.



Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessar skýringar Lyfja og heilsu enda eru þær í beinni mótsögn við það sem fram hefur komið hér að framan um aðdraganda opunar Apóteks Vesturlands. Samkeppniseftirlitið bendir á að skýr samtímagögn sýna að Lyfjum og heilsu var ljóst í nóvember 2006 að ÓA hygðist opna lyfjaverslun á Akranesi, sbr. t.d. tölvupóst GG frá 29. nóvember 2006. Skýrt kom fram í tölvupóstsamskiptum forsvarsmanna (þ. á m. framkvæmdastjóra fyrirtækisins) að tilgangur þess að taka upp vildarkerfi á Akranesi væri sá að hindra samkeppni frá nýjum keppinauti sem hugðist opna apótek á Akranesi, sbr. „... innlegg í samkeppnina sem yfirvofandi er á Akranesi tvennt sem ég legg til að farið verði í eins fljótt og mögulegt er. ... Í öðru lagi að taka upp vildarkúnnu kerfið sem Jón Þórðar var með í Mjóddinni hér um árið það fólst í því að allir sem versluðu fyrir 100.000 og meira (með hlut Tr.) var boðið að ganga í klubbinn og eftir árið fékk viðkomandi ákveðna peningaupphæð eða úttekt hjá Lyf og heilsu.“<sup>228</sup> Var þessi tölvupóstur svar við pósti framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu þar sem hann gerði grein fyrir tilraunum og hugmyndum til að vinna gegn innkomu og samkeppni frá Apóteki Vesturlands og bað tiltekna yfirmenn fyrirtækisins um að setja fram hugmyndir því tengdar. Þá er ljóst af tölvupósti sem lyfsöluleyfifshafi í apóteki Lyfja og heilsu á Akranesi sendi starfsmanni á skrifstofu fyrirtækisins í Reykjavík að vildarkerfið var beinlínis sett upp í tengslum við opnun Apóteks Vesturlands, sbr. „við erum að keyra í gegn með miklu hraði Vildarkortsmeðlimi í apótekum okkar vegna væntanlegra samkeppni...“.<sup>229</sup> Af þessu er ljóst að þær skýringar Lyfja og heilsu að engin vitneskja hafi legið fyrir um nýtt apótek á Akranesi þegar ákvarðanir voru teknar um vildarkerfið eru ekki trúverðugar. Hið sama gildir um þá fullyrðingu að stofnun vildarklúbbsins hafi verið óháð opnun nýs apóteks á Akranesi.

Af hálfu Lyfja og heilsu er einnig bent á að þar sem vildarkortin taki einungis til smásölu sé ólíklegt að þau skapi samkeppnileg vandamál. Flest fordæmi á sviði Evrópuréttar þar sem afsláttarkerfi hafi verið til skoðunar varði sölu til mikilvægra viðskiptavina á heildsölustigi. Þá sé nauðsynlegt að sýna fram á að afslátturinn sé til þess fallinn að útiloka samkeppni frá fyrirtæki sem búi yfir sömu hagkvæmni og hið markaðsráðandi fyrirtæki. Við mat á áhrifum afsláttanna (kjaranna) sé nauðsynlegt að kanna hvort keppinauturinn (Apótek Vesturlands) hafi getað boðið sömu kjör. Er í þessu sambandi vísað til framangreindra leiðbeininga sem framkvæmdastjórnin gaf út á árinu 2009 um beitingu 82. gr. Rómarsáttmálans.

Samkeppniseftirlitið vísar til framangreindra sjónarmiða um eðli umræddra leiðbeininga frá framkvæmdastjórn EB.<sup>230</sup> Jafnframt telur eftirlitið að framangreind niðurstaða um ólögætti umræddra kjara styðjist við meginreglur samkeppnisréttarins. Hvað sem þessu líður telur Samkeppniseftirlitið að ekki stöði fyrir Lyf og heilsu að vísa til þessara leiðbeininga um forgangsröðun framkvæmdastjórnar EB.

<sup>228</sup> Afritað tölvubréf EA til RH og GBG, dags. 7. desember 2006, kl. 18:35 og haldlagt gagn nr. 1050.

<sup>229</sup> Afritað tölvubréf GG til ÓRT, dags. 12. apríl 2007, kl. 13:23.

<sup>230</sup> Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 2009/C 45/02.



Í nefndum leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar segir um þetta atriði að nauðsynlegt sé að meta hvaða verð keppinauturinn þurfi að bjóða til að bæta viðskiptavininum tapið af hinum skilyrta afslætti hins markaðsráðandi fyrirtækis ef viðskiptavinurinn myndi vilja færa hluta af viðskiptum sínum yfir til keppinautarins. Það verð sem keppinauturinn þurfi að jafna, svokallað virkt verð (e. the effective price), sé ekki meðalverð (e. the average price) hins markaðsráðandi fyrirtækis heldur listaverð þess að frádregnum þeim afslætti sem viðskiptavinurinn tapar við það að skipta um söluaðila (reiknað niður á viðkomandi tímabil og umfang viðskipta).<sup>231</sup> Segir í þessu sambandi að þegar um eftirágreidda afslætti sé að ræða eigi almennt að meta þá með hliðsjón af markaðsaðstæðum og hversu mikið sé raunhæft að ætla að viðskiptavinurinn geti flutt af viðskiptum til keppinauta. Því lægra sem hið áætlaða virka verð sé yfir tímabilið í samanburði við meðalverð hins markaðsráðandi fyrirtækis, þeim mun sterkari séu tryggðaráhrifin.<sup>232</sup> Þá segir að á meðan virka verðið sé yfir svokölluðum langtíma meðaltals viðbótarkostnaði (e. long-run average incremental cost) hins markaðsráðandi fyrirtækis sé að öllu jöfnu ekki ástæða til að óttast að keppinautur sem búi yfir sömu hagkvæmni geti ekki veitt eðlilega samkeppni.<sup>233</sup> Með langtíma viðbótarkostnaði er átt við allan breytilegan kostnað að viðbættum föstum kostnaði sem er nauðsynlegur til að framleiða tiltekna vöru eða veita þjónustu.<sup>234</sup>

Eins og áður hefur komið fram opnaði Apótek Vesturlands í lok júní árið 2007. Á þeim tíma voru einstaklingar í vildarklúbbnum sem fyrr segir 304 en urðu alls 341 á árinu 2007. Rétt er að ítreka að nær allir meðlimir í klúbbnum voru stórir kaupendur að lyfjum í apóteki Lyfja og heilsu á Akranesi. Flestir þessara aðila höfðu þá þegar verið í vildarklúbbnum í um 3-4 mánuði en klúbburinn var stofnaður í mars 2007. Voru meðlimir klúbbsins því búnir að eiga um þriðjung þeirra viðskipta sem nægðu til að öðlast hinn eftirágreidda afslátt, þ.e. eingreiðslu eða inneign í apóteki Lyfja og heilsu að 8-9 mánuðum liðnum. Er því ljóst að jafnvel þó Apótek Vesturlands hefði átt þess kost að fá umrædda viðskiptavini í viðskipti hefði það ekki einungis dugað til að bjóða sambærileg kjör og veitt voru í vildarklúbbnum heldur hefði einnig þurft að bæta einstaklingum upp þann afslátt sem þegar hafði áunnist í klúbbnum. Er því ljóst að Apótek Vesturlands gat ekki með vísan til hagvæmnissjónarmiða boðið sömu kjör. Líta má hér einnig til þess

<sup>231</sup> Um þetta segir í reglum: „... In this context the Commission will estimate what price a competitor would have to offer in order to compensate the customer for the loss of the conditional rebate if the latter would switch part of its demand (‘the relevant range’) away from the dominant undertaking. The effective price that the competitor will have to match is not the average price of the dominant undertaking, but the normal (list) price less the rebate the customer loses by switching, calculated over the relevant range of sales and in the relevant period of time. The Commission will take into account the margin of error that may be caused by the uncertainties inherent in this kind of analysis.”

<sup>232</sup> Um þetta segir í reglum: „The lower the estimated effective price over the relevant range is compared to the average price of the dominant supplier, the stronger the loyalty-enhancing effect.”

<sup>233</sup> Um þetta segir í reglum: „However, as long as the effective price remains consistently above the LRAIC of the dominant undertaking, this would normally allow an equally efficient competitor to compete profitably notwithstanding the rebate. In those circumstances the rebate is normally not capable of foreclosing in an anti-competitive way.”

<sup>234</sup> Meðaltal langtíma viðbótarkostnaðar er jafnt meðaltali heildarkostnaðar í þeim tilvikum þar sem fyrirtæki framleiða aðeins eina vöru. Í þeim tilvikum þar sem fyrirtæki framleiða margar vörur og búa jafnframt yfir stærðarhagkvæmni væri meðaltal langtíma viðbótarkostnaðar lægra en meðaltal heildarkostnaðar þar sem ekki er litið til raunverulegs sameiginlegs kostnaðar við útreikning á langtíma viðbótarkostnaði.



að samkvæmt rekstrarreikningi Apóteks Vesturlands fyrir árið 2007 er ljóst að apótekið var rekið með [...] það ár. Ljóst er því að ekki voru rekstrarlegar forsendur fyrir fyrirtækið í framangreindum skilningi að jafna umrædd kjör.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það sjónarmið að ólíklegt sé að afslættir eins og þeir sem hér um ræðir hafi skaðleg áhrif á samkeppni þar sem þeir taki til smásölumarkaðar eins og haldið hefur verið fram af hálfu Lyfja og heilsu. Þessi málsástæða er enda ekki rökstudd sérstaklega fyrir utan að vísað er til þess að mál í evrópskum samkeppnisrétti þar sem fjallað hafi verið um tryggðarafslætti taki til heildsölumarkaða þar sem viðskiptavinir séu „mikilvægir“. Eins og fjallað hefur verið um hér að framan voru langflestir þeirra sem fengu afhent vildarkort hjá Lyfjum og heilsu á Akranesi í hópi stærstu viðskiptavina fyrirtækisins. Verður því að telja að þeir séu mikilvægir í þessum skilningi og gildir einu á hvaða sölustigi þeir eru. Er það reyndar mat Samkeppniseftirlitsins að skaðleg áhrif eftirágreiddra afsláttu séu ef eitthvað er meiri á neytendamörkuðum þar sem ekki er um kaupendastyrk að ræða.

## **5. Nánar um baráttuafslætti Lyfja og heilsu á Akranesi**

Eins og fjallað hefur verið um hér að framan beittu Lyf og heilsa á Akranesi sértækum afsláttum, svokölluðum baráttuafsláttum, til að hindra innkomu Apóteks Vesturlands á markaðinn. Í ábendingu sem Samkeppniseftirlitinu barst við upphaf rannsóknar málsins, og varð grundvöllur að húsleit hjá Lyfjum og heilsu, var m.a. bent á að umræddir afslættir væru umfangsmiklir og að þeir stæðu ekki til boða í öðrum apótekum Lyfja og heilsu.

Aður en vikið er nánar að aðgerðum Lyfja og heilsu þykir rétt að fjalla um reglur 11. gr. samkeppnislaga um sértækar verðlækkunarir.

### **5.1 Reglur 11. gr. samkeppnislaga um sértækar verðlækkunarir**

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17–18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði* kemur fram að sértækar aðgerðir sem beinist beinlínis að keppinauti á markaðnum geti farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í máli Flugþjónustunnar á Keflavíkurflugvelli í máli áfrýjunarnefndar nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var því haldið fram af fyrirtækinu að sértæk verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis sem beint væri gegn viðskiptavinum smærri keppinauta geti ekki farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Áfrýjunarnefnd féllst ekki á þetta. Í úrskurði hennar segir:

*„Í hinni umdeildu ákvörðun er lagt til grundvallar að tilboð áfrýjanda til LTU hafi falið í sér ólögmeða, sértæka verðlækkun en í samkeppnisrétti er talið að slík aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að raska samkeppni. Er þá talið að ekki skipti máli að lögum hvort tilboðið er undir tilteknum kostnaðarviðmiðum.“*

Í dómi Hæstaréttar í máli 640/2007 var staðfest sú niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í framangreindu máli hennar nr. 3/2006 að Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með sértækri



verðlækkun. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu segir þetta um sértækar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis:

*„Áfrýjunarnefnd samkeppnismála litur svo á að sértækar aðgerðir viðkomandi markaðsráðandi fyrirtækis geti falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu samkvæmt þeim meginsjónarmiðum sem hér hefur verið rætt um óháð því hvort boð þau sem í gangi eru varðandi vöru eða þjónustu séu undir tilteknum kostnaðarviðmiðunum, sbr. t.d. úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í málum 17-18/2003, Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði og 3/2006, Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Þetta getur t.d. átt við ef gerð er, með skipulagsbundnum hætti, atлага að samkeppnisfyrirtæki á markaðnum eða viðskiptamönnum þess. Umfang aðgerðanna, ástæður þeirra og styrkleiki viðkomandi samkeppnisaðila skiptir máli, en ef aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis, metnar í heild, eru til þess fallnar að knésetja viðkomandi samkeppnisaðila eða veikja stöðu hans verulega er komið út fyrir mörk leyfilegra samkeppnisaðgerða að mati áfrýjunarnefndarinnar. Telur áfrýjunarnefndin að ekki sé unnt að skýra 11. gr. samkeppnislaga með öðrum hætti ef tekið er jafnframt mið af 1. gr. laganna.*

*Því má ætla að aðgerðir af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sem hafi fyrrgreind megineinkenni brjóti í bága við 11., sbr. 1. gr. samkeppnislaga, nema unnt sé að sýna fram á sérstakar ástæður sem réttlæti hana í undantekningartilvikum.“*

Samkvæmt þessu er ljóst að sértæk verðlækkun eða tilboð markaðsráðandi fyrirtækis geta falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Á þetta ekki síst við ef tilgangur slíkra aðgerða er að vinna gegn því að nýr keppinautar nái fötfestu á markaðnum, sbr. c-lið 1. mgr. 1. gr. laganna.

## 5.2 Aðgerðir Lyfja og heilsu

Í kafla 3.4 hér að framan er gerð grein fyrir þeirri verðlækkun sem Lyf og heilsa gripu til í tengslum við að Apótek Vesturlands hóf starfsemi 30. júní 2007. Giltu þessir afslættir aðeins í apóteki fyrirtækisins á Akranesi og voru nefndir baráttuafslættir af starfsmönnum Lyfja og heilsu. Framangreindir tölvupóstar fyrirtækisins sýna að baráttuafslættirnir höfðu þann tilgang að vinna gegn því að Apótek Vesturlands næði að hasla sér völl á markaðnum. Verður hér gerð nánari grein fyrir umfangi þessara aðgerða.

Við húsleit Samkeppniseftirlitsins í lyfjaverslun Lyfja og heilsu á Akranesi var m.a. lagt hald á gögn/lista þar sem tilgreind eru vörunúmer og heiti annars vegar 34 lausasölulyfja og hins vegar 68 lyfseðilsskyldra lyfja.<sup>235</sup> Yfirskrift listans þar sem lausasölulyfin eru tilgreind er „Afláttur gefinn í krónum á kassa“ en auk þess koma fram upplýsingar um verð lyfjanna ásamt afslætti. Yfirskrift lista

<sup>235</sup> Haldlög gögn nr. 1064-1065, sbr. og fylgiskjal nr. 120 með bréfi Lyfja og heilsu til Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2007.



lyfseðilsskyldu lyfjanna er hins vegar „Framlegðarafsláttur skv. umtali 03.07.07 Gildir í 2 vikur, síðan endurskoða“. Á þeim lista eru hins vegar ekki neinar upplýsingar um verð en þær upplýsingar bárust síðar frá Lyfjum og heilsu.<sup>236</sup> Framangreinda lista er einnig að finna í afrituðum tölvupóstum frá forsvarsmönnum Lyfja og heilsu. Þannig má sem dæmi nefna að þann 3. júlí 2007 sendi JÞ í tvígang tölvupóst til GBG ásamt meðfylgjandi listum. Yfirskrift fyrri tölvupóstsins er: „vörur sem má lækkar“.<sup>237</sup> Í síðara tölvubréfinu segir „listi með verðum sé gefinn 70% framl. afsl.“<sup>238</sup> Síðar þennan sama dag voru umræddir listar sendir lyfsöluleyfshafanum á Akranesi í tölvubréfi með yfirskriftinni „Akranes verðlisti 03.07.07“.<sup>239</sup>

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að þessir listar innihéldu þau lyf sem verð var lækkað á í tengslum við opnun lyfjaverslunar Apóteks Vesturlands á Akranesi. Að því er varðar lyfseðilsskyldu lyfin þá fól verðlækkunin það í sér að sú hámarksálagning sem lyfjagreiðslunefnd heimilaði var lækkuð um 70%. Sú verðlækkun á lyfjunum (til viðskiptavina) sem þessi lækkun álagningar fól í sér var misjöfn bæði eftir innkaupsverði lyfjanna sem og hámarksálagningu lyfjagreiðslunefndar. Í athugasemdum Lyfja og heilsu er tekið sem dæmi tiltekið lyf þar sem þessi lækkun á álagningu leiddi til þess að verð til viðskiptavinar lækkaði um 25%, þ.e. úr 3.135 kr. í 2.345 kr. Ljóst er þó að hámarksálagning er hlutfallslega hærrí á ódýrari lyfjum og í þeim tilvikum hefur verðlækkunin verið meiri. Afsláttur af verði lausasölu lyfja var svipaður eða almennt á bilinu frá 20-35%.

Umrædd verðlækkun á lyfjum tók gildi þann 3. júlí 2007, sbr. yfirskriftir listanna. Lyf og heilsa halda því fram að umræddar verðlækkanir hafi verið hóflegar og ákvörðun um þær hafi verið tekin „sjálfstætt“, sbr. nánar hér á eftir. Að því er varði lyfseðilsskyld lyf hafi aðeins 69 af 3.500 skráðum lyfjum (um 2% vörunúmeranna) verið lækkuð og 34 af 1.100 skráðum lausasölu lyfjum. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að umfang þessara verðlækkana hafi verið hóflegt. Við mat á umfangi baráttuafsláttanna telur eftirlitið ekki raunhæft að bera saman fjölda vörunúmera þeirra lyfja sem lækkuð voru í verði annars vegar og heildarfjölda skráðra lyfja (vörunúmera) hins vegar. Við mat á áhrifum afsláttanna er réttara að bera saman heildarsölu þeirra lyfja sem seld voru á afslætti, þ.e. tekjur vegna sölu á þeim sem hlutfall af heildartekjum vegna lyfjasölu. Til að meta þetta aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá Lyfjum og heilsu um söluhæstu lyf í apótekinu á Akranesi fyrstu átta mánuði ársins 2007. Aflað var upplýsinga um heildartekjur af 200<sup>240</sup> söluhæstu lyfseðilsskyldu lyfjunum á tímabilinu og 100<sup>241</sup> söluhæstu lausasölu lyfjunum.

Að því er varðar lyfseðilsskyldu lyfin hefur athugun Samkeppniseftirlitsins leitt í ljós að af þeim 68 lyfjategundum, þar sem álagning var lækkuð um 70%, voru 35 í hópi 200 mest seldu lyfjanna fyrstu átta mánuði ársins 2007. Þá voru sjö af

<sup>236</sup> Sjá fylgiskjal nr. 120 með bréfi Lyfja og heilsu til Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2007.

<sup>237</sup> Afritað tölvubréf frá JÞ til GBG, dags. 3. júlí 2007, kl. 14:35.

<sup>238</sup> Afritað tölvubréf frá JÞ til GBG, dags. 3. júlí 2007, kl. 15:38.

<sup>239</sup> Afritað tölvubréf frá JÞ til GG og GBG, dags. 3. júlí 2007, kl. 17:55.

<sup>240</sup> Sbr. fylgiskjal nr. 2 með bréfi Lyfja og heilsu til Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2007.

<sup>241</sup> Sbr. fylgiskjal nr. 59 með bréfi Lyfja og heilsu til Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2007.





þeim lyfjategundum þar sem álagningin var lækkuð í hópi átta mest seldu lyfjategundanna á umræddu tímabili. Samkvæmt upplýsingum sem aflað hefur verið frá Lyfjum og heilsu er ljóst að heildartekjur apóteksins á Akranesi vegna sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum voru rúmlega [...] milljónir kr.<sup>242</sup> fyrstu átta mánuði ársins 2007, þá væntanlega tekjur vegna sölu á öllum 3.500 skráðum lyfseðilsskyldum lyfjum. Þar af voru tekjur vegna 200 mest seldu lyfjategundanna rúmlega [...] milljón kr. Fyrir liggja í málinu upplýsingar um tekjur vegna sölu á þeim 36 lyfjum (af 68) sem voru á listanum yfir 200 mest seldu lyfin og voru þær tæplega [...] milljónir kr. Má af þessu ætla að vægi þeirra lyfja í heildarsölu, sem voru boðin kaupendum á Akranesi með „baráttuafsláttum“ hafi verið umtalsvert eða allt að 25-30% ef miðað er við umrætt tímabil, þ.e. fyrstu átta mánuði ársins 2007.<sup>243</sup>

Svipuð athugun á umfangi baráttuafsláttá á lausasölulyfjum hefur leitt í ljós að þeim 34 lausasölulyfjum sem boðin voru með afsláttum á bilinu 25-30% (frá smásöluverði) voru öll á lista yfir 100 mest seldu lyfin fyrstu átta mánuði ársins 2007. Þá voru 11 af þeim lyfjum sem afsláttur var veittur af í hópi 12 mest seldu lyfjanna á tímabilinu. Tekjur apóteks Lyfja og heilsu vegna sölu á um 1.100 lausasölulyfjum á tímabilinu voru tæplega [...] milljónir kr.<sup>244</sup> Þar af voru tekjur vegna 100 mest seldu lausasölulyfjanna [...] milljónir kr. Tekjur vegna sölu á umræddum 34 lausasölulyfjum á þessu tímabili voru hins vegar tæplega [...] milljónir kr. Af þessu leiðir að vægi þeirra lausasölulyfja af heildarsölu þar sem baráttuafslættir voru í boði af heildarsölu lausasölulyfja var u.þ.b. 50% á tímabilinu.

Í athugasemdum Lyfja og heilsu við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins hefur þessari niðurstöðu um umfang baráttuafsláttá ekki verið mótmælt enda fær hún stóð m.a. í gagni (excel-skjali) sem fannst í tölvu GBG framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu þar sem fram kemur umfang (miðað við söluverðmæti) þeirra lyfja sem til stóð að lækka álagningu á í apóteki fyrirtækisins á Akranesi. Í skjalinu sem ber yfirskriftina „*Lyf með afslætti á Akranesi*“ koma m.a. fram upplýsingar um sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum og lausasölulyfjum í janúar til maí árið 2007. Í skjalinu segir einnig þetta:<sup>245</sup>

*„Tökum 35% af söluverðmæti lyfseðilsskyldra lyfja, þ.e. Um 2,5% af vörunúmerum á skrá og lækkum álagningu okkar úr 30% í 9%.  
Tökum 80% af söluverðmæti lausasölulyfja lyfja, þ.e. Um 7% af vörunúmerum á skrá og lækkum álagningu okkar úr 35% í 10%.“ (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)*

Styður þetta gagn því framangreinda niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um umfang baráttuafsláttá og veitir reyndar vísbendingar um að umfangið hafi verið eitthvað meira, a.m.k. að því er varðar lausasölulyfin. Af þessu öllu er ljóst að

<sup>242</sup> Sbr. fylgiskjal nr. 121 með bréfi Lyfja og heilsu til Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2007.

<sup>243</sup> Hér eru gefnar þær forsendur að tekjur vegna sölu á öðrum lyfjum (en þeim 36 þar sem útreikningar liggja fyrir), þ.e. 32 (68-36) hafi verið um fimm milljónir kr. á tímabilinu sem verður að telja nokkuð varfærið mat.

<sup>244</sup> Sbr. fylgiskjal nr. 121 með bréfi Lyfja og heilsu til Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2007.

<sup>245</sup> Afritað skjal úr tölvu GBG „*Lyf með afslætti á Akranesi*“.



þau lyf sem Lyf og heilsa ákváðu að lækka í verði og selja með baráttuafsláttum voru að mestu í hópi söluhæstu lyfja apóteksins og á það bæði við um lyfseðilsskyld lyf og lausasölulyf. Umfang þessara sértæku afslátta var því mikið.

Rétt er þó að taka fram að raunafsláttur til viðskiptavina gat verið talsvert meiri en sem nam umræddri lækkun á álagningu, þ.e. úr 25-30% í 10%. Skýrist það af því að Sjúkratryggingar taka að stórum hluta þátt í lyfjakostnaði flestra lyfseðilsskyldra lyfja.<sup>246</sup> Eins og komið hefur fram í athugasemdum Lyfja og heilsu fengu Sjúkratryggingar þó engan afslátt af þeim hlut sem þær greiddu. Með öðrum orðum rann allur afsláttur sem Lyf og heilsa veittu af heildarverði lyfs til neytenda og lækkaði aðeins þann hlut sem þeir þurftu að greiða. Þetta þýðir í raun að afsláttur til viskiptavinarins (þ.e. af hans hlut) gat verið mun hærri í prósentum en sem nam lækkun á álagningu á þeim lyfjum þar sem Sjúkratryggingar tóku þátt í kostnaðinum.<sup>247</sup> Eykur þetta að mati Samkeppniseftirlitsins enn frekar skaðleg áhrif afsláttanna enda raunafsláttur af hlut sjúklings mun meiri en sem nemur lækkun álagningar.

#### 5.2.1 Sjónarmið Lyfja og heilsu um tilgang og umfang baráttuafslátta

Lyf og heilsa halda því fram að verðlækkunar félagsins á Akranesi hafi aðeins verið líður í því að mæta þeirri miklu samkeppni sem hafi hafist í kjölfar þess að Apótek Vesturlands kom inn á markaðinn. Gripið hafi verið til verðlækkunar eftir að Apótek Vesturlands hóf starfsemi og eftir að markaðshlutdeild Lyfja og heilsu hafi lækkað verulega. Verðlækkun hafi því aðeins verið viðbrögð við samdrætti í veltu sem hafi numið u.þ.b. 50% á nokkrum vikum. Þá segir að afslættirnir hafi ekki tekið mið af því verði sem keppinauturinn hafi boðið og því ekki verið um sértæka afslætti að ræða. Verð á þeim vörum sem veittur hafi verið afsláttur af hafi aldrei farið undir kostnaðarverð heldur hafi álagning þeirra ávallt verið á bilinu 7-31%. Þá segir að tekin hafi verið ákvörðun um að svara verðlækkunum Apóteks Vesturlands hóflega. Tekinn hafi verið saman ákveðinn tilboðsflokkur lyfseðilsskyldra lyfja og lausasölulyfja sem veita skyldi afslátt af. Ákvörðun um hvaða lyf skyldu falla í þennan tilboðsflokk hafi verið tekin sjálfstætt og aldrei verið um það að ræða að verð keppinautarins hafi verið kannað og lægra verð boðið í apóteki Lyfja og heilsu á Akranesi. Þá kemur fram í máli Lyfja og heilsu að af lyfseðilsskyldum lyfjum hafi verið ákveðið að lækka verð á um 2% lyfja eða á

<sup>246</sup> Samkvæmt upplýsingum frá Sjúkratryggingum nam greiðsluþátttaka stofnunarinnar að meðaltali um 2/3 hluta af heildarverði lyfseðilsskyldra lyfja (eins og það er tilgreint í lyfjaverðsskrá) í apótekum árið 2007.

<sup>247</sup> Þetta má útskýra nánar með raunhæfu dæmi. Innkaupsverð apóteks frá birgja á tilteknu lyfi var í júlímánuði 2007 3.364 kr. Hámarksálagning á þetta lyf var 17% auk 740 kr. fastrar álagningar í krónum talið. Hámarks smásöluálagning á þetta lyf í apóteki var því 1.312 kr. Apótek Lyfja og heilsu á Akranesi veitti 70% afslátt af þessari álagningu. Eftir afslátt var álagningin því 394 kr. Mismunurinn, 918 kr., rann allur í formi afslátta til sjúklings. Lyfið var merkt með svonefndri „B“ merkingu í lyfjaverðsskrá á þessum tíma. Greiðsluþátttaka Sjúkratrygginga í „B“ merktum lyfjum var þannig hátt að hinn sjúkratryggði greiddi fyrstu 1.700 kr. af smásöluverði lyfsins og 65% af verði þess umfram þessar 1.700 kr. en að hámarki 3.400 kr. Í þessu tilviki hlaut hinn sjúkratryggði því að greiða 3.400 kr. af verði lyfsins þegar lyfið var selt með hámarksálagningu. Verð lyfsins samkvæmt lyfjaverðsskrá var 5.821 kr. með vsk. Sjúkratryggingar greiddu því mismuninn á 5.821 kr. og 3.400 kr. eða kr. 2.421 kr. Hlutur sjúklings eftir að 70% afsláttur var veittur af álagningu apóteksins nam 3.400 kr. að frádregnum aðurnefndum 918 kr. eða 2.482. Afsláttur sem sjúklingurinn fékk var því í raun 27% af hans hámarkshlut. Þetta er aðeins dæmi sem tekið er af handahófi af skrá Lyfja og heilsu yfir þau lyf sem seld voru sjúklingum með „70% framlegðarafslætti“. Ljóst er að álagning á heildsöluverð lyfja er mismikil. Því gat 70% afsláttur af álagningu leitt til mismikils afslátta fyrir sjúklinga, en afslátturinn var aldrei veittur Sjúkratryggingum eins og fram er komið.



69 lyfjum af um 3.500 virkum lyfseðilsskyldum lyfjum í vöruskrá fyrirtækisins. Hins vegar hafi 34 lausasölulyf verið lækkuð af um 1.100 virkum lyfjum í þeim flokki. Þá segir að í einhverjum tilvikum hafi verið veittur 70% framlegðarafsláttur af tilteknum lyfjum, þ.e. álagning umræddra lyfja hafi verið lækkuð um 70% þannig að 30% af álagningunni hafi verið eftir. Greiðslur frá Tryggingarstofnun hafi verið óbreyttar og enginn afsláttur veittur af þeim. Þá er því mótmælt að við mat á umfangi baráttuafsláttanna hafi verið stuðst við lista yfir lyf sem teknir hafi verið við húsleit. Segir að um hafi verið að ræða lista yfir vörur þar sem „*mátti breyta verðlagningu*“. Þá segir að Samkeppniseftirlitið virðist ekki hafa staðreynt hvort verði hafi verið breytt og í hve miklum mæli heldur alfarið byggt á umræddum listum. Þá hafi ekki verið kannað hve mikið hafi verið selt af lyfjunum á þeim tíma sem afslættirnir hafi verið í boði. Þannig hafi ekkert mat verið lagt á það hvort opnun Apóteks Vesturlands hafi leitt af sér samdrátt eða aukningu í sölu á lyfjunum.

Samkeppniseftirlitið vísar hér aftur til kafla 3.4 þar sem gerð er grein fyrir tölvupóstum frá stjórnendum Lyfja og heilsu. Eins og þar er lýst var tilgangur baráttuafsláttanna að raska samkeppni og veikja eða útiloka Apótek Vesturlands sem keppinaut, sbr. t.d. eftirfarandi ummæli framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu frá 26. júlí 2007: „*Hann þolir þetta örugglega ekki lengi.*“ Hér var því ekki um að ræða eðlileg viðbrögð við samkeppni.

Þá fær ekki staðist hjá Lyfjum og heilsu að gripið hafi verið til baráttuafsláttanna eftir að markaðshlutdeild fyrirtækisins hafði lækkað verulega. Eins og nefnt var hér að framan tók þessi verðlækkun gildi 3. júlí 2007 eða örfáum dögum eftir að Apótek Vesturlands hóf starfsemi. Í tölvupósti Jón Þórðarson starfsmanns Lyfja og heilsu frá 28. ágúst 2007 til framkvæmdastjóra fyrirtækisins var spurt hvort það sé „*enn verið að gefa afslættina sem ákveðin voru í byrjun?*“. Framkvæmdastjórinn svaraði daginn eftir og sagði: „*Afslættirnir þeir sömu (70%) og stundum viðbótarafsláttur af öðrum lyfjum ...*“. Sýnir þetta að baráttuafslættirnir voru ekki viðbrögð við miklum sölusamdrætti heldur aðgerð sem ákveðin var strax í byrjun umræddrar samkeppni frá Apóteki Vesturlands. Þessu til stuðnings er einnig ofangreint excel-skjal sem afritað var úr tölvu GBG þar sem fram koma fyrirætlanir um umfang þeirra lyfja sem átti að lækka álagningu á.

Þá er ekki heldur rétt hjá Lyfjum og heilsu að verð hjá Apóteki Vesturlands hafi aldrei verið kannað. Líta ber hér til þess að í framangreindum tölvupóstum frá 26. júlí 2007 milli m.a. framkvæmdastjóra og lyfjastjóra Lyfja og heilsu er gerð grein fyrir verði Apóteks Vesturlands á tilteknum lyfjum og heiti tölvupóstsins er „*enn aftur verðkönnun*“.<sup>248</sup> Hið sama er gert í tölvupósti GG frá 29. ágúst 2007. Sýnir þetta að fylgst var með verðlagningu Apóteks Vesturlands.

Það er jafnframt rangt sem Lyf og heilsa halda fram að við mat á áhrifum umræddra afsláttarkjara hafi „alfarið“ verið byggt á listum sem lagt var hald á við húsleit. Eins og vikið er að hér að framan veittu Lyf og heilsa þær upplýsingar í

<sup>248</sup> Afritaður tölvupóstur EA til m.a. GBG, dags. 26. júlí 2007.



Kjölfar fyrirspurnar að verð á 69 lyfseðilsskyldum lyfjum og 34 lausasölulyfjum hefði verið lækkað. Eru þær upplýsingar í samræmi við haldlagða lista. Þá er það einnig rangt að ekki hafi verið lagt mat á umfang afsláttanna. Eins og rakið er hér að framan var upplýsinga aflað frá Lyfjum og heilsu um sölutekjur 200 mest seldu lyfja (bæði í flokki lyfseðilsskyldra lyfja og lausasölulyfja) fyrstu átta mánuði ársins 2007. Samkvæmt þeim upplýsingum er ljóst að flest þeirra lyfja sem verð var lækkað á voru í flokki mest seldu lyfjanna. Það sýnir glögg að umfang afsláttanna var mikið. Tekið skal fram að þær upplýsingar sem aflað var til að meta umfang afsláttanna náðu til þess tíma sem afslættirnir voru veittir, þ.e. fyrstu átta mánuði ársins 2007 en afslættirnir voru veittir frá byrjun júlí það ár. Það er misskilningur af hálfu Lyfja og heilsu að það hafi grundvallarþýðingu hvort samdráttur hafi orðið á sölu á umræddum lyfjum í apóteki Lyfja og heilsu á Akranesi eða ekki. Ljóst er að samdráttur varð í sölu hjá Lyfjum og heilsu við innkomu Apóteks Vesturlands og er því rökrétt að sala hafi minnkað umtalsvert.

Í framangreindri umfjöllun hafa verið höfð til viðmiðunar gögn um umfang afsláttanna frá byrjun júlí 2007, þ.e. þegar Apótek Vesturlands opnaði. Gögn sem haldlögð voru gefa þó skýrar vísbendingar um að umfang þessara afslátta hafi verið enn meira nokkrum vikum síðar, bæði að afslættirnir hafi verið hærrí og fjöldi lyfja sem seld voru með afslætti hafi verið meiri. Til marks um þetta eru t.a.m. áðurnefndur tölvupóstur, dags. 29. ágúst 2007, frá GG sem var lyfsöluleyfishafi apóteksins á Akranesi, en í póstinum kemur fram að afslættirnir „eru þeir sömu (70 % listinn) og stundum viðbótarafsláttur af öðrum lyfjum (8 – 15 % af frl.) eftir mikilvægi kúnnans.“<sup>249</sup> Í þessu sambandi má ennfremur nefna að í afrituðum tölvugögnum frá GBG er að finna skjöl með listum yfir annars vegar 93 vörunúmer lyfseðilsskyldra lyfja og hins vegar 74 vörunúmer lausasölulyfja. Mappan sem gögnin voru geymd í ber heitið „Akranes, copy af vörur sem má lækka“.<sup>250</sup> Þá má nefna tölvupóst framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu, GBG, degi síðar eða 30. ágúst 2007 en í honum felast vísbendingar um að verð á mun fleiri lausasölulyfjum hafi verið lækkað, sbr.: „Við lækkuðum 2% af vörunúmerunum okkar á Akranesi þ.e. um 70 lyfseðilsskyld og 90 lausasölulyf. Við lækkuðum framlegðina okkar um 70% á þessum lyfjum þannig að í stað 25%-30% álagningar þá er álagningin okkar um 10% á þessum lyfjum...“<sup>251</sup> Kemur einnig fram í þessum tölvupósti að þessi afsláttur þýði að Lyf og heilsa „græði“ ekkert á lyfsölu á Akranesi. Með sama hætti er í tölvupósti GG frá 14. júlí 2007 rætt um að þessi afsláttur bitni „augljóslega á innkomunni.“ og velt upp þeirri hugmynd að lækka hann. Er því ekki unnt að fallast á það með Lyfjum og heilsu að um hóflegar aðgerðir hafi verið að ræða.

### 5.2.2 Verðlagning Lyfja og heilsu var undir heildarkostnaði

Lyf og heilsa hafa fullyrt eftirfarandi:

*„Það verð sem umbjóðandi okkar bauð á lyfjum í lyfjabúðinni á Akranesi var í öllum tilvikum yfir heildarkostnaði og skilaði honum hagnaði.“*

<sup>249</sup> Afritað tölvubréf GG til JÞ, dags. 29. ágúst 2007, kl. 10:33.

<sup>250</sup> Afrituð gögn af tölvu GBG - Lyf með afslætti á Akranesi.

<sup>251</sup> Afritað tölvubréf GBG til ILH, dags. 30. ágúst 2007, kl. 09:24.



Lyf og heilsa hafa í þessu sambandi haldið því fram að öll lyf þar sem afsláttur hafi verið veittur beri í raun einhverja álagningu sem geti verið frá 7-31%. Þá hafi verðlagningin verið yfir „heildarkostnaði“ auk þess sem framlegð apóteksins á Akranesi hafi einungis verið [...]% lægri en í öðrum apótekum Lyfja og heilsu á síðari hluta ársins 2007. Í greinargerð Valentine Korah, sem Lyf og heilsa hafa lagt fram, er sömu sjónarmiðum haldið fram eða nánar tiltekið að Lyf og heilsa hafi ekki fórnað neinum hagnaði þar sem verðlagningin hafi staðið undir heildarkostnaði. Í greinargerðinni gætir reyndar þess misskilnings að mál þetta varði skaðlega undirverðlagningu en svo er ekki eins og ljóst má vera af framangreindri umfjöllun. Hér ber hins vegar að líta til þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á að í undantekningartilvikum geti sérstakar aðstæður réttlætt sértæka verðlækkun, sbr. umfjöllun hér að framan. Rétt er því að taka eðli umræddrar verðlækkunar til nánari athugunar.

Hér ber fyrst að taka fram að framangreindar staðhæfingar Lyfja og heilsu eru ekki í samræmi við samtímagögn fyrirtækisins, sbr. t.d. áðurnefndan tölvupóst framkvæmdastjóra fyrirtækisins um að baráttuafslátturinn þýði að fyrirtækið „græði“ ekki á lyfsölu á Akranesi. Verður vikið nánar að þessu hér á eftir.

Samkeppniseftirlitið óskaði eftir upplýsingum frá Lyfjum og heilsu um sundurliðun á rekstraruppgjöri apóteka í eigu fyrirtækisins allt frá september 2006 til ársloka 2007. Upplýsingar bárust frá fyrirtækinu þar sem sundurliðaðar voru tekjur og rekstrartengdir kostnaðarliðir, s.s. vörunotkun, launakostnaður og húsnæðiskostnaður á þessu tímabili. Þessi sundurliðun sýnir því framlegð fyrir afskriftir og fjármagnsliði. Í töflu 8 eru þessar upplýsingar birtar fyrir apótek Lyfja og heilsu á Akranesi annars vegar og önnur apótek í eigu fyrirtækisins hins vegar. Nánar tiltekið kemur fram í töflunni meðaltal umræddrar framlegðar á tveimur tímabilum auk hækkunar/lækkunar á framlegðinni í prósentustigum. Þau tímabil sem um ræðir eru annars vegar september 2006 til júní 2007 (tíu mánaða tímabil fyrir opnun Apóteks Vesturlands) og hins vegar júlí 2007 til desember 2007 (sex mánuðir eftir opnun Apóteks Vesturlands).



**Tafla 8. Upplýsingar um meðalframlegð apóteka í eigu Lyfja og heilsu í prósentum.**

	Meðal- framlegð september 2006 til júní 2007 <sup>252</sup>	Meðal- framlegð frá júlí 2007 til desember 2007	Hækkun/ lækkun á framlegð í prósentu- stigum
<b>Lyf og heilsa – Akranesi</b>	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Austurveri	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Domus Medica	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Eiðistorgi	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Firði	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Fjarðarkaupum	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Glæsibæ	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Hamraborg	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – JL-húsinu	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Kringlunni, 1. hæð	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Kringlunni, 3. hæð	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Melhaga	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Mjódd	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Mosfellsbæ	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Salahverfi	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Akureyri – Glerártorg	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Akureyri – Hrísalundi	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Dalvík – Ólafsfjörður	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Hellu	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Hveragerði	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Hvolsvelli	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Keflavík	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Selfossi	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Vestmannaeyjum	[...]%	[...]%	[...]%
Lyf og heilsa – Þorlákshöfn	[...]%	[...]%	[...]%
Skipholts Apótek	[...]%	[...]%	[...]%
Apótekarinn – Mjódd	[...]%	[...]%	[...]%
Apótekarinn – Nóatúni	[...]%	[...]%	[...]%
Apótekarinn – Smiðjuvegi	[...]%	[...]%	[...]%
Apótekarinn – Akureyri – Hafnarstræti	[...]%	[...]%	[...]%

Eins og fram kemur í töflunni var framlegð apóteks Lyfja og heilsu á Akranesi [...] % á tímabilinu frá september 2006 til og með júní 2007, þ.e. framlegð upp í afskriftir, fjármagnsliði og hagnað. Eftir að samkeppnin hófst á síðari helmingi árs 2007 er á hinn bóginn ljóst að þessi framlegð var neikvæð um tæplega [...] % sem þýðir að sölutekjur apóteksins hafa ekki á þeim tíma staðið undir

<sup>252</sup> Prósentuhlutfallið er fundið þannig að framlegðin (sölutekur að frádragnum rekstrartengdum kostnaði) er deilt með sölutekjum.



rekstartengdum kostnaði. Þó ljóst sé að stóran hluta tekjutapsins megi rekja til minni sölu (tapaðrar markaðshlutdeildar) hefur umfang baráttuafsláttanna haft mikla þýðingu í þessu samhengi, sbr. umfjöllun hér að framan. Af töflunni er einnig ljóst að meðalframlegð apóteks Lyfja og heilsu á Akranesi á síðari hluta ársins 2007 hefur ekki verið [...] % undir meðalframlegð annarra apóteka eins og Lyf og heilsa halda fram. Framlegð annarra apóteka var um 5-20% hærra ef undanskilið er apótek fyrirtækisins í [...]. Reyndar er ekki útskýrt í athugasemdum Lyfja og heilsu hvernig umrædd [...] % eru fundin út. Þó er vísað til svokallaðrar „grunnframlegðar“ í umfjöllun um baráttuafslætti sem hafi verið [...] % á umræddu tímabili í apótekinu á Akranesi og er þá væntanlega átt við að framlegð annarra apóteka hafi verið hærra sem nemur umræddum mismun. Hvað sem þessu líður er ljóst að samkvæmt rekstraruppgjöri apótekanna þar sem framlegð (sölutekjur að frádrögnum rekstartengdum kostnaði) er reiknuð út var framlegðin mun lægri í apótekinu á Akranesi en í öðrum apótekum Lyfja og heilsu.

Af framansögðu er einnig ljóst að verðlagning í apóteki Lyfja og heilsu á Akranesi hefur ekki verið yfir heildarkostnaði eins og fyrirtækið hefur haldið fram. Í því sambandi ber að hafa í huga að við útreikning á framlegð í töflunni hér að framan er einnig meðtalið uppgjör vegna annarrar vöru en lyfja sem allajafna bera hærra álagningu. Þá ber einnig að taka fram að ef tekið væri tillit til annarra kostnaðarliða, þ.e. afskrifta, fjármagnsliða og skatta er ljóst að tapið væri mun meira. Í því samhengi má nefna að samkvæmt upplýsingum sem aflað var um uppgjör apóteka sem einungis störfuðu undir merkjum Lyfja og heilsu námu þessir kostnaðarliðir um [...] % af heildarkostnaði árið 2007. Er því ljóst að tap apóteks Lyfja og heilsu á Akranesi hefur verið meira en framangreind tafla veitir vísbendingar um. Þá ber einnig að hafa í huga að upplýsingar um framlegð í töflunni hér að framan byggja á samanburði tekna og kostnaðar. Sú framlegð eða hagnaður sem eftir stendur er bókhaldslegur hagnaður, sem er ekki hið sama og hagfræðilegur hagnaður (e. economic profit). Hagfræðilegur hagnaður er að jafnaði mun minni en bókhaldslegur hagnaður vegna þess að út frá hagfræðilegu sjónarmiði er tekið tillit til innri kostnaðar en í bókhaldi er það ekki gert. Í bókhaldsgögnum er einungis tekið tillit til ytri kostnaðar. Við útreikning á hagfræðilegum hagnaði er t.a.m. tekið tillit til fórnarkostnaðar (e. opportunity cost) og svokallaðs sokkins kostnaðar (e. sunk cost) en það er hins vegar ekki gert þegar kostnaður er reiknaður út í bókhaldi fyrirtækja. Þannig er bókhaldslegt tap af rekstri apóteks Lyfja og heilsu á Akranesi að öllum líkindum vanmetið í samanburði við hagfræðilegt tap. Samkvæmt þessu er það einnig rangt hjá Lyfjum og heilsu að umrædd verðlagning hafi skilað fyrirtækinu hagnaði.

Framangreindir tölvupóstar stjórnenda Lyfja og heilsu sýna að þeir gerðu sér grein fyrir þessum afleiðingum baráttuafsláttanna á rekstur apóteksins á Akranesi. Í tölvupósti GG frá 14. júlí 2007 er sagt frá því að afslættirnir bitni „*augljóslega á innkomunni*“ og matsatriði sé hvenær eigi að lækka þá. Í tölvupósti lyfjastjóra fyrirtækisins frá 26. júlí 2007 er fjallað um áþekka afslætti Apóteks Vesturlands og sagt að þeir þýði að verið sé „*að borga með rekstrinum*“. Í svari framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu segir að erfitt sé að kæra þetta til samkeppnisyrivalda „*þar sem við erum að gefa 70% af einstökum vörunúmerum*“. Í tölvupósti framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu frá 30. ágúst 2007



kemur fram að afsláttarkjörin þýði að fyrirtækið „græði“ ekkert á lyfsölu á Akranesi.

Það sjónarmið Lyfja og heilsu að verðlagning hafi verið yfir heildarkostnaði fær heldur ekki staðist þegar litið er til nýlegra yfirlýsinga forsvarsmanna fyrirtækisins um afkomu apóteksins á Akranesi. Þannig kemur eftirfarandi fram í frétt á VB.is frá 25. nóvember 2009:

*„Lyf & heilsa lokar á Akranesi, en frá því að Apótek Vesturlands opnaði á Akranesi um mitt ár 2007 hefur markaðshlutdeild Lyfja & heilsu á Akranesi hrunið og stendur reksturinn ekki lengur undir sér segir í tilkynningu.“*

Að mati Samkeppniseftirlitsins getur það ekki staðist að verðlagning á lyfjum í apóteki Lyfja og heilsu á Akranesi þar sem veittir voru „baráttuafslættir“ hafi verið yfir „heildarkostnaði“ þegar reksturinn í heild (sem einnig fól í sér sölu á vörum með hærri framlegð en á lyfjum) á sama tíma stóð ekki undir sér.

Þá getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á það sjónarmið Lyfja og heilsu að Apótek Vesturlands hefði almennt getað boðið sömu kjör. Eins og rakið hefur verið hér að framan fól verðlækkun Lyfja og heilsu það í sér að 25-30% meðalálagning apóteksins á lyf var lækkuð um 70%. Með öðrum orðum báru lyfin einungis um 10% álagningu að meðaltali eftir lækkunina. Sýnt hefur verið fram á það hér að framan að svo lág álagning stóð ekki undir rekstrartengdum kostnaði apóteksins. Er því óraunhæft að ætla að Apótek Vesturlands hafi getað til lengdar mætt verðlækkunum Lyfja og heilsu á grundvelli eðlilegra rekstrarforsendna. Hafa ber í því sambandi í huga að Apótek Vesturlands er ekki hluti af keðju apóteka þar sem möguleiki er á að nýta kosti stærðarhagkvæmninnar.

### 5.2.3 Um tímabundna vernd

Lyf og heilsa halda því fram að bann við sértækri verðlækkun fyrirtækis í yfirburðarstöðu feli í sér „tímabundna vernd“ fyrir keppinaut þar til hann sé í stakk búinn til að bjóða samkeppnishæft verð. Er það mat fyrirtækisins að ef slík vernd sé veitt í „of langan tíma“ muni keppinauturinn verðleggja þjónustu eins hátt og kostur sé án þess að þurfa að óttast verðsamkeppni frá hinu markaðsráðandi fyrirtæki. Þá halda Lyf og heilsa því fram að ef fyrirtækið hefði ekki gripið til umræddra aðgerða hefði Apótek Vesturlands komist í einokunarstöðu og væntanlega verðlagt þjónustu sína í samræmi við það.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er örðugt að skilja hvað Lyf og heilsa eiga við með framangreindu. Helst má skilja sjónarmið fyrirtækisins sem svo að nauðsynlegt hafi verið að grípa til m.a. baráttuafsláttanna til að koma í veg fyrir að Apótek Vesturlands næði einokunarstöðu á markaðnum á Akranesi og myndi í kjölfarið hækka verð óhóflega til neytenda.

Á þetta er ekki unnt að fallast. Hafa ber í huga í þessu sambandi að apótek Lyfja og heilsu á Akranesi var sjálft í yfirburðastöðu þegar Apótek Vesturlands kom inn





á markaðinn. Sýnt hefur verið fram á að þær aðgerðir sem um ræðir, þ.e. sértækir „baráttuafslættir“ höfðu þann tilgang fyrst og fremst að koma í veg fyrir að nýr keppinautur næði fótfestu á markaðnum. Með öðrum orðum höfðu Lyf og heilsa ásetning um að viðhalda ráðandi stöðu á markaðnum. Tilgangur aðgerðanna var að ná því markmiði. Hvað sem því líður þá felst í því misskilningur á eðli og tilgangi samkeppnislaga að íhlutun vegna sértækrar verðlækkunar markaðsráðandi fyrirtækis feli í sér að keppinautum sé veitt víðtæk „vernd“ til að halda uppi háu verðlagi. Þvert á móti er það í samræmi við markmið samkeppnislaga að markaðsráðandi fyrirtæki keppi á grundvelli eðlilegra rekstrarforsendna. Í þessu máli hefur hins vegar verið sýnt fram á að svo var ekki. Aðgerðirnar leiddu til þess að framlegð varð neikvæð og rekstur apóteksins stóð ekki undir sér. Voru aðgerðirnar því ekki í samræmi við þær ríku skyldur markaðsráðandi fyrirtækja að raska ekki samkeppni. Er því ekki hægt að fallast á þessa málsástæðu Lyfja og heilsu.

#### 5.2.4 Um sértæka verðlækkun og einstaka yfirburðarstöðu

Lyf og heilsa halda því fram að sértæk verðlækkun sem þó sé yfir kostnaði geti aðeins verið ólögmæt ef viðkomandi fyrirtæki er í yfirburðastöðu á viðkomandi markaði. Sem rök fyrir þessu er vísað til dóms Hæstaréttar í máli nr. 640/2007 *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* (IGS málið). Segir einnig að þessa ályktun megi draga af umfjöllun dómstóla EB um þetta atriði. Þetta sjónarmið Lyfja og heilsu er ekki unnt að túlka öðruvísi en svo að fyrirtækið líti svo á að „venjuleg“ markaðsráðandi fyrirtæki geti ekki brotið 11. gr. samkeppnislaga með sértækri verðlækkun. Þá er því haldið fram að Lyf og heilsa hafi ekki verið í yfirburðastöðu þegar atvik málsins áttu sér stað.

Samkeppniseftirlitið vísar til umfjöllunar í kafla II. 2 hér að framan þar sem lýst er miklum yfirburðum Lyfja og heilsu gagnvart Apóteki Vesturlands. Hvað sem því líður stenst framangreind túlkun á 11. gr. samkeppnislaga ekki.

Varðandi tilvísun Lyfja og heilsu til dóms Hæstaréttar í IGS málinu kemur hvergi fram í dómnum að aðeins fyrirtæki í yfirburðastöðu geti brotið 11. gr. samkeppnislaga með sértækri verðlækkun. Þvert á móti er í dómnum vísað til þess að markaðsráðandi fyrirtæki geti brotið gegn samkeppnislögum með sértækum aðgerðum.<sup>253</sup> Í dómnum er vísað til þess að IGS hafði yfir 95% markaðshlutdeild á skilgreindum markaði þess máls og vitaskuld skipti slík yfirburðastaða máli við mat á því hvort fyrirtækið hefði brotið 11. gr., auk annarra atriða sem tilgreind eru í dómnum. Í dómi Hæstaréttar er á hinn bóginn ekki að finna neina almenna reglu um að yfirburðastaða sé forsenda þess að sértæk verðlækkun yfir kostnaði geti verið ólögmæt. Það að vísað sé til þeirrar staðreyndar að IGS hafði yfir 95% markaðshlutdeild þýðir það ekki nauðsynlega að markaðsráðandi fyrirtæki með lægri hlutdeild geti ekki gerst sekt um sama brot. Leggja verður heildarmat á atvik í hverju máli fyrir sig.<sup>254</sup>

<sup>253</sup> Í dómnum segir: „Á móti kemur að áfrýjandi gat ekki með vissu séð fyrir að í tilboði hans til LTU GmbH fælist brot þar sem í framkvæmd hafa ekki mótast skýrar viðmiðanir um það hvenær sértækar aðgerðir þess, sem markaðsráðandi er, geti talist brot á samkeppnislögum án tillits til þess hvort tekjur af þeim séu yfir meðaltali heildarkostnaðar.“

<sup>254</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í sameinuðum málum nr. m.a. C-395/96P *Compagnie Maritime Belge v Commission* [2000] ECR I-1365: „...the actual scope of the special responsibility imposed on a



Hér er einnig rétt að hafa í huga að fjallað var um sértæka verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í málinu voru til umfjöllunar sértækar verðlækkunar Eimskips. Af hálfu Eimskips var því haldið fram að ekki væri um brot að ræða m.a. sökum þess að fyrir lægi að „*Eimskip hafi ekki verið í yfirburðastöðu á markaðnum.*“ Áfrýjunarnefnd féllst ekki á þá skýringu að aðeins fyrirtæki í yfirburðastöðu geti brotið 11. gr. samkeppnislaga með sértækri verðlækkun. Var komist að þeirri niðurstöðu að hin sértæka verðlækkun Eimskips fæli í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Þá var heldur ekki byggt á því í úrskurðinum að verðlagning Eimskips hefði verið undir kostnaði. Í dómum dómstóla EB hefur ekki verið sett fram sú regla að aðeins fyrirtæki í yfirburðastöðu geti gerst sekt um ólögmætar sértækar verðlækkunar.<sup>255</sup> Þá hefur ekki verið fallist á slík sjónarmið í t.d. dönskum samkeppnisrétti.<sup>256</sup>

#### 5.2.5 Um heimild til að mæta samkeppni

Lyf og heilsa hafa sem fyrr segir gefið þær skýringar að umræddir afslættir hafi verið veittir til að mæta þeirri samkeppni sem hófst þegar Apótek Vesturlands hóf starfsemi á Akranesi. Segir að aðgerðirnar hafi verið nauðsynlegar til þess að komast hjá meiri samdrætti en raun varð á. Aðgerðirnar hafi verið til þess fallnar að ná þessu markmiði.

Markaðsráðandi fyrirtækjum er að ákveðnu marki heimilt að bregðast við og verja viðskiptahagsmuni sína þegar á þau er ráðist.<sup>257</sup> Er þetta oft nefnt að markaðsráðandi fyrirtækjum sé heimilt að mæta samkeppni til þess að verja viðskiptalega hagsmuni sína ef á þau er gerð atлага. Slík varnarviðbrögð verða hins vegar að byggjast á efnahagslegri frammistöðu fyrirtækjanna og vera í samræmi við hagsmuni neytenda.<sup>258</sup> Slík viðbrögð verða einnig að vera í

---

*dominant undertaking must be considered in the light of the specific circumstances of each case which show that competition has been weakened ...*”

<sup>255</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-30/89 *Hilti v Commission* [1992] ECR II-1439. Benti dómstóllinn m.a. á að þær sértæku aðgerðir sem málið tók til væru ekki eðlileg samkeppni af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis. (*The strategy employed by Hilti against its competitors and their customers is not a legitimate mode of competition on the part of an undertaking in a dominant position.*) Sjá jafnframt O’Donoghue & Padilla, *The Law and Economics of Article 82*, 2006 bls. 278: „*The Commission and Community Courts have objected to above-cost price cuts by a dominant firm in several cases.*”

<sup>256</sup> Danska samkeppnisráðið komst að þeirri niðurstöðu að danski pósturinn (Post Danmark) hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína á markaðnum fyrir nafnlausar fjöldasendingar (adresselose forsendelser) með sértækri verðlækkun. Fyrirtækið kærði ákvörðunina til dönsku áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem staðfesti hana. Skaut fyrirtækið þá úrskurði áfrýjunarnefndar til dómstóla. Með dómi sínum frá 21. desember 2007 staðfesti Eystri Landsrétturinn úrskurð áfrýjunarnefndarinnar (mál nr. B-2656-05). Danski pósturinn var með 40-50% markaðshlutdeild og var ekki fallist á þá málsástæðu hans að ekki væri um brot að ræða þar sem einungis fyrirtæki í einstakri yfirburðarstöðu gætu brotið samkeppnisreglur með sértækri verðlækkun og fyrirtækið væri ekki í slíkri stöðu.

<sup>257</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.

<sup>258</sup> Sjá dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969: „*Thus, even if the existence of a dominant position does not deprive an undertaking placed in that position of the right to protect its own commercial interests when they are threatened ..., the protection of the commercial position of an undertaking in a dominant position with the characteristics of that of the applicant at the time in question must, at the very least, in order to be lawful, be based on criteria of economic efficiency and consistent with the interests of consumers.*”



samræmi við meðalhóf og hafa verður hliðsjón af efnahagslegum styrk viðkomandi fyrirtækja.<sup>259</sup>

Hins vegar verður að taka skýrt fram að þessi heimild til að mæta samkeppni á ekki við ef raunverulegur tilgangur aðgerða er að styrkja eða viðhalda markaðsráðandi stöðu og misnota hana.<sup>260</sup> Þá ber að áréttta að skv. framangreindum úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála og dómum dómstóla EB, sem reifaðir voru í kafla III. 1 hér að framan, leiðir óhjákvæmilega að ef sannað er að tilgangur aðgerðar markaðsráðandi fyrirtækis er að raska samkeppni telst hún þá þegar ólögmat og ekki í samræmi við þá ríku skyldu sem hvílir á viðkomandi ráðandi fyrirtæki. Þarf þá ekki til viðbótar að sýna fram á að aðgerðin sem slík sé óeðlileg þar sem allar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækja sem hafa þann tilgang að raska samkeppni teljast til óeðlilegrar samkeppni af þeirra hálfu.<sup>261</sup>

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að umræddir afslættir Lyfja og heilsu á Akranesi falli undir heimild markaðsráðandi fyrirtækis til þess að mæta samkeppni. Fyrir það fyrsta er Lyfjum og heilsu óheimilt að grípa til aðgerða til að mæta samkeppni og vernda hagsmuni sína ef raunverulegur tilgangur slíkra aðgerða er raska samkeppni. Enginn vafi leikur á því að tilgangur Lyfja og heilsu var að þessu leyti samkeppnishamlandi. Aðgerðir Lyfja og heilsu voru ekki varnaraðgerðir í framangreindum skilningi heldur sýna gögn málsins að í baráttuafsláttunum fólst atlagan að hinum nýja keppinauti sem hafði þann tilgang að hindra það að hann næði að hasla sér völl á hinum skilgreinda markaði. Gögnin sýna að umfang afsláttanna, þ.e. umtalsverð verðlækkun á söluhæstu lyfjunum, var m.a. liður í aðgerðum sem áttu að ganga svo nærri fjárhagsstöðu Apóteks Vesturlands að eigandinn yrði „launalaus eða launalítill“. Þá þyrfti að koma fjölda afgangra lyfseðla niður fyrir tiltekið hlutfall, þá væri þetta „örugglega búið“.<sup>262</sup> Tilvísun Lyfja og heilsu til heimildar til að mæta samkeppni á því ekki við í þessu máli.

### 5.3 Niðurstaða

Eins og áður hefur verið greint frá sýna gögn þessa máls að umræddir afslættir voru einungis í boði hjá apóteki Lyfja og heilsu á Akranesi. Þá voru þeir einungis í boði eftir að Apótek Vesturlands opnaði þar.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í t.d. máli nr. 3/2008 var bent á að sértækar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis geti farið gegn 11. gr.

<sup>259</sup> Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207: „Even if the possibility of a counter-attack is acceptable that attack must still be proportionate to the threat taking into account the economic strength of the undertakings confronting each other.“

<sup>260</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. í máli nr. T-301/04 *Clearstream Banking AG v Commission* [2009] 5 CMLR 24: „... whilst the fact that an undertaking is in a dominant position cannot deprive it of its entitlement to protect its own commercial interests when they are attacked, and whilst such an undertaking must be allowed the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect those interests, such behaviour cannot be allowed if its purpose is to strengthen that dominant position and thereby abuse it ...“

<sup>261</sup> Sjá einnig t.d. Paul-John Loewenthal, *The Defence of “Objective Justification” in the Application of Article 82 EC*, *World Competition* 28(4): 455-477 2005: „... where a dominant undertaking’s primary aim is to eliminate its rivals from the market, it should not be possible to objectively justify its conduct.“

<sup>262</sup> Afritað tölvubréf GG til KW, SW og GÓ, dags. 7. júlí 2007, kl. 19:16.



samkeppnislaga, sbr. 1. gr. laganna, óháð því hvort tilboð þau sem í gangi eru varðandi vöru eða þjónustu séu undir tilteknum kostnaðarviðmiðunum. Þetta eigi t.d. við ef gerð er skipuleg atлага að keppinauti sem sé til þess fallin a.m.k. að veikja stöðu hans verulega.

Í ljósi alls framangreinds er það mat Samkeppniseftirlitsins að hinum sértæku baráttuafsláttum Lyfja og heilsu á Akranesi hafi verið beitt í þeim tilgangi að veikja hinn nýja keppinaut verulega og þar með raska samkeppni. Slíkt brot þykir og sérstaklega skýrt þegar fyrir liggja gögn sem gefa til kynna að tilgangur slíkra tilboða hafi verið að veikja keppinauta og raska þar með samkeppni á markaðnum. Jafnframt voru þessar aðgerðir til þess fallnar að viðhalda eða styrkja sameiginlega markaðsráðandi stöðu félagsins á höfuðborgarsvæðinu, sbr. nánar hér á eftir.

## 6. Samandregin niðurstaða

Hér að framan var komist að þeirri niðurstöðu að Lyf og heilsa hafi verið í markaðsráðandi stöðu í smásölu lyfja á Akranesi þegar atvik þessa máls áttu sér stað. Einnig er komist að þeirri niðurstöðu að félagið hafi, ásamt Lyfju, verið í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu og að nán tengsl séu milli þessara landfræðilegu markaða.

Í þessu máli liggur fyrir að Lyf og heilsa gripu til aðgerða sem fólu í sér skipulega atlögu gegn innkomu Apóteks Vesturlands. Höfðu þessar aðgerðir beinlínis að markmiði að raska samkeppni og fólu þær í sér aðgerðir til að skapa tryggð og sértækar verðlækkanir. Ekki er unnt að fallast á þau sjónarmið sem Lyf og heilsa hafa sett fram til stuðnings því að framangreindar aðgerðir hafi verið lögmætær, sbr. einnig hér á eftir. Aðgerðirnar fela í sér misbeitingu á þeim efnahagslega styrk sem félagið gat beitt á Akranesi og fara því gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Fyrirtæki geta styrkt m.a. sameiginlega markaðsráðandi stöðu sína með því að skapa eða viðhalda samkeppnishamlandi orðspori (e. reputation effects).<sup>263</sup> Ber að hafa í huga að fyrirtæki í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu hafa sérstaka hagsmuni af því að grípa til aðgerða, hvert fyrir sig eða sameiginlega, gegn fyrirtækjum sem standa fyrir utan hina ráðandi stöðu.<sup>264</sup>

Rökstutt er hér að framan að stóru lyfjakeðjurnar, Lyf og heilsa og Lyfja, hafi forðast að keppa sín á milli og Lyf og heilsa hafi þess í stað beitt sér gegn minni keppinautum sem hafa getað ógnað hinni sameiginlegu markaðsráðandi stöðu, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2006. Voru nefnd dæmi um hvernig Lyf og heilsa hefur að þessu leyti beitt sér gagnvart minni keppinautum á liðnum árum.

<sup>263</sup> Sjá t.d. P. Milgrom & J. Roberts, "Predation, Reputation and Entry Deterrence," 27 Journal of Economic Theory 280 (1982).

<sup>264</sup> Sjá t.d. O'Donoghue & Padilla, The Law and Economics of Article 82, 2006 bls. 162: "...the most sensible rationale for abuses of collective dominance is that the firms concerned tacitly collude on a course of action to unlawfully exclude firms that do not form part of the oligopoly, thereby maintaining or strengthening their overall dominance."



Er það mat Samkeppniseftirlitsins að framangreindar aðgerðir hafi einnig falið í sér misnotkun á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu Lyfja og heilsu á höfuðborgarsvæðinu. Voru aðgerðirnar til þess fallnar að senda skýr skilaboð til annarra aðila um að ekki myndi borga sig að reyna innkomu á a.m.k. þeim landfræðilega markaði. Voru aðgerðirnar liður í því að viðhalda eða styrkja umrædda sameiginlega markaðsráðandi stöðu og fara því einnig að þessu leyti gegn 11. gr. samkeppnislaga.

#### 6.1 Um sjónarmið Lyfja og heilsu um gerð markaðarins á Akranesi og hegðun fyrirtækja á tvíkeppnismarkaði

Lyf og heilsa vísa til þess að lyfjamarkaðurinn sé um margt sérstakur, sbr. t.d. hömlur á verðlagningu og auglýsingum. Þá er vísað til kvaða um viðveru lyfjafræðings, kröfur um tiltekna birgðir lyfja í apóteki o.fl. Takmarki þessar kvaðir þær aðgerðir sem aðilar geti gripið til þegar nýr keppinatur komi inn á markaðinn. Í þessari umfjöllun Lyfja og heilsu er einnig vísað til álits umboðsmanns Alþingis nr. 4530/2005. Þar hafi verið dregin sú ályktun að grundvallarhugsunin að baki 3. mgr. 20. gr. lyfjalaga væri sú að við mat á umsóknum um ný lyfsöluleyfi skyldi stuðst m.a. við íbúafjölda að baki lyfjabúð og fjarlægð hennar frá næstu lyfjabúð. Þetta hefði verið gert til að tryggja markmið 1. gr. laganna um örugga lyfjadreifingu um allt land. Það skyldi gert þannig að spornað yrði við því að rekstrargrundvelli lyfjabúðar sem fyrir væri í sveitarfélagi í dreifbýli væri raskað þegar lagt væri mat á umsókn annars aðila um lyfsöluleyfi vegna stofnunar nýrrar lyfjabúðar. Þá segir að þessu leyti „*verði að túlka samkeppnislög til samræmis við markmið lyfjalaga en ekki öfugt.*“ Er það jafnframt mat Lyfja og heilsu að þegar verið sé að skoða skilin á milli eðlilegrar og óeðlilegrar háttsemi á markaði sé nauðsynlegt að skoða viðkomandi markað með mjög ítarlegum hætti og þau samkeppnislegu skilyrði sem séu ríkjandi, þ.e. framboð og eftirspurn. Þar sem hver markaður sé ólíkur verði að leggja mat á hvert tilfalli fyrir sig.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er örðugt að átta sig á þýðingu þessarar umfjöllunar í athugasemdum Lyfja og heilsu. Rétt er að taka fram að samkeppnislög taka til þeirrar háttsemi sem fyrirtækið greip til í þessu máli. Þá fer samkeppni almennt séð ekki gegn markmiðum lyfjalaga. Einnig má vísa til framangreindrar umfjöllunar um umsókn Lyfja og heilsu um lyfsöluleyfi í Vestmannaeyjum árið 2006. Þar kom fram að mati Samkeppniseftirlitsins að það sem helst virðist ráða afstöðu Lyfja og heilsu til lyfsöluleyfa í smærri byggðarlögum sé hvort það sé félagið sjálft eða keppinatur þess sem sækist eftir úthlutun leyfa. Hvað sem því líður eru ekki sett fram sérstök sjónarmið um það af hálfu Lyfja og heilsu á hvern hátt eigi að meta háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja öðruvísi á mörkuðum þar sem rekstrargrundvöllur er hugsanlega erfiðari en almennt gerist. Aðeins er nefnt að slíka markaði þurfi að skoða með „ítarlegum hætti“.

Ef skilningur Lyfja og heilsu er raunverulega sá að unnt sé að réttlæta þær aðgerðir sem fyrirtækið greip til á Akranesi á þeim forsendum að rekstrargrundvöllur apóteka á landsbyggðinni sé erfiður getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á þann skilning. Séu þessar forsendur sem Lyf og heilsa lýsa fyrir hendi



(þ.e. hár fastur kostnaður og lág framlegð) þá réttlæta þær ekki þá háttsemi sem um ræðir. Þvert á móti leggja þær, ef eitthvað er, ríkari skyldur á Lyf og heilsu sem markaðsráðandi fyrirtæki að gæta þess að aðgerðir fyrirtækisins raski ekki samkeppni.

Þá er í máli Lyfja og heilsu sett fram sjónarmið um viðbrögð fyrirtækja á tvíkeppnismörkuðum. Segir að eðli samkeppni á tvíkeppnismarkaði feli í sér að verð lækki þegar nýr aðili komi inn á markaðinn eins og gerst hafi á Akranesi. Ef Lyf og heilsa hefðu haldið verðlagningu óbreyttri blasi við að allir neytendur hefðu á endanum farið yfir til keppinautarins. Það séu því eðlileg viðbrögð við fyrirhugaðri innkomu nýs keppinautar að aðlaga verðlagningu að nýjum markaðsaðstæðum. Ef það væri ekki gert myndi það til skamms tíma leiða til mikils tekjusamdráttar og til lengri tíma brotthvarfs af markaðnum. Þá segir að Lyf og heilsa hafi ekki gengið of langt í aðgerðum sínum en til marks um það sé þróun markaðshlutdeildar sem sýni að aðgerðirnar hafi verið fjarri því að vera samkeppnishamlandi. Háttsemi Lyfja og heilsu hafi því átt sér „*efnahagslega rökréttar skýringar án þess að veða að rekstrargrundvelli AV.*“ Enn fremur segir að Lyf og heilsa líti svo á að aðgerðirnar hafi haft þau áhrif að fyrirtækið geti enn boðið upp á þjónustu á Akranesi í stað þess að Apótek Vesturlands hafi náð þar einokunarstöðu.

Samkeppniseftirlitið bendir hér á að Lyf og heilsa eru í markaðsráðandi stöðu. Bann 11. gr. samkeppnislaga tekur því til háttsemi félagsins á markaðnum. Hér að framan hefur verið rökstutt með ítarlegum hætti að fyrirtækið greip til aðgerða sem höfðu það að markmiði að koma Apóteki Vesturlands út af markaðnum eða veikja það fyrirtæki sem keppinaut. Slíkar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis fara gegn 11. gr. samkeppnislaga og sjónarmið eða kenningar um atferli fyrirtækja á tvíkeppnismörkuðum haggja ekki banni ákvæðisins. Vitaskuld er ljóst að fyrirtæki á slíkum mörkuðum hafa hvata til þess að gæta hagsmuna sinna og grípa til þeirra aðgerða sem markaðsgerðin leyfir í því skyni að hámarka hagnað sinn. Það er hins vegar skýrt í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki mega ekki grípa til neinna aðgerða til að gæta hagsmuna sinna ef raunverulegur tilgangur þeirra er að raska samkeppni, sbr. umfjöllun hér að framan.

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að 11. gr. samkeppnislaga leggur ekki bann við að markaðsráðandi fyrirtæki taki þátt í samkeppni og mæti innkomu nýrra keppinauta á samkeppnismarkaði. Heimildir markaðsráðandi fyrirtækja ná hins vegar ekki til aðgerða sem hafa það að markmiði að útiloka keppinauta eða ganga svo nærri þeim að ekki sé hægt að líta á þær sem eðlilegar samkeppnisaðgerðir sem byggir á rekstrarlegum forsendum. Aðgerðir þær sem Lyf og heilsa gripu til þegar Apótek Vesturlands opnaði voru umfangsmiklar. Þær voru því ekki „*efnahagslega rökréttar*“ heldur ógnuðu þær rekstrargrundvelli Apóteks Vesturlands. Af umfjöllun Lyfja og heilsu um þessi atriði má skilja að fyrirtækið líti svo á að nauðsynlegt hafi verið að grípa til aðgerðanna vegna „*tengsla*“ apóteksins við Akranes og að apótekari þess hefði lýst því yfir að hann myndi bjóða betri kjör en Lyf og heilsa. Er hér væntanlega átt við að apótekari Apóteks Vesturlands er Akurnesingur og þekktur í sinni heimabyggð. Á þetta er ekki unnt að fallast enda er ekki rökstutt sérstaklega hvers vegna umrædd tengsl



hans við Akranes ættu öðru fremur að réttlæta aðgerðirnar. Hvað sem þessu líður má þó benda á að svipuð tengsl áttu við um apótekara Lyfja og heilsu á Akranesi en hann hafði allt frá upphafi verið leyfishafi fyrir Lyf og heilsu á Akranesi og áður (fyrir árið 2000) rekið eigið apótek sem nefnt var Akraness Apótek.



#### IV. Viðurlög

Í þessum kafla verður fjallað um ákvæði 37. gr. samkeppnislaga og hugað að þeim sjónarmiðum sem líta verður til við ákvörðun viðurlaga í málinu.

##### 1. Sjónarmið Lyfja og heilsu um viðurlög

Lyf og heilsa telja að ekki geti komið til þess að fyrirtækið verði beitt viðurlögum í þessu máli. Er það mat fyrirtækisins að þær aðgerðir sem gripið hafi verið til fari ekki í bága við samkeppnislög enda hafi markaðshlutdeild þess verið komin niður fyrir 50% á fyrsta starfsári Apóteks Vesturlands. Telur fyrirtækið að *„þegar af þessari ástæðu koma sektarúrræði samkeppnislaga ekki til skoðunar enda er augljóst að þær aðgerðir sem Samkeppniseftirlitið telur að fari í bága við samkeppnislög höfðu engin áhrif á stöðu AV og voru þær ekki heldur til þess fallnar að hafa slík áhrif.“*

Segir ennfremur að sektarákvörðun myndi ekki hafa nein varnaðaráhrif þar sem með henni væri rekstrargrundvelli fyrirtækisins stefnt í voða. Þá er sérstaklega vikið að samskiptum Lyfja og heilsu við heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytið og er því haldið fram að ekki sé unnt að beita fyrirtækið viðurlögum fyrir að nýta sér andmælarétt sinn.

Lyf og heilsa líta svo á að fyrirtækið hafi ekki lagt neinar skuldbindingar á viðskiptavinum sína í þá veru að þeim væri óheimilt að stunda viðskipti við Apótek Vesturlands. Ekki hafi verið gerðir einkakaupasamningar við viðskiptavinum auk þess sem afslættir til þeirra hafi verið hóflegir. Þá hafi aðgerðunum verið ætlað að tryggja „viðunandi rekstrargrundvöll“ en ekki að hindra innkomu Apóteks Vesturlands á markaðinn.

Þá er það mat Lyfja og heilsu að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins feli í sér „nýja nálgun á samkeppnislögunum“ sem ekki eigi sér fordæmi og feli í sér vafasama túlkun á 11. gr. samkeppnislaga. Þannig sé fyrirtæki sem sannanlega hafi tapað meira en helming af markaðshlutdeild sinni á hálfu ári talið vera í markaðsráðandi stöðu. Þá hafi það ekki gerst áður að fyrirtæki í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á einum markaði sé, á grundvelli þeirrar stöðu, talið vera eitt markaðsráðandi á öðrum markaði. Sé því um mjög „óskýra“ beitingu á 11. gr. samkeppnislaga að ræða og því sé ámælisvert að beita 37. gr. laganna.

Þá segir að jafnvel þó háttsemi Lyfja og heilsu verði talin fela í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga beri að beita ákvæði 37. gr. með mjög „hóflegum hætti“. Rekstrarskilyrði fyrirtækja séu mjög erfið um þessar mundir og flest fyrirtæki í „gjörgæslu lánafyrirtækja“ og séu [...].

##### 2. Mat Samkeppniseftirlitsins

Í 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 segir að Samkeppniseftirlitið leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóti m.a. gegn bannreglum samkeppnislaga nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Eins og leiðir af orðalagi 1. mgr.





37. gr. er tilgangur ákvæðisins sá að varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni. Með lögum nr. 107/2000, er breyttu eldri samkeppnislögum nr. 8/1993, var m.a. gerð sú breyting á 52. gr. eldri samkeppnislaga að í stað orðanna „getur lagt“ var tekið upp orðið „leggur“. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 kom fram að tilgangur þessa væri að tryggja að meginreglan yrði sú að stjórnvaldssektir yrðu lagðar á ef brot á bannreglum laganna ættu sér stað, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Var tekið fram að þetta myndi stuðla að því að markmið laganna næðu fram að ganga. Því er 37. gr. samkeppnislaga að þessu leyti samhljóða 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 eftir breytinguna með lögum nr. 107/2000. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði* kemur fram að ákvæðinu sé ætlað að skapa almenn og sérstök varnaðaráhrif. Eins og 37. gr. samkeppnislaga ber með sér felur ákvæðið hins vegar ekki í sér skyldu til álagningar sekta við öllum brotum á bannákvæðum laganna. Mjög ríkar ástæður verða hins vegar að réttlæta það að sektum sé ekki beitt vegna brota á samkeppnislögum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2008 *Sundagarðar ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í 37. gr. samkeppnislaga kemur m.a. fram að sektir geti numið allt að 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun sekta ber skv. ákvæðinu að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 segir að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Hefur áfrýjunarnefndin talið að það megi einnig líta t.d. til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda, hagnaðarsjónarmiða og eldri brota á samkeppnislögum, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Eins og lögskýringargögn bera skýrlega með sér er eðlilegt að túlka ákvæðið með hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti.<sup>265</sup>

Lyf og heilsa bera því við að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins feli í sér „nýja nálgun á samkeppnislögunum“ sem ekki eigi sér fordæmi og feli í sér vafasama túlkun á 11. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið bendir hér fyrst almennt á að Hæstiréttur hefur talið að bannregla 11. gr. samkeppnislaga sé ekki of óljós til að ákvörðun viðurlaga verði reist á henni, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Líta má einnig til þess að dómstólar EB hafa talið að ætlað flókið eðli tiltekinnar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu eða ætluð ný túlkun á samkeppnisreglum geti ekki leitt til lækkunar sekta.<sup>266</sup> Þá ber

<sup>265</sup> Í athugasemdum við 2. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 52/2007 er fjallað um tillögur að breytingum á 37. gr. samkeppnislaga: „Í ákvæðinu er mælt fyrir um skyldu Samkeppniseftirlitsins til að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja, við nánar tiltekna aðstæður. Byggist tillagan eins og núgildandi ákvæði á fyrirmyndum úr EES/EB-samkeppnisrétti.“

<sup>266</sup> Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. C-333/94P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951. Í því máli hélt fyrirtæki sem misnotað hafði markaðsráðandi stöðu sína því fram að lækka ætti sekt þess vegna þess að engin fordæmi væru fyrir túlkun framkvæmdastjórnar EB á samkeppnisreglum í málinu og að brotið byggði á flóknu mati. Hvorki dómstóll EB né undirrétturinn féllst á þetta: „... the Court of First Instance weighed the seriousness of the infringement against the circumstances invoked by Tetra Pak.“



að líta til þess að þau viðmið sem notuð eru í þessu máli við beitingu 11. gr. samkeppnislaga styðjast við þekkt sjónarmið í samkeppnisrétti, sbr. rökstuðning hér að framan. Þannig mátti Lyfjum og heilsu vera það ljóst að efnahagslegir yfirburðir gagnvart hinum nýja keppinauti á Akranesi væru með þeim hætti að 11. gr. samkeppnislaga tæki til háttsemi félagsins. Var fyrirtækinu þetta ljóst í reynd, sbr. framangreindan tölvupóst framkvæmdastjóra þess frá 13. september 2007 en í honum var rætt um skyldur Lyfja og heilsu sem markaðsráðandi fyrirtækis. Þá mátti fyrirtækinu einnig vera það ljóst á brotatímanum að sértækar aðgerðir gegn keppinauti gátu falið í brot gegn samkeppnislögum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 5. júlí 2006 í máli nr. 3/2006. Ekki síst mátti Lyfjum og heilsu vera þetta ljóst þar sem um var að ræða aðgerðir sem höfðu það beinlínis að markmiði að vinna gegn innkomu hins nýja keppinautar og þar með gegn markmiði samkeppnislaga. Túlkun Samkeppniseftirlitsins á 11. gr. samkeppnislaga í þessu máli felur því ekki í sér nýmæli heldur er hún í samræmi við viðurkennd sjónarmið í samkeppnisrétti.

Í þessu máli liggur fyrir að Lyf og heilsa gripu til aðgerða sem fólu í sér skipulega atlögu gegn innkomu Apóteks Vesturlands á markaðinn. Höfðu þessar aðgerðir beinlínis það markmið að raska samkeppni og fólu þær í sér sértækar verðlækkningar og aðgerðir til að skapa tryggð mikilvægra viðskiptavina og koma í veg fyrir að þeir hæfu viðskipti við hinn nýja keppinaut á Akranesi. Aðgerðirnar fólu í sér misbeitingu á þeim efnahagslega styrk sem félagið gat beitt á Akranesi og fara því gegn 11. gr. samkeppnislaga. Einnig er það mat Samkeppniseftirlitsins að þessar aðgerðir hafi falið í sér misnotkun á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu Lyfja og heilsu á höfuðborgarsvæðinu. Voru aðgerðirnar til þess fallnar að senda skýr skilaboð til annarra aðila um að ekki myndi borga sig að reyna innkomu á a.m.k. þeim landfræðilega markaði. Voru aðgerðirnar liður í því að viðhalda eða styrkja umrædda sameiginlega markaðsráðandi stöðu og fara því einnig að þessu leyti gegn 11. gr. samkeppnislaga. Ekki hefur verið sýnt fram á sérstakar hlutlægar eða málefnalegar ástæður sem réttlætt geta þessar aðgerðir. Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að aðgerðirnar hafi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga og að þær hafi verið til þess fallnar að viðhalda og styrkja með óeðlilegum hætti stöðu Lyfja og heilsu á mörkuðum fyrir smásölu á lyfjum. Af umfjöllun hér að framan er jafnframt ljóst að brotin voru umfangsmikil. Þannig fengu flestir mikilvægustu viðskiptavina apóteksins aðild að vildarklúbbum auk þess sem baráttuafslættir náðu til mest seldu lyfja apóteksins. Því er ljóst að brot Lyfja og heilsu eru í eðli sínu alvarleg. Hafa ber einnig í huga að lyfjamarkaðurinn er mjög mikilvægur markaður fyrir neytendur.

---

*It considered that, even if in some respects defining the relevant product markets and the scope of Article 86 may have been a matter of some complexity, Tetra Pak could not have been unaware, given its quasi-monopoly on the aseptic markets and its leading position on the non-aseptic markets, that the practices in issue contravened the rules in the Treaty. The Court of First Instance concluded that the manifest nature and particular gravity of the restrictions on competition resulting from the abuses in question justified upholding the fine, notwithstanding the allegedly unprecedented nature of certain legal assessments in the contested decision. By that reasoning, the Court of First Instance dealt adequately with Tetra Pak's argument based on the mitigating circumstances on which it could rely. The fifth plea in law must therefore also be dismissed."*



Framangreind brot Lyfja og heilsu á 11. gr. samkeppnislaga eru óhjákvæmilega alvarleg í eðli sínu. Því er að mati Samkeppniseftirlitsins nauðsynlegt að sekta fyrir umrædd brot í samræmi við ákvæði 37. gr. samkeppnislaga.

Varðandi samskipti Lyfja og heilsu við heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytið ítrekar Samkeppniseftirlitið að ekki er lagt til grundvallar að þau samskipti hafi, ein og sér, falið í sér brot gegn samkeppnislögum. Þau eru hins vegar nefnd þar sem þau voru liður í þeim ráðstöfunum sem Lyf og heilsa gripu til í því skyni að vinna gegn innkomu Apóteks Vesturlands og varpa ljósi á þann tilgang sem bjó að baki þeim markaðslegu aðgerðum sem beitt var gagnvart hinum nýja keppinauti.

Lyf og heilsa setja fram sjónarmið sem virðast eiga að gefa til kynna að ásetningur hafi ekki staðið til framangreindra brota. Aðgerðum fyrirtækisins hafi verið ætlað að tryggja „viðunandi rekstrargrundvöll“ en ekki ætlað að hindra innkomu Apóteks Vesturlands á markaðinn. Fyrirtækið hafi ekki gert það að áskilnaði að viðskiptavinir þess ættu ekki viðskipti við Apótek Vesturlands auk þess sem afslættir til þeirra hafi verið hóflegir.

Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á getur huglæg afstaða þeirra sem hlut eiga að broti skipt máli við mat á fjárhæð sekta, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2008. Samkeppniseftirlitið vísar hér til þess að í samkeppnisrétti er talið að brot sé framið af ásetningi þegar viðkomandi aðila mátti vera ljóst að aðgerðum hans var ætlað að raska samkeppni. Ekki er skilyrði að viðkomandi hafi verið það ljóst að aðgerðir hans fælu í sér brot á samkeppnisreglum.<sup>267</sup> Skýr ásetningur getur falið í sér rök fyrir hækkun sekta en ekki er hins vegar sjálfgefið að brot framin af gáleysi eigi að leiða til lægri sekta en ella.<sup>268</sup>

Að mati Samkeppniseftirlitsins gat Lyfjum og heilsu ekki dulist að umrædd brot voru til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti. Visast hér til umfjöllunar í kafla III 3 hér að framan. Má í því sambandi árétta að við undirbúning aðgerða fyrirtækisins voru settar fram hugmyndir sem hefðu að mati þess girt „*alveg fyrir aðra samkeppni hér*“. Eftir að fyrirsvarsmaður Apóteks Vesturlands hafði hafnað boði um að gerast starfsmaður Lyfja og heilsu og hætta þar með við að hefja atvinnurekstur í samkeppni við Lyf og heilsu á Akranesi var gripið til markaðslegra aðgerða gegn hinum nýja keppinauti. Í tengslum við þær aðgerðir var rætt um að eigandi Apóteks Vesturlands hefði ekki „*úthald*“ til að reka apótek sitt áfram miðað við tiltekna rekstrarforsendur. Minnka þyrfti umsvif apóteksins, „*þá [væri] þetta örugglega búið*“ og ef sett markmið næðust yrði eigandinn „*launalaus eða launalítill*“ sem ekki gæti gengið til lengdar. Í tengslum við baráttuafslætti Lyfja og heilsu var sett fram það mat að Apótek Vesturlands þoli „*þetta örugglega ekki lengi*.“ Í ljósi þessa telur Samkeppniseftirlitið augljóst

<sup>267</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í sameinuðum málum nr. T-202, 204 og 207/98 *Tate & Lyle, British Sugar plc and Napier Brown plc v Commission* [2001] 5 CLMR 22: „*It is settled case-law that, for an infringement of the competition rules of the Treaty to be regarded as having been committed intentionally, it is not necessary for an undertaking to have been aware that it was infringing those rules. It is sufficient that it could not have been unaware that its conduct was aimed at restricting competition.*“

<sup>268</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-137/95P *SPO v Commission* [1996] ECR I-1611.



að Lyf og heilsa hafi haft ásetning til þess að raska samkeppni með aðgerðum sínum. Samkeppniseftirlitið getur heldur ekki fallist á að aðgerðunum hafi einungis verið ætlað að tryggja apóteki Lyfja og heilsu eðlilegan rekstrargrundvöll heldur þvert á móti að viðhalda yfirburðum m.a. á markaðnum á Akranesi. Aðgerðir Lyfja og heilsu voru því ekki í samræmi við þá ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum og langt umfram heimild þeirra til þess að mæta samkeppni. Hér skiptir og máli að aðgerðirnar voru skipulagðar af æðstu stjórnendum Lyfja og heilsu.<sup>269</sup>

Þessi ásetningur fyrirtækisins til þess að raska samkeppni horfir því til þyngingar viðurlaga.

Lyf og heilsa halda því einnig fram að þær aðgerðir sem gripið var til hafi ekki skaðað Apótek Vesturlands eða haft skaðleg áhrif á samkeppni. Því til vitnis sé að markaðshlutdeild Lyfja og heilsu minnkaði mikið strax á fyrstu vikum samkeppninnar og að Apótek Vesturlands hafi fljótlega náð hærri markaðshlutdeild en Lyf og heilsa.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að ákvæði 37. gr. samkeppnislaga gera ekki samkvæmt orðalagi sínu þá kröfu að sektir séu metnar með hliðsjón af þeim áhrifum sem viðkomandi ráðstöfun hefði í reynd haft á markaðnum. Af þessu leiðir að bæði er heimilt og eðlilegt, í því skyni að skapa varnaðaráhrif, að leggja á stjórnvaldssektir vegna brots á bannreglum samkeppnislaga þrátt fyrir að ekki sé sýnt fram á samkeppnislegan skaða, t.d. að verð hafi hækkað eða keppinautur hafi hrökklast út af markaðnum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.<sup>270</sup> Er þetta sama regla og gildir í EES/EB-samkeppnisrétti.<sup>271</sup> Hefur komið skýrt fram að ekki sé við mat á sektum þörf á að

<sup>269</sup> Sjá hér t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *Industrial/Medical Gases* málinu [2003] 5CMLR. Í umfjöllun um atriði sem leiddu til þess að tiltekna samkeppnishömlur voru taldar fela í sér mjög alvarleg brot var m.a. vísað til þátttöku æðstu stjórnenda viðkomandi fyrirtækja í brotunum: „Amongst the special features in that case were ... and the personal involvement of Interbrew’s, Alken-Maes’ and Danone’s top managers at the time. The CEOs themselves and other top managers of the companies met regularly to initiate and monitor the illicit arrangements.”

<sup>270</sup> Í dómnum var staðfest niðurstaða áfrýjunarnefndar og Héraðsdóms Reykjavíkur um sektir með vísan m.a. til þess að brot Skifunnar hf. voru umfangsmikil, alvarleg og stóðu lengi. Í dómi héraðsdóms sagði: „Þá er af hálfu stefnanda vísað til þess að ekkert bendi til þess að meint samkeppnisbrot stefnanda hafi haft í för með sér skaðlegar afleiðingar en líta verði meðal annars til áhrifa af broti þegar alvarleiki þess er metinn. Áhrifin í þessu tilviki verði að teljast óveruleg sem hljóti að draga úr alvarleika brotsins. Ummæli og framsetning í ákvörðun stefnda, sem áfrýjunarnefndin virtist staðfesta, að ósannað sé að meint brot hafi haft í för með sér beinar skaðlegar afleiðingar, verði að skilja þannig að stefndi og áfrýjunarnefndin liti svo á að meint brot hafi ekki haft nein skaðleg áhrif á markaðinn. Hér verður að telja að áfrýjunarnefndin hafi litið svo á að háttsemi stefnanda væri til þess fallin að hafa umtalsverð áhrif enda segir í úrskurði nefndarinnar að fyrirsvarsmönnum stefnanda hafi mátt vera ljóst að af samningunum kynni að leiða rökun á samkeppni og að umfang samkeppnishamla hafi verið verulegt, eins og áður er komið fram. Verður ekki fallist á að mat nefndarinnar á alvarleika brotanna hafi verið rangt, enda hefur ekki verið sýnt fram á það af hálfu stefnanda. Þegar litið er til þessa verður ekki fallist á framangreind rök stefnanda og er þessari málsástæðu hans því hafnað.”

<sup>271</sup> Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 Michelin v Commission: „... the applicant states that, in the contested decision ... the Commission based its assessment of the seriousness of the infringement on its alleged effects, without carrying out a detailed analysis. It maintains that the Commission made a serious error of assessment in evaluating the alleged effects of the infringement for the purpose of determining its seriousness. The applicant, submits that the practices complained of never had the anti-competitive effects which the Commission alleges. The Court notes that, in the contested decision, the Commission did not examine the specific effects of the abusive practices. Nor was it required to do so ... It is true that, in recitals 355 to 357 of the contested decision, the Commission speculated on the effects of the abusive conduct. However, the seriousness



horfa til þess að brot hafi ekki skilað viðkomandi fyrirtæki hagnaði eða öðrum ávinningi. Eftir sem áður sé rétt að leggja á sektir til að tryggja varnaðaráhrif.<sup>272</sup> Ef hins vegar „*sýnt er fram á að ólögsmæt aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til hækkunar sekta.*“, eins og segir í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008. Skipta ber mati á áhrifum af samkeppnislaga broti í tvennt. Annars vegar hvort tiltekið brot hafi verið framkvæmt. Dæmi um þetta er ef ólögsmæt samningur markaðsráðandi fyrirtækis kemst til framkvæmda, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Hins vegar hvort framkvæmdin hafi leitt af sér bein áhrif á markaðnum, t.d. á verð vöru eða þjónustu eða á keppinaut.<sup>273</sup> Báðar þessar tegundir af áhrifum af broti geta falið í sér rök til hækkunar á sektum.

Hinum ólögsmætu aðgerðum Lyfja og heilsu var hrint í framkvæmd og höfðu þær með þeim hætti áhrif á markaðnum. Eins og áður hefur verið rakið fólust aðgerðirnar í því að fjölmargir af mikilvægustu viðskiptavinum Apóteks Lyfja og heilsu á Akranesi gerðust meðlimir í vildarklúbbi sem ætlað var skapa samkeppnishamlandi tryggð auk þess sem boðnir voru miklir afslættir af mörgum algengustu tegundum lyfseðilsskyldra lyfja. Þó Apótek Vesturlands hafi náð árangri á markaði, e.t.v. vegna góðra tengsla lyfsöluleyfshafans við íbúa í bæjarfélaginu eins og Lyf og heilsa halda fram, ber að hafa sérstaklega í huga að Lyf og heilsa hafa lagt áherslu á áhrif húsleitar Samkeppniseftirlitsins þann 14. september 2007 á markaðnum á Akranesi og bent á breytta hegðun fyrirtækisins eftir að hún átti sér stað.<sup>274</sup> Eru sterkar líkur á því að Lyf og heilsa hefðu náð að ryðja Apóteki Vesturlands út af markaðnum ef fyrirtækið hefði talið sig hafa svigrúm til þess að nýta sér áfram hina efnahagslegu yfirburði sína gagnvart þessum keppinauti sínum. Ber að áréttta að fyrirsvarsmenn Lyfja og heilsu töldu þennan keppinaut fjárhagslega veikburða og að hann „*þolir þetta örugglega ekki lengi*“, sbr. framangreindan tölvupóst framkvæmdastjóra Lyfja og heilsu frá 26. júlí 2007. Ber að virða staðhæfingar fyrirtækisins um að brotin hafi ekki haft áhrif í þessu ljósi. Þá eru skaðleg áhrif þessar hegðunar einnig þau að líklegt má telja

---

*of the infringement was established by reference to the nature and the object of the abusive conduct. ... it is clear from settled case-law ... that factors relating to the object of a course of conduct may be more significant for the purposes of setting the amount of the fine than those relating to its effects.*“

<sup>272</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-213/00 CMA CGM and others v Commission [2003] ECR II 913: „...the fact that an undertaking did not benefit from an infringement cannot, according to the case-law, preclude the imposition of a fine, since otherwise it would cease to have a deterrent effect ... It follows that, contrary to Senator Lines' argument, the Commission is not required, in order to fix fines, to establish that the infringement brought about an unlawful advantage for the undertakings concerned, or to take into consideration any lack of benefit from the infringement“

<sup>273</sup> Af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2001 má ráða að gerður er greinarmunur annars vegar á því hvort tiltekið samráð hafi komist til framkvæmda og hins vegar hvort samráðið hafi haft bein áhrif á verð (verðáhrif). Sjá hér einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *Zinc Phosphate Cartel* málinu [2003] 5 CMLR 14: „... the actual impact of a complex of agreements in the market depends on, first whether these arrangements were implemented and, secondly, whether the implementation of these arrangements produced an effect in the market.“

<sup>274</sup> Í athugasemdum fyrirtækisins við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins segir: „*Raunar var húsleit og framkvæmd hennar fullnægjandi refsing að mati umbjóðanda okkar þar sem með henni varð rekstrargrundvöllur umbjóðanda okkar enn verri en ella á Akranesi.*“ Í fréttatilkynningu Lyfja og heilsu, sem birtist 25. nóvember 2009, er gerð grein fyrir lokun apóteks undir merkjum Lyfja heilsu á Akranesi (þess í stað var opnað á staðnum apótek undir merkjum Apótekarans) og ástæðu þess: „*Þar sem Lyfjum & heilsu á Akranesi var ekki gert kleift að mæta samkeppni með lækkun vöruverðs hefur apótekið tapað meirihluta markaðarins til keppinautarins og því ljóst að ekki er grundvöllur fyrir áframhaldandi rekstri apóteks á Akranesi undir merki Lyfja & heilsu.*“



að keppinautar muni til lengri tíma skirrast við að efna til verðsamkeppni við m.a. Lyf og heilsu. Horfa þessi atriði til þyngingar viðurlaga.

Lyf og heilsa hafa haldið því fram að ekki beri að leggja á sektir þar sem það myndi leiða til þess að rekstrargrundvelli fyrirtækisins yrði stefnt í voða. Þá hefur fyrirtækið sagt að ef Samkeppniseftirlitið hyggist beita sektum beri að „taka mið af veltunni á Akranesi en ekki öðrum mörkuðum.“

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segir:

*„Til þess að stjórnslusektir sem þessar geti haft tilætluð áhrif verður loks að taka mið af styrkleika áfrýjanda en þar kemur velta hans á síðasta almanaksári og þeirrar samstæðu, sem hann tilheyrir, einkum til skoðunar.“*

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2009 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* er áréttað að taka verði mið af styrkleika brotlegs fyrirtækis. Í úrskurðinum kemur einnig fram að „að öðrum kosti stuðla viðurlögin ekki nægjanlega að því að aðilar á markaði virði lögin. Fjárhæð sektanna verður því að skipta einhverju máli fyrir þann sem sætir þeim og þær þurfa líka að vera svo háar að enginn telji sér hag í því að brjóta lögin þar sem viðurlög verði aldrei hærrí en ávinningur af brotinu.“ Þá er ljóst að staðhæfingar um að fyrirtæki standi illa fjárhagslega leiða ekki, einar og sér, til lægri sekta, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 15/2009 *Sena ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Til hliðsjónar má líta til þess að dómstólar EB hafa ítrekað lýst því yfir að framkvæmdastjórn EB sé ekki skylt að horfa til bágrar fjárhagsstöðu fyrirtækja við mat á fjárhæð sekta þar sem í því getur falist óeðlilegt hagræði og forskot fyrir viðkomandi fyrirtæki. Framkvæmdastjórninni sé þetta hins vegar heimilt ef sýnt er fram á að greiðsla sektar geti leitt til m.a. aukningar á atvinnuleysi eða til skaða fyrir birgja eða viðskiptavini hins brotlega fyrirtækis.<sup>275</sup> Gerir framkvæmdastjórnin ríkar kröfur að þessu leyti og hvílir sönnunarbyrðin á viðkomandi fyrirtæki. Ljóst er einnig að fjárhagslegir erfiðleikar brotlega fyrirtækisins duga ekki einir og sér heldur þarf meira að koma til.<sup>276</sup>

<sup>275</sup> Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. C-380/04P SGL Carbon v Commission [2006] ECR I-5977: *“According to settled case-law, the Commission is not required, when determining the amount of the fine, to take into account the poor financial situation of an undertaking, since recognition of such an obligation would be tantamount to giving unjustified competitive advantages to undertakings least well adapted to the market conditions ...*

*That case-law is in no way called in question by Section 5(b) of the Guidelines, which states that an undertaking's real ability to pay must be taken into consideration. That ability can be relevant only in a 'specific social context', namely the consequences which payment of a fine could have, in particular, by leading to an increase in unemployment or deterioration in the economic sectors upstream and downstream of the undertaking concerned.*

*As it is, the appellant has submitted no evidence that such a context exists.”*

<sup>276</sup> Sjá Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fimmta útgáfa 2010, bls. 1116: *„Such a reduction could be applied where the imposition of a fine, in accordance with the Fining Guidelines, would „irretrievably jeopardise the economic viability of the undertaking concerned and cause its assets to lose all their value.“ Undertakings are required to show both that they are unable to pay and the specific social and economic context applicable. Individual inability to pay alone is not enough.“*



Eins og leiðir af framangreindu er við mat á fjárhæð sekta eðlilegt að horfa til heildarveltu hins brotlega aðila og þeirrar samstæðu, sem hann tilheyrir. Einnig getur verið rétt að horfa til veltu á þeim markaði sem brotið átti sér stað.<sup>277</sup> Sökum þessa er ekki unnt að fallast á það með Lyfjum og heilsu að aðeins eigi að líta til stöðu fyrirtækisins á Akranesi við ákvörðun sektarfjárhæðar.

Þegar atvik þessa máls áttu sér stað voru Lyf og heilsa sameiginlega markaðsráðandi á smásölumarkaði fyrir lyf á höfuðborgarsvæðinu. Þá voru Lyf og heilsa markaðsráðandi á markaðnum á Akranesi. Samanlögð velta apóteka í eigu Lyfja og heilsu vegna lyfsölu á höfuðborgarsvæðinu (þ.e. apótekum undir merkjum Lyfja og heilsu, Apótekarans og Skipholtsapóteks) var á árinu 2007 rúmlega [...] milljarðar kr. Lyfjavelta apóteks Lyfja og heilsu á Akranesi var hins vegar tæplega [...] milljónir kr. árið 2007. Velta L&H eignarhaldsfélags (móðurfélags Lyfja og heilsu) var tæplega [...] milljarðar kr. árið 2007. Nýrri upplýsinga sem aflað hefur verið frá Lyfjum og heilsu um veltu sýna að velta Lyfja og heilsu<sup>278</sup> var tæpir [...] milljarðar kr. árið 2008 og [...] milljarðar kr. samkvæmt bráðabirgðauppgjöri fyrir árið 2009. Verður að hafa þessa stöðu í huga við ákvörðun sekta til að tryggja nægjanleg varnaðaráhrif.

Sú staðhæfing Lyfja og heilsu um að sektir í máli þessu muni stefna rekstrargrundvelli fyrirtækisins í hættu er ekki studd neinum gögnum. Þannig liggja ekki fyrir neinar greiningar sem Lyf og heilsa hefur lagt fram sem sýna fram á erfiða rekstrarstöðu fyrirtækisins eða hvað sé átt við með því að fyrirtækið sé í [...]. Þvert á móti benda fjárhagsupplýsingar sem fram koma í ársreikningum fyrirtækisins að efnahagsleg staða fyrirtækisins sé ennþá sterk þrátt fyrir efnahagssamdrátt í kjölfar hruns íslensku viðskiptabankanna. Þannig námu t.a.m. heildareignir Lyfja og heilsu við árslok 2008 rúmlega [...] milljörðum kr. Þar af var eigið fé rúmlega [...] milljónir kr. Heildareignir í árslok 2009 námu hins vegar tæplega [...] milljörðum kr. og var eigið fé þar af tæplega [...] milljónir kr. Eiginfjárhlutfall hefur því verið [...] % á sl. tveimur árum.

Aðgerðir Lyfju og heilsu sem beindust gegn Apóteki Vesturlands áttu sér aðallega stað á árinu 2007. Ekki þykir ástæða til þyngingar viðurlaga vegna tímalengdar brota.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja 130.000.000 kr. sekt á Lyf og heilsu vegna brota fyrirtækisins gegn 11. gr. samkeppnislaga.

<sup>277</sup> Skýrt hefur komið fram í EES/EB-rétti að heimilt sé að horfa til bæði heildarveltu og veltu á viðkomandi markaði en ekki eigi að gefa þessum viðmiðunum of mikið vægi. Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-77/92 Parker Pen v Commission [1994] II-549: „It is permissible to have regard both to the total turnover of the undertaking, which gives an indication, albeit approximate and imperfect, of the size of the undertaking and of its economic power, and to the turnover accounted for by the goods in respect of which the infringement was committed, which gives an indication of the scale of the infringement. It follows that it is important not to attribute to any of those figures a significance which is disproportionate in relation to the other factors relevant to an assessment and, consequently, that an appropriate fine cannot be fixed merely by a simple calculation based on the total turnover ...”

<sup>278</sup> Samkvæmt upplýsingum Lyfja og heilsu frá því í júní 2008 var fyrirtækið dótturfélag Lyfja og heilsu eignarhaldsfélags ehf. og var rekstur félaganna gerður upp í saman í samstæðureikningi. Í bréfi Lyfja og heilsu frá 19. febrúar 2009 kemur hins vegar fram að frá 1. apríl 2008 hafi Aurláki ehf. verið móðurfélag Lyfja og heilsu. Með bréfinu fylgdu ársreikningar Lyfja og heilsu fyrir árin 2008 og 2009 og eru upplýsingar úr þeim hér lagðar til grundvallar.



#### V. Ákvörðunarorð:

„Lyf og heilsa hf. brutu gegn 11. gr. samkeppnislaga með þeim aðgerðum sem nánar er lýst í ákvörðun þessari.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skulu Lyf og heilsa hf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 130.000.000 (eitt hundrað og þrjátíu milljónir króna) vegna þessara brota.

Sektin skal greiðast í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar. Sé sektin ekki greidd innan þessa tíma skal greiða dráttarvexti af fjárhæð sektarinnar, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson