

Föstudaginn 16. febrúar 1996 kl. 14:00

69. fundur Samkeppnisráðs

Álit nr. 2/1996

**Erindi Apótekarafélags Íslands
um fjárhagslegan aðskilnað sjúkrahússapóteka**

I.

Erindið

Samkeppnisstofnun barst erindi, dags. 14. júlí 1995, frá Tryggva Gunnarssyni hrl. f.h. Apótekarafélags Íslands um samkeppnisstöðu sjúkrahússapóteka gagnvart einkareknum apótekum og fjárhagslegan aðskilnað sjúkrahússapóteka frá öðrum rekstri sjúkrahúsa. Í erindinu gerir lögmaðurinn grein fyrir þeim ákvæðum sem gilda um sjúkrahússapótek í XIII. kafla lyfjalaga nr. 93/1994. Þar komi fram í 34. gr. laganna að heimilt sé að starfrækja sérstök sjúkrahússapótek en að rekstur þeirra skuli vera „*fjárhagslega aðskilinn frá öðrum rekstri sjúkrahússins*“.

Lögmaðurinn vekur athygli á því í erindinu að í upphaflegu frumvarpi til lyfjalaga nr. 93/1994 hafi verið kveðið á um að rekstur sjúkrahússapóteks skyldi vera „reikningslega“ aðskilinn öðrum rekstri sjúkrahússins en því ákvæði hafi verið breytt í meðförum Alþingis og lögbundið að þessi aðskilnaður skyldi vera „fjárhagslegur“. Vísar lögmaðurinn í þessu sambandi í nefndarálit heilbrigðis- og trygginganefndar Alþingis þar sem komi fram að „fjárhagslegur“ aðskilnaður sé víðtækara hugtak en „reikningslegur“ aðskilnaður og ætlunin með þessari breytingu sé sú að leggja sérstaka áherslu á mikilvægi þess að rekstur lyfjabúða á sjúkrahúsum sé aðskilinn frá öðrum rekstri sjúkrahússins.

Lögmaðurinn kveður það skoðun umbjóðanda síns að það sé mjög brýnt vegna samkeppnisstöðu apótekara að raunverulegur fjárhagslegur aðskilnaður eigi sér stað milli reksturs sjúkrahússapóteka og annars reksturs viðkomandi sjúkrahúss. Sala á lyfjum til sjúklinga sem útskrifast af sjúkrahúsi og til

göngudeildarsjúklinga sé í beinni samkeppni við önnur apótek. Hinn fjárhagslegi aðskilnaður sé mikilvægur til þess að um eðlilegan samanburð geti orðið að ræða milli kostnaðar við sölu lyfja hjá sjúkrahússapótekum og öðrum apótekum í landinu.

Í erindi lögmannsins kemur fram að Apótekarafélag Íslands hafi beint þeim tilmælum til heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytisins með bréfi, dags. 10. júní 1994, að ráðuneytið hlutaðist til um að rekstur sjúkrahússapóteka yrði fjárhagslega aðskilinn frá öðrum rekstri sjúkrahúsa. Kveður lögmaðurinn ráðuneytið hafa svarað erindinu með bréfi, dags. 28. júní 1994, þar sem fram hafi komið að ráðuneytið hefði þegar hlutast til um að rekstur sjúkrahússapóteka yrði fjárhagslega aðskilinn öðrum rekstri sjúkrahúsa. Tekið hafi verið fram að verið væri að skilgreina reksturinn og vinna að fjárhagslegum aðskilnaði. Þegar umbjóðandi hans hafi ítrekað óskir sínar um að ráðuneytið gerði grein fyrir því hvernig fjárhagslegum aðskilnaði sjúkrahússapóteka frá annarri starfsemi þeirra væri háttað hafi ráðuneytið bent honum á að snúa sér til viðkomandi sjúkrahúsa.

Í erindinu kemur fram að lögmaðurinn hafi f.h. umbjóðanda síns óskað eftir upplýsingum um hinn fjárhagslega aðskilnað frá Landspítalanum, Borgarspítalanum, St. Jósefsspítala, Landakoti, og Fjórðungssjúkrahúsinu á Akureyri. Lýsir lögmaðurinn síðan þeirri afstöðu umbjóðanda síns að svör sjúkrahúsanna hafi verið ófullnægjandi og af þeim verði ekki ráðið að sú aðgreining sem lýst er í bréfunum uppfylli skilyrði lyfjalaga um fjárhagslegan aðskilnað. Svör sjúkrahúsanna hafi eindregið bent til þess að í raun sé aðeins um „bókhaldslegan“ eða „reikningslegan“ aðskilnað að ræða en ekki „fjárhagslegan“. Ekki komi fram á hvaða grundvelli leiga fyrir húsnæði og áhöld sé reiknuð, hvort færður sé sjálfstæður efnahagsreikningur fyrir sjúkrahússapótekin eða í hvaða mæli apótekin séu látin taka þátt í sameiginlegum rekstrarkostnaði spítalanna. Einnig kveðst lögmaðurinn hafa séð auglýsingu frá sjúkrahússapóteki Borgarspítalans í blaði sem gefið sé út innan spítalans, þar sem starfsfólki spítalans, ellilífeyrisþegum og öryrkjum sé bent á að spara sér sporin og fá afgreidda lyfseðla sem gefnir séu út af læknum sjúkrahúsins sem og algengustu lausasölulyf. Lögmaðurinn telur slíkt ekki heimilt samkvæmt lögum og hefur ritað heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytinu bréf vegna þessa, dags. 10. janúar sl.

Lögmaðurinn lítur einnig svo á, að til þess að útboðsheimild 3. mgr. 34. gr. lyfjalaga verði raunhæf þurfi rekstur sjúkrahússapóteka að vera samanburðarhæfur við önnur apótek í samkeppnisrekstri og búa við sambærileg rekstrarskilyrði. Svo sé hins vegar ekki. Hann nefnir sem dæmi að sjúkrahúsin ákveði sjálf hvaða lyf þau nota og geti því gert afsláttarsamninga við lyfjaheildsölur og efnt til lyfjaútboða. Einkareknum apótekum sé hins vegar skylt að hafa á boðstólum lyf þau sem selja megi hér á landi skv. 24. gr. lyfjalaga og hafi þar af leiðandi ekki aðstöðu til lyfjaútboða eða afsláttarsamninga.

Með tilliti til ákvæðis 1. mgr. 34. gr. lyfjalaga nr. 93/1994 um fjárhagslegan aðskilnað og þeirra ófullnægjandi svara sem lögmaðurinn telur umbjóðanda sinn hafa fengið um framkvæmd aðskilnaðarins, óskar hann eftir því að Samkeppnisráð taki mál þetta til athugunar og mæli fyrir um viðeigandi ráðstafanir, sbr. 2. mgr. 14. gr. og/eða 17. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993. Rekstur sjúkrahússapóteka að því er sölu lyfja út fyrir sjúkrahúsið varðar, þ.e. til sjúklinga sem útskrifast af sjúkrahúsinu og göngudeildarsjúklinga, sé í beinni samkeppni við rekstur hinna einkareknu apóteka. Sé hinn fjárhagslegi aðskilnaður ekki framkvæmdur í raun er að álitum lögmansins um skaðleg áhrif á samkeppni í merkingu 17. gr. samkeppnislaga að ræða.

II.

Málsmeðferð

1.

Erindi lögmans Apótekarafélags Íslands um fjárhagslegan aðskilnað sjúkrahússapóteka lýtur m.a. að meintu broti á ákvæði 1. mgr. 34. gr. lyfjalaga nr. 93/1994. Með vísan til þess hlutverks Lyfjaeftirlits ríkisins að hafa eftirlit með framkvæmd lyfjalaga, sbr. 42. gr. laganna, óskaði Samkeppnisstofnun eftir álitum Lyfjaeftirlitsins á því hvort umrætt erindi lögmansins félli undir verksvið Lyfjaeftirlitsins eða hvort erindið skyldi fá hefðbundna meðferð samkeppnisyfirvalda skv. ákvæðum samkeppnislaga. Svar Lyfjaeftirlits ríkisins barst stofnuninni með bréfi, dags. 8. ágúst 1995. Í bréfinu kom fram að ekki hafi legið ljóst fyrir hvað þyrfti til svo að sjúkrahúsin uppfylltu ákvæði 34. gr. lyfjalaga og Lyfjaeftirlitið hefði átt erfitt um vik hvað þetta varðaði. Var óskað eftir því í bréfinu að samkeppnisyfirvöld fjölluðu um erindi Apótekarafélagsins og bent á að ákvæði 34. gr. lyfjalaga hefði verið sett í

lögin m.a. til þess að tryggja jafna samkeppnisstöðu apóteka og sjúkrahússapóteka.

2.

Í framhaldi af svari Lyfjaeftirlitsins tóku samkeppnisyfirvöld fjárhagslegan aðskilnað sjúkrahússapóteka þeirra sjúkrahúsa sem erindi lögmanns Apótekarafélags Íslands laut að til athugunar. Fjórðungssjúkrahús Akureyrar, sem erindið laut einnig að, var þó undanskilið en ljóst var að það sjúkrahús nýtti sér ekki heimild 36. gr. lyfjalaga til þess að afgreiða lyf til sjúklinga sem útskrifast af spítalanum og göngudeildarsjúklinga og var því ekki í samkeppnisrekstri við einkarekin apótek. Lauk athugun samkeppnisyfirvalda með tveimur ákvörðunum Samkeppnisráðs, ákvörðunum nr. 2/1995, um aðskilnað apóteka Sjúkrahúss Reykjavíkur frá öðrum rekstri sjúkrahússins og ákvörðun nr. 1/1995 um sjúkrahússapótek Landspítala. Verður hér birt álit á grundvelli d-liðar 2. mgr. 5. gr. samkeppnislaga að því er varðar önnur sjúkrahús en umræddar ákvarðanir lúta að og álitaefnið almennt.

III.

Lagaumhverfi

1.

Í XIII. kafla lyfjalaga nr. 93/1994 er fjallað um lyfjaþjónustu á sjúkrahúsum og öðrum heilbrigðisstofnunum. Í ákvæði 34. gr. segir:

„Á sjúkrahúsum er heimilt að starfrækja sérstök sjúkrahússapótek sem hafa umsjón með og bera ábyrgð á öflun og varðveislu lyfja og eftirliti með notkun þeirra á einstökum deildum. Rekstur sjúkrahússapóteks skal vera fjárhagslega aðskilinn frá öðrum rekstri sjúkrahússins.

Yfirlyfjafræðingur er forstöðumaður sjúkrahússapóteks og skal ráðinn af viðkomandi sjúkrahússtjórn.

Stjórn sjúkrahúss er heimilt að leita útboða um rekstur sjúkrahússapóteks sem veitir þá þjónustu sem um ræðir í þessum kafla enda uppfylli reksturinn öll önnur skilyrði laganna um starfsemi og rekstur lyfjabúða.“

Í 1. mgr. 36. gr. lyfjalaga segir:

„Sjúkrahússapóteki er heimilt að afgreiða lyf til sjúklinga sem útskrifast af sjúkrahúsinu og göngudeildarsjúklinga. Sjúkrahússapóteki er einungis heimilt að afgreiða lyfseðla sem merktir eru sjúkrahúsinu og gefnir eru út af læknum þess.“

2.

Samkvæmt d-lið 2. mgr. 5. gr. samkeppnislaga er hlutverk Samkeppnisráðs m.a. að gæta þess að aðgerðir opinberra aðila takmarki ekki samkeppni og að benda stjórnvöldum á leiðir til þess að gera samkeppni virkari og auðvelða aðgang nýrra samkeppnisaðila að markaði.

Í 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 er svohljóðandi ákvæði um fjárhagslegan aðskilnað:

„Þegar um er að ræða opinbert fyrirtæki eða fyrirtæki sem starfar að einhverju leyti í skjóli opinbers einkaleyfis eða verndar er samkeppnisráði heimilt að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað, annars vegar á milli þess hluta rekstrar fyrirtækisins sem nýtur einkaleyfis eða verndar og hins vegar þess hluta rekstrar sem er í frjálstri samkeppni við aðra aðila. Skal þess gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfis- eða verndaðri starfsemi.“

Í 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga er svohljóðandi íhlutunarheimild fyrir samkeppnisyfirvöld:

„Samkeppnisráð getur gripið til aðgerða gegn samningum, skilmálum, athöfnum og aðstæðum sem hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Hin skaðlegu áhrif geta m.a. falist í:

- a. að fyrirtæki nái, viðhaldi eða styrki markaðsráðandi stöðu sína á þeim markaði sem um ræðir,*
- b. óhagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta, t.d. vegna þess að valkostum viðskiptavina fækkar, framleiðsla og sala verður dýrari og keppinautar útilokast frá markaðnum,*
- c. óhæfilegri notkun á kaupbæti.“*

IV. Álit Samkeppnisráðs

1.

Með vísan til markmiðs samkeppnislaga nr. 8/1993, sbr. 1. gr., vekur Samkeppnisráð athygli heilbrigðis- og tryggingamálaráðherra og Lyfjaeftirlits ríkisins á eftirfarandi álitum sem birt er á grundvelli d-liðar 2. mgr. 5. gr. laganna.

Þegar um er að ræða opinbert fyrirtæki eða fyrirtæki sem starfar að einhverju leyti í skjóli opinbers einkaleyfis eða verndar hefur ákvæði 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga að geyma heimild til fjárhagslegs aðskilnaðar. Ákvæði 2. mgr. 14. gr. er heimildarákvæði fyrir samkeppnisyfirvöld til þess að mæla fyrir um að aðgreina skuli fjárhagslega rekstur þeirrar starfsemi hins opinbera fyrirtækis sem er í samkeppni frá rekstri annarrar starfsemi. Tilgangur hins fjárhagslega aðskilnaðar er sá að koma í veg fyrir að samkeppnisrekstur sé niðurgreiddur af starfsemi sem rekin er í skjóli einkaleyfis eða nýtur verndar með öðrum hætti. Hugtakið fjárhagslegur aðskilnaður hefur hins vegar ekki verið skilgreint nánar í lögum eða lögskýringargögnum.

Ljóst virðist að vilji löggjafans með samkeppnislögum sé að tryggja að samkeppni í atvinnulífi hér á landi sé virk með því m.a. að vinna gegn samkeppnishömlum og auðvelda aðgang nýrra aðila að markaðnum. Skiptir þá ekki máli hvort sú atvinnugrein sem verið er að efla samkeppni í er rekin af opinberum aðilum eða ekki. Hlutverk Samkeppnisráðs er síðan að framfylgja vilja löggjafans með ýmsum hætti, þar á meðal með því að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað milli starfsþátta ef stofnun eða fyrirtæki starfar í skjóli einkaleyfis eða annarrar verndar, jafnframt því sem það er með starfsemi sem er í samkeppni við aðra aðila.

Af markmiði samkeppnislaga, anda þeirra og tilgangi 2. mgr. 14. gr. verður því ekki annað séð en að með fjárhagslegum aðskilnaði sé átt við fullkominn aðskilnað, bæði stjórnskipulega sem reikningskilalega, milli starfsþátta sem reknir eru í skjóli einkaleyfis eða verndar og starfsþátta sem eru í samkeppni. Ella er ætíð sú hættu fyrir hendi að sá hluti starfseminnar sem er í frjálsri samkeppni verði niðurgreiddur af þeim hluta rekstrarins sem nýtur einkaleyfis

eða opinberrar verndar. Undir slíkum kringumstæðum getur samkeppnin aldrei orðið fyllilega virk eða réttlát.

2.

Þegar sjúkrahússapótek nýta sér þá heimild lyfjalaga að afgreiða lyf til sjúklinga sem útskrifast af sjúkrahúsinu og göngudeildarsjúklinga starfa þau í beinni samkeppni við einkarekin apótek. Þá gegnir hinn fjárhagslegi aðskilnaður veigamiklu hlutverki til þess að koma í veg fyrir að starfsemi apóteksins sé niðurgreidd af annarri starfsemi sjúkrahússins.

Lögmaður Apótekarafélags Íslands hefur m.a. vakið athygli á auglýsingu apóteks Borgarspítalans í blaði sem dreift er innan sjúkrahússins. Þar er starfsfólki spítalans, ellilífeyrisþegum og öryrkjum bent á að þeir eigi þess kost að fá afgreidda í sjúkrahússapótekinu lyfseðla sem gefnir séu út af læknum sjúkrahússins sem og algengustu lausasölulyf. Einnig hefur komið fram að vegna niðurskurðar á opinberum fjárveitingum til spítalanna hafi sjúkrahús gert áætlanir um að auka sértekjur sínar með aukinni lyfsölu. Það virðist því ljóst að ætlunin sé að sjúkrahússapótekin nýti sér til fulls heimild 36. gr. lyfjalaga um afgreiðslu lyfja til sjúklinga sem útskrifast og göngudeildarsjúklinga. Jafnframt virðast forsvarsmenn sjúkrahússapótekanna líta svo á að það ákvæði opni frekari leið til almennrar lyfjadreifingar og aukinna sértekna. Samkeppnisráð telur því ástæður til þess að gera ítrustu kröfur til fjárhagslegs aðskilnaðar milli sjúkrahússapóteka og annars reksturs sjúkrahúsa.

3.

Til þess að fjárhagslegur aðskilnaður nái því markmiði sem ætlast er til með ákvæði 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 34. gr. lyfjalaga er nauðsynlegt að mati Samkeppnisráðs að framkvæmd aðskilnaðarins verði með eftirfarandi hætti:

1. Samkvæmt lögum nr. 75/1981 um tekjuskatt og eignarskatt eru opinberar stofnanir almennt undanþegnar tekju- og eignarskatti. Eigi ákvæði 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga að þjóna að fullu þeim tilgangi laganna að draga úr samkeppnishömlum og jafna samkeppnisstöðu verður að álykta sem svo að með hugtakinu fjárhagslegur aðskilnaður sé átt við fullkominn aðskilnað og að starfsemi sú sem er í samkeppni beri sömu opinber gjöld að öllu leyti, þar með talinn tekjuskatt og eignarskatt. Eigi fjárhagsleg aðgreining að ná þessu

markmiði yrði að gera kröfu um að stofnaður yrði sjálfstæður skattaðili, t.d. hlutafélag, um þá starfsemi sem er í samkeppnisrekstri, í þessu tilfalli starfsemi sjúkrahússapóteks, þar sem keppinautar eru tekju- og eignarskattskyldir.

Hins vegar er almenna reglan sú að opinberum stofnunum og fyrirtækjum er ekki heimilt að stofna eða eiga hlutafélög eða annan sjálfstæðan skattaðila nema sérstaka heimild þess efnis sé að finna í viðkomandi löggjöf eða ákvæði þess efnis sé að finna í fjárlögum. Slíka heimild hafa þau sjúkrahús sem hér um ræðir ekki skv. núgildandi löggjöf og því þyrfti lagabreytingu til þess að ná fullkomnu samkeppnislegu jafnræði milli sjúkrahússapóteka og annarra apóteka. Þar sem þessar skorður eru settar við því að fullkominn aðskilnaður geti orðið á apóteksrekstri frá öðrum rekstri sjúkrahúsanna verður að gera þá kröfu að aðskilnaðurinn verði með þeim hætti að starfsemi apóteksins sé í sérstakri einingu innan sjúkrahúsins. Skal reikningshald einingarinnar þá vera sjálfstætt og reikningsskil hennar gerð í samræmi við meginreglur laga um ársreikninga. Reikningsskil samkeppnisstarfseminnar skulu liggja fyrir opinberlega með sambærilegum hætti og almennt gerist.

2. Þegar fjárhagslegur aðskilnaður á sér stað er nauðsynlegt að gerður sé stofnefnahagsreikningur. Ef sjúkrahús leggja sjúkrahússapótekum til fjármuni þegar fjárhagslegur aðskilnaður fer fram er nauðsynlegt, til að gætt sé samkeppnislegs jafnræðis við einkarekin apótek, að yfirfæra eignir á markaðsverði ef þess er kostur, annars á endurkaupsverði að frádregnum hæfilegum afskriftum.

3. Skuldir sjúkrahússapóteks við sjúkrahús skulu bera markaðsvexti en óheimilt er að sjúkrahússapótek skuldi sjúkrahúsi annað en lán vegna yfirtöku eigna í upphafi svo og lán vegna eðlilegra viðskipta.

4. Ef sjúkrahússapótek nýtir sér yfirstjórn, stoðdeildir, fasteignir, tölvuvinnslu eða annað sameiginlega með sjúkrahúsi skal greiða fyrir það eins og um viðskipti milli óskyldra aðila væri að ræða. Ef ekki liggur fyrir markaðsverð skal miða við kostnaðarverð að viðbættri hæfilegri álagningu.

4.

Vissar skorður eru settar við því að fullkominn aðskilnaður geti orðið á apóteksrekstri frá öðrum rekstri sjúkrahúsanna þar sem ekki er að finna

lagaheimild fyrir sjúkrahús til að stofna sérstakt hlutafélag um rekstur sjúkrahússapóteks. Má því ljóst vera að rekstur sjúkrahússapóteka mun að vissu marki hafa skaðleg áhrif á samkeppnina á lyfsöllumarkaðnum, þar sem sjúkrahússapótekin munu ekki greiða tekju- og eignarskatt.

Í þeim tilgangi að vinna gegn samkeppnishömlum sem stafað geta af rekstri sjúkrahússapóteka og með vísan til d-liðar 2. mgr. 5. gr. samkeppnislaga vekur Samkeppnisráð athygli heilbrigðis- og tryggingamálaráðherra og Lyfjæftirlits ríkisins á útboðsheimild 3. mgr. 34. gr. lyfjalaga. Með því að sjúkrahúsin leggi af rekstur eigin sjúkrahússapóteks og notfæri sér þess í stað umrædda heimild lyfjalaga og leiti útboða um þennan rekstur mætti draga úr samkeppnishömlum á lyfsöllumarkaðnum sem leiddi til þess að samkeppni á honum yrði virkari. Við framkvæmd útboðsins væri nauðsynlegt að hafa í huga ákvæði 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga og þær kröfur sem Samkeppnisráð gerir til fjárhagslegs aðskilnaðar og gert hefur verið grein fyrir hér að framan.