

Samruni Haga hf. og Lyfju hf.

Efnisyfirlit

	bls.
I. SAMRUNATILKYNNINGIN OG MÁLSMEÐFERÐ	4
II. SAMRUNINN OG AÐILAR HANS	10
III. SKILGREINING MARKAÐA	12
1. Sjónarmið samrunaaðila í samrunaskrá og umsagnir hagsmunaaðila.....	14
2. Frummat í andmælaskjali	18
3. Markaðurinn fyrir smásölu lyfja	18
4. Markaðurinn fyrir smásölu dagvöru í dagvöruverslunum	20
5. Markaðir fyrir smásölu hreinlætis- og snyrtivara	22
5.1 Sjónarmið Haga og hagsmunaaðila eftir birtingu andmælaskjalsins.....	23
5.2 Niðurstaða.....	27
5.2.1 Skipting markaðarins í almennar og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur.....	28
5.2.2 Möguleg skipting eftir tegundum verslana	34
6. Markaðir fyrir heilsuvörur	54
6.1 Sjónarmið samrunaaðila.....	54
6.2 Sjónarmið hagsmunaaðila	55
6.3 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins.....	55
6.3.1 Markaður fyrir vítamín, steinefni og bætiefni.....	56
6.3.2 Markaður fyrir lífrænar mat- og drykkjarvörur.....	58
6.3.3 Markaður fyrir mat- og drykkjarvörur sem flokkast sem heilsuvara.....	59
6.3.4 Mat- og drykkjarvörur merktar viðurkenndum umhverfismerkjum.....	61
6.3.5 Tegundir verslana sem selja vítamín, steinefni og bætiefni, lífrænar mat- og drykkjarvörur og mat- og drykkjarvörur sem flokkast sem heilsuvara.....	63
6.3.6 Samandregin niðurstaða um markaði fyrir smásölu á heilsuvörum.....	64
7. Markaðir fyrir innflutning og dreifingu á heilsuvörum.....	64
8. Sjónarmið samrunaaðila um landfræðilega markaðinn.....	65
9. Landfræðilegi markaðurinn – niðurstaða Samkeppniseftirlitsins	65
IV. SAMKEPPNISLEG ÁHRIF SAMRUNANS	68
1. Sjónarmið samrunaaðila o.fl. um samkeppnisleg áhrif samrunans.....	68
2. Almennt um 17. gr. c samkeppnislaga og tengd atriði	76
2.1 Markaðsráðandi staða	78

2.2	Samkeppni raskast „að öðru leyti með umtalsverðum hætti“	80
2.3	Láréttir samrunar	82
2.4	Lóðréttir samrunar og samsteypusamrunar.....	84
3.	Frummat í andmælaskjali og sjónarmið Haga	84
4.	Eðli samruna þessa máls	85
5.	Markaðshlutdeild	86
5.1	Markaður fyrir smásölu lyfja	87
5.2	Dagvörumarkaður	90
5.3	Markaður fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum	93
5.4	Markaður fyrir smásölu á heilsuvörum.....	116
5.5	Markaður fyrir innflutning og dreifingu á heilsuvörum	130
6.	Samþjöppun	132
7.	Niðurstaða um markaðshlutdeild og samþjöppun.....	137
8.	Staða keppinauta og efnahagslegur styrkleiki.....	138
9.	Önnur atriði sem tengjast mati á einhliða láréttum áhrifum samrunans	139
10.	Möguleg samkeppni og aðgangshindranir að markaðnum	150
10.1	Sjónarmið samrunaaðila.....	150
10.2	Mat Samkeppniseftirlitsins	151
11.	Um áhrif af innkomu Costco	157
11.1	Frummat í andmælaskjali varðandi áhrif Costco	157
11.2	Sjónarmið Haga við andmælaskjalið	160
11.3	Um viðbótarrannsókn Samkeppniseftirlitsins eftir útgáfu andmælaskjals	160
11.3.1	Frekari sjónarmið frá samrunaaðilum um áhrif af innkomu Costco	161
11.3.2	Sjónarmið frá hagsmunaaðilum er varða Costco.....	165
11.4	Mat Samkeppniseftirlitsins	171
11.4.1	Opnunaráhrif	174
11.4.2	Hugsanleg áhrif Costco til lengri tíma litið.....	175
11.4.3	Áhrif Costco á markaði þar sem Hagar og Lyfja eru keppinautar.....	177
11.4.4	Áhrif Costco á markað fyrir smásölu lyfja	179
11.4.5	Áhrif Costco á stöðu Haga á dagvörumarkaði	179
12.	Kaupendastyrkur	184
13.	Styrking á markaðsráðandi stöðu Haga á dagvörumarkaði	185
14.	Lóðrétt áhrif samrunans	190
15.	Samsteypuáhrif samrunans.....	194
16.	Möguleg hagræðing	196
V.	Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins	198
1.	Samruninn raskar samkeppni á mikilvægum mörkuðum	198
2.	Tillögur að skilyrðum.....	199
2.1	Tillögur Haga að skilyrðum	199
2.2	Sjónarmið hagsmunaaðila	200
2.3	Mat Samkeppniseftirlitsins	203

2.3.1	Almennt um kröfur til skilyrða í samrunamálum	204
2.3.2	Mat Samkeppniseftirlitsins	206
VI.	Ákvörðunarorð	207

I. SAMRUNATILKYNNINGIN OG MÁLSMEÐFERÐ

Upphaf málsins má rekja til þess að þann 13. janúar 2017 barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá Landslögum þar sem tilkynnt var um samruna Haga hf. (hér eftir Hagar) og Lyfju hf. (hér eftir Lyfja). Með bréfinu fylgdi jafnframt samrunaskrá og fylgiskjöl með vísan til 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 og reglur nr. 684/2008, um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum, með síðari breytingum. Var því um svokallaða lengri samrunatilkynningu að ræða.

Með bréfi, dags. 20. janúar 2017, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að samrunatilkynningin teldist ófullnægjandi í skilningi 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005, og vísaði í því sambandi í sjö töluliðum til upplýsinga sem eftirlitið taldi að á skorti að kæmu fram í samrunaskrá. Hefðu frestir Samkeppniseftirlitsins til að rannsaka samrunann skv. 17. gr. d samkeppnislaga, sbr. 9. gr. reglna um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum, því ekki byrjað að líða. Í sama bréfi óskaði Samkeppniseftirlitið jafnframt eftir upplýsingum um það hvort sami lögmaður kæmi fram fyrir hönd beggja samrunaaðila þar sem umboð frá seljanda hefði ekki fylgt með tilkynningunni.

Viðbótarupplýsingar sem á vantaði bárust frá samrunaaðilum með bréfum þann 31. janúar 2017 ásamt umboði frá seljanda til handa Bjarka Logasyni og öðrum starfsmönnum Virðingar hf. til að annast samskipti f.h. seljanda Lyfju vegna samrunatilkynningar um kaup Haga á Lyfju.

Samrunamál lúta lögmæltum tímafresti samkvæmt samrunaákvæðum samkeppnislaga. Þær dagsetningar sem hér skipta máli eru eftirfarandi:

- Með bréfum, dags. 3. febrúar 2017, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að samrunaskráin teldist fullnægjandi og að frestir Samkeppniseftirlitsins til þess að rannsaka samrunann hefðu byrjað að líða frá og með 31. janúar 2017.
- Með bréfum Samkeppniseftirlitsins, dags. 3. mars 2017, var samrunaaðilum tilkynnt að eftirlitið teldi ástæðu til að rannsaka frekar samkeppnisleg áhrif samrunans, sbr. 1. mgr. 17. gr. d samkeppnislaga. Byrjaði 70 daga frestur Samkeppniseftirlitsins til að rannsaka samrunann að líða þann 6. mars 2017.
- Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til samrunaaðila, dags. 19. júní 2017, var þeim tilkynnt að Samkeppniseftirlitið hyggðist framlengja frest til töku endanlegrar ákvörðunar í málinu um 20 virka daga, sbr. lokamálslið 1. mgr. 17. gr. d samkeppnislaga. Byrjaði viðbótarfresturinn að líða 21. júní 2017. Seinasti dagur Samkeppniseftirlitsins til að birta ákvörðun í málinu er því 18. júlí 2017.

Mál þetta hefur sætt ítarlegri rannsókn Samkeppniseftirlitsins. Hefur eftirlitið aflað gagna og sjónarmiða frá samrunaaðilum og átt fundi með Högum. Jafnframt hefur eftirlitið aflað gagna og átt fundi og samtöl við ýmsa hagsmunaaðila, m.a. dagvöruverslanir, apótek, sérvörslanir með snyrtivörur, sérvörslanir með heilsuvörur, heildsala, opinbera aðila o.fl. Að því marki sem upplýsingar og athugasemdir þessara aðila skipta máli fyrir niðurstöðu málsins er þeirra getið sérstaklega þar sem það á við. Er rétt að lýsa rannsókn eftirlitsins nánar.

Með bréfum Samkeppniseftirlitsins, dags. 3. febrúar 2017, tilkynnti eftirlitið samrunaaðilum að samrunaskráin teldist fullnægjandi og að frestir Samkeppniseftirlitsins til þess að rannsaka samrunann hefðu byrjað að líða frá og með 31. janúar 2017.

Með bréfum Samkeppniseftirlitsins, dags. 3. mars 2017, var málsaðilum tilkynnt að Samkeppniseftirlitið teldi ástæðu til að rannsaka frekar samkeppnisleg áhrif samrunans, sbr. 1. mgr. 17. gr. d samkeppnislaga.

Með bréfum, dags. 10. febrúar 2017, sendi Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum ítarlegar gagnabeiðnir þar sem m.a. var óskað eftir upplýsingum um tekjur af sölu á afmörkuðum vörflokkum fyrir árin 2014-2016. Bárust upplýsingar frá samrunaaðilum á tímabilinu 17. febrúar 2017 til 10. mars 2017.

Með bréfum, dags. 22. febrúar til 13. mars 2017, sendi Samkeppniseftirlitið umsagnar- og gagnabeiðnir til fjölda fyrirtækja þar sem m.a. var óskað eftir upplýsingum um tekjur af sölu á mörkuðum málsins á árabílinu 2014-2016.¹ Svör bárust frá flestum aðilum.²

Framangreindum umsagnaraðilum voru einnig send afrit af samrunaskránni og þeir beðnir um að tjá sig um efni hennar, þ.m.t um markaðsskilgreiningar samrunaaðila og um mat samrunaaðila á áhrifum samrunans á samkeppni. Samhliða framangreindum gagnabeiðnum var þessum sömu aðilum, ásamt samrunaaðilum, send spurningakönnun þar sem söluaðilar hreinlætis- og snyrtivara og „heilsuvara“, bæði á smásölu- og heildsölustigi, voru spurðir spurninga sem ætlað var að meta mögulega staðgöngu á milli tiltekinna vara í innan þessara flokka, en einnig gagnvart annarri sambærilegri dagvöru, þ.e. hvort tiltekin vara eða vörur geti komið í stað annarra í augum neytenda eða endurseljenda (staðgönguvörur), og þá hvort vörur innan flokkanna tilheyri sama samkeppnismarkaði í skilningi 4. gr. samkeppnislaga.³ 54 söluaðilar svöruðu spurningakönnuninni. Verður fjallað um niðurstöður hennar síðar í ákvörðun þessari.

¹ Beiðni var send til eftirfarandi fyrirtækja: Festi, Samkaup, Fjarðarkaup, Víðir, Kostur, Rekstrarfélag 10-11, Melabúðin, Verslun Einars Ólafssonar, Kaupfélag Skagfirðinga, Kaupfélag Vestur- Húnvetninga, Kaupfélag Steingrímsfjarðar, Lyf og heilsa, Lyfjaval, Apótek Garðabæjar, Apótek Hafnarfjarðar, Apótek MOS, Apótek Ólafsvíkur, Apótek Suðurlands, Apótek Vesturlands, Reykjavíkurapótek, Árbæjarapótek, Farmasía, Austurbæjarapótek, Hraunbergsapótek, Borgarapótek, Garðs Apótek, Lyfsalinn, Rima Apótek, Lyfjaver/Heilsuver, Siglufjarðarapótek, Akureyrarapótek, Gló veitingar, Uppskeran, Mamma veit best, Heimkaup.is, Jurtaapótek, Matarbúr Kaju, Heilustorg Blómavals, Frú Lauga, Systrasamlagið, Bændur í bænum, Fríhöfnin, Make up store, Zebra Cosmetique snyrtivöruverslun, Body Shop á Íslandi, Beautybar, Fotia, Shine.is, Inglot snyrtivörur, Sigurboginn snyrti- og tiskuvöruverslun, Snyrtivöruverslunin Glæsibæ, Nola, Gloss.is, Laugar Spa, Snyrtistofan Ágústa, Loccitane, Aveda, Lýsi, Icepharma, Artasan, Celsius, Innnes, Íslensk fjallagrös, Arka heilsuvörur, Icecare, Dedicated, Sanitas heildverslun, Ölgerðin, Artica, Sigurborg, Nathan og olsen, Medico, Bláa lónið, Kj. Kjartansson, Ísflex heildverslun, Terma, Halldór Jónsson, Bioeffect, SagaMedica, Villimey Matarkistan ehf., Anna Rósa grasalæknir, Sóley Organics.

² Nokkrir keppinautar höfðu þó ekki svarað gagnabeiðninni með formlegum hætti á þeim tíma. Upplýsingar vegna vegna þeirra sem ekki höfðu svarað voru fengin munnlega í gegnum síma og með upplýsingum frá Ríkisskattstjóra.

³ Í spurningakönnuninni var m.a. framkvæmt svokallað SSNIP próf (e. small but significant non transitory increase in price), sem er algeng leið til þess að meta eftirspurnar- eða framboðsstaðgöngu, en með því er reynt að leggja mat á það hvaða áhrif það hefði á viðkomandi markað ef verð allra varanna á honum hækkaði um lítið en marktækt hlutfall (5-10%). Til þess að skilgreina viðkomandi markað er reynt að svara eftirfarandi spurningu: „er arðbært að hækka hlutfallslegt verð á vörusafni viðkomandi markaðar um 5-10%?“. Ef hlutfallslega hærra verð vörusafnsins vegur ekki upp á móti sölusamdrættinum í kjölfar verðhækkunarinnar er lítið svo á að markaðurinn sé of þröngt skilgreindur og nauðsynlegt sé að bæta fleiri staðgönguvörum í vörusafnið. Talið er að búið sé að skilgreina viðkomandi markaði þegar hlutfallslega hærra verð vörusafnsins vegur upp á móti sölusamdrættinum í kjölfar verðhækkanna, eða m.ö.o. að teygni eftirspurnar verður jöfn einum. Til þess að meta eftirspurnarstaðgöngu á mörkuðum er auk þess m.a. hægt að nýta hagmælingaaðferðir, gera skoðanakannanir meðal neytenda og líta til verðmunar á milli mismunandi vara eða svæða.

Með bréfi, dags. 1. mars 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir skýringum frá Högum á því hvers vegna ekki hefðu komið fram upplýsingar um tengsl Haga við rekstur MAC snyrtivöruverslunar eða aðrar upplýsingar um samstarfið í samrunaskrá eða viðbótarupplýsingum við hana. Þá óskaði Samkeppniseftirlitið eftir tilteknum gögnum og upplýsingum um sölu Haga á snyrtivörum undir vörumerkinu MAC og hvort Hagar ættu í sambærilegu samtarfi við aðra. Svarbréf barst frá Högum þann 14. mars 2017.

Samkeppniseftirlitið sendi jafnframt beiðni um viðbótarupplýsingar til samrunaaðila, dagvöruverslana, apóteka og sérverslana með heilsuvörur með bréfum, dags. 4. og 5. apríl 2017. Um var að ræða beiðni um frekari sundurliðun á veltuupplýsingum í tilteknum vöruflokkum sem óskað hafði verið eftir í upphaflegri upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins til sömu aðila.

Svör við viðbótarupplýsingabeiðninni bárust frá samrunaaðilum dagana 7.-10. apríl 2017. Við athugun Samkeppniseftirlitsins á framkomnum upplýsingum frá samrunaaðilum kom í ljós nokkuð misræmi í veltuupplýsingum innan tiltekinnna vöruflokka hjá Högum miðað við upplýsingar í samrunaskrá, svörum félagsins við fyrri upplýsingabeiðni og loks viðbótarupplýsingabeiðninni. Samkeppniseftirlitið óskaði útskýringa á misræminu með tölvupósti, dags. 12. apríl 2017, og áttu sér stað nokkur tölvupóstasamskipti milli aðila í framhaldinu. Bárust fullnægjandi útskýringar frá fyrirtækinu með tölvupósti þann 20. apríl 2017. Svör við viðbótarupplýsingabeiðninni bárust frá hluta þeirra keppinauta samrunaaðila sem upplýsinganna var óskað frá. Hefur það þó ekki áhrif fyrir niðurstöðu málsins eins og nánar verður rakið í umfjöllun um markaðshlutdeild í kafla 5.

Með bréfi, dags. 31. mars 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið jafnframt eftir upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands. Þá óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Sjúkrahúsapóteki LSH með bréfi, dags. 3. apríl 2017, og upplýsingum frá Costco Wholesale Iceland ehf. (hér eftir Costco) þann 6. apríl 2017. Svör hafa borist frá þessu aðilum og verður vísað til þeirra eftir því sem þurfa þykir hér í framhaldinu.

Samkeppniseftirlitinu hefur borist fjöldi umsagna vegna samrunans á rannsóknartímabilinu, bæði munnlega og skriflega. Samkeppniseftirlitið hefur upplýst samrunaaðila um efni þeirra umsagna sem höfðu borist á því tímamarki með bréfi, dags. 11. apríl 2017, og óskaði eftir afstöðu samrunaaðila til þeirra og nánari upplýsinga um einstök atriði, m.a. um markaðsskilgreiningu samrunaaðila á hreinlætis- og snyrtivörumarkaðnum.

Meðfylgjandi bréfinu voru þær umsagnir sem borist höfðu og ekki hafði verið óskað eftir trúnaði um. Töluverður hluti umsagnaraðila óskaði eftir trúnaði um auðkenni sitt og/eða efni umsagnar sinnar gagnvart samrunaaðilum. Taldi Samkeppniseftirlitið forsendur til þess að fallast á slíkan trúnað.⁴ Í bréfinu var hins vegar að finna samantekt á þessum umsögnum.

⁴ Það athugast í þessu sambandi að 17. gr. stjórnisýslulaga veitir stjórnvöldum heimild þegar sérstaklega stendur á til að takmarka aðgang aðila að gögnum máls ef hagsmunir hans af því að notfæra sér vitneskju úr þeim þykja eiga að víkja fyrir mun ríkari almanna- eða einkahagsmunum, sbr. einnig 16. gr. reglna nr. 880/2005. Þá segir í 6. gr. sömu reglna að sá sem beinir erindi til Samkeppniseftirlitsins geti óskað eftir því að nafni hans verði haldið leyndu. Þar kemur einnig fram að ef líklegt megi telja að hagsmunir viðkomandi skaðist ef greint er frá nafni hans, skuli fallast á ósk um nafnleynd. Í samkeppnisrétti hefur verið lagt til grundvallar m.a. í málum varðandi

Engar athugasemdir bárust frá Lyfju vegna bréfs Samkeppniseftirlitsins frá 11. apríl 2017. Athugasemdir og sjónarmið bárust hins vegar frá Högum með bréfi þann 3. maí 2017. Fjallað verður um sjónarmið umsagnaraðila og samrunaaðila í tengslum við umfjöllun um efnispætti málsins.

Andmælaskjal var birt samrunaaðilum þann 26. maí 2017 þar sem Samkeppniseftirlitið upplýsti samrunaaðila um þá frumniðurstöðu að samruni Haga og Lyfju væri skaðlegur samkeppni, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Var samrunaaðilum gefið færi á að tjá sig um efni andmælaskjalsins og setja fram hugmyndir að mögulegum skilyrðum til að afstýra þeim samkeppnishömlum sem ella myndu stafa af samrunanum.

Engin sjónarmið bárust frá Lindarhvoli ehf. (hér eftir Lindarhvoll), f.h. Ríkissjóðs Íslands, vegna andmælaskjalsins, en Lindarhvoll fer með allan eignarhlut ríkissjóðs í Lyfju og er seljandi í þessu samrunamáli. Af þessu leiðir jafnframt að samrunaaðilar hafa ekki kosið að koma á framfæri sérstökum sjónarmiðum Lyfju í málinu. Sjónarmið Haga bárust með bréfi, dags. 13. júní 2017. Í athugasemdum Haga var frummati Samkeppniseftirlitsins mótmælt. Verður nánar fjallað um athugasemdir Haga í tengslum við einstaka efnispætti málsins.

Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til samrunaaðila, dags. 19. júní 2017, var þeim tilkynnt að Samkeppniseftirlitið hygðist, með tilliti til framkominna sjónarmiða Haga, framlengja frest til töku endanlegrar ákvörðunar í málinu um 20 virka daga. Í bréfinu kom fram að Samkeppniseftirlitið hygðist í ljósi athugasemda Haga m.a. afla nánari upplýsinga í því skyni að leggja frekara mat á áhrif af innkomu Costco á þá markaði sem samruni Haga og Lyfju snerti einkum, auk frekari rannsóknar á markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur. Þann sama dag átti Samkeppniseftirlitið jafnframt fund með Högum þar sem sjónarmið og tillögur Haga að skilyrðum til að vinna gegn samkeppnishamlandi áhrifum samrunans voru rædd.

Með bréfum dags, 16. júní 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir sjónarmiðum frá helstu keppinautum og birgjum samrunaaðila um framkomnar athugasemdir Haga við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins. Óskaði Samkeppniseftirlitið sérstaklega eftir sjónarmiðum um tiltekin atriði, þ. á m. um áhrif af innkomu Costco á skilgreinda markaði málsins og tillögur að skilyrðum sem Hagar höfðu lagt fram. Samkeppniseftirlitinu bárust 17 umsagnir, ýmist munnlega eða skriflega. Þá átti Samkeppniseftirlitið einnig fundi með aðilum sem starfa á viðkomandi mörkuðum.

Með bréfi, dags. 23. júní 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir nánari upplýsingum frá samrunaaðilum m.a. um áhrif innkomu Costco á starfsemi samrunaaðila og tölulegum gögnum því til stuðnings. Jafnframt var óskað eftir skýringum á misræmi sem virtist vera

misnotkun á markaðsráðandi stöðu og samrunamáli að markaðsráðandi fyrirtæki geta gripið til gagnaðgerða/hefndarráðstafana (e. retaliatory measures) gagnvart m.a. viðskiptavinum eða keppinautum sem aðstoða yfirvöld við rannsókn og rétt geti því verið að veita markaðsráðandi fyrirtækjum ekki aðgang að upplýsingum þessu tengdu. Vísast hér til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 2/2014 og 5/2017, sbr. einnig dóm dómstóls ESB í máli nr. C-310/9S og dóma undirréttar ESB í málum nr. T-212-4/98 og T-S/2. Hefur og verið vísað til þess að leynd af þessum toga sé almennt afar mikilvæg til þess að vinna gegn samkeppnishömlum, sbr. t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-94/00.

Í athugasemdum Haga og upplýsingagjöf samrunaaðila varðandi sölu í almennum og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum.

Í tengslum við nánari rannsókn á áhrifum af innkomu Costco átti Samkeppniseftirlitið samskipti og fundi með fyrirtækjum sem starfa á viðkomandi mörkuðum eftir útgáfu andmælaskjalsins, m.a. Costco, auk þess sem Samkeppniseftirlitið aflaði upplýsinga frá Bauhaus, Lindex og Dunkin Donuts til að geta lagt betur mat á áhrif af innkomu Costco á markaði málsins.

Í tengslum við frekari rannsókn á hreinlætis- og snyrtivörumarkaðnum, m.a. í þeim tilgangi að rannsaka nánar hvort tilefni væri til þess að skipta vörumarkaðnum með þeim hætti sem Hagar lögðu til í athugasemdum sínum, aflaði Samkeppniseftirlitið tölulegra upplýsinga og almennra sjónarmiða frá fyrirtækjum á markaðnum og Fríhöfninni, auk þess sem eftirlitið lét framkvæma neytendakönnun í samstarfi við MMR⁵ í þeim tilgangi að varpa mögulega skýrara ljósi á ákveðna þætti rannsóknar Samkeppniseftirlitsins. Niðurstöður hennar bárust þann 4. júlí 2017.

Í tengslum við athugasemdir Haga varðandi markaði fyrir heilsuvörur aflaði Samkeppniseftirlitið m.a. upplýsinga frá líkamsræktarstöðvum og sérvörslunum með fæðubótarefni um sölu þeirra á vítamínum, steinefnum og bætiefnum auk nánari upplýsinga um sölu einstakra fyrirtækja á mat- og drykkjarvöru sem flokkast gæti sem heilsuvara.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til samrunaaðila, dags. 7. júlí 2017, voru samrunaaðilar upplýstir um rannsókn og frumniðurstöður Samkeppniseftirlitsins varðandi áhrif af innkomu Costco á markaðinn auk þess sem samrunaaðilum voru afhent afrit af umsögnum sem borist höfðu frá fyrirtækjum á markaðnum. Í bréfinu var samrunaaðilum veittur frestur til 12. júlí 2017 til að koma á framfæri frekari sjónarmiðum varðandi rannsóknina og frumniðurstöður hennar.

Með bréfum, dags. 10. og 11. júlí 2017, voru samrunaaðilar upplýstir um rannsókn og frumniðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um hreinlætis- og snyrtivörumarkaðinn og önnur atriði sem Samkeppniseftirlitið hafði verið með til nánari rannsóknar eftir útgáfu andmælaskjals.

Í umræddu bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 11. júlí 2017 var samrunaaðilum einnig tilkynnt að það væri enn frummat Samkeppniseftirlitsins að samruninn væri skaðlegur samkeppni, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga, sbr. einnig niðurstöður fyrri bréfa, og Samkeppniseftirlitið teldi framkomnar tillögur Haga að skilyrðum ekki fullnægjandi til að afstýra þeim samkeppnishömlum sem leiddu af samrunanum. Var samrunaaðilum gefinn frestur til 13. júlí 2017 til að koma á framfæri frekari sjónarmiðum.

⁵ Samkvæmt samstarfssamningi komu efnistöð og upplegg spurninga fyrir í spurningalista frá Samkeppniseftirlitinu. Hlutverk MMR var að veita aðferðafræðilega ráðgjöf við framsetningu spurninganna þannig að röð þeirra og svarmöguleikar hámarki líkur á því að niðurstöður hennar nýtist til þess að varpa skýrara ljósi á þá þætti könnunarinnar sem athygli beindist að. Jafnframt var ætlast til þess að MMR tryggði að þær aðferðir sem nýttar eru við framkvæmd könnunarinnar séu viðeigandi (e. valid) og traustar (e. reliable).

Eftir að hafa fengið umrædd bréf í hendur óskuðu Hagar þann 11. júlí 2017 eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu. Þann 12. júlí 2017 sendi eftirlitið Högum tölvupóst og féllst á að hitta fyrirtækið síðar sama dag. Jafnframt var óskað eftir nánari upplýsingum um fundarefni. Í kjölfarið hringdi lögmaður Haga í Samkeppniseftirlitið og greindi frá því að Hagar hefðu í hyggju á fyrirhugðum fundi að reifa stuttlega sjónarmið félagsins varðandi bréfið sem Samkeppniseftirlitið sendi samrunaaðilum um frekara frummat eftirlitsins á áhrifum af innkomu Costco ásamt því að ræða við Samkeppniseftirlitið möguleika á fleiri skilyrðum sem fælust þá í frekari sölu á eignum umfram það sem þegar hafði verið boðið af hálfu Haga. Gæti komið til álita af hálfu Haga að selja frá sér tilteknar verslanir, t.d. þær verslanir þar sem velta á snyrtivöru væri hvað mest. Í símtalinu var óskað eftir að Samkeppniseftirlitið hefði mótað sér einhverja skoðun á því fyrir fundinn hvort slík skilyrði gætu komið til álita.

Fundurinn með Högum var haldinn síðar sama dag, þ.e. 12. júlí 2017. Á fundinum ræddu Hagar sjónarmið sín varðandi bréf Samkeppniseftirlitsins um áhrif af innkomu Costco og upplýstu að félagið myndi senda Samkeppniseftirlitinu bréf varðandi þetta atriði í framhaldi fundarins. Umrætt svarbréf við frumniðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um áhrif af innkomu Costco barst með tölvupósti fljótlega eftir fundinn.

Á fundinum kom hins vegar ekki fram nein ósk af hálfu Haga um að ræða frekari skilyrði vegna samrunans við Lyfju.

Með tölvubréfi Samkeppniseftirlitsins til Haga þennan sama dag tók Samkeppniseftirlitið fram að eftirlitið liti svo á í ljósi þess að Hagar hafi ekki óskað eftir að ræða frekari skilyrði á fundinum og að Hagar myndu ekki óska eftir því að kynna fyrir eftirlitinu frekari hugmyndir að skilyrðum. Staðfesti lögmaður Haga þann skilning í tölvubréfi þann 13. júlí 2017.

Ekki bárust frekari athugasemdir frá samrunaaðilum við fyrrnefnd bréf Samkeppniseftirlitsins.

II. SAMRUNINN OG AÐILAR HANS

Samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga telst samruni hafa átt sér stað þegar breyting verður á yferráðum til frambúðar. Samruni getur þannig m.a. falist í því að fyrirtæki taki annað fyrirtæki yfir eða það nái yferráðum í heild eða hluta yfir öðru fyrirtæki, t.d. með því að kaupa hluta af eignum þess eða þær allar, sbr. 1. mgr. 17. gr. laganna.

Í samrunatilkynningu kemur fram að með kaupsamningi, dags. 17. nóvember 2017, hafi Hagar skuldbundið sig til þess að kaupa og Lindarhvoll ehf., f.h. Ríkissjóðs Íslands, skuldbundið sig til að selja, allt hlutafé í Lyfju. Eftir samrunann muni Hagar eignast allt hlutafé í Lyfju og dótturfélögum þess og yfirtaka þann rekstur sem félaginu tilheyri.

Í samrunatilkynningu kemur fram að tilgangur Haga sé samkvæmt samþykktum félagsins verslunarrekstur, eignaumsýsla, rekstur fasteigna, fjárfestingar í félögum með skylda starfsemi, lánastarfsemi, kaup og sala eigna og annar skyldur rekstur.

Hagar séu verslunarfyrirtæki sem reki nú 52 verslanir innan fimm smásölufyrirtækja og fjögur vöruhús. Hagar eru hlutafélag með dreifðu eignarhaldi. Tíu stærstu hluthafar í Högum eiga samtals 59,77% í félaginu. Þeir eru Lífeyrissjóður starfsmanna ríkisins, A-deild með 12,19%, Gildi-lífeyrissjóður með 11,36%, Stefnir - ÍS 15 með 9,56%, Lífeyrissjóður verslunarmanna með 8,18%, Stapi - lífeyrissjóður með 5,27%, Festa lífeyrissjóður með 3,40%, Sameinaði lífeyrissjóðurinn með 2,66%, Stafir- lífeyrissjóður með 2,46%, Arion banki hf. með 2,35% og Söfnunarsjóður lífeyrisréttinda með 2,34%. Velta Haga-samstæðunnar rekstrarárið 2015-2016 var kr. 78.366 milljónir samkvæmt ársreikningi.

Að sögn Haga eru fyrirtækin öll rekin sem sjálfstæð fyrirtæki og hafi ólík rekstrarform og ólíka menningu. Meginstarfsemi Haga sé á sviði matvöru, en innan þess séu verslanakeðjurnar Bónus og Hagkaup, svo og stoðstarfsemi á sviði innkaupa og dreifingar. Yfir 80% af tekjum Haga séu vegna sölu á dagvöru. Auk þess starfræki Hagar sérvörusvið innan Hagkaups og fjölmargar sérvöruverslanir með þekktum lífsstíls- og tískuvörumerkjum. Verslanir og vöruhús Haga séu Bónus, Hagkaup, Aðföng, Bananar, Ferskar kjötvörur, Hýsing, Útilíf, Zara, Topshop, Dorothy Perkins og Karen Millen. Verslunin Debenhams hafi einnig verið í eigu Haga, en henni hafi verið lokað í janúar 2017.

Tilgangur Lyfju samkvæmt samþykktum félagsins sé lyfsala svo og sala annarra almennra neyslu- og neytendavöru. Meginstarfsemi Lyfju sé á sviði lyfsölu en tveir þriðju hlutar tekna móðurfélagsins séu vegna lyfsölu. Lyfja reki samtals 39 apótek, útibú og verslanir, auk lyfjaskömmunar, um land allt undir merkjum Lyfju, Apóteksins og Heilsuhússins. Þá eigi Lyfja dótturfélagið Heilsu ehf. sem starfi á sviði innflutnings og dreifingar á heilsusamlegri og lífrænt ræktaðri matvöru, vítamínum, almennum og lífrænum snyrtivörum, vistvænum hreingerningavörum og almennri apóteksvöru, sem fyrirtækið selji til ýmissa endurseljenda. Mengi ehf. er annað dótturfélag Lyfju, en fyrirtækið heldur utan um rekstur fasteignar sem hýsir starfsemi Lyfju hf. í Borgarnesi. Velta Lyfju-samstæðunnar árið 2015 var kr. 8.944 milljónir samkvæmt ársreikningi.

Samkvæmt samrunaskrá er Ríkissjóður Íslands seljandi Lyfju, en samkvæmt lögum um Seðlabanka Íslands og samningi við fjármála- og efnahagsráðuneytið annast félagið Lindarhvoll ehf. sölu fyrir hönd seljanda. Fyrirtækjaráðgjöf Virðingar hf. stýrði opnu

söluferli í umboði seljanda og auglýsti eftir óskuldbindandi tilboðum frá fjárfestum. Hagar voru meðal þeirra fjárfesta sem skiluðu inn tilboði. Tilteknir fjárfestar, þ.á m. Hagar, voru teknir áfram í annan hluta söluferlis og rann skilafrestur skuldbindandi tilboða út mánudaginn 7. nóvember 2016. Í kjölfar viðræðna um tilboð Haga var kaupsamningur undirritaður milli Haga og ríkissjóðs, með fyrirvara um niðurstöðu áreiðanleikakönnunar og samþykki Samkeppniseftirlitsins.

Fram kemur að ekki sé um að ræða samruna að félagarétti. Fyrirtækið Lyfja mun, a.m.k. fyrst um sinn, vera starfandi á markaði fyrir smásölu lyfja og heilsu-, hreinlætis- og snyrtivara, á sama hátt og verið hefur.

Í samrunaskrá segir að markmið samrunans sé að víkka út starfsemi Haga sem fyrir sé, þannig að unnt verði að ná fram aukinni hagræðingu í rekstri, m.a. í nýju og breyttu markaðsumhverfi sem fyrirsjáanlegt sé með innkomu verslanarisans Costco inn á íslenskan dagvöru- og lyfjamarkað en fyrir liggir að Costco hyggst hefja starfsemi á Íslandi í lok maímánaðar 2017. Með samruna Haga og Lyfju geti myndast öflugt félag sem neytendur munu njóta góðs af, með fjölbreytt úrval matvæla og lyfja í samkeppni við öfluga aðila á þeim mörkuðum.

Með samrunanum eru sagðir skapast möguleikar á samlegðaráhrifum. Helstu samlegðarmöguleikar felist í lækkun á skrifstofu- og stjórnendakostnaði Lyfju með samnýtingu á ýmsum sviðum og mögulegri hagræðingu sem leiði til lækkunar á húsnæðis-, flutnings- og innkaupakostnaði.

Með vísan til framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að kaup Haga á öllu hlutafé í Lyfju feli í sér samruna í skilningi 17. gr. a samkeppnislaga og kemur hann því til athugunar samkvæmt samrunareglum samkeppnislaga enda eru veltuskilyrði laganna uppfyllt.

III. SKILGREINING MARKAÐA

Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna samkvæmt 17. gr. c. samkeppnislaga verður að byrja á því að skilgreina þann markað sem við á. Samkvæmt 4. gr. laganna er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgönguvöru eða þjónustu og staðgönguþjónustu. Staðganga er þegar vara eða þjónusta getur að fullu eða verulegu leyti komið í stað annarrar vöru eða þjónustu. Með hliðsjón af hagfræðilegum rökum þarf að líta á viðkomandi markað út frá a.m.k. tveimur sjónarmiðum; annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn. Hafa ber þó í huga að markaðsskilgreiningar í samkeppnisrétti geta ekki orðið nákvæmar og eru aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Við skilgreiningu markaða í samrunamálum er m.a. unnt að hafa hliðsjón af fordæmum í innlendri lagaframkvæmd og í EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. m.a. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 277/2012, *Stjórnugrís hf. og Arion banki hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í kafla 7 í viðauka I við reglur Samkeppniseftirlitsins nr. 684/2008 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum segir m.a. svo um skilgreiningu á mörkuðum:

„Með viðkomandi vörumarkaði er átt við markað fyrir vörur og/eða þjónustu sem neytendur líta á sem staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu vegna eiginleika sinna, verðs og áformaðrar notkunar. Markaður er sölusvæði vöru og staðgönguvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgönguþjónustu, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar.

Meðal þátta, sem skipta máli við mat á viðkomandi markaði, er greining á því hvers vegna viðkomandi vara eða þjónusta tilheyrir þessum markaði og hvers vegna önnur vara eða þjónusta tilheyrir honum ekki samkvæmt framangreindri skilgreiningu og með hliðsjón af, meðal annars, hvort varan eða þjónustan nýtist sem staðgönguvara eða staðgönguþjónusta, samkeppnisstöðu, verði, verðsveiflum vegna eftirspurnar eða öðrum þáttum sem máli skipta við skilgreiningu á markaðnum.“

Í reglunum um tilkynningu samruna er landfræðilegur markaður skilgreindur svo:

„Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og/eða eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.

Meðal þátta sem skipta máli við mat á viðkomandi landfræðilegum markaði eru eðli og einkenni viðkomandi vöru eða þjónustu, hugsanlegar aðgangshindranir eða neytendavenjur, greinilegur munur á markaðshlutdeild fyrirtækja á þessu svæði og aðliggjandi svæðum eða verulegur verðmunur.“

Tilgangur þess að skilgreina viðkomandi markað í samrunamálum er að greina það svið viðskipta sem samruninn hefur áhrif á.⁶ Með markaðsskilgreiningunni er leitast við að afmarka hvar samkeppni milli fyrirtækja á sér stað í þeim tilgangi að greina á kerfisbundinn hátt þær skorður sem samkeppni á markaði setur á hegðun þeirra fyrirtækja sem starfa á þeim markaði sem samruninn hefur áhrif á og meta þannig það samkeppnislega aðhald sem hið sameinaða fyrirtæki býr yfir. Með því að afmarka markaðinn bæði frá sjónarmiði þeirrar vöru eða þjónustu sem seld er á markaðinum og frá landfræðilegu sjónarmiði er reynt að greina þá keppinauta samrunaaðila á markaði sem í raun geta sett hegðun samrunaaðilanna skorður og komið í veg fyrir að þeir hegði sér óháð virkum þrýstingi á markaði sem samkeppni af hálfu keppinauta getur veitt.⁷

Þegar viðkomandi markaður hefur verið skilgreindur er hægt að reikna markaðshlutdeild aðila sem starfa á þeim markaði og leggja mat á önnur atriði sem hafa þýðingu við mat á því hvort samruni raski samkeppni.

Af þessu leiðir að hugtakið „markaður“ í skilningi samkeppnislaga (e. *relevant market*) er frábrugðið öðrum skilgreiningum sem oft eru notaðar til að lýsa mörkuðum, s.s. þeim að „markaður“ vísi til þess landsvæðis þar sem fyrirtæki selur vörur sínar, eða að „markaður“ vísi gróflega til þeirrar atvinnugreinar eða þess geira sem fyrirtæki starfar innan.⁸

Þær skorður, sem samkeppni veitir fyrirtækjum á markaði, má flokka í þrjá flokka: eftirspurnarstaðgöngu (e. demand substitution), framboðsstaðgöngu (e. supply substitution) og mögulega samkeppni (e. potential competition).

Eftirspurnarstaðganga er beinasta og virkasta ögunarvaldið sem hefur áhrif á ákvarðanir birgja um vöruverð. Fyrirtæki eða hópur fyrirtækja getur ekki haft umtalsverð áhrif á aðstæður á markaði, svo sem verðlag, ef viðskiptavinir þess geta auðveldlega keypt staðgönguvörur, eða keypt sömu vöruna og sá aðili sem vill hækka verð á sínum vörum, á lægra verði af öðrum birgjum á markaðnum. Við slíkar aðstæður búa aðilar á markaði við aðhald eða ögunarvald samkeppninnar. Markaðsskilgreiningin hefur þannig í grundvallaratriðum þann tilgang að greina það framboð, sem viðskiptavinir þeirra fyrirtækja sem um ræðir, geta í rauninni nýtt sér, bæði vegna vöru- eða þjónustuframboðs birgjanna og vegna landfræðilegrar staðsetningar þeirra.⁹

Framboðsstaðganga er það kallað, þegar birgjar geta brugðist við lítilsháttar (hlutfallslegri) verðhækkun til frambúðar með því að breyta framleiðslu sinni og markaðssetja aðra vöru (þjónustu) en framleidd var áður, innan skamms tíma og án þess að þurfa að leggja út í umtalsverðan kostnað eða áhættu. Þegar slíkt á við, hefur þessi nýja framleiðsla agandi

⁶ Sjá m.a. 2. mgr. í tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður (98/EES/28/01). Í ECS/AKZO málinu, OJ 1985 L374/1 lýsti framkvæmdastjórn ESB því t.a.m. yfir að: „the object of market delineation is to define the area of commerce in which the conditions of competition and the market power of the dominant firm is to be assessed.“

⁷ Sjá 2. mgr. í tilkynningu ESA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður.

⁸ Sjá 3. mgr. í framangreindri tilkynningu ESA. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 1. júlí 2010 í máli nr. T-321/05, AstraZeneca AB gegn framkvæmdastjórninni: „... the concept of relevant market is different from other definitions of market often used in other contexts, such as the area where the companies sell their products or, more broadly, the industry or sector to which the companies belong., sbr. dóm dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli nr. C-457/10.

⁹ Sjá 2. mgr. í tilkynningu ESA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður.

áhrif á hegðun þeirra fyrirtækja sem fyrir voru á markaðinum. Þessi áhrif eru sambærileg við áhrifin af eftirspurnarstaðgöngu.¹⁰ Skammur tími í þessum skilningi er tími sem dugir ekki til að leggja út í umtalsverðar breytingar á t.d. fastafjármunum eða óáþreifanlegum eignum, svo sem þekkingargrunni fyrirtækisins.

Möguleg samkeppni, þ.e.a.s. ógnin sem aðilum á markaði getur stafað af því að nýir aðilar komi inn á markaðinn, er ekki tekin með í reikninginn þegar markaðir eru skilgreindir. Venjulega er því aðeins fjallað um mögulega samkeppni í málum af þessu tagi þegar búið er að fjalla um þá aðila sem fyrir eru á markaðnum og staðan á markaðnum vekur áhyggjur samkeppnisyfirvalda.¹¹ Nánar er fjallað um möguleika nýrra keppnauta og aðgangshindranir hér að neðan.

Í næstu tveimur undirköflum verður fjallað um skilgreiningu markaða þessa máls, annars vegar vörumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn. Í upphafi hvors kafla er gerð grein fyrir sjónarmiðum samruna- og umsagnaraðila.

1. Sjónarmið samrunaaðila í samrunaskrá og umsagnir hagsmunaaðila

Í samrunaskrá taka samrunaaðilar eftirfarandi fram varðandi skilgreiningu á þeim vörumörkuðum sem málið varðar:

„Að stærstum hluta starfa Hagar og Lyfja á aðskildum mörkuðum, fyrir matvöru annars vegar og lyf hins vegar, sbr. framangreint. Því er aðallega um samsteypusamruna að ræða, sbr. síðari umfjöllun. Að mati samrunaaðila skarast starfsemi félaganna aðallega á hugsanlegum undirmarkaði fyrir smásölu á snyrti- og hreinlætisvörum þar sem báðir aðilar stunda starfsemi. Eftir atvikum getur starfsemi aðila einnig skarast á hugsanlegum undirmarkaði fyrir heilsusamlegar og lífrænt ræktaðar matvörur og fæðubótaefni („heilsuvörur“), en bæði félögin selja slíkar vörur í smásölu. Þó ber að taka fram að nokkrum erfiðleikum er bundið að afmarka sérstaklega slíkan undirmarkað fyrir lífrænt ræktaðar matvörur og fæðubótaefni. Þá má taka fram að Heilsa ehf., dótturfélag Lyfju, starfar á markaði fyrir innflutning og dreifingu á lífrænt ræktaðum matvörum og fæðubótavörum og selur þær til Lyfju, Haga og helstu matvöruverslana, heilsubúða og apóteka.“

Lyf

Í samrunaskrá kemur fram að samkeppnisyfirvöld hafi fjallað um lyfjamarkaðinn í fyrri ákvörðunum sínum og er þar vísað til ákvarðana Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006, 4/2010 og 19/2012. Einnig er í samrunaskrá vísað til umfjöllunar í skýrslum Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 og 2/2011. Samkeppniseftirlitið hafi skilgreint markaðinn sem smásölu á lyfjum og talið hann vera staðbundinn.

¹⁰ Sjá nánar 20- 23. mgr. í tilkynningu ESA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður.

¹¹ Sjá nánar 24. mgr. í tilkynningu ESA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður.

Samrunaaðilar taka einnig fram að Samkeppniseftirlitið hafi ekki, svo vitað sé, rannsakað lyfjamarkaðinn nýlega, eða stöðu fyrirtækja á þeim markaði. Í ákvörðun eftirlitsins nr. 8/2016, sem fjallaði um framsal Glitnis á hlutum í Lyfju til ríkissjóðs, hafi þó komið fram að apótekum utan keðjanna tveggja hafi enn fjölgað og að í mars 2016 hafi þau verið 16 talsins. Þá var jafnframt tekið fram að staða Lyfju hefði ekki styrkst við þær breytingar að komast undir yferráð ríkissjóðs, m.a. þar sem ríkið ætti ekki eignarhluti í öðrum smásölufyrirtækjum á lyfjamarkaði.

Fæst ekki betur séð en samrunaaðilar séu sammála þeirri skilgreiningu á lyfjamarkaðinum sem fram hefur komið í framangreindum úrlausnum Samkeppniseftirlitsins.

Í umsögn Festi¹² kemur fram að fyrirtækið geri ekki athugasemdir hvað varðar markað fyrir smásölu lyfja.

Lyf og heilsa árétta í umsögn sinni það mat félagsins að svonefnd S-merkt lyf og sjúkrahúsapótek tilheyri umræddum markaði.

Dagvara

Í samrunaskrá er einnig rakið að samkeppnisyfirvöld hafi skilgreint dagvörumarkaðinn sem markað fyrir „*sölu á dagvörum í matvöruverslunum*“. Með dagvöru væri átt við vörur sem uppfylli daglegar neysluparfir neytenda og verslanir á hinum skilgreinda markaði þurfi að hafa á boðstólum. Um sé að ræða ákveðið úrval af t.d. matar-, drykkjar-, hreinlætis- og snyrtivörum, þannig að hægt sé að nálgast flesta flokka dagvara undir einu þaki. Vísa samrunaaðilar hér til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008 og til skýrslu þess nr. 1/2015

Þá ítreka Hagar þá afstöðu sína, sem kom fram í kjölfar framangreindrar skýrslu nr. 1/2015, um að sú markaðsskilgreining sem lögð hafi verið til grundvallar sé of þröng auk þess sem ekki gætti samræmis í viðhorfi Samkeppniseftirlitsins til þess hvaða tegundir verslana heyrði undir markaðinn, m.a. hvað varði verslanir á bensínstöðvum, og væri stórlega dregið í efa að félagið væri í reynd í markaðsráðandi stöðu.

Heilsuvörur

Í samrunaskrá er vísað til þess að um hugsanlega undirmarkaði fyrir snyrti- og hreinlætisvörur annars vegar og „*heilsuvörur*“ hins vegar geti verið að ræða. Varðandi mögulegan undirmarkað fyrir „*heilsuvörur*“ kemur jafnframt fram í samrunaskrá:

„Heilsa ehf., dótturfélag Lyfju, [sérhæfir] sig í innflutningi og dreifingu á heilsusamlegum og lífrænt ræktuðum matvörum, vítamínum, almennum og lífrænum snyrtivörum, vistvænum hreingerningarvörum og almennri apóteksvöru. Heilsa selur síðan umræddar vörur bæði til Lyfju, sem og helstu matvöruverslana (m.a. til verslana Haga), heilsubúða og apóteka. Þá selur Lyfja (Heilshúsið) lífrænt ræktaðar matvörur, vítamín, snyrtivörur og vistvænum hreingerningarvörum í smásölu. Verslanir Haga selja alla matvöru, þ.á m. lífrænt ræktaðar.“

¹² Festi reka verslanir m.a. undir nafni Krónunnar og Nóatúns.

Í umsögn Lyfja og heilsu eru gerðar athugasemdir við umfjöllun samrunaaðila um mögulegan markað fyrir heilsuvörur. Þar segir:

„Umbjóðandi okkar telur einkum ástæðu til að gera athugasemdir við það sem nefnt er „heilsuvörur“ í samrunaskrá. Virðist þar sem skilgreindur sé sérstakur undirmarkaður fyrir „heilsusamlegar og lífrænt ræktaðar matvörur og fæðubótaefni.“ Innihaldi sá mögulegi undirmarkaður m.a. vítamín.

Að mati umbjóðanda okkar kann að vera ástæða til að ætla að hér sé um of víða markaðsskilgreiningu að ræða, og ástæða kunni að vera til að skilgreina markað fyrir vítamín sérstaklega.

Þannig bendir umbjóðandi okkar á að það sem í daglegu tali er nefnt „fæðubótaefni“, s.s. próteinduft og aðrar vörur ætlaðar til vöðvastyrkingar, eru lítið sem ekkert seldar í apótekum. Það eru vítamín aftur á móti, og eru þau meðal söluhæstu vara apóteka. Eiga þar apótek einkum í samkeppni við dagvöruverslanir, sem jafnframt selja vítamín.

Áðurnefnd fæðubótaefni til vöðvastyrkingar eru hins vegar t.a.m. ekkert seld í a.m.k. apótekum Lyfja og heilsu. Þau eru hins vegar seld líkamsræktarstöðvum og ýmsum sérverslunum.

Lyf og heilsa bendir því á að með fyrirhugðum samruna verður allmikil samþjöppun á mögulegum undirmarkaði fyrir sölu á vítamínum. Er sú samþjöppun umtalsvert meiri en ætla mætti, væri markaðurinn jafnframt talin innihalda vöðvastyrkjandi fæðubótaefni sem ekki eru seld í apótekum.“

Hreinlætis- og snyrtivörur

Samrunaaðilar fjalla í samrunaskrá um mögulegan undirmarkað fyrir hreinlætis- og snyrtivörur. Þar kemur eftirfarandi fram:

„Samrunaaðilar selja báðir hreinlætis- og snyrtivörur, þ.e. vörur fyrir umhirðu líkamans, svo sem umhirðu tanna, hárs og húðar, sem og förðunar- og meðferðarvörur og ilmvötn. Slíkar vörur séu m.a. seldar í sérstökum snyrtivöruverslunum, snyrtistofum, lyfjaverslunum, stórmörkuðum og deildaskiptum verslunum, tískuvöruverslunum, fríhöfnum og í netverslunum. Viðkomandi markaður nái að mati samrunaaðila til allra þessara vara og sölustaða. Hugsanlegt kunni að vera að skipta markaðnum í undirmarkaði fyrir dýrari ilmvötn og förðunarvörur annars vegar og ódýrari vörur hins vegar (sem almennt hafa verið seldar í almennum dagvöruverslunum).“

Samrunaaðilar benda einnig á að mikill vöxtur hafi verið í netverslun undanfarin ár en þó virðist sem meiri stígandi sé í netverslun nú á allra síðustu misserum heldur en á lengra tímabili áður. Verslun á Íslandi eigi undir högg að sækja og verslun erlendis hafi aukist mikið, ekki síst verslun með snyrtivörur, en stór hluti snyrtivara sem íslenskir neytendur kaupi séu keyptar erlendis og fari hlutur netverslana þar sístækkandi. Sama þróun eigi sér stað erlendis. Verslun með snyrtivörur sé í stórum stíl að færast yfir á netið og ekki sé hægt að líta framhjá þeirri þróun við mat á samruna þessum.

Að mati samrunaaðila stafi verulegt samkeppnislegt aðhald jafnframt frá sölu Fríhafnarinnar ehf. á Keflavíkurflugvelli á snyrtivörum og markaðsskilgreining málsins nái til þeirrar sölu að mati samrunaaðila. Af fyrri háttsemi Fríhafnarinnar verði jafnframt ráðið að Fríhöfnin líti á verslanir á innanlandsmarkaði, þ. á m. Haga, sem sína helstu keppinauta. Þá hafi Samkeppniseftirlitið jafnframt bent á að markaðssetning Fríhafnarinnar beinist ekki síst að íslenskum neytendum og öðrum sem kaupi vörur á innanlandsmarkaði. Taldi Samkeppniseftirlitið tilefni til þess í bréfi sínu frá 4. apríl 2014 að endurskoða fyrri skilgreiningu á mörkuðum sem verslanir á Keflavíkurflugvelli störfuðu á. Ekki hafi þó verið ástæða til þess í umræddu máli þar sem málið hafi ekki verið tekið til frekari rannsóknar vegna forgangsröðunar stofnunarinnar. Samrunaaðilar byggja á því, m.a. með vísan til framangreinds, að verslun með snyrti- og hreinlætisvörur í Fríhöfninni á Keflavíkurflugvelli tilheyri viðkomandi markaði og telja samrunaaðilar a.m.k. alveg ljóst að verulegt samkeppnislegt aðhald stafi frá sölu og markaðssetningu Fríhafnarinnar á snyrtivörum.

Festi telur í umsögn sinni mikilvægt að „*skilgreina snyrtivörumarkaðinn sem markað fyrir húðvörur, förðunarvörur og ilmvötn en án sjampós og sápu sem almennt eru seld í matvöruverslunum.*“ Segir Festi að samrunaaðilar og Lyf og heilsa séu „*langstærstu*“ seljendur á snyrtivörum hér á landi. Einnig segir í umsögn Festi:

„Röksemdarfærsla Haga að taka verði tillit til netverslun og umfang Fríhafnarinnar í sölu snyrtivara getur ekki talist gild þegar kemur að því að meta áhrif af samruna Haga og Lyfju gagnvart íslenskum samkeppnisaðilum. Bæði er stærð netverslunar með snyrtivöru algjörlega óþekkt stærð en nokkuð ljóst að sú netverslun kaupir ekki inn vörur af sömu aðilum og Hagar og Lyfja gera. Áhrif Fríhafnarinnar eru þekkt á íslenskum smásölumarkaði og stærð hennar mun ekki breyta núverandi innkaupaumhverfi verslanna hvað snyrtivörur ræðir. Samruni Haga og Lyfju mun hinsvegar tvímælalaust gera það.“

Í umsögn Samkaupa er fjallað um sjónarmið samrunaaðila um netsölu á snyrtivörum. Segja Samkaup að það megi leiða að því líkum að snyrtivara sé ekki keypt á netinu þegar um fyrstu kaup á viðkomandi vöru sé að ræða. Í slíkum tilvikum „*þarf viðskiptavinurinn að fá kynningu hjá söluaðila, prufa, finna lykt og fleira áður en kaup eru gerð. Allt þetta er ekki unnt að gera á netinu.*“

Aðrir umsagnaraðilar hafa bent á að þó almenna skilgreiningin væri sú að dýrar snyrtivörur væru almennt ekki seldar í dagvöruverslunum þá seldu verslanir Hagkaupa þessi dýrari merki frá þekktum framleiðendum, s.s. Biotherm, Chanel, Lancome, o.fl. Einn umsagnaraðila benti á að ætla mætti að sú þróun hefðu orðið hér á landi vegna smæðar markaðarins og þeirrar þjónustu sem boðið sé upp á af heildsölum með pantanir, þjónustu, áfyllingar og sölu á sérstökum dögum s.s. tax-free dögum, miðnæturofnunum o.fl. Afgreiðslufólk Hagkaupa hefði því oft sérþekkingu á viðkomandi vörum sem afgreiðslufólk í sambærilegum dagvöruverslunum erlendis byggir ekki yfir. Í tveimur umsögnum hefði komið fram að sérhæfðar snyrtivöruverslanir sem selja merki frá mörgum heildsölum hafi nær alveg horfið og eingöngu séu örfáar eftir.

Einn umsagnaraðili tók sérstaklega fram hann væri ekki sammála því mati samrunaaðila að Fríhöfnin væri á sama samkeppnismarkaði og samrunaaðilar.

2. Frummat í andmælaskjali

Í andmælaskjalinu birti Samkeppniseftirlitið frummat sitt á skilgreiningu markaða þessa máls. Var það frummat Samkeppniseftirlitsins að samkeppnislegra áhrifa samrunans myndi fyrst og fremst gæta á eftirfarandi vörumörkuðum:

- Markaði fyrir smásölu lyfja.
- Markaði fyrir smásölu dagvöru í dagvöruverslunum.
- Markaði fyrir smásölu á alhliða og fjölbreyttu úrvali hreinlætis- og snyrtivara.
- Mörkuðum fyrir heilsuvörur.
- Mörkuðum fyrir innflutning og dreifingu á heilsuvörum.

Samkeppnislegra áhrifa samrunans kynni einnig að gæta á öðrum tengdum mörkuðum, s.s. markaði fyrir innflutning- og dreifingu á dagvöru og lyfjum.

Í athugasemdum Haga við andmælaskjalið voru engin frekari sjónarmið sett fram varðandi markað fyrir smásölu lyfja og markað fyrir smásölu á dagvöru. Hagar gerðu athugasemdir við skilgreiningar Samkeppniseftirlitsins á markaði fyrir smásölu á alhliða og fjölbreyttu úrvali hreinlætis- og snyrtivara annars vegar og mörkuðum fyrir smásölu heiluvöru hins vegar. Verða athugasemdir Haga við markaðsskilgreiningu Samkeppniseftirlitsins reifaðar í tengslum við efnislega umfjöllun um viðkomandi markaði, sbr. nánar kafla III 5 og 6.

Athugasemdir Haga voru sendar til umsagnar hagsmunaaðila á viðkomandi mörkuðum. Verða sjónarmið þeirra reifuð undir viðkomandi efnisþáttum.

Verður nú vikið að þeim mörkuðum sem hér eiga við.

3. Markaðurinn fyrir smásölu lyfja

Samkeppnisyfirvöld hafa áður fjallað um lyfjamarkaðinn og hefur smásölumarkaður lyfja þar verið skilgreindur sem sérstakur vörumarkaður. Um skilgreiningu markaða má t.a.m. vísa til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2016, *Framsál Glitnis hf. á öllu hlutafé til Ríkissjóðs Íslands*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2016, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, ákvörðunar 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*. Einnig má vísa til ákvörðunar nr. 4/2010, *Misnotkun Lyfja og heilsu á markaðsráðandi stöðu sinni*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 5/2010, og að lokum dóms Hæstaréttar í máli nr. 355/2012.

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. 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

fyrir er ekki starfrækt lyfjabúð. 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.

Samkeppniseftirlitið hefur í framangreindum ákvörðunum talið að smásölu á lyfjum megi skipta í annars vegar sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum og hins vegar lausasölulyfjum. Veiti lyfsöluleyfi lyfjabúðum heimild til að selja bæði lyfseðilsskyld lyf og lausasölulyf. Samkeppniseftirlitið hefur þó ekki til þessa talið ástæðu til að greina á milli sölu á lyfseðilsskyldum lyfjum annars vegar og lausasölulyfjum hins vegar við mat á vörumarkaðnum, enda bjóði lyfjabúðir almennt upp á hvort tveggja.

Auk þeirra almennu lyfjabúða sem hér hefur verið fjallað um er heimilt samkvæmt lyfjalögum að starfrækja sérstök sjúkrahúsapótek. Sjúkrahúsapótek eru ekki hefðbundnir keppinautar á lyfsölumarkaði heldur sætir starfsemin umtalsverðum takmörkunum. Samkvæmt 39. gr. lyfjalaga nr. 39/1994 er sjúkrahúsapóteki aðeins „heimilt að afgreiða lyf til sjúklinga sem útskrifast af sjúkrahúsinu og göngudeildarsjúklinga. Sjúkrahúsapóteki er einungis heimilt að afgreiða lyfseðla sem merktir eru sjúkrahúsinu og gefnir eru út af læknum þess.“

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. Af m.a. 39. gr. lyfjalaga leiðir að sjúkrahúsapótekum er óheimilt að afgreiða lyfseðla sem gefnir eru út af læknum utan sjúkrahússins.¹³ Starfrækir sjúkrahúsapótek LSH eitt slíkt afgreiðsluapótek.

Þá hefur Samkeppniseftirlitið í fyrri ákvörðunum talið svokölluð S-merkt lyf annars eðlis en lyf sem almenningi eru almennt aðgengileg og ekki talið þau hluta markaðarins. S-merkt lyf séu að mestu ætluð til notkunar á deildum sjúkrahúsa eða í tengslum við sjúkrahúsmeðferðir undir handleiðslu lækna eða annarra sérfræðinga. Væri því um að ræða ólíka eiginleika og notkunarvið milli S-merktra lyfja og lyfja á almennum markaði. Þá sé aðeins óverulegur hluti af S-merktum lyfjum seldur í almennum lyfjaverslunum og S-merkt lyf af þeim sökum lítill hluti af heildarveltu hinna almennu apóteka.

Þann 1. apríl 2015 var gerð sú breyting á sölufyrirkomulagi svonefndra S-merktra lyfja að nú er heimilt að selja hluta þeirra í almennum apótekum samhliða því að þau eru seld á sjúkrahúsapótekum.¹⁴ Má þannig færa fyrir því viss rök að ekki séu lengur forsendur til að greina með sama hætti og áður á milli S-merktra lyfja sem nú er heimilt að selja í almennum apótekum og annarra almennra lyfseðlisskyldra lyfja og lausasölulyfja. Þó hefur verið bent á í þessu sambandi að almennt er um að ræða mun dýrari og sérhæfðari lyf og álagning á þannig lyfjum sé mun lægri en á almennum lyfjum auk þess sem þau eru ávallt að fullu greidd af Sjúkratryggingum Íslands.

Hvað varðar hugsanlega samkeppni sjúkrahúsapóteka við einkarekin apótek hefur Samkeppniseftirlitið í fyrri ákvörðunum tekið fram að sjúkrahúsapótekum sé aðeins heimilt

¹³ Sjá XIV. kafla lyfjalaga nr. 93/1994, með síðari breytingum, 37.-41. gr.

¹⁴ Sjá heimasíðu Sjúkratrygginga Íslands: <http://www.sjukra.is/lyf-og-hjalpartaeki/lyf/s-lyf-til-afgreidslu-i-apotekum/>.

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. Þegar sjúkrahúsapótekin nýti sér þessa heimild má færa fyrri því rök að unnt sé að líta svo á að þau starfi að einhverju leyti í samkeppni við einkarekin apótek, enda ljóst að sjúklingar geta í þessum tilvikum valið á milli þess að kaupa lyf sín hjá viðkomandi sjúkrahúsapóteki eða í almennri einkarekinni lyfjaverslun. Samkeppni á milli sjúkrahúsapóteka og einkarekinna apóteka takmarkist þó af ýmsum orsökum. Ber þar fyrst að nefna að sala afgreiðsluapóteks sjúkrahúsapóteksins LSH er fyrst og fremst í S-merktum lyfjum, meðan salan almennra lyfseðilsskyldra lyfja og lausasölulyfja virðist óveruleg. Bendir það til þess að staðsetning apóteksins hafi áhrif á val sjúklingsins. Þá er sjúkrahúsapótekum óheimilt að afgreiða lyfseðla sem gefnir eru út af læknum utan sjúkrahúsanna líkt og áður segir.

Með hliðsjón af því sem hér segir er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að einn vöru- og þjónustumarkaður máls þessa sé markaður fyrir smásölu lyfja. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki nauðsynlegt fyrir niðurstöðu þessa máls að taka afstöðu til þess hvort sala sjúkrahúsapóteka á almennum lyfseðilsskyldum lyfjum, lausasölulyfjum og S-merktum lyfjum, sem heimilt er að selja í almennum apótekum, teljist hluti af makaðnum.

4. Markaðurinn fyrir smásölu dagvöru í dagvöruverslunum

Í fyrri ákvörðunum samkeppnisyfirvalda hefur markaðurinn verið skilgreindur sem sala á dagvöru í matvöruverslunum. Dagvörur hafa verið skilgreindar sem vörur sem uppfylla daglegar neysluþarfir neytenda og þurfa þessar verslanir að hafa á boðstólum ákveðið úrval af t.d. matar-, drykkjar-, hreinlætis- og snyrtivörum, sbr. m.a. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 68/2008, *Misnotkun Haga hf. á markaðsráðandi stöðu sinni á matvörumarkaði*. Í ákvörðuninni var jafnframt tekið fram að þrátt fyrir að fræðilegar forsendur stæðu til þess að skipta matvörumarkaðnum í undirmarkaði væri í varúðarskyni ákveðið að gera það ekki í málinu. Þá var það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að sérsverslanir, eins og bakarí, fiskbúðir, bensínstöðvar, söluturnar og skyndibitastaðir, féllu utan hins skilgreinda markaðar þar sem að í umræddum sérsverslunum væri breidd vöruúrvals ekki nægjanleg til að uppfylla allar daglegar innkaupaþarfir neytenda fyrir dagvöru.¹⁵

¹⁵ Í ákvörðun var ítarlega rökstutt að markaðurinn væri skilgreindur út frá eftirspurnarstaðgöngu, þ.e. út frá sjónarhóli neytenda. Einkenni matvöruverslana væri mikið framboð af dagvörum. Í ákvörðuninni var rökstutt að matvöruverslanir fullnægðu þeirri þörf neytenda að geta keypt á einum stað allar helstu dagvörur sem þurfi til heimilishalds. Það gætu neytendur t.d. ekki gert á veitingastöðum eða hjá fisksala. Þó bensínstöðvar seldu vissa flokka dagvöru væri vöruúrval þeirra mun takmarkaðra en almennra matvöruverslana. Þjónusta matvöruverslana fullnægði því öðrum þörfum neytenda en veitingastaðir, sérsverslanir og bensínstöðvar. Sérsverslanir og bensínstöðvar féllu því utan markaðarins. Þá var bent á að sambærileg sjónarmið hefðu verið lögð til grundvallar í málum framkvæmdastjórnar ESB þar sem fjallað hefur verið um markað fyrir dagvörusölu matvöruverslana. Í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 20. nóvember 1996 í samrunamáli Kesko/Tuko nr. M.784 var fjallað var um samruna tveggja finnskra matvörukeðja, segir t.d. um skilgreiningu vörumarkaðarins: „*The range of goods concerned includes principally food, drink, tobacco and nonfood household consumables (that is, cleaning products, toiletries, disposable paper products, and healthcare products). A common characteristic of these products is that they all form part of a "basket of daily consumer goods" that consumers expects to find in a supermarket environment. As the Finnish grocery retail sector has developed from small specialised stores (butchers, bakers etc.) to the larger supermarket stores, consumer behaviour has developed accordingly. Therefore competition in Finland today takes place between supermarkets and other stores that are able to provide the kind of wide selection that enables the consumer to purchase most of the household necessities in a "one-stop shop", with attendant conveniences, such as parking facilities, trolleys etc.*” Til viðbótar má líta til

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var staðfest með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2009 og með dómi Hæstaréttar í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu*, sem staðfesti dóm héraðsdóms með vísan til forsendna hans.¹⁶

Í skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2015, *Leiðbeining um samkeppni á dagvörumarkaði - Staða samkeppninnar 2015*, var fjallað um markaðinn fyrir sölu á dagvörum. Þar var hugtakið dagvöruverslun skilgreint sem „*Verslun sem selur dagvörur, þ.e. vörur sem tengjast daglegum neyslupörfum fólks, mat- og drykkjarvörur, hreinlætis- og snyrtivörur og óvaranlegar heimilisvörur (aðallega hreingerningavörur)*” og tekið fram að hugtakið væri notað „*sem samheiti fyrir verslanakeðjur og einstakar matvöruverslanir.*” Í samræmi við fyrri framkvæmd samkeppnisyfirvalda og dómstóla var í skýrslunni miðað við að dagvöruverslanir byðu upp á allt það vöruúrval sem neytendur mættu vænta til að uppfylla daglegar neysluparfir sínar. Sala á sérvöru, t.d. fatnaði og búsaðhöldum, var ekki talin tilheyra sama markaði og sala á dagvöru né heldur sérverslanir, eins og t.d. bensínstöðvar, bakarí og söluturnar, þar sem þær uppfylltu ekki þarfir neytenda með sama hætti og dagvöruverslanir. Einstaka tegundir sérverslana voru taldar geta tilheyrt sérstökum mörkuðum. Þá var líkt og í fyrri framkvæmd greint á milli meginflokka dagvöruverslana, þ.e. lágvöruverðsverslana, stórmarkaða og almennra matvöruverslana, klukkubúða og smærri matvörubúða, og bent á að þrátt fyrir að fræðilegar forsendur geti staðið til þess að skipta markaðnum í undirmarkaði (t.d. lágvöruverðsverslanir, stórmarkaðir, klukkubúðir)¹⁷ hafi það hingað til ekki verið gert í ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins.¹⁸

Sem fyrr segir kemur fram það sjónarmið Haga í samrunaskránni að Samkeppniseftirlitið leggi til grundvallar of þrönga markaðsskilgreiningu og að „*ekki gæti samræmis í viðhorfi stofnunarinnar til þess hvaða tegundir verslana heyri undir markaðinn, m.a. hvað varðar verslanir á bensínstöðvum.*”

ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB frá 19. júní 2012 í máli nr. M.6588, Koninklijke Ahold/Valk Holding, en þar segir: „9. According to the notifying Parties the relevant product markets to be considered for the purpose of this decision are: (i) the retail market for the sale of daily consumer goods via supermarkets, (ii) the market for the procurement of daily consumer goods for sale via retailers and (iii) the market for supermarket franchise services. 10. The market for retail sale of daily consumer goods via supermarkets has been previously defined as the retail market for daily consumer goods comprising all modern distribution channels such as hypermarkets, supermarkets and discounters, but excluding neighbourhood stores, fuel stations or specialised outlets. The product market definition for the retail sale of daily consumer goods proposed by the notifying Parties is in line with existing Commission precedents.”

¹⁶ Í forsendum dómsins sagði m.a. eftirfarandi varðandi markaðsskilgreininguna: „*Skilgreining á markaði verður því að taka mið af því máli sem til umfjöllunar er hverju sinni og ekki er sjálfgefið að þó sama vara sé til sölu í mismunandi tegundum verslana sé þar með sagt að þær verslanir tilheyri sama markaði. Eins og að framan greinir byggir markaðsskilgreiningin á þeirri forsendu að aðeins þær matvöruverslanir þar sem breidd vöruúrvals er nægjanleg til að uppfylla allar daglegar innkauparþarfir neytenda fyrir dagvöru tilheyri markaðnum. Telur dómurinn þær forsendur málefnalegar og lögmætar og að markaðurinn hafi verið skilgreindur út frá eftirspurnarhlíð.*”

¹⁷ Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 68/2008 segir á bls. 27: „*Í erlendum samkeppnisrétti er tíðkanlegt að skipta matvörumarkaði eftir tegundum verslana. Í EES/EB-samkeppnisrétti er almennt litið svo að sala á dagvörum í svokölluðum ofurmörkuðum (e. hypermarket), stórmörkuðum og lágvöruverslanakeðjum tilheyri sérstökum markaði. Aðrar tegundir matvöruverslana sem ekki uppfylla heildarþarfir neytenda tilheyri ekki markaðnum.*” Einnig er í ákvörðunni fjallað um úrlausnir í breskum og bandarískum rétti.

¹⁸ Í þessu sambandi var vísað til fyrrnefndrar ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008, svo og ákvörðunar nr. 28/2014, *Beiðni Rekstrarfélagsins Tíu ellefu ehf. og Skeljungs hf. um undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga vegna rammisamnings um leigu á fasteignum fyrir dagvöruverslanir*, II. kafli, ákvörðunar nr. 7/2014, *Kaup Bekei hf. á Bakkanum vöruhótelu ehf. á Elkó ehf., Kaupási ehf. o.fl.*, kafli II.3.7, bls. 14, ákvörðunar nr. 6/2010, *Yfirtaka Arion banka hf. á 1998 ehf.*, kafli III, 2.2, bls. 6-7 og skýrsla nr. 1/2012, *Verðþróun og samkeppni á dagvörumarkaði*, kafli 4.1, bls. 18-19.

Í ljósi sjónarmiða Haga um að sala bensínstöðva á dagvöru teljist hluti af markaðnum, telur Samkeppniseftirlitið rétt að ítreka að ekki hefur verið litið svo á hingað til að sala bensínstöðva á dagvöru sé hluti af sama markaði og sala annarra dagvöruverslana á slíkri vöru, sbr. nefndan úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2009, sem staðfestur var með áður nefndum dómi Hæstaréttar í máli nr. 188/2010. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2014, *Beiðni Rekstrarfélagsins Tíu ellefu ehf. og Skeljungs hf. um undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga vegna rammásamnings um leigu á fasteignum fyrir dagvöruverslanir*, var það jafnframt niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að verslanir Tíu ellefu væru ekki á sama markaði og t.d. verslanir Skeljungs, þrátt fyrir að síðarnefndu verslanirnar seldu einnig eitthvert úrval dagvöru. Í þeirri ákvörðun kom m.a. fram að Samkeppniseftirlitið hefði hingað til ekki talið nægjanleg rök fyrir því að sala bensínstöðva út frá sjónarhóli neytenda félli undir þann markað sem almennar matvöruverslanir starfi á, sökum þess að meginviðskipti bensínstöðvanna beindust að sölu á annars konar vöru en dagvöru. Hins vegar væru þessi skil ekki skörp og vísað var til þess að í eldri málum hefði komið fram að þetta kynni að verða endurskoðað síðar. Voru þessi sömu sjónarmið einnig rakin í nýlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 15/2017, *Kaup Basko ehf. á Kvosinni ehf.*

Af hálfu Haga hafa hingað til ekki komið fram sjónarmið sem eru til þess fallin að breyta framangreindu mati. Einn markaður þessa máls telst því vera sala á dagvörum í dagvöruverslunum.

5. Markaðir fyrir smásölu hreinlætis- og snyrtivara

Í samrunaskrá er vísað til þess að um hugsanlegan undirmarkað geti verið að ræða fyrir hreinlætis- og snyrtivörur. Samrunaaðilar selji báðir hreinlætis- og snyrtivörur, þ.e. vörur fyrir umhirðu líkamans, svo sem umhirðu tanna, hárs og húðar, sem og förðunar- og meðferðarvörur og ilmvötn. Slíkar vörur séu seldar í sérstökum snyrtivöruverslunum, snyrtistofum, lyfjaverslunum, stórmörkuðum og deildaskiptum verslunum, tískuvöruverslunum, fríhöfnum og í netverslunum. Að mati samrunaaðila nær viðkomandi markaður til allra þessara vara og sölustaða. Samrunaaðilar taka þó fram að hugsanlega megi skipta markaðnum í undirmarkaði fyrir dýrari ilmvötn og förðunarvörur annars vegar og ódýrari vörur hins vegar (sem almennt hafa verið seldar í almennum dagvöruverslunum).

Samkvæmt þessu er ljóst að samrunaaðilar telja sig vera keppinauta í sölu á hreinlætis- og snyrtivörum. Um er að ræða mikilvægar neytendavörur og nam heildarsala á Íslandi á þessum vörum vel yfir 10 milljörðum kr. árið 2016. Við blasir að með samrunanum hverfur Lyfja sem sjálfstæður keppinautur á þessu sviði viðskipta.

Í samrunaskrá er hreinlætis- og snyrtivörumarkaðinn skilgreindur með mjög víðtækum hætti. Þar undir falli allar vörur sem telja megi sem vörur fyrir umhirðu líkamans, bæði hreinlætis- og snyrtivörur. Til markaðarins teljist allir sölustaðir þar sem slíkar vörur eru seldar, þ.m.t. sala Fríhafnarinnar. Einnig tilheyri markaðnum netsala á þessum vörum.

Í andmælaskjalinu var frumniðurstaða Samkeppniseftirlitsins að þessu leyti dregin svo saman:

„Með vísan til alls framangreinds er það frummat Samkeppniseftirlitsins að hreinlætis- og snyrtivörum meggi skipta í tvo megin flokka sem eru almennar hreinlætis- og snyrtivörur annars vegar og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur hins vegar. Vörur í fyrrnefnda flokknum eru fjöldaframleiddar og ódýrari og ekki sömu gæðakröfur gerðar til þeirra eða þeirra aðila sem þær selja. Eru vörur í þessum flokki seldar hjá ýmsum söluaðilum. Vörur í síðarnefnda flokknum eru dýrari vörur og almennt markaðsettar sem meiri gæðavara, þá er ákveðin þjónusta og umgjörð alla jafna boðin í tengslum við sölu á þeim hjá smásölu. Eru þessar vörur aðallega boðnar í lyfjaverslunum og verslunum Hagkaupa.

Það er einnig frummat Samkeppniseftirlitsins að áhrifa þess samruna sem hér um ræðir muni einkum gæta á alhliða markaði fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum úr báðum nefndum vöruflokkum. Er það þá einkum alhliða sala Hagkaupa og tiltekinna lyfjaverslana á bæði „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum og almennum hreinlætis- og snyrtivörum sem mynda skilgreindan vörumarkað málsins.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að sala t.a.m. dagvöruverslana (annarra en Hagkaupa) á almennum hreinlætis- og snyrtivörum eða minni sérverslana á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum teljist til hins skilgreinda markaðar enda er vöruframboð þessara verslana mun takmarkaðra, sbr. nánar hér að framan. Einnig telur Samkeppniseftirlitið að sala sérhæfðra netverslana á hreinlætis- og snyrtivörum, sem og sala annarra söluaðila (t.d. snyrtistofa og líkamsræktarstöðva), tilheyri ekki alhliða vörumarkaði við sölu á þessum vörum.

Loks telur Samkeppniseftirlitið með hliðsjón af þeim atriðum sem rakin hafa verið í undirkaflanum hér að framan að sala Fríhafnarinnar á hreinlætis- og snyrtivörum sé ekki á sama markaði og verslana utan fríhafnarsvæðisins, þ.m.t. á markaðnum fyrir sölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum.”

Eins og nánari grein verður gerð fyrir hér á eftir geta Hagar ekki fallist á að áhrifa samrunans muni einkum gæta á alhliða markaði fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum. Þá geta Hagar ekki heldur fallist á að netsala og sala Fríhafnarinnar falli ekki hér undir.

5.1 Sjónarmið Haga og hagsmunaaðila eftir birtingu andmælaskjalsins

Í athugasemdum Haga við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins var markaðsskilgreiningu Samkeppniseftirlitsins um alhliða markað fyrir hreinlætis- og snyrtivörur mótmælt. Ítrekuðu Hagar markaðsskilgreiningu sína eins og hún var sett fram í samrunaskrá þar sem fram kom sú afstaða Haga að sérverslanir, dagvöruverslanir, sala í Fríhöfninni á Keflavíkurflugvelli sem og sala netverslunar séu hluti af markaðnum.

Hagar telja ljóst, að standi til að kaupa snyrtivörur, leiti neytandinn ýmist til snyrtivöruverslana, dagvöruverslana, apóteka og fleiri smásala, auk þess að huga að heimkaupum í gegnum netverslanir, bæði innlendar og erlendar, og velti jafnframt fyrir sér verslun í gegnum Fríhöfn Leifs Eiríkssonar, eftir atvikum í gegnum pöntunarþjónustu

Fríhafnarinnar. Alla þessa kosti hafi neytandinn í huga og geri samanburð, ekki síst út frá verði, en að mati Haga eru snyrtivöruneytendur mjög næmir fyrir verðbreytingum.

Í athugasemdum Haga er frummati Samkeppniseftirlitsins um að netverslanir tilheyri ekki skilgreindum mörkuðum málsins mótmælt. Í fyrsta lagi benda Hagar á að samkvæmt upplýsingum frá ársbyrjun 2015 hafi netnotkun Íslendinga enn aukist milli áráanna 2013 og 2014 og 97% íbúa landsins talist til reglulegra netnotenda. Megi ætla að þessi hlutfallstala fari einungis hækkandi. Á sama tíma hefði mikil aukning orðið í notkun einstaklinga á farsímum og snjallsímum til að tengjast netinu utan heimilis og vinnu. Í öðru lagi komi fram í þessari sömu athugun Hagstofunnar að verslun einstaklinga á netinu hefði aukist mikið á milli ára. Að mati Haga sé því aðgangur að netinu lítil sem engin fyrirstaða. Þá benda Hagar á að mikill vöxtur hafi verið í erlendri netverslun Íslendinga á snyrtivörum og skartgripum og tengdum vörum, en um 223% aukning hafi verið í þeim flokki á árunum 2009 til 2014. Að mati Haga hafi sjónarmið um aðgerðir sem kunni að hindra samkeppni frá netverslunum enga þýðingu í þessu sambandi. Ýmsar aðgerðir framleiðenda til takmörkunar á sölu gegnum netverslanir hafi verið úrskurðaðar ólögmetar á grundvelli samkeppnislaga og því ekki hægt að byggja markaðsskilgreiningu á slíkum sjónamiðum.

Hvað varðar mögulega staðgöngu minni sérverslana með hreinlætis- og snyrtivörur benda Hagar sérstaklega á að slíkar verslanir notist við sambærilega markaðssetningu og samrunaaðilar. Varðandi „sér“ snyrtivörurnar sérstaklega notist flestar ef ekki allar verslanir við kaupauka en það sé eitt þeirra atriða sem skilji á milli almennra og „sér“ snyrtivara, þar sem slíkt sé vart stundað í fyrrnefnda floknum.

Í athugasemdum Haga er gerð athugasemd við að Samkeppniseftirlitið skuli ekki útskýra muninn á Make-up Store versluninni í Smáralind og MAC versluninni í Kringlunni sem séu mjög áþekkar að uppbyggingu og framboði. Þá vísa Hagar til breyttrar kauphegðunar neytenda þar sem þeir sækist í auknum mæli eftir því að kaupa t.a.m. gæðamaska með mikilli virkni í stað þess að fara í spa.

Varðandi Fríhöfnina ítreka Hagar fyrri sjónarmið um að sú verslun tilheyri hinum skilgreinda markaði. Í öllu falli sé ástæða til að draga fram að viðurkennt sé í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins að Fríhöfnin veiti innlendum smásölum tiltekið aðhald í verðlagningu. Gera Hagar athugasemd við að ekki sé litið til þess samkeppnislega aðhalds í frummati Samkeppniseftirlitsins.

Að mati Haga séu ekki forsendur til þess að skilgreina vörumarkaðinn sem alhliðamarkað þar sem hann lúti að mati félagsins öðrum lögmálum en þeir vörumarkaðir sem Samkeppniseftirlitið vísi til í frummati sínu. Til hreinlætis- og snyrtivara teljist fjölbreytt úrval vara, s.s. ilmvörur, vörur vegna húðumhirðu, förðunarvörur, hárvörur og hreinsivörur, sem sé ætlað mismunandi hlutverk. Það sem einkenni almennar hreinlætis- og snyrtivörur sé að neytendur þurfi þær til daglegra þarfa. Að hluta til sé þó um að ræða munaðarvöru og séu einkenni dýrari hreinlætis- og snyrtivara þau að neytendur minnki slík kaup eða hætti þeim þegar fjárhagsleg staða sé verri. Þá spari neytendur oftast við sig á öðrum stöðum til þess að kaupa dýrari snyrtivörur. Þau kaup séu því atviksbundnari og geti ekki talist hluti af markaði fyrir vörukörfu að mati Haga.

Þá benda Hagar á að sumar verslanir samrunaaðila bjóði ekki upp á víðtækt og fjölbreytt úrval hreinlætis- og snyrtivara. Sú staðreynd, að eingöngu sumar verslanir samrunaaðila bjóði upp á slíkt víðtækt úrval, hafi bæði þau áhrif að umrædd markaðsskilgreining standist ekki auk þess sem upplýsingar í andmælaskjalinu um markaðshlutdeild samrunaaðila á einstökum landfræðilegum mörkuðum reynist fyrir vikið rangar. Beindu Hagar því til eftirlitsins að rannsaka þessa þætti með viðhlítandi hætti.

Hagar telji mun sterkari rök fyrir því að skipta vörumarkaðinum sem afmarkaður er í samrunatilkynningu upp í „sér“- snyrtivörur og almennar snyrtivörur, með sama hætti og gert var í ákvörðun danska samkeppniseftirlitsins í svokölluðu Matas máli. Hagar benda jafnframt á ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli M.3643, *Sephora/El Corte Inglés*, þar sem tekið var fram að samruninn sem til skoðunar var í málinu hefði annars vegar áhrif á markað fyrir lúxus snyrtivörur og hins vegar almennar snyrtivörur. Samrunaaðilar voru Sephora, sem selur einkum snyrtivörur undir eigin merki og aðrar lúxus snyrtivörur og El Corte Inglés, sem rekur keðju af stórverslunum (e. department stores), stórmarkaði, bæði venjulega (e. supermarkets) og óvenjustóra (e. hypermarkets), sem selja vörur til neytenda (þar á meðal snyrti- og hreinlætisvörur) og býður jafnframt upp á ferðapjónustu og tryggingar.

Benda Hagar á að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins virðist þessi nálgun einnig staðfest, sbr. umfjöllun í kafla 2.3 í skjalinu, auk þess sem álit söluaðila í athugun Samkeppniseftirlitsins virðist benda til þess að markaður fyrir „sér“- snyrtivörur sé sérstakur markaður, sbr. t.a.m. umfjöllun á bls. 23 í skjalinu. Taka Hagar fram að aðrir hvatar séu til staðar við innkaup á „sér“- snyrtivörum heldur en við kaup á almennum vörum eftirspurnarmegin og sé þá ekki einungis horft til notagildis vörunnar heldur til vörukaupanna sem stöðutákns.

Að mati Haga séu því mun fleiri aðilar á umræddum mörkuðum fyrir almennar snyrtivörur annars vegar og „sér“- snyrtivörur hins vegar, heldur en rakið er í frummati Samkeppniseftirlitsins.

Samkeppniseftirlitið sendi athugasemdir Haga til umsagnar 19 hagsmunaaðila. Í bréfinu voru athugasemdir Haga varðandi frummat Samkeppniseftirlitsins um markaðsskilgreiningu fyrir hreinlætis- og snyrtivörur einnig reifaðar og óskað eftir sjónarmiðum viðkomandi aðila við þeim.

Samkaup

Í umsögn Samkaupa er tekið undir markaðsskilgreiningu Samkeppniseftirlitsins.

Lyf og heilsa

Í umsögninni kemur fram að fyrirtækið geti að einhverju leyti tekið undir athugasemdir Haga hvað skilgreiningu markaðarins áhræri, þó það sé nokkuð vandkvæðum bundið þar sem fyrirtækið átti sig ekki fyllilega á hvaða vöruflokkar séu taldir tilheyra flokki „sér“ hreinlætis og snyrtivara. Jafnframt geti Lyf og heilsa að einhverju leyti tekið undir að t.a.m. áhrifa Fríhafnarinnar gæti umtalsvert á markaðnum.

Basko¹⁹

Í umsögninni er tekið fram fyrirtækið hafi í gegnum tíðina almennt litið svo á að eðlilegt væri að skipta vörumarkaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur í tvennt, og með þeim hætti sem Hagar telja sterk rök fyrir. Því sé á hinn bóginn ekki að neita, að markaðurinn hafi verið að breytast, þannig að óljósari skil séu að verða á milli þessara flokka og séu öflugir aðilar á markaði farnir að bjóða fjölbreytt vöruúrval frá mörgum framleiðendum. Fyrirtækið treysti sér hins vegar ekki til að slá neinu föstu um hvort það eigi óhjákvæmilega að leiða til þess að markaðurinn verði skilgreindur eins og Samkeppniseftirlitið boðar í frummatinu.

Apótek Vesturlands

Í umsögninni er tekið fram að fyrirtækið hallist að markaðsskilgreiningu Samkeppniseftirlitsins. Þá telji fyrirtækið markaðshlutdeild annarra aðila, s.s. snyrtistofa, óverulega.

Ölgerðin

Í umsögninni kemur fram að fyrirtækið líti svo á að það starfi aðeins á markaði fyrir almennar hreinlætis- og snyrtivörur, enda þó vörur fyrirtækisins séu bæði seldar í snyrtivörudeildum sem falla undir skilgreiningu Samkeppniseftirlitsins á markaðnum, eins og hún birtist í bréfi eftirlitsins (s.s. Hagkaup og apótekum), og í öðrum dagvöruverslunum (s.s. Bónus og Krónunni).

Að mati Ölgerðarinnar er skiptingin milli þeirra tveggja vöruflokka sem lýst sé í bréfi eftirlitsins, þ.e. almennar snyrtivörur og „sér“ snyrtivörur, ekki fullkomlega skýr. Vísað er til þess sem fram kom í svörum fyrirtækisins á fyrri stigum, en þar hafi verið gerð athugasemd við framangreindar markaðsskilgreiningar. Benda megi á að hér á landi sé almennt meiri þekking í dagvöruverslunum en tíðkist í dagvöruverslunum erlendis á snyrtivörum og auk þess séu þar seldar dýrari og betri snyrtivörur.

Festi

Í umsögn fyrirtækisins kemur fram að heppilegra sé að skipta snyrtivörumarkaðnum upp eftir stórmarkaðsvöru og sérsnyrtivöru (þ.e. vörumerki sem myndu undir flestum kringumstæðum ekki selja vörur sínar án þess að þjónusta væri í boði).

Aðrar umsagnir

Í fjórum umsögnum er tekið undir að skipta megi markaðnum fyrir hreinlætis- og snyrtivörur niður með þeim hætti sem Hagar leggja til. Þá er það mat umsagnaraðila að skilyrðið um að hætt verði að selja „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur í Lyfju muni eingöngu leiða til minna vöruframboðs og styrkja stöðu Haga á markaðnum. Þá bendir einn viðkomandi umsagnaraðila á að Lyfja hafi að miklu leyti verið brautryðjandi í sölu snyrtivara og haft þar nokkra markaðshlutdeild.

Í tveimur umsögnum er tekið undir að Fríhöfnin tilheyri íslenska markaðnum og sé í samkeppni við smásöluaðila á íslenska markaðnum sem selja „sér“ snyrtivörur, þ.m.t. samrunaaðila.

¹⁹ Basko ehf. á og rekur m.a. verslanir 10-11 og Iceland.

Samkeppniseftirlitið sendi framangreindar umsagnir samrunaaðilum til upplýsinga og athugasemda með bréfi þann 10. júlí 2017. Engar frekari athugasemdir bárust frá samrunaaðilum.

5.2 Niðurstaða

Samkeppnisyfirvöld hér á landi hafa ekki áður skilgreint smásöllumarkaðinn fyrir hreinlætis- og snyrtivörur. Um heildsöllumarkaðinn fyrir hreinlætis- og snyrtivörur var þó að einhverju leyti fjallað í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2013, *Kaup Nathan & Olsen hf. á snyrtivörudeild Forvals heildverslunar ehf.*, en samrunaaðilar í því máli störfuðu báðir við innflutning, heildsölu og dreifingu á hreinlætis- og snyrtivörum hér á landi. Í málinu héldu samrunaaðilar því fram að þeir störfuðu ekki á sömu mörkuðum þar sem um ólíkar vörur væri að ræða sem uppfylltu mismunandi þarfir og ekki væri um sömu endursöluaðila að ræða nema að litlu leyti. Þá væri verðmunur á vörunum mikill. Í forsendum ákvörðunarinnar segir varðandi markaðsskilgreininguna:

„Samkeppniseftirlitið telur að sölu á hreinlætis- og snyrtivörum megi eftir atvikum skipta í marga undirmarkaði þar sem ekki er t.d. staðganga á milli handsápu og naglakakks. Þá geta vörur með sömu eiginleika tilheyrt sitthvorum markaðnum ef verðmunur þeirra er mikill. Í máli þessu telur eftirlitið hins vegar að ekki sé þörf á að taka endanlega afstöðu til staðgöngu þeirra vara sem samrunaaðilar selja og þar með þeirra markaða sem þeir starfa á.“²⁰

Hér má einnig líta til ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB sem varðar m.a. Ísland. Í ákvörðun hennar frá 31. maí 2006 í máli nr. M.4193, *L'Oreal/The Body Shop*, var þannig fjallað um samruna þessara fyrirtækja og áhrif hans á samkeppni m.a. á Íslandi, Noregi, Finnlandi og Bretlandi. Fjallað var um markaði málsins með eftirfarandi hætti:

„8. On the basis of past Commission's decisions in the cosmetics sector and their knowledge of the markets, the parties consider that the following product markets are relevant for the purpose of the market definition:

- a. Hair care products*
- b. Colour cosmetics*
- c. Sun care products*
- d. Facial care products*
- e. Body care products*
- f. Hand care products*
- g. Bath and shower products*
- h. Men's care products*
- i. Deodorants*
- j. Perfumes.*

9. As far as some product markets are concerned, the parties suggest a further splitting based on different end-uses: hair care products may be split into

²⁰ Samkeppniseftirlitið taldi með hliðsjón af upplýsingum um hlutdeild og vægi samrunaaðila í innflutningi og sölu á hreinlætis- og snyrtivörum að ekki væri ástæða til að aðhafast frekar vegna málsins. Ljóst væri að þó vörur beggja fyrirtækja tilheyru breiðum flokki hreinlætis- og snyrtivara í víðum skilningi væri vöruframboð þeirra mjög mismunandi auk þess sem margir aðilar aðrir kæmu að sölu á vörum í þessum flokkum.

shampoos, conditioners and treatments, styling products and colorants and by distribution channels (hairdresser/general retailing); colour cosmetics in facial make-up, eye make-up, lip products and nail products; sun care products in sun protectors, after-sun products and self-tanning products; facial care products in treatment products and cleansing products; men's care products in shaving, toiletries, bath and shower, deodorants, hair care and skin care and perfumes in fragrances for women in a mass category, fragrances for women in a prestige category, fragrances for men in a mass category, and fragrances for men in a prestige category. While the parties do not consider that these narrower market definitions are in all cases relevant, they nevertheless submit data in relation to these narrower markets.

10. The market investigation has largely confirmed the market definition suggested by the parties.²¹ Therefore, the markets for the cosmetics products will be defined on the basis of the parties' submission for the purposes of this case.

11. As far as the retailing of beauty and toiletry products is concerned, the Commission, in case COMP/M.3716 - AS Watson/Marionnaud, has considered, while leaving the exact definition open, the existence of distinct markets for the retail sales of (i) luxury perfumes and cosmetics products and (ii) mass market health and beauty products. Given the fact that L'Oréal is virtually absent from the retail market, the question of the segmentation of the retail market can be left open."

Af framansögðu er ljóst að heilðsölumarkaður fyrir hreinlætis- og snyrtivörur í víðum skilningi er fjölbreyttur og flokka má vörur innan hans í margra undirflokka eftir eðli og ætlaðri notkun þeirra og söluleiðum. Þá er ljóst að þegar horft er á einstakar tegundir hreinlætis- og snyrtivara út frá sjónarhóli endanlegra neytenda er ekki staðganga á milli mismunandi hreinlætis- og snyrtivara. Önnur lögmál geta hins vegar gilt þegar horft er á markaðinn frá sjónarhóli endurseljenda eins og samrunaaðila þessa máls.

5.2.1 Skipting markaðarins í almennar og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur

Í sjónarmiðum Haga vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins kemur fram að Hagar telji sterk rök „fyrir því að skipta vörumarkaði þeim sem afmarkaður er í samrunatilkynningu upp í „sér“- snyrtivörur og almennar snyrtivörur.“

Ljóst er að mati Samkeppniseftirlitsins að ýmsar tegundir af ólíkum vörum teljast vera hreinlætis- og snyrtivörur. Kemur því m.a. til álita hvort skipta beri markaðnum eftir því hvort um sé að ræða það sem annars vegar mætti nefna venjulegar eða almennar vörur á þessu sviði og hins vegar dýrari og vandaðri vörur. Framkvæmd í EES/ESB-samkeppnisrétti veitir hér leiðbeiningar.

Eins og fram kemur í umræddri ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 2006 geta, hvað smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum áhrærir, rök staðið til þess að skipta markaðnum

²¹ Around 85% of all the answers received to the Article 11 letter dated of 26th April to customers and competitors agreed to the suggested market definition.

annars vegar í smásölu á almennum/fjöldaframleiddum hreinlætis- og snyrtivörum (e. mass market/category/consumption) og hins vegar í markaðinn fyrir „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur (e. luxury/prestige products). Sama kemur fram í öðrum ákvörðunum hennar.²² Í þessu sambandi hefur framkvæmdastjórnin m.a. vísað til þess að „sér“ vörur hafi verið skilgreindar sem sérstakur markaður þar sem slíkar vörur séu almennt af meiri gæðum, tiltölulega dýrar og markaðssettar undir virtum vörumerkjum.²³ Þá hefur framkvæmdastjórnin í fyrri ákvörðunum talið að mögulega megi greina báða markaðina nánar niður, s.s. í meðferðarvörur, ilmi fyrir menn og ilmi fyrir konur.²⁴

Samkeppniseftirlitið hefur tekið það til skoðunar í máli þessu hvort gera mætti svipaðan greinarmun í framboði hreinlætis- og snyrtivara, þ.e. í fjöldaframleiddar almennar hreinlætis- og snyrtivörur annars vegar og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur hins vegar. Er þetta reyndar einnig sú aðgreining sem samrunaaðilar hafa vísað til að geti átt við og hefur verið byggt á í framangreindum fordæmum úr EES/ESB-samkeppnisrétti.

Í athugun Samkeppniseftirlitsins í tengslum við málið var m.a. leitað álits söluaðila, bæði smásala og heildsala, sbr. umfjöllun í málavaxtalýsingu að framan, á því hvort *almennar hreinlætis- og snyrtivörur* mætti flokka sem vörur sem væru ódýrari fjöldaframleiddar hreinlætis- og snyrtivörur sem eru almennt seldar í dagvöruverslunum. Meirihluti þeirra sem svöruðu þessari spurningu töldu skilgreininguna eiga við, eða um 80% svarenda.²⁵ Þá voru söluaðilar einnig spurðir hvort þeir væru sammála því að „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur væru dýrari hágæðavörur frá þekktum framleiðendum, s.s. ilmvötn, krem og föðunarvörur, og markaðssettar sem slíkar. Auk þess væru slíkar vörur almennt ekki

²² Sjá t.d. ákvörðun hennar frá 16. febrúar 2016 í máli nr. M.7726, *Coty / Procter & Gamble Beauty Business*. Í henni var fjallað um áhrif samrunans á samkeppni fjölmörgum ESB-ríkjum og í Noregi. Í umfjöllun um ilmi/ilmvötn segir m.a. „*In the Commission's market investigation, a majority of all respondents stated that they distinguished between mass and prestige products. ... Based on the assessment of the evidence available to it, including the results of the market investigation, the Commission considers that there are some indications that mass and prestige may still have to be considered as being distinct markets. On the one hand, producers still put high emphasis on the selective distribution channels for prestige products; moreover, marketing, price, consumer perception are all markedly different for prestige products than for mass products. On the other hand, there has been some blurring in recent years: the selective distribution model has not been watertight allowing for some mixing of mass and prestige and the "masstige" segment has progressively become more important.*“ (sjá mgr. 30 og 36). Í umfjöllun um föðunarvörur segir m.a. „*The Commission's market investigation yielded very similar results for colour cosmetics compared to those for fragrances. Overall, it has found that most respondents in all groups queried distinguish between mass and prestige products for colour cosmetics. ... Based on the evidence available to it, including the results of the market investigation, the Commission considers that there are some indications that mass and prestige colour cosmetics should be looked at separately. Despite some blurring within recent years, selective distribution still goes strong in the market, and different target groups, marketing and pricing may justify a distinction.*“ (mgr. 53 og 60). Í málinu var hins vegar ekki þörf fyrir framkvæmdastjórnina að slá framangreindu föstu. Sjá hér einnig m.a. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli nr. M.3642, *Sephora S.A./ El Corte Inglés S.A./ NewCo*.

²³ Sjá ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. M.1534 PPR/ Gucci, en þar segir m.a.: „*Luxury products are high quality articles with a relatively high price, marketed under a prestige trademark. From the demand-side point of view, luxury products have a low degree of substitutability with other products falling within other segments of the same sector (namely, within cosmetic products, at least women's perfumes and men's perfumes, other beauty products-, designer clothes -haute couture, furs, men's luxury ready-to-wear clothes, women's luxury ready-to-wear clothes-, leather goods -for example, suitcases, handbags, belts, wallets-, other accessories). The notifying party claims that, from a supply-side point of view, there is a single market for all luxury products. For this particular case, it is not necessary to take a definitive view on the precise market definition to be adopted, since the proposed operation does not create or strengthen a dominant position irrespective of the market definition chosen.*“ (mgr. 10) Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli nr. IV/33.242, *Yves Saint Laurent Parfums*, og M.312, *Sanofi/Yves Saint Laurent*.

²⁴ Sjá t.d. ákvarðanir framkvæmdastjórnarinnar í máli nr. IV/M. 312, *Sanofi/Yves Saint Laurent*, IV/M. 186, *Henkel/Nobel*, COMP/ M.4193, *L'Oréal/The Body Shop*, IV/M. 312, *Sanofi/Yves Saint Laurent*, IV/M.1533, *Artemis/Sanofi Beauté*, COMP/M.2957, *AS Watson/Kruidvat*, COMP/M.3643, *Sephora/El Corte Inglés* og COMP/M.7094, *Advent International Corporation/ Le groupe Nocibé SAS*.

²⁵ Alls 50 aðilar svöruðu þessari spurningu. 40 af þeim sem svöruðu töldu skilgreininguna rétta, átta töldu hana ranga, einn taldi hana bæði rétta og ranga og einn þekkti ekki til.

seldar í dagvöruverslunum. Meirihluti þeirra sem svöruðu þessari spurningu voru sammála, eða um 76% svarenda.²⁶

Aðilar voru einnig spurðir hvort þeir teldu að það væri marktækur munur á almennum hreinlætis- og snyrtivörum annars vegar og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum, hins vegar, sbr. framangreindar skilgreiningar, þegar horft væri til neyslumynsturs, einingaverðs (innkaups- og útsöluverðs), þeirra markhópa sem vörunum væri beint að o.s.frv. Meirihluti þeirra sem svöruðu þessari spurningu svöruðu játandi, eða um 85% svarenda.²⁷ Þá svöruðu 91% aðspurðra að „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur væru seldar á hærra verði en almennar hreinlætis- og snyrtivörur.²⁸ Í efnislegum sjónarmiðum söluaðila varðandi þetta atriði hefur m.a. komið fram að „sér“ snyrtivörur séu dýrari í innkaupum og þurfi meiri markaðssetningu en séu einnig hægari í sölu. „Sér“ snyrtivörur séu markaðssettar sem meiri lúxusvara og af meiri gæðum sem viðskiptavinir séu tilbúnir að borga fyrir. Almenn hreinlætis- og snyrtivara sé hins vegar vara sem notuð sé frá degi til dags og sé ekki endilega vörumerkjadrifin.

Söluaðilar voru einnig spurðir hvernig þeir myndu bregðast við ef innkaupsverð á almennum hreinlætis- og snyrtivörum myndi almennt hækka varanlega um 5-10%, þ.e. hvort það myndi leiða til þess að fyrirtæki þeirra myndi hætta að kaupa slíkar vörur og kaupa þess í stað „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur. Mikill meirihluti þeirra sem svöruðu þessari spurningu, eða 80%, svaraði því til að fyrirtæki þeirra myndu ekki skipta út vörutegundum við umræddar breytingar.²⁹

Samkeppniseftirlitið telur niðurstöður framangreindrar könnunar gefa sterkar vísbendingar um að söluaðilar hreinlætis- og snyrtivara geri ákveðinn greinarmun á vörunum innan flokksins eftir gæðum og hvar þær eru seldar. Er það því mat eftirlitsins að hreinlætis- og snyrtivörum megi í meginatriðum skipta í tvo eftirfarandi undirflokka.

- „Sér“ hreinlætis- og snyrtivörur: Vörur sem eru markaðssettar sem hágæðavörur frá þekktum framleiðendum og eru almennt dýrari og eingöngu seldar af viðurkenndum endurseljendum á smásölustigi. Þá fylgja oft á tíðum kröfur frá framleiðendum um umgjörð varðandi útlit og staðal verslunarinnar, staðsetningu vöru innan verslunar, sérþekkingu starfsfólks, markaðssetningu og umgjörð í kringum vöruna hjá enduseljendum í smásölu. Þrátt fyrir að sömu viðskiptavinir kunni að kaupa vörur úr báðum flokkum virðist það ekki hafa áhrif á verðlagningu „sér“ hreinlætis- og snyrtivara.
- Almennar hreinlætis- og snyrtivörur: Hreinlætis- og snyrtivörur, sem teljast ekki til „sér“ - hreinlætis- og snyrtivara. Þær eru almennt ódýrari og í boði í fjölbreyttari verslunum, t.d. í dagvöruverslunum. Ekki er um að ræða kröfur frá framleiðendum um tiltekna umgjörð og þjónustu við sölu varanna.

²⁶ Alls 50 aðilar svöruðu þessari spurningu. 38 af þeim sem svöruðu töldu skilgreininguna rétta, tíu töldu hana ranga, einn taldi hana bæði rétta og ranga og einn þekkti ekki til.

²⁷ Alls 53 söluaðilar svöruðu þessari spurningu og skiptust svörin þannig að 45 svöruðu „já“, sex svöruðu með „nei“ og tveir þekktu ekki til.

²⁸ Af 53 söluaðilum sem svöruðu spurningunni töldu 48 að þessar vörur væru seldar á hærra verði, þrjú aðilar á sambærilegu verði og tveir þekktu ekki til.

²⁹ 49 söluaðilar svöruðu þessari spurningu og skiptust svörin þannig að 39 svöruðu „nei“, átta svöruðu „já“ og tveir þekktu ekki til.

Virðist þessi skipting jafnframt samrýmast framangreindum fordæmum í EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. fyrri umfjöllun.

Í ljósi sjónarmiða Haga um framangreinda skiptingu markaðarins, auk sjónarmiða umsagnaraðila, ákvað Samkeppniseftirlitið að rétt væri að taka til nánari skoðunar að skipta markaðnum annars vegar í almennar hreinlætis- og snyrtivörur og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur.

Til þess að rannsaka nánar hvort tilefni væri til þess að skipta vörumarkaðnum með framangreindum hætti aflaði Samkeppniseftirlitið tölulegra upplýsinga og almennra sjónarmiða frá hagsmunaaðilum auk þess sem eftirlitið lét framkvæma neytendakönnun³⁰ í samstarfi við MMR³¹ sem nýst gæti sem einn liður í rannsókninni og mögulega varpað skýrara ljósi á eftirfarandi þætti:

- Innkaupavenjur einstaklinga á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum.³²
- Hvort munur væri á kauphegðun viðskiptavina þegar hreinlætis- og snyrtivörur væru keyptar í Fríhöfninni á Keflavíkurflugvelli annars vegar og svo hins vegar í verslunum innanlands.
- Áhrif 5% og 10% verðhækkunar á hreinlætis- og snyrtivörum innanlands á kauphegðun.
- Að hve miklu leyti Fríhöfnin veiti innlendum verslunum samkeppnislegt aðhald.
- Helstu keppinautar Lyfju og Haga.

Þess ber að geta að niðurstöðum kannana ber að ávallt að taka með vissum fyrirvörum. Mögulegt er að orðalag spurninga hafi áhrif á svör þátttakenda. Í tengslum við þessa könnun má einnig nefna það að neytendur voru spurðir um hegðun eða áætluð viðbrögð við tilteknum aðstæðum (e. *stated preferences*). Ekki er því um að ræða raunverulegar mælingar á raunverulegum viðbrögðum neytenda við breytingunum (e. *revealed preferences*). Jafnframt er um netkönnun að ræða sem getur haft áhrif á svör þátttakenda, sérstaklega þegar verið er að spyrja um áætluð viðbrögð við tilteknum breytingum, s.s. 5% eða 10% verðhækkun.³³ Mögulegt er að svör neytenda væru önnur ef könnunin hefði

³⁰ Helstu upplýsingar um framkvæmd könnunarinnar:

Aðferð: Netkönnun (spurningavagn).

Áætlaður fjöldi svara: >900 (brúttó).

Úrtak: Íslendingar á aldrinum 18 ára og eldri valdir handahófskennt úr hópi álitsgjafa MMR.

Niðurstöður eiga að liggja fyrir 7. júlí nk.

³¹ Samkvæmt samstarfssamningi komu efnistösk og upplegg spurninga fyrir í spurningalista frá Samkeppniseftirlitinu. Hlutverk MMR var að veita aðferðafræðilega ráðgjöf við framsetningu spurninganna þannig að röð þeirra og svarmöguleikar hámarki líkur á því að niðurstöður hennar nýtist til þess að varpa skýrara ljósi á þá þætti könnunarinnar sem athygli beindist að. Jafnframt var ætlast til þess að MMR tryggði að þær aðferðir sem nýttar eru við framkvæmd könnunarinnar séu viðeigandi (e. *valid*) og traustar (e. *reliable*).

³² Það athugast að hugtakið „fínni snyrtivörur“ var notað til einföldunar í neytendakönnuninni til að ná utan það sem kallað hefur verið „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur í rannsókn Samkeppniseftirlitsins á fyrirhuguðum samruna Haga og Lyfju. Fínni snyrtivörur voru skilgreindar í neytendakönnuninni sem ilmvötn, rakspírur, húðvörur, förðunarvörur, húðhreinsivörur og hárvörur, s.s. sjampó og hárnæringu, frá framleiðendum eins og til dæmis Aramis, Acqua di Gio, Aveda, Biotherm, Bobbi Brown, Clarins, Christian Dior, Elisabeth Arden, Giorgio Armani, Hugo Boss, John Paul Mitchell, Lancôme, MAC, Moroccanoil og Redken.

³³ Í rannsókna Szolnoki og Hoffman (2013), *Online, face-to-face and telephone surveys—Comparing different sampling methods in wine consumer research*, í Wine Economics and Policy kemur m.a. fram: „Regarding the behavioural characteristics of consumers, the face-to-face data delivered the best results, followed by the telephone interviews and finally the online quota survey. Face-to-face surveys still deliver the most representative results. Telephone surveys may provide a good alternative, but we would advise use of a larger sample. The

verið framkvæmd með því að hringja í þátttakendur eða þá að spyrja þá þegar þeir væru staddir í verslun að kaupa hreinlætis- og snyrtivörur.

Samkeppniseftirlitinu bárust niðurstöður neytendakönnunar MMR þann 4. júlí 2017. Af niðurstöðum hennar má sjá að rúmlega helmingur svarenda könnunarinnar hafði keypt svokallaðar finni snyrtivörur á sl. 12 mánuðum. Í þeim niðurstöðum sem hér fylgja á eftir er því aðeins vísað til svara þeirra svarenda sem keypt höfðu hreinlætis- eða snyrtivörur á sl. 12 mánuðum. Tíðni kaupa var mismunandi en 43,7% svarenda höfðu keypt þær einu til tvisvar sinnum á sl. 12 mánuðum, 31,5% þremur til fjórum sinnum, 11,3% fimm til sex sinnum og um 13,5% sjö sinnum eða oftar. Jafnframt voru flestir svarenda, eða 59,5%, sem eyddu fimm þúsund krónum eða minna á mánuði til kaupa á finni snyrtivörum, 27,3% eyddu 5 til 10 þúsund krónum á mánuði og um 13,2% eyddu meira en 10 þúsund krónum á mánuði. Þau atriði sem höfðu áhrif á það hvar svarendur keyptu finni snyrtivörur voru gæði (61,9%), verð (58,4%), vöruúrval (25,9%) og staðsetning verslunar (25,6%) og þjónusta (18,5%). Þegar spurt var að því hvaða atriði hefðu mest áhrif á það hvar svarendur keyptu finni snyrtivörur þá svöruðu 40,6% aðspurðra því til að gæði hefðu mest áhrif, 36% að verð hefði mest áhrif, 9,2% að staðsetning verslunar hefði mest áhrif og 4,1% að þjónusta hefði mest áhrif.

Til þess að afla frekari vísbendinga um hvort „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur og almennar hreinlætis- og snyrtivörur (snyrtivörur úr lægri verðflokki) væru á aðskildum mörkuðum, til viðbótar við fyrirliggjandi gögn, voru þátttakendur spurðir að því hver viðbrögð þeirra yrðu við 5% eða 10% verðhækkun á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum og hvort viðkomandi myndi þá kaupa almenna hreinlætis- og snyrtivöru í staðinn (úr lægri verðflokki).

Meirihluti svarenda, eða um 70%, svaraði því til að 5% verðhækkun myndi ekki leiða til þess að viðkomandi færði neinn hluta kaupa sinna yfir á meðan 7,1% svarenda myndi alfarið færa kaup sín yfir. Hlutfall þeirra sem myndu ekki færa viðskipti sín yfir vegna 10% verðhækkunar var lægra en í tilfelli 5% verðhækkunar, eða 38,8%. Hlutfall þeirra sem myndu færa sig alfarið yfir var hins vegar 14,9%. Ef gert er ráð fyrir því að svör þeirra sem merktu við „Já, eitthvað“ séu jafndreifð, þ.e. dreifist jafnt frá því að færa 0,1% af kaupum sínum yfir í að færa 99,99% af kaupum sínum, má draga niðurstöðuna saman á þann máta að 81,4% svarenda hefðu ekki fært kaup sín alfarið, eða að mestum hluta, við 5% verðhækkun og 62% svarenda í tilviki 10% verðhækkunar. Sjá nánar mynd 1.

Mynd 1: Ef verð [á finni snyrtivöru] myndi hækka um 5(10)% (um 150(300) til 500(1.000) krónur) myndir þú kaupa vöru í staðinn úr lægri verðflokki (s.s. vörur eins og Nivea og Garnier)?

Hækkun	Svarmöguleikar		
	Nei	Já, eitthvað	Já, alfarið
5%	70,0%	22,9%	7,1%
10%	38,8%	46,3%	14,9%

Heimild: Könnun MMR fyrir Samkeppniseftirlitið

online quota survey needs to be corrected, while in the case of snowball sampling, one should relinquish representativeness.”

Samkeppniseftirlitið óskaði einnig eftir sundurliðuðum upplýsingum frá samrunaaðilum um sölu í almennum hreinlætis- og snyrtivörum og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum sundurliðað eftir mánuðum. Var það m.a. gert í því skyni að sjá söluþróun í hvorum flokknum fyrir sig hjá samrunaaðilum. Slík fylgni á milli sölu í mismunandi flokkum getur gefið vísbendingar um það hvort neyslumynstur sé mismunandi/sambærilegt milli flokka og þar með hvort viðkomandi vörur tilheyri sama vörumarkaði. Sjá nánar mynd 2.

Mynd 2: Meðaltalshlutfall sölu hvers mánaðar (af árssölu) hjá Högum og Lyfju á „sér“ - og almennum hreinlætis- og snyrtivörum árin 2014 til 2016 (samtala sölu hvers og eins mánaðar mánaðar sem hlutfall af sölu allra áranna, velta staðvirt með vísitölu neysluverðs)

[

] ³⁴

Eins og sjá má af mynd 2 virðist vera eðlismunur á veltu annars vegar „sér“ hreinlætis- og snyrtivara og hins vegar almennra hreinlætis- og snyrtivara þegar hún er greind eftir mánuðum. Velta almennra hreinlætis- og snyrtivara, sem hlutfall af heildarveltu hvers árs, [

] ³⁵ Ef sala hvers og eins mánaðar í „sér“ hreinlætis- og snyrtivöru er sýnd til samanburðar má sjá að hún er mun sveiflukenndari. [

] ³⁶

Að mati Samkeppniseftirlitsins gefur framangreindur munur á neyslumynstri milli almennra og „sér“ hreinlætis- og snyrtivara, niðurstöður netkönnunarinnar MMR svo og niðurstöðu spurningakönnunar Samkeppniseftirlitsins sterkar vísbendingar um að skipta megi markaðnum niður annars í vegar í markað fyrir „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur og hins

³⁴ Felld út vegna trúnaðar.

³⁵ Felld út vegna trúnaðar.

³⁶ Felld út vegna trúnaðar.

vegar almennar hreinlætis- og snyrtivörur, sbr. fyrri umfjöllun. Þá kunna að vera forsendur fyrir hendi til að skipta hvorum markaði fyrir sig í enn frekari undirmarkaði ef horft er til eftirspurnarstaðgöngu.

Í ljósi framangreinds verður markaðshlutdeild samrunaaðila m.a. metin á annars vegar markaði fyrir „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur og hins vegar markaði fyrir almennar hreinlætis- og snyrtivörur.

5.2.2 Möguleg skipting eftir tegundum verslana

Mál þetta varðaði samruna fyrirtækja sem selja fjölbreytt úrval bæði hreinlætis- og snyrtivara. Báðir samrunaaðilar selja almennar og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur frá ýmsum innlendum og erlendum framleiðendum sem þeir kaupa af innlendum heilðsölum sem eru með umboð fyrir viðkomandi vörur frá framleiðendum hennar. Hagkaup selja t.a.m. bæði hreinlætis- og snyrtivörur í öllum verðflokkum. Bónus selur hins vegar eingöngu almennar hreinlætis- og snyrtivörur. Það sama má einnig segja um Lyfju undir nöfnum Lyfju, Apóteksins og Heilsuhússins, sem virðast selja bæði almennar og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur. Kemur því álitu hvort rétt sé að skipta mörkuðum frekar niður eftir m.a. tegundum verslana.

Framkvæmdastjórn ESB hefur bent á að mögulega megi skipta markaðnum fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum niður í frekari undirmarkaði eftir söluaðilum, s.s. sérverslanir, stórmarkaði, apótek o.s.frv.³⁷ Í úrlausnum framkvæmdastjórnarinnar kemur einnig fram að framleiðendur á „sér“ vörum gera jafnan talsverðar kröfur til endurseljenda hvað varðar söluhverfi og þjónustu (e. *selective distribution*). Þýðir það m.a. að hinar dýrari og vandaðri vörur megi ekki selja með sama hætti og almennu vörurnar. Þýðir þetta m.a. að ef sami endurseljandi selur báðar tegundir verður hann að gera það með aðgreindum hætti.

Um þetta var fjallað í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 17. júní 2008 í máli nr. M.5068, *L'Oréal S.A/ Yves Saint Laurent Beauté SAS*. Tók framkvæmdastjórnin fram að rannsókn hennar staðfesti að það væri rétt að gera greinarmun á „sér“ snyrtivörum frá almennum vörum. Í þessu sambandi tók framkvæmdastjórnin einnig fram:

„Indeed, even if for some cosmetics, including makeup, end consumers buy both products of both categories, the selective distribution operators largely indicated that the prices of luxury cosmetics were determined without considering the price of mainstream products. Additionally, if certain selective distributors offer mainstream products in the same store, these are always sold in a separate area, and luxury goods are more often than not accompanied by a specific service such as advice for the consumer or promotional offers.“

Í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 16. febrúar 2016 í máli nr. M.7726 segir um þetta:

„The Commission has distinguished in its previous decisions between mass and prestige colour cosmetics. This distinction was justified by the fact that prestige cosmetics are typically sold through selective distribution channels and its

³⁷ Sjá t.d. mál COMP/M.2957, *AS Watson/Kruidvat*.

products prices are generally set independently from prices for mass cosmetics. Moreover, even if some retailers belonging to the selective distribution channel do offer mass products, these are always sold in separate areas and that customers of prestige colour cosmetics often enjoy extra services or special promotions."

Hagkaup er dæmi um smásala hér á landi sem selur í sömu verslun „sér“ og almennar vörur með aðgreindum hætti. Að mati Samkeppniseftirlitsins er hins vegar ljóst að íslenski hreinlætis- og snyrtivörumarkaðurinn er um margt sérstakur að því leyti að ekki eru starfandi á markaðnum stórar sérverslanir með mikið og fjölbreytt úrval hreinlætis- og snyrtivara, þ.e. þar sem bæði almennar og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur frá mörgum framleiðendum eru seldar og viðskiptavinir geta gert mest af sínum innkaupum í hreinlætis- og snyrtivörum á einum og sama stað, líkt og algengt er erlendis. Dæmi um slíkar þekktar verslanakeðjur sem starfræktar eru erlendis mætti t.d. nefna Matas, Sephora og Boots. Umræddar verslanakeðjur selja allar mjög fjölbreytt úrval hreinlætis- og snyrtivara, bæði almennar og „sér“, frá mörgum þekktum framleiðendum. Verslanirnar selja fjölbreytt úrval innan hvers flokks, s.s. hvers konar förðunarvörur fyrir andlit, augu og neglur; hvers konar húðvörur fyrir andlit, hendur og líkama, þ. á m. andlitskrem, body lotion, sturtugel, sápur, svo og ilmi bæði fyrir karlmenn og konur. Auk þess eru ýmsar aðrar vörur seldar í verslununum sem flokkast sem hreinlætisvörur, s.s. tannvörur hvers konar, dömubindi o.fl. Þá selja Matas og Boots einnig ýmsar heilsuvörur, s.s. vítamín og bætiefni.³⁸

Þróunin hefur verið með þeim hætti hér á landi að lyfjaverslanir hafa að miklu leyti sinnt eftirspurn neytenda eftir alhliða verslun með fjölbreytt úrval hreinlætis- og snyrtivara í öllum undirflokkum, þ.e. förðunarvörum, húðvörum, hárvörum og öðrum hreinlætisvörum, frá mörgum framleiðendum. Erlendir framleiðendur hafa m.a. talið umgjörð þeirra fullnægja kröfum til að selja „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur. Þá fullnægja hreinlætis- og snyrtivörudeildir verslana Hagkaupa, þrátt fyrir að verslunin flokkist almennt sem dagvöruverslun, einnig kröfum erlendra framleiðenda um sölu á „sér“ - hreinlætis - og snyrtivörum, og selja verslanir Hagkaupa fjölbreytt úrval bæði af almennum og „sér“ - hreinlætis- og snyrtivörum frá mörgum framleiðendum, meðan aðrar dagvöruverslanir gera það í óverulegum mæli. Eru verslanir Hagkaupa að þessu leyti mjög frábrugðnar öðrum dagvöruverslunum.

Samkeppniseftirlitið hefur tekið til athugunar þær tegundir verslana sem bjóða upp á hreinlætis- og snyrtivörur hér á landi og telur að þeim mætti að meginstefnu til skipta í eftirfarandi flokka:

- i. Dagvöruverslanir: Hér að framan hefur verið fjallað um dagvörumarkaðinn og er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að sala almennra matvöruverslana á dagvöru sé sérstakur markaður sem áhrif hafi í þessu máli. Eru þetta t.a.m. verslanir Haga (Bónus og Hagkaup), Festi (Krónan, Nóatún og Kjarval) og Samkaupa (Nettó, Samkaup-Úrval og Samkaup-Strax). Hluti af dagvörum eru hreinlætis- og snyrtivörur og eru þá samkvæmt fyrri skilgreiningu nær aðallega almennar hreinlætisvörur fyrir líkama, s.s. sápur, sjampó, sturtusápur og svitalyktareyðar. Í

³⁸ Vöruúrval verslananna má finna á heimasíðum þeirra. Sjá: <http://www.sephora.com/>, <https://www.matas.dk/> og <http://www.boots.com>

dagvöruverslunum er einnig eitthvað selt af ódýrari snyrtivörum frá þekktum framleiðendum, einkum húðvörur. Ódýrari förðunarvörur, sem keyptar eru af innlendum heilðsölum virðast hins vegar almennt lítið seldar í dagvöruverslunum. Þá fullnægja dagvöruverslanir almennt ekki kröfum til að selja vörur sem falla undir flokkinn „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur. Undantekning frá þessu eru þó verslanir Hagkaupa sem bjóða einnig upp á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur í sínum verslunum.

- ii. Apótek/lyfjaverslanir: Hér að framan hefur einnig verið fjallað um markaðinn fyrir smásölu apóteka á lyfjum og er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að sá markaður sé einn af þeim sem hafi áhrif í þessu máli. Stærstu keðjur apóteka hér á landi eru Lyfja og Lyf og heilsa. Virðast verslanir þeirra og önnur apótek ýmist selja eingöngu almennar hreinlætis- og snyrtivörur eða bæði almennar og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur.
- iii. Sérhæfðar snyrtivöruverslanir: Verslanir sem selja nær eingöngu „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur frá fleiri en einum framleiðanda. Birgjar þessara verslana eru alla jafna innlendir heilðsalar. Undir þennan flokk falla t.a.m. verslanirnar Sigurboginn og Snyrtivöruverslunin Glæsibæ.
- iv. Aðrar sérhæfðar sérverslanir: Það sem aðskilur þessar verslanir frá þeim sem tilgreindar eru í flokki iii er að þær selja ekki vörur frá innlendum heilðsölum og eru yfirleitt aðeins með umboð fyrir eitt merki eða flytja inn vörur á eigin vegum í tilteknum vöruflokki sem þær sérhæfa sig í, s.s. förðunarvörur. Vöruúrval þessara verslana er því takmarkaðra heldur en t.a.m. verslana í flokki iii og enn takmarkaðra en apóteka (flokki ii). Dæmi um þessar verslanir eru t.d. Body Shop.³⁹
- v. Aðrir útsölastaðir: Ljóst er að ýmis önnur fyrirtæki á sviði verslunar og þjónustu bjóða upp á hreinlætis- og snyrtivörur. Er um að ræða m.a. snyrtistofur, hárgreiðslustofur, líkamsræktarstöðvar og tískuvöruverslanir. Vöruúrval þessara fyrirtækja er yfirleitt mjög takmarkað og er um að ræða sölu á hreinlætis- og snyrtivörum sem er samhliða annarri meginstarfsemi.
- vi. Netverslanir með hreinlætis- og snyrtivörur: Flestar þær verslanir sem tilgreindar eru í framangreindum flokkum bjóða vörur sínar einnig í netverslun. Aðeins fáar netverslanir hér á landi bjóða hreinlætis- og snyrtivörur til sölu á netinu en reka ekki jafnframt smásöluverslun, s.s. heimkaup.is.

³⁹ Í framangreindri ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 31. maí 2006 í máli nr. M.4193, *L'Oréal/The Body Shop*, er bent á Body Shop selji aðeins eigin vörur (mono-brand) og sé m.a. sökum þess ekki náinn keppinautur L'Oréal: „While L'Oréal is selling its products through various retailers (mass market, specialised retail, pharmacies and professional hairdressers' salons), The Body Shop is marketing its products exclusively through its own or franchised stores. It appears that L'Oréal and The Body Shop cosmetics products are not close competitors because of the distinctive image of The Body Shop brand, which will rather complement L'Oréal product portfolio with a brand with a strong reputation of naturally-oriented cosmetics products. This is confirmed by an internal document of the parties, where L'Oréal states that The Body Shop brand is very complementary to its portfolio of current brands as it has the following characteristics: British, natural, sensorial and ethical. It follows that, as a result of the merger, the new entity will in fact not add a new brand to its portfolio when marketing its L'Oréal products to its usual customers as, according to the parties these products will not be sold to the same customers and via the same distribution channels.“

- vii. Fríhöfnin á Keflavíkurflugvelli: Til viðbótar við framangreindar tegundir verslana og söluleiðir býður Fríhöfnin upp á mikið úrval hreinlætis- og snyrtivara.

Eins og vikið hefur verið að hér að framan halda samrunaaðilar því fram að hvers konar fyrirtæki sem hafa hreinlætis- og snyrtivörur á boðstólum séu í samkeppni við verslanir samrunaaðila. Í þessu sambandi eru m.a. nefndar sérstakar snyrtivöruverslanir, snyrtistofur, lyfjaverslanir, stórmarkaðir og deildaskiptar verslanir, tískuvöruverslanir, fríhafnir og netverslanir.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessi sjónarmið samrunaaðila um að sala á hreinlætis- og snyrtivörum í öllum þessum tegundum verslana tilheyri einum og sama markaðnum. Verður næst vikið að þessu:

5.2.2.1 Um Fríhöfnina á Keflavíkurflugvelli

Í samrunaskrá er því haldið fram að verulegt samkeppnislegt aðhald stafi frá sölu Fríhafnarinnar á Keflavíkurflugvelli á hreinlætis- og snyrtivörum og markaðsskilgreining málsins nái til þeirrar sölu að mati samrunaaðila. Í athugasemdum Haga við andmælakjal Samkeppniseftirlitsins eru framangreind sjónarmið ítrekuð.

Samkeppnisyfirlit hér á landi hafa áður fjallað um þann markað sem Fríhöfnin starfar á, sbr. t.d. ákvörðun nr. 14/1999, *Kvörtun vegna mismunandi samkeppnisstöðu gleraugnaverslana*, en þar var komist var að þeirri niðurstöðu að gleraugnaverslunin Optical Studio í Flugstöð Leifs Eiríkssonar væri ekki í beinni samkeppni við gleraugnaverslanir á Íslandi utan fríhafnarinnar.⁴⁰ Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 2/2003, *Kvörtun vegna Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar*, sem staðfest var með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2003, *Flugstöð Leifs Eiríkssonar hf. gegn samkeppnisráði*, var það einnig niðurstaða samkeppnisráðs að verslun með tollfrjálsan varning á frísvæði flugstöðvarinnar teldist til sérstaks vörumarkaðar.⁴¹

Fær Samkeppniseftirlitið ekki séð að þau sjónarmið sem rakin eru í framangreindum ákvörðunum samkeppnisyrvalda um sérkenni verslana sem starfa á Keflavíkurflugvelli

⁴⁰ Í ákvörðuninni sagði n.t.t.: „...sölvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Þeir neytendur, sem heimild hafa til þess að kaupa tollfrjálst í fríhöfninni, þar sem gleraugnaverslunin Optical Studio er staðsett, eru brottfararfarþegar og farþegar sem millilenda í Keflavík á leið til annarra áfangastaða. Það er mat samkeppnisráðs að markaðurinn sem Optical Studio starfar á sé viðskipti við þessa kaupendur. Samkeppnisaðilar séu verslanir í fríhöfnum og aðrir þeir, sem geti boðið tollfrjálsan varning og farþegar hafa tækifæri til þess að eiga viðskipti við á ferðum sínum.“

⁴¹ Í ákvörðuninni kemur jafnframt fram: „Verslunarrekstur á frísvæði í flugstöðum er um margt sérstakur. Það sem einkum skilur hann frá öðrum mörkuðum er staðsetning, þ.e. flugstöð alþjóðaflugvallar, hverjir hafa heimild til að kaupa þar vöru og þjónustu, þ.e. brottfarar- og komufarþegar úr millilandaflugi þ.m.t. farþegar sem millilenda, og lagaumhverfi viðskiptanna sem stunduð eru á markaðnum, m.a. niðurfelling á aðflutningsgjöldum og virðisaukaskatti. Allir þeir sem selja vöru og þjónustu á frísvæði FLE eru á vissan hátt í meiri samkeppni um sömu viðskiptavinina en almennt gerist meðal þeirra sem stunda sambærileg viðskipti í almennum verslunarmiðstöðvum. Hugsanlegir viðskiptavinir eru einsleitari hópur en í almennum verslunarmiðstöðvum, þ.e. flugfarþegar, og tíminn sem þeir hafa til umræða til að kaupa vöru og þjónustu er takmarkaðri eða að öllu jöfnu u.þ.b. ein klukkustund. Verslanir á svæðinu eru í samkeppni um neytendur sem grundvalla ákvarðanatöku sína um viðskipti á öðrum forsendum en almennt gerist. Vörurnar sem þeim standa til boða eru í undantekningartilvikum sk. nauðsynjavara heldur munu þær í fleiri tilvikum fylla flokk munaðarvöru eða gjafavöru. Það sem ræður mestu um kaup flugfarþega á vörum á frísvæði eru væntingar um að tollfrjálsar vörur, þ.e. vörur sem eru undanþegnar aðflutningsgjöldum og virðisaukaskatti, séu ódýrari þar en utan frísvæðisins. Að öðru leyti eru fjölmörg atriði, svo sem þarfir, verð og tími sem hafa áhrif á verslunarhegðun flugfarþega á frísvæðinu. Öll þessi atriði saman leiða til mun breiðari staðgöngu milli vörutegunda heldur en almennt tíðkast. Í mismunandi verslunum á svæðinu og innan sömu verslana geta síðan eftir atvikum verið á boðstólum staðgönguvörur í hefðbundnum skilningi samkeppnislaga.“

gagnvart öðrum mörkuðum eigi ekki enn við, einkum að því er varðar staðsetningu þeirra, hverjir hafa heimild til að kaupa þar vöru og þjónustu, þ.e. brottfarar- og komufarþegar úr millilandaflugi þ.m.t. farþegar sem millilenda, og lagaumhverfi viðskiptanna sem stunduð eru á markaðnum, m.a. niðurfelling á aðflutningsgjöldum og virðisaukaskatti.

Framangreint samrýmist einnig ákvörðunum framkvæmdastjórnar ESB um að sala á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum á flugvöllum, í flugvélum og skipum sé sérstakur markaður.⁴² Er um að ræða ákvarðanir þar sem samkeppnisaðstæður í fjölmörgum aðildarríkjum ríkjum hafa verið til skoðunar. Í umræddri ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 16. febrúar 2016 í máli nr. M.7726, *Coty / Procter & Gamble Beauty Business*, töldu samrunaaðilar sjálfir að sala á snyrtivörum á m.a. flugvöllum teljist til sérstaks vörumarkaðar og þar séu snyrtivörur í samkeppni við aðrar vörur sem seldar séu í flugstöðvum, s.s. áfenga drykki.⁴³ Meirihluti svarenda í markaðsrannsókn framkvæmdastjórnarinnar var jafnframt sammála skilgreiningum í fyrri málum sem grundvölluðust á því að sala á snyrtivörum í flugstöðvum ætti að vera aðgreind frá öðrum söluleiðum. Framkvæmdastjórnin komst að sömu niðurstöðu.⁴⁴ Í EES/ESB samkeppnisrétti hefur fríhafnarverslun jafnframt margoft verið skilgreind sem sérstakur vörumarkaður af framkvæmdastjórninni.⁴⁵

⁴² Sjá í þessu sambandi t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 17. júní 2008 í máli nr. M.5068, *L'Oréal S.A Yves Saint/Laurent Beauté SAS*, en þar segir m.a.: *“The travel retail distribution channel — which includes shops located in airports, aircraft and ships — may be considered as a separate market from the selective distribution network for the following reasons: (i) different trading and selling conditions, (ii) smaller product ranges, and (iii) specific packaging aimed at a particular group of customers, the majority of which are international frequent travellers. Furthermore, DG Competition’s market investigation indicated that luxury cosmetics bought at airports were often destined to be given as gifts and were therefore in competition with other products (such as alcohol). However, for the purpose of assessing the proposed transaction, the exact market definition could be left open since the parties are only active in the sale of cosmetics.”*

⁴³ „(87) The Parties consider that the travel retail channel constitutes a separate market and beauty products belong to one market together with other products offered in travel retail, such as, e.g., alcoholic beverages. This is primarily because purchases at travel retail shops are based on impulse behaviour and are often intended for gift-giving, resulting in a large degree of demand side substitution between different product categories.

⁴⁴ „(88) In the Commission’s market investigation, the majorities of competitors and customers have endorsed the Commission’s previous market delineation, i.e. that that fragrances sold through travel retail shops (e.g. at airports) should be distinguished from fragrances sold through other channels. Moreover, a majority of travel retailers shares the view that fragrances sold through travel retail shops should be distinguished from fragrances sold through other channels.

(89) However, travel retailers are split as to whether further distinction (mass and prestige, male and female) between fragrances would be relevant. Likewise travel retailers responding to the market investigation provided mixed answers as to whether fragrances and colour cosmetics compete with other products featured in the same travel retail store (e.g. tobacco, alcoholic beverages, confectionary, etc.) for the same customers. However, a majority of competitors thought that fragrances and colour cosmetics indeed compete with such other products.

(90) The Commission considers that the market investigation has not provided conclusive results as to the exact definition of the travel retail market.

(91) For the purpose of this Decision however it is not necessary to come to a conclusion on the precise definition of the travel retail market because the assessment of the Transaction would not differ under any plausible market definition.”

⁴⁵ Til viðbótar við þau fordæmi má t.d. nefna ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 20. október 2011 í máli nr. COMP/M.6263 - *AELIA/ AEROPORTS DE PARIS/ JV*, 20. október 2011, þar sem markaðurinn var skilgreindur staðbundinn markaður fyrir smásölu á flugvöllum. Í umfjölluninni vísar framkvæmdastjórnin til fyrri rannsóknar varðandi markaðinn fyrir smásölu á flugvöllum. Þá var vísað til þess að framkvæmdastjórnin hefði í fyrri ákvörðunum einnig tekið til skoðunar víðari markaðsskilgreiningu fyrir millilandaferðir svo sem útsölu á flugvöllum, um borð í flugvélum og skipum, en hefði þó ekki tekið endanlega afstöðu til slíkrar markaðsskilgreiningar (e.g., Case COMP/M.5389 *Aéroports de Paris/The Nuance Group* and Case COMP/M.5123 - *Autogrill/World Duty Free*). Þá vísaði framkvæmdastjórnin til þess að smásölu á flugvöllum mætti skipta í frekari undirmarkaði eftir i) sölu á óaðgangshindruðum svæðum (e. landside) og ii) sölu á aðgangshindruðum svæðum (e. airside), þar sem aðeins farþegar með brottfaraspjald hefðu aðgang og gætu verslað á tollfrjálsum svæðum. Í ákvörðuninni var einnig vísað til áður nefndrar ákvörðunar í máli framkvæmdastjórnarinnar nr. COMP/M.5068, *L'Oréal S.A Yves Saint/Laurent Beauté SAS*. Markaðsrannsókn framkvæmdastjórnarinnar í umræddu máli benti einnig til þess að gera mætti greinarmun á áður nefndum tvennum svæðum. Smásala á aðgangshindruð svæði væri aðeins fyrir farþega með brottfaraspjald og legði áherslu á dýrari vörur sem gætu verið seldar á eftirsóknarverðu verði vegna niðurfellingar á virðisaukaskatti, sem ætti ekki við um óaðgangshindruð svæði. Þá

Þá bendir rannsókn Samkeppniseftirlitsins ekki til þess að markaðssetning Fríhafnarinnar beinist sérstaklega að íslenskum neytendum og öðrum sem kaupa vörur á innanlandsmarkaði.

Að því er varðar umfjöllun um möguleika á svokallaðri pöntunarþjónustu, þar sem unnt er að panta vörur og sækja í verslun, hefur athugun Samkeppniseftirlitsins leitt í ljóst að hún hefur frá og með 1. maí 2016 aðeins verið heimil í brottfararverslun, þ.e. til farþega sem eru á leið úr landi, og virðist þannig sérstaklega ætluð skiptifarþegum eða brottfararfarþegum. Þá hafa komið fram upplýsingar um það við athugun málsins að töluverður munur sé á veltu brottfarar- og komuverslun Fríhafnarinnar, [

] ⁴⁶

Líkt og áður segir var netkönnun MMR sem Samkeppniseftirlitið lét framkvæma eftir útgáfu andmælaskjalsins, ætlað að veita betri vísbendingu um það hvort munur væri á kauphegðun viðskiptavina þegar hreinlætis- og snyrtivörur væru keyptar í Fríhöfninni annars vegar og svo í verslunum innanlands hins vegar, hver áhrif 5% og 10% verðhækkunar á hreinlætis- og snyrtivörum innanlands væru á kauphegðun viðskiptavina og að hve miklu leyti Fríhöfnin gæti mögulega veitt innlendum verslunum samkeppnislegt aðhald.

Niðurstöður könnunarinnar sýna að stór hluti svarenda hafði ferðast til útlanda á sl. 12 mánuðum, eða um 86,8%.⁴⁷ Samkvæmt opinberum upplýsingum hafa ferðalög Íslendinga aukist umtalsvert á sl. árum, en ætla má að þar hafi efnahagsástand mikil áhrif. Til að mynda svöruðu 55% þátttakenda því árið 2003 að þeir hefðu farið til útlanda á árinu, 44,3% árið 2009 og svo 76,9% árið 2016.⁴⁸ Ástæða þess að þeir sem kaupa „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur virðast ferðast meira en þeir sem svöruðu könnun Ferðamálastofu árið 2016 kann að vera sú að tekjur þátttakenda í könnun MMR hafi verið hærri. Í þeirri könnun sem MMR framkvæmdi fyrir Samkeppniseftirlitið voru laun þátttakenda rúmlega 20% hærri en í könnuninni fyrir Ferðamálastofu.

Þegar svarendur voru spurðir að því hvort þeir myndu beina kaupum sínum í auknum mæli til Fríhafnarinnar á Keflavíkurflugvelli ef verð á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum innanlands hækkaði um 5% svöruðu 46,7% því til að verðhækkunin myndi engin áhrif hafa á kaup viðkomandi, 41,8% svöruðu því til að þeir myndu kaupa „eitthvað meira“ og 11,6% svöruðu því til að þeir myndu færa öll kaup til Fríhafnarinnar. Í þessu samhengi skiptir einnig máli hversu oft viðkomandi svarendur ferðuðust. Af þeim sem ekki höfðu ferðast sl. 12 mánuði svöruðu 62,3% því til að verðhækkunin myndi engin áhrif hafa á kaup

hefðu óaðgangshindruð svæði breiðari viðskiptamannahóp og einblíndus síður á dýrari vörur. Hér má einnig vísa til ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar frá 22. desember 2008 í máli nr. COMP/M.5389, *AEROPORTS DE PARIS / THE NUANCE GROUP*, og umræddrar ákvörðunar danskra samkeppnisyrivalda vegna Matas, sem Hagar hafa vísað til, en þar var einnig komist að þeirri niðurstöðu af hálfu samkeppnisyrivalda að fríhafnarverslun væri ekki á sama markaði.

⁴⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴⁷ Svör við spurningu 19.

⁴⁸ Sjá <https://www.ferdamalastofa.is/static/files/upload/files/ferdavenjurinnanalnds2003.pdf>, https://www.ferdamalastofa.is/static/files/upload/files/2010215135812innanlandskonnun_jan_2010.pdf og https://www.ferdamalastofa.is/static/files/ferdamalastofa/Frettamyndir/2017/mars/innanlandskonnun/1701_fm_s_final_v4_16mars.pdf

viðkomandi, 33% svöruðu því til að þeir myndu kaupa „eitthvað meira“ og aðeins 4,3% að þeir myndu færa öll kaup til Fríhafnarinnar. Færri svöruðu því til að 10% verðhækkun myndi ekki fá þá til að beina kaupum til Fríhafnarinnar í auknum mæli, eða 32,4%. Þá svöruðu 49,3% því að þau mundu kaupa eitthvað meira í kjölfar verðhækkunarinnar og um 18,2% myndu færa öll kaup til Fríhafnarinnar. Eins og fyrir 5% hækkunina, hefur fjöldi utanlandsferða sl. 12 mánuði töluverð áhrif á svörin. Af þeim sem ekki höfðu ferðast sl. 12 mánuði svöruðu 50,4% því til að verðhækkunin myndi engin áhrif hafa á kaup viðkomandi, 37,8% svöruðu því til að þeir myndu kaupa eitthvað meira og 11,9% að þeir myndu færa öll kaup til Fríhafnarinnar.⁴⁹

Ef gert er ráð fyrir því að svör þeirra sem merktu við „Já, eitthvað“ séu jafndreifð, þ.e. dreifast jafnt frá því að færa 0,1% af kaupum sínum yfir í að færa 99,99% af kaupum sínum, má draga niðurstöðuna saman á þann máta að 67,6% svarenda hefðu ekki fært kaup sín alfarið, eða að mestum hluta, til Fríhafnarinnar við 5% verðhækkun og 57,1% svarenda í tilviki 10% verðhækkunar. Þegar aðeins er horft til þeirra sem ferðuðust ekki sl. 12 mánuði þá hækkar hlutfallið í 79,3% fyrir 5% hækkun og 69,2% fyrir 10% hækkun. Þeir sem ferðast oft (fimm sinnum eða oftar) eru hins vegar verðnæmari, en um 58,3% þeirra hefðu ekki fært kaup sín alfarið, eða að mestum hluta, til Fríhafnarinnar vegna 5% verðhækkunar og um 50,1% vegna 10% verðhækkunar.

Af þessum niðurstöðum má ráða að meirihluti svarenda myndi ekki færa kaup sín alfarið, eða að mestum hluta, til Fríhafnarinnar á Keflavíkurflugvelli vegna 5% eða 10% verðhækkunar. Fjöldi utanlandsferða hefur áhrif á niðurstöðurnar en hlutfall þeirra sem svara því til að þeir myndu ekki færa kaup sín alfarið, eða að mestum hluta, er hærra hjá þeim sem ekkert hafa ferðast sl. 12 mánuði en hjá þeim sem hafa ferðast oft til útlanda.

Eins og fram hefur komið hafði stærsti hluti svarenda keypt „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur í Fríhöfninni á sl. 12 mánuðum, eða um 50,1%.⁵⁰ Af þeim höfðu 91,5% keypt þær til eigin nota, 16% sem gjafir handa öðrum og 10,6% fyrir hönd eða að ósk fjölskyldu eða vinar.⁵¹ Þau atriði sem áttu best við um síðustu kaup svarenda sem keypt höfðu fínna snyrtivörur til eigin nota í Fríhafnarversluninni í Keflavík voru eftirfarandi; 54,7% keyptu aðeins eina vöru, 38% keyptu fleiri en eina vörutegund (eitt eða fleiri stykki af hverri tegund) og aðeins um 7,3% keyptu eina vöru í fleiri en einu eintaki.⁵² Benda þessar niðurstöður til þess að neytendur kaupi fyrst og fremst „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur til eigin nota í Fríhöfninni á Keflavíkurflugvelli, að litlum hluta sem gjafir eða fyrir fjölskyldu eða vini. Þá kaupi lítill hluti þeirra sem versla í Fríhöfninni vörur til þess að birgja sig upp heldur kaupi flestir eina vöru (54,7%) eða þá fleiri en eina vörutegund.

Rúmur helmingur, eða 52,1%, aðspurðra hafði keypt fínna snyrtivörur á sl. 12 mánuðum til að gefa öðrum, s.s. í afmælis-, jóla- eða tækifærisgjöf. Af þeim sem höfðu keypt fínna snyrtivörur til að gefa öðrum höfðu flestir keypt þær hjá Hagkaupum, 29,3% svarenda, 23,1% hjá erlendri verslun, 14,1% hjá innlendum sérverslunum með snyrtivörur og 13,4% hjá Fríhöfninni.⁵³ Það sem vekur athygli í þessum tölum er að svarendur virðast beina

⁴⁹ Svör við spurningum 14 og 15.

⁵⁰ Svör við spurningum 6.

⁵¹ Svör við spurningu 10.

⁵² Svör við spurningu 11.

⁵³ Svör við spurningu 17.

kaupum sínum í auknum mæli til innlendra sérvæslana við kaup á hreinlætis- og snyrtivörum til gjafa, eða um 14,1% í stað 8% þegar spurt var um þann söluaðila sem oftast var verslað við á sl. 12 mánuðum. Jafnframt kaupa færri vörurnar í Fríhöfninni, eða 13,4% í stað 19,7%.⁵⁴ Af þessum tölum má leiða að samkeppnislegt aðhald Fríhafnarinnar við kaup á gjöfum sé minna en þegar neytendur velja sér smásala til að versla oftast við.

Af þeim sem keyptu ekki gjöfina hjá Fríhafnarversluninni á Keflavíkurflugvelli, heldur keyptu hana af innlendum aðilum, svöruðu 84% því til að meginástæðan (hægt var að velja fleiri en einn valmöguleika) hefði verið sú að viðkomandi hefði ekki verið að ferðast þegar hann keypti gjöfina og því ekki komist í Fríhöfnina. 14,2% svöruðu því til að hafa ekki hugleitt að kaupa hana þar og 12,2% að óhentugt væri fyrir viðtakanda að skipta gjöfinni. Áætla má að svipuð svör eigi við ef spurt hefði verið hvers vegna viðkomandi hafi ekki keypt hana í erlendri verslun.

Samkeppniseftirlitið kannaði einnig samninga Fríhafnarinnar við Isavia og þær skyldur sem hvíla á Fríhöfninni sem rekstrareyfishafa auk þess sem eftirlitið kannaði sjónarmið Fríhafnarinnar um hverjir væru hennar helstu keppinautar. Sú rannsókn leiddi í ljós að það skilyrði hvílir á Fríhöfninni skv. samkomulagi við ISAVIA að [

].⁵⁵

Að mati Fríhafnarinnar eru [

].⁵⁶ Þá bendir rannsókn Samkeppniseftirlitsins ekki til þess að aðrir smásalar á innanlandsmarkaði í hreinlætis- og snyrtivörum líti á Fríhöfnina sem einn þeirra þriggja aðila sem viðskiptavinir þeirra myndu leita til ef þeir myndu hætta að selja hreinlætis- og snyrtivörur.

Samkeppniseftirlitið tók einnig til skoðunar hvort þessi verðmunur væri til staðar með því að því að bera saman verð á hreinlætis- og snyrtivörum sem finna mátti á vefsíðu Hagkaupa við verð hreinlætis- og snyrtivara sem finna mátti á vefsíðu Fríhafnarinnar á milli kl. 10:00 og 12:00 þriðjudaginn 10. júlí 2017. Framkvæmd þessarar óformlegu verðkönnunar var á þann máta að valdar voru vörur af handahófi frá þekktum framleiðendum á heimasíðu Hagkaupa og það athugað hvort Fríhöfninn seldi sömu vöru. Ef Fríhöfnin seldi sömu vöru og Hagkaup var verð þeirra kannað og borið saman. Þessi aðferð var endurtekin þar til fundist höfðu 32 vörur sem uppfylltu þessi skilyrði.

⁵⁴ Svör við spurningu 8 og 17.

⁵⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

⁵⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

Mynd 3: Verðmunur á hreinlætis- og snyrtivörum hjá Fríhöfninni og Hagkaupum - mælt sem frávik (%) frá verði Hagkaupa, m.v. listaverð Hagkaupa annars vegar og svo m.v. tax-free daga hins vegar.⁵⁷

Mælistærð	M.v. Listaverð ⁵⁸	M.v. tax-free daga
Meðaltal	-25,5%	-7,8%
Miðgildi	-25,2%	-7,2%
Spönn	41,3%	56,7%
Lággildi	-44,3%	-36,3%
Hágildi	-2,9%	20,4%
Fjöldi mælinga	32	32

Heimild: Vefsíða Hagkaupa, Fríhafnarinnar og útreikningar Samkeppniseftirlitsins.

Eins og sjá má af mynd 3 benda niðurstöður verðkönnunar Samkeppniseftirlitsins til þess að verð Fríhafnarinnar sé lægra en verð Hagkaupa, jafnvel þó miðað sé við útsöluverð (tax-free verð) hjá Hagkaupum. Verð hjá Fríhöfninni, m.v. þær 32 vörur sem bornar voru saman, var að meðaltali 25,5% lægra en listaverð Hagkaupa og 7,8% lægra en útsöluverð hjá Hagkaupum (tax-free verð). Miðgildi verðmunarins var áþekkt. Þessi verðmunur og mat Fríhafnarinnar á sínum helstu keppinautum bendir því til þess að um sé að ræða tvo aðskilda vörumarkaði, þ.e. annars vegar skattfrjálsa sölu og hins vegar sölu sem virðisaukaskattur er greiddur af.⁵⁹ Er það í samræmi við fyrrgreind fordæmi um sérstakan vörumarkað fyrir sölu fríhafnarverslana.

Sala Fríhafnarinnar á hreinlætis- og snyrtivörum virðist einnig benda til þess að um sé að ræða tvo aðskilda vörumarkaði. Meginástæður þess eru þær að salan í Fríhöfninni virðist fyrst og fremst [

.]⁶⁰ Hægt er að sjá þróunina nánar á mynd 4.

⁵⁷ Borin voru saman verð á hreinlætis- og snyrtivörum sem finna mátti á vefsíðu Hagkaupa við verð hreinlætis- og snyrtivara sem finna mátti á vefsíðu Fríhafnarinnar á milli kl. 10:00 og 12:00 þriðjudaginn 10. júlí 2017.

⁵⁸ $\frac{P_{fríhöfn} - P_{hagkaup}}{P_{hagkaup}}$

⁵⁹ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 14. febrúar 1978 í máli nr. 27/76, United Brands gegn framkvæmdastjórninni: „It is therefore fair to assume that the effects of the prices and availabilities of other types of fruit are too brief, too ineffective and too sporadic for such fruit to be regarded as forming part of the same market as bananas, as a substitute therefore.“ Sjá einnig leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB: Commission Notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law, frá 6. desember 1997, mgr. 7: „A relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use“ og mgr. 42: „Different categories of customers and price discrimination. The extent of the product market might be narrowed in the presence of distinct groups of customers. A distinct group of customers for the relevant product may constitute a narrower, distinct market when such a group could be subject to price discrimination. This will usually be the case when two conditions are met : (a) it is possible to identify clearly which group an individual customer belongs to at the moment of selling the relevant products to him, and (b) trade among customers or arbitrage by third parties should not be feasible.“, sbr. einnig samskonar leiðbeiningar ESA.

⁶⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

Mynd 4: Þróun fjölda ferðamanna (hægri ás) og sölu á „sér“- hreinlætis og snyrtivörum (staðvirt m.v. verðlag í desember 2016) árin 2014 til 2016.

[

]⁶¹

Heimild: Vefsíða Isavia, Hagstofa Íslands, Fríhöfnin á Keflavíkuflugvelli og eigin útreikningar.

Þegar velta innlendra aðila er greind má á hinn bóginn sjá að hún er að jafnaði á milli [5-10]% og [5-10]% af heildarársveltu flesta mánuði ársins. Frá og með nóvember hækkar hún og nær hámarki í desember þegar hún nemur á bilinu [15-20]% til [20-25]% á þeim þremur árum sem skoðuð voru. Má þá söluaukningu að öllum líkindum rekja til sölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum í kringum jól og áramót. Eins og glöggst má sjá á myndinni lítur sala í Fríhöfninni öðrum lögmálum, eins og áður hefur verið lýst.

⁶¹ Fellt út vegna trúnaðar.

Mynd 5: Meðaltalshlutfall sölu hvers mánaðar hjá Högum, Lyfju og Fríhöfninni á „sér“- og almennum snyrtivörum árin 2014 til 2016, flokkað eftir mánuðum (sala hvers mánaðar sem hlutfall af sölu allra hvers árs, velta staðvirt með vísitölu neysluverðs)

[

] ⁶²

Heimild: Vefsíða Isavia, Hagstofa Íslands, Lyfja, Hagar, Fríhöfnin á Keflavíkurflugvelli og eigin útreikningar Samkeppniseftirlitsins.

Af öllu framangreindu virtu er það því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Fríhöfnin á Keflavíkurflugvelli sé ekki hluti af hinum skilgreinda markaði málsins. Fríhöfnin geti ekki veitt innlendum aðilum stöðugt samkeppnislegt aðhald. Helgast sú niðurstaða fyrst og fremst af því að sala í fríhafnarversluninni er háð því skilyrði að neytendur séu á leið inn eða út úr landinu. Kaupin eru því alltaf tilfallandi og aðhaldið mismikið hverju sinni, s.s. eftir ólíkum ferðavenjum einstaklinga og efnahagsástandi. Framangreindar niðurstöður

⁶² Fellt út vegna trúnaðar.

neytendakönnunarinnar styðja einnig þessa niðurstöðu að mati Samkeppniseftirlitsins enda svöruðu 84% aðspurðra því til að ástæða þess að þeir hefðu ekki keypt gjöf í Fríhöfninni hefði verið sú að viðkomandi hafi ekki verið að ferðast á svipuðum tíma og því ekki getað keypt vörur þar. Jafnframt styður þessa niðurstöðu að verðmunur virðist vera á milli innlendra verslana og Fríhafnarinnar og að sala í Fríhöfninni ræðst að miklu leyti af [

].⁶³

Að því er varðar umfjöllun í samrunaskrá um bréf Samkeppniseftirlitsins til Fríhafnarinnar, dags. 4. apríl 2014, liggur fyrir að ekki fór fram nein sjálfstæð rannsókn á markaðinum. Þau sjónarmið sem koma fram í bréfinu eru því ekki staðfesting á því að Samkeppniseftirlitið telji forsendur fyrir hendi til að breyta fyrri markaðsskilgreiningu.⁶⁴

5.2.2.2 Um netsölu

Í tengslum við umfjöllun um markaðinn fyrir hreinlætis- og snyrtivörur í samrunaskrá er sérstaklega tekið fram að mikill vöxtur hafi verið í netverslun undanfarin ár og svo virðist sem meiri stígandi sé í netverslun nú á allra síðustu misserum heldur en á lengra tímabili áður. Rannsóknasetur verslunarinnar áætli að velta netverslunar á milli árána 2014 og 2015 hafi aukist um liðlega fjórðung. Jafnframt aukist stöðugt hlutur netverslunar af heildarveltu íslenskrar smásöluverslunar, en Rannsóknasetur verslunarinnar áætli í ársskýrslu sinni að velta íslenskra netverslana hafi aukist um 27% á milli árána 2014 og 2015.⁶⁵ Verslun á Íslandi eigi undir högg að sækja og verslun erlendis hafi aukist mikið, ekki síst í snyrtivörum, en stór hluti snyrtivara sem íslenskir neytendur kaupi séu keyptar erlendis (tæplega 28% svarenda könnunar Gallup svöruðu því til að hafa keypt snyrtivörur erlendis (í búð eða af netverslun) þegar viðkomandi keypti snyrtivörur síðast) og fari hlutur netverslana þar sístækkandi. Af könnun Gallup megi sjá að hlutur netverslunar í erlendri verslun hafi numið 4,3% árið 2012 en numið 10,3%, í nóvember 2016. Sama þróun sé að eiga sér stað erlendis. Verslun með snyrtivörur sé í stórum stíl að færast yfir á netið og sé ekki hægt að líta framhjá þeirri þróun við mat á samruna þessum.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var það frummat sett fram að forsendur kynnu enn að vera fyrir hendi til að skilgreina sérstakar netverslanir með hreinlætis- og snyrtivörur

⁶³ Felt út vegna trúnaðar.

⁶⁴ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 22. mars 2000 í máli nr. T-125/97, Coca-Cola Company gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 82. Í dómi undirréttar ESB frá 14. desember 2005 í máli nr. T-210/01, GE gegn framkvæmdastjórninni, var fjallað um það sjónarmið samrunaaðila að mat framkvæmdastjórnarinnar á samruna þeirra væri í ósamræmi við eldri ákvarðanir á þeim mörkuðum sem um var að tefla. Benti dómstóllinn á þetta: „118 In that connection, 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.

119 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 (see, to that effect, Case T-347/94 *Mayr-Melnhof v Commission* [1998] ECR II-1751, paragraph 368; and Case T-203/01 *Michelin v Commission* [2003] ECR II-4071, paragraphs 254 to 255, 292 and 293). A fortiori, they cannot plead such an expectation to challenge findings or assessments made in a given set of proceedings by invoking findings or assessments made in the context of just one previous case.”

⁶⁵ Sjá Árbók verslunarinnar 2016 - Hagtölur um íslenska verslun, t.d. bls. 13. Skýrslan er aðgengileg á vefslóðinni: http://rsv.is/Files/Skra_0076048.pdf (Sótt 24.4.2017)

sem sérstakan markað jafnvel þó aðrar tegundir verslana kunni í einhverjum tilvikum að starfrækja netverslun samhliða almennri verslun sinni. Að mati Samkeppniseftirlitsins væri þó ljóst að það myndi litlu breyta um stöðu samrunaaðila og mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans hvort netverslanir væru hluti af markaðnum eða ekki, sbr. nánari umfjöllun um markaðshlutdeild hér á eftir.

Samkeppniseftirlitið tekur undir það með samrunaaðilum að línan á milli netverslana og venjulegra verslana er ekki jafn greinileg og áður. Ljóst er að meirihluti heimila er nú með aðgang að internetinu og verslun á netinu hefur færst töluvert í aukana, en virðist þó enn vera mjög mismikil eftir vöruflokkum.

Í skýrslu Rannsóknaseturs verslunarinnar frá 2015 *Íslensk netverslun – greining á stöðu og framtíðarhorfur*, var talið að velta íslenskrar netverslunar hafi verið um 3,5 milljarðar króna árið 2013, sem nam um 1% af heildarsmásvölu á Íslandi það árið.⁶⁶ Í skýrslunni var áætlað að íslenskir neytendur hefðu keypt vörur í gegnum erlendar netverslanir fyrir um 3,5 milljarða króna það ár. Samtals hafi netverslun Íslendinga numið um sjö milljörðum króna.⁶⁷ Í skýrslunni er jafnframt rakið að vinsælustu vörutegundir sem keyptar eru í netverslun, hvort sem horft er til innlendrar eða erlendar netverslunar væru raftæki, fatnaður og bækur.⁶⁸ Í skýrslunni var tekið fram að snyrti- og heilsuvörur hafi staðið undir um 10% af heildarvölu innlendrar netverslunar í smásölu, eða um 350 milljónum króna, og var sérstaklega tekið fram að sala á vörum í flokknum snyrti- og heilsuvörur væri meiri til útlanda en til innlendra kaupenda. Þá var tekið fram að ýmis dæmi væru um að hefðbundnar verslanir sem hefðu sett netverslun á laggirnar sem viðbót við starfsemi sína hefðu náð töluverðri markaðshlutdeild netverslunar þótt einnig væru dæmi um hið gagnstæða. Í skýrslunni var einnig rakið að allt bendi til þess að aukinn samruni myndi eiga sér stað meðal netverslana og hefðbundinna verslana. Þannig muni verslanir framtíðarinnar verða sambland af þessum tveimur tegundum og skilin þarna á milli verði sífellt ógreinilegri.⁶⁹ Í Árbók verslunar 2016 - *Hagtölur um íslenska verslun*, var einnig tekið fram að þó enn væri vöxtur í kaupum frá erlendum netverslunum virðist landsmenn kjósa í meira mæli að eiga viðskipti við innlendar netverslanir. Í skýrslunni var velta íslenskrar netverslunar áætluð að lágmarki um fimm milljarðar króna árið 2015 án vsk., sem nam um 1,25% af heildarvölu íslenskrar smásvöluverslunar.⁷⁰ Líkt og áður segir var stærstur hluti netverslunar hér á landi sala á raftækjum. Þá var jafnframt tekið fram að alltaf væri erfiðara að mæla hver væri hlutur netverslunar í samanburði við hefðbundna verslun. Ástæðan væri sú að þessar tvær tegundir verslana rynnu sífellt meira saman í eina heild.⁷¹

⁶⁶ Er þá átt við sölu innlendra netverslana en ekki völu af vörukaupum sem neytendur kaupa af erlendum netverslunum. Sjá bls. 20 í skýrslunni. Skýrsluna má finna á eftirfarandi vefslóð: http://www.rsv.is/files/Skra_0069861.pdf (sótt 24.4.2017). Ein helsta ástæða þess var talin sú að markaðurinn á Íslandi væri lítill sem gerði verslunum erfitt um vik að bjóða vöruverð samkeppnishæft við erlendar stórverslanir. Önnur meginástæða var talin sú nálægð sem flestir landsmenn hafa við hefðbundnar verslanir.

⁶⁷ Sjá bls. 50 í skýrslunni.

⁶⁸ Þetta væru einnig mest keyptu vörutegundir á netinu þegar horft væri á netverslun alþjóðlega.

⁶⁹ Jafnframt var bent á að flest fyrirtæki sem rækju 50 stærstu netverslanir heims væru með hefðbundin verslunarrekstur sem grunn. Þannig væru 39 af 50 stærstu netverslunum í heiminum líka meðal 250 stærstu hefðbundnu verslana í heiminum. Wal- Mart er meðal þessara verslana þó netverslun sé innan við 2% af völu fyrirtækisins (Deloitte LLP, 2014).

⁷⁰ Í skýrslunni kemur fram að til þess að meta heildarumfang netverslunar afluði Rannsóknasetur verslunarinnar upplýsinga frá um 60 verslunum sem ekki eru með skráða aðalstarfsemi sína sem netverslun en fá þó töluverðan hluta völu sinnar með netverslun. Við þær tölur sem Rannsóknasetur verslunarinnar afluði var bætt opinberum tölum um völu netverslunar samkvæmt atvinnugreinaflokkun. Þær tölur voru fengnar úr skráum um virðisaukaskattsuppgjör hjá Hagstofunni.

⁷¹ Flestar hefðbundnar verslanir bjóða viðskiptavinum sínum einnig að kaupa gegnum netið en aðgreina ekki hvorn hluta fyrir sig í bókhaldi sínu. Þá fer kaupferli á vörum í síauknum mæli að hluta til fram gegnum yfir netið

Í bréfi Haga frá 3. maí 2017 ítrekar fyrirtækið þau sjónarmið sem fram komi í samrunaskrá varðandi markaðsskilgreiningu hreinlætis- og snyrtivörumarkaðar. Hagar telji ljóst að neytandinn hafi tilgreindar söluleiðir í huga og geri verðsamanburð, en að mati Haga séu snyrtivöruneytendur mjög næmir fyrir verðbreytingum. Varðandi netverslun er tekið fram að samkeppnisyfirvöld hafi í ýmsum löndum á undanförunum árum stigið það skref að líta til samkeppnislegs aðhalds frá netverslunum, þegar áhrif á smásöluverslun eru metin. Í samrunaákvörðun franskra samkeppnisyfirvald í samrunamáli *FNAC/Darty* frá síðasta ári, hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að samkeppnislegt aðhald frá netverslun væri orðið nægilega mikið á viðkomandi markaði (fyrir sjónvörp og ýmsan tæknibúnað) að markaðsskilgreiningin ætti að taka til netverslana jafnt sem „fýsískra“ verslana, en ekki ætti eingöngu að líta til þess aðhalds við mat á áhrifum. Í eldri ákvörðunum hafi oft verið litið til þess samkeppnislega aðhalds sem stafi frá netverslunum, t.a.m. í ákvörðun bandarískra samkeppnisyfirvalda í máli er varðaði samruna tveggja stórra smásala skrifstofuvara. Af skýrslu KPMG International frá 2017 megi ætla að svipuð verðlagning sé innan hvers snyrtivörumerkis, hvort sem varan sé seld á netinu eða í verslun, sem jafnframt styrki niðurstöðu um einn markað. Ítrekuðu Hagar þessi sjónarmið sín í athugasemdum við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins og tóku jafnframt fram að aðgangur að internetinu sé lítil sem engin fyrirstaða að mati Haga.

Samkeppniseftirlitið telur rétt að benda á að eðli viðkomandi markaðar hefur áhrif á markaðsskilgreiningar í hverju máli fyrir sig. Meginástæður fyrir aðgreiningunni á milli fyrrgreindra tveggja söluleiða hafa lotið að fjórum mismunandi þáttum. Í fyrsta lagi mismunandi upplifun neytandans við verslun. Þegar neytandinn kaupir vörur á staðnum getur hann t.a.m. skoðað viðkomandi vörur og fengið ráðgjöf auk þess sem flestar þær vörur sem eru í hillum eru til reiðu. Í tilfelli netverslana geti hann keypt vöruna hvenær sem er og hvar sem er. Í öðru lagi eru gæði þjónustunnar mismunandi, mun betri í hefðbundnum verslunum, en í netverslunum. Í þriðja lagi þurfi verslanir, sem reka jafnframt netverslanir, að hafa samkvæmni í sölu og þjónustu sinni á meðan hreinar netverslanir séu ekki í þeirri stöðu að þurfa það. Í fjórða lagi að verðstefna hreinna netverslana sé oft á tíðum mun ágengari en hefðbundinna verslana.⁷² Varðandi netverslanir hefur einnig verið bent á að til þess að geta keypt í netverslunum þurfi kaupandi að hafa aðgang að internetinu og kaupandinn þurfi almennt að hafa kreditkort til umráða. Enn fremur geti tekið tíma að afgreiða slíkar netpantanir til kaupanda.

Því hafa t.d. samkeppnisyfirvöld ESB talið rök standa til þess að greina á milli fjarsölu, s.s. póstpöntunar og netverslunar, og sölu í öðrum tegundum verslana (e. sales through shops). Í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 22. apríl 1999 í máli nr. M.1407, *Bertelsmann/Mondadori*, var talið mögulegt að skilgreina sérstakan fjarsölumarkað, eins og t.d. bókaklúbba, póstpöntun (e. mail order) og vefverslanir, sem væru aðgreindir frá sölu bóka í hefðbundnum verslunum. Meginástæður fyrir þessari aðgreiningu væru m.a. þær að í fjarsölu eigi neytandinn möguleika á að velja bækur af vörulista (e.catalogue) heima hjá sér, en ekki í návist seljandans. Hann gæti fengið vöruna senda heim til sín og að þeir neytendur sem búa í afskekktum landshlutum ættu engan annan kost en að nýta

og að hluta til með hefðbundnum hætti í verslun. Stafræn tækni sem aðlöguð hefur verið fyrir notendur snjallsíma er orðinn hluti af ferlinu við að velja og greiða fyrir vörur. Verslunarhættir breytast hratt um þessar mundir með hjálp stafrænnar tækni og nýjum samskiptamáta í snjallsímum og á samfélagmiðlum.

⁷² Sjá ákvörðun nr. 16-DCC-111, frá 27. júlí 2016.

sér fjarsölu. Í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 7. janúar 2004 í máli nr. M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP*, áréttaði framkvæmdastjórnin þessi sjónarmið.

Ljóst er að netverslun getur haft veruleg áhrif á t.d. starfsemi hefðbundinna smásala. Hins vegar verður að skoða þau áhrif á hverjum markaði fyrir sig. Hér má horfa til þess að í lokaskýrslu framkvæmdastjórnar ESB vegna markaðsrannsóknar (e. Sector Inquiry) hennar á netviðskiptum (e. commerce) frá 10. maí 2017 kemur fram að þau hafi aukist verulega á undanförunum árum. Seljendur (bæði framleiðendur og eftir atvikum smásalar) á vörum eins og t.d. fatnaði, skóm, tölvuleikjum og snyrtivörum hafi brugðist við aukinni samkeppni með því að reyna að hafa betri stjórn á söluleiðum sinna vara, s.s. með því að selja sjálfir í smásölu og auka vægi tiltekinna dreifingarsamninga (e. selective distribution agreements) í viðskiptum smásala. Telur framkvæmdastjórnin að um geti verið að ræða aðgerðir sem kunni að hindra samkeppni frá netverslunum.⁷³ Ætli framkvæmdastjórnin m.a. að beita sér gegn slíkum aðgerðum sem reynast raska samkeppni.⁷⁴

Í framangreindri ákvörðun franskra samkeppnisyfirvalda frá 27. júlí 2016 í máli nr. 16-DCC-111, *FNAC/Darty*, voru færð rök fyrir markaðsskilgreiningunni m.a. á þeim forsendum að vörur og þjónusta á viðkomandi markaði (fyrir sjónvörp og ýmsan tæknibúnað) væru að verða einsleitari. Aukin þjónusta netverslana fælist m.a. í möguleika á rauntíma „*spjalli*“ við sölufulltrúa, auðveldari og betri afhendingarmáta, –tíma og möguleika til þess að skila vörum. Í öðru lagi að hefðbundnar verslanir hafi á sl. þremur árum lækkað verð til samræmis við netverslanir. Í þriðja lagi að breytt neyslumynstur sé að leiða til aukins vægis netverslana sem leiði til þess að hefðbundnar verslanir þurfi í raun að hafa netverslun. Þar sem hefðbundnar verslanir þurfi að hafa samræmi á milli netverslunar sinnar, s.s. verðs, og hefðbundinnar verslunar sinnar sé nær ómögulegt fyrir þá verslunarrekendur að reka þessar tvær söluleiðir óháðar hvor annarri. Hafi þessar breytingar því leitt til þess í Frakklandi að internetsala á þeim vörumarkaði sem var til skoðunar nemi 20-30% af markaðnum. Í umræddri ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá febrúar 2016 kemur hins vegar fram að smásala snyrtivara í Frakklandi í gegnum netverslun hafi numið um 9% af

⁷³ „(15) *These market trends significantly affect the distribution and pricing strategies of both manufacturers and retailers. As a reaction to increased price transparency and price competition, manufacturers have sought greater control over distribution networks, with a view to better controlling price and quality. This translates into an increased presence of manufacturers at the retail level and increased recourse to agreements or concerted practices between manufacturers and retailers ('vertical restraints'), affecting competition among retailers selling the same brand ('intra-brand competition'). The Final Report provides indications of the following most typical market trends:*

(i) *A large proportion of manufacturers decided in the course of the last ten years and in reaction to the growth of e-commerce, to sell their products directly to customers through online retail shops, thereby competing increasingly with their own independent distributors.*¹⁰

(ii) *An increased recourse to 'selective distribution systems',¹¹ where manufacturers set the criteria that retailers must meet to become part of the distribution network and where all sales to unauthorised retailers are prohibited. Manufacturers explicitly acknowledge that they use selective distribution as a reaction to the growth of e-commerce as it allows them to better control their distribution networks, in particular in terms of the quality of distribution but also price. The results of the e-commerce sector inquiry indicate that both the number of selective distribution agreements and the use of selection criteria have increased significantly over the last ten years.*

(iii) *An increased recourse to vertical restraints that allow for a greater control over the distribution of products. Depending on the business model and strategy, restraints may take various forms, such as pricing restrictions, marketplace (platform) bans, restrictions on the use of price comparison tools and the exclusion of pure online players from distribution networks.*”

⁷⁴ „(75) *In the light of the results of the e-commerce sector inquiry, the Commission will therefore:*

(i) *target enforcement of the EU competition rules at the most widespread business practices that have emerged or evolved as a result of the growth of e-commerce and that may negatively impact competition and cross-border trade and hence the functioning of a Digital Single Market;*

(ii) *broaden the dialogue with national competition authorities within the European competition network on e-commerce-related enforcement to contribute to a consistent application of the EU competition rules as regards e-commerce-related business practices.*”

heildarmarkaðnum fyrir smásölu snyrtivara.⁷⁵ Því sé ekki augljóst að sömu sjónarmið eigi við um snyrtivörumarkaðinn. Í ákvörðuninni segir um þetta:

„Although the competitive constraints exerted by pure online players appear to be somewhat limited, their importance is expected to increase in the coming years. The competitive position of such players would nonetheless be relevant in a number of countries with high penetration of internet sales and will be taken into account in the competitive assessment of the country sections below, such as for the Czech Republic or for Slovakia.”⁷⁶

Í ákvörðuninni kemur fram að netsala í ilmum í Tékklandi hafi numið tæplega 50% af heildarmarkaðnum og rúmlega 21% af heildarmarkaðnum fyrir förðunarvörur.

Í því máli sem hér eru til rannsóknar eru hins vegar umtalsverður munur á netverslunum annars vegar og hefðbundnum verslunum hins vegar. Jafnframt virðist geta verið umtalsverður munur á þörfum neytenda. Fyrir það fyrsta má ætla að þörf viðskiptavinar fyrir upplifun af kaupnum, þ.e. þjónustu seljanda og möguleikinn á að sjá vöruna og jafnvel prófa hana, sé meiri á markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur en á öðrum mörkuðum. Á þetta sérstaklega við um fyrstu kaup vöru, einkum í ljósi sérstaks eðlis vörunnar þar sem hún er oft á tíðum með ákveðin sérkenni, s.s. ilm, áferð, ætlaða virkni eða lit, sem neytandinn getur best greint í snertingu við hana. Þá má ætla að það sé mikilvægara fyrir neytandann að hafa möguleikann á að prófa snyrtivöru í verslun áður en hún er keypt þar sem möguleikar neytenda til að skila vörunni eftir að hún hefur verið opnuð heima fyrir eru takmarkaðri en t.d. varðandi margar aðrar vörur, s.s. sjónvörp, ýmsan tæknibúnað, fatnað og skó. Í þeim búðum þar sem „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur eru seldar gera heildsalar ákveðnar kröfur til umgjjarðar, útlits, starfsmanna o.s.frv., sbr. kafla 2.3. hér að framan. Jafnframt er þjónustustig afar mismunandi. Þeir aðilar sem vilja kaupa hreinlætis- og snyrtivörur af helstu seljendum á íslenskum markaði eiga t.a.m. ekki kost á rauntíma „spjalli“ við sölufulltrúa.

Umfang netverslunar á hreinlætis- og snyrtivörum á Íslandi er jafnframt mun minna en á þeim markaði sem var til skoðunar í téðri ákvörðun franskra samkeppnisyfirvalda, *FNAC/Darty*. Benda upplýsingar Samkeppniseftirlitsins til þess að milliliðalaus innflutningur einstaklinga sé hverfandi hluti af heildarinnflutningi í hreinlæts- og snyrtivörum eða 2,14%. Jafnframt sé flutnings- og umsýslukostnaður vegna kaupa á einstökum snyrtivörum hlutfallslega hár. Því til viðbótar virðast ekki margar innlendar sérhæfðar netverslanir fyrir hreinlætis- og snyrtivörur starfræktar hér á landi án þess að samhliða sé starfandi almenn verslun undir sama nafni. Sem dæmi má nefna að allar þær innlendu netverslanir sem tilgreindar eru í samrunaskrá meðal helstu keppinauta samrunaaðila, utan heimkaup.is, n.t.t. beautybar.is, fotia.is, shine.is, gloss.is, nola.is, eru með starfandi netverslun samhliða venjulegri verslun. Heimkaup.is, sem er sérhæfð netverslun, seldi hreinlætis- og snyrtivörur fyrir um [].⁷⁷ Í hlutfalli við heildarveltu markaðarins í sölu á þessum vörum er vægi innlendra netverslana með hreinlætis- og snyrtivörur sem

⁷⁵ Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 16. febrúar 2016 í máli nr. M.7726, *Coty / Procter & Gamble Beauty*, mgr. 170.

⁷⁶ Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 16. febrúar 2016 í máli nr. M.7726, *Coty / Procter & Gamble Beauty*, mgr. 283.

⁷⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

aðeins eru reknar sem netverslanir því hverfandi. Þá bendir athugun Samkeppniseftirlitsins rtil þess að ekki sé heimilt að selja allar hreinlætis- og snyrtivörur í netverslunum. Geti því ekki verið um staðgöngu að ræða á milli netverslana og sérverslana að því leyti.

Þá verður að hafi í huga varðandi framangreinda umfjöllun um umfang innlendrar netverslunar á síðustu árum að stærstu smásalarnir sem reka almennar verslanir eru einnig með starfandi netverslanir þar sem viðskiptavinum býðst að kaupa a.m.k. hluta vöruúrvalsins á netinu. Má þannig ætla að velta netverslana þeirra sé hlutfallslega mikil í samanburði við aðrar innlendar netverslanir.

Í svörum smásala á hreinlætis- og snyrtivörum við spurningakönnun Samkeppniseftirlitsins var enginn aðili, af þeim 24 svörum sem bárust, sem nefndi hreina netverslun (e. *pure online players*) sem sinn helsta keppinaut né þann sem kæmi þar á eftir. Tveir svarendur, af 24, nefndu hreinar netverslanir sem sinn þriðja helsta keppinaut. Í öðru svarinu var ekki tilgreint um hvaða netverslun væri að ræða en í hinu tilvikinu nefndi aðilinn [],⁷⁸ sem sinn þriðja helsta keppinaut. Vægi þess aðila á íslenska markaðnum er hins vegar lítið eins og hefur komið fram.

Af niðurstöðum netkönnunar MMR sem Samkeppniseftirlitið lét framkvæma í tengslum við rannsókn þessa máls má sjá að lítill hluti svarenda höfðu keypt „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur í netverslun á sl. 12 mánuðum, en um 7,8% svarenda höfðu keypt vörurnar í erlendri netverslun og um 4,3% í innlendri netverslun.⁷⁹ Til samanburðar höfðu 50% svarenda keypt „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur í Fríhöfninni, 48% í Hagkaupum, 38% í erlendri verslun og 13% í innlendri sérverslun með snyrtivörur. Þegar spurt var um það hvar „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur hefðu oftast verið keyptar voru aðeins um 0,8% sem nefndu innlenda netverslun og 3,3% erlenda netverslun.

Samkeppniseftirlitinu barst einnig á síðari stigum málsmeðferðarinnar snyrtivörukönnun sem Hagar höfðu látið Gallup framkvæma í nóvember 2016. Niðurstöður þeirrar könnunar styðja einnig framangreinda niðurstöðu, en þar svöruðu [

] ⁸⁰ Heildarfjöldi þeirra sem svaraði því til að hafa oftast, eða seinast, keypt snyrtivörur í netverslun er því um [],⁸¹ óháð því við hvora könnunina er miðað.

Í ljósi framangreinds er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að forsendur séu til að skilgreina sérstakar netverslanir með hreinlætis- og snyrtivörur sem sérstakan markað jafnvel þó aðrar tegundir verslana kunni í einhverjum tilvikum að starfrækja netverslun samhliða almennri verslun sinni. Að mati Samkeppniseftirlitsins er þó ljóst að það myndi

⁷⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

⁷⁹ Í könnuninni var ekki tiltekið sérstaklega að átt væri við „hreinar“ netverslanir, þ.e. verslanir sem selja vörur aðeins í gegnum vefsíður sínar. Því er líklegt að hluti svarenda sem svaraði því til að hafa verslað við innlendar netverslanir hafi verslað hjá aðilum sem einnig eru tilteknir í könnuninni og reka bæði verslanir og netverslanir en margar íslenskar netverslanir bjóða einnig sömu vörur til sölu í hefðbundnum verslunum. Getur það leitt til að hlutdeild verslana sem reka einnig netverslanir sé vanáætluð m.v. svör úr könnuninni.

⁸⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

⁸¹ Fellt út vegna trúnaðar.

litlu breyta um stöðu samrunaaðila og mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans hvort netverslanir væru hluti af markaðnum eða ekki.

5.2.2.3 Um snyrtistofur, tískuverslanir o.fl.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að sala snyrtistofa, tískuvöruverslana eða líkamsræktarstöðva á hreinlætis- og snyrtivörum geti talist tilheyrta skilgreindum markaði fyrir sölu á hreinlætis- og snyrtivörum. Hefur ekki verið sýnt fram á að um sambærilega vörur eða þjónustu sé að ræða. Um allt aðra söluleið, umgjörð og vöruframboð er að ræða hjá þessum aðilum. Þar er áherslan fyrst og fremst á annars konar starfsemi og sala hreinlætis- og snyrtivara aðeins aukaafurð af rekstrinum. Má ætla að viðskiptavinur komi á snyrtistofu, í tískuvöruverslun eða líkamsræktarstöð í þeim megintilgangi að þiggja ákveðna þjónustu, kaupa fót eða skó, eða nýta aðstöðu sem þar býðst til líkamsræktar, en ekki í þeim megintilgangi að kaupa almennar eða „sér“ hreinlætis- eða snyrtivörur. Þannig þjóna umrædd fyrirtæki annarri þörf viðskiptavina en sala samrunaaðila á hreinlætis- og snyrtivörum gerir. Jafnframt má benda á að 3,6% svarenda í neytendakönnuninni höfðu keypt „sér“ hreinlætis- eða snyrtivörur í öðrum innlendum verslunum en Hagkaupum, apótekum eða innlendum séerverslunum með snyrtivöru.

Snyrtistofur og líkamsræktarstöðvar bjóða viðskiptavinum upp á rými þar sem þeir geta verið og þegið þá þjónustu eða aðstöðu sem þar býðst. Þá er helsta söluvara snyrtistofa og líkamsræktarstöðva fyrst og fremst ætluð til nota viðskiptavinar á staðnum, þó snyrtivörur kunni einnig að bjóðast til sölu til viðskiptavinar, meðan þjónusta samrunaaðila snýr í mun ríkara mæli um það að viðskiptavinir kaupi vöruna og noti hana sjálfir þegar þeim hentar.

Með vísan til alls þessa er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að sala snyrtistofa, tískuvöruverslana eða líkamsræktarstöðva á hreinlætis- og snyrtivörum geti ekki talist á sama markaði og sala samrunaaðila. Í öllu falli myndi það litlu breyta um stöðu samrunaaðila og mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans hvort slíkir söluaðilar teldust hluti af markaðnum enda gætu þessir aðilar aldrei talist nánir keppinautar samrunaaðila.

5.2.2.4 Um alhliða markað fyrir hreinlætis- og snyrtivörur

Í ljósi þess að samrunaaðilar selja báðir fjölbreytt úrval almennra og „sér“ hreinlætis- og snyrtivara var það frummat Samkeppniseftirlitsins í andmælaskjali að áhrifa samrunans myndi einkum gæta á alhliða markaði fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum úr báðum nefndum vöruflokkum. Var það þá alhliða sala Hagkaupa og tiltekinn lyfjaverslana á bæði „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum og almennum hreinlætis- og snyrtivörum sem mynda skilgreindan vörumarkað málsins. Var það frummat Samkeppniseftirlitsins að ekki væru forsendur til að fallast á að sala t.a.m. dagvöruverslana, annarra en Hagkaupa, á almennum hreinlætis- og snyrtivörum eða minni séerverslana á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum gæti talist til hins skilgreinda markaðar enda væri vöruframboð þessara verslana mun takmarkaðra. Einnig taldi Samkeppniseftirlitið að sala sérhæfðra netverslana á hreinlætis- og snyrtivörum, sem og sala annarra söluaðila, t.d. snyrtistofa og líkamsræktarstöðva, tilheyrði ekki alhliða vörumarkaði við sölu á þessum vörum. Í andmælaskjalinu var því gengið út frá því að afmarka markaðinn við sölu á alhliða og fjölbreyttu vöruúrvali hreinlætis- og snyrtivara, og aðilar sem störfuðu á slíkum markaði

væru verslanir sem byðu alla jafna bæði almennar hreinlætis- og snyrtivörur auk „sér“ hreinlætis- og snyrtivara.

Líkt og áður segir mótmæltu Hagar því að forsendur væru fyrir hendi til að skilgreina markaðinn sem alhliða markað þar sem hann lyti að mati félagsins öðrum lögmálum en þeir vörumarkaðir sem Samkeppniseftirlitið vísar til í frummati sínu. Sem fyrr segir var það mat Haga að réttara væri að skipta markaðnum í almennar hreinlætis- og snyrtivörur og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur. Í athugasemdum Haga við andmælaskjalið er því jafnframt haldið fram að sumar verslanir samrunaaðila bjóði ekki upp á alhliða úrval hreinlætis- og snyrtivara í báðum flokkum. Sú staðreynd, að eingöngu sumar verslanir samrunaaðila bjóði upp á slíkt víðtækt úrval, hafi að mati Haga bæði þau áhrif að markaðsskilgreining Samkeppniseftirlitsins standist ekki auk þess sem upplýsingar í andmælaskjalinu um markaðshlutdeild samrunaaðila á einstökum landfræðilegum mörkuðum séu fyrir vikið rangar. Beindu Hagar því til eftirlitsins að rannsaka þessa þætti með viðhlítandi hætti.

Í þessu sambandi telur Samkeppniseftirlitið rétt að benda á að það eitt að tiltekna verslanir samrunaaðila fullnægi, að mati samrunaaðila, ekki þeirri kröfu að selja alhliða úrval hreinlætis- og snyrtivara, getur að mati Samkeppniseftirlitsins ekki haft grundvallaráhrif á markaðsskilgreininguna sem slíka. Heldur hefur þetta atriði fyrst og fremst áhrif á fjölda þeirra verslana sem teljast bjóða upp á alhliða úrval og þar með markaðshlutdeild samrunaaðila miðað við þetta viðmið.

Í ljósi staðhæfinga í athugasemdum Haga um það að tiltekna verslanir Lyfju og Haga selji ekki alhliða úrval hreinlætis- og snyrtivara óskaði Samkeppniseftirlitið eftir skýringum frá samrunaaðilum á því misræmi sem virtist vera í athugasemdum Haga og þeim söluupplýsingum milli almennra og „sér“ hreinlætis- og snyrtivara sem samrunaaðilar höfðu þegar afhent Samkeppniseftirlitinu á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga. Í andmælaskjalinu lagði Samkeppniseftirlitið til grundvallar þær upplýsingar sem samrunaaðilar höfðu veitt eftirlitinu í samræmi við lagaskyldu 19. gr. laganna.

Í svarbréfum Haga og Lyfju, dags. 30. júní 2017, dró Lyfja til baka framkomnar upplýsingar um að viðkomandi verslanir seldu ekki vörur í báðum flokkum auk þess sem félagið sendi jafnframt leiðréttingu á söluupplýsingum milli flokka í einstakra verslunum. Hagar töldu ekki þörf á að gera breytingar á sundurliðun milli almennra og „sér“- hreinlætis- og snyrtivara í einstaka verslunum frá fyrri svörum sínum til Samkeppniseftirlitsins, en áréttuðu að félagið teldi eftir sem áður að ákveðnar verslanir seldu ekki slíkt alhliða úrval.

Í ljósi framkominna sjónarmiða frá Lyfju fær Samkeppniseftirlitið ekki annað ráðið en að verslanir Lyfju fullnægi almennt kröfum til að selja alhliða úrval, þ.e. vörur í báðum flokkum. Það sama megja segja um tiltekna verslanir Hagkaupa. Hefur Samkeppniseftirlitið haft hliðsjón af sjónarmiðum Haga um MAC í Kringlunni og einnig hefur eftirlitið fengið nákvæmari upplýsingar frá öðrum smásölum sem selja hreinlætis- og snyrtivörur.

Sjónarmið í samkeppnisrétti styðja það að verslanir sem bjóða upp á breitt vöruúrval á tilteknum flokki vara starfi á öðrum markaði en t.d. sérverslanir sem bjóða mun takmarkaðra úrval. Þjónusta hinna fyrrnefndu verslana er einfaldlega ekki hin sama og hjá

sérverslunum.⁸² Dagvöruverslanir og alhliða byggingavöruverslanir eru dæmi um þetta og eru t.d. ekki á sama markaði og annars vegar t.d. bakarí og hins vegar verslanir sem aðeins selja flísar.

Í þessu máli er ljóst að bæði Hagar og Lyfja reka verslanir sem bjóða upp á alhliða úrval af hreinlætis og snyrtivörum. Eru fyrirtækin að þessu leyti nánari keppinautar en t.d. Hagkaup og Krónan sem býður upp á takmarkaðra úrval af umræddum vörum. Er því gagnlegt í málinu að hafa hliðsjón af stöðu þeirra aðila sem bjóða upp á alhliða úrval af viðkomandi vörum.

5.2.2.5 Samandregin niðurstaða

Með vísan til umfjöllunar hér að framan er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum megi skipta í tvo vöru- eða þjónustumarkaði:

- Markað fyrir smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum og
- Markað fyrir smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum.

Vörur sem falla undir fyrrnefnda markaðinn eru fjöldaframleiddar og ódýrari og ekki sömu gæðakröfur gerðar til þeirra eða þeirra aðila sem þær selja. Eru vörur í þessum flokki seldar hjá ýmsum söluaðilum. Vörur sem falla undir síðarnefnda markaðinn eru dýrari vörur og almennt markaðssettar sem meiri gæðavara. Þá er ákveðin þjónusta og umgjörð alla jafna

⁸² Í þessu sambandi má t.d. líta til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 19/2002, *Kaup Byko hf., Húsmiðjunnar hf. og Kaupfélags Skagfirðinga svf. á hlutum í Steinullarverksmiðjunni hf.*, þar sem fjallað var um byggingavörumarkaðinn. Í ákvörðuninni kom fram að þróast hefðu svokallaðar alhliða byggingavöruverslanir með áherslu á breitt vöruúrval á sviði byggingavara. Jafnframt kom fram að svipuð þróun hefði orðið á öðrum sviðum verslunar hér á landi og erlendis, s.s. við sölu á matvöru, sbr. m.a. umfjöllun um vörumarkaðinn í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/1999 *Yfirtaka Baugs hf. á Vöruveltunni* í ákvörðun samkeppnisráðs. Þá var í þessu sambandi nefnd þróun verslana hér á landi sem bjóða rítföng og skrifstofuvörur, s.s. Penninn og Office 1, en slíkar verslanir legðu sífellt meiri áherslu á að kaupendur slíkra vara gætu nálgast þær allar á einum stað. Auk slíkra alhliða byggingavöruverslana væru starfandi sérverslanir með ýmsa vöruflokkum sem einnig væru seldir í áðurnefndum alhliða byggingavöruverslunum. Einkenni slíkra sérverslana væri gjarnan mikið vöruúrval innan þess vöruflokkis sem þær sérhæfðu sig í og víðtæk þjónusta við viðskiptavinum. Það var mat samkeppnisráðs að þótt staðganga kynni að vera á milli þeirra vara sem seldar væru í alhliða byggingavöruverslunum og slíkum sérverslunum hefði hvor verslunargerðin fyrir sig sérstöðu og þær tilheyrðu hvor sínum markaðnum. Sambærileg sjónarmið voru sett fram um skilgreiningu vörumarkaðarins í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/1999 og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2015, Byko ehf. og Norvik hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Hér má einnig vísa til umfjöllunar í Alistair Lindsay og Alison Berridge, *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, fjórða útgáfa 2012, bls. 162, en þar segir: „*In retailing markets it is common to identify a market for the provision of a basket or a range of goods. In Kesko/Tuko the Commission identified a market for a „one stop shopping“ service for the provision of a basket of daily consumer goods in a supermarket environment. In Buhrmann/Sama Office Supplies (COMP/M.2286) the Commission found that the market was the provision of office supplies to customers employing a large number of office workers. Similarly, in Blokker/Toys R Us the Commission examined the market for retail outlets which sold a broad assortment of toys throughout the year. Finally, the US Supreme Court has defined a market to include a cluster of banking services, including current and savings accounts, loans and related banking services.*“ Í umræddu Blokker/Toys R Us máli var þannig ekki fallist á að verslanir sem seldu lítið úrval leikfanga (t.d. dagvöruverslanir, bensínstöðvar eða lyfjaverslanir) væri á sama markaði og alhliða leikfangaverslanir sem selja mikið úrval leikfanga. Benti framkvæmdastjórnin m.a. á þetta: „The specialized toy outlets can be distinguished from other retail channels because they carry throughout the whole year a broad assortment of toy products specifically aimed at children. These specialized outlets enable consumers to make a choice from a broad assortment.“ Í Kesko/Tuko málinu skilgreindi framkvæmdastjórn ESB markaðinn sem „the provision of a basket of fresh and dry food-stuffs and non-food household consumables sold in a supermarket environment. The market does not include sales at specialised stores, kiosks and petrol stations.“ Það kemur einnig fram að samkeppni eigi sér stað milli; „supermarkets and other stores that are able to provide the kind of wide selection that enables the consumer to purchase most of the household necessities in a “one-stop shop”, with attendant conveniences, such as parking facilities, trolleys etc.“ Í dómi alríkisdómstóls í bandarísku samkeppnismáli segir: „[e]ven if convenience stores competitively price a few food items, such as bread and milk, in direct competition with supermarkets, such is not sufficient to justify inclusion of all retail grocery sales from whatever outlet in the relevant product market“. Byggt er á samskonar Bon-Ton Stores, Inc. v. May Dep't Stores Co., 881 F. Supp. 860, 869 (W.D.N.Y. 1994); American Stores, 697 F. Supp at 1129

boðin í tengslum við sölu á þeim hjá smásölum. Verður markaðshlutdeild samrunaaðila metin í samræmi við framangreint. Er þetta sama markaðsskilgreining og Hagar leggja til.

Þess ber þó að geta að framkvæmdastjórn ESB hefur getið þess að skilin á milli þessara tveggja markaða séu að verða óljósari.⁸³ Til frekari glöggvunar mun Samkeppniseftirlitið horfa á samanlagða hlutdeild fyrirtækja í sölu á bæði umræddum „sér“ og almennum vörum. Með þessu móti er stuðlað að því að lagt sé heildstætt mat á samkeppnisleg áhrif þessa samruna. Að mati Samkeppniseftirlitsins er þó ljóst að það myndi litlu breyta um stöðu samrunaaðila og mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans hvort sem litið væri á markaðina saman eða þá aðgreinda, sbr. nánari umfjöllun hér síðar.

Þá telur Samkeppniseftirlitið gagnlegt að horfa sérstaklega á stöðu þeirra fyrirtækja sem selja fjölbreytt vöruúrval hreinlætis- og snyrtivara („sér“ og almennar), sbr. einnig umfjöllun hér eftir um markaðshlutdeild á þessu sviði.

Einnig telur Samkeppniseftirlitið með hliðsjón af þeim atriðum sem rakin hafa verið hér að framan að sala Fríhafnarinnar á hreinlætis- og snyrtivörum sé ekki á sama markaði og verslana utan fríhafnarsvæðisins. Loks telur Samkeppniseftirlitið að ekki beri að horfa til sölu sérhæfðra netverslana á hreinlætis- og snyrtivörum, sem og sölu annarra söluaðila (t.d. snyrtistofa og líkamsræktarstöðva).

6. Markaðir fyrir heilsuvörur

6.1 Sjónarmið samrunaaðila

Af sjónarmiðum samrunaaðila er ljóst að þeir líta svo á að mögulega megi skilgreina sérstakan undirmarkað dagvörumarkaðarins fyrir heilsuvörur. Í samrunaskrá segir m.a. að „[m]argir aðilar [séu] á markaði fyrir smásölu á lífrænt ræktuðum matvörum og bætiefnum („heilsuvörum)“ og nefna í því sambandi m.a. dagvöruverslanir, apótek og sérverslanir með lífræna matvöru og bætiefni, svo og netverslanir, sem helstu keppinauta á markaðnum, en þó er tekið fram að sumar þeirra starfi á afmörkuðum hluta umrædds markaðar.

Í athugasemdum Haga við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins kemur fram að Hagar hafi í samrunaskrá benti á að samruninn kunnir að hafa áhrif á markað fyrir smásölu með „heilsuvörur“ og áskilji félagið sér allan rétt vegna markaðsskilgreiningar í andmælaskjali.

Í athugasemdum Haga er vakin sérstök athygli á því að við ákvörðun markaðshlutdeilda í andmælaskjalinu virðist ekki tekið tillit til sölu á vítamínum, steinefnum og fæðubótarefnum sem fer fram á líkamsræktarstöðvum og í sérverslunum með fæðubótarefni, en allnokkur hluti, sérstaklega af fæðubótarefnum, sé seldur þar. Er þessari afstöðu í frummati Samkeppniseftirlitsins sérstaklega mótmælt.

⁸³ Sbr. áðurnefnda ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 16. febrúar 2016 í máli nr. M.7726, Coty / Procter & Gamble Beauty Business, en þa segir: „... On the other hand, there has been some blurring in recent years: the selective distribution model has not been watertight allowing for some mixing of mass and prestige and the "masstige" segment has progressively become more important.“ (mgr. 30 og 36).

Einnig gera Hagar athugasemdir við það frummat Samkeppniseftirlitsins að skilgreina megi sérstakan markað fyrir mat- og drykkjarvörur í flokki heilsuvara sem dagvörur sem séu markaðssettar sem heilsusamlegri og/eða umhverfisvænni kostur en venjulegar sambærilegar dagvörur en hafa hvorki lífræna vottun né eru merktar með áreiðanlegum umhverfismerkjum. Telja Hagar að þessa skilgreiningu mjög óskýra og að erfitt sé að átta sig á því hvaða vörur falli þarna undir. Þá er því mótmælt að vörur sem eru umhverfisvænar teljist til heilsuvara. Það að vara sé umhverfisvæn leiðir ekki endilega til þess að hún sé heilsusamleg. Af því leiði að telja verði óeðlilegt (og órökstutt) að fella umhverfisvænar vörur undir heilsuvörur.

6.2 Sjónarmið hagsmunaaðila

Samkeppniseftirlitið sendi athugasemdir Haga til umsagnar 19 hagsmunaaðila. Í bréfinu var sérstaklega óskað eftir sjónarmiðum aðila varðandi framangreindar athugasemdir Haga um þýðingu markaðshlutdeildar líkamsræktarstöðva og sérverslana með fæðubótarefni og skilgreiningu markaðar fyrir mat- og drykkjarvörur í flokki heilsuvara.

Í umsögn *Samkaupa* kemur fram að líkamsræktarstöðvar og sérverslanir með fæðubótarefni geti aldrei keppt við stærri aðila í sölu þessara vara því slíka söluaðila muni alltaf skorta stærðarhagkvæmni því eftir því sem eftirspurn eftir slíkum vörum eykst þá munu stærri aðilar hefja sölu á þeim í verslunum sínum. Að þessu sögðu fallast Samkaup á skilgreiningu Samkeppniseftirlitsins í þessu efni.

Í umsögn *Basko* kemur fram að þeir hafi almennt ekki talið sig í samkeppni við aðila sem hafa sérhæfðara og dýpra vöruúrval og þjónustu í þessum flokkum, hvort sem það eru líkamsræktarstöðvar eða sérverslanir með slíkar vörur.

Í umsögn *Apóteks Vesturlands* kemur fram að líkamsræktarstöðvar og sérverslanir fyrir þá sem stunda líkams- og vaxtarækt bjóði fyrst og fremst upp á efni til vöðvauppbyggingar (prótein) og efni til kolvetnahleðslu, fremur en eiginleg vítamín, bætiefni og almennar heilsuvörur.

6.3 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Athugun Samkeppniseftirlitsins hefur leitt í ljós að samrunaaðilar selja báðir vörur í þeim vöruflokkum sem mögulega geta flokkast sem „heilsuvörur“, einkum vítamín og bætiefni, lífrænt ræktuð mat- og drykkjarvara og önnur mat- og drykkjarvara sem gæti flokkast sem heilsuvara, s.s. náttúrulegar vörur, mjólkurlausar vörur, hráfæði og glúteinlausar vörur.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að heildarmarkaður fyrir heilsuvörur í víðum skilningi er mjög fjölbreyttur. Þegar horft er á einstaka vöruflokkana sem þarna eru tilgreindir út frá sjónarhóli viðskiptavina (í þessu tilviki endanlegra neytenda) er ljóst að flokka má vöru innan hans í marga undirflokkana eftir eðli og ætlaðri notkun.

Af framkomnum upplýsingum frá aðilum á markaðnum er ljóst að mikil þróun og vöxtur hefur verið í lífsstílsvörum á Íslandi á síðustu misserum og hafa dagvöruverslanir aukið vöruframboð sitt í slíkum vörum til að mæta aukinni eftirspurn neytenda, m.a. með sérstökum deildum innan verslana sinna sem leggja áherslu á „heilsusamlegar“ vörur, s.s. vítamín og bætiefni, lífræna mat- og drykkjarvörur, auk annarra mat- og drykkjarvara

sem flokkast geta sem heilsuvara, s.s. glúteínlaus vara, hráfæði, vegan eða náttúrulegra vara. Kemur þetta fram í gögnum málsins og hefur hér talsverða þýðingu að litið er svo á að samrunaaðilar hafi verið í beinni samkeppni að þessu leyti.⁸⁴

Samkeppniseftirlitið hefur í þessu máli tekið til skoðunar hvort gera megi greinarmun á framangreindum vöruflokkum sem samrunaaðilar telja að megi mögulega skilgreina sem „heilsuvörumarkað“ og almennum sambærilegum vörum. Þá hefur Samkeppniseftirlitið tekið til skoðunar hvort gera megi greinarmun á vöruflokkum innan mögulegs heilsuvörumarkaðar, s.s. vítamínnum og bætiefnum, lífrænum mat- og drykkjarvörum og heilsuvörum. Í tengslum við rannsókn málsins framkvæmdi Samkeppniseftirlitið spurningakönnun þar sem söluaðilar, bæði á smásölu- og heildsölustigi voru spurðir tiltekinna spurninga sem ætlað var að meta mögulega staðgöngu á milli vara innan viðkomandi flokka. Verður fjallað um niðurstöður hennar eftir því sem við á í tengslum við efnislega umfjöllun hér í framhaldinu.

6.3.1 Markaður fyrir vítamín, steinefni og bætiefni

Í EES/ESB samkeppnisrétti hafa verið taldar forsendur til að skilgreina sérstakan heildarmarkað fyrir vítamín, steinefni og bætiefni (e. Vitamins Minerals and Supplements eða „VMS“). Framkvæmdastjórn ESB hefur í fyrri ákvörðunum talið að skilgreina megi einstök vítamín, s.s. A, C, og D vítamín, sem sérstaka vörumarkaði auk þess sem greina megi á milli fjölvítamína með steinefnum og án steinefna.⁸⁵ Þá kunni að vera forsendur til að skilgreina bætiefni í frekari undirmarkaði eftir mismunandi tilgangi þeirra (s.s. fyrir meltingu, liði o.s.frv.). Að auki megi aðgreina bætiefni frá öðrum vörum, þó þær kunni að hafa sama tilgang, þar sem bætiefni eru í pilluformi til inntöku.⁸⁶

Samkeppniseftirlitið telur að aðstæður hér á landi séu sambærilegar og í fyrri málum framkvæmdastjórnar ESB og annarra samkeppnisyfirvalda að þessu leyti. Þannig eru þeir smásalar sem bjóða upp á vítamín, steinefni og bætiefni fyrirtæki sem bjóða upp á sambærilega breitt úrval af þessum vörum.

Vítamín, steinefni og bætiefni eru ætluð til inntöku samhliða hefðbundnu mataræði og koma því þessar vörur til viðbótar matvælum og öðrum hreinlætis- og snyrtivörum. Ástæða

⁸⁴ [

]. Fellt út vegna trúnaðar.

⁸⁵ Sjá m.a. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. M.6162, *PFIZER/ FERROSAN CONSUMER HEALTHCARE BUSINESS*. Einnig má hafa hliðsjón af ákvörðun breska samkeppniseftirlitsins í máli ME/6559/15, *NBTY Inc. and NBTY/ Dr Organic Limited*.

⁸⁶ Sjá m.a. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli M.2773 – *Nestlé/ L’Oreal/Inneov*, mgr. 11 og 13: „*The market test has confirmed that the regulatory framework is totally different between food supplements with cosmetic objectives and topic cosmetic product. Moreover, customers perceive these two kinds of products differently primarily because the first ones consist in taking pills whereas the second ones consist in applying a cream on the skin. Furthermore the time to feel an effect (immediate effect for topical cosmetics and generally non immediate for food supplements with cosmetic purposes) and the duration of this effect appears to be different as well. With regards to supply-side substitutability, producers of topic cosmetic products answered that their production facilities are not designed and equipped to manufacture food products. It would need new resources to enter into its new business. ...*

13. The market investigation has shown that, with regard to the substitutability between food supplement with cosmetic purposes and those with nutritional purposes, the differences in effects make them relatively not substitutable with one another. The latter are used to complement the person’s diet. This is not the case for the other kind of product. The customers would be consequently very different thus implying a very different way to market them.“

kann að vera til að skipta framangreindum mörkuðum niður eftir formi inntöku, þ.e. töflur, duft eða vökva. Sú skipting er þó óþörf þar sem hún myndi ekki hafa áhrif á niðurstöðu málsins.

Í tengslum við rannsókn málsins var leitað álits söluaðila á því hvort fæðubótarefni sem innihalda t.d. vítamín og/eða steinefni, teljist viðbót við venjulegt fæði og geti verið með hátt hlutfall af vítamínum, steinefnum eða annars konar efnum sem hafa næringar- eða lífeðlisfræðileg áhrif, en komi ekki í stað mat- eða drykkjarvöru eða hreinlætis- og snyrtivöru. Mikill meirihluti svarenda taldi að þessi skilgreining ætti við, eða 94% svarenda.⁸⁷ Söluaðilar voru einnig spurðir um viðbrögð við því ef innkaupsverð í flokkunum vítamínum, bætiefnum eða steinefnum myndi almennt hækka varanlega um 5-10%, hvort það myndi leiða til þess að fyrirtæki myndi hætta að kaupa slíkar vörur og kaupa þess í stað aðrar vörutegundir. Mikill meirihluti þeirra sem svaraði þessari spurningu svaraði henni neitandi, eða 92%.⁸⁸

Þá er það mat Samkeppniseftirlitsins að bætiefni til vaxtarræktar tilheyri ekki umræddum markaði. Ástæðan er sú að ekki sé staðganga fyrir neytendur á milli vítamína, steinefna og bætiefna annars vegar svo og vara sem notaðar eru til vaxtarræktar, s.s. próteindufts og annarra vara sem ætlaðar eru til vaxtaræktar, hins vegar. Slíkar vörur uppfylla ekki þarfir neytenda með sama hætti og vítamín, steinefni og bætiefni þar sem önnur notkun er á þeim vörum. Leiðir framangreint til þess að bætiefni til vaxtarræktar teljast ekki tilheyra markaði fyrir vítamín, steinefni og bætiefni.⁸⁹

Í ljósi athugasemda Haga um að ekki hafi verið tekið tillit til markaðshlutdeildar líkamsræktarstöðva og sérverslana með fæðubótarefni, við mat á markaðshlutdeild á markaði fyrir sölu vítamína, steinefna og bætiefna, óskaði Samkeppniseftirlitið sérstaklega eftir upplýsingum um sölu vítamína, steinefna og bætiefna, utan bætiefna til vaxtaræktar frá helstu líkamsræktarstöðvum og sérverslunum með fæðubótarefni. Þeir söluaðilar sem eftirlitið hafði samband við voru Bætiefnabúllan, Fitness Sport, Hreysti, Sportlíf, Prótín.is, Perform.is, World Class og Hreyfing. Af framkomnum upplýsingum er ljóst að framangreindir söluaðilar selja mikið af bætiefnum til vaxtarræktar en sala viðkomandi aðila á vítamínum, steinefnum og bætiefnum er ýmist engin eða óveruleg. Þá virðist í flestum tilvikum um önnur vörumerki að ræða þar sem söluaðilar kaupa ekki vörur af sömu innlendu heildsölunum. Er það því mat Samkeppniseftirlitsins að söluaðilar fæðubótaefna sem jafnframt selja vítamín, steinefni og bætiefni skuli aðgreindir frá öðrum söluaðilum vítamína, steinefna og bætiefna. Í öllu falli sé hlutdeild þeirra í sölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum, utan bætiefna til vaxtaræktar, það lítil að hún hafi ekki áhrif á niðurstöðu málsins.

⁸⁷ Alls svöruðu 52 söluaðilar þessari spurningu. 49 af þeim sem svöruðu töldu skilgreininguna rétta, tveir töldu hana ranga og einn sagðist ekki þekkja til.

⁸⁸ Alls svöruðu 36 spurningunni og 33 af þeim sem svöruðu svöruðu neitandi, þrjú svöruðu játandi, þar af nefndi einn þeirra að ekkert annað kæmi í staðinn og varan myndi hugsanlega detta úr vöruúrvali.

⁸⁹ Sjá t.d. ákvörðun sænsku samkeppnisstofnunarinnar SCA 30. október 2014 í máli nr. 559/2013, *Investigation into Retail Price Maintenance in Sport Nutrition Market*. Málið varðaði markaðinn fyrir framleiðslu og sölu á vaxtarræktarvörum eins og próteini, kreatíni, amínó sýrum og öðrum vörum sem ætlað er bæta árangur æfinga. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB 31. janúar 2006 í máli nr. COMP/M.4083. „*Sport products are nutritional products with high energy values, developed to provide athletes an additional energy source during physical activity, to help recovery and to promote the development of muscle mass.*“ (upphafleg útgáfa á frönsku).

Með hliðsjón af framangreindu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að einn markaður málsins sé heildarmarkaður fyrir vítamín, steinefni og bætiefni. Við mat á því hvort eðlilegt sé í þessu máli að skipta framangreindum markaði frekar niður eftir eðli og notkun þeirra telur Samkeppniseftirlitið að horfa verði til þess að mál þetta varðar samruna fyrirtækja sem selja mjög fjölbreytt úrval vítamína, bætiefna og steinefna. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að samruninn muni ekki hafa mismunandi áhrif eftir því um hvaða undirmarkað er að ræða og því er það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki sé nauðsynlegt að greina vítamín, steinefni og bætiefni í frekari undirmarkaði eftir mismunandi tilgangi þeirra.

6.3.2 Markaður fyrir lífrænar mat- og drykkjarvörur

Í ESS/ESB samkeppnisrétti hefur verið talið að forsendur kunni að vera fyrir hendi til að aðgreina lífrænar vörur í einstökum vöruflokkum frá almennri sambærilegri vöru.⁹⁰

Lífrænar mat- og drykkjarvörur eru mat- og drykkjarvörur sem hafa hlotið vottun/merkingu frá viðurkenndum aðilum um að við framleiðslu hráefna í vöruna hafi alþjóðlegum stöðlum um lífræna ræktun verið fylgt. Lífrænar vörur miða að ákveðnum markhópi sem kaupir og velur vöruna vegna vottunarinnar. Þær eru markaðssettar sem betri valkostur vegna vottunarinnar og sökum hennar er innkaups- og útsöluverð þeirra almennt hærra en almennra dagvara.

Rannsókn Samkeppniseftirlitsins bendir ekki til þess að aðstæður hér á landi séu með öðrum hætti. Samkeppniseftirlitið hefur jafnframt tekið til skoðunar í máli þessu hvort gera megi greinarmun á lífrænum mat- og drykkjarvörur og almennri mat- og drykkjarvöru.

Í tengslum við rannsókn málsins voru söluaðilar spurðir að því hvort lífrænt vottaðar/merktar dagvörur mætti skilgreina sem dagvörur sem hefðu hlotið vottun/merkingu frá viðurkenndum aðilum um að við framleiðslu hráefna í vöruna hafi

⁹⁰ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 17. desember 2008 í máli nr. COMP/M.5046, *Zuivelcoöperatie Campina U.A. and (2) Zuivelcoöperatie Friesland Foods U.A* þar sem framkvæmdastjórnin skilgreindi sérstaka vörumarkaði fyrir ferska lífræna mjólk, jógúrt o.fl. Í ákvörðun hollenska samkeppniseftirlitsins frá 7. maí 2003 nr. 3337/35 Koninklijke Wessanen N.V. /Natudis Holding B.V. kom það einnig til skoðunar hvort forsendur væri fyrir hendi til að skilgreina sérstakan markað innan dagvörumarkaðarins fyrir „náttúrulega“ afurð tiltekins vöruflokks frá almennum flokki annars vegar og hvort það væru forsendur til þess að aðgreina lífrænar vörur í einstökum vöruflokkum frá almennum vörum hins vegar. Á grundvelli markaðsrannsóknar var talið ólíklegt að gera mætti greinarmun á náttúrulegum vörum frá almennum þar sem það yrði að teljast ólíklegt að ekki væri nein samkeppni á milli náttúrulegra og almennra vara eða vara með mismunandi gæða og heilsukröfur. Á hinn bóginn var talið að ekki væri hægt að útiloka að það væri sérstakur markaður fyrir lífrænar vöru í einstökum vöruflokkum dagvara, en ekki var þó talið nauðsynlegt að taka endanlega afstöðu til þessa í málinu. Hér má og hafa til hliðsjónar að bandarísk samkeppnisyfirkvöld hafa talið að stórmarkaðir sem sérhæfa sig í sölu á lífrænum eða „náttúrulegum“ matvörum starfi ekki á sama markaði og hefðbundnir stórmarkaðir, sbr. samruna Whole Foods' og Wild Oats. Í fjölmiðlum kom fram að þessi fyrirtæki hefðu aðeins 1,5% hlutdeild á heildardagvörumarkaðnum (groceries market). Federal Trade Commission skildreindi hins vegar markaðinn með þessum hætti: „*In defining the relevant markets, the Commission found that premium natural and organic supermarkets, such as Whole Foods and Wild Oats, are differentiated from conventional retail supermarkets in several critical respects. These include the breadth and quality of their perishables – produce, meats, fish, bakery items, and prepared foods – and the wide array of natural and organic products and services and amenities they offer. In addition, premium natural and organic supermarkets seek a different customer than do traditional grocery stores. Whole Foods' and Wild Oats' customers are buying something more than just the food product – they are seeking a shopping "experience," where environment can matter as much as price.*“ (fréttatilkynning FTC frá 5. júní 2007). Málinu lauk með því að FTC samþykkti samrunann gegn því að samrunaaðilar seldu frá sér 32 verlanir, sbr. ákvörðun FTC frá 29. maí 2009.

alþjóðlegum stöðlum um lífræna ræktun verið fylgt. Yfirgnæfandi meirihluti þeirra sem svaraði þessari spurningu töldu skilgreininguna eiga við, eða 94%.⁹¹

Söluaðilar voru einnig spurðir að því hvort þeir teldu marktækan mun á lífrænt vottaðri dagvöru annars vegar og vöru sem félli undir venjulega sambærilega dagvöru hins vegar, þegar horft sé til neyslumynsturs, einingaverðs (innkaups- og útsöluverðs), þeirra markhópa sem vörunum sé beint að o.s.frv. Taldi mikill meirihluti þeirra sem svaraði þessari spurningu svo vera, eða 81%.⁹² Í efnislegum sjónarmiðum frá söluaðilum kom m.a. fram að lífrænar vörur miðuðu að ákveðnum markhópi, kaupendur lífrænna vara séu almennt mjög meðvitaðir neytendur sem kaupi og velji vöruna vegna vottunarinnar. Þá sé innkaups- og útsöluverð þeirra almennt hærra en almennra dagvara auk þess séu þær sérstaklega markaðssettar sem betri valkostur.

Söluaðilar voru einnig spurðir að því hvort lífrænt vottaðar dagvörur væru að jafnaði seldar á hærra/lægra verði en venjulegar sambærilegar dagvörur. Mikill meirihluti svarenda taldi lífrænt vottuðu vörunar að jafnaði seldar á hærra verði eða 91%.⁹³

Þá voru söluaðilar spurðir að því hver viðbrögð yrðu ef innkaupsverð lífrænt vottaðrar mat- og drykkjarvara myndi hækka varanlega um 5-10%, hvort það myndi þá leiða til þess að viðkomandi söluaðili myndi hætta að kaupa mat- og drykkjarvörur í flokknum og kaupa þess í stað mat- og drykkjarvöru í öðrum flokki, s.s. venjulega sambærilega dagvöru. Yfirgnæfandi meirihluti þeirra sem svöruðu þessari spurningu svöruðu henni neitandi eða 92%.⁹⁴

Með hliðsjón af framangreindu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samrunaaðilar starfi á heildarmarkaði fyrir lífræna mat- og drykkjarvöru. Við mat á því hvort eðlilegt sé í þessu máli að skipta markaðnum frekar niður eftir eðli og notkun þeirra vara sem samrunaaðilar selja telur Samkeppniseftirlitið að horfa verði til þess að mál þetta varðar samruna fyrirtækja sem selja breytt úrval slíkra vara. Er það því mat Samkeppniseftirlitsins að ekki sé nauðsynlegt að flokja viðkomandi vörur í frekari undirmarkaði eftir mismunandi tilgangi þeirra.

6.3.3 Markaður fyrir mat- og drykkjarvörur sem flokkast sem heilsuvara

Samkeppniseftirlitið hefur einnig tekið til skoðunar í máli þessu hvort gera megi greinarmun á mat- og drykkjarvöru sem flokkast gæti sem heilsuvara og almennri mat- og drykkjarvöru.

Voru söluaðilar spurðir að því hvort þeir væru sammála þeirri skilgreiningu að heilsuvörur væru hvers konar dagvörur sem markaðssettar væru sem heilsusamlegri og/eða umhverfisvænni en venjulegar sambærilegar dagvörur en hefðu aftur á móti hvorki lífræna

⁹¹ Alls 53 söluaðilar svöruðu þessari spurningu. 50 af þeim sem svöruðu töldu skilgreininguna rétta, tveir töldu hana ranga og einn sagðist ekki þekkja til.

⁹² Alls svöruðu 53 þessari spurningu. 43 af þeim sem svöruðu töldu marktækan mun vera, átta töldu svo ekki vera og tveir sögðust ekki þekkja til.

⁹³ Alls svöruðu 53 þessari spurningu. 48 af þeim sem svöruðu töldu vörunar að jafnaði seldar á hærra verði, tveir töldu vörunar að jafnaði seldar á sambærilegu verði og þrír svarenda sögðust ekki þekkja til.

⁹⁴ Alls svöruðu 37 spurningunni. 34 af þeim sem svöruðu svöruðu neitandi. Einn svaraði spurningunni játandi og að hann myndi kaupa heilsuvöru og tveir þekktu ekki til.

vottun né væru merktar með áreiðanlegum umhverfismerkjum. Mikill meirihluti þeirra sem svaraði spurningunni taldi hana rétta eða 81%.⁹⁵

Aðilar voru einnig spurðir hvort þeir teldu að það væri marktækur munur á dagvöru sem félli undir flokkinn heilsuvörur (sbr. skilgreiningu hér að framan) annars vegar og vöru sem félli undir venjulega sambærilega dagvöru hins vegar þegar horft er til neyslumynsturs, einingaverðs (innkaups- og útsöluverðs), markaðssetningar og þeirra markhópa sem vörunum er beint að o.s.frv. Taldi mikill meirihluti þeirra sem svöruðu spurningunni svo vera eða 75%.⁹⁶ Í sjónarmiðum frá söluaðilum kom m.a. fram að heilsuvörur innihéldu yfirleitt betra hráefni en venjuleg vara og séu því oft á tíðum dýrari bæði í innkaups- og útsöluverði en almenn dagvara. Heilsuvörur séu sá flokkur sem hafi vaxið hvað mest síðustu ár, neytendur séu mjög upplýstir og velji vörur út frá einkennum þeirra frekar en verði. Þessar vörur séu markaðssettar sem lífsstílsvörur og fæðubót sem eigi að auka lífsgæði þeirra sem hennar njóti, þó skiptar skoðanir geti verið um virkni þeirra og hollustu. Algengt sé að markaðssetning á heilsuvörum beinist að ákveðnum hópum, s.s. íþróttafólki, eldra fólki, fólki sem vilji léttu sig o.s.frv. Í því sambandi hefur verið bent á að fólk sem kaupir frekar „heilsuvöru“ sé að öllum líkindum fólk sem vilji hlúa að heilsunni, ýmist til að fyrirbyggja eða vinna bug á heilsufarsvandamálum.

Söluaðilar voru spurðir að því hvort dagvörur undir flokknum heilsuvörur væru að jafnaði seldar á hærra/lægra verði en venjulegar sambærilegar dagvörur. Taldi mikill meirihluti þeirra sem svöruðu þessari spurningu verðið hærra, eða 81%.⁹⁷

Þá voru söluaðilar spurðir um viðbrögð við því ef innkaupsverð á mat- og drykkjarvöru í flokknum heilsuvörur (sbr. framangreinda skilgreiningu) myndi almennt hækka varanlega um 5-10%, hvort það myndi þá leiða til þess að viðkomandi söluaðili myndi hætta að kaupa slíkar vörur og kaupa þess í stað mat- og drykkjarvöru í öðrum flokki, s.s. venjulega sambærilega dagvöru. Mikill meirihluti þeirra sem svöruðu þessari spurningu svöruðu henni neitandi eða 78%.⁹⁸

Aðilar voru einnig spurðir hvort þeir teldu marktækan mun á lífrænt vottaðri dagvöru annars vegar og annarri sambærilegri dagvöru sem félli undir flokkinn heilsuvörur, sem ekki hefði hlotið slíka vottun og er auglýst/merkt sem lífræn eða náttúruleg (e. organic eða natural) hins vegar, þegar horft væri til neyslumynsturs, einingaverðs (innkaups- og útsöluverðs), þeirra markhópa sem vörunum er beint að o.s.frv. Mikill meirihluti þeirra sem svaraði spurningunni taldi svo vera eða 74%.⁹⁹ Í sjónarmiðum var m.a. bent á að lífrænar vörur þurfi ekki alltaf að vera heilsuvörur og öfugt. Þá var bent á að lífrænar vörur væru almennt dýrari og beindust að ákveðnum markhópi.

Söluaðilar voru einnig spurðir að því hvort lífrænt vottaðar dagvörur væru að jafnaði seldar á hærra/lægra verði en aðrar sambærilegar dagvörur undir flokknum heilsuvörur, sem ekki

⁹⁵ Alls 53 söluaðilar svöruðu spurningunni. 43 af þeim sem svöruðu töldu skilgreininguna rétta, fjórir töldu hana ranga, fimm merktu við annað og töldu skilgreininguna bæði rétta og ranga og einn þekkti ekki til.

⁹⁶ Alls 53 svöruðu. 39 af þeim sem svöruðu já, 12 svöruðu nei og tveir sögðust ekki þekkja til.

⁹⁷ Alls svöruðu 53 aðilar spurningunni. 43 svöruðu hærra, fimm svöruðu sambærilegu, tveir svöruðu hærra eða sambærilegu og þrír sögðust ekki þekkja til.

⁹⁸ Alls svöruðu 37 spurningunni. 29 af þeim sem svöruðu svöruðu neitandi, sjö svöruðu játandi og einn þekkti ekki til.

⁹⁹ Alls svöruðu 53 þessari spurningu. 39 af þeim sem svöruðu töldu skilgreininguna rétta, en ellefu töldu hana ranga og þrír svöruðu að þeir þekktu ekki til.

hafa hlotið slíka vottun og sé auglýst/merkt sem lífræn eða náttúruleg (e. organic eða natural). Taldi mikil meirihluti þeirra sem svöruðu þessari spurningu að vörurnar væru að jafnaði seldar á hærra verði eða 74%.¹⁰⁰

Samkeppniseftirlitið getur tekið undir þá athugasemd Haga að umhverfisvænar vörur teljist ekki endilega til heilsuvara og því sé rétt að taka þann þátt út úr markaðsskilgreiningunni. Jafnframt hefur verið óskað eftir staðfestingu frá stærri fyrirtækjum, þ. á m. samrunaaðilum, á því hvort í svörum þeirra hefði í mat- og drykkjarvöru í flokki heilsuvara verið að finna vörur sem flokkast gætu sem umhverfisvænar en myndu ekki teljast heilsuvörur. Í þeim svörum sem Samkeppniseftirlitinu hafa borist virðist slíkt ekki hafa verið gert. Í svarbréfi Haga til Samkeppniseftirlitsins kom einnig fram að það teldist ólíklegt að slíkar vörur hefðu verið tilgreindar í svörum félagsins. Að því marki sem aðrir kunna að hafa sett slíkar vörur inn í tekjuupplýsingar undir þessum flokki er ljóst að velta þeirra í viðkomandi flokki er því hærra en ella, sem verður þá að teljast ívilnandi fyrir samrunaaðila.

Með vísan til framangreinds eru vísbendingar fyrir hendi um að skilgreina megi sérstakan markað fyrir mat- og drykkjarvörur í flokki heilsuvara sem eru markaðssettar sem heilsusamlegri en venjulegar sambærilegar dagvörur en hafa aftur á móti hvorki lífræna vottun né eru merktar með áreiðanlegum umhverfismerkjum. Dæmi um slíkar vörur eru t.d. vörur með náttúrulegum efnum, hráfæði, vegan og glúteinlausar vörur. Þessara vörur miða að markhópi sem setur útlit og heilsu í forgang og velur vöruna út frá einkennum og innihaldi hennar frekar en verði.

6.3.4 Mat- og drykkjarvörur merktar viðurkenndum umhverfismerkjum

Samkeppniseftirlitið hefur einnig tekið til skoðunar í máli þessu hvort gera megi greinarmun á mat- og drykkjarvöru merktri viðurkenndum umhverfismerkjum sem flokkast gæti sem heilsuvara og almennri mat- og drykkjarvöru.

Söluaðilar voru spurðir að því hvort þeir væru sammála því að dagvörur með viðurkenndu umhverfismerki séu dagvörur sem væru merktar með áreiðanlegum umhverfismerkjum, s.s. Svaninum, Evrópublóminu eða öðrum sambærilegum merkjum. Mikill meirihluti þeirra sem svöruðu þessari spurningu töldu að skilgreiningin væri rétt, eða 96%.¹⁰¹

Einnig voru söluaðilar spurðir að því hvort þeir teldu marktækan mun á dagvörum merktum viðurkenndum umhverfismerkjum, sem ekki hafa hlotið vottun um lífræna ræktun frá viðurkenndum vottunaraðilum, annars vegar og venjulegri sambærilegri dagvöru hins vegar, þegar horft er til neyslumynsturs, einingaverðs (innkaups- og útsöluverðs), þeirra markhópa sem vörunum er beint að o.s.frv. Taldi meirihluti þeirra sem svöruðu spurningunni svo vera, eða 58%.¹⁰²

Þá voru þeir spurðir hvort þeir teldu marktækan mun á dagvörum merktum viðurkenndum umhverfismerkjum, sem ekki hafa hlotið vottun um lífræna ræktun frá viðurkenndum vottunaraðilum, annars vegar og lífrænt vottaðri dagvöru hins vegar, þegar horft væri til

¹⁰⁰ Alls svöruðu 53 aðilar spurningunni. 39 svöruðu hærra, átta svöruðu sambærilegu, þrjú svöruðu hærra eða sambærilegu og þrjú sögðust ekki þekkja til.

¹⁰¹ Alls 53 söluaðilar svöruðu þessari spurningu. 51 af þeim sem svöruðu töldu skilgreininguna rétta, einn taldi hana ranga og einn þekkti ekki til.

¹⁰² Alls 53 söluaðilar svöruðu þessari spurningu. Af þeim sem svöruðu svöruðu 31 játandi, 19 neitandi og þrjú þekktu ekki til.

neyslumynsturs, einingaverðs (innkaups- og útsöluverðs), þeirra markhópa sem vörunum sé beint að o.s.frv. Taldi meirihluti þeirra sem svöruðu spurningunni svo vera, eða 70%.¹⁰³

Söluaðilar voru einnig spurðir hvort þeir teldu marktækan mun á dagvörum merktum viðurkenndum umhverfismerkjum, sem ekki hefðu hlotið vottun um lífræna ræktun frá viðurkenndum vottunaraðilum, annars vegar og sambærilegum dagvörum undir flokknum heilsuvörum hins vegar, sem ekki hafi slíka merkingu, þegar horft sé til neyslumynsturs, einingaverðs (innkaups- og útsöluverðs), þeirra markhópa sem vörunum sé beint að o.s.frv. Af þeim sem svöruðu svaraði meirihlutinn neitandi eða 55%.¹⁰⁴

Þá voru söluaðilar spurðir hvort dagvörur sem merktar eru viðurkenndum umhverfismerkjum, sem ekki hafa hlotið vottun um lífræna ræktun frá viðurkenndum vottunaraðilum, væru að jafnaði seldar á hærra/lægra verði en venjulegar sambærilegar dagvörur. Taldi tæpur meirihluti þeirra sem svöruðu vörurnar seldar á hærra verði, eða 47%.¹⁰⁵

Þá voru söluaðilar spurðir hvort dagvörur sem merktar eru viðurkenndum umhverfismerkjum, sem ekki hafa hlotið vottun um lífræna ræktun frá viðurkenndum vottunaraðilum, væru að jafnaði seldar á hærra/lægra verði en lífrænt vottaðar dagvörur. Taldi 42% af þeim sem svöruðu vörurnar á sambærilegu verði.¹⁰⁶ Þá taldi meirihluti svarenda dagvörur sem merktar eru viðurkenndum umhverfismerkjum og dagvörur sem flokkast sem heilsuvörur vera seldar á sambærilegu verði, eða 64%.¹⁰⁷

Söluaðilar voru einnig spurðir um viðbrögð við því ef innkaupsverð á mat- og drykkjarvöru í flokknum dagvara merkt viðurkenndum umhverfismerkjum (sbr. framangreinda skilgreiningu) myndi almennt hækka varanlega um 5-10%, hvort það myndi leiða til þess að fyrirtæki viðkomandi myndi hætta að kaupa slíkar vörur og kaupa þess í stað mat- og drykkjarvörur í öðrum flokki, s.s. venjulega sambærilega matvöru. Mikill meirihluti þeirra sem svöruðu þessari spurningu svöruðu henni neitandi, eða 78%.¹⁰⁸

Athugun eftirlitsins bendir einnig til þess að vísbendingar séu fyrir hendi um að dagvörur merktar umhverfismerki geti verið aðgreindar frá öðrum vörum. Ekki er þó nauðsynlegt að taka endanlega afstöðu til þess fyrir niðurstöðu málsins.

Áður en fjallað verður nánar um staðgöngu á milli mismunandi vöruflokka og/eða verslana telur Samkeppniseftirlitið rétt að fjalla nánar um tegundir verslana sem bjóða upp á framangreinda vöruflokka.

¹⁰³ Alls 53 söluaðilar svöruðu þessari spurningu. Af þeim sem svöruðu svöruðu 37 játandi, 12 neitandi, einn svaraði bæði já og nei og 3 þekktu ekki til.

¹⁰⁴ Alls svöruðu 53 spurningunni. 21 svöruðu játandi, 29 neitandi og þrjú þekktu ekki til.

¹⁰⁵ Alls svöruðu 53 spurningunni. 25 þeirra sem svöruðu töldu vörurnar seldar á hærra verði, 21 töldu vörurnar seldar á sambærilegu verði, þrjú töldu vörurnar seldar á sambærilegu eða hærra og einn taldi vörurnar seldar á lægra verði. Þá sögðust þrjú ekki þekkja til.

¹⁰⁶ Alls svöruðu 53 spurningunni. 22 þeirra sem svöruðu töldu vörurnar seldar á sambærilegu verði, fjórir töldu vörurnar seldar á hærra verði, 18 sögðu þær seldar á lægra verði, fimm töldu vörurnar seldar á sambærilegu eða lægra verði, fjórir sögðust ekki þekkja til.

¹⁰⁷ Alls svöruðu 53 spurningunni. 34 þeirra sem svöruðu töldu vörurnar seldar á sambærilegu verði, ellefu töldu vörurnar seldar á hærra verði, tveir töldu þær seldar á lægra, einn merkti við sambærilegu og hægra, einn merkti við sambærilegu og lægra og fjórir sögðust ekki þekkja til.

¹⁰⁸ Alls svöruðu 37 spurningunni. 28 af þeim sem svöruðu svöruðu neitandi, fimm svöruðu játandi, tveir svöruðu já og nei og að það væri óvíst hvað þeir myndu gera og tveir þekktu ekki til.

6.3.5 Tegundir verslana sem selja vítamín, steinefni og bætiefni, lífrænar mat- og drykkjarvörur og mat- og drykkjarvörur sem flokkast sem heilsuvara

Athugun Samkeppniseftirlitsins hefur leitt í ljós að verslanir sem selja framangreindar vörur megi að meginstefnu til skipta í eftirfarandi flokka:

- i. Dagvöruverslanir: Hér að framan hefur verið fjallað um dagvörumarkaðinn og er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að sala almennra matvöruverslana á dagvöru sé sérstakur markaður sem áhrif hafi í þessu máli. Eru þetta t.a.m. verslanir Haga (Bónus og Hagkaup), Festi (Krónan, Nóatún og Kjarval) og Samkaupa (Nettó, Samkaup-Úrval og Samkaup-Strax) og Fjarðarkaup. Hluti af dagvörum eru vítamín, steinefni og bætiefni, svo og lífrænar mat- og drykkjarvörur og mat- og drykkjarvörur sem flokkast sem heilsuvörur í framangreindum skilningi. Verslanirnar virðast flestar kaupa vörur frá sömu innlendum heildsölum.
- ii. Apótek/lyfjaverslanir: Hér að framan hefur einnig verið fjallað um markaðinn fyrir smásölu apóteka á lyfjum og er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að sá markaður sé einn af þeim sem hafi áhrif í þessu máli. Stærstu keðjur apóteka hér á landi eru Lyfja og Lyf og heilsa og bjóða flestar verslanir þessara keðja upp á úrval vítamína, steinefna og bætiefna auk þess að selja eitthvað af lífrænni mat- og drykkjarvörur og mat- og drykkjarvöru sem flokkast sem heilsuvara í framangreindum skilningi. Verslanirnar virðast flestar kaup vörur frá sömu innlendum heildsölum.
- iii. Sérverslanir með heilsuvörur: Verslanir sem selja fjölbreytt úrval vítamína og bætiefni, lífrænar mat- og drykkjarvörur og mat- og drykkjarvörur sem flokkast sem heilsuvörur í framangreindum skilningi. Verslanirnar virðast flestar kaup vörur frá sömu innlendum heildsölum.
- iv. Aðrar sérhæfðar sérverslanir: Það sem aðskilur þessar verslanir frá þeim sem tilgreindar eru í flokki iii er að vöruframboð þeirra er sérhæfðara, þær selja t.d. eingöngu lífræn vítamín- og bætiefni, eingöngu lífræna mat- og drykkjarvöru eða fyrst og fremst bætiefni og vörur til vaxtaræktar. Þær virðast sumar hverjar flytja inn vörur sjálfar en selja einnig eitthvað af vörum frá innlendum heildsölum. Verslanir sem falla hérna undir eru t.d. verslanir eins og Mamma veit best, Matarbúr Kaju og Frú Lauga.
- v. Aðrir útsölustaðir: Ljóst er að ýmis önnur fyrirtæki á sviði verslunar og þjónustu bjóða upp á vörur í flokki vítamína, steinefna og bætiefni, s.s. líkamsræktarstöðvar. Vöruúrval þessara fyrirtækja er yfirleitt mjög takmarkað og er um að ræða sölu á þessum vörum samhliða annarri meginstarfsemi, sbr. umfjöllun að framan.

Athugun Samkeppniseftirlitsins bendir til þess að nokkur staðganga sé á milli vara sem dagvöruverslanir og sérverslanir með fjölbreytt vöruúrval selja, einkum í vítamínum og bætiefnum og lífrænni mat- og drykkjarvöru. Þá virðist vera staðganga á milli vara sem lyfjaverslanir selja í ofangreindum vöruflokkum, einkum vítamínum, bætiefnum og steinefnum.

Viðkomandi söluaðilar kaupa jafnan stóran hluta söluvöru í framangreindum flokkum af sömu innlendu heildsölunum og selja þar af leiðandi sömu og/eða sambærileg vörumerki og vörur í verslunum sínum. Þá bendir athugun Samkeppniseftirlitsins til þess að framangreindir vöruflokkar séu yfirleitt seldir á afmörkuðum svæðum viðkomandi

dagvöruverslana og í einhverjum tilvikum hafa dagvöruverslanir sérstakt heiti yfir umræddar deildir innan verslana sinna, s.s. Fræið í Fjarðarkaupum.

Í þessu sambandi athugist að í samkeppnismálum er unnt að skilgreina bæði eftir þeirri vöru eða þjónustu sem verið er að bjóða auk þess sem unnt er að greina á milli mismunandi söluleiða jafnvel þó um sömu vöru eða vörur sé að ræða. Með vísan til fyrri markaðsskilgreininga Samkeppniseftirlitsins á dagvörumarkaði, sbr. umfjöllun hér að framan, má ætla að forsendur séu fyrir hendi til að skilgreina sérstaka markaði fyrir sölu hvers ofangreindra vörflokka eftir mismunandi söluleiðum, s.s. dagvöruverslunum, apótekum og sérverslunum. Að mati Samkeppniseftirlitsins er það þó ekki nauðsynlegt fyrir niðurstöðu þessa máls.

6.3.6 Samandregin niðurstaða um markaði fyrir smásölu á heilsuvörum

Með vísan til þessa er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að skilgreina megi sérstakan heildarmarkað fyrir smásölu vítamína, steinefna og bætiefna, heildarmarkaði fyrir smásölu á lífrænni mat- og drykkjarvöru og heildarmarkaði fyrir smásölu á mat- og drykkjarvöru sem flokkast sem heilsuvara í framangreindum skilningi. Þá kann að vera mögulegt að greina tilgreinda markaði í enn frekari undirmarkaði og/eða eftir söluleiðum, s.s. dagvöruverslunum, apótekum og sérverslunum. Að mati Samkeppniseftirlitsins er það þó ekki nauðsynlegt fyrir niðurstöðu þessa máls.

7. **Markaðir fyrir innflutning og dreifingu á heilsuvörum**

Í samrunaskrá kemur fram að Heilsa ehf., dótturfélag Lyfju, sérhæfi sig í innflutningi og dreifingu á heilsusamlegum og lífrænt ræktuðum matvörum, vítamínum, almennum og lífrænum snyrtivörum, vistvænum hreingerningurvörum og almennri apóteksvöru. Þá kemur fram að Heilsa selji umræddar vörur bæði til Lyfju, sem og helstu matvöruverslana, þ. á m. verslana Haga, heilsubúða og apóteka.

Í samrunskrá er einnig rakið að Hagar kaupi að mestu leyti lífrænt ræktaða matvöru og vítamín og bætiefni af innlendum birgjum, m.a. Heilsu, og annist Aðföng innflutning og dreifingu fyrir verslanir Haga m.a. á heilsuvörum. Þá hafa Hagar þróað lífrænar matvörur (einkum þurrvöru og drykkjarvörur, s.s. gos og djús) undir vörumerkinu Himneskt í samvinnu við Sólveigu Eiríksdóttur og flytja inn þær vörur og selja fyrst og fremst í verslunum Hagkaupa og Bónus ásamt því að selja vörurnar til Gló. Þá flytja Bananar, sem eru dótturfyrirtæki Haga, inn og dreifa lífrænt ræktuðum ávöxtum og grænmeti.

Af framangreindu er ljóst að möguleg skörun í vöruúrvali samrunaaðila á heildsölustigi er fyrst og fremst í lífrænum matvörum.

Með vísan til framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að heildarmarkaðurinn fyrir innflutning og dreifingu á heilsuvörum sé einn vörumarkaður málsins, sem skilgreina megi í frekari undirmarkaði, s.s.s vítamín og bætiefni, lífrænar mat – og drykkjarvöru og mat- og drykkjarvörur sem flokkast sem heilsuvörur í framangreindum skilningi, sbr. umfjöllun í hér að framan. Þá kann að vera mögulegt að greina tilgreinda markaði í enn frekari undirmarkaði og/eða eftir söluleiðum. Það er þó ekki nauðsynlegt í þessu máli.

8. Sjónarmið samrunaaðila um landfræðilega markaðinn

Samrunaaðilar telja að landfræðilegur markaður málsins sé Ísland, enda selji félögin vörur sínar og þjónustu til aðila um allt landið. Þá er tekið fram að samrunaaðilar selji vörur sínar ekki erlendis.

9. Landfræðilegi markaðurinn – niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Fræðilega séð getur landfræðilegur markaður verið ýmist staðbundinn, svæðisbundinn landsmarkaður eða alþjóðamarkaður. Stærð landfræðilegs markaðar veltur m.a. á því að hvaða marki þörf er talin á því að kaupandinn sé í nálægð við seljandann. Þetta mat ræðst venjulega af því hvað einkennir vöruna/þjónustuna og viðskiptavinina, eftir hvaða leiðum sala og þjónusta fer fram svo og af eðli viðskiptanna. Sérstaklega skiptir máli hversu mikil þörf er á beinu sambandi milli kaupanda og seljanda og hver yrði tíma- og ferðakostnaður við að nálgast seljanda í meiri fjarlægð. Markaðir hafa þannig tilhneigingu til að vera staðbundnir þegar mikil þörf er á beinum samskiptum viðskiptavina og seljanda vörunnar. Hefur almennt verið litið svo á í samkeppnisrétti að smásölumarkaðir séu staðbundnir.¹⁰⁹

Í máli þessu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að landfræðilegur markaður hvað varðar tilgreinda vörumarkaði á smásölustigi séu staðbundnir markaðir. Er það í samræmi við fyrri ákvarðanir um skilgreiningu landfræðilegra markaða fyrir smásölu dagvöru og lyfja.¹¹⁰ Hefur í eldri málum varðandi dagvörumarkað verið miðað við að verslanir geti að öðru jöfnu náð til sín viðskiptavinum sem ekki þurfi að leggja á sig lengri en 20 mínútna akstur í viðkomandi verslun. Einnig hefur í einstökum málum verið vísað til 20 km. fjarlægðar frá verslun. Þessi viðmið verður þó að skoða í ljósi aðstæðna hverju sinni, t.d. hvað varðar strjálbýlli svæði.¹¹¹

¹⁰⁹ Sjá t.d. Mario Monti, Market Definition as a Cornerstone of EU Competition Policy, Workshop on Market Definition, Helsinki 2002, bls. 24.

¹¹⁰ Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/1999, *Yfirtaka Baugs hf. á Vöruveltunni hf.* (10-11), kafli II.2.1., ákvörðun samkeppnisráðs nr. 38/2002, *Samningur Baugs Group hf. og Eignarhaldsfélagsins Fengs hf. um stofnun á félagi um rekstur Ávaxtahússins ehf. og Banana ehf.*, kafli II.2.2, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008, *Misnotkun Haga hf. á markaðsráðandi stöðu sinni á matvörumarkaði*, m.a. kafli II.2.2, bls. 37 og áfram, ákvörðun eftirlitsins nr. 14/2013, *Samruni Station ehf. og Íslands- Verslunar ehf. (10-11 og Iceland)*, kafli II. Þá hefur Samkeppniseftirlitið í fyrri ákvörðunum fjallað um landfræðilegan markað smásölu lyfja. Hefur með sama hætti verið talið að landfræðilegur markaður fyrir smásölu lyfja sé staðbundinn, þar sem staðsetning lyfjabúða og nálægð viðskiptavina skiptir miklu máli. Um skilgreiningu markaða má t.a.m. vísa til ákvörðunar 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*. Einnig má vísa til ákvörðunar eftirlitsins nr. 4/2010, *Misnotkun Lyfja og heilsu á markaðsráðandi stöðu sinni*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 5/2010 og að lokum dóm Hæstaréttar í máli nr. 355/2012.

¹¹¹ Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/1999, *Yfirtaka Baugs hf. á Vöruveltunni hf.* var komist að þeirri niðurstöðu að landfræðilegur markaður fyrir dagvöru væri staðbundinn. Í ákvörðuninni leit ráðið svo á að yfirtakan hefði fyrst og fremst áhrif á smásölumarkaðinn fyrir dagvörur á höfuðborgarsvæðinu, þ.e. í Reykjavík og nágrennasveitarfélögum. Byggt var á sömu nálgun í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 38/2002 *Samningur Baugs Group hf. og Eignarhaldsfélagsins Fengs hf. um stofnun á félagi um rekstur Ávaxtahússins ehf. og Banana ehf.* en þar segir einnig: „Ljóst er að nálægð kaupenda við matvöruvöruverslanir er að öllu jöfnu æskileg ef ekki nauðsynleg. Í ákvörðunum samkeppnisráðs þar sem fjallað hefur verið um samruna fyrirtækja á smásölustigi hefur landfræðilegur markaður verið skilgreindur staðbundinn. Þannig hefur verið við það miðað að viðkomandi markaðssvæði sé innan 20 km radíusar frá staðsetningu þeirra verslana sem samruni eða yfirtaka nær til. Einnig hefur í þessu sambandi verið miðað við að verslanir geti að öðru jöfnu náð til sín viðskiptavinum sem ekki þurfi að leggja á sig lengri en 20 mínútna akstur í viðkomandi verslun. Að mati samkeppnisráðs er smásala matvöruverslana á dagvöru til neytenda staðbundinn markaður.“ Hér má einnig nefna ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í samrunamáli Kesko/Tuko nr. IV/M.784 (OJ C193), sbr. málsgr. 21 o.áfr. en þar var

Í fyrri ákvörðunum varðandi skilgreiningu á landfræðilegum markaði fyrir smásölu dagvara hefur og verið talið að líta verði til þess að frá sjónarhóli neytenda gæti tuttugu mínútna akstur í þéttbýli gefið kost á einum, tveimur eða fleiri stórmörkuðum og lágvöruverðsverslunum auk minni matvöruverslana sem bjóða upp á takmarkað vöruúrval, allt eftir því hvar viðkomandi neytandi er niður kominn. Það er vissulega óraunhæft að skilgreina nákvæmlega allar mögulegar samsetningar og umraðanir, sem falla eftir þéttleika byggðar og dreifingu bæði neytenda og verslana og er því ljóst að ávallt verður um vissa nálgun að ræða. Þar að auki mætti vel rökstyðja að til lengri tíma litið séu stærri verslanir innan sama bæjarfélags í virkri samkeppni hver við aðra þrátt fyrir að ekki sé bein staðganga milli t.a.m. þeirra stórmarkaða sem eru staðsettir í sitthvorum enda bæjarfélagsins. Þetta mætti útskýra með dæmi þar sem þrjár stórmarkaðir eru starfandi á markaði, verslanir A, B og C, þar sem verslun A starfar á sama markaðssvæði og verslun B, sem starfar einnig á sama markaðssvæði og verslun C, en verslanir A og C eru sín á hvoru markaðssvæðinu. Þrátt fyrir að verslun A sé ekki í beinni samkeppni við verslun C um viðskiptavinum þá getur verðlagning verslunar A sett verslun C vissar hömlur í gegnum verslun B, sem er í samkeppni við báða aðila. Ef verslun A lækkar verð þarf verslun B að bregðast við með verðlækkun og þar af leiðandi verslun C sömuleiðis. Því hafa stórmarkaðir, upp að vissu marki, keðjuverkandi áhrif á stórmarkaði lengra í burtu í samkeppninni. Jafnframt er ljóst í þessu sambandi að miklu getur munað eftir því hvort um er að ræða verslanir í þéttbýli eða dreifbýli.¹¹²

Enn fremur hefur verið bent á að þrátt fyrir að markaðir séu almennt skilgreindir út frá eftirspurnarhliðinni þá nær framboð á matvörumarkaðnum upp að vissu marki til landsins alls. Í tilfelli verslanakeðja sem reka verslanir um land allt eru mikilvægir þættir samkeppninnar, s.s. vöruúrval, uppruni vara, gæði, þjónustustig, auglýsingar, kynningarherferðir og verð, ekki ákvarðaðir á staðbundnum grundvelli, heldur á svæðisbundnum og jafnvel á grundvelli landsins alls. Flestar af stærri verslanakeðjunum á Íslandi eru t.a.m. með sama verð á sömu vörum í öllum verslunum sínum um land allt. Þrátt fyrir að eftirspurnin sé í eðli sínu staðbundin er því mikilvægt að hafa hliðsjón af markaðshlutdeildinni yfir landið allt, sem og öðrum þáttum er hafa áhrif á markaðsstyrk fyrirtækis.¹¹³

Að mati Samkeppniseftirlitsins verður ekki annað séð en að sambærileg viðmið eigi við í þessu máli.

einnig komist að þeirri niðurstöðu að hinn landfræðilegi markaður í Finnlandi fyrir sölu á dagvörum væri staðbundinn markaður. Í ákvörðuninni segir að stærð hins landfræðilega markaðar miðist við 20 mínútna akstursfjarlægð frá heimili viðkomandi neytanda, en 20 mínútna akstur geti gefið kost á einum, tveimur eða fleiri stórmörkuðum þar sem hægt er að framkvæma stórinnaup. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 25. apríl 2004 í máli nr. COMP/M.4590 Rewe/Delvita.

¹¹² Í áður nefndri skýrslu breskra samkeppnisyrivalda um matvörumarkaðinn er hinn landfræðilegi markaður sem matvöruverslanir starfa á skilgreindur sem staðbundinn. Þar segir að verslanir hafi ákveðið yfirráðasvæði eða svæði þar sem verslunin geti mögulega laðað að sér viðskiptavinum. Þetta yfirráðasvæði afmarkist af þeim tíma sem það tekur viðskiptavinum að komast til verslunarinnar, en gengið er út frá því í skýrslunni að það sé um 10 mínútna akstur í þéttbýli en um 15 mínútur í dreifbýli. Hversu langt viðskiptavinir eru tilbúnir að ferðast til þess að framkvæma heildarinnkaup heimilisins og hversu miklum kostnaði þeir leggja á sig við það, ræðst þannig oftast en ekki að umhverfinu sem viðskiptavinirnir og verslanirnar sem um ræðir eru í. Í skýrslunni er tekið fram að því þéttari sem byggðin er því víðari verði markaðsskilgreiningin og nái þá yfir stærra svæði.

¹¹³ Sjá um þetta t.d. Alistair Lindsay & Alison Berride, *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, fjórða útgáfa 2012, bls. 197-198.

Með vísan til þessa telur Samkeppniseftirlitið að þeir landfræðilegu markaðir sem um ræðir séu þau markaðssvæði þar sem verslanir samrunaaðila eru starfræktar, auk þess sem vissa hliðsjón má hafa af stöðu þeirra á höfuðborgarsvæðinu annars vegar og landinu í heild hins vegar.

Í eftirfarandi markaðsskiptingu verður miðað við að verslun geti að öðru jöfnu laðað til sín neytendur sem staddir eru í u.þ.b. 20-30 mín. akstursfjarlægð frá versluninni. Má hins vegar ætla að rýmri skilgreining á hinum landfræðilegu mörkuðum gefi í raun veikari mynd af stöðu samrunaaðila en ef miðað væri við þrengri skilgreininguna.

Þau landfræðilegu markaðssvæði sem sérstaklega verða tekin til skoðunar í næstu köflum í skjali þessu og varða skilgreinda smásölumarkaði eru eftirfarandi:

- Höfuðborgarsvæðið: Undir þennan markað falla Reykjavík, Seltjarnarnes, Kópavogur, Hafnarfjörður, Garðabær, Mosfellsbær og Kjósarhreppur.
- Borgarbyggð (Borgarnes): Undir þennan markað fellur Borgarbyggð (Borgarnes, Hvanneyri, Varmaland, Reykholt og Bifröst).
- Snæfellsnes (Stykkishólmur): Undir þennan markað falla Stykkishólmur, Grundarfjörður, Snæfellsbær (Ólafsvík, Rif og Hellissandur) og Búðardalur.
- Norðanverðir Vestfirðir (Ísafjörður): Undir þennan markað falla Ísafjarðarbær (Ísafjörður, Flateyri, Hnífsdalur, Suðureyri og Þingeyri), Súðavík og Bolungarvík.
- Norðurland vestra: Blönduós, Hofsós, Hvammstangi, Sauðárkrókur og Skagaströnd.
- Akureyri og Eyjafjarðarsvæðið (Akureyri): Undir þennan markað falla Akureyri, Dalvík og aðrir staðir við Eyjafjörð.
- Norðurland eystra: Húsavík, Raufarhöfn, Kópasker, Vopnafjörður og Þórshöfn.
- Austurland (Egilsstaðir): Undir þennan markað falla Egilsstaðir, Seyðisfjörður, Fjarðabyggð (Neskaupstaður, Mjóifjörður, Eskifjörður, Reyðarfjörður, Fáskrúðsfjörður og Stöðvarfjörður) og Fellabær.
- Suðurland (Árborg): Undir þennan markað falla Árborg (Selfoss, Stokkseyri, Eyrarbakki), Flúðir, Laugarás, Árnes, Hveragerði, Þorlákshöfn, Hella, Hvolsvöllur og Þykkvibær.
- Suðurnes (Reykjanesbær): Undir þennan markað falla Reykjanesbær (Keflavík, Njarðvík og Hafnir), Garður, Sandgerði, Grindavík og Vogar.

Auk þessara svæða verður einnig fjallað um markaðshlutdeild á hverjum markaði á landinu öllu.

Samkeppniseftirlitið er sammála samrunaaðilum um að landfræðilegur markaður fyrir innflutning- og dreifingu heilsuvörum afmarkist af Íslandi. Um er að ræða markað fyrir vöru sem seld er til söluaðila hér á landi. Þá taka samrunaaðilar það sérstaklega fram að þeir starfi ekki á erlendum mörkuðum.

IV. SAMKEPPNISLEG ÁHRIF SAMRUNANS

Í máli þessu er samruni Haga og Lyfju tekinn til skoðunar í samræmi við ákvæði samkeppnislaga um samruna. Í máli þessu þarf því að taka til skoðunar hvort samruni þessara fyrirtækja hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða verði til eða slík staða styrkist á hinum skilgreindu mörkuðum málsins, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti sbr. 1. mgr. 17. gr. c. samkeppnislaga.

1. Sjónarmið samrunaaðila o.fl. um samkeppnisleg áhrif samrunans

Samrunaaðilar telja að samruninn muni ekki raska samkeppni og hafi engin skaðleg áhrif á neytendur. Markaðsráðandi staða verði hvorki til né styrkist á skilgreindum mörkuðum málsins við samrunann.

Er markmið samrunans sagt vera einkum þetta:

„... að víkka út starfsemi Haga sem fyrir var, þannig að unnt verði að ná fram aukinni hagræðingu í rekstri, m.a. í nýju og breyttu markaðsumhverfi sem fyrirsjáanlegt er með innkomu verslanarisans Costco inn á íslenskan dagvöru- og lyfjamarkað en fyrir liggur að Costco hyggst hefja starfsemi á Íslandi í lok maímánaðar 2017. ...

Með samruna Haga og Lyfju getur myndast öflugt félag með fjölbreytt úrval matvæla og lyfja sem neytendur munu njóta góðs af. Rétt er að benda á að verulegar hömlur eru á sölu matvöru í lyfjabúðum sem og við sölu lyfja í matvörubúðum, svo sem síðar er fjallað um í samrunatilkynningu þessari. Því yrði sala þessara vörutegunda áfram með aðskildum hætti innan samstæðu Haga, þrátt fyrir að samruninn yrði framkvæmdur. Ljóst er að fyrirtækið verður í samkeppni við öfluga aðila á báðum þessum mörkuðum þar sem samkeppni mun líklega færast í aukana í framtíðinni, m.a. með tilkomu bandaríska verslanarisans Costco sem mun bjóða upp á matvæli og lyf, auk þess að starfa á fjölda annarra markaða.

Með samrunanum skapast möguleikar á samlegðaráhrifum. Helstu samlegðarmöguleikar felast í lækkun á skrifstofu- og stjórnendakostnaði Lyfju með samnýtingu á ýmsum sviðum og mögulegri hagræðingu á húsnæðiskostnaði, flutningskostnaði og innkaupskostnaði.

Samruninn styrkir því rekstur Haga og Lyfju og mögulega mun hann hafa í för með sér samlegðaráhrif, sem gæti stutt við að til verði öflugt fyrirtæki á markaði, sem getur boðið upp á fjölbreytt úrval matvæla og lyfja í samkeppni við öfluga aðila á þeim markaði, neytendum til hagsbóta."

Í samrunaskrá kemur fram að Hagar telji samrunann engin neikvæð áhrif hafa á markað fyrir smásölu lyfja. Samruninn kunnir þvert á móti að hafa jákvæð áhrif á þann markað með því að brjóta upp það mynstur sem samkeppnisyfirvöld hafa talið liggja til grundvallar

sameiginlegri markaðsráðandi stöðu lyfjakeðjanna og lýst hefur verið í fyrri ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins, enda yrði Lyfja með allt aðra kostnaðaruppbyggingu eftir samrunann en Lyf og heilsa. Þá geti samkeppni á lyfjamarkaði eflst eftir samrunann enda væri hin nýja eining betur í stakk búin til að keppa við erlenda verslunarrisa sem væntanlegir eru á umræddan markað. Þá muni samruninn lítil sem engin áhrif hafa á dagvörumarkað, eins og hann hefur verið skilgreindur af Samkeppniseftirlitinu.

Segir í samrunaskrá að sú staða sem nú blasi við um þróun umræddra markaða á næstu mánuðum styðji enn frekar við þau rök Haga að félagið sé ekki í markaðsráðandi stöðu í skilningi samkeppnislaga, enda muni ein öflugasta verslanakeðja heims, Costco, opna verslun í Kaupþúni í Garðabæ í lok maí á þessu ári. Innkoma Costco muni hafa mikil áhrif á ýmsa markaði, þ. á m. dagvörumarkaðinn og lyfjamarkaðinn. Hagar telja því markaðsráðandi stöðu ekki fyrir hendi, enda hafi niðurstaða samkeppnisyfirvalda á sínum tíma einna helst grundvallast á markaðshlutdeild, fjárhagslegum styrk miðað við keppinauta og aðgangshindrunum að íslenskum matvörumarkaði.

Möguleg lárétt áhrif samrunans á undirmarkaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur og fyrir lífrænar matvörur og fæðubótaefni, telja samrunaaðilar vera óveruleg og ekki gefa tilefni til íhlutunar. Í því sambandi er sagt að miklar breytingar séu væntanlegar á íslenskum snyrtivörumarkaði, þar sem velta Haga muni minnka fyrir samrunann vegna lokunar eigin verslana, og stórir verslunarrisar á borð við Costco og H&M muni opna verslanir með snyrtivörudeildum. Áhrif samrunans á samkeppni á hugsanlegum undirmarkaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur séu því á engan hátt neikvæð.

Sjónarmið umsagnaraðila

Líkt og að framan hefur verið rakið barst Samkeppniseftirlitinu þó nokkuð af umsögnum frá hagsmunaaðilum þar sem lýst hefur verið yfir áhyggjum af skaðlegum áhrifum samrunans á samkeppni. Umsagnar bárust undir nafni frá m.a. Festi og Samkaup, en flestar umsagna komu frá aðilum sem óskuðu eftir trúnaði um þær.

Í athugasemdum Samkaupa segir m.a.:

"1. Fyrir það fyrsta er ljóst að Hagar eru og hafa verið í einstæðri markaðsráðandi stöðu á Íslandi. Styrkur félagsins er margfaldur á við keppinautana. Af því leiðir mun meiri styrkur í samningum við birgja og alla aðra í aðfangakeðjunni, hvort sem eru flutningsaðilar, þjónustuveitendur o.s.frv.

...

Hagar hafa nýtt þennan styrk í ólögum tilgangi. Um það má til dæmis vísa til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins frá árinu 2008 um að sekta Haga vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu í formi undirverðlagningar á mjólk (staðfest í Hæstarétti árið 2010).

...

Félagið nær taki á mikilvægum birgjum annarra verslunarkeðja og það kemst í enn betri stöðu til að tvinna saman ýmis konar aðstöðu sem samkeppnisaðilar hafa alls ekki yfir að ráða. Við þetta bætist að félagið hefur sýnt sig að misnota þessa aðstöðu þegar færi hafa gefist.

...

2. Með áformuðum viðskiptum beita Hagar fjárhagslegum styrk sínum til að kveða í kútinn samkeppni á sviðum sem félagið hefur ekki náð miklum árangri í. Hér er í fyrsta lagi um að ræða heilsuvörumarkaðinn.

Undir Lyfju heyrir heildsalan Heilsa sem er annar að tveimur helstu birgjum Samkaupa fyrir heilsuvörur. ... Því er ljóst að sala Heilsu til Haga mun veikja verulega tækifæri Samkaupa til stækkunar á þessum markaði.

Ítök Haga í Heilsu munu leiða til þess að viðskiptakjör Samkaupa verða inni á borðum stjórnenda Haga. ... Ekki er ljóst með hvaða móti er hægt að tryggja áframhaldandi viðskipti með eðlilegum hætti. ...

Þegar af þessari ástæðu getur hver sem er séð að skaðleg samkeppnisleg áhrif eru óhjákvæmileg. ...

Sérstaklega má í þessu samhengi benda á að Hagar eru með einkarétt á vörumerkinu Himneskt í samvinnu við Sollu, en Samkaup hafa unnið þétt með Heilsu við að byggja upp vörumerki til að mæta Högum. Augljóst er hver afdrif þeirrar samkeppni verða, til skaða fyrir neytendur.

...

Samkeppni í dreifingu heilsuvara er lítil en þar eru Icepharma (Yggdrasill) og Heilsa með ráðandi hlut í dreifingu/sölu á markaðnum. Hætt er við að yfirtaka Haga á Lyfju/Heilsu hafi mikil áhrif á samkeppni í dreifingu/sölu á heilsuvörum á íslenskum dagvörumarkaði. Slíkt mundi líka setja Icepharma í mjög sterka stöðu á eftir gagnvart öðrum smásölum. Einnig er rétt að hafa í huga að vörur frá Heilsu eru ráðandi í sölu margra lykilvöruflokka heilsuvara í verslunum Samkaupa og ekki séð hvernig hægt verður að finna vörur í stað þeirra.

3.

Fyrirsjáanlega mun samruninn við Lyfju veikja samkeppnisaðstöðu verslana Samkaupa vegna staðsetningar á verslunum og frekari samtönnun á lyfjabúðum Lyfju og verslana Haga. Þrjár af verslunum Lyfju er reknar í húsnæði sem liggur nærri verslunum Nettó; í Reykjanesbæ, í Borgarnesi og á Egilsstöðum þar sem Lyfja leigir rými beint af Samkaupum undir verslun. Það gæti haft veruleg áhrif á verslanir Nettó ef verslanir Lyfju yrðu færðar frá verslunum Nettó og nær verslunum Bónus. ...

4.

Það að markaðsráðandi aðila á einum markaði verði heimilað að kaupa markaðsráðandi aðila að öðrum markaði er eitthvað sem á alls ekki að heimila, það er allt sem mælir á móti því.

Við yfirtöku Haga á Lyfju eykst velta Haga á vörum sem hægt er að skilgreina sem hluta af dagvörum. Þessi viðbót er vegna t.d. hluta heilsuvara og hluta snyrti- og hreinlætisvara. Erfitt er að sjá nákvæmlega af efni samrunaskrárinnar hvað sú velta gæti verið mikil en fullyrða má að hún liggi á bilinu 1,5 til 3 milljarðar. ...

5.

Í samrunaskránni er mikið gert úr komu Costco og H&M til landsins og þessir aðilar muni hafa veruleg áhrif á snyrtivöru- og lyfsölumarkaðinn. Nú er það svo að H&M er fyrst og fremst smásali á sviði fatnaðar og mun líklega ekki hafa mikil áhrif á markað fyrir snyrtivörur á Íslandi. Costco mun allt í allt bjóða upp á innan við 4.000 vörunúmer hverju sinni og vöruvalið er mjög breytt. Því er ljóst að þeir munu aldrei vera með mörg vörunúmer í snyrtivörum og því ólíklegt að þeir hafi veruleg áhrif á snyrtivörumarkaðinn.

...

Einnig eru þessar mörgu tilvísanir í komu erlendra keðja vangaveltur um eitthvað sem á eftir að gerast og ályktanir dregnar en enginn veit hvaða áhrif munu hafa þegar á reynir. Það eina sem er öruggt í því sem framundan er að óvissan um þróun markaða verður meiri, en óvissan er einmitt ein af meginforsendum þess að samkeppni eigi sér stað.

6.

Samkaup benda einnig á nokkur atriði til viðbótar í samrunaskránni, sem vert er að hafa í huga við meðferð málsins:

...

Bls. 17

„Hagar telja samrunann lítil sem engin áhrif hafa á dagvörumarkað, eins og hann hefur verið skilgreindur af Samkeppniseftirlitinu. Um hugsanlega undirmarkaði fyrir snyrti- og hreinlætisvörur og "heilsuvörur" er fjallað síðar í samrunaskrá þessari.“

Staða Haga gagnvart birgjum sem starfa bæði á dagvöru- og snyrtivörumarkaði, mun styrkjast. Hafi birgi átt mikið undir vegna viðskipta við Haga með dagvörur fyrir samruna er hann í veikari stöðu á eftir þegar hann á mikið undir líka í öðrum vöruflokkum. Ólíklegt er að ábendingar komi frá birgjum um slíkt því eðli máls samkvæmt eiga þeir mikið undir því að halda góðu samstarfi við Haga á eftir.“

Í umsögn Festi kemur fram að félagið geri ekki athugasemdir hvað varðar markað fyrir smásölu lyfja. Öðru máli gegni um áhrif samrunans á dagvörumarkað, annars vegar lárétt áhrif á markað með snyrtivörur og lóðrétt áhrif á markað með heilsuvörur. Þá segir:

„Hagkaup, Lyfja og Lyf&Heilsa eru langstærstu seljendur að vörumerkjum í snyrtivöru og líklegt að meira en helmingur veltu í þessum vörum fari fram í gegnum þessa þrjá seljendur. Mikilvægt er að skilgreina snyrtivörumarkaðinn sem markað fyrir húðvörur, förðunarvörur og ilmvötn en án sjampós og sápu sem almennt eru seld í matvöruverslunum. Varan er í flestum tilvikum seld í gegnum vörumerkið sjálfst eða umboðsaðila þeirra hérlendis. Það að veita sama aðilanum heimild til að tvöfalda styrk sinn á þessum markaði mun raska samkeppni og hindra að aðrir komist inn á íslenska markaðinn. Nokkrir umboðsaðilanna eru jafnframt umboðsaðilar ýmissa matvörumerkja sem seldar eru í verslunum Haga. Frekari samþjöppun á smásöluenda snyrtivara mun veita Högum sem nú þegar eru með rúmlegan tvöfaldan innkaupakraft næststærsta aðila á matvörumarkaði enn frekara tak á íslenskum umboðsaðilum.

... Ágiskanir Haga um áhrif Costco á íslenskan snyrtivörumarkað eru handahófskenndar. Ekkert liggur fyrir um áherslur Costco í snyrtivörum og hvaða áhrif þær munu hafa.

Röksemdarfærsla Haga að taka verði tillit til netverslunar og umfang Fríhafnarinnar í sölu snyrtivara getur ekki talist gild þegar kemur að því að meta áhrif af samruna Haga og Lyfju gagnvart íslenskum samkeppnisaðilum. Bæði er stærð netverslunar með snyrtivöru algjörlega óþekkt stærð en nokkuð ljóst að sú netverslun kaupir ekki inn vörur af sömu aðilum og Hagar og Lyfja gera. Áhrif Fríhafnarinnar eru þekkt á íslenskum smásöluarkaði og stærð hennar mun ekki breyta núverandi innkaupaumhverfi verslanna hvað snyrtivörur ræðir. Samruni Haga og Lyfju mun hinsvegar tvímælalaust gera það.

Festi hf. telur því að samruninn hafi töluverð áhrif á dagvörumarkaðinn og veiti fordæmi fyrir því að stór félög geti keypt upp sterk vörumerki og náð þannig enn frekara forskoti vegna stærðar sinnar og fjárhagslegrar getu.

Heilsa er annar af tveimur stærstu heilðsöluaðilum í heilsuvöru á Íslandi ásamt fyrirtækinu Yggdrasil sem nýverið var selt til Icepharma. Fyrirtækið hefur að mörgu leyti verið brautryðandi í mörgum nýjum lífstílsvörum á Íslandi en vöxtur þessara vöruflokka innan heilsu, vítamína og ýmissa lífstílsvara hefur verið mikill síðustu misseri. Kaup Haga á Heilsu hefur þau áhrif að félagið getur nú í krafti stærðar sinnar og fjárhagslegrar getu setið eitt að þeim sterku vörumerkjum innan áðurgreindra flokka Heilsu. Vörumerki sem Heilsa í samvinnu t.d. við Krónuna hefur markaðssett á síðustu árum og gert vinsæl. Verði samkeppnisaðilum Haga gert að kaupa þessi vörumerki af Högum í heilðsölu, jafngildir það að útiloka samkeppnisaðilana frá þessum vörumerkjum.

Jafnframt eru Hagar í gegnum innkaupafyrirtæki sitt eini söluaðilinn að vörumerkinu Himneskt í samvinnu við Sollu á Gló. Líklega hefur meira féi verið varið í markaðssetningu á þessu einstaka heilsumerki á Íslandi en nokkru öðru og

Ijóst að Hagar eru nú þegar eigandi að stærsta vörumerkinu á íslenskum heilsumarkaði. Þessar vörur eru jafnframt seldar í verslunum Gló svo hæpið er að telja Gló til samkeppnisaðila Haga. Nær væri að nota orðið samstarfsaðili.”

Líkt og rakið var hér að framan voru samrunaaðilar upplýstir í bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 11. apríl 2017, um efni umsagna Festi, Samkaupa svo og Lyfja og heilsu, auk sem tekið var saman meginefni þeirra umsagna sem borist höfðu nafnlaust, og samrunaaðilum gefið færi á að koma að athugasemdum varðandi þær upplýsingar sem þar komu fram.

Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til samrunaaðila var tekið fram að í 21 umsögn hafi með einhverjum hætti verið fjallað um sterka stöðu beggja samrunaaðila á þeim mörkuðum sem áhrifa samrunans virðist einkum gæta og að sú staða myndi styrkjast enn frekar við samrunann á þeim mörkuðum.

Tveir umsagnaraðilar hafi bent á að yrði af hinum fyrirhugaða samruna, myndi stærsta lyfjaverslunarkeðja landsins verða hluti af stærsta smásöluveldi landsins.

Í a.m.k. sjö umsögnum hafi sérstaklega verið bent á mikinn innkaupastyrk Haga sem myndi aukast enn frekar við samrunann. Í því sambandi hafi komið fram sjónarmið um að töluverð skörun væri í vöruúrvali samrunaaðila og að þeir hafi marga sameiginlega birgja. Með auknum innkaupastyrk myndi hið sameinaða félag njóta kjara langt umfram þau kjör sem öðrum á markaðnum byðust. Þá væri fyrirsjáanlegt að verslanir Lyfju myndu í framhaldi af samrunanum fara að selja vörur sem Hagar væru að flytja inn. Myndi það leiða til enn meira vöruúrvals hjá Lyfju og þar með styrkja stöðu hins sameinaða félags enn frekar.

Í fjórum umsögnum hafi verið lýst yfir áhyggjum af frekari lóðréttri samþættingu Haga með kaupum á Heilsu, en hún væri nú þegar töluverð. Í einni umsögn hafi verið bent á að Hagar gætu flutt allt inn sjálfir kysu þeir það, en fyrirtækið kaupi hluta vara sinna af innlendum birgjum að til halda verðinu uppi. Með samrunanum myndu Hagar þannig komast í lykilstöðu á heildsölustiginu sem gæti verið til þess fallið að hafa útilokandi áhrif á keppinauta á smásölustiginu. Hefur einn umsagnaraðili lýst yfir sérstökum áhyggjum af þessari stöðu í ljósi þess hvernig Hagar hafa áður hegðað sér í viðskiptum við samkeppnisaðila sína.

Einn umsagnaraðili hefði einnig bent á að staðsetning væri einn mikilvægasti þátturinn sem réði því hvort rekstur apóteks væri arðbær eða ekki, líkt og raunar annarra smásöluverslana. Hagar réðu yfir nær öllum lykilstaðsetningum í smávöruverslun, jafnt á höfuðborgarsvæðinu sem annars staðar, og væru vegna stærðar sinnar gjarnan fyrsti samstarfsaðili við uppbyggingu nýrra hverfa. Með tilkomu rafrænna lyfseðla, hefði mikilvægi staðsetninga lyfjaverslana breyst og væri í dag nær því að vera hið sama og gildi um dagvöruverslanir. Þá væru mikil eigna- og viðskiptatengsl milli Haga og Reita, stærsta fasteignafélags landsins. Þannig væri um 30% eignarhlutur í báðum félögum í eigu sömu þriggja hluthafanna, auk þess sem Hagar myndu vera stærsti viðskiptavinur Reita. Þýðing framangreinds væri m.a. að Hagar, eftir atvikum með fulltingi Reita hf., myndi geta haft mikið að segja um staðsetningu lyfjaverslana í landinu, þar á meðal staðsetningu lyfjaverslana samkeppnisaðila sinna. Væru þess jafnvel dæmi að lyfjaverslanir samkeppnisaðila Lyfju væru í dag starfræktar í húsnaði í eigu Haga. Vart þyrfti að fjölyrða um áhrif fyrirhugaðs samruna á samkeppnisstöðu þeirra.

Í bréfinu voru jafnframt tekin saman sjónarmið sem höfðu borist sérstaklega varðandi sölu samrunaaðila á hreinlætis- og snyrtivörum og heilsuvörum.

Þar kom fram að a.m.k. sjö aðilar hafi bent á að þó almenna skilgreiningin væri sú að sérvörur væru almennt ekki seldar í dagvöruverslunum þá seldu verslanir Hagkaupa þessi dýrari merki frá þekktum framleiðendum, s.s. Biotherm, Chanel, Lancome, o.fl. Einn umsagnaraðila hafi bent á að ætla mætti að sú þróun hafi orðið hér á landi vegna smæðar markaðarins og þeirrar þjónustu sem boðið er upp á af heildsölum með pantanir, þjónustu, áfyllingar og sölu á sérstökum dögum s.s. tax-free dögum, miðnæturoppnunum o.fl. Afgreiðslufólk Hagkaupa hafi því oft sérþekkingu á viðkomandi vörum sem afgreiðslufólk í sambærilegum verslunum erlendis byggja ekki yfir. Í tveimur umsögnum hafi komið fram að sérhæfðar snyrtivöruverslanir sem selja merki frá mörgum heildsölum hafi nær alveg horfið og eingöngu væru örfáar eftir.

Einn umsagnaraðili hafi haldið því fram að hlutdeild Haga á markaði fyrir „sér“ snyrtivörur væri stærri en tekið væri fram í samrunatilkynningunni og hún væri í kringum 35-40% af heildarsölu í þessum vöruflokki á markaðnum. Þá hafi annar umsagnaraðili bent á að í ódýrari snyrtivörum væri hlutdeild Haga í kringum 25-30% þar sem þær vörur væru í mun meiri dreifingu á markaðnum.

Í a.m.k. þremur umsögnum hafi það komið fram að Hagar stjórnðu nú þegar innlendum snyrtivöruheildsölum sem þori ekki annað en að hlýða fyrirmælum Haga. Í þessu sambandi hafi einnig verið bent á að ef af samrunanum yrði myndi hið sameinaða fyrirtæki hafa enn frekari stjórn á vöruvali og geta stýrt markaðnum enn frekar.

Annar umsagnaraðili hafi bent á að erfitt væri að fá snyrtivöruerki sem innlendir heildsalar bjóði til endursölu og tiltekin vöruerki væru aðeins seld til Haga og apótekanna og aðrir kæmst ekki að.

Tveir umsagnaraðilar hafi bent á að Hagar fái sérstaka þjónustu frá snyrtivöruheildsölum, s.s. varðandi markaðssetningu á vörum, sem öðrum standi ekki til boða. Þá hafi annar umsagnaraðili bent á að Hagar hafi óeðlileg afskipti af verðlagningu heildsala til annarra snyrtivörusmásala og að Hagar kynnu að vera í óeðlilegu samstarfi við heildsala sem væru að fjármagna einhvern hluta smásölunnar, þeir fengu óvenjulega mikið hillupláss og varan þeirra væri í öllum búðum.

Þá hafi þrjú umsagnaraðilar bent á að Hagar þrýstu innkaupsverðinu hjá innlendum snyrtivöruheildsölum niður með kröfum um afslætti, en héldu útsöluverðinu háu hjá sér. Með þessu gæfist þeim jafnframt svigrúm til að bjóða viðskiptavinum hina reglubundnu „VSK afslætti“ sem gerði smærri verslunum mjög erfitt að starfa á markaðnum og þeir væru í raun að hrekja smærri aðila út af markaðnum. Stærð hins sameinaða fyrirtækis myndi hafa þau áhrif að minni fyrirtæki gætu ekki keppt við slíka „rísu“ og færu á endanum út af markaðnum.

Varðandi heilsuvörumarkaðinn hafi einn umsagnaraðili bent á að samruninn myndi gera hlut samrunaaðila óeðlilega stóran á sviði heilsuvara og bætiefna. Það væri varhugaverð

þróun að eignir og markaðir færast sífellt á færri hendur, stuðlaði að aukinni misskiptingu og fábreytni á markaði.

Annar umsagnaraðili hafi bent á að aðstæður á þessum markaði væru gróflega vanmetnar í samrunaskrá. Hagkaup og Bónus hafi lagt meiri og meiri áherslu á lífrænt ræktuð og vistvæn matvæli ásamt því að bjóða upp á meira úrval af fæðubótarefnum. Einnig væri Hagkaup að bjóða upp á snyrtivörumerki sem áður hafi aðeins verið hægt að fá í heilsuvörubúðum.

Þá benti enn annar umsagnaraðili á, hvað varðar vítamín og bætiefni annars vegar og snyrtivörunar hins vegar, að ástandið væri þegar orðið slæmt. Keðjurnar fengju allt aðra samninga en litlu aðilarnir og þetta myndi bara aukast enn frekar við samrunann.

Athugasemdir Haga við sjónarmið umsagnaraðila

Engar athugasemdir bárust frá Lyfju við bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 11. apríl 2017. Athugasemdir og sjónarmið bárust frá Högum með bréfi þann 3. maí 2017.

Varðandi umfjöllun um markaðsráðandi stöðu félagsins áréttaði fyrirtækið áður fram komin sjónarmið og mótmælti sérstaklega sjónarmiðum í umsögn Samkaupa um að félagið hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína „þegar færi gefst.“ Þá áréttaði félagið sjónarmið um að skilgreining á sameiginlega markaðsráðandi stöðu Lyfju og Lyfja og heilsu á markaði fyrir smásölu lyfja væri komin til ára sinna. Þá gildi það sama um lyfjamarkaðinn og dagvörumarkaðinn að hann tæki enn frekari breytingum við innkomu Costco á markað auk þess sem ólík kostnaðaruppbygging Lyfju eftir samrunann myndi hafa jákvæð áhrif á uppbyggingu markaðarins að þessu leyti. Lagði félagið áherslu á að við efnislegt mat á samrunanum væri fullkomlega réttmætt að líta til innkomu Costco og vísaði um það m.a. í leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB við mat á láréttum samrunum.

Er það mat félagsins að kaupin muni hafa óveruleg áhrif á innkaupastyrk Haga. Meginstarfsemi félaganna sé á ólíkum sviðum og skarist starfsemin aðeins að mjög litlum hluta. Þá hljóti snyrtivörur og hreinlætisvörur að teljast jaðarvörur í Lyfju. Í þessu samhengi verði einnig að líta til fyrirsjáanlegra breytinga m.a. á dagvöru- snyrtivöru- heilsu- og lyfjamarkaði á næstu vikum vegna innkomu Costco sem muni valda miklum þrýstingi til lækkunar á innkaupsverði.

Varðandi umfjöllun um áhrif samrunans á stöðu Haga á heilðsölustigi vegna kaupa á Heilsu kemur fram að Hagar hafi ákveðið að taka til skoðunar að selja Heilsu gangi kaupin eftir. Verði samruninn heimilaður sé ekki ólíklegt að Hagar muni þegar í stað setja Heilsu í sölufurli og muni við framkvæmd þess búa svo um hnútana að Hagar fái ekki aðgang að viðskiptaskilmálum Heilsu við keppinauta Haga á smásöluarkaði. Telji Samkeppniseftirlitið það til hagsbóta til að viðhalda virkri samkeppni á umræddum markaði, þá séu Hagar reiðubúnir að gangast undir skuldbindandi skilyrði að þessu leyti, þannig að engin lóðrétt áhrif verði af samrunanum hvað varðar innflutning á heilsuvörum.

Varðandi fullyrðingar um að Hagar ráði yfir nær öllum lykilstaðsetningum í smásöluverslun, jafnt á höfuðborgarsvæðinu sem annars staðar sé nauðsynlegt að taka fram að Hagar séu leigutaki í stórum hluta sinna verslana, þ. á m. húsnæði félagsins í Borgarnesi. Fullyrðingar um að Hagar „með fulltingi Reita“, geti haft mikið að segja um staðsetningar lyfjaverslana

keppinauta séu vart boðlegar. Ljóst megi vera að félögin séu sjálfstæð og hvort með sína aðskildu hagsmuni. Sömu eigendur og eigi hluti í þessum tveimur félögum eigi einnig hluti í fleiri félögum á markaði og m.a. í keppinautum Haga.

Varðandi einstaka athugasemdir mótmæla Hagar því harðlega sem haft er eftir einum umsagnaraðila um að Hagar hafi haft óeðlileg afskipti af verðlagningu heildsala til annarra snyrtivörusmásla. Þá benda Hagar á að sum alþjóðleg snyrtivörumerki setji miklar og strangar kröfur varðandi umgjörð vara sinna. Hafi Hagar fjárfest í þeirri umgjörð í einhverjum tilvikum og fengið leyfi til að selja ákveðin vörumerki. Hagar hafi eðli málsins samkvæmt engin afskipti af því hvaða samstarfsaðila alþjóðleg snyrtivörumerki velja til að selja sína vöru og hafa Hagar engan einkarétt á sölu nokkurrar vöru í þessum flokki. Þá sé það rangt að heildsalar fjármagni sölu í verslunum Haga. Birgðabinding sé mikil, þar sem varan sé oft dýr og veltuhraði ekki mikill. Hagar fjármagni því snyrtivörubirgðir sínar að langstærstum hluta og beri umtalsverðan kostnað vegna rýrnunar. Sé það rétt að Hagar þrýsti innkaupsverði niður og láti viðskiptavinum sína njóta góðs af því. Hins vegar sé rangt að innkaupsverði sé þrýst niður og útsöluverði haldið uppi. Þá bendir félagið á að stærstu snyrtivörubirgjar verslana Haga, s.s. Ölgerðin, Nathan & Olsen, Halldór Jónsson, Artica og Terma, séu afar öflug fyrirtæki með verðmæt vörumerki til sölu og dreifingar. Því sé af og frá að Hagar hafi á einhvern hátt ægivald yfir þessum birgjum, svo sem gefið sé í skyn í umsögnum. Að lokum áréttar félagið þann samdrátt sem hafi orðið í sölu snyrtivara hjá verslunum Haga og innkomu nýrra aðila, s.s. H&M.

Í bréfinu ítreka Hagar lýsingu sína á heilsuvörumarkaði. Mjög margir aðilar starfi á markaði fyrir smásölu á lífrænt ræktuðum matvörum og bætiefnum. Hagar hafi ekki upplýsingar um heildarumfang markaðarins eða stærð hans og því sé erfitt að fjalla um þau sjónarmið sem komi fram í bréfi Samkeppniseftirlitsins um að samruninn muni gera hlut samrunaaðila „óeðlilega stóran á sviði heilsuvara og bætiefna.“ Að öðru leyti virðast áhyggjur markaðsaðila varðandi markað fyrir sölu á heilsuvörum aðallega lúta að eignarhaldi Haga á Heilsu.

2. Almennt um 17. gr. c samkeppnislaga og tengd atriði

Samkeppniseftirlitið telur að við mat á samruna þessa máls verði í upphafi að líta til þess að eldri samkeppnislögum nr. 8/1993 var breytt með lögum nr. 107/2000. Í breytingunni fólst að þau ákvæði samkeppnislaga, sem ætlað var að vinna gegn samkeppnishömlum voru styrkt til muna, þ.m.t. samrunaákvæði laganna. Af lögskýringargögnum má ráða að einn megintilgangurinn með þessari lagabreytingu hafi verið að sporna gegn þeim samkeppnishömlum sem stafað geta af aukinni samþjöppun á markaði vegna samruna. Þannig segir í athugasemdum við frumvarpið sem varð að lögum nr. 107/2000:

„Þegar keppinautum fækkar og markaðsráðandi staða verður til eða þegar fákeppni ríkir er samkeppninni hættu búin. Fyrirtæki hafa ekki lengur sama vilja og getu til að keppa eða þau taka gagnkvæmt tillit hvert til annars. Til að örva samkeppni og koma í veg fyrir samkeppnishömlur við þá stöðu sem að framan er lýst þarf skörp samkeppnislög sem færa samkeppnisyfirvöldum nauðsynlegar heimildir til að grípa til viðeigandi ráðstafana til að uppræta hömlurnar. Annars fer þjóðarbúið á mis við þann ávinning sem hlýst af virkri samkeppni.“

Í þessu sambandi er litið til þess að virk samkeppni lýsir sér almennt í lægra verði, auknum gæðum, auknu úrvali og nýjungum fyrir neytendur. Jafnframt er samkeppni afar mikilvæg fyrir framleiðni og hagkvæmni í atvinnulífinu.¹¹⁴ Með ákvörðun um að ógilda eða setja skilyrði fyrir samruna er reynt að koma í veg fyrir að neytendur og samfélagið allt séu sviptir þessum gæðum. Samrunaákvæði samkeppnislaga nr. 8/1993, eins og því var breytt með lögum nr. 107/2000, var tekið óbreytt upp í samkeppnislög nr. 44/2005.

Með lögum nr. 94/2008 var ákvæðum samkeppnislaga um samruna breytt á ný og fólst í þeirri breytingu frekari styrking á efnisreglum samrunaákvæða laganna. Felur þetta m.a. í sér aukið svigrúm til efnislegs mats á samkeppnislegum áhrifum samruna. Í 17. gr. c. samkeppnislaga segir:

„Telji Samkeppniseftirlitið að samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, getur stofnunin ógilt samruna. Jafnframt skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til tækni- og efnahagsframfara að því tilskildu að þær séu neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni. Samkeppniseftirlitið getur einnig sett slíkum samruna skilyrði sem verður að uppfylla innan tiltekins tíma. Við mat á lögmæti samruna skal Samkeppniseftirlitið taka tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hefur áhrif á samkeppnisstöðu hins sameinaða fyrirtækis. Enn fremur skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til þess hvort markaður er opinn eða aðgangur að honum er hindraður.“

Eins og fram kemur í frumvarpi sem varð að lögum nr. 94/2008 felst í lagabreytingunni útvíkkun á heimildum Samkeppniseftirlitsins til þess að grípa til íhlutunar í samruna. Kemur fram í frumvarpinu að þessi breyting sé sérstaklega mikilvæg vegna „fákeppniseinkenna í íslensku hagkerfi“ og rökin fyrir henni sögð vera að „samruni geti verið skaðlegur samkeppni, jafnvel þó að hann leiði ekki til markaðsráðandi stöðu eða styrki markaðsráðandi stöðu.“ Er samrunareglum samkeppnislaga m.a. ætlað að koma í veg fyrir að einn aðili hafi slíka yfirburði og styrk gagnvart birgjum og viðskiptavinum að hann hafi tók á að „stjórna því sem fram fer á markaðnum“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2011, *Búvangur o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Samkvæmt 17. gr. c samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið þannig gripið til íhlutunar vegna samruna ef hann:

¹¹⁴ Alþjóðstofnanir hafa ítrekað bent á mikilvægi virkrar samkeppni að þessu leyti. Sjá t.d. rit OECD frá október 2014, Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes. Á bls. 2 segir: „Most importantly, it is clear that industries where there is greater competition experience faster productivity growth. This has been confirmed in a wide variety of empirical studies, on an industry-by-industry, or even firm-by-firm, basis. ... The effects of stronger competition can be felt in sectors other than those in which the competition occurs. In particular, vigorous competition in upstream sectors can 'cascade' to improve productivity and employment in downstream sectors and so through the economy more widely.“ Í riti frá Alþjóðabankanum, View point, frá september 2012, segir: „Competition drives productivity growth through two key mechanisms: it shifts market share toward more efficient producers, and it induces firms to become more efficient so as to survive. Theoretical and empirical studies provide evidence that product market competition boosts innovation, productivity, and economic growth. Firms facing vigorous competition have strong incentives to reduce their costs, to innovate, and to become more efficient and productive than their rivals. This process motivates firms to offer competitive prices, higher quality, and new and more varied goods and services. Conversely, lack of competition adversely affects productivity.“

- Skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis,
- skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu tveggja eða fleiri fyrirtækja (sameiginleg markaðsráðandi staða), eða
- hefur þau áhrif að samkeppni raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti.

Samkvæmt lögskýringargögnum er ljóst að skýra ber 17. gr. c. með hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti.¹¹⁵ Hefur það jafnframt verið staðfest í dómaframkvæmd, sbr. dóm héraðsdóms, sem staðfestur var af Hæstarétti í máli nr. 277/2012, *Stjórnugrís hf. og Arion banki hf. gegn Samkeppniseftirlitinu o.fl.*, með vísan til forsendna. Í forsendum héraðsdóms segir jafnframt í tengslum við beitingu 17. gr. c samkeppnislaga að „*játa [yrði] Samkeppniseftirlitinu nokkuð svigrúm til mats á því hvenær samruni hindrar virka samkeppni „... með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti*“.

2.1 Markaðsráðandi staða

Samkvæmt 4. tölulið 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaðsráðandi staða fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til 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. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, var dómur Héraðsdóms Reykjavíkur staðfestur með vísan til forsendna hans. Í dómi héraðsdóms kemur fram að við „*mat á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði er litið til nokkurra atriða og þau metin saman*“:

1. *Hver er markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á skilgreindum markaði og þróun hennar. Ein viðmiðun er að ef markaðshlutdeild fer yfir 50% þá eru allar líkur á að fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.*
2. *Litið er til markaðshlutdeildar þess fyrirtækis sem verið er að meta og hún borin saman við markaðshlutdeild annarra fyrirtækja á markaði. Ef miklu munar á markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem stærstu hlutdeild hefur og þess fyrirtækis sem næst kemur í röðinni er líklegt að stærsta fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.*
3. *Þá er einnig litið til aðgangshindrana að markaði. Hér er átt við atriði á borð við lagalegar hindranir, fjárhagslegar hindranir, stærðarhagkvæmni, aðgengi að birgjum, þróað sölukerfi og þekkt vörumerki.“*

Fram kemur einnig að dómurinn telji að „*þriðja atriðið sem nefnt er að framan, þ.e. aðgangshindranir að markaði, ráði ekki úrslitum þegar meta skal hvort stefnandi hafi verið*

¹¹⁵ Í frumvarpi því er varð að lögum nr. 94/2008 segir t.d.: „*Er við það miðað að samkeppnisyrðöld hafi sem endranær hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti við túlkun á íslenskum samrunareglum.*“

í markaðsráðandi stöðu ..." Hins vegar geti þessi atriði skv. dóminum styrkt frekar þá niðurstöðu að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, er með vísan til dómaframkvæmdar bent á að allar líkur séu á að fyrirtæki sé markaðsráðandi ef það hafi 50% markaðshlutdeild eða meira, sbr. einnig dóm Hæstaréttar Íslands frá 26. apríl 2016 í máli nr. 419/2015, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Skilgreining 4. gr. samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu sækir fyrirmynd sína til EES/ESB samkeppnisréttar og er efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls ESB á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur m.a. í Hoffman-La Roche málinu.¹¹⁶ Því hefur verið slegið föstu hjá dómstóli ESB að mjög há markaðshlutdeild feli ein og sér í sér sönnun á því að viðkomandi fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu einstakar kringumstæður sem bendi til annars. Þetta eigi við þegar fyrirtæki hafi 50% markaðshlutdeild.¹¹⁷ Ályktunin um markaðsráðandi stöðu sem draga má af markaðshlutdeild er enn sterkari ef fyrirtæki hafa meira en 50% markaðshlutdeild.¹¹⁸

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, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þannig getur fyrirtæki verið í markaðsráðandi stöðu enda þótt það hafi aðeins haft 32% markaðshlutdeild, sbr. dóm dómstóls ESB 15. desember 1994 í máli nr. C-250/92, *Gøttrup-Klim o.fl. gegn Dansk Landbrugs Grovvarerelskab AmbA*. Undir vissum kringumstæðum geta fyrirtæki verið ráðandi þrátt fyrir að hafa ekki hæstu hlutdeildina, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Með viðmiðinu skipulag á markaðnum er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem eru talin geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Sem dæmi um slík atriði má nefna hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur og hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og framboði af vöru eða

¹¹⁶ Mál nr. 85/76 Hoffman-La Roche gegn framkvæmdastjórninni [1979] ECR 3451.

¹¹⁷ Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 25. júní 2010 í máli nr. T-66/01 ICI gegn framkvæmdastjórninni: „Very large market shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position. ... Thus, according to the case-law of the Court of Justice, a market share of 50% is in itself, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (see, to that effect, Case C-62/86 AKZO v Commission [1991] ECR I-3359, paragraph 60).“ Þetta á einnig við í samrunamálum sbr. t.d. mgr. 41 í dómi undirréttar ESB frá 6. júlí 2010 í máli nr. T-342/07, Ryanair gegn framkvæmdastjórninni: „It is settled case-law that, although the importance of market shares may vary from one market to another, the view may legitimately be taken that very large market shares are in themselves, save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (see, in relation to abuse of a dominant position, Case 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 461, paragraph 41, and, in relation to the previous merger regulation, Case T-102/96 Gencor v Commission [1999] ECR II-753, paragraph 205, and Case T-221/95 Endemol v Commission [1999] ECR II-1299, paragraph 134). That may be the situation where there is a market share of 50% or more (see, in relation to abuse of a dominant position, Case C-62/86 AKZO v Commission [1991] ECR I-3359, paragraph 60, and, in relation to the previous merger regulation, Case T-210/01 General Electric v Commission [2005] ECR II-5575, paragraph 115).“ Sjá enn fremur Whish 6 Bailey, Competition Law, áttunda útgáfa 2015, bls. 50: „There is a legal presumption that, with 50% of the market, you have a dominant position.“

¹¹⁸ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-30/89 Hilti gegn framkvæmdastjórninni [1991] ECR II-1439 og dóm dómstóls ESB í máli nr. C-53/92P [1994] ECR I-667. Í dómum þessum var staðfest sú niðurstaða framkvæmdastjórnar ESB að markaðshlutdeild milli 70-80% væri það há að engrar frekari rannsóknar væri þörf til þess að sýna fram á viðkomandi fyrirtæki væri markaðsráðandi. Sjá einnig dóm undirréttar ESB í sameinuðum málum nr. m.a. T-191/98 Atlantic Container Lines gegn framkvæmdastjórninni [2003] ECR-3257: „... a market share of 60% on the trade in question gave rise to strong presumption of a dominant position.“

þjónustu. Í því sambandi getur lóðrétt samþætting fyrirtækis (e. *vertical integration*) veitt mikilvæga vísbendingu um ráðandi stöðu.¹¹⁹ Einnig er horft til fjölda og styrks keppinauta auk þess sem fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. umræddan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar. Varðandi styrk keppinauta ber að hafa í huga að í EES/ESB-samkeppnisrétti er litið svo á að það sé vísbending um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.¹²⁰ Þá getur einnig verið rétt að horfa til mögulegs kaupendastyrks á kaupendahlið markaðarins.

Um mat á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu í samrunamálum má vísa til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

2.2 Samkeppni raskast „að öðru leyti með umtalsverðum hætti“

Sem fyrr segir fólst í lögum nr. 94/2008 útvíkkun á heimildum Samkeppniseftirlitsins til þess að grípa til íhlutunar í samruna. Þessi breyting er útskýrð svo í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að framangreindum lögum:

„Í 1. málsl. 1. mgr. er kveðið á um heimildir Samkeppniseftirlitsins til að ógilda samruna. Í ákvæðinu er lagt til að Samkeppniseftirlitinu verði heimilt að ógilda samruna sem hindrar virka samkeppni, einkum þegar markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja myndast eða slík staða styrkist. Með því að bætt er við orðinu „einkum“ felur ákvæðið í sér auknið svigrúm til efnislegs mats á samkeppnislegum áhrifum samruna. Er rétt að lýsa þessu nánar.

Í 1. mgr. 17. gr. nógildandi samkeppnislaga er fjallað um hið samkeppnislega mat sem leggja ber á samruna. Er ákvæðið byggt á eldri samrunareglugerð EB nr. 4064/89. Samkvæmt þessu getur Samkeppniseftirlitið gripið til íhlutunar vegna samruna undir tvennum kringumstæðum. Annars vegar þegar samruni raskar samkeppni með myndun eða styrkingu markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis og hins vegar þegar samruni raskar samkeppni með myndun eða styrkingu sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu tveggja eða fleiri fyrirtækja. Það er hins vegar ljóst að samruni getur undir vissum kringumstæðum raskað samkeppni þrátt fyrir að að hann skapi ekki eða styrki markaðsráðandi stöðu eins eða fleiri fyrirtækja, sbr. nánar hér á eftir. Af þessu leiðir að ef samrunareglur heimila einungis inngrip í samruna sem styrkir eða myndar markaðsráðandi stöðu getur það leitt til þess að samkeppnishamlandi samrunar nái fram að ganga með tilheyrandi tjóni fyrir atvinnulífið og almenning. Sökum þessa er að finna í samrunareglum ýmissa ríkja víðtækari heimildir til þess að vinna gegn samkeppnishömlum sem stafa af samruna. Í t.d. Bandaríkjunum, Kanada og Bretlandi er unnt að ógilda samruna sem raskar samkeppni með umtalsverðum hætti (nefnt á ensku „substantial lessening of competition“). Er þessi heimild þannig ekki bundin við samruna sem leiða til eða styrkja markaðsráðandi stöðu. Með nógildandi samrunareglugerð EB nr. 139/2004 var ákveðið að veita víðtækari heimild til að grípa inn í samruna og miða ekki lengur eingöngu við markaðsráðandi stöðu. Í 25. tölul. aðfaraorða reglugerðarinnar eru ástæður þessarar breytingar útskýrðar:

¹¹⁹ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 27/6 United Brands gegn framkvæmdastjórninni [1978] ECR 207.

¹²⁰ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fimmta útgáfa 2010, bls. 110: „When there is a significant gap between the market share of the potentially dominant undertaking and the market shares of its competitors, this element may be considered as confirmation of the existence of a dominant position.“

„Í ljósi þess hvaða afleiðingar samfylkingar í fákeppnismarkaðskerfi geta haft er það þeim mun nauðsynlegra að viðhalda skilvirkri samkeppni á slíkum mörkuðum. Á mörgum fákeppnismörkuðum ríkir heilbrigð samkeppni. Við vissar aðstæður geta þó samfylkingar, sem fela í sér afnám mikilvægra samkeppnishaftra, sem samrunaaðilarnir hafa sett hver öðrum, og minnkandi samkeppnisþrýsting á samkeppnisaðilana sem eftir eru, leitt af sér verulegar hindranir á virkri samkeppni, jafnvel þó að ekki séu líkur á samræmingu á milli aðila í fákeppni. Dómstólar Bandalagsins hafa þó ekki fram til þessa túlkað það skýlaust svo að þess sé krafist samkvæmt reglugerð (EBE) nr. 4064/89 að samfylkingar, sem hafa slík ósamræmd áhrif, verði lýstar ósamrýmanlegar sameiginlega markaðnum. Vegna réttaröryggis skal því tekinn af allur vafi um það að í þessari reglugerð er heimilað skilvirkt eftirlit með öllum slíkum samfylkingum með því að kveða á um að allar samfylkingar, sem myndu hindra verulega virka samkeppni á sameiginlega markaðnum eða verulegum hluta hans, skuli lýstar ósamrýmanlegar sameiginlega markaðnum. Túlka ber hugtakið „umtalsverð hindrun virkrar samkeppni“ í 2. og 3. mgr. 2. gr. þannig að það taki, auk hugtaksins „yfirburðastaða“, eingöngu til samkeppnishamlandi áhrifa samfylkingar sem eru afleiðing ósamræmds atferlis fyrirtækja sem hafa ekki yfirburðastöðu á viðkomandi markaði.“

Er í þessu frumvarpi lagt til að á samkeppnislögum verði gerðar sams konar breytingar og fólust í núgildandi samrunareglugerð EB. Breytingartillagan byggist þannig á 2. mgr. 2. gr. samrunareglugerðar EB og miðar að því að samræma ákvæði íslensku samkeppnislaganna um efnislegt mat á samruna núgildandi ákvæðum Evrópulöggjafar, þannig að íslensk lög feli í sér sömu vernd fyrir almenning og samfélagið og Evrópulöggjöf veitir, en slíkt er sérstaklega mikilvægt í ljósi fákeppniseinkenna í íslensku hagkerfi. Rökin að baki breytingunni eru þau að samruni geti verið skaðlegur samkeppni, jafnvel þó að hann leiði ekki til markaðsráðandi stöðu eða styrki markaðsráðandi stöðu.

Breyting sú sem er lögð til felst í því að við 1. másl. 1. mgr verði bætt orðinu „einkum“ þannig að Samkeppniseftirlitinu verði heimilt að ógilda samruna einkum þegar markaðsráðandi staða myndast eða slík staða styrkist. Þessi breyting felur það í sér að unnt er að grípa til íhlutunar vegna samruna ef hann leiðir til þess að markaðsaðstæður verði skaðlegar samkeppni, jafnvel þótt samruninn myndi ekki eða styrki markaðsráðandi stöðu. Sú staða getur helst komið upp þegar um er að ræða samruna keppinauta (lóðréttur samruni) á fákeppnismörkuðum þar sem tilteknar aðstæður eru fyrir hendi. Slíkar aðstæður geta verið þegar fyrirtæki á viðkomandi markaði selja aðgreinanlegar vörur og samrunafyrirtækin hafa verið helstu keppinautar hvort annars. Umtalsverð markaðshlutdeild og samþjöppun á markaðnum hefur og þýðingu. Brotthvarf helsta keppinautarins á slíkum fákeppnismarkaði vegna samruna getur haft þau áhrif að samkeppnislegt aðhald minnkar umtalsvert á markaðnum og getur þetta gefið samrunafyrirtækjum aukinn markaðsstyrk og þar með möguleika á því t.d. að hækka verð. Getur þetta gerst án þess að samrunafyrirtækin hafi það háa markaðshlutdeild að þau teljist markaðsráðandi. Framkvæmdastjórn EB hefur gefið út leiðbeiningareglur (O.J. 2004/C 31/03) þar sem útskýrð eru með ítarlegum hætti þau sjónarmið sem horfa verður til við mat á samruna af þessum toga. Er við það miðað að samkeppnisyfírvöld hafi sem endranær hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti við túlkun á íslenskum samrunareglum.“

Fjallað verður nánar um umræddar leiðbeiningareglur framkvæmdastjórnar ESB hér á eftir.

Rétt er að fjalla hér einnig um megingundir samruna.

2.3 Láréttir samrunar

Láréttir samrunar felast í því þegar fyrirtæki á sama markaði renna saman. Almennt má segja um samkeppnishömlur sem stafa af láréttum samruna að þær séu aðallega af þrennum toga. Í fyrsta lagi leiðir slíkur samruni til þess að fyrirtækin sem um ræðir hætta að keppa sín á milli um hylli viðskiptavina sinna með tilheyrandi afleiðingum fyrir viðskiptavinum og neytendum. Í öðru lagi getur slíkur samruni leitt til þess að hið sameinaða fyrirtæki öðlist það mikinn efnahagslegan styrk að það geti hætt að taka tillit til keppinauta sinna og neytenda. Í þriðja lagi getur aukin samþjöppun á markaðnum sem fylgir láréttum samruna dregið úr samkeppni fyrirtækjanna sem eftir eru á markaðnum og auðveldað þeim að taka tillit hvert til annars í því skyni að hámarka sameiginlegan hagnað, t.d. með samhæfðri markaðshæðun sem lýtur að því að hækka verð.

Hefur verið bent á það í samkeppnisrétti að slíkir samrunar séu líklegastir til að raska samkeppni vegna þess að þeir hafa um leið og þeir koma til framkvæmda bein áhrif á gerð viðkomandi markaðar. Þessi áhrif felast í því að núverandi eða möguleg samkeppni leggst þegar af á milli samrunafyrirtækjanna. Aðrar tegundir af samrunum hafa ekki þessi beinu áhrif.¹²¹

Sem fyrr segir er rétt í samrunamálum að hafa hliðsjón leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB. Hún gaf út árið 2004 leiðbeiningar um mat á samkeppnislegum áhrifum láréttra samruna (hér eftir til einföldunar; „lárétta leiðbeiningarnar“).¹²²

Í lárétta leiðbeiningunum er samkeppnislegum áhrifum skipt í tvo meginflokka:

- Einhliða áhrif (einnig nefnd ósamræmd áhrif).¹²³ Hér fellur undir þegar samruni myndar eða styrkir markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis. Einnig fellur hér undir samruni fyrirtækja á fákeppnismörkuðum sem felur í sér að mikilvægt samkeppnislegt aðhald hverfur án þess þó að markaðsráðandi staða (sér í lagi eða sameiginleg) myndist, sbr. 24-25. mgr. lárétta leiðbeininganna. Segir um þetta að samruni geti dregið verulega úr samkeppni á markaði vegna þess að samkeppni á milli þeirra aðila sem sameinast hverfur. Slíkir samrunar geta jafnframt haft áhrif á aðra keppinauta á viðkomandi markaði. Verðhækkningar hins sameinaða fyrirtækisins kunna að leiða til þess að eftirspurn eftir vörum þess færist til annarra keppinauta. Aukið svigrúm annarra fyrirtækja á markaðnum, en þeirra sem sameinuðust, til þess að hækka verð gæti svo orðið bein afleiðing af samrunum.

¹²¹ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-5/02 Tetra Laval gegn framkvæmdastjórninni [2002] ECR II-4381: „It is common ground between the parties that the modified merger is conglomerate in type, that is, a merger of undertakings which, essentially, do not have a pre-existing competitive relationship, either as direct competitors or as suppliers and customers. Mergers of this type do not give rise to true horizontal overlaps between the activities of the parties to the merger or to a vertical relationship between the parties in the strict sense of the term. Thus it cannot be presumed as a general rule that such mergers produce anti-competitive effects. However, they may have anti-competitive effects in certain cases.“ Sjá einnig dóm dómstóls ESB í þessu máli, mál nr. C-12/03P.

¹²² Enska heiti þeirra er: „Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.“ Voru þær birtar 5. febrúar 2004 í stjórnartíðindum ESB (2004/C 31/03).

¹²³ Á ensku nefnt „unilateral effects“ eða „Non-coordinated effects“.

- Samræmd áhrif. Hér fellur undir myndun eða styrking sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu, sbr. 39. mgr. leiðbeininganna.

Samkeppnieftirlitið fær ekki séð að samruni þessa máls hafi í för með sér skaðleg samræmd áhrif og verður því ekki fjallað um þann þátt lárétta leiðbeininganna.

Í 14. – 21. mgr. lárétta leiðbeiningunum er fjallað um mikilvægi þess að horfa til breytingar á markaðshlutdeild og á samþjöppun á markaði í kjölfar samruna, sbr. einnig umfjöllun hér að framan um markaðsráðandi stöðu. Gerð verður nánari grein fyrir þessu hér á eftir.

Í 27. – 38. mgr. lárétta leiðbeininganna er fjallað um ýmis atriði sem veitt geta leiðbeiningu um samkeppnishamlandi einhliða áhrif samruna.¹²⁴ Á meðal þeirra sjónarmiða sem framkvæmdastjórnin reifar í leiðbeiningunum eru þessi:

- Há markaðshlutdeild samrunaaðila. Almennt eykst máttur fyrirtækja á markaði samhliða aukinni markaðshlutdeild. Há markaðshlutdeild getur stuðlað að því að viðkomandi fyrirtæki njóti aukinnar framlegðar af verðhækkunum.¹²⁵
- Samrunaaðilar eru nánir keppinautar. Innan markaða er gjarnan einhver munur á vörum keppinauta. Þeim mun líkari sem vörur samrunaaðila eru þeim mun meiri er hættan á verðhækkun í kjölfar samruna. Sú samkeppni sem samrunaaðilar hafa stundað sín á milli kann því að vera mikilvægt sjónarmið við mat á efnislegum áhrifum samruna. Í því samhengi getur skipt máli hversu nálægt hvor öðrum keppinautarnir eru (e. closeness of competition).
- Takmörkuð geta viðskiptavina til þess að skipta um seljanda. Ef það eru fáir seljendur eða skiptikostnaður viðskiptavina er hár getur verið erfitt fyrir þá að færa sig frá einum seljanda til annars. Samruni sem fækkar valmöguleikum getur takmarkað mjög getu viðskiptavina til þess að skipta um birgja þegar um er að ræða samþjappaðan fákeppnismarkað.
- Ólíklegt er að keppinautar auki framboð ef verð er hækkað. Viðbrögð keppinauta við verðhækkun hins sameinaða fyrirtækis kunna að vera þau að auka framboð sitt. Með því ættu þeir að geta náð til sín einhverjum viðskiptum. Jafnframt viðheldur það samkeppni ef keppinautarnir haga sér með þeim hætti. Ef það er hins vegar ólíklegt af einhverjum ástæðum að keppinautarnir auki framboð sitt þá aukast líkurnar á því að hið sameinaða fyrirtæki hækki verð.
- Hið sameinaða fyrirtæki getur hindrað vöxt eða getu smærri keppinauta til að keppa.
- Samruninn hefur í för með sér að fyrirtæki sem var öflugur keppinautur hverfur af markaði. Fyrirtæki beita sér mismikið í samkeppni. Fyrirtæki sem eru að jafnaði fyrst til þess að lækka verð eða oft fyrst til þess að bjóða upp á ýmsar nýjungar geta haft mikil áhrif á það sem gerist á markaðnum þrátt fyrir að vera ekki stærst,

¹²⁴ Hafa verður hins vegar í huga fyrirvarann í 26. mgr. um þessi atriði séu ekki tæmandi og að þessi atriði þurfi ekki að vera öll fyrir hendi til þess að samruni teljist raska samkeppni: „A number of factors, which taken separately are not necessarily decisive, may influence whether significant non-coordinated effects are likely to result from a merger. Not all of these factors need to be present for such effects to be likely. Nor should this be considered an exhaustive list.“

¹²⁵ Í mgr. 27 segir m.a.: „The larger the market share, the more likely a firm is to possess market power. And the larger the addition of market share, the more likely it is that a merger will lead to a significant increase in market power. The larger the increase in the sales base on which to enjoy higher margins after a price increase, the more likely it is that the merging firms will find such a price increase profitable despite the accompanying reduction in output.“

sbr. t.d. svonefnd „maverick“ fyrirtæki. Ef slíkt fyrirtæki hverfur þá kann það að draga úr samkeppni.

Í mgr. 64 og áfram er fjallað um að hvaða leyti kaupendastyrkur, möguleg innkoma nýrra keppinauta og mögulega hagræðing getur haft á hið samkeppnislega mat.

2.4 Lóðréttir samrunar og samsteypusamrunar

Í lóðréttum samruna felst að fyrirtæki sem starfa á mismunandi sölustigum renna saman, t.d. framleiðandi og smásali. Samsteypusamruni á sér stað þegar fyrirtæki renna saman sem eru hvorki í láréttum né lóðréttum tengslum, þ.e. starfa hvorki á sama eða tengdum mörkuðum. Hafa ber í huga að sami samruni getur falið í sér blöndu af öllu framangreindu og eru slíkar samrunar stundum nefndir „ská“ samrunar (e. diagonal mergers).¹²⁶

Framkvæmdastjórn ESB gaf á árinu 2008 út leiðbeiningar um mat á samkeppnislegum áhrifum annars vegar lóðréttra samruna og hins vegar samsteypusamruna (hér eftir til einföldunar „lóðréttu leiðbeiningarnar“).¹²⁷

Í 10. mgr. og áfram í lóðréttu leiðbeiningunum kemur fram að lóðréttir samrunar og samsteypusamrunar séu almennt ólíklegri en láréttir samrunar til þess að fela í sér takmörkun á samkeppni. Ástæða þessa er að ólíkt láréttum samrunum fela fyrrgreindir samrunar ekki í sér þau beinu áhrif að samkeppni milli tveggja keppinauta hverfur við samrunann. Einnig geti slíkir samrunar leitt af sér hagræði.

Slíkir samrunar geta þó einnig haft samkeppnishamlandi áhrif undir vissum kringumstæðum. Er það helst í þeim tilvikum þegar þeir hafa í för með sér svonefnd útilokunaráhrif (e. *foreclosure effect*), þ.e. að núverandi eða mögulegir keppinautar geti útilokast frá tilteknum markaði. Geta samkeppnishömlur t.d. átt sér stað ef hið sameinaða fyrirtæki hefur bæði hvata og getu til að beita vogarafshögðun milli markaða, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2009, *ERGN Holdings o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

3. **Frummat í andmælaskjali og sjónarmið Haga**

Í andmælaskjalinu var komist að þeirri frumniðurstöðu að samruni Haga og Lyfju væri skaðlegur samkeppni, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Draga má saman frumniðurstöðu andmælaskjalsins með þessum hætti:

- Hagar og Lyfja eru nánir keppinautar á þeim vöru- og landfræðilegu mörkuðum sem bæði fyrirtækin starfa á. Með samrunanum hverfur mikilvægur keppinautur á umræddum mörkuðum og felur þetta í sér umtalsverða röskun á samkeppni í skilningi 17. gr. c samkeppnislaga.
- Samruninn styrkir markaðsráðandi stöðu Haga á dagvörumarkaði.
- Samruninn er við mögulegan keppinaut á lyfjamarkaði.
- Af samrunanum leiða skaðleg lóðrétt áhrif sem fara gegn 17. gr. c samkeppnislaga.

¹²⁶ Sjá t.d. Kokkoris & Shelanski, EU Merger Control, 2014, bls. 222.

¹²⁷ Enska heitið þeirra er: „Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.“ (2008/C 265/07).

- Af samrunanum leiða skaðleg samsteypuáhrif sem fara gegn 17. gr. c samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið taldi að hvert og eitt framangreindra atriða leyfði að beitt yrði íhlutun skv. 17. gr. c samkeppnislaga vegna samrunans.

Í athugasemdum Haga við andmælaskjalið var frummati Samkeppniseftirlitsins mótmælt. Þá gerði félagið sérstaka athugasemd við það að ekki hefði verið litið til innkomu Costco inn á íslenskan dagvörumarkað við mat á markaðsstöðu Haga, en „*rétt mat á áhrifum samruna Haga og Lyfju [gæti] engan veginn fengist með öðrum hætti en að rannsaka áhrif Costco á markaði málsins*“. Telja Hagar að á þeim vikum sem liðnar séu hafi Costco haft gríðarleg áhrif á skilgreinda markaði málsins; íslenskan dagvörumarkað, heilsumarkað, snyrtivörumarkað og markað fyrir smásölu lyfja, og þar með á stöðu verslana Haga á markaðnum og hvíli skylda á Samkeppniseftirlitinu til þess að rannsaka nánar þau áhrif sem stafa af Costco í samræmi við þá rannsóknarskyldu sem hvíli á eftirlitinu samkvæmt 10. gr. stjórnarsýslulaga.

Líkt og rakið er í bréfi Samkeppniseftirlitsins til samrunaaðila, dags. 19. júní sl., taldi Samkeppniseftirlitið rétt í ljósi kröfu Haga um frekari rannsókn á áhrifum innkomu Costco á skilgreinda markaði málsins að afla nánari upplýsinga m.a. frá samrunaaðilum, Costco og aðilum á markaðnum, í því skyni að leggja frekara mat á áhrif innkomu Costco á þá markaði sem samruni Haga og Lyfju snerti einkum, svo og þau skilyrði sem Hagar voru reiðubúnir að gangast undir, væru þau til þess fallin að koma í veg fyrir skaðleg áhrif samrunans.

Verður fjallað um framangreinda rannsókn Samkeppniseftirlitsins á áhrifum af innkomu Costco eftir útgáfu andmælaskjals á skilgreinda markaði þessa máls og niðurstöðu hennar í sérstökum kafla hér síðar. Þá verður fjallað um mat Samkeppniseftirlitsins á framkomnum tillögum að skilyrðum hér síðar.

4. Eðli samruna þessa máls

Samruni þessa mál telst í fyrsta lagi vera láréttur. Ljóst er að Lyfja selur ekki aðeins lyf og liggur fyrir í gögnum málsins að []¹²⁸ hluti veltu Lyfju í smásölu má rekja til svokallaðra „*non-pharma*“ vara. Er því um nokkra skörun að ræða í vöruúrvali samrunaaðila. Báðir samrunaaðilar starfa á framangreindum mörkuðum fyrir annars vegar smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum og hins vegar mörkuðum fyrir heilsuvörur. Á þessum mörkuðum eru fyrirtækin keppinautar og með samrunanum hverfur sú samkeppni sem ríkt hefur milli þeirra. Til skoðunar er í málinu hvort þau áhrif séu með þeim hætti að fari gegn 17. gr. c samkeppnislaga.

Í öðru lagi er um að ræða lóðréttan samruna þar sem Heilsa, dótturfélag Lyfju, starfar á sviði innflutnings og dreifingar á hvers konar heilsuvörum sem fyrirtækið selur m.a til dagvöruverslana, sérverslana með heilsuvörur og apóteka, svo sem áður er komið fram, þ. á m. verslana Haga og Lyfju.

¹²⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

Í þriðja lagi er um að ræða samsteypusamruna þegar horft er til þess að hér renna saman fyrirtæki sem starfa á dagvörumarkaði og markaði fyrir smásölu lyfja.

Verður nú mat lagt á samkeppnisleg áhrif þessa.

5. Markaðshlutdeild

Markaðshlutdeild hefur eins og áður sagði mikið að segja þegar samkeppnisleg áhrif samruna eru metin. Í 8. kafla samrunaskrárinnar var óskað eftir mati samrunaaðila á því hver sé áætluð heildarstærð markaðarins í söluverðmæti og magni í samræmi við reglur Samkeppniseftirlitsins nr. 684/2008 um tilkynningu og málsmeðferð, sbr. síðari breytingar. Þar var einnig óskað eftir upplýsingum um markaðshlutdeild samkvæmt sömu mælikvörðum hjá þeim fyrirtækjum sem að samruna standa ásamt áætlaðri hlutdeild helstu keppinauta. Hér í framhaldinu verður byrjað á að fjalla um það hvernig samrunaaðilar meta hlutdeild sína á einstökum mörkuðum sem þeir leggja til grundvallar í samrunaskránni.

Í kjölfarið mun Samkeppniseftirlitið fjalla um niðurstöðu sína á hverjum og einum markaði. Í þeirri umfjöllun mun Samkeppniseftirlitið bæði líta til núverandi og sögulegrar markaðshlutdeildar samrunaaðila svo og markaðsstyrks á viðkomandi mörkuðum, en þær upplýsingar geta gefið vísbendingar um áhrif samrunans á samkeppni. Þá verður einnig litið til hlutdeildar samrunaaðila og keppinauta þeirra á viðkomandi mörkuðum.

Eins og nefnt hefur verið getur mjög há markaðshlutdeild, eða 50% eða meiri, í sjálfu sér verið til vitnis um markaðsráðandi stöðu, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu*. Samruni fyrirtækja sem verða eftir samruna með undir 50% markaðshlutdeild getur einnig raskað samkeppni líkt og áður segir í ljósi annarra atriða, svo sem styrks og fjölda keppinauta, hvort fyrir hendi séu takmarkanir á framleiðslugetu, eða í ljósi þess að hve miklu leyti vöruhegundir samrunaaðila eru staðgönguvörur. Þannig hefur t.d. framkvæmdastjórn ESB talið að samrunar, sem leiða til þess að hið sameinaða fyrirtæki nái markaðshlutdeild á milli 40 og 50% og í sumum tilvikum minna en 40%, geti myndað eða styrkt markaðsráðandi stöðu, sbr. 17. mgr. láréttu leiðbeininganna.

Samruni keppinauta sem saman hafa umtalsverða markaðshlutdeild getur falið í sér verulega röskun á samkeppni þó hann myndi ekki eða styrki markaðsráðandi stöðu, sbr. m.a. láréttu leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB.

Við ákvörðun á markaðshlutdeild er að jafnaði stuðst við upplýsingar hlutaðeigandi fyrirtækja um tekjur þeirra vegna sölu á vöru og/eða þjónustu sem um ræðir á síðasta heila almanaksári eða eftir atvikum fleiri undangengnum árum, sbr. t.d. ársreikninga eða árshlutauppgjör eða nánari sundurliðun á tekjum eftir því sem við á í hverju máli. Til að leggja mat á stærð þess markaðar sem Samkeppniseftirlitið telur að samruninn hafi áhrif á var óskað eftir upplýsingum frá samrunaaðilum um sundurliðaðar tekjur vegna starfsemi fyrirtækja þeirra. Nánar tiltekið var óskað eftir upplýsingum um tekjur af starfsemi fyrirtækjanna án virðisaukaskatts fyrir árin 2014, 2015 og 2016 í eftirfarandi vöruflokkum:

- Fæðubótarefni,
- Lífrænar vörur sem flokkast skyldu í
 - mat- og drykkjarvörur,
 - hreinlætis- og snyrtivörur,
 - hreingerningavörur og
 - aðrar vörur,
- Dagvörur með viðurkenndu umhverfismerki sem flokkast skyldu í
 - mat- og drykkjarvörur,
 - hreinlætis- og snyrtivörur,
 - hreingerningavörur og
 - aðrar vörur,
- Heilsuvörur sem flokkast skyldu í
 - mat- og drykkjarvörur,
 - hreinlætis- og snyrtivörur,
 - hreingerningavörur,
 - aðrar vörur
- Aðrar dagvörur sem flokkast skyldu í
 - mat- og drykkjarvörur,
 - hreinlætis- og snyrtivörur, sem síðan skyldu flokkast í almennar og „sér“
 - hreingerningavörur og
 - aðrar vörur,
- Lyf, sem flokkast skyldu í
 - almenn lyf,
 - s-merkt lyf og
 - lausasölu lyf,
- Aðrar vörur, s.s
 - aðrar vörur og
 - hjúkrunarvörur.

Sömu upplýsinga var einnig óskað frá öðrum keppinautum á hverjum markaði. Byggt var á upplýsingum samrunaaðila um það hvaða fyrirtæki um væri að ræða.¹²⁹

5.1 Markaður fyrir smásölu lyfja

Varðandi hlutdeild á lyfjamarkaði vísa samrunaaðilar til þess að samkvæmt upplýsingum Sjúkratrygginga Íslands hafi heildarsala lyfseðilsskyldra lyfja í smásölu á árinu 2015 verið 11.681 milljarðar króna án vsk. Inni í þeirri tölu séu ekki svokölluð S-merkt lyf sem apótekin selji einnig núna. Þá benda samrunaaðilar á að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 19/2012, hafi stofnunin talið markaðshlutdeild Lyfju árin 2010-2011 vera u.þ.b. 30%. Í ákvörðun nr. 8/2016 var talið að sú staða hefði lítið breyst. Miðað við framkomnar upplýsingar um sölu Lyfju í lyfseðilsskyldum lyfjum sé áætlað að markaðshlutdeild Lyfju í lyfseðilsskyldum lyfjum hafi verið 34%. Miðað við magn hafi hlutdeildin verið 34,1%. Hagar starfi ekki á þeim markaði og því hafi samruninn enga aukningu á hlutdeild í för með sér á þeim markaði.

¹²⁹ Þá byggja upplýsingar um tekjur á lyfjamarkaði að hluta til á upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands og upplýsingar á dagvörumarkaði á gögnum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað reglulega frá aðilum á dagvörumarkaði og Ríkisskattstjóra um sölu fyrirtækja á dagvörumarkaði frá árinu 1995.

Samkeppniseftirlitið hefur áður fjallað um markaðinn fyrir smásölu lyfja, sbr. m.a. ákvarðanir nr. 28/2006 og nr. 4/2010, en þar komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að lyfjakeðjurnar tvær væru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 19/2012, *Yfirtaka Glitnis á Lyfju*, var markaðshlutdeild verslunarkeðju Lyfju á árunum 2010-2011 talin vera um 30-35%. Í ákvörðuninni kom fram að keðjurnar tvær, Lyfja og Lyf og heilsa, hefðu árið 2011 samtals verið með um 60-65% hlutdeild á landinu öllu. Næsti keppinautur á eftir hefði um 10-15% hlutdeild og næsti þar á eftir undir 5% hlutdeild. Í ákvörðun nr. 8/2016, var lyfjamarkaðurinn einnig tekinn til skoðunar. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í þeirri ákvörðun var sú að ekkert hefði komið fram við rannsókn málsins sem gæfi vísbendingar um að staða lyfjakeðjanna hefði breyst frá fyrri ákvörðunum. Í öllu falli væri ljóst að þessir aðilar hefðu mikinn markaðsstyrk og aðrir keppinautar hefðu mun lægri markaðshlutdeild.

Eins og samrunaaðilar benda réttilega á hafa nýir aðilar komið inn á smásölumarkaðinn fyrir lyf á síðustu árum. Má þar t.d. nefna Hraunbergsapótek, Urðarapótek og Apótek MOS. Eftir sem áður eru lyfjakeðjurnar tvær enn fyrirferðarmestar:

- Lyfja sem rekur lyfsölukeðjurnar Lyfju og Apótekið.
- Lyf og heilsa sem reka Lyf og heilsu og Apótekarann.

Þriðja lyfjakeðjan er Lyfjaval sem rekur þrjú apótek á höfuðborgarsvæðinu undir nafni Lyfjavalis auk Apóteks Suðurnesja.

Samkeppniseftirlitið óskaði eftir upplýsingum frá apótekum á markaðnum um veltu í lyfsölu sundurliðað í almenn lyfseðilsskyld lyf, S-merkt lyf og lausasölulyf. Þá óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands um veltu apóteka í almennum lyfseðilsskyldum lyfjum og S-merktum lyfjum vegna ársins 2016.

Hér að neðan í töflum 1 og 2 er að finna hlutdeild Lyfju og keppinauta á heildarmarkaði fyrir smásölu á lyfjum. Byggja töflurnar á upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands og fyrirtækjunum sjálfum. Í töflunum hefur verið tekið tillit til sölu apóteka á almennum lyfseðilsskyldum lyfjum, S-merktum lyfjum sem heimilt er að selja í almennum apótekum og lausasölulyfjum. Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að ekki sé nauðsynlegt fyrir niðurstöðu þess máls að greina smásölumarkaðinn fyrir lyf í frekari undirmarkaði.

Í neðangreindum töflum hefur einnig verið tekið tillit til tekna Sjúkrahúsapóteks LSH. Eftirlitið tekur þó fram að þessi framsetning felur ekki í sér viðurkenningu á því að Sjúkrahúsapótek LSH teljist hluti af samkeppnismarkaði málsins eða að það veiti samrunaaðilum samkeppnislegt aðhald, enda hefur eftirlitið ekki talið nauðsynlegt að taka endanlega afstöðu til þessa í þessu máli, sbr. umfjöllun að framan í kafla 2.1.

Eru upplýsingarnar settar fram miðað við landið allt annars vegar og höfuðborgarsvæðið hins vegar og tekjur fyrirtækjanna árin 2016 og 2015.

Tafla 1: Tekjur og hlutdeild í smásölu lyfja (almenn lyfseðilsskyld, s-merkt lyf, lausasölu lyf) á Íslandi. Tölur eru í þús. kr.

Fyrirtæki	2016		2015	
	Tekjur	%	Tekjur	%
Lyfja	[...]	[30-35]%	[...]	[30-35]%
Lyf og heilsa	[...]	[25-30]%	[...]	[20-25]%
LSH – lyfjasvið	[...]	[10-15]%	[...]	[10-15]%
Lyfjaver	[...]	[5-10]%	[...]	[5-10]%
Lyfjaval	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Apótek Vesturlands/ Reykjavíkurapótek	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Garðs Apótek	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Akureyrarapótek	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Apótek Hafnarfj./Garðabæjar	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Önnur apótek ¹³⁰	[...]	[10-15]%	[...]	[5-10]%
Samtals	20-25 ma. kr.	100%	20-25 ma. kr.	100%

Ljóst er að Lyfja er með hæstu hlutdeildina á landinu öllu í sölu lyfja árin 2015 og 2016. Virðist hlutdeildin sambærileg og áður, jafnvel þó tekið sé tillit til hlutdeildar sjúkrahúsapóteks LSH. Heildarsala Lyfja og heilsu virðist einnig svipuð.

¹³⁰ Önnur apótek eru m.a. Austurbæjarapótek, Árbæjarapótek, Borgarapótek, Farmasía, Garðs Apótek, Hraunbergsapótek, Lyfsalinn, Rima Apótek, Urðar Apótek, Reykjavíkurapótek, Apótek MOS, Apótek Ólafsvíkur og Siglufjarðarapótek.

Tafla 2: Tekjur og hlutdeild á smásöluverkaði fyrir lyf á höfuðborgarsvæðinu. Tölur eru í þús. kr.

Fyrirtæki	2016		2015	
	Tekjur	%	Tekjur	%
Lyfja	[...]	[20-25]%	[...]	[20-25]%
Lyf og heilsa	[...]	[20-25]%	[...]	[20-25]%
LSH – lyfjasvið	[...]	[10-15]%	[...]	[15-20]%
Lyfjaver	[...]	[10-15]%	[...]	[10-15]%
Lyfjaval	[...]	[5-10]%	[...]	[5-10]%
Garðs Apótek	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Apótek Hafnarfj./Garðabæjar	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Önnur apótek ¹³¹	[...]	[10-15]%	[...]	[10-15]%
Samtals	14-16 ma. kr.	100%	14-16 ma. kr.	100%

Samkeppniseftirlitið telur ljóst af framangreindu að staða Lyfju er sterk á lyfjamarkaðnum og hefur hún verið að styrkjast á höfuðborgarsvæðinu. Þá er t.d. ljóst að Lyfja starfar ein á mörgum svæðum á landsbyggðinni en nánar verður fjallað um þau á eftir í tengslum við markaðshlutdeild á hreinlætis- og snyrtivörum og vítamínum, bætiefnum og steinefnum. Er um að ræða Borgarbyggð, norðan- og sunnanverða Vestfirði, Norðurland vestra og Norðurland eystra og Austurland. Ekki er öðrum keppinautum til að dreifa í smásölu lyfja á þessum svæðum. Þá er ljóst að hlutdeild Lyfju er margföld á við aðra keppinauta að undanskilinni Lyfjum og heilsu.

5.2 Dagvörumarkaður

Í samrunaskrá kemur fram að samkvæmt Árbók verslunarinnar 2016 - Hagtölur um íslenska verslun hafi heildarvelta í flokkinum „dagvara og stórmarkaðir“ verið rúmlega 208 milljarðar króna árið 2015. Auk sölu dagvöru í stórmörkuðum, dagvöruverslunum og dagvörusölu bensínstöðva sé einnig innifalin sala sérvöru í stórmörkuðum, þar sem hana sé ekki hægt að undanskilja með opinberum gögnum samkvæmt skýrslunni. Þá kemur fram að samkvæmt skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2015 hafi velta verslana með dagvöru verið áætluð um 130 milljarðar kóna en Hagar telji þann markað of þröngt skilgreindan. Varðandi hlutdeild á dagvörumarkaði er vísað til þess að í skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2015 hafi hlutdeild Haga á dagvörumarkaði verið áætluð um 48-49% þegar horft væri á landið allt. Lyfja starfi ekki á dagvörumarkaði samkvæmt þeirri skilgreiningu sem samkeppnisyfirvöld hafi lagt til grundvallar og hafi samruninn því litla eða enga aukningu á hlutdeild í för með sér á umræddum markaði.

Samkeppniseftirlitið tekur ekki afstöðu til þess hvort mat samrunaaðila á markaðshlutdeild sé rétt miðað við þær forsendur sem þeir byggja á, enda hafa samkeppnisyfirvöld og dómstólar hingað til ekki talið nægjanleg rök fyrir því að að víkka skilgreiningu markaðarins út með þeim hætti sem samrunaaðilar halda fram í þessu máli og hafa gert áður.

¹³¹ Önnur apótek eru Apótek Garðabæjar/Apótek Hafnarfjarðar, Austurbæjarapótek, Borgarapótek, Farmasía, Garðs Apótek, Hraunbergsapótek, Lyfsalinn, Ríma Apótek, Urðar Apótek, Reykjanesapótek, Apótek Ólafsvíkur og Siglufjarðarapótek.

Á síðustu árum hafa nýir aðilar komið inn á markaðinn fyrir dagvöru á smásölustigi. Má þar nefna t.d. Víði ehf. sem rekur núna fjórar verslanir á höfuðborgarsvæðinu og Kost í Kópavogi. Eftir sem áður eru þrjár verslanasamstæður fyrirferðarmestar:

- Hagar hf. sem reka verslanakeðjurnar Bónus og Hagkaup.
- Kaupás hf. (nú Festi hf.) sem rekur Krónuna, Nóatún og Kjarval.
- Samkaup hf. sem reka Nettó, Samkaup-Úrval, Samkaup-Strax, Kjörbúðin, Krambúð og Sunnubúð.

Fjórða verslanasamstæðan er sameinað félag 10-11 (Rekstrarfélagið Tíu-ellefu ehf.) og Iceland (Íslands-Verslunar ehf.) undir heitinu Basko ehf., en félagið hefur verið að hasla sér völl á markaðnum og aukið hlutdeild sína. Þá hóf Costco starfsemi í maí 2017. Í ljósi þess að rannsóknartímabilið á dagvörumarkaði tók til árána 2015 og 2016 er ekki litið til markaðshlutdeildar Costco í eftirfarandi töflum. Verður sérstaklega fjallað um rannsókn Samkeppniseftirlitsins á áhrifum af innkomu Costco á dagvörumarkað og aðra skilgreinda markaði þessa máls hér síðar í kafla IV. 11.

Í áður nefndri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2009, var komist að þeirri niðurstöðu að Hagar væru í markaðsráðandi stöðu. Var sú niðurstaða staðfest af Hæstarétti Íslands, sbr. dóm í máli nr. 188/2010. Til stuðnings mati á markaðsráðandi stöðu Haga var m.a. byggt á hárrí markaðshlutdeild fyrirtækisins bæði á skilgreindum mörkuðum sem og á landinu öllu, stöðu á tengdum mörkuðum, efnahagslegum styrkleika o.fl.

Hér að neðan í töflum 3 og 4 hefur verið tekin saman markaðshlutdeild Haga og keppinauta á dagvörumarkaði. Eru upplýsingarnar settar fram miðað við landið allt annars vegar og höfuðborgarsvæðið hins vegar og tekjur fyrirtækjanna árin 2016 og 2015.

Tafla 3: Tekjur og hlutdeild á dagvörumarkaði á Íslandi. Tölur eru í þús. kr.

Fyrirtæki	2016		2015	
	Tekjur	%	Tekjur	%
Hagar	[...]	[45-50]%	[...]	[45-50]%
Festi	[...]	[15-20]%	[...]	[15-20]%
Samkaup	[...]	[15-20]%	[...]	[15-20]%
10-11/Iceland	[...]	[5-10]%	[...]	[5-10]%
Fjarðarkaup	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Víðir	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Kaupfélag Skagfirðinga	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Melabúðin	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Kostur	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Aðrar dagvöruverslanir ¹³²	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Samtals	140-150 ma.kr.	100%	130-140 ma.kr.	100%

¹³² Aðrar dagvöruverslanir eru m.a. Verslun Einars Ólafssonar, Kaupfélag Steingrímsfjarðar (þrjár verslanir) og Kaupfélag Vestur-Húnavetninga.

Ljóst er að Hagar höfðu mikla hlutdeild á landinu öllu við sölu á dagvöru árin 2015 og 2016. Hefur hlutdeild félagsins haldist því sem næst óbreytt síðustu ár, örlítið lækkað. Hlutdeild Festi og Samkaupa hefur aukist örlítið, meðan hlutdeild 10-11/Iceland er sambærileg. Hlutdeild Fjarðarkaupa hefur hins vegar minnkað aðeins.

Tafla 4: Tekjur og hlutdeild á dagvörumarkaði á höfuðborgarsvæðinu. Tölur eru í þús. kr.

Fyrirtæki	2016		2015	
	Tekjur	%	Tekjur	%
Hagar	[...]	[50-55]%	[...]	[50-55]%
Festi	[...]	[20-25]%	[...]	[20-25]%
10-11/Iceland	[...]	[5-10]%	[...]	[5-10]%
Samkaup	[...]	[5-10]%	[...]	[5-10]%
Fjarðarkaup	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Víðir	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Melabúðin	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Kostur	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Aðrar dagvöruverslanir ¹³³	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Samtals	90-95 ma.kr.	100%	85-90 ma.kr.	100%

Hlutdeild Haga á höfuðborgarsvæðinu, sem skilgreint hefur verið sem einn landfræðilegur markaður og jafnframt sá langstærsti, er hlutfallslega meiri en á landsvísu. Var hlutdeildin [50-55]% árið 2016 og hefur aðeins lækkað um [0-5]% frá árinu 2015. Hlutdeild Festi og Samkaupa hefur aukist örlítið meðan hlutdeild 10-11 /Iceland er sambærileg.

Samkeppniseftirlitið hefur í tveimur nýlegum skýrslum, annars vegar skýrslu nr. 1/2012, *Verðþróun og samkeppni á dagvörumarkaði*, og hins vegar skýrslu nr. 1/2015, *Leiðbeining um samkeppni á dagvörumarkaði – Staða samkeppninnar 2017*, sett fram ályktanir um stöðuna á dagvörumarkaðnum og markaðsráðandi stöðu Haga. Þar er m.a. fjallað um að þróun hlutdeildar frá aldamótum sem einkenndist af mikilli samþjöppun og þá sérstaklega að Hagar juku að jafnaði á hverju ári við sig hlut sem nam 1-2% fram til ársins 2009. Upp úr því komu nýir aðilar inn á markaðinn, eins og Kostur og Víðir, auk þess sem Hagar seldu frá sér verslanir 10-11 árið 2011.

Í seinni skýrslunni er fjallað um að þó nýir aðilar eins og 10-11/Iceland hefðu náð nokkrum árangri á dagvörumarkaðnum væri eftir sem áður mikil samþjöppun á markaðnum. Vísað er til þess að fákeppni ríki í smásölu á dagvörumarkaði hér á landi. Fjórar verslanasamstæður, Hagar, Kaupás, Samkaup og 10-11/Iceland hefðu verið með samanlagt um 90% markaðshlutdeild á landinu öllu árið 2014. Þar af hefðu Hagar verið með 48-49% hlutdeild, Kaupás 19-20%, Samkaup 15-16% og 10-11/Iceland 5-6% hlut. Í skýrslunni var m.a. vísað til fyrrgreinds dóms Hæstaréttar í máli nr. 188/2010. Í því máli var við mat á markaðsráðandi stöðu Haga miðað við hlutdeild fyrirtækisins árin 2005 og 2006 en þá var það með um 50% hlutdeild. Í málinu voru einnig tekin til skoðunar önnur atriði eins og aðgangshindranir, fjárhagslegur styrkleiki Haga, stærðarhagkvæmni og rekstur birgðahúss Aðfanga sem og önnur starfsemi á tengdum mörkuðum. Var staðfest

¹³³ Aðrar dagvöruverslanir eru m.a. Kjöthöllin, Pétursbúð, Plúsmarkaður, Rangá, Víetnam Market og Euro-Market.

sú niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála að Hagar væru markaðsráðandi á dagvörumarkaði.

Í skýrslunni var einnig vísað til þess að þrátt fyrir að þróun í átt til sífellt aukinnar samþjöppunar, hefði a.m.k. um stundarsakir, verið snúið við eftir 2009 og hlutdeild Haga minnkað nokkuð væru eftir sem áður ekki komnar fram vísbendingar um að staða Haga sem markaðsráðandi fyrirtækis hefði breyst.

Ljóst er að markaðshlutdeild Haga er enn mjög sterk og hefur lítið breyst. Þá er hlutdeild Haga margföld á við aðra keppinauta. Í samræmi við framangreindan dóm Hæstaréttar Íslands gefur hlutdeild Haga, ein og sér, sterka vísbendingu um að félagið sé enn í markaðsráðandi stöðu á dagvörumarkaði. Hagar byggja hins vegar á því í málinu að samkeppni frá Costco hafi í grundvallaratriðum breytt stöðu félagsins. Tekin verður afstaða til þessa sjónarmiðs Haga síðar í ákvörðun þessari.

5.3 Markaður fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum

Með vísan til umfjöllunar í kafla III. 5 hér að framan er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að smásala á hreinlætis- og snyrtivörum megi skipta í tvo vöru- eða þjónustu markaði. Annars vegar markað fyrir smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum og hins vegar markað fyrir smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum. Vörur sem falla undir fyrrnefnda markaðinn eru fjöldaframleiddar og ódýrari og ekki sömu gæðakröfur gerðar til þeirra eða þeirra aðila sem þær selja. Eru vörur í þessum flokki seldar hjá ýmsum söluaðilum. Vörur sem falla undir síðarnefnda markaðinn eru dýrari vörur og almennt markaðssettar sem meiri gæðavara. Þá er ákveðin þjónusta og umgjörð alla jafna boðin í tengslum við sölu á þeim hjá smásölum. Verður markaðshlutdeild samrunaaðila metin í samræmi við framangreint. Er þetta sama markaðsskilgreining og Hagar leggja til.

Hagar og Lyfja eru ólíkir ýmsum keppinautum sínum á framangreindum mörkuðum að því leyti að sumar öflugar verslanir þeirra bjóða upp á fjölbreytt vöruúrval af bæði almennum og „sér“ vörum. Er þannig t.d. talsverður munur á vöruframboði að þessu leyti í annars vegar verslunum Hagkaupa og hins vegar í verslunum Krónunnar og Samkaupa. Að þessu leyti eru Hagar og Lyfja nánari keppinautar en t.d. Hagar og Festi (Krónan). Í ljósi þessa telur Samkeppniseftirlitið gagnlegt í málinu að horfa einnig á stöðu þeirra fyrirtækja sem selja fjölbreytt vöruúrval hreinlætis- og snyrtivara („sér“ og almennar) eins og miðað var við í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins.¹³⁴ Til frekari glöggvunar mun Samkeppniseftirlitið einnig horfa á samanlagða hlutdeild viðkomandi fyrirtækja í sölu á bæði umræddum „sér“ og almennum vörum. Með þessu móti er stuðlað að því að lagt sé heildstætt mat á samkeppnisleg áhrif þessa samruna.

¹³⁴ Vegna sjónarmiða sem Hagar hafa sett fram um að markaðshlutdeildartölur hafi ekki staðist í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins m.a. vegna þess að sumar af verslunum samrunaaðila bjóði ekki upp á „sér“ snyrtivörur þá hefur eftirlitið á síðari stigum í málsmeðferðinni óskað eftir því við bæði samrunaaðila og keppinauta þeirra að yfirfara upplýsingar um tekjur þeirra með tilliti til flokkunar á hreinlætis- og snyrtivörum í „sér“ og almennar. Hefur Samkeppniseftirlitið í málinu fengið sendar nýjar og yfirfarnar greiningar á tölulegum upplýsingum og hefur verið tekið tillit þeirra eftir því sem við á í framsetningu upplýsinganna í eftirfarandi töflum þar sem gerð er grein fyrir markaðshlutdeild. Er í umfjölluninni miðað við að verslanir sem selji eitthvað af hreinlætis- og snyrtivörum úr báðum flokkum teljist alhiða verslanir.

Eins og rakið er hér að framan telur Samkeppniseftirlitið að sala Fríhafnarinnar á hreinlætis- og snyrtivörum sé ekki á sama markaði og verslanir utan fríhafnarsvæðisins.¹³⁵ Þá teljist sala sérhæfðra netverslana á hreinlætis- og snyrtivörum, sem og sala annarra söluaðila (t.d. snyrtistofa og líkamsræktarstöðva), ekki falla hér undir.

Hér á eftir verður gerð grein fyrir hlutdeild aðila á þessum vörumörkuðum (annars vegar „sér“ markaðurinn og hins „almenni“ markaðurinn) á landinu öllu annars vegar og skilgreindum landfræðilegum markaðssvæðum hins vegar sem eru höfuðborgarsvæðið, Borgarbyggð, Snæfellsnes, Norðanverðir Vestfirðir, Norðurland vestra, Akureyri og Eyjafjarðarsvæðið, Norðausturland, Austurland, Suðurland og Suðurnes.

Sem fyrr segir verður einnig horft til hlutdeildar þeirra verslana sem bjóða upp alhliða framboð af hreinlætis- og snyrtivörum auk þess sem höfð verður hliðsjón af samanlagðri hlutdeild viðkomandi fyrirtækja í sölu á bæði umræddum „sér“ og almennum vörum.

Upplýsingarnar eru settar fram miðað við tekjur árið 2016.

¹³⁵ Í ljósi þeirrar áherslu sem Hagar hafa lagt á sölu Fríhafnarinnar verður hér á eftir einnig litið til þess hver möguleg hlutdeild samrunaaðila væri ef smásala í Fríhöfninni og á fríhafnarsvæðinu væri meðtalin.

5.3.1 Hlutdeild á mörkuðum fyrir hreinlætis- og snyrtivörur

Þó skilgreindir smásölusölumarkaðir séu staðbundnir er gagnlegt í upphafi að líta til hlutdeildar á landinu öllu.

Tafla 5a: Tekjur og hlutdeild í smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum á Íslandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[40-45]%
Mac í Hagkaup	[...]	[0-5]%
Debenhams ¹³⁶	[...]	[5-10]%
Lyfja – Apótekið -Heilsuhúsið	[...]	[5-10]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[55-60]%
Lyf og heilsa – Apótekarinn	[...]	[0-5]%
Önnur apótek ¹³⁷	[...]	[0-5]%
Bláa lónið	[...]	[15-20]%
Body Shop	[...]	[10-15]%
L'occitane	[...]	[0-5]%
Jafnvægi (Aveda)	[...]	[0-5]%
Aðrar snyrtivöruverslanir ¹³⁸	[...]	[5-10]%
Samtals	3,5-4,0 ma.kr.	100%

Heildarvelta markaðar fyrir sölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum á landsvísu var um [3,5-4,0] ma. kr. árið 2016. Hér er hlutdeild verslana í eigu Haga langmest eða [50-55]% og með hlut Lyfju yrði sameinað fyrirtæki með um [55-60]% hlutdeild. Bláa lónið er með nokkra hlutdeild í sölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum eða [15-20]%. Hér ber þó að líta til þess að stærstur hluti þeirrar veltu er tilkominn vegna sölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum í Bláa lóninu. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að sala Bláa lónsins sé á mörkum þess að geta talist til hins skilgreinda markaðar en er hún þó meðtalin þegar reiknuð er hlutdeild á landsvísu.¹³⁹ Telur Samkeppniseftirlitið að það sé í raun ívilnandi fyrir samrunaaðila.

¹³⁶ Samrunaaðilar hafa í sjónarmiðum sínum byggt á því að búið sé að loka Debenhams í Smáralindinni og reyndar einnig Hagkaupum í Holtagörðum og að draga ætti veltu þessara verslana frá við mat á hlutdeild. Vegna þessa vísar Samkeppniseftirlitið til þess að í málinu er árið 2016 til viðmiðunar og verður því miðað við allar verslanir sem voru starfandi á því tímabili. Þá er ljóst að samrunaaðilar hafa eftir sem áður mikla yfirburði hvað varðar hlutdeild, fjölda og staðsetningu verslana þrátt fyrir að nefndum verslunum hafi verið lokað. Verður því að ætla að stærstur hluti tapaðrar sölu vegna lokunar verslananna færist yfir á aðrar verslanir í eigu Haga eða samrunaaðila. Hvað Debenhams varðar þá ber að líta til þess að stór hluti veltu Debenhams voru MAC vörur en sú verslun er starfandi áfram við hlið Hagkaupa í Smáralind.

¹³⁷ Önnur apótek eru Apótek Vesturlands/Reykjavíkrapótek, Árbæjarapótek, Urðar Apótek, Garðs Apótek, Siglufjarðarapótek, Austurbæjarapótek, Apótek Ólafsvíkur og Reykjanesapótek.

¹³⁸ Aðrar snyrtivöruverslanir eru Beauty bar, Fotia, Alena, Daría, Deisymakeup, Inglot, Madison, Make up Store, Nola, Sigurboginn, Snyrtivöruverslunin Glæsibæ og Stella.

¹³⁹ Má ætla að sala í Bláa lóninu sé nær eingöngu til erlendra ferðamanna sem ekki endilega eru með dvalarstað á Suðurnesjum og koma mögulega til landsins aðeins sem tengifarþegar eða til styttri dvalar. Smásala Bláa lónsins er því að óverulegu leyti til Íslendinga og hlutfallslega enn minni til íbúa á Suðurnesjum. Rökrétt er því að undanskilja þessar tekjur við mat á hlutdeild í smásölu á hreinlætis og snyrtivörum á Suðurnesjum. Velta Bláa lónsins í heild (þ.e. bæði í verslun á Laugavegi og í Bláa lóninu) er hins vegar meðtalin þegar litið er til landsins alls sem og höfuðborgarsvæðisins, þ.e. þá er verslunin á Laugavegi í Reykjavík meðtalin. Þá fellur verslun Bláa lónsins í Flugstöð Leifs Eiríkissonar utan hins skilgreinda markaðar málsins, sbr. fyrri umfjöllun.

Tafla 5b: Tekjur og hlutdeild í smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á Íslandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[20-25]%
Bónus - Hagar	[...]	[15-20]%
Lyfja – Apótekið - Heilsuhúsið	[...]	[10-15]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[50-55]%
Lyf og heilsa – Apótekarinn	[...]	[10-15]%
Önnur apótek ¹⁴⁰	[...]	[5-10]%
Beautybar	[...]	[0-5]%
Fotia	[...]	[0-5]%
Aðrar snyrtivöruverslanir ¹⁴¹	[...]	[0-5]%
Festi	[...]	[10-15]%
Samkaup	[...]	[5-10]%
Aðrar dagvöruverslanir ¹⁴²	[...]	[5-10]%
Samtals	6,5-7,0 ma.kr.	100%

Heildarvelta í sölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum var um [6,5-7,0] ma. kr. Yfirburðir samrunaaðila yrðu einnig miklir á þessum markaði, Hagar eru með samtals [35-40]% og Lyfja [5-10]% fyrir samrunann, en að óbreyttu myndi sameinað félag vera með [50-55]% hlutdeild á landsvísu. Þeir aðilar sem næst koma að stærð eru Lyf og heilsa með [10-15]% hlutdeild og Festi með [10-15]% hlut.

¹⁴⁰ Önnur apótek eru Lyfjaval, Lyfjaver, Apótek Vesturlands/Reykjavíkurapótek, Akureyrarapótek, Árbæjarapótek, Urðar Apótek, Lyfsalinn, Ríma Apótek, Garðs Apótek, Apótek Hafnarfjarðar/Garðabæjar, Siglufjarðarapótek, Austurbæjarapótek, Apótek Ólafsvíkur, Farmasía, Borgar Apótek og Hraunbergsapótek.

¹⁴¹ Aðrar snyrtivöruverslanir eru Alena, Daría, Deisymakeup, Gló, Heilsutorg Blómavals, Jurtaapótekið, Nola, Shine og Snyrtivörur.is.

¹⁴² Aðrar dagvöruverslanir eru Víðir, Kostur, Fjarðar kaup, 10-11/Iceland, Melabúðin, Verslunin Einar Ólafsson, Kaupfélag Skagfirðinga, Kaupfélag Steingrímsfjarðar, Kaupfélag Vestur Húnvetninga. Auk þess er byggt á áætlun hvað varðar aðrar dagvöruverslanir.

Tafla 5c: Tekjur og hlutdeild í smásölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum á Íslandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[50-55]%
Lyfja – Apótekið - Heilsuhúsið	[...]	[20-25]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[75-80]%
Lyf og heilsa – Apótekarinn	[...]	[10-15]%
Önnur apótek ¹⁴³	[...]	[0-5]%
Beautybar	[...]	[0-5]%
Fotia	[...]	[0-5]%
Aðrar snyrtivöruverslanir ¹⁴⁴	[...]	[0-5]%
Samtals	5,0-5,5 ma.kr.	100%

Heildarvelta í sölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum var rúmlega [5,0-5,5] ma. kr. árið 2016. Ljóst er af töflunni að fyrir samrunann voru Hagkaup og Lyfja hvort um sig með mestu hlutdeildina af ofangreindum keppinautum. Saman yrðu fyrirtækin með [75-80]% hlutdeild miðað við árið 2016 ef samruninn næði fram að ganga eða um sjöfalda hlutdeild þess keppinautar sem næst kemur að stærð, þ.e. Lyfja og heilsu. Hlutdeildin yrði margföld á við aðrar lyfjaverslanir og snyrtivöruverslanir sem teljast bjóða alhliða úrval hreinlætis og snyrtivara.

¹⁴³ Önnur apótek eru Apótek Vesturlands/Reykjavíkrapótek, Árbæjarapótek, Urðarapótek, Garðs Apótek, Siglufjarðarapótek, Austurbæjarapótek og Apótek Ólafsvíkur.

¹⁴⁴ Aðrar snyrtivöruverslanir eru Alena, Daria, Deisymakeup og Nola.

Tafla 5d: Samanlagðar tekjur og hlutdeild í smásölu á bæði „sér“ og almennum vörum á Íslandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[25-30]%
Mac í Hagkaup – Hagar	[...]	[0-5]%
Debenhams – Hagar	[...]	[0-5]%
Bónus - Hagar	[...]	[10-15]%
Lyfja- Apótekið - Heilushúsið	[...]	[10-15]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[50-55]%
Lyf og heilsa – Apótekarinn	[...]	[5-10]%
Önnur apótek ¹⁴⁵	[...]	[0-5]%
Bláa lónið	[...]	[5-10]%
BodyShop	[...]	[0-5]%
Aðrar snyrtivöruverslanir ¹⁴⁶	[...]	[5-10]%
Festi	[...]	[5-10]%
Samkaup	[...]	[0-5]%
Aðrar dagvöruverslanir ¹⁴⁷	[...]	[0-5]%
Samtals	10,0-10,5 ma.kr.	100%

Ljóst er af framangreindri töflu að jafnvel þó allar verslanir sem bjóða upp á hreinlætis- og snyrtivörur yrðu skilgreindar á sama vörumarkaði myndi hlutdeild samrunaaðila eftir sem áður vera mjög há og samlegðaráhrif mikil næði samruninn fram að ganga. Ef miðað er við landið allt yrði hlutdeild sameinaðs fyrirtækis [50-55]% sem er um sexföld hlutdeild þeirra aðila sem næstir koma að stærð (Lyfja og heilsu og Festi) væri. Ef miðað er við höfuðborgarsvæðið væri hlutdeild sameinaðs fyrirtækis aðeins meiri eða [55-60]%.

Höfuðborgarsvæðið

Höfuðborgarsvæðið er langstærsta svæðið sem talist getur einn landfræðilegur markaður þegar litið er til veltu. Er um að ræða póstnúmer 101-172, 200-225 og 270-276, þ.e. Reykjavík, Kópavog, Hafnarfjörð, Seltjarnarnes, Garðabæ og Mosfellsbæ. Hlutfallslega er líka selt meira af snyrtivörum á þessu svæði en öðrum landssvæðum miðað við fólksfjölda. Kemur það e.t.v. ekki á óvart þar sem framboð verslana og úrval er mun meira en á flestum öðrum stöðum á landinu. Á þessu svæði reka Hagkaup sjö verslanir¹⁴⁸ en Lyfja tíu verslanir,

¹⁴⁵ Önnur apótek eru Lyfjaval, Lyfjaver/Heilsuver, Apótek Vesturlands/Reykjavíkrapótek, Akureyrarapótek, Árbæjarapótek, Urðar Apótek, Lyfsalinn, Ríma Apótek, Garðs Apótek, Apótek Hafnarfjarðar/Garðabæjar, Siglufjarðarapótek, Austurbæjarapótek, Apótek Ólafsvíkur, Farmasía, Borgar Apótek, Hraunbergsapótek og Reykjanesapótek.

¹⁴⁶ Um er að ræða Beauty bar, Fotia, L'occitane, Jafnvægi, Alena, Daría, Deisymakeup, Gló, Heilsutorg Blómavals, Inglot, Jurtaapótekið, Madison, Make up Store, Nola, Shine, Sigurbogann, Snyrtivörur.is, Snyrtivöruverslunina Glæsibæ og Stellu.

¹⁴⁷ Um er að ræða 10-11/Iceland, Víði, Kost, Fjarðarkaup, Melabúðina, Verslun Einars Ólafssonar, Kaupfélag Skagfirðinga, Kaupfélag Steingrímsfjarðar og Kaupfélag Vestur-Húnavetninga. Auk þess er byggt á áætlun hvað varðar aðrar dagvöruverslanir.

¹⁴⁸ Í Reykjavík eru verslanir Hagkaupa í Kringlunni, Skeifunni, Smáralind, Spönginni og Holtagörðum en auk þess er verslun á Eiðistorgi og í Garðabæ.

fimm undir merkjum Lyfju¹⁴⁹ og fimm undir merkjum Apóteksins¹⁵⁰ auk verslana undir merkjum Heilsuhússins. Hvað aðra aðila varðar eru verslanir Lyfju og heilsu 17 talsins á höfuðborgarsvæðinu, fjórar undir eigin vörumerki¹⁵¹ og þrettán undir merkjum Apótekarans¹⁵². Lyfjaval rekur þrjár lyfjaverslanir á höfuðborgarsvæðinu¹⁵³. Þá eru 13 apótek sem eru ekki hluti af keðju lyfjaverslana starfandi á höfuðborgarsvæðinu.¹⁵⁴ Eru framangreindar verslanir keppinautar í sölu á hreinlætis- og snyrtivörum á höfuðborgarsvæðinu.

Tafla 6a: Tekjur og hlutdeild í smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum á höfuðborgarsvæðinu. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[45-50]%
Mac í Hagkaup	[...]	[5-10]%
Debenhams	[...]	[5-10]%
Lyfja – Apótekið - Heilsuhúsið	[...]	[0-5]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[60-65]%
Lyf og heilsa – Apótekarinn	[...]	[0-5]%
Önnur apótek ¹⁵⁵	[...]	[0-5]%
Bláa lónið	[...]	[0-5]%
Body Shop	[...]	[10-15]%
L'occitane	[...]	[0-5]%
Jafnvægi (Aveda)	[...]	[0-5]%
Aðrar snyrtivöruverslanir ¹⁵⁶	[...]	[10-15]%
Samtals	2,5-3,0 ma.kr.	100%

Heildarvelta í sölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum á höfuðborgarsvæðinu var um [2,5-3,0] ma. kr. árið 2016. Hlutdeild verslana Haga var samtals [55-60]% árið 2016 en ef samruninn gengi eftir yrði hlutdeild sameinaðs fyrirtækis [60-65]%. Hlutur Body Shop er [10-15]%, L'occitane [0-5]%, Jafnvægis [0-5]% og Lyfja og heilsu [0-5]%. Aðrir söluaðilar eru með minna.

¹⁴⁹ Í Reykjavík eru verslanir undir merkjum Lyfju á Laugavegi, í Lágmúla og í Kópavogi á Nýbýlavegi, Smáratorgi og í Smáralind.

¹⁵⁰ Í Reykjavík eru verslanir Apóteksins í Skeifunni, Lóuhólum, Spönginni. Í Garðabæ á Garðatorgi og í Hafnarfirði í Setbergi.

¹⁵¹ Í Reykjavík eru verslanir undir merkjum Lyfja og heilsu í Kringlunni, Austurveri og Hringbraut. Í Hafnarfirði er ein verslun í Firði.

¹⁵² Í Reykjavík eru verslanir Apótekarans í Domus Medica, Glæsibæ, Skipholti, Melhaga, Mjódd og Bíldshöfða. Einnig er verslun á Seltjarnarnesi (Eiðistorgi), í Kópavogi á Smiðjuvegi, Hamraborg og Salarvegi, í Hafnarfirði á Helluhrauni og Hólshrauni (í Fjarðarkaup). Loks er ein verslun í Mosfellsbæ.

¹⁵³ Um er að ræða Lyfjaval í Mjódd og Álftamýri í Reykjavík og Hæðarsmára í Kópavogi.

¹⁵⁴ Í Reykjavík er um að ræða Árbæjarapótek í Hraunbæ, Borgarapótek í Borgartúni, Farmasíu í Stigahlíð, Garðs Apótek á Sogavegi, Hraunbergsapótek í Hraunbergi, Lyfjaver á Suðurlandsbraut, Lyfsalinn í Álfeimum, Reykjavíkur Apótek á Seljavegi, Ríma Apótek í Langaríma og Urðar Apótek á Vínlandsleið. Í Kópavogi er Austurbæjar Apótek í Ögurhvarfi. Í Garðabæ er Apótek Garðabæjar í Litlatúni og í Hafnarfirði er Apótek Hafnarfjarðar á Tjarnarvöllum. Tvö síðastnefndu apótekin eru í eigu sömu aðila.

¹⁵⁵ Önnur apótek eru Árbæjarapótek, Urðar Apótek, Garðsapótek, Reykjavíkurapótek og Austurbæjarapótek.

¹⁵⁶ Aðrar snyrtivöruverslanir eru Beauty bar, Fotia, Alena, Daría, Deisymakeup, Inglot, Madison, Make up Store, Nola, Sigurboginn, Snyrtivöruverslunin Glæsibæ og Stella.

Tafla 6b: Tekjur og hlutdeild í smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á höfuðborgarsvæðinu. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[20-25]%
Bónus - Hagar	[...]	[15-20]%
Lyfja – Apótekið - Heilsuhúsið	[...]	[10-15]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[50-55]%
Lyf og heilsa – Apótekarinn	[...]	[10-15]%
Önnur apótek ¹⁵⁷	[...]	[5-10]%
Beautybar	[...]	[0-5]%
Fotia	[...]	[0-5]%
Aðrar snyrtivöruverslanir ¹⁵⁸	[...]	[0-5]%
Festi	[...]	[10-15]%
Samkaup	[...]	[0-5]%
Aðrar dagvöruverslanir ¹⁵⁹	[...]	[5-10]%
Samtals	4,5-5,0 ma.kr.	100%

Heildarvelta í sölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á höfuðborgarsvæðinu var tæplega [4,5-5,0] ma. kr. árið 2016. Hlutdeild verslana Haga var samtals [40-45]% árið 2016 en ef samruninn næði fram að ganga yrði hlutdeild sameinaðs fyrirtækis [50-55]%. Hlutur Festi er [10-15]%, Lyfja og heilsu [10-15]% og Beautybar [0-5]%. Aðrir söluaðilar eru með minna.

¹⁵⁷ Önnur apótek eru Lyfjaval, Lyfjaver, Reykjavíkurapótek, Árbæjarapótek, Urðar Apótek, Lyfsalinn, Rima Apótek, Garðs Apótek, Apótek Garðabæjar/Apótek Hafnarfjarðar, Austurbæjarapótek, Farmasía, Borgar Apótek og Hraunbergsapótek.

¹⁵⁸ Aðrar snyrtivöruverslanir eru Alena, Daría, Deisymakeup, Gló, Helsutorg Blómavals, Jurtaapótekið, Nola, Shine og Snyrtivörur.is.

¹⁵⁹ Aðrar dagvöruverslanir eru 10-11/Iceland, Víðir, Kostur, Fjarðarkaup og Melabúðin. Auk þess er byggt á áætlun hvað varðar aðrar dagvöruverslanir.

Tafla 6c: Tekjur og hlutdeild í smásölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum á höfuðborgarsvæðinu. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[55-60]%
Lyfja – Apótekið - Heilsuhúsið	[...]	[15-20]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[75-80]%
Lyf og heilsa – Apótekarinn	[...]	[5-10]%
Önnur apótek ¹⁶⁰	[...]	[0-5]%
Beautybar	[...]	[0-5]%
Fotia	[...]	[0-5]%
Aðrar snyrtivöruverslanir ¹⁶¹	[...]	[0-5]%
Samtals	4,0-4,5 ma.kr.	100%

Heildarvelta í sölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivara á höfuðborgarsvæðinu var rúmlega fjórir ma. kr. árið 2016. Fyrir samrunann voru Hagkaup og Lyfja hvort um sig með mestu hlutdeildina. Saman yrðu fyrirtækin með [75-80]% hlutdeild miðað við umrætt ár eða um átt- til nífalda hlutdeild þess keppinautar sem næst kemur að stærð, þ.e. Lyfja og heilsu. Hlutdeild annarra lyfjaverslana er mun minni.

¹⁶⁰ Önnur apótek eru Reykjavíkurapótek, Árbæjarapótek, Urðarapótek, Garðs Apótek og Austurbæjarapótek.

¹⁶¹ Aðrar snyrtivöruverslanir eru Alena, Daria, Deisymakeup og Nola.

Tafla 6d: Samanlagðar tekjur og hlutdeild í smásölu á bæði „sér“ og almennum vörum á höfuðborgarsvæðinu. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[30-35]%
Mac í Hagkaup – Hagar	[...]	[0-5]%
Debenhams – Hagar	[...]	[0-5]%
Bónus - Hagar	[...]	[10-15]%
Lyfja – Apótekið - Heilsuhúsið	[...]	[5-10]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[55-60]%
Lyf og heilsa – Apótekarinn	[...]	[5-10]%
Önnur apótek ¹⁶²	[...]	[0-5]%
BodyShop	[...]	[0-5]%
Beautybar	[...]	[0-5]%
Aðrar snyrtivöruverslanir ¹⁶³	[...]	[10-15]%
Festi	[...]	[5-10]%
Samkaup	[...]	[0-5]%
Aðrar dagvöruverslanir ¹⁶⁴	[...]	[0-5]%
Samtals	7,5-8,0 ma.kr.	100%

Ljóst er af framangreindu að jafnvel þó allar verslanir sem bjóða upp á hreinlætis- og snyrtivörur yrðu skilgreindar á sama vörumarkaði myndi hlutdeild samrunaaðila eftir sem áður vera mjög há og samlegðaráhrif mikil næði samruninn fram að ganga. Ef miðað er við höfuðborgarsvæðið væri hlutdeild sameinaðs fyrirtækis aðeins meiri en ef miðað væri við landið allt, eða [55-60]%.

Borgarbyggð

Í Borgarbyggð eru Borgarnes, Hvanneyri, Varmaland, Reykholt og Bifröst. Er um að ræða póstnúmer 310-320. Ljóst er að samlegðaráhrifa mun gæta á þessum landfræðilega markaði en bæði Hagkaup og Lyfja reka verslanir í Borgarnesi. Ekki er öðrum verslunum til að dreifa á þessu svæði sem bjóða upp á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur á þessu svæði og því ljóst að nái samruninn fram að ganga mun sameinað fyrirtæki verða með 100% markaðshlutdeild á þessu svæði.

¹⁶² Önnur apótek eru Lyfjaval, Lyfjaver/Heilsuver, Reykjavíkurapótek, Árbæjarapótek, Urðar Apótek, Lyfsalinn, Rima Apótek, Garðs Apótek, Apótek Hafnarfjarðar/Garðabæjar, Austurbæjarapótek, Farmasía, Borgar Apótek og Hraunbergsapótek.

¹⁶³ Um er að ræða Bláa lónið, Fotia, L'occitane, Jafnvægi, Alena, Daría, Deisymakeup, Gló, Heilsutorg Blómavals, Inglot, Jurtaapótekið, Madison, Make up Store, Nola, Shine, Sigurbogann, Snyrtivörur.is, Snyrtivöruverslunina Glæsibæ og Stellu.

¹⁶⁴ Um er að ræða Samkaup, 10-11/Iceland, Víði, Kost, Fjarðarkaup og Melabúðina. Auk þess er byggt á áætlun hvað varðar aðrar dagvöruverslanir.

Tafla 7a: Tekjur og hlutdeild í smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum í Borgarbyggð. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[60-65]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[35-40]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	100%

Tafla 7b: Tekjur og hlutdeild í smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum í Borgarbyggð. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[10-15]%
Bónus – Hagar	[...]	[35-40]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[30-35]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[75-80]%
Samkaup	[...]	[20-25]%
Samtals	80-90 m.kr.	100%

Fleiri aðilar bjóða upp á almennar hreinlætis- og snyrtivörur, þ.e. Bónus í hópi samrunaaðila og Samkaup sem rekur verslanir á svæðinu. Hlutdeild samrunaaðila yrði þó tæplega [75-80]% næði samruninn fram að ganga.

Tafla 7c: Tekjur og hlutdeild í smásölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum í Borgarbyggð. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[35-40]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[60-65]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	100%

Ekki er öðrum verslunum til að dreifa á þessu svæði sem bjóða upp á alhliða hreinlætis- og snyrtivörur og því ljóst að nái samruninn fram að ganga mun sameinað fyrirtæki verða með 100% hlutdeild á þessu svæði.

Snæfellsnes

Á þessu svæði eru Stykkishólmur, Grundarfjörður og Snæfellsbær (Ólafsvík, Rif og Hellissandur) og Búðardalur. Er um að ræða póstnúmer 340-371. Ekki verða bein samlegðaráhrif vegna samrunans á þessu svæði á markaði fyrir „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur. Hins vegar er ljóst að Lyfja er með sterka stöðu á svæðinu þar sem reknar eru lyfjaverslanir (útibú frá lyfjaverslun í Borgarnesi) í Stykkishólmi, Grundarfirði og Búðardal. Ein önnur lyfjaverslun er á svæðinu, en það er Apótek Ólafsvíkur. Hlutur þess apóteks er heldur meiri í sölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum.

Tafla 8a: Tekjur og hlutdeild í smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum á Snæfellsnesi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Lyfja – Apótekið	[...]	[40-45]%
Apótek Ólafsvíkur	[...]	[55-60]%
Samtals	5-15 m.kr.	100%

Tafla 8b: Tekjur og hlutdeild í smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á Snæfellsnesi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Lyfja – Apótekið	[...]	[35-40]%
Bónus (Stykkishólmi)	[...]	[35-40]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[70-75]%
Apótek Ólafsvíkur	[...]	[5-10]%
Samkaup	[...]	[15-20]%
Samtals	40-50 m.kr.	100%

Fleiri aðilar bjóða upp á almennar hreinlætis- og snyrtivörur, þ.e. Bónus og einnig Samkaup sem rekur verlanir á svæðinu. Hlutdeild samrunaaðila yrði þó [70-75]% næði samruninn fram að ganga.

Tafla 8c: Tekjur og hlutdeild í smásölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum á Snæfellsnesi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Lyfja- Apótekið	[...]	[65-70]%
Apótek Ólafsvíkur	[...]	[30-35]%
Samtals	20-30 m.kr.	100%

Ekki verða bein samlegðaráhrif vegna samrunans á þessu svæði þegar litið er til verzlana sem bjóða upp á alhliða hreinlætis- og snyrtivörur. Staða Lyfju er þó sterk en fyrirtækið er með [65-70%] hlutdeild.

Norðanverðir Vestfirðir

Á þessu svæði eru Ísafjarðarbær (Ísafjörður, Flateyri, Hnífsdalur, Suðureyri og Þingeyri), Súðavík og Bolungarvík. Er um að ræða póstnúmer 400-430 og 470-471. Ekki verða bein samlegðaráhrif á mörkuðum fyrir „sér“ vörur en hins vegar er ljóst að Lyfja er með sterka stöðu á svæðinu þar sem rekið er apótek á Ísafirði og frá því útbú á Þingeyri og reyndar einnig á Patreksfirði (sem er þó ekki hluti af þessu svæði). Ekki eru önnur apótek rekin á Norðanverðum Vestfjörðum.

Tafla 9a: Tekjur og hlutdeild í smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum á Norðanverðum Vestfjörðum. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Lyfja- Apótekið	[...]	100%

Tafla 9b: Tekjur og hlutdeild í smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á Norðanverðum Vestfjörðum. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Lyfja - Apótekið	[...]	[40-45]%
Bónus - Hagar	[...]	[35-40]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[80-85]%
Samkaup	[...]	[15-20]%
Samtals	60-70 m.kr.	100%

Sama á við á þessu svæði eins og á tveimur fyrrnefndu svæðunum, þ.e. Bónus og Samkaup bætast við þegar litið er til hlutdeildar í sölu á almennum hreinlætis og snyrtivörum. Hlutdeild Haga er [40-45]% og Lyfju [35-40]% og yrði [80-85]% næði samruninn fram að ganga.

Tafla 9c: Tekjur og hlutdeild í smásölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum á Norðanverðum Vestfjörðum. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Lyfja - Apótekið	[...]	100%

Norðurland vestra

Á þessu svæði eru Blönduós, Hofsós, Hvammstangi, Sauðárkrókur og Skagaströnd. Er um að ræða póstnúmer 530-570. Ekki verða bein samlegðaráhrif vegna samrunans á þessu svæði og á það við um alla mögulega markaði sem koma til skoðunar. Hins vegar er ljóst að Lyfja er eina fyrirtækið sem rekur apótek á svæðinu. Er það á Sauðárkróki og frá því eru rekin útibú á Blönduósi, Hofsósi, Hvammstanga og Skagaströnd.

Tafla 10a: Tekjur og hlutdeild í smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum á Norðurlandi vestra. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Lyfja - Apótekið	[...]	100%

Tafla 10b: Tekjur og hlutdeild í smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á Norðurlandi vestra. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Lyfja - Apótekið	[...]	[30-35]%
Kaupfélag Vestur-Húnvetninga	[...]	[5-10]%
Kaupfélag Skagfirðinga	[...]	[45-50]%
Samkaup	[...]	[10-15]%
Samtals	80-90 m.kr.	100%

Tafla 10c: Tekjur og hlutdeild í smásölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum á Norðurlandi vestra. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Lyfja - Apótekið	[...]	100%

Akureyri og Eyjafjarðarsvæðið

Á þessu svæði eru auk Akureyrar, m.a. Dalvík, Ólafsfjörður og Siglufjörður. Er um að ræða póstnúmer 580-630. Samlegðaráhrifa gætir á þessum landfræðilega markaði þar sem bæði er verslun Hagkaupa og Apóteksins á Akureyri. Þá er Heilsuhúsið með verslun á Akureyri. Svæðið er jafnframt næststærsti markaðurinn þegar lítið er til veltu á eftir höfuðborgarsvæðinu. Nokkrar aðrar lyfjaverslanir eru starfandi á Akureyri, en þær eru Lyf og heilsa á Glerártorgi og Apótekarinn í Hafnarstræti og í Hrísalundi. Þá er útibú Lyfja og heilsu á Dalvík. Akureyrarapótek er einnig á Akureyri og á Siglufirði er starfandi Siglufjarðarapótek sem einnig rekur útibú á Ólafsfirði.

Tafla 11a: Tekjur og hlutdeild í smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum á Akureyri og Eyjafjarðarsvæðinu. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[85-90]%
Apótekið – Lyfja - Heilsuhúsið	[...]	[0-5]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[85-90]%
Lyf og heilsa - Apótekarinn	[...]	[5-10]%
Siglufjarðarapótek	[...]	[5-10]%
Samtals	100-150 m.kr.	100%

Hlutdeild Haga við sölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum er sterk á Akureyri og Eyjafjarðarsvæðinu er [85-90]%. Hlutdeildin eykst þó lítið um samrunann, eða um [0-5] prósentustig.

Tafla 11b: Tekjur og hlutdeild í smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á Akureyri og Eyjafjarðarsvæðinu. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[25-30]%
Bónus – Hagar	[...]	[20-25]%
Apótekið – Lyfja - Heilsuhúsið	[...]	[5-10]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[55-60]%
Lyf og heilsa - Apótekarinn	[...]	[15-20]%
Akureyrarapótek	[...]	[5-10]%
Siglufjarðarapótek	[...]	[0-5]%
Samkaup	[...]	[15-20]%
10-11	[...]	[0-5]%
Samtals	500-600 m.kr.	100%

Hlutdeild Haga við sölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á Akureyri og Eyjafjarðarsvæðinu er [50-55]%. Hlutdeildin yrði að óbreyttu [55-60]% næði samruninn fram að ganga. Hlutdeild Samkaupa er [15-20]% og Lyfja og heilsu [15-20]%. Aðrir söluaðilar eru með minna.

Tafla 11c: Tekjur og hlutdeild í smásölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum á Akureyri og Eyjafjarðarsvæðinu. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[70-75]%
Apótekið – Lyfja - Heilsuhúsið	[...]	[5-10]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[80-85]%
Lyf og heilsa - Apótekarinn	[...]	[10-15]%
Siglufjarðarapótek	[...]	[0-5]%
Samtals	350-400 m.kr.	100%

Fyrir var hlutdeild Haga í sölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum há, eða [70-75]%, og mun hún aukast með yfirtökunni á Lyfju. Yrði sameinað félag með [80-85]% hlutdeild.

Norðurland eystra

Á þessu svæði eru m.a. Húsavík, Raufarhöfn, Kópasker, Vopnafjörður og Þórshöfn. Er um að ræða póstnúmer 640-690. Ekki verða bein samlegðaráhrif vegna samrunans á þessu svæði en hins vegar er ljóst að Lyfja er eina fyrirtækið sem rekur apótek á svæðinu. Er það á Húsavík og frá því eru rekin útibú á Kópaskeri, Laugum í Reykjadal, Raufarhöfn, Reykjahlíð (Mývatn) og á Þórshöfn. Lyfja er því með 100% hlutdeild á markaðnum fyrir „sér“ vörur og eini aðilinn sem hefur tekjur vegna smásölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum. Hvað varðar almennar hreinlætis- og snyrtivörur þá bætist Samkaup við sem rekur nokkrar verslanir á svæðinu.

Tafla 12a: Tekjur og hlutdeild í smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum á Norðurlandi eystra. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Lyfja- Apótekið	[...]	100%

Tafla 12b: Tekjur og hlutdeild í smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á Norðurlandi eystra. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Lyfja - Apótekið	[...]	[45-50]%
Samkaup	[...]	[50-55]%
Samtals	50-60 m.kr.	100%

Tafla 12c: Tekjur og hlutdeild í smásölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum á Norðurlandi eystra. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Lyfja - Apótekið	[...]	100%

Austurland

Á þessu svæði eru Egilsstaðir, Fellabær, Seyðisfjörður, Fjarðabyggð (Neskaupstaður, Mjóifjörður, Eskifjörður, Reyðarfjörður, Fáskrúðsfjörður og Stöðvarfjörður). Er um að ræða póstnúmer 700-765. Ekki verða bein samlegðaráhrif á svæðinu í sölu á „sér“ vörum en Lyfja er eina fyrirtækið sem rekur þar apótek. Er apótek Lyfju á Egilsstöðum og frá því er rekið útibú á Seyðisfirði, Stöðvarfirði og Djúpavogi. Þá rekur Lyfja apótek á Neskaupsstað en frá því eru rekin útibú á Eskifirði og Reyðarfirði.

Tafla 13a: Tekjur og hlutdeild í smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum á Austurlandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Lyfja - Apótekið	[...]	100%

Tafla 13b: Tekjur og hlutdeild í smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á Austurlandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Bónus - Hagar	[...]	[20-25]%
Lyfja - Apótekið	[...]	[40-45]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[65-70]%
Samkaup	[...]	[20-25]%
Krónan - Festi	[...]	[10-15]%
Samtals	150-200 m.kr.	[100]%

Samlegðaráhrifa gætir hins vegar þegar litið er til smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum. Bónus – Hagar voru fyrir með [20-25]% hlutdeild á markaðnum en Hagar verða með [65-70]% með yfirtöku á Lyfju. Samkaup er með nokkrar verslanir á svæðinu með samtals [20-25]% hlutdeild og Krónan – Festi [10-15]% hlut.

Tafla 13c: Tekjur og hlutdeild í smásölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum á Austurlandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Lyfja - Apótekið	[...]	100%

Suðurland

Á þessu svæði eru Árborg (Selfoss, Stokkseyri, Eyrarbakki), Flúðir, Laugarás, Árnes, Hveragerði, Þorlákshöfn, Hella, Hvolsvöllur og Þykkvibær. Er um að ræða póstnúmer 800-861. Talsverðra samlegðaráhrifa gætir á þessum landfræðilega markaði þar sem bæði er verslun Hagkaupa og Lyfju á Selfossi og útibú á Flúðum og í Laugarási. Þá er verslun Heilsuhússins einnig á Selfossi. Aðrar lyfjaverslanir á svæðinu eru í eigu Lyfja og heilsu sem eru Apótekarinn á Selfossi og Hveragerði. Ljóst er að við samrunann mun keppinautum á þessu svæði fækka úr þremur í tvo og auk þess myndi sameinað fyrirtæki hafa talsvert meiri hlutdeild en Lyf og heilsa. Reyndar yrði samþjöppunin mjög mikil en sala Lyfju og heilsu á „sér“ vörum er óveruleg.

Tafla 14a: Tekjur og hlutdeild í smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum á Suðurlandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[75-80]%
Lyfja- Apótekið- Heilsuhúsið	[...]	[20-25]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[95-100]%
Lyf og heilsa - Apótekarinn	[...]	[0-5]%
Samtals	30-40 m.kr.	100%

Tafla 14b: Tekjur og hlutdeild í smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á Suðurlandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[5-10]%
Bónus – Hagar	[...]	[20-25]%
Lyfja - Apótekið	[...]	[10-15]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[40-45]%
Lyf og heilsa – Apótekarinn	[...]	[15-20]%
Festi	[...]	[25-30]%
Samkaup	[...]	[10-15]%
Samtals	300-400 m.kr.	100%

Fyrir voru Hagar með [30-35]% hlutdeild í sölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á þessu svæði árið 2016. Næði samruninn fram að ganga yrði hlutdeild samrunaaðila [40-45]%. Lyf og heilsa var með [15-20]% hlutdeild, Festi [25-30]% og Samkaup [10-15]%.

Tafla 14c: Tekjur og hlutdeild í smásölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum á Suðurlandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[35-40]%
Lyfja - Apótekið	[...]	[25-30]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[65-70]%
Lyf og heilsa - Apótekarinn	[...]	[30-35]%
Samtals	100-150 m.kr.	100%

Suðurnes

Á þessu svæði eru Reykjanesbær (Keflavík, Njarðvík og Hafnir), Garður, Sandgerði, Grindavík og Vogar. Er um að ræða póstnúmer 190 og 230-260. Samlegðaráhrifa gætir á þessum landfræðilega markaði þar sem bæði er verslun Hagkaupa og Lyfju í Reykjanesbæ og útibú Lyfju í Grindavík. Aðrar lyfjaverslanir á svæðinu eru tvö apótek í eigu Lyfja og heilsu í Reykjanesbæ sem eru Apótekarinn í Fitjum og Suðurgötu. Tvö önnur apótek eru starfandi á svæðinu sem eru Apótek Suðurnesja (rekstraraðili er Lyfjaval) og Reykjanesapótek.

Fyrir samrunann var staða beggja samrunaaðila á þessum landfræðilegamarkaði sterk í sölu á „sér“ vörum og myndi styrkjast ef samruninn næði fram að ganga.

Tafla 15a: Tekjur og hlutdeild í smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum á Suðurnesjum. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[45-50]%
Lyfja - Apótekið	[...]	[50-55]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[95-100]%
Lyf og heilsa - Apótekarinn	[...]	[0-5]%
Reykjanesapótek	[...]	[0-5]%
Samtals	40-50 m.kr.	100%

Tafla 15b: Tekjur og hlutdeild í smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á Suðurnesjum. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[0-5]%
Bónus - Hagar	[...]	[25-30]%
Lyfja - Apótekið	[...]	[15-20]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[45-50]%
Lyf og heilsa - Apótekarinn	[...]	[10-15]%
Apótek Suðurnesja	[...]	[0-5]%
Festi	[...]	[10-15]%
Samkaup	[...]	[20-25]%
10-11	[...]	[0-5]%
Samtals	300-400 m.kr.	100%

Fyrir samrunann voru Hagar með [25-30]% hlutdeild í sölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á þessu svæði árið 2016. Ef samrunann næði fram að ganga yrði hlutdeild samrunaaðila [45-50]%. Næstur keppinauta að stærð er Samkaup með [20-25]% hlutdeild og því næst Festi með [10-15]% hlut.

Tafla 15c: Tekjur og hlutdeild í smásölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum á Suðurnesjum. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[20-25]%
Lyfja - Apótekið	[...]	[55-60]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[75-80]%
Lyf og heilsa - Apótekarinn	[...]	[20-25]%
Samtals	100-150 m.kr.	100%

Önnur svæði

Hvað varðar önnur svæði sem Lyfja rekur lyfjaverslanir hefur verið minnst á það hér að framan að útibú Lyfju frá Ísafirði er á Patreksfirði og er það eina apótekið á sunnanverðum Vestfjörðum. Þá er útibú Lyfju frá Selfossi starfandi á Höfn sem er eina lyfjaverslunin á Suðausturlandi. Má því segja að Lyfja sé með 100% hlutdeild á þessum svæðum líka.

Hvað varðar önnur svæði eða mögulega landfræðilega markaði þá má helst nefna að markaðir fyrir smásölu á lyfjum bæði í Vestmannaeyjum og á Akranesi hafa verið skilgreindir sérstakir markaðir.¹⁶⁵ Má ætla að sömu sjónarmið geti átt við um smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum á þessum stöðum, sbr. umfjöllun hér að framan.

Á Akranesi starfar Apótek Vesturlands og í Vestmannaeyjum eru Lyf og heilsa með Apótekarann. Samrunaaðilar starfa hins vegar ekki á þessum landfræðilegu mörkuðum að öðru leyti en því að Bónus blandar sér í samkeppni í sölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum bæði á Akranesi og í Vestmannaeyjum. Er hlutdeild Bónuss í sölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum á Akranesi [30-35]% og í Vestmannaeyjum [20-25]%. Á þessum stöðum eru hins vegar starfandi nefnd apótek og aðrar dagvöruverslanir sem eru með svipaða eða hærri hlutdeild en Bónus og þykir því ekki ástæða til að fjalla nánar um hlutdeild eða stöðu fyrirtækisins í sölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum þar.

4.3.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um markaðshlutdeild við smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum

Hér að framan hefur verið fjallað um hlutdeild smásöluaðila við sölu á hreinlætis- og snyrtivörum. Í töflu 16 eru þessar upplýsingar allar teknar saman. Er framsetningin á þann veg að tilgreind er hlutdeild Haga, Lyfju og samtala þessara aðila auk hlutdeildar þeirra tveggja aðila sem næstir koma samrunaaðilum að stærð og svo samanlögð hlutdeild annarra aðila. Er horft til vörumarkaða málsins, þ.e. annars vegar markaðs fyrir smásölu á umræddum „sér“ vörum og hins vegar markaðs fyrir smásölu á almennum vörum. Einnig er horft til framangreindra alhliða verslana og til hlutdeildar í sölu á bæði „sér“ og almennum vörum.

¹⁶⁵ Sjá ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2006 *Samruni Lyfja og heilsu hf. og hluta af rekstri Apóteks Vestmannaeyja ehf.* og ákvörðun eftirlitsins nr. 4/2010 *Misnotkun Lyfja og heilsu hf. á markaðsráðandi stöðu sinni.*

Tafla 16. Hlutdeild smásölu á „heildarmarkaði“ fyrir hreinlætis- og snyrtivörur árið 2016. Samantekt úr töflum 5-15.

		Hagar	Lyfja	Samtals samr.-aðilar	Stærsti keppin.	Næst stærsti keppin.
Landið allt	Sér	[50-55]%	[5-10]%	[55-60]%	[15-20]%	[10-15]%
Landið allt	Alm.	[35-40]%	[10-15]%	[50-55]%	[10-15]%	[10-15]%
Landið allt	Alhliða	[50-55]%	[20-25]%	[75-80]%	[10-15]%	[0-5]%
Landið allt	Allar	[40-45]%	[10-15]%	[50-55]%	[5-10]%	[5-10]%
Höfuðb.sv.	Sér	[55-60]%	[0-5]%	[60-65]%	[10-15]%	[0-5]%
Höfuðb.sv.	Alm.	[40-45]%	[10-15]%	[50-55]%	[10-15]%	[10-15]%
Höfuðb.sv.	Alhliða	[55-60]%	[15-20]%	[75-80]%	[5-10]%	[0-5]%
Höfuðb.sv.	Allar	[45-50]%	[5-10]%	[55-60]%	[5-10]%	[5-10]%
Borgarbyggð	Sér	[60-65]%	[35-40]%	100%	-	-
Borgarbyggð	Alm.	[45-50]%	[30-35]%	[75-80]%	[20-25]%	-
Borgarbyggð	Alhliða	[35-40]%	[60-65]%	100%	-	-
Snæfellsnes	Sér	-	[40-45]%	[40-45]%	[55-60]%	-
Snæfellsnes	Alm.	[35-40]%	[35-40]%	[70-75]%	[15-20]%	[5-10]%
Snæfellsnes	Alhliða	-	[65-70]%	[65-70]%	[30-35]%	-
Norðarv. Vestf.	Sér	-	100%	100%	-	-
Norðarv. Vestf.	Alm.	[35-40]%	[40-45]%	[80-85]%	[15-20]%	-
Norðarv. Vestf.	Alhliða	-	100%	100%	-	-
Norðurl. vestra	Sér	-	100%	100%	-	-
Norðurl. vestra	Alm.	-	[30-35]%	[30-35]%	[45-50]%	[10-15]%
Norðurl. vestra	Alhliða	-	100%	100%	-	-
Ak. og Eyjafj.sv.	Sér	[85-90]%	[0-5]%	[85-90]%	[5-10]%	[5-10]%
Ak. og Eyjafj.sv.	Alm.	[50-55]%	[5-10]%	[55-60]%	[15-20]%	[15-20]%
Ak. og Eyjafj.sv.	Alhliða	[70-75]%	[5-10]%	[80-85]%	[10-15]%	[0-5]%
Norðausturl.	Sér	-	100%	100%	-	-
Norðausturl.	Alm.	-	[45-50]%	[45-50]%	[50-55]%	-
Norðausturl.	Alhliða	-	100%	100%	-	-
Austurland	Sér	-	100%	100%	-	-
Austurland	Alm.	[20-25]%	[40-45]%	[65-70]%	[20-25]%	[10-15]%
Austurland	Alhliða	-	100%	100%	-	-
Suðurland	Sér	[75-80]%	[20-25]%	[95-100]%	[0-5]%	-
Suðurland	Alm.	[30-35]%	[10-15]%	[40-45]%	[25-30]%	[15-20]%
Suðurland	Alhliða	[35-40]%	[25-30]%	[65-70]%	[30-35]%	-
Suðurnes	Sér	[45-50]%	[50-55]%	[95-100]%	[0-5]%	-
Suðurnes	Alm.	[25-30]%	[15-20]%	[45-50]%	[20-25]%	[10-15]%
Suðurnes	Alhliða	[20-25]%	[55-60]%	[75-80]%	[20-25]%	-

Samkeppniseftirlitið telur ljóst að það sé sama hvaða mælikvarði eða viðmið sé notaður til þess að meta hlutdeild í framangreindum flokkum.¹⁶⁶ Staða samrunaaðila er í langflestum tilvikum mjög sterk fyrir og hún myndi eflast verulega ef samruninn næði fram að ganga.

¹⁶⁶ Væri gert ráð fyrir því að sala innlendra verslana sem selja eitthvað af hreinlætis- og snyrtivörum, s.s. hárgreiðslustofur, snyrtistofur eða líkamsræktarstöðvar, væru hluti af skilgreindum mörkuðum málsins þá gefur

Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að þetta eigi við á nær öllum skilgreindum landsvæðum hvað varðar markaði fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum og gildir þá einu hvernig litið er á markaðinn, þ.e. hvort um er að ræða sölu á „sér“ eða almennum hreinlætis- og snyrtivörum eða alhliða. Talsverð samþjöppun yrði á höfuðborgarsvæðinu, Borgarbyggð, Suðurlandi og Suðurnesjum. Víða á landinu ríkir Lyfja ein í flokkunum alhliða og „sér“, þ.e. Norðan- og sunnanverðum Vestfjörðum, Norðurlandi vestra, Norðausturlandi, Austurlandi og Suðausturlandi. Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að jafnvel þó ekki sé um samlegðaráhrif á þessum svæðum í nefndum flokkum að ræða myndi samruninn styrkja stöðu Haga á landinu öllu og draga úr líkum á því að nýir keppinautar geti haslað sér völl, sbr. nánar hér á eftir um mat á samkeppnislegum áhrifum. Hvað varðar markaði fyrir sölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum gildir annað. Víða á landsbyggðinni er Bónus starfandi og jafnframt Lyfja og voru þessir aðilar fyrir með mikla eða mestu hlutdeildina og þar með helstu keppinautarnir. Það samkeppnislega aðhald sem fyrirtækin veita hvort öðru myndi hverfa í kjölfar samrunans. Dæmi um þessi svæði eru Borgarbyggð, Snæfellsnes, Norðanverðir Vestfirðir, Austurland og Suðurnes.

Þá er ljóst að ef litið er á smásölu hreinlætis- og snyrtivara í víðara samhengi sem samrunaaðilar leggja til sjálfir, þ.e. sölu bæði í almennum og „sér“, yrði samþjöppun við samrunann mjög mikil og hlutdeild samrunaaðila margföld á við aðra aðila.

Með hliðsjón af framangreindu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að hlutdeild sameinaðs fyrirtækis í smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum sé það há að hún leiði til markaðsráðandi stöðu sameinaðs fyrirtækis eða styrkingu hennar, hafi hún ekki þegar verið fyrir hendi. Þá eigi hið sama við um mögulegan heildarmarkað fyrir hreinlætis- og snyrtivörur séu forsendur fyrir hendi til að skilgreina slíkan vörumarkað.¹⁶⁷

Í þessum töflum eru ekki taldar með tekjur Fríhafnarinnar vegna sölu á bæði almennum hreinlætis- og snyrtivörum og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum enda er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að sala bæði Fríhafnarinnar í Flugstöð Leifs Eiríkssonar sem og verslunar Bláa lónsins á fríhafnarsvæðinu sé ekki á sama markaði og sala samrunaaðila. Það er þó rétt að taka fram að upplýsinga um tekjur var aflað frá Fríhöfninni um sölu á hreinlætis- og snyrtivörum og nam hún tæplega [...] ¹⁶⁸ ma. kr. árið 2016 í flokki „sér“ hreinlætis- og snyrtivara og tæplega [...] ¹⁶⁹ m.kr. í flokki almennra hreinlætis- og snyrtivara. Samkeppniseftirlitið telur að jafnvel þó sú sala yrði meðtalin myndi það ekki breyta stöðu sameinaðs fyrirtækis á mörgum landfræðilegum mörkuðum fyrir hreinlætis- og snyrtivörur. Rétt er að líta til þessa í þeim flokkum sem hér hefur verið miðað við:

niðurstaða könnunar MMR það til kynna að hlutdeild þeirra, m.v. fjölda viðskiptavina, gæti numið um 5%. Ljóst er að sú forsenda hefði ekki efnisleg áhrif á niðurstöðu þessa kafla þar sem hlutdeild samrunaaðila mundi í flestum tilvikum ekki lækka niður fyrir 50%.

¹⁶⁷ Samkeppniseftirlitið hefur einnig tekið til rannsóknar áætlaða hlutdeild samrunaaðila miðað við niðurstöður neytendakönnunar MMR og könnunar Gallup fyrir Haga. Séu niðurstöður könnunar Gallup nýttar til þess að reikna hlutdeild Haga í sölu á snyrtivörum, m.v. þá forsendu að Fríhöfnin sé ekki á hinum skilgreinda markaði, er hlutdeild Haga [45-50]% og hlutdeild Lyfju [10-15]%. Séu niðurstöður könnunar MMR nýttar til þess að reikna hlutdeild Haga í sölu á „sér“ snyrtivörum, m.v. þá forsendu að Fríhöfnin, verslanir erlendis og innlendar og erlendar netverslanir séu ekki á hinum skilgreinda markaði, er hlutdeild samrunaaðila eftir samrunann á bilinu 69,1% til 73%.

¹⁶⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁶⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

- Ef miðað væri við hlutdeild á landsvísu í sölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum væri hlutdeild samrunaaðila [35-40]% ef miðað væri við landið allt.¹⁷⁰ Heildarvelta miðað við þessar forsendur árið 2016 var um [5,0-5,5] ma. kr. Hlutdeild Fríhafnarinnar yrði þá (þ.e. um [...] ¹⁷¹) [25-30]% og Bláa lónsins [15-20]%¹⁷². Hlutdeild annarra aðila yrði mun minni. Sterk staða sameinaðs fyrirtækis yrði eftir sem áður til staðar miðað við þessar forsendur. Sérstaklega í ljósi þess að Hagar og Lyfja virðast vera mun nánari keppinautar í sölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum en t.a.m. Fríhöfnin eða Bláa Lónið.
- Ef miðað væri við hlutdeild á landsvísu í sölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum væri hlutdeild samrunaaðila [45-50]% ef miðað væri við landið allt.¹⁷³ Heildarvelta miðað við þessar forsendur árið 2016 var um [7,0-7,5] ma. kr. Hlutdeild Fríhafnarinnar yrði þá (þ.e. um [...] ¹⁷⁴ m. kr. velta) [5-10]%. Hlutdeild Festi miðað við þessar forsendur yrði [10-15]% og Lyfja og heilsu [5-10]%. Hlutdeild annarra aðila yrði mun minni. Yfirburðir sameinaðs fyrirtækis yrðu því eftir sem áður ótvíræðir miðað við þessar forsendur.
- Ef litið er til hlutdeildar á landsvísu í sölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum væri hlutdeild samrunaaðila [55-60]% ef miðað væri við landið allt.¹⁷⁵ Heildarvelta miðað við þessar forsendur árið 2016 var um [7,0-7,5] ma. kr. Hlutdeild Fríhafnarinnar yrði þá (þ.e. um [...] ¹⁷⁶) [25-30]% og hlutdeild Lyfja og heilsu [5-10]%. Hlutdeild annarra aðila yrði mun minni. Yfirburðir sameinaðs fyrirtækis yrðu því ótvíræðir jafnvel þó miðað væri við þessar forsendur.
- Loks má bæta við þeirri sviðsmynd að miða við alla smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum, þ.e. bæði almennar og „sér“, og innan og utan fríhafnarsvæðisins. Þá væri hlutdeild samrunaaðila [40-45]% ef miðað væri við landið allt.¹⁷⁷ Heildarvelta miðað við þessar forsendur árið 2016 var um [10,0-15,0] ma. kr. Hlutdeild Fríhafnarinnar yrði þá (þ.e. um [...] ¹⁷⁸ ma. kr. velta) [15-20]% og hlutdeild Bláa lónsins [5-10]%.¹⁷⁹ Hlutdeild Festi miðað við þessar forsendur yrði [5-10]% og Lyfja og heilsu [5-10]%. Hlutdeild annarra aðila yrði mun minni. Yfirburðir sameinaðs fyrirtækis yrðu því eftir sem áður ótvíræðir miðað við þessar forsendur.

Það skal tekið fram að hér er miðað við alla sölu Fríhafnarinnar og Bláa lónsins í Flugstöð Leifs Eiríkssonar og ekki er gerður greinarmunur á milli sölu eftir því hvort um er að ræða brottfarar- eða komufarþega eða fólk búsett á Íslandi eða erlendis en telja má að stór hluti viðskiptavina á fríhafnarsvæðinu séu neytendur sem ekki eiga möguleika á að kaupa hreinlætis- og snyrtivörur í umræddum flokkum hér á landi utan fríhafnarsvæðisins, s.s.

¹⁷⁰ Skipting yrði þannig að Hagar væru með [30-35]% og Lyfja [0-5]%.
¹⁷¹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷² Hér er bæði miðað við tekjur Bláa lónsins í verslunum innan og utan fríhafnarsvæðisins.

¹⁷³ Skipting yrði þannig að Hagar væru með [35-40]% og Lyfja [10-15]%.
¹⁷⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷⁵ Skipting yrði þannig að Hagar væru með [35-40]% og Lyfja [15-20]%.
¹⁷⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷⁷ Skipting yrði þannig að Hagar væru með [35-40]% og Lyfja [15-20]%.
¹⁷⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷⁹ Hér er sem fyrr bæði miðað við tekjur Bláa lónsins í verslunum innan og utan fríhafnarsvæðisins.

tengifarþegar. Er framangreindur samanburður því ívilnandi að þessu leyti fyrir samrunaaðila.

Hvað sem þessu líður er ljóst af framansögðu að jafnvel þó litið yrði til fríhafnarsölu á hreinlætis- og snyrtivörum og sú sala meðtalin við mat á hlutdeild myndi það ekki breyta þeirri stöðu að sameinað fyrirtæki Haga og Lyfju myndi eftir sem áður njóta mikilla yfirburða samanborið við aðra keppinauta og breytir því ekki þeirri niðurstöðu að ameiginleg markaðshlutdeild yrði það há að allar líkur eru á að samruninn raski samkeppni með alvarlegum hætti.

5.4 Markaður fyrir smásölu á heilsuvörum

Í samrunaskrá er tekið fram, líkt og áður segir, að starfsemi aðila skarist einnig á hugsanlegum undirmarkaði fyrir heilsusamlegar og lífrænt ræktaðar matvörur og fæðubótaefni („heilsuvörur“), en bæði félögin selja slíkar vörur í smásölu. Nokkrum erfiðleikum sé bundið að afmarka sérstaklega slíkan undirmarkað fyrir lífrænt ræktaðar matvörur og fæðubótaefni. Telja Hagar þó helstu keppinauta á þeim markaði vera helstu dagvöruverslanir, apótek og sérverslanir með lífræna matvöru og bætiefni, svo og netverslanir, en þó er tekið fram að sumar þeirra starfi á afmörkuðum hluta umrædds markaðar.

Hagar benda á að engar opinberar tölur sé að finna sem gefi til kynna stærð hugsanlegs undirmarkaðar fyrir „heilsuvörur“ og ómögulegt sé að áætla umfang slíkra viðskipta. Lífrænar vörur séu ekki aðgreindar frá annarri matvöru í opinberum tölum og hafi heilsuvörur, lífrænar vörur og fæðubótarefni verið hluti af dagvörumarkaði og hluti af heildarstærð Haga í umfjöllun samkeppnisyfirvalda um dagvörumarkað. Að sama skapi telja samrunaaðilar ómögulegt að áætla hlutdeild verslana félaganna í smásölu á lífrænt ræktaðum matvörum og bætiefnum, enda hafi hvorugur samrunaaðila getað afmarkað hvaða vörur heyra þar undir eða áætlað heildarstærð slíks undirmarkaðar.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru líkt og áður segir forsendur til að afmarka þann vörumarkað með öðrum hætti en samrunaaðilar leggja til.

Hér að framan hefur mörkuðum fyrir smásölu á heilsuvörum verið skipt í:

- Heildarmarkað fyrir smásölu vítamína, steinefna og bætiefna.
- Heildarmarkað fyrir smásölu á lífrænni mat- og drykkjarvöru.
- Heildarmarkað fyrir smásölu á mat- og drykkjarvöru sem flokkast sem heilsuvara.

Verslanir samrunaaðila sem bjóða upp á vörur í þessum flokkum og starfa á umræddum heildarmörkuðum eru verslanir Hagkaupa og Bónuss í eigu Haga og lyfjaverslanir Lyfju/Apóteksins og Heilsuhússins í eigu Lyfju. Aðrar verslanir sem bjóða upp á vörur í þessum vöruflokkum eru dagvöruverslanir (t.d. Krónan og Samkaup), lyfjaverslanir (t.d. Lyf og heilsa/Apótekarinn) og nokkrar sérverslanir með heilsuvörur og lífrænar vörur.

Þá er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins hér að framan að skilgreina megi bætiefni til vaxtaræktar sem sérstakan markað. Hefur því við ákvörðun um markaðshlutdeild ekki verið tekið tillit til sölu smásala í bætiefnum til vaxtaræktar.¹⁸⁰

Hagar hafa í athugasemdum við andmælaskjalið byggt á því að markaðshlutdeild sameinaðs félags í heilsuvörum sé ekki það há að hún réttlæti íhlutun. Hvorki sé hlutdeild samrunaaðila svo há að fyrirtækin teljist markaðsráðandi né sé sú viðbót á hlutdeild sem samruninn hefði í för með sér almennt svo mikil að ekki sé ástæða sé til íhlutunar.

Vegna þessara sjónarmiða vill Samkeppniseftirlitið taka fram að hlutdeildartölur hafa tekið nokkrum breytingum frá því andmælaskjalið var gefið út þar sem nánari gagnaöflun hefur leitt til breytinga og nýrra útreikninga. Hafa samrunaaðilar verið upplýstir um þetta. Þannig hafa töluverðar breytingar orðið á markaðshlutdeild í smásölu á heildarmarkaði fyrir vítamín, steinefni og bætiefni. Á þetta bæði við á landinu öllu og einstökum landfræðilegum mörkuðum. Hefur uppfærslan leitt til nokkurrar hækkunar á samanlagðri hlutdeild samrunaaðila samanborið við það sem birt var í andmælaskjali. Sem dæmi má nefna töflu 17, þar sem hlutdeild samrunaaðila hækkar úr 35-40% í 45-50% á landinu öllu og töflu 20, þar sem hlutdeild samrunaaðila á höfuðborgarsvæðinu hækkar úr 35-40% í 45-50% á landinu öllu. Þá taka töflur fyrir HHI stuðul einnig breytingum miðað við þessar leiðréttingar, sbr. nánar í næsta kafla. Samkeppniseftirlitið getur því ekki fallist á að hlutdeild samrunaaðila í sölu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum sé ekki það há að hún gefi ekki tilefni til íhlutunar í samrunann.

Eftirfarandi umfjöllun leiðir einnig í ljós að töluverðar breytingar hafa orðið á markaðshlutdeild smásala á heildarmarkaði fyrir mat- og drykkjarvörur í flokki heilsuvara, bæði á landinu öllu og höfuðborgarsvæðinu í uppfærðum útreikningum Samkeppniseftirlitsins. Skýrist það af uppfærðum upplýsingum sem borist hafa frá fyrirtækjum og nýjum útreikningum Samkeppniseftirlitsins. Hefur uppfærslan leitt til töluverðrar lækkunar á hlutdeild samrunaaðila frá þeim upplýsingum sem birtar voru í andmælaskjali. Sem dæmi má nefna töflu 19, þar sem hlutdeild samrunaaðila lækkar úr 60-65% í 35-40% á landinu öllu og töflu 22, þar sem hlutdeild samrunaaðila lækkar úr 65-70% í 35-40%. Þessar breytingar má annars vegar rekja til þess að raunsala verslana Basko og Víðis var meiri en áætlanir Samkeppniseftirlitsins gerðu ráð fyrir auk þess sem Samkeppniseftirlitinu bærust skýringar frá Festi um misræmi í upplýsingum sem leiddi til þess að sala fyrirtækisins í þessum flokki jókst töluvert umfram fyrri svör. Þá taka HHI töflur leiðréttingum miðað við þessar breytingar. Þessar breytingar leiða hins vegar ekki til þess að samþjöppunin sé það lítil að hún gefi ekki tilefni til íhlutunar enda ljóst að samrunaaðilar hafa mesta hlutdeild í sölu á vörum í þessum flokki auk þess sem nokkur samlegð yrði við samrunann.

Þá eru sem fyrr segir gerðar athugasemdir við það að hálfu Haga að við mat á hlutdeild í andmælaskjalinu hafi ekki hafa verið tekið tillit til sölu á vítamínum, steinefnum og fæðubótarefnum sem fari fram á líkamsræktarstöðum og í sérvorslunum með

¹⁸⁰ Í viðbótarupplýsingabeidni Samkeppniseftirlitsins til aðila á markaðnum voru fyrirtækin beðin um að aðgreina slíkar vörur frá öðrum vítamínum, bætiefnum og steinefnum. Að því marki sem aðilar sem svöruðu fyrri upplýsinga beiðni Samkeppniseftirlitsins, en ekki þeirri síðari þar sem óskað var eftir að bætiefni til vaxtaræktar yrðu aðgreind frá, er ljóst að velta þeirra í viðkomandi flokki er því hærri en ella, sem verður þá að teljast til hagsbóta fyrir samrunaaðila.

fæðubótarefni, en allnokkur hluti, sérstaklega af fæðubótarefnum, sé seldur þar. Vegna þessa vísar Samkeppniseftirlitið til þess að nánari athugun á þessu atriði hefur leitt til þeirrar niðurstöðu að þessir aðilar teljist ekki hluti af skilgreindum markaði og verða tekjur þeirra því ekki meðtaldar við mat á markaðshlutdeild.

Hér á eftir hefur verið tekin saman markaðshlutdeild verslana á framangreindum heildarmörkuðum fyrir heilsuvörur. Hvað varðar markaði fyrir vítamín, steinefni og bætiefni eru upplýsingarnar settar fram fyrir landið allt og þau skilgreindu markaðssvæði sem Samkeppniseftirlitið hefur talið rétt að líta til, sem eru höfuðborgarsvæðið, Borgarbyggð, Snæfellsnes, Norðanverðir Vestfirðir, Akureyri og Eyjafjarðarsvæðið, Norðausturland, Austurland, Suðurland og Suðurnes. Telur eftirlitið hvað þennan vörflokk varðar að um sé að ræða vörur sem hafa mikla dreifingu í apótekum og því sé mikilvægt við mat á samlegðaráhrifum að líta til allra framangreindra landsvæða þó ljóst sé að sala á mörgum þeirra sé reyndar hlutfallslega lítil. Hvað snertir lífrænar mat- og drykkjarvörur og smásölu á mat- og drykkjarvörum í flokki heilsuvara telur Samkeppniseftirlitið nægjanlegt að líta til hlutdeildar á landinu öllu, höfuðborgarsvæðinu og Akureyri og Eyjafjarðarsvæðinu. Upplýsingar í eftirfarandi töflum eru settar fram miðað við tekjur og hlutdeild árið 2016.

Landið allt

Þó skilgreindir smásölusölumarkaðir séu sem fyrr segir staðbundnir hefur það þýðingu að líta einnig til hlutdeildar á landinu öllu, sbr. umfjöllun hér að framan.

Tafla 17: Tekjur og hlutdeild fyrirtækja í smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum á Íslandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Vítamín, steinefni og bætiefni	
	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[5-10]%
Bónus – Hagar	[...]	[10-15]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[15-20]%
Heilsuhúsið	[...]	[5-10]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[45-50]%
Lyf og heilsa - Apótekarinn	[...]	[15-20]%
Festi	[...]	[10-15]%
Samkaup	[...]	[5-10]%
Fjarðarkaup	[...]	[0-5]%
Lyfjaver	[...]	[0-5]%
Lyfjaval	[...]	[0-5]%
Aðrar verslanir ¹⁸¹	[...]	[10-15]%
Samtals	3,0-3,5 ma.kr.	100%

Af framangreindri töflu má sjá að nú þegar eru samrunaaðilar stærstu fyrirtækin hér á landi á sviði smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum. Sameinað fyrirtæki yrði með um

¹⁸¹ Aðrar verslanir eru m.a. 10-11/Iceland, Kaupfélag Skagfirðinga, Kaupfélag Steingrímsfjarðar, Kaupfélag Vestur-Húnavetninga, Melabúðin, Verslunin Einar Ólafsson, Víðir, Akureyrarapótek, Apótek Garðabæjar/Apótek Hafnarfjarðar, Apótek Mosfellsbæjar, Apótek Ólafsvíkur, Apótek Vesturlands/Reykjavíkuraþékið, Austurbæjarapótek, Árbæjarapótek, Borgarapótek, Farmasía, Garðs apótek, Hraunbergsapótek, Lyfsalinn, Rima Apótek, Siglufjarðarapótek, Urðar Apótek, Gló veitingar, Magna verslanir, Mamma veit best og Systrasamlagið.

[45-50]% hlutdeild sem er um þreföld hlutdeild Lyfja og heilsu sem næst koma að stærð með rúmlega [15-20]% hlut.

Tafla 18: Tekjur og hlutdeild í smásölu á heildarmarkaði fyrir lífræna mat- og drykkjarvöru á Íslandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Lífrænar mat- og drykkjarvörur	
	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[15-20]%
Bónus – Hagar	[...]	[25-30]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[0-5]%
Heilsuhúsið	[...]	[0-5]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[45-50]%
Festi	[...]	[25-30]%
Samkaup	[...]	[10-15]%
Frú Lauga	[...]	[0-5]%
Kostur	[...]	[0-5]%
Fjarðarkaup	[...]	[0-5]%
10-11/Iceland	[...]	[0-5]%
Aðrar verslanir ¹⁸²	[...]	[0-5]%
Samtals	3,0-3,5 ma.kr.	100.0%

Tafla 19: Tekjur og hlutdeild í smásölu á heildarmarkaði fyrir heilsuvörur – mat og drykk á Íslandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Heilsuvörur – matur og drykkur	
	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[10-15]%
Bónus – Hagar	[...]	[20-25]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[0-5]%
Heilsuhúsið	[...]	[0-5]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[35-40]%
10-11/Iceland	[...]	[15-20]%
Festi	[...]	[15-20]%
Víðir	[...]	[10-15]%
Samkaup	[...]	[0-5]%
Lyfjaver	[...]	[0-5]%
Lyf og heilsa - Apótekarinn	[...]	[0-5]%
Aðrar verslanir ¹⁸³	[...]	[0-5]%
Samtals	3,5-4,0 ma.kr.	100%

¹⁸² Aðrar verslanir eru m.a. Kaupfélag Skagfirðinga, Kaupfélag Steingrímsfjarðar, Kaupfélag Vestur-Húnavetninga, Melabúðin, Víðir, Verslunin Einar Ólafsson, Akureyrarapótek, Apótek Ólafsvíkur, Græni hlekkurinn, Kaja Organic, Jurtaapótekið, Gló og Heilsutorg Blómavals.

¹⁸³ Aðrar verslanir eru m.a. Fjarðarkaup, Kaupfélag Skagfirðinga, Kaupfélag Steingrímsfjarðar, Kaupfélag Vestur-Húnavetninga, Kostur, Melabúðin, Verslunin Einar Ólafsson, Lyfjaval, Akureyrarapótek, Apótek Mosfellsbæjar, Apótek Ólafsvíkur, Apótek Vesturlands/Reykjavíkrapótekið, Austurbæjarapótek, Árbæjarapótek, Farmasía, Garðs apótek, Hraunbergsapótek, Lyfsalinn, Reykjanesapótek, Rima Apótek, Siglufjarðarapótek og Urðar Apótek.

Af framangreindum töflum má sjá að staða Haga í sölu á heildarmörkuðum fyrir sölu á lífrænum mat- og drykkjarvörum og mat- og drykkjarvörum sem flokkast sem heilsuvörur er sterk nú þegar, en fyrirtækið er með um [45-50]% hlutdeild í sölu á fyrrnefndu vörunum og um [35-40]% hlut í sölu á þeim síðarnefndu. Samanlögð hlutdeild Lyfju og Heilsuhússins er lítil en ljóst er að ef samruninn myndi ná fram að ganga myndu Hagar styrkja þessa stöðu sína enn frekar.

Höfuðborgarsvæðið

Höfuðborgarsvæðið er langstærsta svæðið sem talist getur einn landfræðilegur markaður þegar litið er til veltu. Er um að ræða póstnúmer 101-172, 200-225 og 270-276, þ.e. Reykjavík, Kópavog, Hafnarfjörð, Seltjarnarnes, Garðabæ og Mosfellsbæ. Hlutfallslega er líka selt meira af heilsuvörum á höfuðborgarsvæðinu en öðrum landsvæðum miðað við fólksfjölda. Á þessu svæði reka Hagkaup sjö verslanir¹⁸⁴ en Lyfja tíu verslanir, fimm undir merkjum Lyfju¹⁸⁵ og fimm undir merkjum Apóteksins¹⁸⁶. Einnig rekur Lyfja Heilsuhúsið á fjórum stöðum á höfuðborgarsvæðinu.¹⁸⁷ Hvað aðra aðila varðar sem bjóða heilsuvörur í nokkrum mæli eru verslanir Lyfja og heilsu sem eru 17 talsins á höfuðborgarsvæðinu, fjórar undir eigin vörumerki¹⁸⁸ og þrettán undir merkjum Apótekarans¹⁸⁹. Aðrar verslanir sem starfa á höfuðborgarsvæðinu eru tilgreindar hér að neðan.

¹⁸⁴ Í Reykjavík eru verslanir Hagkaupa í Kringlunni, Skeifunni, Smáralind, Spönginni og Holtagörðum en auk þess er verslun á Eiðistorgi og í Garðabæ.

¹⁸⁵ Í Reykjavík eru verslanir undir merkjum Lyfju á Laugavegi, í Lágmúla og í Kópavogi á Nýbýlavegi, Smáratorgi og í Smáralind.

¹⁸⁶ Í Reykjavík eru verslanir Apóteksins í Skeifunni, Lóuhólum, Spönginni. Í Garðabæ á Garðatorgi og í Hafnarfirði í Setbergi.

¹⁸⁷ Í Reykjavík er verslun Heilsuhússins í Lágmúla, Kringlunni og Laugavegi og í Kópavogi er verslun í Smáralindinni.

¹⁸⁸ Í Reykjavík eru verslanir undir merkjum Lyfja og heilsu í Kringlunni, Austurvegi og Hringbraut. Í Hafnarfirði er ein verslun í Firði.

¹⁸⁹ Í Reykjavík eru verslanir Apótekarans í Domus Medica, Glæsibæ, Skipholt, Melhaga, Mjódd og Bíldshöfða. Einnig er verslun á Seltjarnarnesi (Eiðistorgi), í Kópavogi á Smiðjuvegi, Hamraborg og Salarvegi, í Hafnarfirði á Helluhrauni og Hólshrauni (í Fjarðarkaup). Loks er ein verslun í Mosfellsbæ.

Tafla 20: Tekjur og hlutdeild í smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum á höfuðborgarsvæðinu. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Vítamín, steinefni og bætiefni	
	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[5-10]%
Bónus – Hagar	[...]	[10-15]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[15-20]%
Heilsuhúsið	[...]	[5-10]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[45-50]%
Lyf og heilsa/Apótekarinn	[...]	[15-20]%
Festi	[...]	[10-15]%
Fjarðarkaup	[...]	[5-10]%
Samkaup	[...]	[0-5]%
Lyfjaver	[...]	[0-5]%
Mamma veit best	[...]	[0-5]%
Aðrar verslanir ¹⁹⁰	[...]	[10-15]%
Samtals	2,0-2,5 ma.kr.	100%

Hlutdeildin í þessum flokki á höfuðborgarsvæðinu er svipuð og á landinu öllu enda eru flestar verslanir starfandi á því svæði. Samrunaaðilar eru nú þegar með mestu hlutdeildina og sameinað fyrirtæki yrði með [45-50]% hlutdeild sem er rúmlega þreföld hlutdeild Lyfja og heilsu sem næst kemur að stærð með [15-20]% hlut.

¹⁹⁰ Aðrar verslanir eru m.a. 10-11/Iceland, Melabúðin, Víðir, Apótek Garðabæjar/Apótek Hafnarfjarðar, Apótek Mosfellsbæjar, Apótek Vesturlands/Reykjavíkurapótekið, Austurbæjarapótek, Arbæjarapótek, Borgarapótek, Garðs apótek, Hraunbergsapótek, Lyfjaval, Lyfsalinn, Rima Apótek, Urðar Apótek, Gló, Magna verslanir og Systrasamlagið.

Tafla 21: Tekjur og hlutdeild í smásölu á heildarmarkaði fyrir lífræna mat- og drykkjarvöru á höfuðborgarsvæðinu. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Lífrænar mat- og drykkjarvörur	
	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[15-20]%
Bónus – Hagar	[...]	[25-30]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[0-5]%
Heilsuhúsið	[...]	[0-5]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[45-50]%
Festi	[...]	[25-30]%
Samkaup	[...]	[5-10]%
Frú Lauga	[...]	[5-10]%
Kostur	[...]	[0-5]%
Fjarðarkaup	[...]	[0-5]%
10-11/Iceland	[...]	[0-5]%
Aðrar verslanir ¹⁹¹	[...]	[0-5]%
Samtals	2,0-2,5 ma.kr.	100%

Tafla 22: Tekjur og hlutdeild í smásölu á heildarmarkaði fyrir heilsuvörur – mat og drykk á höfuðborgarsvæðinu. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Heilsuvörur – matur og drykkur	
	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[10-15]%
Bónus – Hagar	[...]	[20-25]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[0-5]%
Heilsuhúsið	[...]	[0-5]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[35-40]%
Rekstrafélag 10-11	[...]	[20-25]%
Festi	[...]	[15-20]%
Víðir	[...]	[10-15]%
Samkaup	[...]	[0-5]%
Lyfjaver/heilsuver	[...]	[0-5]%
Lyf og heilsa	[...]	[0-5]%
Aðrar verslanir ¹⁹²	[...]	[0-5]%
Samtals	3,0-3,5 ma.kr.	100%

¹⁹¹ Aðrar verslanir eru m.a. Gló, Græni hlekkurinn, Heilsutorg Blómavals, Kaja organic, Jurtaapótekið, Melabúðin og Víðir.

¹⁹² Aðrar verslanir eru m.a. Fjarðarkaup, Kostur, Melabúðin, Apótek Mosfellsbæjar, Apótek vesturlands/Reykjavíkrapótekið, Austurbæjarapótek, Árbæjarapótek, Farmasía, Garðs Apótek, Hraunbergsapótek, Lyfjaval, Rima Apótek, Urðar apótek og Alvöru heilsuvörur.

Það sama á í raun við á þessum tveimur mörkuðum fyrir lífrænar vörur og heilsuvörur (matur og drykkur) að hlutdeildin á höfuðborgarsvæðinu er svipuð og á landinu öllu enda eru flestar verslanir starfandi á því svæði. Staða Haga í sölu á heildarmörkuðum fyrir sölu í þessum flokkum er sterk nú þegar en fyrirtækið er með [45-50]% hlutdeild í sölu á fyrrnefndu vörunum en um [35-40]% hlut í sölu á þeim síðarnefndu. Samanlögð hlutdeild Lyfju og Heilsuhússins er lítil en ljóst er að ef samruninn myndi ná fram að ganga myndu Hagar styrkja þessa stöðu sína á þessum mörkuðum á höfuðborgarsvæðinu enn frekar.

Borgarbyggð

Í Borgarbyggð eru Borgarnes, Hvanneyri, Varmaland, Reykholt og Bifröst (póstnúmer 310-320). Samlegðaráhrifa mun gæta á þessum landfræðilega markaði en bæði Bónus og Lyfja reka verslanir í Borgarnesi sem bjóða upp á vítamín, steinefni og bætiefni.

Tafla 23: Tekjur og hlutdeild í smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum í Borgarbyggð. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Vítamín, steinefni og bætiefni	
	Tekjur	%
Bónus – Hagar	[...]	[20-25]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[55-60]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[75-80]%
Samkaup	[...]	[20-25]%
Samtals	30-40 m.kr.	100%

Við samrunann yrði sameinað félag með um [75-80]% hlutdeild á þessu svæði sem er sterk staða samanborið við Samkaup sem yrði eini keppinauturinn með [20-25]%.

Snæfellsnes

Á þessu svæði eru Stykkishólmur, Grundarfjörður og Snæfellsbær (Ólafsvík, Rif og Hellissandur) og Búðardalur (Póstnúmer 340-371). Samlegðaráhrifa mun gæta á þessum landfræðilega markaði en Bónus rekur verslun í Stykkishólmi og Lyfja rekur lyfjaverslanir (útbú frá lyfjaverslun í Borgarnesi) í Stykkishólmi, Grundarfirði og Búðardal. Aðrir aðilar eru Apótek Ólafsvíkur og Samkaup.

Tafla 24: Tekjur og hlutdeild í smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum á Snæfellsnesi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Vítamín, steinefni og bætiefni	
	Tekjur	%
Bónus – Hagar	[...]	[10-15]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[45-50]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[60-65]%
Apótek Ólafsvíkur	[...]	[20-25]%
Samkaup	[...]	[10-15]%
Samtals	20-30 m.kr.	100%

Við samrunann yrði sameinað félag með [60-65]% hlutdeild. Hlutdeild annarra keppinauta er mun lægri.

Norðanverðir Vestfirðir

Á þessu svæði eru Ísafjarðarbær (Ísafjörður, Flateyri, Hnífsdalur, Suðureyri og Þingeyri), Súðavík og Bolungarvík (Póstnúmer 400-430 og 470-471). Samlegðaráhrifa mun gæta á þessum landfræðilega markaði en Bónus rekur verslun á Ísafirði og Lyfja rekur þar einnig lyfjaverslun og útibú á Þingeyri.

Tafla 25: Tekjur og hlutdeild í smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum á norðanverðum Vestfjörðum. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Vítamín, steinefni og bætiefni	
	Tekjur	%
Bónus – Hagar	[...]	[15-20]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[60-65]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[75-80]%
Samkaup	[...]	[20-25]%
Samtals	30-40 m.kr.	100%

Sameinað fyrirtæki mun komast í mjög sterka stöðu á þessu svæði með [75-80]% hlutdeild. Eini keppinaturinn á svæðinu er Samkaup með [20-25]% hlut.

Norðurland vestra

Á þessu svæði eru Blönduós, Hofsós, Hvammstangi, Sauðárkrókur og Skagaströnd (póstnúmer 530-570). Ekki verða bein samlegðaráhrif vegna samrunans á þessu svæði en aftur á móti er Lyfja eina fyrirtækið sem rekur apótek á svæðinu líkt og áður hefur verið nefnt. Er það á Sauðárkróki og frá því eru rekin útibú á Blönduósi, Hofsósi, Hvammstanga og Skagaströnd. Líkt og sjá má á neðangreindri töflu er Lyfja jafnframt stærsti aðilinn á því svæði á markaði fyrir smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum.

Tafla 26: Tekjur og hlutdeild í smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum á Norðvesturlandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Vítamín, steinefni og bætiefni	
	Tekjur	%
Lyfja – Apótekið	[...]	[55-60]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[55-60]%
Kaupfélag Skagfirðinga	[...]	[35-40]%
Samkaup	[...]	[5-10]%
Samtals	50-60 m.kr.	100%

Ljóst er að ef samruninn næði fram að ganga myndu Hagar styrkja stöðu sína á heildarmarkaðnum enn frekar.

Akureyri og Eyjafjarðarsvæðið

Á þessu svæði eru auk Akureyrar, m.a. Dalvík, Ólafsfjörður og Siglufjörður (póstnúmer 580-630). Samlegðaráhrifa gætir á þessum landfræðilega markaði þar sem bæði á Akureyri er verslun Hagkaupa annars vegar og Apóteksins og Heilsuhússins hins vegar. Nokkrar aðrar lyfjaverslanir eru starfandi á Akureyri sem eru Lyf og heilsa á Glerártorgi og Apótekarinn í Hafnarstræti og í Hrísalundi. Þá er útibú Lyfja og heilsu á Dalvík. Akureyrarapótek er einnig á Akureyri og á Siglufirði er starfandi Siglufjarðarapótek sem einnig rekur útibú á Ólafsfirði.

Tafla 27: Tekjur og hlutdeild í smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum á Akureyri og Eyjafjarðarsvæðinu. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Vítamín, steinefni og bætiefni	
	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[5-10]%
Bónus – Hagar	[...]	[10-15]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[5-10]%
Heilsuhúsið	[...]	[10-15]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[40-45]%
Lyf og heilsa - Apótekarinn	[...]	[20-25]%
Samkaup	[...]	[15-20]%
Akureyrarapótek	[...]	[10-15]%
Siglufjarðarapótek	[...]	[0-5]%
10-11/Iceland	[...]	[0-5]%
Samtals	200-250 m.kr.	100%

Ljóst er að samruninn myndi hafa í för með sér talsverða samþjöppun á þessu svæði en sameinað fyrirtæki myndi ná [40-45]% hlutdeild. Er það nærri tvöföld hlutdeild Lyfja og heilsu sem er sá keppinautur sem næst kemur að stærð.

Tafla 28: Tekjur og hlutdeild í smásölu á lífrænum mat- og drykkjarvörum og heilsuvörum (matur og drykkur) á Akureyri og Eyjafjarðarsvæðinu. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Lífræn mat- og drykkjarvara		Heilsuvörur – matur og drykkur	
	Tekjur	%	Tekjur	%
Hagkaup – Hagar	[...]	[15-20]%	[...]	[20-25]%
Bónus – Hagar	[...]	[30-35]%	[...]	[50-55]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Heilsuhúsið	[...]	[5-10]%	[...]	[0-5]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[55-60]%	[...]	[75-80]%
Samkaup	[...]	[40-45]%	[...]	[15-20]%
10-11/Iceland	[...]	[0-5]%	[...]	[5-10]%
Akureyrarapótek	[...]	[0-5]%		
Samtals	150-200 m.kr.	100%	150-200 m.kr.	100%

Hvað varðar lífrænar vörur og heilsuvörur (mat og drykk) er ljóst að staða Haga á báðum þessum mörkuðum á þessu svæði var fyrir samrunann mjög sterk. Hlutdeild Lyfju og Heilsuhússins er lítil en staða Haga myndi þó að óbreyttu styrkjast aðeins.

Norðurland eystra

Á þessu svæði eru m.a. Húsavík, Raufarhöfn, Kópasker, Vopnafjörður og Þórshöfn (póstnúmer 640-690). Ekki verða bein samlegðaráhrif vegna samrunans á þessu svæði en Lyfja er eina fyrirtækið sem rekur apótek á svæðinu og er það með sterka stöðu í sölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum. Er apótekið á Húsavík og frá því eru rekin útibú á Kópaskeri, Laugum í Reykjadal, Raufarhöfn, Reykjahlíð (Mývatn) og á Þórshöfn.

Tafla 29: Tekjur og hlutdeild í smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum á Norðausturlandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Vítamín, steinefni og bætiefni	
	Tekjur	%
Lyfja – Apótekið	[...]	[65-70]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[65-70]%
Samkaup	[...]	[30-35]%
Samtals	30-40 m.kr.	100%

Ljóst er að ef samruninn næði fram að ganga myndu Hagar styrkja stöðu sína á heildarmarkaðnum enn frekar.

Austurland

Á þessu svæði eru Egilsstaðir, Fellabær, Seyðisfjörður, Fjarðabyggð (Neskaupstaður, Mjóifjörður, Eskifjörður, Reyðarfjörður, Fáskrúðsfjörður og Stöðvarfjörður). eru þetta póstnúmer 700-765. Samlegðaráhrifa gætir á þessum landfræðilega markaði þar sem Bónus er með verslun á Egilsstöðum og einnig er Lyfja þar með apótek. Frá apótekinu er

rekið útibú á Seyðisfirði, Stöðvarfirði og Djúpavogi. Þá rekur Lyfja apótek á Neskaupsstað en frá því eru rekin útibú á Eskifirði og Reyðarfirði.

Tafla 30: Tekjur og hlutdeild í smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum á Austurlandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Vítamín, steinefni og bætiefni	
	Tekjur	%
Bónus – Hagar	[...]	[10-15]%
Lyfja – Apótekið	[...]	[55-60]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[70-75]%
Samkaup	[...]	[15-20]%
Festi	[...]	[5-10]%
Samtals	70-80 m.kr.	100%

Ljóst er að sameinað fyrirtæki myndi komast í sterka stöðu með [70-75]% markaðshlutdeild á þessum markaði. Hlutur þess keppinautar sem næst kemur að stærð, Samkaupa, er [15-20]%.

Suðurland

Á þessu svæði eru Árborg (Selfoss, Stokkseyri, Eyrarbakki), Flúðir, Laugarás, Árnes, Hveragerði, Þorlákshöfn, Hella, Hvolsvöllur og Þykkvibær. Er um að ræða póstnúmer 810-861. Talsverðra samlegðaráhrifa gætir á þessum landfræðilega markaði þar sem bæði er verslun Hagkaupa og Lyfju á Selfossi og útibú á Flúðum og í Laugarási. Aðrar lyfjaverslanir á svæðinu eru í eigu Lyfju og heilsu sem eru Apótekarinn á Selfossi og Hveragerði.

Tafla 31: Tekjur og hlutdeild í smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum á Suðurlandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Vítamín, steinefni og bætiefni	
	Tekjur	%
Bónus – Hagar	[...]	[10-15]%
Lyfja	[...]	[15-20]%
Heilsuhúsið	[...]	[15-20]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[40-45]%
Lyf og heilsa	[...]	[25-30]%
Samkaup	[...]	[5-10]%
Festi	[...]	[15-20]%
Samtals	150-200 m.kr.	100%

Nái samruninn fram að ganga myndi sameinað fyrirtæki myndi komast í sterka stöðu með [40-45]% markaðshlutdeild á þessu landssvæði. Hlutur þess keppinautar sem næst kemur að stærð, þ.e. Lyfja og heilsu er [25-30]%.

Suðurnes

Á þessu svæði eru Reykjanesbær (Keflavík, Njarðvík og Hafnir), Garður, Sandgerði, Grindavík og Vogar (póstnúmer 190, 230-260). Samlegðaráhrifa gætir á þessum landfræðilega markaði þar sem bæði er verslun Bónuss og Lyfju í Reykjanesbæ og útibú Lyfju í Grindavík. Aðrar verslanir á svæðinu sem bjóða vörur í þessum flokki að einhverju marki eru í eigu Lyfja og heilsu, Samkaupa og Festi auk Apóteks Suðurnesja.

Tafla 32: Tekjur og hlutdeild í smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum á Suðurnesjum. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.

Fyrirtæki	Vítamín, steinefni og bætiefni	
	Tekjur	%
Bónus - Hagar	[...]	[10-15]%
Lyfja - Apótekið	[...]	[20-25]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[35-40]%
Samkaup	[...]	[30-35]%
Lyf og heilsa	[...]	[10-15]%
Festi	[...]	[5-10]%
Apótek Suðurnesja	[...]	[5-10]%
10-11/Iceland	[...]	[0-5]%
Samtals	100-150 m.kr.	100%

Við samrunann yrði sameinað fyrirtæki stærsti smásöluaðili á vítamínum, steinefnum og bætiefnum á Suðurnesjum með [35-40]% hlutdeild. Samkaup er þó eftir sem áður með talsverða hlutdeild eða [30-35]% og Lyf og heilsa [10-15]%.

Hér að framan (í töflum 12-27) hefur verið fjallað um hlutdeild á heildarmarkaði fyrir smásölu vítamína, steinefna og bætiefna, heildarmarkaði fyrir smásölu á lífrænni mat- og drykkjarvöru (einkum þurrvöru, gosi og djúsum) og heildarmarkaði fyrir smásölu á mat- og drykkjarvöru sem flokkast sem heilsuvara.

Í töflu 33 eru þessar upplýsingar dregnar saman fyrir vítamín steinefni og bætiefni og í töflu 34 fyrir lífrænar vörur og heilsuvörur (mat og drykk). Er framsetningin þannig að tilgreind er hlutdeild Haga (Bónuss og/eða Hagkaupa), Lyfju (Lyfju/Apóteksins/Heilsuhússins) og samtölu þessara aðila auk hlutdeild þeirra tveggja aðila sem næst koma samrunaaðilum að stærð og svo samanlögð hlutdeild annarra aðila.

Tafla 33: Samantekt - Hlutdeild smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum árið 2016.

	Hagar	Lyfja	Samtals samr.-aðilar	Stærsti keppin. samr.að.	Næst stærsti keppin.	Aðrir keppin. samtals
Landið allt	[15-20]%	[25-30]%	[45-50]%	[15-20]%	[10-15]%	[25-30]%
Höfuðborgarsv.	[20-25]%	[20-25]%	[45-50]%	[15-20]%	[10-15]%	[25-30]%
Borgarbyggð	[20-25]%	[55-60]%	[75-80]%	[20-25]%	-	-
Snæfellsnes	[10-15]%	[45-50]%	[60-65]%	[20-25]%	[10-15]%	-
Norðarverðir Vestf.	[15-20]%	[60-65]%	[75-80]%	[20-25]%	-	-
Norðurland vestra	-	[55-60]%	[55-60]%	[35-40]%	[5-10]%	-
Ak. og Eyjafj.sv.	[20-25]%	[20-25]%	[40-45]%	[20-25]%	[15-20]%	[15-20]%
Norðausturland	-	[65-70]%	[65-70]%	[30-35]%	-	-
Austurland	[10-15]%	[55-60]%	[70-75]%	[15-20]%	[5-10]%	-
Suðurland	[10-15]%	[30-35]%	[40-45]%	[25-30]%	[15-20]%	[5-10]%
Suðurnes	[10-15]%	[20-25]%	[35-40]%	[30-35]%	[10-15]%	[15-20]%

Tafla 34: Samantekt - Hlutdeild smásölu á lífrænum vörum og heilsuvörum árið 2016.

	Hagar	Lyfja	Samtals samr.-aðilar	Stærsti keppin. samr.að.	Næst stærsti keppin.	Aðrir keppin. samtals
<i>Lífrænar vörur</i>						
Landið allt	[40-45]%	[0-5]%	[45-50]%	[25-30]%	[10-15]%	[15-20]%
Höfuðborgarsvæðið	[40-45]%	[0-5]%	[45-50]%	[25-30]%	[5-10]%	[15-20]%
Akureyri og Eyjafj.sv.	[50-55]%	[5-10]%	[55-60]%	[40-45]%	[0-5]%	-
<i>Heilsuvörur</i>						
Landið allt	[35-40]%	[0-5]%	[35-40]%	[15-20]%	[15-20]%	[20-25]%
Höfuðborgarsvæðið	[35-40]%	[0-5]%	[35-40]%	[20-25]%	[15-20]%	[20-25]%
Akureyri og Eyjafj.sv.	[75-80]%	[0-5]%	[75-80]%	[15-20]%	[5-10]%	-

Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að óháð því hvaða mælikvarði er lagður til grundvallar til að meta hlutdeild samrunaaðila þá sé staða þeirra mjög sterk og að hún myndi styrkjast verulega ef samruninn næði fram að ganga á flestum af þeim landfræðilegu mörkuðum sem skilgreindir hafa verið undir framangreindum vöruflokkum.

Hvað vítamín, steinefni og bætiefni varðar er ljóst að talsverð samþjöppun yrði á höfuðborgarsvæðinu, Borgarbyggð, Snæfellsnesi, Norðanverðum Vestfjörðum, Akureyri og Eyjafjarðarsvæðinu, Austurlandi, Suðurlandi og Suðurnesjum. Sterk staða var fyrir á Norðurlandi vestra og á Norðausturlandi. Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að jafnvel þó ekki sé um samlegðaráhrif á þessum svæðum að ræða myndi samruninn styrkja Lyfju mikið á þessum svæðum og draga úr líkum á því að nýir keppinautar geti haslað sér völl.

Þá er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að svipuðu máli gegni um lífrænar vörur og heilsuvörur. Enda þótt samþjöppunin sé ekki eins mikil er ljóst að staða Haga á þessum mörkuðum er sterk fyrir og samruninn myndi styrkja stöðu fyrirtækisins verulega.

Með hliðsjón af framangreindu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að hlutdeild sameinaðs fyrirtækis í smásölu á heilsuvörum sé það há að hún myndi að óbreyttu leiða til markaðsráðandi stöðu sameinaðs fyrirtækis eða styrkingu hennar, hafi hún ekki þegar verið fyrir hendi, og þá sérstaklega á heildarmarkaðnum fyrir smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum og heildarmarkaðnum fyrir smásölu á lífrænum mat- og drykkjarvörum. Nánar tiltekið á þessi staða við um flestalla skilgreinda framangreinda landfræðilega markaði.

5.5 Markaður fyrir innflutning og dreifingu á heilsuvörum

Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að heildarmarkaðurinn fyrir innflutning og dreifingu á heilsuvörum sé einn vörumarkaður málsins, sem skilgreina megi í frekari undirmarkaði, s.s. vítamín og bætiefni, lífræna mat- og drykkjarvöru og mat- og drykkjarvörur sem flokkast sem heilsuvörur í framangreindum skilningi, sbr. umfjöllun í hér að framan. Þá kann að vera mögulegt að greina tilgreinda markaði í enn frekari undirmarkaði og/eða eftir söluleiðum. Samkeppniseftirlitið telur þó að ekki sé þörf á því í þessu máli.

Hér að neðan er að finna niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um markaðshlutdeild samrunaaðila á heildarmarkaði fyrir innflutning og dreifingu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum, lífrænni mat- og drykkjarvöru og mat- og drykkjarvöru í flokki heilsuvara.

Tafla 35: Tekjur og hlutdeild fyrirtækja sem starfa við innflutning- og dreifingu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum, lífrænni mat- og drykkjarvörur (einkum þurrvöru), og mat- og drykkjarvörur í flokki heilsuvara á Íslandi. Tölur eru í þús. kr. og miðað er við árið 2016.¹⁹³

Fyrirtæki	Vítamín, bætiefni og steinefni		Lífræn mat- og drykkjarvara		Mat- og drykkjarvara í flokki heilsuvara	
	Tekjur	%	Tekjur	%	Tekjur	%
Aðföng Hagar ¹⁹⁴	[...]	[0-5]%	[...] ¹⁹⁵	[40-45]%	[...]	[35-40]%
Bananar - Hagar			[...] ¹⁹⁶	[5-10]%		
Heilsa - Lyfja	[...]	[20-25]%	[...]	[10-15]%	[...]	[15-20]%
Samtals samrunaaðilar	[...]	[25-30]%	[...]	[55-60]%	[...]	[55-60]%
Icepharma	[...]	[15-20]%	[...]	[20-25]%	[...]	[10-15]%
Lýsi	[...]	[20-25]%	-	0%	-	0%
Artasan/Veritas	[...]	[15-20]%	-	0%	[...]	[0-5]%
Icecare	[...]	[10-15]%	[...]	[0-5]%	-	0%
Festi	-	0%	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Innnes	-	0%	[...]	[10-15]%	-	0%
Arka heilsuvörur	-	0%	[...]	[0-5]%	[...]	[20-25]%
Mamma veit best	[...]	[0-5]%	-	0%	-	0%
Matarbúr Kaju	-	0%	[...]	[0-5]%	-	0%
Sanitas	-	0%	-	0%	[...]	[0-5]%
Samkaup	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Dedicated	[...]	[0-5]%	-	0%	[...]	[0-5]%
Aðrir innflytjendur ¹⁹⁷	[...]	[0-5]%	-	[0,0]%	-	[0,0]%
Samtals	2,0-2,5 ma.kr.	100%	2,0-2,5 ma.kr.	100%	1,0-1,5 ma.kr.	100%

Af framangreindri töflu má einnig sjá að staða Haga á markaði fyrir innflutning- og dreifingu á lífrænni mat- og drykkjarvöru og mat- og drykkjarvöru í flokki heilsuvara er sterk nú þegar en fyrirtækið er stærsti aðilinn á þeim undirmörkuðum. Fyrirtækið er með [40-45]% hlutdeild í lífrænni mat- og drykkjarvöru og [35-40]% í mat- og drykkjarvöru í flokki

¹⁹³ Það ræðst af atvikum hverju sinni hvort rétt sé að horfa til innri sölu viðkomandi fyrirtækis við mat á markaðshlutdeild, sbr. m.a. dómur undirréttar ESB frá 22. október 2002 í máli nr. T-301/01, Schneider Electric gegn framkvæmdastjórninni. Í þessu máli telur Samkeppniseftirlitið gagnlegt að líta til tekna Haga vegna innflutnings og dreifingar, bæði innan samstæðunnar og til þriðju aðila. Eigin innflutningur annarra dagvöruverslana er mun minni en Haga. Eigin innflutningur Festi í framangreindum flokkum nam t.a.m. [...] milljónum króna á árinu 2016 og eigin innflutningur Samkaupa sama ár nam um [...] milljónum króna. Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹⁴ Hér er átt við tekjur vegna sölu bæði innan og utan samstæðu Haga.

¹⁹⁵ Þar af nam sala vara undir vörumerki „Himneskt“ innan og utan samstæðu Haga tæplega [...] króna árið 2016. Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹⁶ Hér er átt við tekjur vegna sölu bæði innan og utan samstæðu Haga.

¹⁹⁷ Við meðferð málsins bærust ekki upplýsingar frá nokkrum minni verslunum og er að því leyti byggt á áætlun um tekjur þeirra.

heilsuvara. Þá er Heilsa með stærstu aðilunum á skilgreindum mörkuðum fyrir samrunann. Staða fyrirtækisins er því sterk en fyrirtækið er með hæstu hlutdeildina í innflutningi og dreifingu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum, þriðju hæstu hlutdeildina í mat og drykkjarvöru í flokki heilsuvara og fjórðu hæstu hlutdeildina í lífrænni mat- og drykkjarvöru. Ljóst er að ef samruninn næði fram að ganga myndu Hagar styrkja þessa stöðu sína enn frekar. Sameinað fyrirtæki yrði að óbreyttu með um [55-60]% hlutdeild á markaði fyrir innflutning- og dreifingu á lífrænni mat- og drykkjarvöru, [55-60]% á markaði fyrir mat- og drykkjarvöru í flokki heilsuvara og um [25-30]% hlutdeild á markaði fyrir vítamín, steinefni og bætiefni.

6. Samþjöppun

Auk markaðshlutdeildar samrunafyrirtækja og keppinauta þeirra líta samkeppnisyfirvöld til samþjöppunar á markaðnum í heild sinni. Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á má almennt „*ganga út frá því að neikvæð áhrif samruna komi því frekar fram því meiri sem samþjöppunin er á tilteknum markaði*“, sbr. úrskurð í máli nr. 6/2006 DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Til þess að meta samþjöppun á einstökum mörkuðum og hættu á samkeppnishömlum vegna m.a. samruna má styðjast við mælikvarða sem nefnist Herfindahl-Hirschman Index (HHI), samanber t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 277/2013, *Stjórnugrís hf. og Arion banki hf. gegn Samkeppniseftirlitinu o.fl.*, þar sem í forsendum dómsins var fallist á að beiting hins svokallaða HHI-stuðuls við mat samkeppnisyfirvalda á samþjöppun á markaði teljist málefnaleg og í samræmi við lögbundin og venjubundin viðmið í samkeppnisrétti.

Í niðurstöðu héraðsdóms í Stjórnugrísmálinu, sem staðfestur var með vísan til forsendna í Hæstarétti, er m.a. rakið að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins varðandi umfjöllun um samþjöppun á markaðnum í heild sinni hafi verið stuðst við svokallaðan HHI-stuðul, sem almennt hefur verið talinn gefa vísbendingu um hve samþjöppun á markaði er mikil og hvers sé að vænta í þeim efnum í kjölfar samruna. Hafi stuðull þessi í ákvörðuninni verið reiknaður út frá markaðshlutdeild svínaræktenda eftir veltu og markaðshlutdeild í slátrun eftir slátruðu magni í tonnum fyrir og eftir samruna. Samkvæmt þessum útreikningum taldi Samkeppniseftirlitið breytinguna á samþjöppunarstuðlinum það mikla að samruninn hefði í för með sér verulega samþjöppun á markaði þar sem veruleg samþjöppun hafi verið fyrir. Með hliðsjón af framangreindu komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að yrði samruninn heimilaður myndi hann raska samkeppni með alvarlegum hætti. Þá segir í dómnum: „*Með hliðsjón af tilvitnuðu ákvæði 17. gr. c í samkeppnislögum verður að játa Samkeppniseftirlitinu nokkuð svigrúm til mats á því hvenær samruni hindrar virka samkeppni „ ... með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti*“. Verður ekki annað séð en að framangreint mat stefnda hafi í hvívetna verið málefnalegt og í samræmi við lögbundin og venjubundin viðmið í samkeppnisrétti. Þá verður ekki talið að stefndum hafi tekist að sýna fram á að stjórnsýslureglum hafi ekki verið fylgt við þetta mat eða við málsmeðferð áfrýjunarnefndar í málinu nr. 1/2011. Með vísan til þessa og forsendna áfrýjunarnefndar í úrskurði nr. 1/2011 og Samkeppniseftirlitsins í ákvörðun nr. 3/2011 er fallist á með stefndu að hinn umdeildi samruni myndi markaðsráðandi stöðu aðalstefnanda Stjórnugríss hf. í svínarækt og styrki markaðsráðandi stöðu félagsins á markaði fyrir slátrun á svínunum.“

HHI-stuðullinn er talinn ein áreiðanlegasta vísbendingin um það hve samþjöppun á markaði er mikil og hvort eða hvenær ástæða sé til að fylgjast náið með mörkuðum og frekari samþjöppun í kjölfar samruna.¹⁹⁸

HHI-stuðullinn er reiknaður með því að leggja saman ferningstölur markaðshlutdeildar (þ.e. markaðshlutdeild í öðru veldi) þeirra fyrirtækja sem eru á þeim markaði sem við á. Við mat á samþjöppun á markaði er litið til gildis HHI-stuðulsins bæði fyrir og eftir samruna og einnig er horft til þeirrar breytingar sem á stuðlinum verða við samruna.

Í láréttu leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB eru áhrif slíkra samruna meðal annars metin með HHI-stuðlinum. Liggur gildi stuðulsins á milli 0 og 10.000,¹⁹⁹ en því hærra sem það er þeim mun meiri er markaðssamþjöppunin (e. market concentration). Þannig er gildið 10.000 sé aðeins eitt fyrirtæki á markaðnum, en því sem næst 0 séu öll fyrirtækin á markaðnum með örlitla markaðshlutdeild hvert fyrir sig. Í viðmiðunarreglunum er talið ólíklegt að samruni hafi í för með sér samkeppnishömlur þegar gildi HHI-stuðulsins er undir 1.000. Sama á við sé gildið á milli 1.000 og 2.000 og áhrif samrunans undir 250 stigum eða gildið yfir 2.000 og áhrif samrunans undir 150 stigum. Þetta á þó ekki við þegar um er að ræða:

- Samruna við fyrirtæki sem er mögulegur eða nýr keppinautur á markaði.
- Samruna við fyrirtæki sem hefur verið í fararbroddi með nýjungar á markaði enda þótt það hafi ekki haft í för með sér aukna markaðshlutdeild.
- Verulegt krosseignarhald markaðsaðila.
- Samruna við „maverick“ fyrirtæki.
- Vísbendingar um að samræmdar aðgerðir hafi átt eða eigi sér stað.
- Samruna við fyrirtæki sem hefur a.m.k. 50% markaðshlutdeild.

Verður nú samþjöppun á mörkuðum málsins metin og verður stuðst við mælikvarða HHI-stuðulsins.

Í töflum 36-41 hér á eftir má sjá HHI-stuðulinn á þeim mörkuðum og sviðum sem mál þetta varðar miðað við þær forsendur um markaðshlutdeild sem raktar hafa verið.

¹⁹⁸ Stuðst er við HHI stuðullinn í framkvæmd samkeppnisreglna hjá framkvæmdastjórn ESB og margra annarra ríkja, t.d. í Færeyjum og í Bandaríkjunum. Í færslu frá 29. júlí 2015 á heimasíðu samkeppnisdeildar bandaríska dómsmálaráðuneytsins er því lýst að það og Federal Trade Commission (FTC) styðjist við HHI í samrunamálum: „The term “HHI” means the Herfindahl–Hirschman Index, a commonly accepted measure of market concentration. The HHI is calculated by squaring the market share of each firm competing in the market and then summing the resulting numbers. For example, for a market consisting of four firms with shares of 30, 30, 20, and 20 percent, the HHI is 2,600 (30² + 30² + 20² + 20² = 2,600).

The HHI takes into account the relative size distribution of the firms in a market. It approaches zero when a market is occupied by a large number of firms of relatively equal size and reaches its maximum of 10,000 points when a market is controlled by a single firm. The HHI increases both as the number of firms in the market decreases and as the disparity in size between those firms increases. The agencies generally consider markets in which the HHI is between 1,500 and 2,500 points to be moderately concentrated, and consider markets in which the HHI is in excess of 2,500 points to be highly concentrated. See U.S. Department of Justice & FTC, *Horizontal Merger Guidelines § 5.2* (2010). Transactions that increase the HHI by more than 200 points in highly concentrated markets are presumed likely to enhance market power under the Horizontal Merger Guidelines issued by the Department of Justice and the Federal Trade Commission. “Í dómi alríkisdómstóls í samrunamáli er bent á þetta: „... the courts turn to the Guidelines for assistance and over the years have come to accept the HHI as the most prominent and accurate method of measuring market concentration.” Sjá *US District Court, District of Columbia, Federal Trade Commission v. Cardinal Health, Inc, mál nr. CIV.A. 98-596.*

¹⁹⁹ Sem dæmi má nefna markað með 10 fyrirtækjum sem hvert um sig er með 10% markaðshlutdeild. HHI-stuðullinn væri þar (10²)*10 = 1.000.

Tafla 36: HHI stuðlar - smásala á hreinlætis- og snyrtivörum

		Fyrir	Eftir	Breyting
Landið allt	Sér	2.925	3.564	639
Landið allt	Alm.	2.065	3.165	1.100
Landið allt	Alhliða	3.737	6.259	2.523
Landið allt	Allt	2.172	3.154	982
Höfuðborgarsvæðið	Sér	3.594	4.106	511
Höfuðborgarsvæðið	Alm.	2.188	3.213	1.025
Höfuðborgarsvæðið	Alhliða	3.989	6.119	2.130
Höfuðborgarsvæðið	Allt	2.638	3.538	900
Borgarbyggð	Sér	5.348	10.000	4.652
Borgarbyggð	Alm.	[3,5-4,0] þús.	[6,5-7,0] þús.	2.951
Borgarbyggð	Alhliða	5.428	10.000	4.572
Snæfellsnes	Sér	[5,0-5,5] þús.	[5,0-5,5] þús.	0
Snæfellsnes	Alm.	3.016	5.560	2.544
Snæfellsnes	Alhliða	[5,5-6,0] þús.	[5,5-6,0] þús.	0
Norðanverðir Vestfirðir	Sér	10.000	10.000	0
Norðanverðir Vestfirðir	Alm.	[3,0-3,5] þús.	[6,0-6,5] þús.	3.247
Norðanverðir Vestfirðir	Alhliða	10.000	10.000	0
Noðurland vestra	Sér	10.000	10.000	0
Noðurland vestra	Alm.	3.339	3.339	0
Noðurland vestra	Alhliða	10.000	10.000	0
Akureyri og Eyjafj.sv.	Sér	7.868	7.962	94
Akureyri og Eyjafj.sv.	Alm.	3.467	4.036	569
Akureyri og Eyjafj.sv.	Alhliða	5.699	6.849	1.150
Norðurland eystra	Sér	10.000	10.000	0
Norðurland eystra	Alm.	[5,0-5,5] þús.	[5,0-5,5] þús.	0
Norðurland eystra	Alhliða	10.000	10.000	0
Austurland	Sér	10.000	10.000	0
Austurland	Alm.	3.019	4.968	1.949
Austurland	Alhliða	10.000	10.000	0
Suðurland	Sér	[6,0-6,5] þús.	[9,5-10,0] þús.	3.393
Suðurland	Alm.	2.358	3.153	795
Suðurland	Alhliða	[3,0-3,5] þús.	[5,5-6,0] þús.	2.209
Suðurnes	Sér	4.897	9.768	4.870
Suðurnes	Alm.	2.050	3.039	988
Suðurnes	Alhliða	[4,0-4,5] þús.	[6,0-6,5] þús.	2.409

Við samrunann myndi HHI stuðullinn á markaðnum fyrir „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur á höfuðborgarsvæðinu hækka úr 3.594 í 4.106 eða um 511 stig og á markaðnum fyrir almennar úr 2.188 í 3.213 eða 1.025 stig. Sé miðað við smásölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum á höfuðborgarsvæðinu myndi HHI hækka úr 3.989 í 6.119 eða um 2.130 stig. Höfuðborgarsvæðið er langstærsta markaðssvæðið og ljóst að samþjöppun var þar mikil

fyrir og mun hún aukast mikið við samrunann. Svo sem fram kom hér á undan teljast markaðir þar sem HHI-stuðullinn er yfir 2.000 vera verulega samþjappaðir og ólíklegt að samkeppnisleg röskun verði ef gildið hækkar um allt að 150 stig. Er samþjöppun á umræddum markaði langt fyrir ofan þessi mörk.

Þá er HHI stuðullinn á öðrum mörkuðum alls staðar hærri en 2.000 og á öðrum landssvæðum þar sem samlegðaráhrifa gætir á einhverjum mörkuðum (Borgarbyggð, Snæfellsnes, Norðanverðir Vestfirðir, Akureyri og Eyjafjarðarsvæðinu, Austurlandi, Suðurlandi og Suðurnesjum) nemur aukningin um 100 til 4.800 stigum. Þá er ljóst að á fjórum landsvæðum (Norðarverðurm Vestfjörðum, Norðurlandi vestra, Norðurlandi eystra og Austurlandi) ríkir Lyfja ein sem alhliða og „sér“ snyrtivörusali og er ekki öðrum keppinautum til að dreifa. Er þá gildi HHI stuðulsins á þeim markaðssvæðum 10.000.

Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruni þessi myndi í heild hafa verulega samþjöppun í för með sér á mörkuðum fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum samkvæmt þeim þremur mörkuðum sem hér hefur verið miðað við, mörkuðum þar sem umtalsverð samþjöppun var fyrir.

Tafla 37: HHI stuðlar á mörkuðum fyrir smásölu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum

	Fyrir	Eftir	Breyting
Landið allt	1.443	2.429	986
Höfuðborgarsvæðið	1.433	2.449	1.016
Borgarbyggð	[4,0-4,5] þús.	[6,5-7,0] þús.	2.436
Snæfellsnes	3.307	4.633	1.326
Norðanverðir Vestfirðir	[4,5-5,0] þús.	[6,5-7,0] þús.	1.929
Norðurland vestra	4.589	4.589	0
Akureyri og Eyjafjarðarsvæðið	2.410	3.861	1.451
Norðurland eystra	[5,5-6,0] þús.	[5,5-6,0] þús.	0
Austurland	3.832	5.492	1.660
Suðurland	2.345	3.197	852
Suðurnes	2.156	2.812	656

Við samrunann myndi HHI stuðullinn á markaði fyrir smásölu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum hækka úr 1.433 í 2.449 eða um 1.016 stig á höfuðborgarsvæðinu. Svo sem fram kom hér á undan teljast samrunar á mörkuðum þar sem HHI-stuðullinn er á milli 1.000 og 2.000 og hækkar um minna en 250 stig við samruna ekki endilega hafa í för með sér röskun á samkeppni. Gildi HHI stuðulsins á höfuðborgarsvæðinu er um 2.400 eftir samrunann og nemur hækkunin um þúsund stigum stigum sem telst mikil í framangreindum skilningi. Sama á við ef viðmiðið væri landið allt. Þá yrði umtalsverð samþjöppun á öðrum landfræðilegum mörkuðum og myndi HHI stuðullinn í flestum tilvikum hækka talsvert við samrunann eða frá 656 til 2.436. Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruninn myndi hafa verulega samþjöppun í för með sér á mörkuðum fyrir smásölu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum.

Tafla 38: HHI stuðlar á mörkuðum fyrir smásölu á lífrænum mat og drykkjarvörum

	Fyrir	Eftir	Breyting
Landið allt	2.684	2.975	291
Höfuðborgarsvæðið	2.791	3.117	326
Akureyri og Eyjafjarðarsvæðið	4.532	5.048	516

Tafla 39: HHI stuðlar á mörkuðum fyrir smásölu á heilsuvörum (mat og drykk)

	Fyrir	Eftir	Breyting
Landið allt	2.195	2.316	121
Höfuðborgarsvæðið	2.791	3.117	326
Akureyri og Eyjafjarðarsvæðið	6.007	6.256	249

Hvað varðar markaði fyrir smásölu á lífrænum mat- og drykkjarvörum og heilsuvörum (mat og drykk) er ljóst samþjöppun á þeim var nokkur fyrir og hún eykst við samrunann, sbr. framangreind viðmið um hvenær hætta er á að samruni valdi alvarlegri röskun á samkeppni. Samþjöppunin er þó ekki eins mikil og í flokkum vítamína, bætiefna og steinefna. Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruni þessi myndi í heild hafa nokkra samþjöppun í för með sér á umræddum mörkuðum fyrir lífrænar vörur og heilsuvörur.

Við mat á samþjöppun er einnig gagnlegt að líta til þess með hvaða hætti markaðsgerðin breytist í kjölfar samruna. Við framkvæmd samrunareglanna lítur framkvæmdastjórn ESB sérstaklega til þess hvort samruni færi mikilvægan keppinaut af markaði og takmarki samkeppnilegt aðhald. Ef samruni felur í sér fækkun keppinauta úr fjórum í þrjá eru líkur á því að framkvæmdastjórnin taki mál til ítarlegrar skoðunar. Ef samruni felur í sér fækkun keppinauta úr þremur í tvo eru mjög miklar líkur á því að framkvæmdastjórnin muni hafa alvarlegar áhyggjur af áhrifum samruna á samkeppni.²⁰⁰

Í kjölfar þessa samruna, komi hann til framkvæmda, verða t.a.m. aðeins tveir megin keppinautar starfandi á markaði fyrir sölu á alhliða hreinlætis- og snyrtivörum og hins vegar á markaði fyrir smásölu á „sér“ hreinlætis og snyrtivörum, þ.e. óháð því hvaða markaðsskilgreining er lögð til grundvallar. Í því samhengi hefur skilgreining á mörkuðum fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum takmörkuð áhrif. Verður að telja verulegar líkur á að slík breyting á markaðsgerðinni sé til þess fallin að takmarka samkeppni með alvarlegum hætti. Í tilfalli markaðarins fyrir smásölu á heilsuvörum fækkar burðugum keppinautum úr fimm í fjóra.

²⁰⁰ Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, 3. útg. 2014, bls. 697-699. „In practice, in considering whether to intervene in a concentration, the Commission will look at whether the merger leads to the removal of an important competitive constraint. ... Rather than focusing on precise market shares, it is often more informative to look at the number of significant competitors in the market. In practice, the Commission will in most instances not have any concerns about a reduction in the number of market players from five to four ...; it will look closely at mergers reducing the number of significant competitors from four to three; it is highly likely that it will have serious concerns if the merger reduces the number of players from three to two; and the likelihood of a serious problem is extremely high if it is a merger resulting in a monopoly.”

Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruni þessi hafi verulega samþjöppun í för með sér á flestum af þeim mörkuðum sem máli skipta, mörkuðum þar sem umtalsverð samþjöppun var fyrir í flestum tilvikum.

Tafla 40: HHI stuðlar á mörkuðum fyrir innflutning og dreifingu á vítamínunum, bætiefnum og steinefnum, lífræna mat- og drykkjarvöru (einkum þurrvara, gos og djús) og heilsuvörur (mat og drykk)

	Fyrir	Eftir	Breyting
Vítamín, bætiefni og steinefni	1.777	1.859	82
Lífræn mat- og drykkjarvara	3.101	4.098	997
Heilsuvara (matur og drykkur)	2.472	3.938	1.466

Hvað varðar markaði fyrir innflutning- og dreifingu á heilsuvörum er ljóst að samþjöppun á þeim var mikil fyrir samrunann og hún eykst nokkuð við samrunann, sbr. framangreind viðmið um það hvenær hætta er á að samruni valdi alvarlegri röskun á samkeppni. Það er því frummat Samkeppniseftirlitsins að samruni þessi myndi í heild hafa verulega samþjöppun í för með sér á umræddum mörkuðum fyrir innflutning og dreifingu á lífrænum vörum og heilsuvörum.

7. Niðurstaða um markaðshlutdeild og samþjöppun

Í máli þessu er um ræða mikilvæga keppinauta í sölu á hreinlætis- og snyrtivörum. Staða samrunaaðila er í langflestum tilvikum mjög sterk fyrir og hún myndi eflast verulega ef samruninn næði fram að ganga. Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að þetta eigi við á nær öllum skilgreindum landsvæðum hvað varðar markaði fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum. Þá gefa niðurstöður útreikninga á HHI stuðla til kynna að samruni þessi myndi í heild hafa verulega samþjöppun í för með sér á þessum mörkuðum. Samruni slíkra öflugra keppinauta á samþjöppuðum mörkuðum er að öllu jöfnu til þess fallinn að raska samkeppni með alvarlegum hætti.

Þá er hlutdeild hins sameinaða fyrirtækis í smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum það há að hún gefur til kynna markaðsráðandi stöðu hins sameinaða fyrirtækis eða eftir atvikum styrkingu hennar. Á þetta við um alla skilgreinda framangreinda landfræðilega markaði.

Hvað varðar heildarmarkað fyrir vítamín, steinefni og bætiefni yrði hið sameinaða félag með sterka stöðu á höfuðborgarsvæðinu, Borgarbyggð, Snæfellsnesi, Norðanverðum Vestfjörðum, Akureyri og Eyjafjarðarsvæðinu, Austurlandi, Suðurlandi og Suðurnesjum. Sterk staða var fyrir á Norðurlandi vestra og á Norðausturlandi. Er hið sameinaða félag með hlutdeild á bilinu [35-40]% og [75-80]%. Hvað varðar lífrænar vörur og heilsuvörur, yrði hlutdeild samrunaaðila á landinu öllu [45-50]% í lífrænum mat- og drykkjarvörum en [35-40]% í mat- og drykkjarvörum í flokki heilsuvara. Ef aðeins er litið til höfuðborgarsvæðisins yrði hún [45-50]% á markaði fyrir lífrænar mat- og drykkjarvörur og [35-40]% á markaði fyrir heilsuvörur (mat og drykk). Á Akureyri og Eyjafjarðarsvæðinu væri hlutdeildin [55-60]% á markaði fyrir lífrænar mat- og drykkjarvörur og [75-80]% á markaði fyrir heilsuvörur. Þá gefa niðurstöður útreikninga á HHI stuðli til kynna að samruni þessi myndi í heild hafa verulega samþjöppun í för með sér á mörkuðum fyrir smásölu á

vítamínum, bætiefnum og steinefnum, lífænum mat- og drykkjarvörum og mat- og drykkjarvörkum í flokki heilsuvara.

Framangreindar upplýsingar veita sem fyrr segir ríkar vísbendingar um lárétt skaðleg einhliða áhrif samrunans á annars vegar mörkuðum fyrir hreinlætis- og snyrtivörur og hins vegar á mörkuðum fyrir vítamín, bætiefni og steinefni, lífænar mat- og drykkjarvörur og mat- og drykkjarvörur í flokki heilsuvara.

Hvað varðar lóðrétt- og/eða samsteypuáhrif samrunans má hafa hliðsjón af því að í lóðréttum leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar kemur fram að svo há markaðshlutdeild (sem samrunaaðilar öðlast í máli þessu) og HHI stuðull geti gefið vísbendingu um að samkeppnishömlur geti stafað af lóðréttum- og/eða samsteypusamrunum. Þær vísbendingar eru hins vegar ekki eins sterkar og þegar um er að ræða lárétta samruna, sbr. 23. mgr. og áfram.

Framangreint sýnir einnig að á tengdum markaði, dagvörumarkaði, hafa Hagar lengi haft yfirburðahlutdeild. Fjallað verður nánar um stöðu Haga á þeim markaði hér á eftir þar sem m.a. verður lagt mat á sjónarmið fyrirtækisins um áhrif Costco.

Þá er ljóst að Lyfja er stærsta lyfjaverslanakeðja landsins. Lyfja var með [30-35]% hlutdeild árið 2016 og [30-35]% hlutdeild árið 2015 á smásölumarkaðnum fyrir lyf, að meðtöldu afgreiðsluapóteki LSH. Næst þar á eftir kemur Lyf og heilsa með [25-30]% hlutdeild árið 2016 og [20-25]% hlut árið 2015.

8. Staða keppinauta og efnahagslegur styrkleiki

Við mat á áhrifum samruna getur efnahagslegur styrkleiki 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.“

Þá getur einnig haft þýðingu hver sé staða tengdra félaga, þ.e. fyrirtækja innan sömu fyrirtækjasamstæðu og hvort þau starfi á mörkuðum sem tengjast þeirri starfsemi sem er til skoðunar.²⁰¹

Í þessu samhengi telur Samkeppniseftirlitið að gagnlegt sé að bera saman fjárhagslegan styrkleika samrunafyrirtækjanna, þ.e. Haga og Lyfju, og annarra keppinauta sem starfa á sömu mörkuðum, þ.e. Festi, Samkaupa og Lyfja og heilsu. Verða hér bornar saman heildartekjur, heildareignir og eigið fé fyrirtækjanna samkvæmt ársreikningum þeirra fyrir árið 2015.

²⁰¹ Sjá t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 51/2007 *Samruni Reynimels ehf. og Kynniferða ehf.*, sbr. og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 22/2003.

Í ljósi sjónarmiða Haga um efnahagslegan styrkleika Costco í þessu sambandi, vísast um það til umfjöllunar hér síðar.

Tafla 41: Upplýsingar um heildartekjur, heildareignir og eigið fé samrunaaðila og helstu keppinauta samkvæmt ársreikningum fyrir árið 2016. Tölur eru í þúsundum kr.

Fyrirtæki	Heildartekjur	Heildareignir	Eigið fé
Hagar	[] ²⁰²	30.109.000	17.412.000
Lyfja	[] ²⁰³	6.041.000	3.171.000
Samtals samrunaaðilar	[]²⁰⁴	36.150.000	20.583.000
Festi	[] ²⁰⁵	39.285.000	15.160.000
Samkaup	[] ²⁰⁶	6.767.000	2.547.000
Lyf og heilsa ²⁰⁷	[] ²⁰⁸	3.483.813	794.736

Af upplýsingum sem fram koma í þessari töflu er ljóst að heildartekjur þeirra félaga sem standa að samrunanum voru rúmlega 89 milljarðar kr. árið 2016. Heildareignir voru rúmlega 36 milljarðar kr. í lok ársins og eigið fé rúmlega 20 milljarðar. Af framangreindu má sjá að heildartekjur Haga einar og sér voru meira en tvöfalt hærri en næststærsta fyrirtækið í þessum samanburði, sem er Festi.

Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samrunaaðilar búi yfir miklum fjárhagslegum og efnahagslegum styrkleika í samanburði við keppinauta sína m.v. framangreindar forsendur. Þegar fjárhagsleg staða samrunaaðila sem og tengdra félaga er virt í samhengi við markaðshlutdeild þeirra á skilgreindum mörkuðum kemur fram skýr vísending um yfirburðastöðu þeirra.

9. Önnur atriði sem tengjast mati á einhliða láréttum áhrifum samrunans

Hér að framan hefur verið fjallað um markaðshlutdeild samrunaaðila á einstökum mörkuðum og samþjöppun á mörkuðum málsins í kjölfar samrunans. Komist hefur verið að þeirri niðurstöðu að samrunaaðilar hafi afar sterka stöðu á skilgreindum mörkuðum málsins. Samruninn leiðir einnig eins og áður segir til töluverðrar samþjöppunar á einstökum mörkuðum. Loks er fjárhagslegur styrkleiki samrunaaðila umfram keppinauta almennt verulegur á skilgreindum mörkuðum þessa máls.

²⁰² Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰³ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁷ M.v. ársreikning 2015.

²⁰⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB vegna láréttra samruna kemur fram að þegar samkeppnisleg áhrif af samruna eru metin skipti há markaðshlutdeild samrunaaðila og samþjöppun á markaði töluverðu máli en aðrir þættir hafi einnig þýðingu. Eins og nefnt er hér að framan eru talin upp í dæmaskyni nokkur atriði sem gagnlegt er að kanna þegar möguleg skaðleg einhliða áhrif samruna eru metin:

- Samrunaaðilar séu nánir keppinautar.
- Takmörkuð geta viðskiptavina til að skipta um birgja.
- Keppinautar séu ólíklegir til að auka framboð ef verð hækkar.
- Hið sameinaða fyrirtæki sé líklegt til að geta hindrað stækkun keppinauta (e. merged entity able to hinder expansion by competitors).
- Samruninn veldur því að mikilvægur keppinautur hverfi af markaði.

Þessi atriði eru eins og áður segir aðeins talin upp í dæmaskyni og því ekki um tæmandi upptalningu að ræða á atriðum sem líta ber til. Þegar möguleiki samrunaaðila á að hindra virka samkeppni er metinn er litið til þessara atriða en þetta þýðir þó ekki að öll framangreind atriði verði að vera uppfyllt til að samruni teljist skaðlegur samkeppni, sbr. 26. mgr. leiðbeininganna.

Eins og áður hefur komið fram er markaðshlutdeild samrunaaðila í kjölfar samrunans há á öllum skilgreindum mörkuðum þessa máls. Til að mynda er hlutdeild þeirra í smásölu hreinlætis- og snyrtivara mjög sterk fyrir samrunann og myndi eflast verulega ef samruninn næði fram að ganga. Þá eru samrunaaðilar með margfalda hlutdeild á við þá hlutdeild sem næsti keppinautur hefur. Er sama staða fyrir hendi varðandi einstaka undirmarkaði fyrir heilsuvörur.

Er það því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að markaðshlutdeild samrunaaðila á þessum mörkuðum bendi til þess að samruninn muni hindra virka samkeppni á þeim, sbr. umfjöllun hér að framan um þýðingu markaðshlutdeildar í samkeppnisrétti. Til viðbótar ber að líta til þess að þegar samþjöppun eykst mikið í kjölfar samruna, eins og staðan er í þessu tilviki, aukast líkurnar á því að verðhækkanir samrunaaðila í kjölfar samruna verði arðbærar þrátt fyrir minni sölu, sbr. láréttu leiðbeiningarnar.

Við mat á því m.a. hvort Hagar og Lyfja séu nánir keppinautar hafa gögn sem urðu til við samrunann þýðingu. Í glærुकyningu Arctica Finance fyrir stjórn Haga, dags. 4. nóvember 2016, segir:

[

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að þessi gögn gefi til kynna að samrunaaðilar séu nánir keppinautar. Rætt er um „*talsverða skörun*“ á vöruframboði þeirra og að Lyfja standi frammi fyrir „*harðnandi samkeppni*“ frá m.a. verslunum Haga (stórmörkuðum). Þá gefi gögnin til kynna að Lyfja sé mikilvægur keppinautur, sbr. nánar hér á eftir. Hefur hér og þýðingu að lagt er til grundvallar í fyrrgreinda gagninu að eftir samrunann muni framlegð Haga aukast umtalsvert. Ekki kemur fram í gagninu að samkeppnislegt aðhald eftir samrunann muni leiða til þess að þessi ábati skili sér til neytenda.

Framangreint er í samræmi við rannsókn Samkeppniseftirlitsins í málinu. Samrunaaðilar starfa báðir, líkt og áður segir, á umræddum mörkuðum fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum, heildarmarkaði fyrir vítamín, steinefni og bætiefni, heildarmarkaði fyrir lífræna mat- og drykkjarvöru og heildarmarkaði fyrir mat- og drykkjarvörur í flokki heilsuvara. Samrunaaðilar selja báðir fjölbreytt úrval í framangreindum vöruflokkum og kaupa báðir flestar sínar vörur í þessum flokkum af innlendum heildsölum. Þá flytja fyrirtæki samrunaaðila inn og dreifa lífrænni matvöru (einkum þurrvöru, gosi og djúsum) til endursöluaðila. Hagar framleiða og flytja í gegnum Aðföng vörur undir vörumerkinu „Himneskt“ og dreifa í matvöruverslanir fyrirtækisins meðan Heilsa flytur inn og dreifir fjölmörgum vörumerkjum frá þekktum framleiðendum sem sérhæfa sig í lífrænni mat- og drykkjarvöru (einkum þurrvöru, gosi og djúsum).

Athugun Samkeppniseftirlitsins bendir því til þess að Hagar og Lyfja séu nánir keppinautar á ofangreindum smásöllumörkuðum.

Samrunaaðilar selja líkt og áður segir báðir almennar og „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur, sem keyptar eru af sömu innlendu heildsölunum. Aðrir aðilar sem selja hreinlætis- og snyrtivörur, s.s. dagvöruverslanir, selja fyrst og fremst almennar hreinlætis- og snyrtivörur, en fullnægja almennt ekki kröfum til að selja vörur í dýrari flokknum. Þá eru aðrar sérvorslanir oft með minna vöruúrval og/eða önnur vörumerki. Er því meiri staðganga á milli hreinlætis- og snyrtivara sem samrunaaðilar selja en við vörur keppinauta á smásöllumarkaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur. Er samruni þessara tveggja aðila því til þess fallinn að skerða samkeppni á markaðnum enn frekar.

Ljóst er að um fákeppnismarkað er að ræða, enda fáir aðilar starfandi á markaðnum sem selja hreinlætis- og snyrtivörur, bæði ódýrari og dýrari vörur, frá þekktum framleiðendum. Hafa viðskiptavinir samrunaaðila því takmarkaða möguleika á að snúa sér til annarra keppinauta.

Af svörum fyrirtækjanna við upplýsingabeiðnum Samkeppniseftirlitsins skv. 19. gr. samkeppnislaga er jafnframt ljóst að samrunaaðilar líta á hvorn annan [

²¹² Fellt út vegna trúnaðar.

] ²¹³ [

] ²¹⁴

Í könnun sem Samkeppniseftirlitið framkvæmdi voru keppinautar og heildsalar fyrirtækjanna beðnir um að meta það hverjir væru helstu keppinautar samrunaaðila í flokknum almennar hreinlætis- og snyrtivörur. Svör bárust frá 21 aðila. Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helstu keppinautar Hagkaupa voru Krónan (52%) og Lyfja (19%). Þau fyrirtæki sem svo voru oftast nefnd sem annar helsti keppinautar Hagkaupa voru Nettó (40%) og Krónan (20%).²¹⁵ Í tilfalli Lyfju voru þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helsti keppinautar Lyfju, Hagkaup (40%) annars vegar og Bónus (30%) hins vegar.²¹⁶ Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem annar helsti keppinautar Lyfju voru Krónan annars vegar (45%) og Lyf og heilsa (30%) hins vegar.²¹⁷ Í tilfalli Apóteksins voru þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helsti keppinautar þess Hagkaup (35%) annars vegar og Bónus (25%) hins vegar. Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem annar helsti keppinautar Apóteksins voru Krónan annars vegar (45%) og Lyf og heilsa (15%) og Bónus (15%) hins vegar.²¹⁸

Í sömu könnun voru keppinautar og heildsalar fyrirtækjanna beðnir um að meta það hverjir væru helstu keppinautar samrunaaðila í flokknum „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur. Svör bárust frá 21 aðila. Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helstu keppinautar Hagkaupa voru Krónan (48%) og Lyfja (19%). Þau fyrirtæki sem svo voru oftast nefnd sem annar helsti keppinautar Hagkaupa voru Nettó (42%) og Krónan (19%). Í tilfalli Lyfju voru þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helsti keppinautar Lyfju, Hagkaup (67%) annars vegar og Bónus (10%) hins vegar. Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem annar helsti keppinautar Lyfju voru Lyf og heilsa annars vegar (38%) og Krónan (29%) hins vegar. Í tilfalli Apóteksins voru þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helsti keppinautar þess Hagkaup (43%) annars vegar og Bónus (14%) og Lyfja (14%) hins vegar. Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem annar helsti keppinautar Apóteksins voru Krónan annars vegar (38%) og Lyf og heilsa (24%) hins vegar.

Af fyrirliggjandi gögnum er einnig ljóst að samrunaaðilar líta á hvorn annan sem nána keppinauta á heildarmarkaði fyrir smásölu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum, heildarmarkaði fyrir smásölu á lífrænni mat- og drykkjarvöru og heildarmarkaði fyrir smásölu á mat- og drykkjarvörur í flokki heilsuvara. [

²¹³ Fellt út vegna trúnaðar.

²¹⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

²¹⁵ 20 af 21 aðila svöruðu þessari spurningu.

²¹⁶ 20 af 21 aðila svöruðu þessari spurningu.

²¹⁷ 20 af 21 aðila svöruðu þessari spurningu.

²¹⁸ 20 af 21 aðila svöruðu þessari spurningu.

]219 [

]220

[

]221

Þetta styðja einnig niðurstöður neytendakönnunar MMR sem Lyfja lét framkvæma í febrúar 2016. Þar voru svarendur m.a. spurðir að því [

]222

Í könnun sem Samkeppniseftirlitið framkvæmdi voru keppinautar og heildsalar fyrirtækjanna beðnir um að meta það hverjir væru helstu keppinautar samrunaaðila í flokknum heilsuvörur – mat- og drykkjarvara. Bárust svör frá 18 aðilum. Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helstu keppinautar Hagkaupa voru Krónan (64%) og Bónus (18%).²²³ Þau fyrirtæki sem voru oftast nefnd sem annar helsti keppinautur Hagkaups voru Nettó (34%) og Krónan (25%).²²⁴ Í tilfelli Bónuss voru þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helsti keppinautur þess, Krónan (88%) annars vegar og Heilsuhúsið (6%) hins vegar.²²⁵ Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem annar helsti keppinautur Bónuss voru Nettó (88%) annars vegar og aðrar heilsuþúðir (6%) og Einarsþúð (6%) hins vegar. Í tilfelli Heilsuhússins voru þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helsti keppinautur Heilsuhússins Hagkaup (37,5%) annars vegar og Krónan (19%) hins vegar.²²⁶ Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem annar helsti keppinautur Heilsuhússins voru Krónan annars vegar (44%) og Bónus (12,5%) og Hagkaup (12,5%) hins vegar.²²⁷

Í sömu könnun voru keppinautar og heildsalar fyrirtækjanna beðnir um að meta það hverjir væru helstu keppinautar samrunaaðila í flokknum lífrænar vörur – mat- og drykkjarvara. Svör bárust frá 18 aðilum. Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helstu keppinautar Hagkaupa voru Krónan (67%) og Bónus (17%). Þau fyrirtæki sem svo voru oftast nefnd

²¹⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

²²⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

²²¹ Fellt út vegna trúnaðar.

²²² Fellt út vegna trúnaðar.

²²³ 17 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²²⁴ 16 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²²⁵ 17 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²²⁶ 16 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²²⁷ 16 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

sem annar helsti keppinautur Hagkaupa voru Nettó annars vegar (47%) og Krónan (12%) og Fjarðarkaup (12%) hins vegar.²²⁸ Í tilfelli Bónuss voru þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helsti keppinautur þess, Krónan (89%) annars vegar og Heilsuhúsið (6%) og aðrir stórmarkaðir (6%) hins vegar.²²⁹ Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem annar helsti keppinautur Bónuss voru Nettó (88%) annars vegar og aðrar heilsubúðir (6%) og Einarsbúð (6%) hins vegar.²³⁰ Í tilfelli Heilsuhússins voru þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helsti keppinautur Heilsuhússins Hagkaup (29%) annars vegar og Krónan (18%), Nettó (18%) og Bónus (18%) hins vegar.²³¹ Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem annar helsti keppinautur Heilsuhússins voru Krónan annars vegar (24%) og Hagkaup (23%) hins vegar.²³²

Í sömu könnun voru keppinautar og heildsalar fyrirtækjanna beðnir um að meta það hverjir væru helstu keppinautar samrunaaðila í flokknum fæðubótarefni. Samtals bárust 18 svör. Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helstu keppinautar Hagkaupa voru Krónan (64%) og Lyfja (18%).²³³ Þau fyrirtæki sem svo voru oftast nefnd sem annar helsti keppinautur Hagkaupa voru Nettó (44%) og Lyf og heilsa (13%).²³⁴ Í tilfelli Bónus voru þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helsti keppinautur Krónan (59%) annars vegar og Lyfja (24%) hins vegar.²³⁵ Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem annar helsti keppinautur Bónuss voru Nettó annars vegar (41%) og Lyf og heilsa (18%) hins vegar.²³⁶ Í tilfelli Heilsuhússins voru þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helsti keppinautur Heilsuhússins Hagkaup (29%) annars vegar og Krónan (18%) og Lyf og heilsa (18%) hins vegar.²³⁷ Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem annar helsti keppinautur Heilsuhússins voru Krónan annars vegar (24%) og Hagkaup (12%) hins vegar.²³⁸ Í tilfelli Lyfju voru þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helsti keppinautur Lyfju, Hagkaup (33%) annars vegar og Lyf og heilsa (22%) hins vegar. Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem annar helsti keppinautur Lyfju voru Krónan annars vegar (29%) og Lyf og Heilsa (24%) og Hagkaup (24%) hins vegar.²³⁹ Í tilfelli Apóteksins voru þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem helsti keppinautur þess, Hagkaup (22%) annars vegar og Lyfja (17%), Bónus (17%) og Apótekarinn (17%) hins vegar. Þau fyrirtæki sem oftast voru nefnd sem annar helsti keppinautur Apóteksins voru Krónan annars vegar (41%) og Lyf og Heilsa (24%) hins vegar.

Ein leið til þess að áætla það hversu miklar skorður samrunaaðilar setja á hegðun hvors annars, þ.e. hversu „*nánir*“ þeir eru, er að líta á svokallað tilfærsluhlutfall (e. diversion ratios), þar sem metið er hversu hátt hlutfall viðskiptavina samrunaaðila A myndu snúa sér til samrunaaðila B í kjölfar verðhækkunar hjá samrunaaðila A. Önnur leið til þess að áætla tilfærsluhlutfallið er að líta til þess hversu hátt hlutfall samrunaaðila A myndu snúa sér til samrunaaðila B ef samrunaaðili A hætti rekstri.²⁴⁰

²²⁸ 17 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²²⁹ 17 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²³⁰ 17 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²³¹ 17 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²³² 17 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²³³ 17 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²³⁴ 17 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²³⁵ 17 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²³⁶ 17 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²³⁷ 17 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²³⁸ 17 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²³⁹ 17 af 18 aðilum svöruðu þessari spurningu.

²⁴⁰ Sjá t.d. mgr. 29 í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB um lárétta samruna: „*When data are available, the degree of substitutability may be evaluated through customer preference surveys, analysis of purchasing patterns, estimation of the cross-price elasticities of the products involved, or diversion ratios.*”

Í netkönnun sem MMR framkvæmdi fyrir Samkeppniseftirlitið i tengslum við rannsókn þessa máls var spurning lögð fyrir svarendur í þeim tilgangi að reikna út tilfærsluhlutfall við sölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum.²⁴¹ Þegar horft er til þeirra valmöguleika sem til staðar eru fyrir þá sem búsettir eru á Íslandi og þurfa að nálgast „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur en geta ekki ferðast, eða eru ekki á ferðalagi á svipuðum tíma, er hlutfall þeirra sem myndu færa sig frá Hagkaupum til Lyfju 22,9-30,0% ($\pm 7,0-8,8\%$) og þeirra sem svara því til að þeir myndu fara frá Lyfju til Hagkaupa 37,0-42,0% ($\pm 21,6-23,5\%$).

Til þess að meta hversu miklar skorður keppinautar setja á hegðun hver annars getur, að mati Samkeppniseftirlitsins, verið gagnlegt að bera saman tilfærsluhlutfall viðskiptavina sem er reiknað m.v. markaðshlutdeild annars vegar og við hegðun neytenda hins vegar.²⁴² Það tilfærsluhlutfall sem fæst þegar miðað er við markaðshlutdeild byggir á þeirri forsendu að þeir viðskiptavinir sem yfirgefa fyrirtæki A færi sig yfir til annarra fyrirtækja á markaðnum í hlutfalli við markaðshlutdeild þeirra, þ.e. forsendan hér er því sú að allir keppinautar á markaðnum setji jafn miklar skorður á hegðun hvers annars m.v. markaðshlutdeild. Þar sem augljóst er að fyrirtæki á einstökum mörkuðum setja ekki nákvæmlega jafn miklar skorður á hegðun hvers annars er gagnlegt að líta til þess hver viðbrögð viðskiptavina yrðu ef tiltekið fyrirtæki hækkaði verð eða hætti starfsemi. Af þessari nálgun er því hægt að ráða að ef „raunverulegt“ tilfærsluhlutfall er hærra en tilfærsluhlutfall sem byggir á markaðshlutdeildartölum gefur það til kynna að þá megi álykta sem svo að um nána keppinauta sé að ræða.

Tafla 42: Tilfærsluhlutföll m.v. niðurstöðu könnunar MMR annars vegar og hins vegar markaðshlutdeild (byggt á tekjum).

	...til Hagkaupa		...til Lyfju	
	%	Vikmörk	%	Vikmörk
Frá Hagkaupum				
Könnun MMR			30,0%	$\pm 8,8\%$
M.v. markaðshlutdeild			[10-15]%	
Frá Lyfju				
Könnun MMR	42,0%	$\pm 20,0\%$		
M.v. markaðshlutdeild	[50-55]%			

Af niðurstöðum könnunar MMR má ráða að Lyfja er nánari keppinautur Haga en tilfærsluhlutfallið sem byggir á markaðshlutdeild gefur til kynna. Ef miðað er við tilfærsluhlutfallið sem byggir á markaðshlutdeild má sjá að tilfærsluhlutfallið frá Hagkaupum til Lyfju er [10-15]% meðan hlutfallið er 30% ef miðað er við könnun MMR. Vikmörkin eru 8,8% og er munurinn marktækur miðað við 5% vikmörk. Niðurstöðurnar benda því til þess að Lyfja sé nánari keppinautur Haga en tilfærsluhlutföll sem byggja á markaðshlutdeild fyrirtækisins gefur til kynna.

²⁴¹Spurningin var svohljóðandi: „Ef [aðalsnyrtivörusali] hætti rekstri, hvert yrði þitt næsta val á söluáðila fyrir þinni snyrtivörur?“ Aðalsnyrtivörusali var svo skilgreindur sá snyrtivörusali sem viðkomandi þátttakandi hafði verslað oftast við á sl. 12 mánuðum.

²⁴² Í þessu máli var framkvæmd neytendakönnun til þess að meta með hver hegðun viðskiptavina væri.

Í tilfalli tilfærsluhlutfallsins frá Lyfju til Hagkaupa er það minna þegar það er reiknað m.v. markaðshluteild en hlutdeildartölur úr könnun MMR. Munurinn er þó ómarktækur og því má álykta svo að Hagkaup sé ekki nánari keppinautur Lyfju en markaðshluteild fyrirtækisins, [50-55]%, gefur til kynna.

Með samrunanum eru Hagar því bæði að kaupa einn helsta keppinaut sinn á markaðnum fyrir smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum og stærstu sjálfstæðu sérvörslunina í heilsuvörum, með fjölbreytt úrval í vítamínum, bætiefnum og steinefnum, lífrænni mat- og drykkjarvöru og mat- og drykkjarvörum undir flokki heilsuvara. Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að í kjölfar samrunans muni draga töluvert úr samkeppni í sölu á þeim mörkuðum þar sem báðir samrunaaðilar starfa.

Eins og áður hefur verið getið er ein helsta ástæðan sem samrunaaðilar gefa fyrir samrunanum möguleg samlegðaráhrif vegna útvíkkunar á starfsemi Haga sem geti stutt við að öflugt félag myndist með fjölbreytt úrval matvæla og lyfja sem neytendur muni njóta góðs af. Breitt vöruframboð samrunaaðila á hins vegar, að mati Samkeppniseftirlitsins, eftir að auka verulega við markaðsstyrk þeirra á skilgreindum mörkuðum þessa máls, sem þegar var töluverður fyrir samrunann.

Líkt og áður hefur verið rakið eru samrunaaðilar með sterka stöðu á skilgreindum smásöluörkuðum þessa máls. Þá er töluverð skörun í vöruúrvali samrunaaðila, m.a. á sviði dagvöru-, hreinlætis- og snyrtivöru, vítamínum, bætiefnum og steinefnum, lífrænum mat- og drykkjarvörum og mat- og drykkjarvörum í flokki heilsuvara. Kaupa samrunaaðilar stóran hluta þessara vara af sömu innlendu heildsölunum. Ljóst er að sterk staða samrunaaðila á smásölustigi í þessum vöruflokkum mun aukast enn frekar við samrunann. Samhliða mun kaupendastyrkur samrunaaðila gagnvart innlendum heildsölum á þessum mörkuðum aukast. Sem dæmi má nefna stöðu Haga gagnvart birgjum á alhliða hreinlætis- og snyrtivörumarkaði sem var sterk fyrir samrunann og mun styrkjast enn frekar við samrunann, en viðskipti samrunaaðila munu eftir samrunann nema samanlagt um []%²⁴³ af veltu margra innlendra heildsala í hreinlætis- og snyrtivörum á landinu og eru þeir því ljóslega verulega háðir viðskiptum við samrunaaðila.²⁴⁴

²⁴³ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁴⁴ Sjá ákvörðun framkvæmdasatjónnar ESB í máli Rewe/Meinl nr. M.1221, mgr. 71-117, en þar segir: „The exercise of buyer power which lead to the securing of a more favourable purchase deal is not to be considered per se detrimental to the economy as a whole. Especially where the supplier side is itself highly concentrated and powerful, buyers are faced with effective competition in their own selling market and hence are compelled to pass on any savings to their own customers, buyer power can prevent monopoly or oligopoly profits from being earned on the supply side. However, if the powerful buyer himself occupies in his selling market a strong position which is no longer kept sufficiently in check by the competition, any saving can no longer be expected to be passed on to customers. In the retail trade there is a close interdependence between the distribution market and the procurement market. Retailers' shares of the distribution market determine their procurement volume: the bigger the retailer's share of the distribution market, the larger the procurement volume. And the larger the procurement volume, the more favourable as a rule are the buying conditions which the trader obtains from his suppliers. Favourable buying conditions can in turn be used in various ways to improve one's position in the distribution market (sometimes through internal or external growth, but also through low-price strategies targeted at competitors). The improved position in the distribution market is itself reflected in a further improvement in buying conditions, and so on. The spiral described above leads to ever-higher concentration both in distribution markets and in procurement markets. In the short term, final consumers may benefit from the process, as there may be a period of intense (predatory) competition in the distribution market during which the powerful buyer/trader is forced to pass on his savings to consumers. But this will last only until such time as a structure (in this case, an individual dominant position) is arrived at in the distribution market which lead to a clear reduction in competitive intensity. At this stage, any consideration for the final consumer goes by the board, as he is left with few alternatives.“

Þá eru sumir innlendir heildsalar bæði heildsalar ýmissa dagvara og lyfja. Sú staðreynd að hið sameinaða fyrirtæki verður með sterka stöðu á markaði fyrir smásölu á dagvöru getur þannig aukið innkaupastyrk, og þar með markaðsstyrk þess, á öðrum skilgreindum mörkuðum, og öfugt. Hafi heildsali átt mikið undir vegna viðskipta við Haga með dagvörur fyrir samrunann er hann í veikari stöðu eftir samrunann hafi hann átt á mikið undir í enn fleiri vöruflokkum. Getur þessi sterka staða samrunaaðila jafnframt falið í sér aðgangshindranir fyrir ný og smærri fyrirtæki inn á viðkomandi smásölumarkaði sem ekki geta náð sambærilegum samningsskilmálum og samrunaaðilar, sbr. nánari umfjöllun um aðgangshindranir hér á eftir. Eiga þessi sjónarmið við um alla vörumarkaði málsins, en þó einkum og sér í lagi um hreinlætis- og snyrtivörur þar sem töluverðar aðgangshindranir virðast vera fyrir hendi, sbr. umfjöllun um aðgangshindranir hér á eftir.

Í þessu sambandi athugast það einnig að samrunaaðilar eru báðir lóðrétt samþætt fyrirtæki (e. vertical integration).²⁴⁵ Líkt og áður segir er Heilsa, dótturfélag Lyfju, meðal helstu fyrirtækja í innflutningi og dreifingu á heilsusamlegum og lífrænt ræktuðum matvörum (einkum þurrvöru og drykkjarvörum, s.s. gos og djús), vítamínum, steinefnum og bætiefnum, almennum og lífrænum snyrtivörum, vistvænum hreingerningurvörum og almennri apóteksvöru. Heilsa selur umræddar vörur bæði til Lyfju, sem og helstu matvöruverslana, þ. á m. verslana Haga, heilsubúða og apóteka. Þá hafa samkeppnisyfirvöld í fyrri ákvörðunum fjallað um lóðréttu samþættingu Haga og áhrif hennar á stöðu Haga á markaðnum. Birgða- og dreifingarhúsið Aðföng sér um innkaup, birgðahald og dreifingu í matvöruverslanir Haga (þ.e. Hagkaup og Bónus) og í einhverjum tilfellum í fleiri verslanir. Þá sjá Aðföng um og framleiða lífrænar mat- og drykkjarvörur undir vörumerkinu Himneskt sem selt er í matvöruverslunum Haga og Gló. Aðföng eru, að sögn fyrirtækisins, stærsta og fullkornasta birgða- og dreifingarstöð landsins.²⁴⁶ Var það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í áðurnefndri ákvörðun nr. 64/2008, *Misnotkun Haga hf. á markaðsráðandi stöðu sinni á matvörumarkaði*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2009 og dóm Hæstaréttar í máli nr. 188/2010, að birgðahús Aðfanga hefði styrkt stöðu Haga á markaðnum á rannsóknartímabilinu. Hagar reka einnig fyrirtækin Banana og Ferskar kjötvörur. Bananar eru einn stærsti dreifingaraðilinn í ferskum ávöxtum og grænmeti á Íslandi, m.a. lífrænum ávöxtum og grænmeti. Bananar sjá bæði um innflutning og heildsöludreifingu á ávöxtum og grænmeti en Ferskar kjötvörur sjá um vinnslu og sölu á fersku kjöti og reka meðal annars kjötborðin í Hagkaupsverslunum auk þess að stunda viðskipti við fjölmargar aðrar verslanir og veitingahús.²⁴⁷

²⁴⁵ Með lóðréttu samþættu fyrirtæki er átt við það þegar fyrirtæki starfar á fleiri en einu framleiðslu- og sölustigi vöru eða þjónustu. Dæmi um lóðréttu samþættingu er þegar fyrirtæki í heildsöludreifingu stundar einnig smásöluverslun. Lóðréttu samþætting getur veitt þeim fyrirtækjum sem yfir henni búa talsvert samkeppnisforskot og um leið falið í sér aðgangshindranir fyrir nýja keppinauta. Þannig felur lóðréttu samþætting t.d. í sér lægri viðskiptakostnað (ekki þörf á gerð viðskiptasamninga við fyrirtæki á öðru sölustigi) og öryggi við öflun á aðföngum og/eða sölu á afurðum. Sjá skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 – *Óflug uppbygging og opnun markaða á eftirfarandi slóð*:

http://www.samkeppni.is/media/skyrslur/ymsar_skyrslur/oflug_oppbygging_opnun_markada_og_efling_atvinn_ustarfsemi.pdf

²⁴⁶ Sjá <https://www.adfong.is/> (sótt 21. apríl 2017)

²⁴⁷ Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 38/2002, *Samningur Baugs Group hf. og Eignarhaldsfélagsins Fengs hf. um stofnun á félagi um rekstur Ávaxtahússins ehf. og Banana ehf.*, kom fram það mat samkeppnisráðs að samruninn (sem fólst í því að Baugur, sem fyrir átti helmingshlut í Ávaxtahúsinu, eignaðist helmingshlut í Bönunum) væri „til þess fallinn að styrkja stöðu samrunaaðila á þeim mörkuðum sem þeir starfa, stöðu sem þegar var mjög styrk.“ Að mati Samkeppniseftirlitsins átti þessi fullyrðing við á rannsóknartímabilinu þar sem aðstæður höfðu ekki breyst í veigamiklum atriðum síðan ákvörðunin var tekin. Hagar eiga auk þeirra fyrirtækja sem hér hafa verið nefnd Hýsingu, sem er fyrirtæki sem rekur 11.000 fm² sérvörulager fyrir verslanir Haga, auk fleiri viðskiptavina, auk þess að sjá um tollafgreiðslu, birgðahald og afgreiðslu, vörumerkingar og hvað annað sem þarf til að gera vörur söluhæfar.

Lóðrétt samþætting getur veitt þeim fyrirtækjum sem yfir henni búa talsvert samkeppnisforskot og um leið falið í sér aðgangshindrun fyrir nýja keppinauta eða hindrað möguleika þeirra til að auka umsvif sín á markaðnum. Aðgangshindranir vegna lóðrétrar samþættingar geta komið fram á mismunandi sölustigum sem fyrirtækið starfar á og skiptir miklu máli hver staða þess er á hverju sölustigi/markaði. Sem dæmi má nefna að ef fyrirtæki er með yfirburðastöðu á markaði fyrir heildsöluþreifingu á tiltekinni vöru og starfar auk þess við smásölu gæti það hindrað innkomu annarra aðila á smásölumarkaðinn með því að beita sölusynjun á heildsölustiginu. Á sama hátt gæti fyrirtæki með yfirburðastöðu á smásölustigi hindrað innkomu keppinauta á heildsölustigi með því að neita að kaupa af þeim vörur.²⁴⁸

Í tilvikum fyrirtækja samrunaaðila er um að ræða lóðréttu samþættingu þar sem fyrirtækin starfa á mismunandi stigi aðfangakeðjunnar (þ.e. vöruhús, birgjar og smásöluverslanir). Ljóst er að með samrunanum mun umfang lóðrétrar samþættingar hins sameinaða fyrirtækis aukast enn frekar með tilheyrandi samkeppnisforskoti og mögulegri aðgangshindrun fyrir nýja keppinauta eða smærri keppinauta til að auka umsvif sín.

Loks verður að ítreka að hið yfirtekna fyrirtæki er mikilvægur keppinautur á þeim mörkuðum sem það starfar á. Úr sölukynningu Virðingar kemur fram að Lyfja sé:

[„

”²⁴⁹

Einnig er í sölukynningunni talað um verulega [

²⁴⁸ Sjá skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 *Öflug uppbygging – opnun markaða*.

²⁴⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

Ef af samrunanum verður mun Lyfja hverfa af viðkomandi mörkuðum í þeirri mynd sem það var áður sem sjálfstæður keppinautur. Mun sú staðreynd draga úr samkeppnislegu aðhaldi á þeim mörkuðum og mögulega leiða til verðhækkana eða annarra takmarkana.

Þegar framangreint er virt, auk upplýsinga um markaðshlutdeild og samþjöppun eftir samrunann, er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að hið sameinaða fyrirtæki yrði í markaðsráðandi stöðu á smásöllumörkuðum fyrir hreinlætis- og snyrtivöru og heilsuvöru. Að sama skapi er ljóst að samruninn myndi leiða til umtalsverðrar röskunar á samkeppni, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga, sbr. einnig fyrri umfjöllun. Eins og fram kemur hér á eftir er um að ræða aðgangshindranir fyrir nýja keppinauta á skilgreindum mörkuðum málsins og verður lítill kaupendastyrkur fyrir hendi af þeirra hálfu, sbr. nánari umfjöllun í eftirfarandi köflum.

10. Möguleg samkeppni og aðgangshindranir að markaðnum

Í samrunamálum verður að taka til athugunar hvort líklegt sé að nýir keppinautar hefji samkeppni á viðkomandi markaði í þeim mæli að þeir geti veitt fullnægjandi aðhald. Í því sambandi verður m.a. að meta hvort um sé að ræða aðgangshindranir inn á markað og takmarkaða möguleika nýrra keppinauta á að hasla sér þar völl, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Aðgangshindranir eru hvers konar hindranir sem gera nýjum keppinauti erfitt fyrir að komast inn á viðkomandi markað. Þessar hindranir geta t.d. verið af lagalegum toga, þær geta falist í nauðsyn þess að ná lágmarks stærð svo rekstur verði hagkvæmur og í miklum óendurkræfum kostnaði ef innkoma á markaðinn misheppnast. Dæmi um slíkan kostnað er kostnaður við markaðssetningu og kostnaður við rannsóknir og þróun. Mikilvægt er að hafa í huga að álitamálið er ekki hvort nýr aðili geti hafið starfsemi á viðkomandi markaði. Álitamálið er hversu líklegt sé að inn á markaðinn komi burðugur keppinautur sem sé fær um að veita viðkomandi fyrirtæki nægjanlega virka samkeppni þannig að dregið sé verulega úr markaðsstyrk þess.²⁵¹

10.1 Sjónarmið samrunaaðila

Í samrunaskrá er fjallað um skilyrði eftirspurnar og aðgang að markaði. Þar kemur fram það mat samrunaaðila að um óverulegar aðgangshindranir sé að ræða að þeim mörkuðum sem samruninn hefur áhrif á, fyrir utan lagalegar hindranir varðandi lyfjamarkað. Að auki takmarkist markaðirnir ekki af einkaleyfum eða öðrum hugverkaréttindum.

Þá hafi nokkrir nýir keppinautar náð að hasla sér völl á smásöllumarkaði fyrir dagvörur á síðastliðnum fimm árum. Beri þar fyrst að telja fjórðu verslanasamstæðuna, þ.e. 10-11/Iceland. Einnig megi nefna Kost, sem reki verslun í Kópavogi og Víði, sem reki þrjár verslanir á höfuðborgarsvæðinu. Þá er vísað til þess að í skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2015 segi m.a. „að þessi þróun undanfarinna ára sé vísbending um aukna samkeppni og fjölbreytni, almenningi til hagsbóta.“

²⁵⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁵¹ Sjá t.d. C.J. Cook og C.S. Kerse, EC Merger Control, 5. útg. 2009, bls. 247 og áfram.

Varðandi markað fyrir smásölu lyfja megi nefna að svokölluð sjálfstæð apótek hafi verið 11 talsins í skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2011, en hafði fjölgað í 16 árið 2016 samkvæmt ákvörðun eftirlitsins nr. 8/2016. Apótekin sem bæst hafi við séu a.m.k. Lyfsalinn Glæsibæ, Urðarapótek, Hraunbergsapótek, Farmasía, Apótek Mosfellsbæjar og e.t.v. fleiri.

Þá hafi margir nýir aðilar á síðustu fimm árum ýmist hafið sölu á lífrænum matvörum, vítamínum og bætiefnum eða aukið verulega áherslu á slíkar vörur. Sem dæmi er nefnt að Gló hafi opnað sérverslun með slíkar vörur og að Krónan og Nettó hafi aukið mjög áherslur á heilsuvörur undanfarna mánuði og ár. Sama megi segja um Fjarðarkaup sem hafi verið með deild innan verslunar sinnar sem kölluð sé „Fræið“ og hafi stöðugt aukið vöruúrval sitt á undanförunum árum. Einnig hafi Heilsuver á Suðurlandsbraut opnað fyrir nokkrum árum (hluti af Lyfjaveri). Þá sé nýleg verslun í Glæsibæ, Uppskeran, sem selji heilnæmar vörur, svo dæmi séu nefnd.

Margar nýjar snyrtivöruverslanir hafi sprottið upp á síðustu árum og einkennist markaðurinn af mörgum smásölum, sem fyrr segir. Af nýjum aðilum á markaði megi nefna Beautybar, sem reki bæði verslanir og netverslun, og Fotia, sem starfi á sama hátt. Þá hafi samrunaaðilar bent á að velta erlendis í hreinlætis- og snyrtivörum hafi aukist á síðustu misserum, sem og netverslun. Að mati samrunaaðila virðast ekki síst yngri aldurshópar hafa aukið kaup sín á snyrtivörum í útlöndum og vera óhræddari við að kaupa snyrtivöru í vefverslunum, bæði erlendum og innlendum.

10.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Við mat á samruna gefa tölur um markaðshlutdeild samrunaaðila í samanburði við markaðshlutdeild keppinauta ekki einu vísbendinguna um áhrif sameinaðs fyrirtækis á markaði. Framkvæmdastjórn ESB hefur bent á að líta verði til þess með hvaða hætti samrunaaðilar komi til með að mæta mögulegri samkeppni eftir samruna. Þar er ekki einungis litið til innkomu nýrra fyrirtækja á viðkomandi markað heldur einnig aukna samkeppni frá aðilum sem þegar eru starfandi á markaði. Við mat á samruna verður því að taka til athugunar hvaða líkur séu á því að nýir aðilar reyni að ná fótfestu á markaðnum hækki samrunaaðilar verð eða minnki gæði í kjölfar samrunans og hvort um sé að ræða aðgangshindranir inn á viðkomandi markað.²⁵² Hér er hins vegar mikilvægt að hafa í huga að álitamálið er ekki hvort nýr aðili *geti* hafið starfsemi á viðkomandi markaði. Álitamálið er hversu líklegt sé að inn á markaðinn komi *burðugur* keppinautur sem reynist fær um að veita samrunafyrirtækinu nægilega virka samkeppni þannig að dregið verði úr markaðsstyrk þess eða skaðlegum áhrifum þess á samkeppni.²⁵³

²⁵² Sjá til hliðsjónar ákvörðun samkeppnisráðs nr. 29/2001, *Yfirtaka Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Lýsis hf. á Fóðurlöndunni hf.*, og Richard Wish, *Competition Law*, bls. 925.

²⁵³ Sjá hér t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. M.190 Nestle/Perrier: „To address the question of potential competition it needs to be examined whether there exists competitively meaningful and effective entry that could and would be likely to take place so that such entry would be capable of constraining the market power of the two remaining national suppliers. The question is not whether new local water suppliers or foreign firms can merely enter by producing and selling bottled water but whether they are likely to enter and whether they would enter on a volume and price basis which would quickly and effectively constrain a price increase or prevent the maintenance of a supracompetitive price. The entry would have to occur within a time period short enough to deter the company(ies) concerned from exploiting their market power.“

Gera verður þá kröfu að verulegar líkur séu á að nýr og öflugur keppinautur komi inn á markaðinn innan skamms tíma. Í því sambandi skiptir máli að sýnt sé fram á að innkoma nýs keppinautar sé arðvænleg fyrir hann miðað við það verð sem gildi á markaðnum áður en til samruna kom.²⁵⁴ Í þessu sambandi verður meðal annars að athuga hvort möguleikar nýrra keppinauta á að hasla sér völl á markaðnum takmarkist af lagalegum eða tæknilegum hindrunum eða stöðu þeirra fyrirtækja sem þegar eru á markaðnum, sbr. láréttu leiðbeiningar framkvæmdastjórnarinnar.

Vissir markaðir einkennast mjög af mikilli og auðveldri innkomu og útgöngu af markaðnum. Jafnan sveiflast þessir markaðir verulega í samræmi við hagsveifluna eða aðra þætti. Í því felst að þátttakendum á markaðnum fjölgar verulega þegar vel árar en þeim fækkar þegar illa árar. Til þess að innkoma og útganga af markaði sé hindrunarlaus er meðal annars nauðsynlegt að regluverk sé einfalt og að ekki þurfi að kosta miklu til í því skyni að fara inn á markað. Í þessu samhengi skiptir máli að mögulegt sé að selja rekstrarfjármunina við útgöngu. Jafnframt þurfa skammtímasamningar að vera ráðandi til þess að mögulegt sé að hætta rekstri hvenær sem er. Þá myndi sveiflubundin eftirspurn ýta undir það að seljendur komi inn og fari út af markaði í miklum mæli.

Í þessu sambandi er rétt að geta þess aðgangshindranir inn á almennan smásöllumarkað geta verið þó nokkrar bæði fyrir nýja og smærri aðila til að auka umsvif sín vegna forskots aðila sem fyrir eru á markaðnum. Þær geta sem dæmi falið í sér skort á landsvæði undir verslanir þar sem „bestu“ staðsetningar hafa þegar verið teknar undir verslanir fyrirtækja sem fyrir eru á markaðnum. Þá kann innkoma nýrrar verslunar að krefjast breytinga á gildandi deiliskipulagi sveitarfélaga o.s.frv. Aðgangshindranir geta einnig falist í einkakaupasamningum smásala við heildsala eða viðskiptavild smásala þar sem viðskiptavinir leita til smásala sem þeir þekkja og treysta, einkum ef smásalar eru jafnvel með sín eigin vörumerki.

Það eitt að sjálfstæðar verslanir hafi hafið starfsemi á skilgreindum smásöllumörkuðum þessa máls þýðir ekki að litlar aðgangshindranir séu fyrir hendi á skilgreindum markaði. Í þessu sambandi skiptir mestu máli að taka til skoðunar líkt og áður segir hvort mögulegt og líklegt sé að inn á markaðinn komi tímanlega nýr og burðugur keppinautur sem geti dregið verulega úr markaðsstyrk hins sameinaða fyrirtækis. Þá geta aðgangshindranir falist í aðgangi að heildsöllum, en nýir og smærri aðilar þurfa að treysta á að fá aðgang að mikilvægu vöruframboði innlendra heildsala í umræddum vörflokkum. Þeir síðarnefndu sem geta einnig verið stærstu heildsalar stærri smásala á viðkomandi markaði. Viðkomandi heildsalar þurfa að hafa bolmagn til að taka við þessari umfram eftirspurn og mikilvægt er að þeir ákveði ekki að selja ekki keppinautum helstu viðskiptavina sinna af hættu við að missa viðskipti við þá. Má ætla að heildsalar sjái einnig hvata í að eiga í viðskiptum við stærstu smásalana þar sem það tryggir þeim mesta sölu. Að sama skapi kunna þeir að vera tilbúnir að bjóða þeim hagkvæmari viðskiptakjör til að tryggja viðskiptin. Þetta, líkt og áður hefur verið bent á, getur haft í för sér að að stærri aðilar séu í aðstöðu til þess að

²⁵⁴ Sjá t.d. Areeda og Hovenkamp, Antitrust Law Vol. IIA, bls. 74: „If pre-merger and presumably more competitive prices are not profitable to entrants, entry cannot force higher post-merger prices back to the pre-restraint level. Indeed, entry that is not likely to be profitable at the post-entry price will not be made.“

lækka smásöluverð sitt, og þeir þannig aukið markaðshlutdeild sína, sem aftur eykur enn á kaupendastyrk þeirra og hvata heildsala til að eiga viðskipti við þá.²⁵⁵

Við mat á því hvort um aðgangshindranir sé að ræða skiptir máli hvort markaðsráðandi fyrirtæki hafi um langt skeið haft verulega háa hlutdeild á skilgreindum mörkuðum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að Hagar hafa um langt skeið verið með mikla hlutdeild á dagvörumarkaði og bendir rannsókn Samkeppniseftirlitsins í þessu máli til þess að sú staða hafi lítið breyst. Þá hefur Samkeppniseftirlitið í fyrri ákvörðunum komist að þeirri niðurstöðu að aðgangshindranir inn á dagvörumarkaðinn séu töluverðar, einkum vegna stærðar Haga og styrkleika félagsins á markaðnum, lóðréttrar samþættingar og verulegs hagræðis sem skapast í innkaupum félagsins vegna eignarhalds þess á Aðföngum. Geri þetta öðrum aðilum erfitt um vik að ná fótfestu á markaðnum eða efla stöðu sína þar. Samkeppniseftirlitið telur þessi sjónarmið enn eiga við og á sömu forsendum megi byggja á því að sömu aðgangshindranir eigi við um hreinlætis- og snyrtivörumarkaðina og heilsuvörumarkaðina.

Sem fyrr segir eru Festi og Samkaup helstu keppinautar Haga og í raun einu fyrirtækin sem raunverulega eru í stakk búin til að veita Högum eitthvert samkeppnislegt aðhald.²⁵⁶ Hlutdeild þessara fyrirtækja er þó lítil í samanburði við sterka stöðu Haga, sbr. umfjöllun hér að framan.

Í samrunaskrá kemur fram sú afstaða samrunaaðila að stærðarhagkvæmni skipti vissulega máli í rekstri fyrirtækja á þeim mörkuðum sem samruninn hefur áhrif á, enda sé nokkur fastur kostnaður sem fylgi rekstri slíkra félaga. Aukin viðskipti geti og hafi skilað stærðarhagkvæmni, sem geri fyrirtækjum á þeim mörkuðum sem um ræðir mögulegt að selja vörur á lægra verði. Stærðarhagkvæmni komi fram í lægri innkaupakostnaði og hagstæðari kostnaðarhlutföllum. Það á m.a. við um launakostnað, húsnæðiskostnað, vörudreifingu, sölukostnað og stjórnun. Stærðarhagkvæmni leiði því almennt til lægra vöruverðs til viðskiptavina og betri nýtingar framleiðsluþátta.

Líkt og rakið var hér að framan getur stærðarhagkvæmni og aukinn innkaupastyrkur einnig (í þeim tilvikum þegar fyrirtæki er með mikinn markaðsstyrk eða markaðsráðandi) falið í sér aðgangshindrun fyrir nýja keppinauta sem ekki eru í aðstöðu til að fá sambærileg kjör.

Í þessu sambandi athugast það einnig að fyrirtæki búa við breiddarhagkvæmni (e. economies of scope) þegar þau geta lækkað kostnað vegna skilvirkni sem verður við það að framleiða, dreifa og selja tvær eða fleiri vörutegundir í stað einnar. Þessi hagkvæmni getur t.d. falið í samnýtingu á aðföngum og framleiðslutækjum, og þannig leitt til lægra vöruverðs til viðskiptavina. Þegar fyrirtæki sem fyrir eru á markaðnum búa við

²⁵⁵ Sjá hér Background paper by the OECD Secretariat frá 23-24. september 2015, *LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM Session I - Structural Issues in the Groceries Sector: Merger and Regulatory Issues* -- -- bls. 23, en þar segir: „For example, it could be that a set of incumbent retailers possess an important set of first-mover advantages that then become obstacles to other players to enter or expand in the sector, serving to ossify the market structure. Such barriers to entry and barriers to mobility emanating from incumbency advantages could come from a number of sources but typically might relate to (i) land – with all the best retail store sites having already been taken by incumbents (especially when there is a rigid planning system); (ii) supply chains – with all the best suppliers secured on an exclusive basis by incumbents; and (iii) consumer loyalty – with consumers familiar with and trusting established retail brands (and perhaps even retailers’ own goods when store brands and private label, and not just manufacturer brands, are important to consumers).”

²⁵⁶ Um áhrif af innkomu Costco á skilgreinda markaði þessa máls verður fjallað í kafla 11.

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.²⁵⁷

Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að í fjölþættri þjónustu samstæðna beggja samrunaaðila felist bæði stærðar- og breiddarhagkvæmni. Sérstaklega á þetta við um smásölumarkaðinn en þar eru samrunaaðilar jafnframt í aðstöðu til að auka innkaupastyrk sinn auk þess að geta þjónað mörgum landfræðilegum mörkuðum með meiri hagræðingu en aðrir minni keppinautar.

Í þessu sambandi ber að geta þess að samrunaaðilar reka báðir fjölda verslana undir merkjum verslanakeðja sinna á landinu öllu. Hagar voru fyrir samrunann stærsti smásali landsins og rekur félagið samkvæmt upplýsingum í samrunaskrá samtals 52 verslanir innan fimm smásölufyrirtækja og fjögur vöruhús. Þá rekur Lyfja samkvæmt upplýsingum í samrunaskrá samtals 39 apótek, útibú og verslanir, auk lyfjaskömmtnunar, um landið allt undir merkjum Lyfju, Apóteksins og Heilsuhússins. Ljóst er að mikil verðmæti og hagræði felst í staðsetningum verslana samrunaaðila um landið allt í samanburði við smærri aðila á viðkomandi mörkuðum. Vísast hér einnig til umfjöllunar í framangreindum glærुकyningum Arctica og Virðingar.

Þá eru samrunaaðilar báðir með sterka stöðu á smásölumarkaði hvor á sínu sviði. Báðir samrunaaðilar kaupa jafnframt flestar vörur sínar frá innlendum heildsölum. Líkt og áður hefur verið rakið hafa samrunaaðilar í krafti stærðar sinnar nú þegar fyrir samrunann meiri kaupendastyrk og getu til að ná hagkvæmari innkaupum á vörum frá birgjum á viðkomandi smásölumörkuðum en smærri keppinautar. Benda viðræður Samkeppniseftirlitsins við aðila á markaðnum til þess að Hagar njóti nú þegar mun hagstæðari kjara en aðrir smásalar t.a.m. á hreinlætis- og snyrtivörumarkaðinum. Mun þessi staða samrunaaðila styrkjast enn frekar eftir samrunann.

Aukin stærðar- og breiddarhagkvæmni hins sameinaða félags ætti að öllu jöfnu að leiða til arðbærari rekstrar en hjá smærri keppinautum. Af þeim sökum eiga smærri aðilar á markaðnum erfiðara með að keppa við þá stærri á grundvelli verðs og þjónustu. Þetta skapar samrunaaðilum enn frekara forskot gagnvart keppinautum sínum og vinnur gegn innkomu nýrra keppinauta.

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, framleiðslutækjum og þekkingu. Vart þarf að fjölýrða um að verslanakeðjur líkt og samrunaaðilar reka báðir njóta hagræðis í samanburði við smærri aðila á viðkomandi mörkuðum varðandi atriði eins og markaðssetningu (auglýsingar), samnýtingu starfsfólks og innkaup, svo eitthvað sé nefnt.

Af framangreindu er ljóst að fyrirtæki samrunaaðila njóta nú þegar bæði stærðar- og breiddarhagkvæmnis í rekstri umfram minni keppinauta sem mun aukast enn frekar við

²⁵⁷ Sjá Skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 *Öflug uppbygging – opnun markaða*.

samrunann. Þá hafa verslanir beggja samrunaaðila forskot á nýja aðila á grundvelli þess að um þekkt vörumerki er að ræða með jákvæða ímynd í augum neytenda.

Í tengslum við mat á aðgangshindrunum hefur einnig verið talið rétt að líta til hegðunar fyrirtækja á markaði í tengslum við möguleg viðbrögð þeirra við innkomu nýrra aðila á markaði. Við þetta má enn fremur bæta að ekki verður framhjá því litið að Hagar hafa misnotað markaðsráðandi stöðu sína í andstöðu við bannreglur samkeppnislaga á dagvörumarkaði, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008, *Misnotkun Haga hf. á markaðsráðandi stöðu sinni á matvörumarkaði*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2009 og dóm Hæstaréttar í máli nr. 188/2010.

Varðandi aðgangshindranir skal áréttað að álitamálið er ekki hvort nýr aðili *geti* hafið starfsemi á viðkomandi markaði heldur hversu líklegt sé að inn á markaðinn komi burðugur keppinautur sem er fær um að veita viðkomandi fyrirtæki nægjanlega virka samkeppni þannig að dregið sé verulega úr markaðsstyrk þess, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2007, *Erindi Iceland Express ehf. vegna verðlagningar Icelandair ehf. á fargjöldum til Kaupmannahafnar og London*. Það eitt að sjálfstæðar smærri sérverslanir hafi hafið starfsemi við sölu á hreinlætis- og snyrtivörum með eigin innflutningi á ákveðnum vörumerkjum þýðir ekki að aðgangshindranir séu ekki inn á markaðinn fyrir sölu hreinlætis- og snyrtivara, hvorki í þengri né víðari merkingu hans.

Af framkomnum upplýsingum frá aðilum á markaðnum, m.a. frá Högum sjálfum, er ljóst að mörg alþjóðleg snyrtivörumerki setja miklar og strangar kröfur varðandi umgjörð vara hjá endanlegum söluaðila þeirra til neytenda. Í þessu sambandi hafa m.a. verið nefndar kröfur varðandi útlit og umgjörð verslunarinnar sjálfrar, staðsetningu hennar, hönnun og innréttingar, hvaða aðrar vörur verslun selur, útlit og hönnun snyrtivörudeildar innan viðkomandi verslunar, þekkingu starfsfólks, framsetningu og framboð vörunnar, rými og staðsetningu innan verslunarinnar. Þá kemur fram í athugasemdum Haga við umsagnir sem bárust um samrunann að birgðabinding í „sér“ snyrtivörum sé mikil þar sem varan sé oft dýr og veltuhraði ekki mikill.

Í viðræðum við aðila á markaðnum hefur m.a. verið bent á að dagvöruverslanir, s.s. lágvöruverðsverslanir, eigi erfitt með að fá aðgang að markaðnum og kaupa snyrtivörur af innlendum heildsölum. Þá neiti dreifingaraðilar margra merkja að selja merkin í vefverslun.

Í athugasemdum Haga við umsagnir sem hafa borist við samrunann kemur fram að félagið hafi fjárfest í þeirri umgjörð í einhverjum tilvikum sem alþjóðlegir framleiðendur snyrtivara krefjist og fengið leyfi til að selja ákveðin vörumerki. Í athugasemdum Haga kemur fram að allir þeir sem fjárfesti í þeirri umgjörð sem alþjóðleg snyrtivörumerki geri kröfu um, geti opnað snyrtivöruverslun. Fjárfestingin sé lítil í öllum samanburði og engar hindranir fyrir þá aðila sem vilja fara inn á þann markað. Fyrirhugaður samruni hafi engin áhrif þar á.

Með vísan til framangreinds er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að ekki sé unnt að fallast á að ekki séu aðgangshindranir inn á skilgreinda markaði þessa máls.

Mögulegt aðhald erlendra netverslana gagnvart íslenska markaðnum

Samrunaaðilar taka fram í samrunaskrá, eins fram hefur komið, að landfræðilegur markaður málsins sé Ísland. Í þessu felst óhjákvæmilega að samrunaaðilar telja sig ekki

búa við viðvarandi virkt samkeppnislegt aðhald frá erlendum fyrirtækjum því ella hefðu þeir fært rök fyrir víðtækari skilgreiningu á landfræðilega markaðnum.

Þrátt fyrir það eru þó nokkuð fjallað um áhrif erlendar verslunar á markaðinn og eru nokkrar erlendar netverslanir sérstaklega tilgreindrar sem helstu keppinautar samrunaaðila, s.s. amazon.com, boots.com, sephora.com o.fl. Bendir sú umfjöllun til þess að samrunaaðilar líti svo á að erlendir aðilar kunni að veita a.m.k. hreinlætis- og snyrtivörumarkaðnum á Íslandi vissu aðhald.

Samkeppniseftirlitið hefur yfirfarið framlögð gögn með samrunaskrá varðandi áhrif erlendar netverslunar. Í könnun Gallup sem framkvæmd var í nóvember 2016 kemur fram að um 28% svarenda hafi keypt snyrtivörur erlendis miðað við seinustu snyrtivörukaup. Flestir svarenda, eða um 90%, hafi keypt snyrtivörurnar erlendis, en hin 10% höfðu keypt vörurnar í erlendri netverslun og líklega fengið vörurnar þá sendar til landsins. Af því má ráða að um 3% svarenda hafi pantað snyrtivörur af erlendri vefsíðu síðast þegar viðkomandi keypti snyrtivörur.²⁵⁸

Í áðurnefndri skýrslu Rannsóknaseturs verslunarinnar frá 2015 var tekið fram að verðmæti smásendinga erlendis frá á árinu 2013, sem fóru í gegnum Íslandspóst,²⁵⁹ hafi verið um 1.156 milljónir króna. Verðmæti smásendinga í flokknum snyrtivörur og skartgripir hafi verið í kringum 25 milljónir króna sama ár, eða um 2,2% af verðmæti þeirra smásendinga sem bárust í gegnum Íslandspóst. Í árbók Rannsóknaseturs verslunarinnar kemur fram að verðmæti erlendra sendinga sem hafi borist frá útlöndum í gegnum Íslandspóst, og ætla megi að sé vegna netverslunar, hafi numið um 1.836 milljónum króna árið 2015, samanborið við 1.781 milljón króna árið 2014, þ.e. 3% aukning milli ára. Ef gengið er út frá því að hlutfall snyrtivara og skartgripa hafi haldist óbreytt er ljóst að verðmætið hefði numið um 39 milljónum árið 2014 og 40 milljónum króna árið 2015. Til samanburðar áætla Samkeppniseftirlitið að heildarsmásla snyrtivara sama ár hafi verið tæplega 9.800 milljónir króna og því getur þetta ekki talist umtalsverður innflutningur í framangreindum skilningi.

Þá hefur Samkeppniseftirlitið aflað upplýsinga um innflutning á hreinlætis- og snyrtivörum frá Tollstjóra fyrir árið 2016. Benda þær upplýsingar til þess að milliliðalaus innflutningur einstaklinga sé í kringum 2,14% og sé hverfandi hluti af heildarinnflutningi í hreinlæts- og snyrtivörum.

Jafnframt styður þetta að erlendar netverslanir teljist ekki hluti af markaðnum enda er bæði hárlutnings- og umslýslukostnaður í hlutfalli við verð einstakra vara.

Samrýmist þetta jafnframt niðurstöðum netkönnunar MMR sem Samkeppniseftirlitið lét framkvæma í tengslum við rannsókn þessa máls.

Í ljósi alls framangreinds er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að aðhald erlendra aðila við samkeppni á markaðnum hér á landi sé afar takmarkað.

²⁵⁸ Markaðsrannsókn Samkeppniseftirlitsins bendir til þess að aðilar á markaðnum líti ekki á erlendar netverslanir sem sína helstu keppinauta.

²⁵⁹ Hér voru ekki meðtaldar sendingar sem bárust frá öðrum löndum með DHL eða öðrum flutningsaðilum en Íslandspósti, sbr. bls. 14 í skýrslunni frá 2016.

11. Um áhrif af innkomu Costco

Í samrunaskrá er nokkuð gert úr innkomu Costco og áhrifa þess fyrirtækis á alla markaði þessa máls. Þar er m.a. rakið:

„Costco muni opna gríðarstóra verslun í Kaupúni í Garðabæ í lok maí nk. Hefur félagið hafið standsetningu á verslun við hlið Bónus í Kaupúni og eru framkvæmdir í fullum gangi að því er samrunaaðilar best vita. Í verslunum Costco eru almennt seldar alls kyns vörur. Ljóst er að Costco mun koma inn á markaðinn fyrir matvöru og almenna dagvöru, þ.m.t. hreinlætis- og snyrtivörur, smásölu lyfja og bensínsölu, auk fjölda annarra markaða svo sem markað fyrir raftæki, húsgögn o.fl. Verslunin í Kaupúni verður líklegast um 12-14.000 fermetrar, sem er t.d. margfalt stærra en stærsta Bónusbúðin sem er um 2.500 fermetrar, en örfáar verslanir Haga eru stærri en 1.400 fermetrar. Verslunin verður þannig gríðarlega stór og mun án nokkurs vafa hafa mikil áhrif á ýmsa markaði. Samkvæmt markaðsrannsókn ráðgjafarfyrirtækisins Kantar Retail frá árinu 2015, sækja viðskiptavinir Costco mjög breitt úrval vöruflokka til verslunarinnar. Samkvæmt rannsókninni koma 58% viðskiptavinanna til að kaupa ferska matvöru og álíka hátt hlutfall sækir þangað frosna vöru, 35% viðskiptavina sækir þangað lausasölulyf= vítamín og bætiefni og 35% hreinlætis og snyrtivörur (personal care products). Þannig má sjá af umræddri rannsókn að Costco hefur víða skírskotun til þarfa viðskiptavina og mun án nokkurs vafa hafa áhrif á alla þá markaði sem samruni sá sem hér um ræðir snertir. [...] Þá mun fjárhagslegur styrkur smásölurísans vafalaust valda því að fyrirtækið er vel í stakk búið til að bjóða lágt verð á Íslandi en til samanburðar má taka fram að Costco veltir um það bil tíu sinnum meira en íslenska hagkerfið á ári.“

Þá segir einnig:

„Samrunaaðilar telja ljóst að erlendi verslanarisinn muni hafa mikil áhrif á alla þá markaði sem til skoðunar eru vegna þess samruna sem hér er til skoðunar en samruninn geri hinu sameinaða fyrirtæki betur kleift að veita Costco samkeppni, þegar hann kemur inn á íslenskan markað innan nokkurra mánaða. Að mati Haga er nauðsynlegt að líta til innkomu Costco, sem mun raungerast á allra næstu vikum og mánuðum, þegar markaðsstaða Haga er metin sem og áhrif þess samruna sem hér er fjallað um.“

Í svarbréfi Haga vegna umsagna sem bárust vegna samrunans eru einnig áréttuð framkomin sjónarmið varðandi áhrif Costco á bæði dagvörumarkaði og markað fyrir smásölu lyfja. Telja Hagar rétt að líta til innkomu Costco við efnislegt mat á samrunanum.

11.1 Frummat í andmælaskjali varðandi áhrif Costco

Í ljósi sjónarmiða Haga um áhrif af innkomu Costco á samkeppni og á stöðu samrunaaðila á skilgreindum mörkuðum þessa máls tók Samkeppniseftirlitið þetta til athugunar í andmælaskjali, að því marki sem það var unnt á þeim tíma, enda hafði verslunin þá ekki

verið opnuð. Í andmælaskjalinu var sérstaklega tekið fram að slíkar áætlanir voru óhjákvæmilega háðar fyrirvörum.

Í andmælaskjalinu var m.a. vísað til þess að með opnun Costco væri verið að innleiða nýtt verslunarfyrirkomulag hér á landi þar sem viðskiptavinur þurfi að greiða fyrir aðild til að geta verslað í versluninni. Þá legði verslunin almennt jafnframt mikla áherslu á lágt verð, stærri einingar, minni umgjörð og marga vöruflokka, en byði upp á minni fjölbreytni innan hvers flokks. Óvíst væri hvernig þetta fyrirkomulag myndi til lengri tíma litið samrýmast innkaupavenjum íslenskra viðskiptavina, s.s. með tilliti til meðlimagjalds, staðsetningar og vöruúrvals, þ. á m. að hversu miklu leyti verslunin muni selja innlenda mat- og drykkjarvöru.

Við mat á mögulegum áhrifum Costco í andmælaskjalinu voru jafnframt tekin til skoðunar áhrif þess ef heildarvelta verslunar Costco í Kaupþúni næði veltu meðalverslunar Costco á heimsvísu, þ.e. um 10 milljörðum króna, en hún samsvaraði þá tæplega 1/7 af heildarveltu Haga í dagvöru. Jafnframt var bent á að þó öll velta Costco yrði skilgreind sem hluti af dagvörumarkaðnum, en ljóst er að töluverður hluti hennar myndi flokkast sem sérvara, væri heildarvelta Costco aðeins um 7,1% af dagvörumarkaðnum, sem gat að mati Samkeppniseftirlitsins ekki talist verulegt eða til þess fallið að draga verulega úr markaðsstyrk hins sameinaða félagsins á skilgreindum mörkuðum málsins.²⁶⁰

Í andmælaskjalinu var einnig tekið fram að Samkeppniseftirlitið hefði yfirfarið áætlanir sem Hagar hefðu sjálfir unnið um möguleg áhrif af innkomu Costco á dagvöruverslanir svo og aflað upplýsinga frá Costco sjálfu. Gæfu þær að mati Samkeppniseftirlitsins ekki tilefni til þess að ætla að innkoma Costco myndi draga verulega úr markaðsstyrk samrunaaðila á skilgreindum mörkuðum þess máls, líkt og samrunaaðilar héldu fram.

Samkvæmt framkomnum upplýsingum áætlaði Costco að heildarvelta félagsins yrði []²⁶¹ milljarðar króna árið 2018, []²⁶² milljarðar króna árið 2019 og []²⁶³ milljarðar króna árið 2020. Fyrirtækið reiknaði með að bjóða í kringum []²⁶⁴ vörunúmer í versluninni. Myndi fyrirtækið m.a. selja snyrtivörur, hreinlætisvörur, vítamín og bætiefni hvers konar, lífrænar vörur og heilsuvörur og áætlaði fyrirtækið að velta í þeim flokkum myndi nema samtals um []%²⁶⁵ af heildarveltu fyrirtækisins. Fyrirtækið gerði ráð fyrir að vera með um []²⁶⁶ og []²⁶⁷ samtals í öllum framangreindum flokkum. Þá hefði fyrirtækið sérstaklega getið þess að []

²⁶⁰ Í bréfi Haga til Samkeppniseftirlitsins þann 12. júlí 2017 var bent á að meðalvelta Costco verslunar væri um 17 milljarðar. Samsvarar sú velta 1/5 af veltu heildarveltu Haga, ekki 1/7 eins og fram kom í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins. Ef öll sú velta væri skilgreind sem hluti af dagvörumarkaðnum samsvaraði heildarvelta Costco um [10-15]% af dagvörumarkaðnum.

²⁶¹ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁶² Fellt út vegna trúnaðar.

²⁶³ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁶⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁶⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁶⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁶⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

].²⁶⁸ Apótek Costco var sagt verða um []²⁶⁹ fermetrar og []²⁷⁰ fermetrar myndu fara samanlagt undir alla ofangreinda vöruflokka. Samkeppniseftirlitið hefur fengið staðfestingu á því frá fyrirtækinu að tilgreindar áætlanir félagsins og fjöldi vörunúmera hafi ekki tekið breytingum frá því umrætt svarbréf barst Samkeppniseftirlitinu, sbr. nánar hér síðar.

Í andmælaskjalinu var einnig vísað til áætlana sem Hagar höfðu sjálfir unnið um áhrif af innkomu Costco á félagið og bentu þær áætlanir ekki til þess að áhrifin yrðu með svo umfangsmiklum hætti sem félagið hefur haldið fram gagnvart Samkeppniseftirlitinu. Í gögnum sem Samkeppniseftirlitið aflaði var m.a. að finna greiningar Haga á áhrifum af innkomu Costco, sbr. glærukynningu frá 30. janúar 2015, þar sem m.a. eru raktar nokkrar staðreyndir um Costco skv. árskýrslu félagsins árið 2014. [

] ²⁷¹

Í andmælaskjalinu var einnig tekið fram að við mat á áhrifum Costco á markaðsstyrk samrunaaðila væri nauðsynlegt að hafa í huga að aðeins væri um að ræða eina verslun í Kaupþúni í Garðabæ.²⁷² Í því sambandi skiptu einnig máli gæði vörunnar sem boðið væri upp á, þjónusta, staðsetning verslana, vöruúrval og framsetning í verslun, svo og hvort að verslunin seldi þá vöru sem viðskiptavinurinn sæktist eftir. Benti Samkeppniseftirlitið jafnframt á að samrunaaðilar hefðu nú þegar verulegt forskot á Costco hvað þessi atriði varðaði, einkum ef litið er til að fjölda og staðsetninga verslana á landinu öllu, fjölbreyttu vöruúrvali, bæði innlendu og erlendu, dreifingu og birgðahaldi, þjónustu og auk þess sem líta yrði til þess að um þekkt innlend vörunúmeri væri að ræða með jákvæða ímynd gagnvart neytendum og sterk viðskiptasambönd við innlenda birgja.

Á grundvelli þessara atriða auk annarra sem nánar eru rakin í andmælaskjalinu komst Samkeppniseftirlitið að þeirri frumniðurstöðu að áhrif af innkomu Costco ein og sér kæmu

²⁶⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁶⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁷⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁷¹ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁷² Einnig var bent á að helstu keppinautar Haga hefðu opinberlega sett fram sjónarmið sem væru ekki í samræmi við mat Haga. Í Morgunblaðinu 28. apríl 2017 var eftirfarandi haft eftir forstjóra Festa: „Jón Björnsson, forstjóri Festar hf. sem á m.a. Krónuna og ELKO, telur að menn séu að oftúlka áhrifin af verslun Costco á markaðinn. Jón bendir á í samtali í Morgunblaðinu í dag, að íslenski smásöllumarkaðurinn velti um 400 milljörðum króna á ári. Bestu verslanir Costco velti 10 til 12 milljörðum króna á ári. „Segjum að þessi búð í Garðabæ verði ein af bestu verslunum Costco, þá myndi hún velta um 2,5% af íslenska smásöllumarkaðnum. Er það einhver heimsendir? Nei... en eigum við ekki að leyfa þeim að opna, áður en við förum á taugum?“ segir Jón.“ Í viðtali við forstjóra Samkaupa í Viðskiptablaðinu 18. maí 2017 er haft eftir honum að innkoma Costco muni almennt veita meiri samkeppni. Einnig bendir hann á eftirfarandi: „En ég veit ekki hversu mikil áhrifin verða. Í ljósi þess að þeir eru með svo marga vöruflokka, en ætla samt að vera með aðeins 3800 vörunúmer, þá held ég að menn séu að ofmeta áhrifin af komu Costco. Þetta eru ekki mörg vörunúmer í hverjum flokki.“

ekki í veg fyrir eða hindruðu þær samkeppnishamlandi afleiðingar sem Samkeppniseftirlitið taldi leiða af samrunanum í ljósi sterkrar markaðsstöðu hvors samrunaaðila á sínum markaði og verulegrar samþjöppunar miðað við núverandi markaðsaðstæður.

11.2 Sjónarmið Haga við andmælaskjalið

Í athugasemdum Haga við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins var gerð athugasemd við það af hálfu félagsins að Samkeppniseftirlitið hefði ekki litið til innkomu Costco á íslenskan dagvörumarkað við mat á markaðsstöðu Haga. Telja Hagar að „*rétt mat á áhrifum samruna Haga og Lyfju [geti] engan veginn fengist með öðrum hætti en að rannsaka áhrif Costco á markaði málsins*“. Á þeim vikum sem liðnar séu hafi Costco haft gríðarleg áhrif á skilgreinda markaði málsins; íslenskan dagvörumarkað, heilsumarkað, snyrtivörumarkað og markað fyrir smásölu lyfja, og þar með á stöðu verslana Haga á markaðnum.

Hagar byggja m.a. á því að eftir þróun síðustu ára og ekki síst með innkomu Costco á íslenskan markað séu verslanir Haga ekki lengur í markaðsráðandi stöðu á dagvörumarkaði. Við mat á markaðshlutdeild aðila verði einnig að meta markaðshlutdeild Costco, þá verði líta til efnahagslegs styrkleika Costco auk þess sem innkoma Costco á íslenskan matvörumarkað ætti að sýna að þær aðgangshindranir sem Samkeppniseftirlitið hafi talið að séu til staðar séu ekki raunverulegar. Taka Hagar m.a. fram að við þessar aðstæður hvíli skylda á Samkeppniseftirlitinu til þess að rannsaka nánar þau áhrif sem stafi af Costco í samræmi við þá rannsóknarskyldu sem hvíli á eftirlitinu skv. 10. gr. stjórnarsýslulaga. Samkeppniseftirlitinu sé ekki stætt, hvorki samkvæmt samkeppnislögum né stjórnarsýslulögum, annað en að meta á þessu stigi áhrif af innkomu þessa nýja keppinautar.

Líkt og rakið er í bréfi Samkeppniseftirlitsins til samrunaaðila, dags. 19. júní 2017, taldi Samkeppniseftirlitið rétt í ljósi kröfu Haga um frekari rannsókn á áhrifum innkomu Costco á skilgreinda markaði málsins að afla nánari upplýsinga m.a. frá samrunaaðilum, Costco og aðilum á markaðnum, í því skyni að leggja frekara mat á áhrif innkomu Costco á þá markaði sem samruni Haga og Lyfju snerti einkum. Verður nánar fjallað um þá rannsókn og niðurstöður hennar í eftirfarandi köflum.

11.3 Um viðbótarrannsókn Samkeppniseftirlitsins eftir útgáfu andmælaskjals

Í því skyni að leggja frekara mat á áhrif innkomu Costco á skilgreinda markaði þessa máls aflaði Samkeppniseftirlitið eftir útgáfu andmælaskjals tölulegra upplýsinga um sölu Costco á fyrstu fjórum vikum starfsemi fyrirtækisins, fjölda skráðra meðlima verslunarinnar og fjölda vörunúmera sem verslunin selur í einstökum vöruflokkum. Jafnframt óskaði eftirlitið eftir sjónarmiðum Costco um áhrif innkomu verslunarinnar á íslenskan markað, hvort fyrstu fjórar vikur starfseminnar hefðu verið í samræmi við áætlanir félagsins og hvort fyrirtækið hefði uppfært áætlanir sínar um starfsemi á Íslandi til næstu ára. Því til viðbótar óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá samrunaaðilum og öðrum aðilum á markaði um það hvort innkoma Costco hefði haft marktæk áhrif á sölu í einstökum vöruflokkum. Jafnframt var óskað eftir tölulegum upplýsingum því til stuðnings.

Hér í framhaldinu verða framkomnar upplýsingar raktar og þær ályktanir sem Samkeppniseftirlitið telur forsendur til þess að draga af fyrirliggjandi upplýsingum. Það athugast hins vegar að þessi rannsókn er háð sambærilegum fyrirvörum og frummat Samkeppniseftirlitsins í andmælaskjali var bundið, enda hafði Costco aðeins starfað í

rúman mánuð á íslenskum markaði og eins og Hagar benda á í tilkynningu sinni til Kauphallar 6. júlí 2017 þá er „... ljóst að breytt samkeppnisumhverfi hefur haft áhrif á rekstur og markaðsstöðu félagsins. ... Því er ljóst að miðað við bráðabirgðauppgjör júnímánaðar mun breytt markaðsstaða hafa nokkur áhrif á afkomu annars ársfjórðungs, en of snemmt er að segja til um hve mikil áhrifin verða á afkomu næstu ársfjórðunga eða til framtíðar.“²⁷³ Á hinn bóginn telur Samkeppniseftirlitið að það hafi framkvæmt eins ítarlega rannsókn og unnt var miðað við annars vegar skamma reynslu af starfsemi Costco og hins vegar þá lögmæltu tímafresti sem gilda í samrunamálum.

11.3.1 Frekari sjónarmið frá samrunaaðilum um áhrif af innkomu Costco

Í tengslum við rannsóknina óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá samrunaaðilum um það hvort innkoma Costco hefði haft marktæk áhrif á sölu, verðlag, gæði vara eða framlegðarhlutföll (eða aðra mælikvarða) verslana samrunaaðila á skilgreindum mörkuðum þessa máls. Ef svo væri, var jafnframt óskað eftir tölulegum upplýsingum því til stuðnings vegna hvers og eins skilgreinds markaðar þessa máls. Væru áhrifin mismunandi milli einstakra verslana og var jafnframt óskað eftir tölulegum upplýsingum því til stuðnings. Jafnframt var sérstaklega óskað eftir upplýsingum frá Högum um það ef félagið teldi að innkoma Costco hefði haft marktæk áhrif á sölu, verðlag, gæði vara eða framlegðarhlutföll (eða aðra mælikvarða) verslana Haga innan einstakra vöruflokka dagvörumarkaðarins sem ekki væru til sérstakrar rannsóknar í þessu máli. Var fyrirtækið beðið um rökstuðning og upplýsingar þar um, studdar tölulegum gögnum. Þá var jafnframt óskað eftir rökstuddum upplýsingum um það hvort félagið teldi að um varanleg eða tímabundin áhrif væri að ræða innan hvers flokks þar sem félagið teldi að marktækra áhrifa hefði gætt.

Sjónarmið Haga

Svarbréf barst frá Högum, dags. 30. júní 2017. Þar kemur fram að [

²⁷³ Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins.

Samkeppniseftirlitinu bárust jafnframt viðbótarathugasemdir frá Högum þann 12. júlí 2017, eftir að samrunaaðilar voru upplýstir um frekari rannsókn og frumniðurstöður Samkeppniseftirlitsins varðandi áhrif af innkomu Costco á skilgreinda markaði þessa máls. Voru Hagar m.a. upplýstir um að rannsókn Samkeppniseftirlitsins sýndi að innkoma Costco gæti ekki breytt því mati eftirlitsins að samruni þessa máls raskaði samkeppni með alvarlegum hætti.

Í athugasemdum Haga er því í fyrsta lagi haldið fram að Samkeppniseftirlitið líti ekki til þeirra tölulegu upplýsinga sem Hagar hafa lagt fram varðandi sölu í júní mánuði 2016 annars vegar og í júní mánuði 2017 hins vegar. Í öðru lagi sé í áætlunum Samkeppniseftirlitsins um veltu Costco ekki tekið tillit til mikilvægra þátta í uppbyggingu Costco og upplýsinga sem liggja fyrir um þróun þeirra markaða sem Costco hefur komið inn á. Hagar gera athugasemd við að Samkeppniseftirlitið skuli vísa til þróunar veltu hjá Dunkin Donuts, Bauhaus og Lindex, þar sem þær verslanir hafi hvorki til staðar tryggðarkerfi eins og Costco auk þess geti þau ekki talist „stór alþjóðleg fyrirtæki“. Nærtækara sé að mati Haga að miða þróun veltu Costco við þær upplýsingar sem Hagar hafi veitt Samkeppniseftirlitinu um líklega þróun á framgangi Costco. Í því sambandi vísa Hagar til þess að velta Costco búða vaxi að jafnaði ár frá ári. Í þriðja lagi benda Hagar á að meðalvelta Costco verslunar hafi á árinu 2016 verið nálægt 17 milljörðum króna, (159 milljónir dollara). Samkvæmt upplýsingum fyrirtækisins sé verslun Costco á Íslandi í hópi 10 söluhæstu verslana Costco og hafi opnunin á Íslandi verið ein af fimm stærstu frá upphafi. Að mati Haga eru því engar vísbendingar um það að velta Costco á Íslandi nái ekki meðalveltu Costco verslana og auki ekki hlutdeild á sama hátt og hefur gerst annarsstaðar. Í fjórða lagi benda Hagar á að félagið telji að hlutdeild Costco sé vanáætluð, en Samkeppniseftirlitið hafi aflað upplýsinga um sölu Costco í „nokkrum flokkum vara“ og viðurkenni að matið sé háð „nokkurri óvissu“. Telja Hagar að rannsókn Samkeppniseftirlitsins sé ábótavant að þessu leyti. Í fimmta lagi benda Hagar á að Samkeppniseftirlitið líti fram hjá eftirtöldum atriðum við mat á því hvort Hagar séu markaðsráðandi; samkvæmt mati eftirlitsins séu Hagar undir 50% viðmiðunarmörkum þegar litið er til landsins alls, markaðshlutdeild ein og sér ráði því ekki hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu og efnahagslegum styrk Costco sem jafngildi fimmfaldri veltu allra atvinnuvega á Íslandi. Að lokum telja Hagar að Samkeppniseftirlitið taki afstöðu gegn íslenskri verslun og hefti samkeppnishæfni verslunar á Íslandi sem geti ekki keppt á jafnréttisgrundvelli við alþjóðlega verslunarrisa sem njóti stærðarhagkvæmni í innkaupum af þeirri stærðargráðu sem ekkert íslenskt smásölufyrirtæki muni ná.

Sjónarmið Lyfju

Í svarbréfi Lyfju kemur fram að innkoma Costco hafi [

²⁷⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

1275

11.3.2 Sjónarmið frá hagsmunaaðilum er varða Costco

Með bréfum, dags. 16. júní 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir sjónarmiðum frá helstu keppinautum og birgjum samrunaaðila á skilgreindum mörkuðum þessa máls, samtals 19 aðilum, um athugasemdir Haga varðandi áhrif af innkomu Costco á skilgreinda markaði málsins. Þá var óskað eftir upplýsingum um það hvort innkoma Costco hefði haft marktæk áhrif á sölu eða framlegð viðkomandi fyrirtækis á annars vegar snyrtivörum og hins vegar heilsuvörum. Jafnframt var óskað eftir tölulegum upplýsingum því til stuðnings. Samkeppniseftirlitinu bárust 17 umsagnir, ýmist munnlega eða skriflega, frá hagsmunaaðilum.

Samkaup

Í athugasemdum Samkaupa kemur fram að innkoma Costco á íslenskan markað muni hafa áhrif, bæði á dag- og sérvörumarkað og einnig á heildsölu- og smásölumarkað. Hins vegar sé allt of skammt um liðið frá því að verslunin opnaði til að hægt sé að segja til um hver þau áhrif verði til lengri tíma lítið. Í erindi Haga væri gert mikið úr áhrifum opnunar Costco og því til rökstuðnings væri byggt á huglægu mati út frá fjölmiðlaumræðu, umræðu sem hafi verið mjög gildishlaðin og oftast en ekki byggt lítið á nákvæmum tölulegum upplýsingum.

Rétt sé að halda til því til haga að þegar verið væri að bera veltu Costco saman við veltu annarra aðila á dagvörumarkaði þurfi að hafa í huga að óstaðfestar veltutölur Costco byggji á sölu allra vara í versluninni, þ.e. dagvörum og öllum öðrum vörum, en vörusala í þeim verslunum sem gjarnan séu í þeim samanburði sé fyrst og fremst dagvara. Þannig að allt tal um að verslun Costco selji meira af dagvöru en allar verslanir stærsta aðilans á dagvörumarkaði, séu því mjög hæpnar. Það að ætla að Samkeppniseftirlitið stökkvi til og búi til í skyndi nýja rannsókn á dagvörumarkaði, er algjörlega óraunhæf krafa. Slíkt sé ekki hægt að gera fyrr en markaðurinn hafi fundið sér nýtt jafnvægi.

Ljóst sé að innlendir aðilar, bæði á framleiðslu- og heildsölumarkaði og einnig á smásölumarkaði, muni þurfa að takast á við breyttar aðstæður á markaði. Inn á markaðinn sé kominn nýr aðili með annað „módel“ verslunar og séu aðilar í misgóðri aðstöðu til að takast á við slíkt. Verslanir Haga á dagvörumarkaði hafi mjög sterka ímynd í hugum

²⁷⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

neytenda, Bónus hafi í fjölda ára verið kosið vinsælasta fyrirtæki landsins og ásamt Hagkaupum séu þetta sterkustu vörumerkin á viðeigandi markaði. Þannig sé hægt að álykta að Hagar ættu að vera í betri stöðu en aðrir aðilar á dagvörumarkaði til að takast á við nýja samkeppni á markaðinum. Þótt Hagar þurfi að bregðast við aukinni samkeppni geti það ekki leitt til þess að félaginu eigi að leyfast að herða enn tók sín eða viðhalda þeim sem markaðsráðandi aðili.

Hvað varðar það hvort innkoma Costco hafi haft marktæk áhrif á verslanir Samkaupa þá sé því til að svara að áhrifin hafi verið [

] ²⁷⁶ Ekki sé þó enn hægt að segja fyrir um hver endanleg áhrif verði á verslanir Samkaupa þar sem svo stutt sé síðan verslunin opnaði.

Basko ehf.

Í svarbréfi Basko ehf. við fyrirspurn Samkeppniseftirlitsins kemur fram varðandi áhrif af innkomu Costco, að félagið telji of skamman tíma liðinn frá opnun verslunarinnar til þess að draga miklar ályktanir um raunveruleg áhrif hennar á skilgreinda markaði til lengri tíma litið. Bendir fyrirtækið á að alþekkt sé að neytendur sýni sterk viðbrögð við opnun nýrrar verslunar, ekki síst á grundvelli þekkts vörumerkis. Almenn tilhneiging hafi á hinn bóginn verið sú að jafnvægi náist þegar tíminn líði. [

].²⁷⁷

Þá er bent á að viðbrögð forsvarsmanna Haga í opinberri umræður eftir opnun verslunarinnar gefi ekki til kynna að veruleg breyting hafi orðið á stöðu félagsins. Engar opinberar tilkynningar hafi borist frá félaginu sem bendi til þess. Þetta stangist að nokkru leyti á við það sem fram komi í bréfi Haga til Samkeppniseftirlitsins, dags. 13. júní 2017.

Að mati félagsins sé ótímabært að draga víðtækar ályktanir um áhrif Costco á stöðu einstakra aðila á markaðnum til lengri tíma, þótt vissulega séu líkur á að þau hafi verið nokkur til skemmri tíma.

Jafnframt er tekið fram að félagið fái [

].²⁷⁸

Kostur

Í umsögninni kemur fram að Hagar séu nú þegar með yfir 50% markaðshlutdeild á íslenska smásölumarkaðnum og yfir 60% á stór-Reykjavíkursvæðinu. Hagar reki í dag 49 verslanir og eigi auk þess stærstu innflutningsfyrirtæki landsins, þ.e. Banana ehf. og Aðföng og Hýsingu sem sé stærsti sérvörulager landsins.

²⁷⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁷⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁷⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

Innkoma Costco hafi lítið um sterka stöðu Haga á dagvörumarkaði að segja þar sem Costco sé heildsali en ekki smásali. Þá sé Costco aðeins með samtals 3.800 vörunúmer. Ekki er að marka þá 30 daga sem verslun Costco hafi verið opin í Garðabæ, en sú þróun eigi eftir að taka 8 til 12 mánuði að skýrast.

Sú staðreynd að eingöngu 2% af veltu Costco USA sé tilkomin vegna smásölu á lyfjum hafi eitthvað að segja um þá lyfsölu á þeim mörkuðum sem þeir eru á í dag.

Ef af samrunanum verði mun samkeppni minnka á sama tíma sem vöruúrval fyrir íslenska neytendur muni skerðast mikið.

Lyf og heilsa

Í umsögninni kemur fram að of snemmt sé að segja til um áhrif Costco á skilgreinda markaði á þessu stigi málsins sökum þess hversu skammt sé liðið frá opnun verslunarinnar. Í athugasemdum Haga sé vísað til þess að vísbendingar séu um að velta Costco hafi verið meiri fyrstu daga eftir opnun verslunarinnar en velta Bónuss. Lyf og heilsa bendir á að slíkar tölur séu vart samanburðarhæfar, bæði þar sem opunarinnar hafði verið beðið með mikilli almenntri eftirvæntingu, en ekki síður sökum þess að Costco sé bæði heild- og smásala, í fjölmörgum vörflokkum og mörkuðum, á meðan verslanir Bónus selji eingöngu dagvöru í smásölu.

Í athugasemdum Haga sé staðhæft að fyrir liggir að félagið selji vörur undir kostnaði, með vísan til heimildar um sölu á svonefndu Kirkland vatni á verði sem hafi verið undir skilagjaldi umbúða. Af því tilefni bendi Lyf og heilsa á að svo virðist af fjölmiðlaumfjöllun sem fremur hafi verið um það að ræða að Costco hafi ekki greitt viðkomandi gjald, að því er virðist af misskilningi. Þegar svo hátti til sé vart unnt að leggja til grundvallar að vara sé seld undir kostnaðarverði.

Lyfjaval

Í svarbréfi Lyfjavalis kemur fram að of stutt sé síðan að Costco opnaði til þess að hægt sé að nota það í þessari úttekt og mjög erfitt að greina hvort það hafi áhrif á sölu annarra vara en lyfja. Costco selji öll lyf nema lyfseðilsskyld lyf sem Sjúkratryggingar taki þátt í nánast á kostnaðarverði. Eflaust nýti sér þetta margir en á meðan þessi búð sé bara á einum stað muni þetta ekki hafa mikil áhrif á heildarmarkaðinn.

Apótek Vesturlands

Í umsögninni er tekið fram að innkoma Costco muni tímabundið hafa umtalsverð áhrif á dagvöruverslun á höfuðborgarsvæðinu og mögulega einnig á aðra smásölumarkaði á „hveitibrauðsdögum“ verslunarinnar. Markaðurinn muni leita jafnvægis á ný sem verði ekki ýkja frábrugðið þeirri mynd sem hafi verið til staðar áður en Costco hóf starfsemi. Costco muni ekki hafa umtalsverð áhrif á smásöluverslun lyfja.

Þá er tekið fram að fyrirtækið hafi [

].²⁷⁹

²⁷⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

Icepharma

Í umsögninni kemur fram að Hagar hafi nokkuð til síns máls, þegar innkomu og áhrifa erlendu verslunarkeðjunnar Costco sé lýst á stöðu, styrk og framtíðarhorfum samrunaaðila. Að mati félagsins er þó of stutt liðið frá opnun Costco til að geta undirbyggt þessa skoðun tölulegum gögnum.

Þekking á rekstrarhagfræði, þekking á hegðun neytenda og markaðsfræðum, sem og umræða í fjölmiðlum og svo umræða almennings á netmiðlum styðji það mat sem Hagar setji fram um áhrif innkomu Costco á dagvörumarkað og markað lyfjaverslana.

Oft stutt sé frá opnun Costco til að [

].²⁸⁰

Kaupendastyrkur og fjárhagslegur styrkur Costco sé augljós og langt umfram þann styrk sem innflutningsfyrirtæki á Íslandi hafi eða muni hafa og gætu miðlað áfram til íslenskra smásala.

Icepharma beinir því til Samkeppniseftirlitsins að vanmeta ekki þennan þátt andmæla Haga, því sömu rök eigi við um stöðu íslenskra fyrirtækja almennt, sem þjóni neytendum á smásölumarkaði.

Artasan

Artasan tekur undir þau sjónarmið að það sé augljóslega fyrirséð að samruninn muni styrkja stöðu Lyfju á lyfjamarkaði og tengdum mörkuðum, enda hljóti það að vera forsenda kaupanna. Hins vegar telur Artasan það rétt, sem komi fram í andmælum Haga, að miklar breytingar hafi átt sér stað með tilkomu Costco, sem eðlilegt sé að kanna og mæla, áður en ákvörðun sé tekin, bæði m.t.t. snyrtivara og heilsuvara, en ekki síður m.t.t. lyfja.

Sem dæmi nefnir Artasan að Costco flytji beint inn nokkrar vörur sem Artasan og Vistor flytji inn. Þar megi nefna [

].²⁸¹

Samkvæmt upplýsingum Artasan gerði Costco ráð fyrir að flytja inn 20 gáma á viku. Undanfarnar vikur hafi Costco verið að taka á móti 60-80 gámum á viku. Í næstu viku eigi fyrirtækið von á 220 gámum sem sé nánast fullt skip.

Þetta gríðarlega magn sem verið sé að flytja inn bara fyrir einn aðila hljóti að koma niður á sölunni hjá innlendum heildsölum og endursöluaðilum sem séu í samkeppni við Costco.

²⁸⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁸¹ Fellt út vegna trúnaðar.

Ölgerðin

Í umsögninni kemur fram að Ölgerðin geti að vissu leyti tekið undir sjónarmið Haga um að áhrif innkomu Costco á íslenska markaðinn séu nokkur, þó vissulega sé erfitt að dæma um það hversu víðtæk áhrifin verði í raun enda sé aðeins einn mánuður frá því að verslunin opnaði. Að mati Ölgerðarinnar séu hins vegar vísbendingar um að landslagið á smásöllumarkaði kunni að breytast til lengri tíma litið. Það kunni einnig að hafa áhrif á aðra markaði. Ölgerðin tekur hins vegar fram að [

]282

Festi

Í munnlegri umsögn félagsins kom fram að vísbendingar væru um að innkoma Costco [

]283

Borgarapótek

Í umsögn Borgarapóteks kemur fram að [

²⁸² Fellt út vegna trúnaðar.

²⁸³ Fellt út vegna trúnaðar.

]284

Nathan og Olsen

Í umsögn Nathans og Olsen er tekið fram að [

]285

Halldór Jónsson

Í umsögninni kemur fram að innkoma Costco hafi [

]286

Costco

Á síðastliðnum vikum hefur Samkeppniseftirlitið bæði átt fundi með fyrirsvarsmönnum Costco auk þess sem félaginu hafa verið sendar upplýsingabeiðnir vegna málsins.

Í svarbréfi Costco við upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins, dags. 29. júní 2017 kemur fram að [

]287

Varðandi fyrirætlanir um að stækka eða minnka einhvern hluta starfseminnar á næstu árum [

].²⁸⁸ Varðandi breytingar á tekjuáætlunum frá fyrri upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins var tekið fram að tekjuáætlanir fyrir næstu þrjú ár hefðu [].²⁸⁹ Ekki hefðu orðið umtalsverðar

²⁸⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁸⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁸⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁸⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁸⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁸⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

breytingar á []²⁹⁰ Fyrirtækið upplýsti að um []²⁹¹ meðlimakort hefðu verið seld. Um væri að ræða []²⁹² af sölu aðildarkorta til einstaklinga og um []²⁹³ til fyrirtækja. [

.]²⁹⁴

11.4 Mat Samkeppniseftirlitsins

Í athugasemdum Haga við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins er á því byggt að innkoma Costco hafi haft gríðarleg áhrif á alla skilgreinda markaði málsins síðustu vikurnar og þar með á stöðu Haga á viðkomandi mörkuðum. Í athugasemdunum lagði félagið fram ýmsar upplýsingar sem hafa birst í fjölmiðlum síðustu vikur til stuðnings þessu.

Í framhaldi af beiðni Samkeppniseftirlitsins um nánari upplýsingar um marktæk áhrif innkomunnar á skilgreinda markaði málsins og stöðu Haga að öðru leyti, ásamt tölulegum upplýsingum því til stuðnings, lögðu Hagar fram tölulegar upplýsingar sem að mati félagsins sýndu að innkoma Costco hefði [

]²⁹⁵

Af framkomnum tölulegum upplýsingum frá Högum má sjá að [

]²⁹⁶

²⁹⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁹¹ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁹² Fellt út vegna trúnaðar.

²⁹³ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁹⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁹⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁹⁶ Fellt út vegna trúnaðar. Sjá í þessu sambandi grein Rannsóknarseturs verslunarinnar frá 14. júlí 2017 sem ber heitið „Samdráttur í veltu íslenskra dagvöruverslana í júní“, en þar segir m.a. „Þó velta dagvöruverslana hafi dregist saman að krónutölu þá jókst hún um 0,3% að raunvirði, þ.e. þegar leiðrétt hefur verið fyrir verðlagsbreytingum á einu ári. Þetta felur í sér að þótt veltan hafi dregist saman að nafnvirði er magn þess sem selt er nánast það sama og fyrir ári síðan í þeim dagvöruverslunum sem voru á markaði fyrir komu Costco.“ Sjá tengil: http://www.rsv.is/Files/Skra_0077241.pdf

Í tengslum við fram komin sjónarmið Haga varðandi áhrif Costco á skilgreinda markaði þessa máls til lengri tíma bendir Samkeppniseftirlitið á afstöðu forsvarsmanna Haga til áhrifa af innkomu Costco á starfsemi Haga eins og hún hefur birst í opinberri umræðu og tilkynninga Haga til Kauphallarinnar síðustu vikunnar. Af þeirri umræðu má ráða að lítið hafi komið forsvarsmönnum Haga á óvart varðandi innkomu Costco, samkeppnisumhverfi sé að breytast en of snemmt sé að segja hver áhrifin verði á stöðu Haga til frambúðar.

Í viðtali við fyrirsvarsmann Haga sem birtist á visir.is þann 21. júní 2017 kemur m.a. fram:²⁹⁷

„Finnur Árnason, forstjóri Haga, segir umræðu um að Bónus hafi okrað á neytendum vera ósanngjarna og innistæðulausa og að álagning á matvöru sé hvergi lægri. ... Vöruverð hafi einfaldlega lækkað vegna styrkingar krónunnar og betri samninga við erlenda birgja en ekki vegna þess að koma og miklar vinsældir bandaríska verslunarrisans hafi sparkað duglega í rassinn á stjórnendum fyrirtækisins.“

„Á milli maímánaða 2016 og 2017 hefur allur innflutningur okkar lækkað um ellefu prósent vegna styrkingar krónunnar og við erum að gera betri innkaup í mörgum vöruflokkum. Þessum ávinningi hefur verið skilað til viðskiptavina okkar. Umræðan um verð og álagningu hefur verið mikil en ég held að það sé ljóst að ef tölulegar staðreyndir eru skoðaðar getum við staðið mjög keik,“ segir Finnur. Forstjórinn sýnir blaðamanni tölur yfir þróun framlegðar Haga síðastliðin níu ár. Samkvæmt þeim hefur framlegðin, tekjur að frádregnum breytilegum kostnaði, verið á bilinu 24 og 25 prósent allt tímabilið.“

Aðspurður af blaðamanni hvort „lækkun vöruverðs í ákveðnum vöruflokkum í verslunum Bónuss síðustu vikur og mánuði megi eingöngu rekja til styrkingar krónunnar og betri samninga við erlenda birgja en ekki aukinnar samkeppni“ svarar fyrirsvarsmaður Haga svo:

„Já, það er rétt. Hér er ég með tölur sem sýna sögulega framlegð Haga. Hún er stöðug og hefur ekki verið að hækka. Við erum á hverju ári sökuð um að skila ekki styrkingu á gengi. Það hafa verið skattbreytingar, sykurskattur, breyting á virðisaukaskatti og vörugjöld fallið niður, en við erum á sömu prósentutölunni í framlegð allan þennan tíma, sem staðfestir að innkaupsverð og útsöluverð haldast í hendur. Þetta hentar hins vegar ekki í umræðuna, það er svo einfalt,“ segir Finnur.

„ ... Okkar hlutverk hjá Högum er og hefur verið að kaupa betur inn og ég held að okkur hafi tekist það ágætlega þó við eigum sannarlega mikið verk fyrir höndum að ná enn betri árangri á því sviði,“ segir Finnur og bætir við að lítið sem ekkert hafi komið fyrirtækinu á óvart varðandi komu Costco, enda hafi stjórnendur þess verið vel undirbúnir, nema þá kannski ummæli sem fallið hafi um íslenska verslun.“²⁹⁸

²⁹⁷ Sjá tengil á viðtalið: <http://www.visir.is/q/2017170629887>

²⁹⁸ Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins.

Í árshlutauppgjöri Haga fyrir fyrsta ársfjórðung 2017/18, sbr. tilkynningu, dags. 28. júní 2017 segir jafnframt eftirfarandi:²⁹⁹

„... Sölusamdráttur tímabilsins er 0,9%, ef frá er talin aflögð starfsemi. ... Þrátt fyrir sölusamdrátt í krónum talið er magnaukning í mörgum vöruflokkum en í matvöruverslanahluta samstæðunnar er magnaukning 1,8% milli tímabila, þrátt fyrir 2,6% samdrátt í krónum. Þá eykst fjöldi viðskiptavina matvöruverslana um 1,7% en í þessum tölum er ekki búið að taka tillit til lokunar matvöruhluta Hagkaups Holtagörðum og efri hæðar Hagkaups Kringlu.

...

... Ef borin er saman framlegð á milli ára er ljóst að styrking krónunnar hefur skilað sér í lægra vöruverði til hagsbóta fyrir viðskiptavini félagsins. ...

...

Samkeppnisumhverfi verslunar á Íslandi er að breytast. Félagið hefur undirbúið sig vel undanfarin ár, m.a. með hagræðingaraðgerðum og betri innkaupum. Breytt samkeppnisumhverfi hefur áhrif á veltu og markaðsstöðu félagsins. Of snemmt er að segja til um hve mikil áhrifin verða á afkomu næstu ársfjórðunga og til framtíðar."

Með vísan til m.a. framangreindra atriða sem komið hafa fram í opinberri umræðu af hálfu fyrirsvarsmanna Haga og félagsins sjálfs er, að mati Samkeppniseftirlitsins, ekki hægt að slá því föstu að umræddar breytingar sem raktar eru í bréfi Haga til Samkeppniseftirlitsins megi allar með beinum hætti rekja til innkomu Costco á markaðinn né sé unnt að segja til um hver áhrifin verða til framtíðar á grundvelli þeirra.

Af framangreindum sjónarmiðum sem Samkeppniseftirlitinu hafa borist frá samrunaaðilum og öðrum hagsmunaaðilum um áhrif innkomu Costco á skilgreinda markaði málsins virðist hins vegar ljóst að aðilar sem starfa á dagvörumarkaði hafa fundið fyrir einhverjum breytingum í sölu síðustu vikurnar í tilteknum vöruflokkum dagvörumarkaðarins, einkum vörum sem hafa lengri líftíma, s.s. eldhús- og klósettpappír, þvottaefni o.s.frv. Ekki er hins vegar að sjá að umsagnaraðilar sem starfa á smásölumarkaði fyrir lyf hafi fundið fyrir marktækum áhrifum af innkomu Costco síðustu vikurnar. Þá virðast flestir umsagnaraðilar ekki greina marktæk áhrif í sölu á hreinlætis- og snyrtivörum eða heilsuvörum. Virðist meginþorri umsagnaraðila jafnframt sammála því að ótímabært sé að draga ályktanir út frá síðustu vikum um áhrif innkomu Costco á markaðinn til framtíðar.

Hagar taka í raun undir þetta í tilkynningu til Kauphallar, dags. 5. júlí 2017, þar sem fram kemur að ljóst sé miðað við bráðabirgðauppgjör fyrir júnímánuð að breytt markaðsstaða muni hafa nokkur áhrif á afkomu annars ársfjórðungs, en of snemmt sé að segja til um hve mikil áhrifin verði á afkomu næstu ársfjórðunga eða til framtíðar.³⁰⁰ Nánar tiltekið kemur fram:

²⁹⁹ Sjá tengil:

<https://cns.omxgroup.com/cdsPublic/viewDisclosure.action?disclosureId=781460&messageId=982458>

³⁰⁰ Sjá tengil:

<https://cns.omxgroup.com/cdsPublic/viewDisclosure.action?disclosureId=782500&messageId=983792>.

„Bráðabirgðauppgjör fyrir júnímánuð, sem er fyrsti mánuður annars ársfjórðungs, liggur nú fyrir. ... Ef bornar eru saman sambærilegar tölur fyrir júnímánuð þá var magnminnkun í einingum 9,4% í matvöruverslunum samstæðunnar og viðskiptavinum fækkaði um 1,8% á milli ára. Sölusamdráttur á milli ára var 8,5% í krónum talið í júní að teknu tilliti til aflagðrar starfsemi. Framlegðarhlutfall samstæðunnar lækkaði um 0,4 prósentustig á milli júnímánaða 2016 og 2017.

Þá er rétt að áréttta að aflögð starfsemi og verðhjöðnun vegna mikillar styrkingar íslensku krónunnar, betri innkaupa og lægra innkaupsverðs á samanburðartímabilinu hefur áhrif á veltu félagsins. Stórir kostnaðarliðir hafa hins vegar hækkað, m.a. vegna kjarasamninga og þenslu á vinnumarkaði, auk þess sem flestir leigusamningar félagsins eru bundnir vísitölu neysluverðs, sem hefur hækkað á tímabilinu.

Því er ljóst að miðað við bráðabirgðauppgjör júnímánaðar mun breytt markaðsstaða hafa nokkur áhrif á afkomu annars ársfjórðungs, en of snemmt er að segja til um hve mikil áhrifin verða á afkomu næstu ársfjórðunga eða til framtíðar."

11.4.1 Opnunaráhrif

Til þess að geta lagt betur mat á raunveruleg áhrif af innkomu Costco til framtíðar hefur Samkeppniseftirlitið aflað upplýsinga um veltu nokkurra erlendra verslanakeðja sem hafa hafið starfsemi á Íslandi síðastliðin ár. Markmið upplýsingaöflunarinnar er að greina svokölluð „opnunaráhrif“, þ.e. hversu miklum breytingum sala þessara aðila hafi tekið frá upphafsvikum starfseminnar, sem er það tímabil sem mögulegt er að miða við til þess að meta áhrif af innkomu Costco.

Greiningin var framkvæmd á þann hátt að borin var saman meðaltal daglegrar sölu fyrstu fjórar vikur í starfsemi hverrar verslunar við daglega sölu sömu verslana í fjórar vikur einu ári seinna annars vegar og hins vegar tveimur árum seinna. Þess ber að geta að fjölmargir þættir geta haft áhrif á daglega sölu verslana, s.s. gengisþróun (sérstaklega í tilviki verslana sem selja innfluttar vörur), verðbólga, opnun viðkomandi fyrirtækis á fleiri verslunum, aukin samkeppni, auglýsingaherferðir o.s.frv. Óhjákvæmilega verður því að taka umræddum útreikningum með ákveðnum fyrirvara.

Í samræmi við framangreint aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá Bauhaus, Lindex og Dunkin Donuts. Þessi fyrirtæki eiga það öll sameiginlegt að vera alþjóðleg fyrirtæki/vörumerki, sem starfrækja fjölda verslana í mörgum löndum og hafa hafið starfsemi á íslenskum markaði á sl. árum.³⁰¹ Í öllum tilvikunum var um að ræða stórar opnanir hér á landi sem hlutu mikla athygli og umfjöllun í fjölmiðlum.³⁰² Af framkomnum upplýsingum frá fyrirtækjunum má sjá að dagleg meðaltalssala einu ári eftir opnun

³⁰¹ Bauhaus rekur 270 verslanir í 19 ríkjum, sbr. bauhaus.info Á síðunni dunkindonouts.com kemur eftirfarandi fram: „Dunkin’ Donuts is the world’s leading baked goods and coffee chain, serving more than 3 million customers each and every day. ... We have more than 11,300 Dunkin’ Donuts restaurants worldwide – that’s over 8,500 restaurants in 41 states across the U.S.A. and over 3,200 international restaurants across 36 countries!“ Á síðunni lindex.com segir „Lindex is one of Europe’s leading fashion chains, with approximately 480 stores in 17 markets.“

³⁰² <http://www.ruv.is/frett/fjolemnenni-hja-bauhaus-myndskeid>
<http://www.mbl.is/smartland/pistlar/martamaria/1238284/>, <http://www.visir.is/g/2011111119479/lindex-tekid-opnum-ormum---staersta-opnun-i-sogu-fyrirtaekisins>, <http://www.visir.is/g/2011111119390>
http://www.mbl.is/frettir/innlent/2015/08/12/selja_um_tiu_thusund_kleinhringi_a_dag/

verslananna hafði dregist saman að meðaltali um []%³⁰³ frá daglegri meðaltalssölu fyrstu fjórar vikurnar frá opnum verslananna. Í tilviki Bauhaus sem opnaði 3. maí 2012 var salan []%³⁰⁴ minni en fyrst eftir opnun, []%³⁰⁵ minni í tilviki Dunkin Donuts sem opnaði 8. maí 2015 og []%³⁰⁶ minni í tilviki Lindex sem opnaði 11. nóvember 2011. Salan tveim árum seinna hjá öllum fyrirtækjunum var [

].³⁰⁷ Ef þróun veltu hjá Costco verður með sambærilegum hætti má því gera ráð fyrir því að velta verslunarinnar verði um []%³⁰⁸ lægri ári eftir opnun.

Með vísan til framangreinds er það frummat Samkeppniseftirlitsins að enda þótt innkoma Costco hafi haft nokkur áhrif á dagvörumarkaði verði ekki dregnar afdráttarlausar ályktanir af þeim upplýsingum sem eftirlitið hefur aflað um að sölutölur Costco eða möguleg áhrif fyrirtækisins á skilgreinda markaði málsins, fyrstu fjórar vikur starfseminnar, endurspeglí líklega markaðshlutdeild eða áhrif fyrirtækisins til lengri tíma litið. Sama viðhorf kemur fram hjá þeim aðilum sem starfa á dagvöru- og lyfjamarkaði sem og Costco sjálfu, þ.e. að ekki sé unnt að draga afdráttarlausanir áyktanir af innkomu fyrirtækisins sökum þess hve skammt er liðið frá opnun verslunar þess. Reynslan bendi til þess að fyrstu vikurnar gæti svonefndra „opnunaráhrifa“ og muni sala Costco ná meira jafnvægi þegar lengra líði frá opnuninni.³⁰⁹

11.4.2 Hugsanleg áhrif Costco til lengri tíma litið

Hér verður einnig að hafa í huga að starfsemi Costco er að ýmsu leyti frábrugðin öðrum íslenskum verslunum. Þá er ljóst að verslunin býður upp á marga vöruflokka en fáar vörutegundir innan hvers flokks. Að jafnaði eru um []³¹⁰ vörunúmer til sölu í verslunum Costco. Þá skiptir fyrirtækið reglulega út vörunúmerum og geta viðskiptavinir fyrirtækisins því ekki gengið að því vísu að ávallt séu sömu vörur til sölu í verslun fyrirtækisins. Þá verður að líta til þess að pakkningastærðir á mörgum óvaranlegum neysluvörum líkjast heldur heildsölueiningum en stærðum sem almennir neytendur kaupa í sínum daglegu innkaupum.

Í athugasemdum sínum hafa Hagar bent á eftirfarandi atriði til stuðnings því að velta Costco muni ekki lækka:

- Viðskiptavinir í tilviki Costco hafa fjárfest í aðildarkorti sem muni hvetja viðskiptavinum til þess að halda áfram að versla hjá Costco.
- Fyrir liggir að meðaltal endurnýjunar á aðildarkorti á heimsvísu sé nálægt 90%.
- 40% þjóðarinnar hafi verslað í Costco og önnur 40% ætli að versla þar.
- Á öllum þeim mörkuðum sem Costco fer inn á, sé byggt á sérstöku þrískiptu tryggðarskipulagi sem miði að því fyrst og fremst að halda viðskiptavininum hjá fyrirtækinu og binda hann í viðskiptum.

³⁰³ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁰⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁰⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁰⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁰⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁰⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁰⁹ Hér má einnig benda á grein sem birtist á mbl.is þann 7. júlí 2017 og ber heitið „Hagar eiga eigi eftir að svara fyrir sig“. Í greininni er vísaði í ummæli Bjarka Péturssonar, sölu- og markaðsstjóra Zenter um að ekki sé „óeðlilegt að sala Haga hafi minnkað fyrstu vikurnar eftir opnun Costco.“ Þá er tekið fram að Bjarki telji alveg ljóst að Hagar muni fara aftur upp í Kauphöllinni. Segir síðan að „9,4% magnminnkun er ekki óeðlileg fyrstu vikurnar þegar að allir eru að prófa að fara í Costco,“ „þeir eiga eftir að svara fyrir sig en það mun taka einhverjar vikur að vinna aftur til baka það sem þeir höfðu og það sama á við aðrar búðir í landinu.“

³¹⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

Líkt og áður segir framkvæmdi Samkeppniseftirlitið umrædda viðbótarrannsókn þegar Costco hafði verið starfandi í um fjórar vikur. Samkeppniseftirlitið aflaði upplýsinga um heildarsölu Costco sundurgreindri eftir vöruflokkaskiptingu félagsins sjálfs auk annarra upplýsinga fyrir fyrstu fjórar vikur starfseminnar. Ljóst er hins vegar að þó nokkrir þættir leiða til þess að mat á markaðshlutdeild félagsins til framtíðar út frá þessum upplýsingum er háð nokkurri óvissu. T.a.m. liggur ekki fyrir hversu hátt hlutfall af veltu fyrirtækisins er vegna sölu til fyrirtækja, og þar af leiðandi annarra smásala. Þá tekur matið ekki tillit til árstíðarsveiflna í sölu og auk þess sem svokölluð „opnunaráhrif“ hafa mögulega verið fyrir hendi, sbr. umfjöllun hér að framan.

Í ljósi þeirra sérstöku aðstæðna sem uppi eru í þessu máli hefur Samkeppniseftirlitið stillt upp mögulegum sviðsmyndum af sölu Costco í vöruflokkum eins og þeir eru skilgreindir af félaginu sjálfu.³¹¹ Í fyrsta lagi er miðað við að salan næsta árið verði í samræmi við fyrstu fjórar vikurnar, í öðru lagi að salan lækki um []%,³¹² sem eru neðri mörk í þeirri sölusamdráttar sem varð hjá þeim aðilum sem Samkeppniseftirlitið aflaði gagna hjá og opnuðu erlendar verslanir á sl. árum og að lokum []%³¹³ sölusamdráttur sem endurspeglar efri mörk.

Mynd 6: Sviðsmyndir af sölu Costco³¹⁴ [

] ³¹⁵

Af framangreindu má ráða að ef sala Costco yrði sambærileg við söluna fyrstu fjórar vikur starfseminnar næstu 11 mánuði mætti gera ráð fyrir því að árleg heildarvelta fyrirtækisins næmi []³¹⁶ milljörðum króna. Áætlanir Costco gera hins vegar ráð fyrir því að heildarsalan verði []³¹⁷ eða um [

] ³¹⁸ því er ljóst að verði þróunin áþekk og hjá öðrum erlendum verslanakeðjum sem opnað hafa á Íslandi þá geti salan verið um []%³¹⁹ meiri en áætlanir fyrirtækisins gera ráð fyrir. Þess ber aftur að geta að fyrrgreind áætlun um mögulega veltu Costco á fyrstu 12 mánuðum starfsemi sinnar og þróun innan einstakra vöruflokka er háð

³¹¹ Hér er ekki tekið tillit til tekna Costco vegna sölu aðildarkorta. M.v. þá forsendu að fjöldi aðila að Costco haldist óbreyttur, [] þúsund, má áætla að heildartekjur á ári nemi um [] milljónum króna án virðisaukaskatts. Þær tekjur hafa óveruleg áhrif á heildarveltu Costco. Fellt út vegna trúnaðar.

³¹² Fellt út vegna trúnaðar.

³¹³ Fellt út vegna trúnaðar.

³¹⁴ Sala Costco í flokkunum [] er nýtt

til áætlunar fyrir dagvörusölu fyrirtækisins. Fellt út vegna trúnaðar.

³¹⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

³¹⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

³¹⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

³¹⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

³¹⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

mikilli óvissu. [

.]³²⁰

Eins og fram hefur komið héldu Hagar því fram að málefnalegra væri að vinna úr þeim upplýsingum sem fyrir liggja um þróun veltu hjá Costco á þeim stöðum sem verslunin hefur farið inn á. Samkeppniseftirlitið telur rétt að benda á að þær tölulegu upplýsingar sem Hagar vísa í gefa aðeins mynd af meðaltalsbreytingu á sölu verslana Costco milli fyrstu starfsára þeirra. Af þeirri ástæðu komu þær upplýsingar ekki að notum við að áætla veltu Costco á fyrsta starfsári verslunarinnar á Íslandi þegar aðeins liggja fyrir upplýsingar um veltu fyrstu fjórar vikna starfseminnar.

Í könnun sem Gallup framkvæmdi 1. til 15. júní 2017 og Hagar vísa til í bréfi sínu frá 30. júní 2017 kemur fram að um [

] ³²¹

Hér verður einnig að líta til þess að ef horft er til fyrstu vikna í starfsemi Costco á Íslandi þá er samsetning viðskiptavina fyrirtækisins, þegar horft er til fjölda meðlimakorta, frábrugðin því sem hún er í Bretlandi. Þar er hlutfall fyrirtækja sem keypt hafa kort um []%³²² á meðan hlutfall fyrirtækja hjá Costco á Íslandi er um []%.³²³ Ekki liggja fyrir tölur um veltu til þessara tveggja hópa. Telja verður þó líklegt að meðaltal innkaupa hvers fyrirtækis sé hærra en hjá hverjum og einum einstaklingi. Því gefi tölur um fjölda meðlima bjagaða mynd af veltu hvors viðskiptamannahóps. Á hinn bóginn má ætla að hátt hlutfall einstaklinga hér á landi endurspegli mikinn áhuga Íslenskra neytenda á Costco. Þetta hlutfall kann að benda til þess að áhrif Costco á smásölumarkað hér á landi verði meiri en þekkt í Bretlandi.

11.4.3 Áhrif Costco á markaði þar sem Hagar og Lyfja eru keppinautar

Er það mat Samkeppniseftirlitsins að innkoma Costco muni ekki koma í veg fyrir eða hindra þær samkeppnishamlandi afleiðingar sem Samkeppniseftirlitið telur leiða af samruna Haga og Lyfju á mörkuðum þar sem samrunaaðilar eru nánari keppinautar, þ.e. fyrir hreinlætis- og snyrtivörur og heilsuvörur, sbr. umfjöllun hér að framan.

Í tengslum við mat á áhrifum Costco á markaðsstyrk samrunaaðila á umræddum mörkuðum verður að hafa í huga að Costco hefur aðeins opnað eina verslun á landinu meðan samrunaaðilar starfrækja báðir fjölda verslana um landið allt þar sem umræddar vörur eru seldar. Er því ljóst að áhrif innkomu fyrirtækisins á viðkomandi markaði munu verða afar takmörkuð á öðrum landfræðilegum mörkuðum en höfuðborgarsvæðinu.

Í öðru lagi benda framkomin sjónarmið frá umsagnaraðilum að vöruúrval Costco í hreinlætis- og snyrtivörum, vítamínum, bætiefnum og steinefnum og lífrænni mat- og

³²⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

³²¹ Fellt út vegna trúnaðar.

³²² Fellt út vegna trúnaðar.

³²³ Fellt út vegna trúnaðar.

drykkjarvörur sé ekki sambærilegt úrvali annarra söluaðila hér á landi auk þess sem úrvalið sé mun minna en hjá öðrum söluaðilum. Í umsögn [

].³²⁴ Þá

liggur fyrir að [

].³²⁵

Með vísan til framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að áhrif innkomu Costco á markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur séu takmörkuð og hafi ekki áhrif á þá samkeppniströskun sem ljóst er að mati Samkeppniseftirlitsins að muni leiða af samrunum. Hagar tiltaka þó að [

].³²⁶ Til viðbótar

við þau atriði sem fram koma hér að framan hafa seljendur hreinlætis- og snyrtivara ekki með beinum hætti getað greint í sölutölum sínum að Costco hafi haft marktæk áhrif á sölu. Í þeim tilfellum þar sem breytingar hafi orðið virðist vera erfitt að greina beint orsakasambandi við innkomu Costco. Í þessu sambandi má benda á að [

].³²⁷ taka það fram að þau fái ekki séð að innkoma Costco hafi haft marktæk áhrif á sölu eða framlegð í snyrtivörum. Þá tekur [

].³²⁸

Á heildarmarkaði fyrir smásölu vítamína, steinefna og bætiefna er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að áhrif Costco séu takmörkuð og hafi ekki áhrif á þá samkeppniströskun sem leiði af samrunanum. Til viðbótar við þau atriði sem fram koma hér að framan má nefna að Lyfja bendir á að [

].³²⁹ Sjónarmið Festi eru [

].³³⁰

Á heildarmarkaði fyrir smásölu á lífrænni mat- og drykkjarvöru er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að áhrif Costco séu takmörkuð og hafi ekki áhrif á þá samkeppniströskun sem leiði af samrunanum. Hagar tiltaka að [

].³³¹ Til viðbótar við þau atriði sem koma fram hér að framan má nefna að Lyfja nefnir að [

].³³² Festi bendir svo [

].³³³

Á heildarmarkaði fyrir smásölu á mat- og drykkjarvöru sem flokkast sem heilsuvara er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að áhrif Costco séu takmörkuð og hafi ekki áhrif á þá

³²⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

³²⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

³²⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

³²⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

³²⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

³²⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

³³⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

³³¹ Fellt út vegna trúnaðar.

³³² Fellt út vegna trúnaðar.

³³³ Fellt út vegna trúnaðar.

samkeppnisröskun sem leiði af samrunanum. Til viðbótar við þau atriði sem koma fram hér að framan má nefna að Lyfja telur að [

] ³³⁴ Basko,

Apótek Vesturlands og Ölgerðin taka það fram að [

]. Festi tekur það fram að félagið

hafi [

]. ³³⁵

11.4.4 Áhrif Costco á markað fyrir smásölu lyfja

Í tilviki markaðarins fyrir smásölu lyfja benda sölutölur Costco til þess að hlutdeild fyrirtækisins á höfuðborgarsvæðinu geti legið á bilinu [0-5]%-[0-5]%. Áhrifin er því óveruleg.

11.4.5 Áhrif Costco á stöðu Haga á dagvörumarkaði

Í athugasemdum Haga er, líkt og áður segir, því haldið fram að Costco hafi haft gríðarleg áhrif á stöðu verslana Haga á markaðnum. Þá hafa Hagar haldið því fram að allir helstu þættir sem leiddu til skilgreiningar á markaðsráðandi stöðu Haga á árinu 2008 hafi tekið veigamiklum breytingum, bæði á undanförunum árum, með uppskiptingu Haga þegar 10-11 var selt frá fyrirtækinu, með samdrætti í verslunarfermetrum, og minnkandi markaðshlutdeild Haga ekki síst nú að undanförunu með innkomu erlends verslanarisa. Að mati Haga hafi ekki með fullnægjandi hætti verið tekið tillit til markaðshlutdeildar Costco á markaðnum við mat á markaðshlutdeild Haga. Þá sé nauðsynlegt að taka tillit til efnahagslegs styrkleika Costco. Taka Hagar fram að Costco sé með 200 falda veltu Haga, sem jafnframt nemi fimmfaldri landsframleiðslu Íslands og sé um að ræða efnahagslegan styrk sem ekki hafi áður þekkt á íslenskum markaði. Vart sé hægt að draga í efa að efnahagslegur styrkur Haga sé mun minni en Costco. Þá er fullyrt að verslunin selji vörur undir kostnaðarverði sem sé vitnisburður um efnahagslegan styrkleika fyrirtækisins. Hagar halda því einnig fram að innkoma Costco á íslenskan dagvörumarkað sýni að aðgangshindranir sem samkeppnisyfirvöld hafi talið vera til staðar séu ekki raunverulegar og geti röksemdir sem lúti að ætluðum aðgangshindrunum því ekki orðið til þess að Hagar verði skilgreindir í markaðsráðandi stöðu eða til þess að styrkja slíka niðurstöðu.

Samkeppniseftirlitið áréttar hér framangreinda umfjöllun og telur að ekki sé unnt að fallast á að umræddar breytingar, sem raktar eru í bréfi Haga, megi allar með beinum hætti rekja til innkomu Costco á markaðinn. Sökum þessa er ekki unnt að segja til um hver áhrifin verða til framtíðar á grundvelli þeirra.

Samkeppniseftirlitið tekur einnig fram að í tilviki dagvörumarkaðarins benda sölutölur Costco á þeim fáu vikum sem fyrirtækið hefur starfað hér á landi til þess að hlutdeild fyrirtækisins á landsvísu geti legið á bilinu [0-5]%-[5-10]%. Þá benda upplýsingar frá fyrirtækjum á dagvörumarkaðnum til þess að áhrifanna gæti fyrst og fremst í tilteknum vörflokkum sem hafi lengri líftíma, s.s. klósett- og eldhúspappír, bleyjum o.s.frv.

³³⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

³³⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

Af framkomnum upplýsingum í svörum Haga frá 30. júní 2017 um áhrif af innkomu Costco í dagvörusölu má sjá að tölur Haga haldast í hendur við mánaðarlega könnun Gallup á því hvar neytendur gera stærstan hluta matarinnkaupa sinna:

[

] ³³⁶

Af framangreindri mynd má sjá að hlutfall þeirra sem svara því til að stærstur hluti matarinnkaupa heimilisins verði gerður í Bónus hefur [

] ³³⁷ Hins vegar ber að geta þess að ef rýnt er í þessar tölur má sjá að

[

] ³³⁸ Er því ekki unnt að staðhæfa að umrædd lækkun verði með beinum hætti rakin til innkomu Costco á markaðinn.

Með tölvupósti, dags. 6 júlí 2017, benda Hagar Samkeppniseftirlitinu á „*umfjöllun í fjölmiðlum (m.a. í Markaðnum, sérblaði Fréttablaðsins í gær) þar sem fram kemur að söluaukning virðist vera meiri hjá Samkaupum og Kaupás heldur en hjá Högum, sem hafa fækkað verslunarfermetrum. Ársreikningar félaganna ættu að leiða þetta í ljós og vilja Hagar hvetja SE til að líta til þessa við mat á stöðu fyrirtækja á dagvörumarkaði. Að mati Haga er staðan sú að enginn aðili er markaðsráðandi á dagvörumarkaði.*“ Styðja þessar tölur einnig framangreint að mati Samkeppniseftirlitsins, þ.e. að hluti af söluminnkun Bónuss megi rekja til aukinna vinsælda annarra aðila, þ.e. ekki einungis Costco. Þá má

³³⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

³³⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

³³⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

einnig nefna það að Hagar hafa fækkað verslunarfermetrum, s.s. í Hagkaupum í Smáralind, sem getur jafnframt leitt til minni sölu en ella.

Samkeppniseftirlitið leggur áherslu á að ekki sé hægt að ganga út frá því sem vísu, þó að um öflugt alþjóðlegt fyrirtæki sé að ræða, að innkoma þess verði með þeim hætti hér á landi að hún geti dregið úr þeim verulega markaðsstyrk samrunaaðila og þeirri samþjöppun sem frummat Samkeppniseftirlitsins benti til þess að samruninn myndi hafa í för með sér næði hann fram að ganga. Aðalatriðið er að meta markaðshlutdeild og þann efnahagslega styrkleika viðkomandi fyrirtækis eins og hann birtist á hinum íslenska markaði.³³⁹ Með öðrum orðum er í samkeppnisrétti á engan hátt sjálfgefið að innkoma fyrirtækis, sem er mjög öflugt í öðrum ríkjum, leiði til þess að markaðsstyrkur fyrirtækja sem fyrir hendi eru hverfi, eða minnki stórkostlega, þegar til lengri tíma er litið. Fyrirtæki sem lengi hafa starfað á tilteknum markaði geta haft forskot gagnvart nýjum keppinautum.³⁴⁰

Þá ber að hafa í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.³⁴¹ Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.³⁴² Jafnvel þótt markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis minnki á því tímabili sem til skoðunar er telst það markaðsráðandi ef hlutdeildin er eftir sem áður mjög há.³⁴³ Eins og að framan greinir verður einnig að horfa til markaðshlutdeildar keppinauta og bera hana saman við hlutdeild þess fyrirtækis sem til rannsóknar er. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, þótti hafa þýðingu að markaðshlutdeild Haga var 20-25% hærri en hjá helsta keppinaut fyrirtækisins. Í EES/ESB-samkeppnisrétti er einnig litið svo á að það sé vísbending um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.³⁴⁴ Litið er svo á að meira en 20% munur á markaðshlutdeild hins ætlaða ráðandi fyrirtækis og stærsta keppinautarins

³³⁹ Þetta hefur skýrlega komið fram í réttarframkvæmd hér á landi. Fyrir samkeppnisyfirlitum og dómstólum vísaði Valitor til þess að félagið væri að keppa við öflugan erlendan aðila (PBS) og að Valitor hafi ekki „ekki getað hagað sér án tillits til PBS, en fjárhagslegur styrkur þess fyrirtækis sé margfaldur á við stefnanda“ Héraðsdómur Reykjavíkur féllst ekki á þetta og benti á að það hafi verið „réttmætt að horfa fram hjá styrk PBS á öðrum mörkuðum þegar staðan á markaðnum hér á landi er metin.“ Staðfesti Hæstiréttur þetta, sbr. dóm hans í máli nr. 419/2015.

³⁴⁰ Í máli sem endaði með dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 205/2011 (sbr. og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2007 og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007) var tekin afstaða til þess hvort Icelandair væri í markaðsráðandi stöðu á mörkuðum fyrir áætluðum flug. Til stuðnings því að fyrirtækið væri ekki markaðsráðandi vísaði Icelandair m.a. til þess að „risastór erlend flugfélög“ hefðu hafið flug til Íslands og veittu Icelandair harða samkeppni. Um var að ræða British Airways og SAS. Ekki var fallist á að Icelandair væri ekki í markaðsráðandi stöðu og benti t.d. Samkeppniseftirlitið á ýmislegt forskot sem Icelandair naut á sínum heimamarkaði.

³⁴¹ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 85/76, Hoffman-La Roche gegn framkvæmdastjórninni [1979] ECR 3451.

³⁴² Sjá dóm dómstóls ESB í máli nr. 2/76, United Brands gegn framkvæmdastjórninni [1978] ECR 207. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03, France Télécom gegn framkvæmdastjórninni: „*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 ...*“

³⁴³ Sjá dóm undirréttar ESB í sameinuðum málum nr. m.a. T-24/93, Compagnie Maritime Belge gegn framkvæmdastjórninni [1996] ECR II-1201. Sjá einnig framangreindan dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03. Í málinu var vísað til þess að markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis (WIN) hafði á brotatímabilinu minnkað úr 72% í 63,6%. Var því haldið fram að þetta sýndi virka samkeppni á markaðnum og WIN gæti því ekki verið í markaðsráðandi stöðu. Undirréttur ESB féllst ekki á þetta: „*With regard to the fall in market shares between August and October 2002, a decline in market shares which are still very large cannot in itself constitute proof of the absence of a dominant position ... Even by proceeding on the basis of the figure put forward by WIN, WIN's market share was still in fact very high at the end of the infringement period.*“

³⁴⁴ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fimmta útgáfa 2009 bls. 110: „*When there is a significant gap between the market share of the potentially dominant undertaking and the market shares of its competitors, this element may be considered as confirmation of the existence of a dominant position.*“

sé sterk vísbending um ráðandi stöðu, sérstaklega ef sá munur hefur verið fyrir hendi um talsverðan tíma.³⁴⁵

Hagar hafa lengi haft yfirburðarhlutdeild á dagvörumarkaði, en markaðshlutdeild er sem fyrr segir einn veigamesti mælikvarði á markaðsstöðu fyrirtækis.³⁴⁶ Eins og fram kemur hér að framan voru Hagar með mikla hlutdeild á dagvörumarkaði á viðmiðunartímabilinu árið 2015 og 2016. Ef miðað er við landið allt árið 2016 voru Hagar með [45-50]% hlutdeild en [50-55]% hlutdeild á höfuðborgarsvæðinu. Ljóst er að hlutdeild Haga er meira en tvöfalt meiri en hlutdeild Festi, þess keppnautar sem næst kemur að stærð, samkvæmt þessum viðmiðunum.

Þá er ljóst að Hagar hafa haldið þessum miklu yfirburðum í markaðshlutdeild í langan tíma bæði fyrir og eftir viðmiðunartímabilið.³⁴⁷ Það hefur þýðingu í samkeppnisrétti en í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 70/2007 segir:

„Sú staðreynd að Eimskip hefur haldið þessari yfirburðahlutdeild í a.m.k. áratug er í beinni mótsögn við þá fullyrðingu félagsins að litlar eða engar aðgangshindranir séu að markaðnum. Ef litlar aðgangshindranir væru að þessum markaði leiða hagfræðileg rök til þess að nýir eða starfandi keppnautar hefðu með aðgerðum sínum dregið verulega úr markaðsstyrk Eimskips. Það hefur ekki gerst á því tímabili sem til skoðunar er og er það, eitt og sér, óræk vísbending um markaðsráðandi stöðu Eimskips og að aðstæður á markaði hindri nýja og starfandi keppnauta í að komast inn á markaðinn eða efla verulega hlut sinn.“³⁴⁸

Sömu sjónarmið eiga að breyttum breytanda við í þessu máli.

³⁴⁵ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. COMP/M.1741 MCI/WorldCom/Sprint. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í Tetra Pak II málinu, OJ 1992 L72/1. Til stuðnings því að Tetra Pak væri markaðsráðandi var m.a. vísað til þess að Tetra Pak hefði 55% markaðshlutdeild en helstu keppnautarnir höfðu hins vegar 27% og 11% markaðshlutdeild.

³⁴⁶ Hér að rifja upp það sem segir í dómi héraðsdóms Reykjavíkur í Hagamálinu, sem Hæstiréttur staðfesti með vísan til forsendna, um mikilvægi markaðshlutdeildar: Í dómi héraðsdóms kemur fram að við „mat á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði er litið til nokkurra atriða og þau metin saman:

1. Hver er markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á skilgreindum markaði og þróun hennar. Ein viðmiðun er að ef markaðshlutdeild fer yfir 50% þá eru allar líkur á að fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.
2. Litið er til markaðshlutdeildar þess fyrirtækis sem verið er að meta og hún borin saman við markaðshlutdeild annarra fyrirtækja á markaði. Ef miklu munar á markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem stærstu hlutdeild hefur og þess fyrirtækis sem næst kemur í röðinni er líklegt að stærsta fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.
3. Þá er einnig litið til aðgangshindrana að markaði. Hér er átt við atriði á borð við lagalegar hindranir, fjárhagslegar hindranir, stærðarhagkvæmni, aðgengi að birgjum, þróað sölukerfi og þekkt vörumerki."

Fram kemur einnig að dómurinn telji að „þriðja atriðið sem nefnt er að framan, þ.e. aðgangshindranir að markaði, ráði ekki úrslitum þegar meta skal hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu ...“ (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)

³⁴⁷ Sjá t.d. Faull & Nikpay, The EC Law of Competition, önnur útgáfa 2007, bls. 321: „The temporal element is crucial to the existence of dominance. In the absence of insurmountable barriers to entry, market forces would normally ensure that dominance is not sustainable over the long term.“

³⁴⁸ Sjá hér einnig dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 Hoffmann-La Roche gegn framkvæmdastjórninni [1979] ECR 461: „An undertaking which has a very large market share and holds it for some time, ... is by virtue of that share in a position of strength which makes it an unavoidable trading partner and which, already because of this secures for it, at the very least during relatively long periods, that freedom of action which is the special feature of a dominant position.“ Sjá einnig Lindsay, The EC Merger Regulation: Substantive Issues, önnur útgáfa 2006 bls. 220: „If the merging parties have held consistently high market shares over several years, this suggests that they enjoy market power.“

Hagar búa einnig yfir öðrum styrkleika samanborið við keppinauta fyrirtækisins á dagvörumarkaði. Styrkur vegna vöruúrvals, öflugs dreifingarkerfis og starfsemi Haga á sviði innflutnings og dreifingar á dagvöru og á öðrum tengdum mörkuðum er til þess fallin að efla stöðu fyrirtækisins á skilgreindum mörkuðum, sbr. umfjöllun hér að framan. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að jafnvel þó tekið verði mið af áætlaðri hlutdeild Costco á markaðnum, sbr. framangreindar forsendur, gefur markaðshlutdeild Haga ein og sér sterkar vísbendingar um markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins á dagvörumarkaði. Þá ber að hafa í huga að Costco rekur aðeins eina verslun í Garðabæ en Hagar hafa mjög sterka stöðu á öðrum landfræðilegum mörkuðum málsins.

Af könnun Gallup frá 22. júní 2017, *Greining á áhrifum af komu Costco*, sem fylgdi með svarbréfi Haga, dags. 30. júní 2017, má sjá [

].³⁴⁹

Miðað við sölu Costco fyrstu vikur fyrirtækisins á Íslandi og að teknu tilliti til líklegra opnunaráhrifa bendir mat Samkeppniseftirlitsins til þess að hlutdeild Costco á dagvörumarkaðnum á Íslandi gæti legið samtals á bilinu [0-5]-[5-10]% og að hlutdeild Haga geti því mögulega lækkað um [0-5]-[0-5] prósentustig eða úr [45-50]% í [45-50]-[45-50]%. Ef aðeins er horft til dagvörumarkaðarins á höfuðborgarsvæðinu gæti hlutdeild Costco legið á bilinu [5-10]-[5-10]% og hlutdeild Haga þá lækkað um [0-5]-[5-10] prósentustig eða úr [50-55]% í [45-50]-[50-55]%. Benda þessar niðurstöður því til þess að hlutdeild Hagar verði, eftir innkomu Costco, um [45-50]-[45-50]% á landinu öllu og um [45-50]-[50-55]% á höfuðborgarsvæðinu.

Að því er varðar sjónarmið um efnahagslegan styrkleika er ljóst að Costco á Íslandi er í eigu fyrirtækis sem samkvæmt opinberum upplýsingum er mjög stórt á íslenskan mælikvarða. Getur eignarhald verslunarinnar þó eitt og sér ekki haft ráðandi áhrif á mat Samkeppniseftirlitsins á samkeppnishamlandi áhrif samrunans. Því síður eru vísbendingar um að eignarhald fyrirtækisins hafi áhrif á það mat að Hagar séu markaðsráðandi enda mikill munur á hlutdeild fyrirtækjanna á þeim mörkuðum sem áhrif hafa í máli þessu. Að því er varðar fullyrðingar um að Costco selji vörur undir kostnaðarverði fær Samkeppniseftirlitið ekki séð að sú fullyrðing byggji nema á einu dæmi, þ.e. vatnsflöskum, sem virðist mega rekja til mistaka, þ.e. ekki virðist hafa verið tekið tillit til skilagjalds. Eins og sjá má í greiningu Kantar retail sem Hagar afhentu Samkeppniseftirlitinu í tengslum við rannsókn málsins [

].³⁵⁰

Að því er varðar sjónarmið Haga um að aðgangshindranir séu ekki lengur fyrir hendi inn á dagvörumarkaðinn, m.a. í ljósi innkomu nýrra aðila síðustu ár og innkomu Costco, er rétt að benda á að Samkeppniseftirlitið hefur í niðurstöðu sinni, sbr. einnig fyrri skýrslur

³⁴⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁵⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

Samkeppniseftirlitsins um dagvörumarkaðinn, tekið tillit til innkomu nýrra aðila sem hafið hafa starfsemi á markaðnum, sbr. umfjöllun hér að framan.

Það að Costco hafi getað hafið rekstur gefur að mati Samkeppniseftirlitsins takmarkaðar vísbendingar um þær aðgangshindranir sem fyrir hendi eru á dagvörumarkaðnum í ljósi efnahagslegs styrks þess fyrirtækis. Hins vegar er ekki útilokað að innkoma Costco geti að einhverju leyti dregið úr aðgangshindrunum smærri fyrirtækja, að því gefnu að þau geti í einhverjum tilfellum fengið hagstæðari kjör í Costco af ákveðnum vöruflokkum. Hins vegar er ljóst að smásölufyrirtæki sem versla stóran hluta af vöruúrvali sínu í Costco geta ekki talist af þeirri stærðargráðu að geta veitt stærri aðilum á markaði umtalsvert samkeppnislegt aðhald. Samkeppniseftirlitið hefur að minnsta kosti engar upplýsingar um að stærri fyrirtæki á dagvörumarkaðnum hafi keypt inn vörur til endursölu úr verslunum Costco.

Með vísan til framangreindra upplýsinga og gagna sem aflað hefur verið frá því andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins var sent samrunaaðilum 26. maí 2017 um áhrif innkomu Costco á skilgreinda markaði þessa máls, sbr. einnig umfjöllun í frummati Samkeppniseftirlitsins um áhrif innkomu Costco, er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að lokinni viðbótarrannsókn, á þessu atriði sérstaklega, að ekki fáist séð að innkoma Costco muni ein og sér hafa slík áhrif á markaði þessa máls að hún komi í veg fyrir eða hindri þær verulegu samkeppnishamlandi afleiðingar sem Samkeppniseftirlitið hefur talið leiða af fyrirhugðum samruna Haga og Lyfju, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Vísast þar sérstaklega til samkeppnishamlandi áhrifa á markaði fyrir „sér“ og almennar hreinlætis- og snyrtivörur, heildarmarkað fyrir smásölu vítamína, steinefna og bætiefna, heildarmarkað fyrir smásölu á lífrænni mat- og drykkjarvöru og heildarmarkaðs fyrir smásölu á mat- og drykkjarvöru sem flokkast sem heilsuvara í framangreindum skilningi.

Til viðbótar er það einnig niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Hagar séu markaðsráðandi stöðu á dagvörumarkaði, sbr. einnig umfjöllun hér á eftir.

12. Kaupendastyrkur

Við mat á samruna verður að taka til skoðunar hvort viðskiptavinir hins sameinaða fyrirtækis hafi það mikinn styrk að þeir geti komið í veg fyrir eða dregið verulega úr þeim samkeppnishömlum sem stafað geta af samrunanum (e. *countervailing buying power*). Í samkeppniserétti merkir hugtakið kaupendastyrkur það að kaupendur séu svo öflugir að þeir ryðji burt eða geri að engu þann efnahagslega styrk sem seljandi hefur, svo sem á grundvelli hárrar markaðshlutdeildar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006, *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.³⁵¹ Í láréttu leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB er kaupendastyrkur metinn með hliðsjón af getu viðskiptavinarins til að semja við hið sameinaða félag í krafti stærðar sinnar, þýðingu viðskiptanna fyrir hið sameinaða félag og möguleikunum til að leita til annars seljanda.

³⁵¹ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í *Coca-Cola/Amalgamated Beverages* málinu nr. COMP/M.794: „... in an assessment of dominance the question is whether there is sufficient countervailing buyer power to neutralise the market power of the parties.“

Markaðir, þar sem kaupendastyrkur er verulegur, eru því óvenjulegrar gerðar og kaupendur á honum mjög fáir og öflugir. Er því sjaldgæft að kaupendastyrkur dugi til þess að afstýra samkeppnishömlum í málum þar sem mikil samþjöppun verður eftir viðkomandi samruna.³⁵² Jafnframt verður að gæta að því að kaupendastyrkur fárra öflugra kaupenda nægir ekki í þeim tilvikum þegar jafnframt eru margir veikir kaupendur á markaðnum. Ástæða þess er sú að fyrirtæki með háa markaðshlutdeild getur hæglega beitt markaðsstyrk sínum gagnvart hinum veiku kaupendum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006.³⁵³

Samrunaaðilar fjalla ekki sérstaklega um möguleg áhrif kaupendastyrks í samrunaskrá. Eru því engin rök eða sjónarmið sett fram því til stuðnings að eðli og styrkur kaupenda sé með þeim hætti að hann geti unnið gegn þeim samkeppnishömlum sem ella myndu stafa af samrunanum.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst að á hinum skilgreindu smásölumörkuðum í þessu máli séu kaupendur fyrir hendi sem ekki verða taldir hafa til að bera fullnægjandi markaðsstyrk.

Í samrunaskrá eru tilgreindir tíu stærstu viðskiptavinir Heilsu, en þeir eru [

].³⁵⁴ Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að umræddir viðskiptavinir séu það öflugir að þeir ryðji burt eða geri að engu þann efnahagslega styrk sem hið sameinaða félag mun búa yfir. Í þessu sambandi tekur eftirlitið jafnframt fram að []%³⁵⁵ af heildarveltu Heilsu er vegna sölu til samrunaaðila.

13. Styrking á markaðsráðandi stöðu Haga á dagvörumarkaði

Hér að framan hefur Samkeppniseftirlitið fært rök fyrir þeirri niðurstöðu sinni að Hagar séu enn í markaðsráðandi stöðu á dagvörumarkaði, sbr. fyrri ákvarðanir samkeppnisyfirvalda og dómstóla. Markaðshlutdeild félagsins var árið 2016 [45-50]% á landinu öllu og [50-55]% á höfuðborgarsvæðinu og hefur lítið breyst milli ára. Þá hefur einnig verið rakið hér að framan að Hagar og tengd félög búi enn yfir umtalsverðum styrkleika samanborið við keppinauta fyrirtækisins á dagvörumarkaði. Talsverðar aðgangshindranir séu inn á markaðinn sem stafa m.a. af sterkri stöðu, kaupendastyrk og lóðréttri samþættingu Haga. Styrkur vegna vöruúrvals, öflugs dreifingarkerfis og starfsemi Haga á sviði innflutnings og dreifingar á dagvöru og á öðrum tengdum mörkuðum er einnig til þess fallinn að efla stöðu fyrirtækisins á viðkomandi mörkuðum.

Hér að framan hefur einnig verið komist að þeirri niðurstöðu að Lyfja sé stærsta starfandi lyfjakeðjan á landinu. Fyrirtækið selur einnig fjölbreytt úrval annarra vara í lyfjaverslunum sínum, m.a. fjölbreytt úrval hreinlætis- og snyrtivara, vítamín, bætiefni og steinefni svo og lífræna mat- og drykkjarvörur og mat- og drykkjarvörur í flokki heilsuvara, auk fjölmargra

³⁵² Sjá t.d. Lindsay & Berridge, *The EC Merger Regulation*, þriðja útgáfa 2009, bls. 2009.

³⁵³ Sjá hér einnig dóm undirréttar ESB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v. Commission* [1999] ECR II-2969.

³⁵⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁵⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

annarra vörflokka, s.s. hjúkrunarvara. Þá á Lyfja Heilsuhúsið sem er stærsta sjálfstætt rekna sérverslun landsins með heilsuvörur.

Samkeppniseftirlitið hefur einnig komist að þeirri niðurstöðu að hið sameinaða félag öðlist afar sterka stöðu í smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum, en félagið verður með [55-60]-[75-80]% markaðshlutdeild á landinu öllu eftir samrunann eftir því hvernig litið er markaðinn, og [50-55]-[75-80]% á höfuðborgarsvæðinu. Hið sameinaða félag verður jafnframt með á bilinu [45-50]% hlutdeild á heildarmarkaði fyrir vítamín, bætiefni og steinefni á landinu öllu og [45-50]% hlutdeild á höfuðborgarsvæðinu. Þá verður hið sameinaða félag með [45-50]% á heildarmarkaði fyrir lífræna mat- og drykkjarvöru á landinu öllu og [45-50]% á höfuðborgarsvæðinu, meðan félagið verður með [35-40]% á heildarmarkaði fyrir mat- og drykkjarvörur í flokki heilsuvara á landinu öllu og [35-40]% á höfuðborgarsvæðinu.

Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins, m.a. í ljósi sterkrar stöðu Haga að öðru leyti, s.s. vegna mikils vöruúrvals, kaupendastyrks, lóðréttrar samþættingar og dreifingarkerfis að hið sameinaða félag a.m.k. öðlast markaðsráðandi stöðu í smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum og undirmörkuðum heilsuvara þó ekki sé um bein samlegðaráhrif á einstökum svæðum að ræða, t.d. þar sem Lyfja er ein með verslun. Ljóst er í þeim tilvikum að mati Samkeppniseftirlitsins að samruninn muni styrkja Lyfju mikið á þessum svæðum, stöðu Haga á landsvísu og draga úr líkum á því að nýir keppinautar geti haslað sér völl.

Fyrir liggur að samrunaaðilar selja sambærilegar vörur á ákveðnum sviðum, m.a. á sviði hreinlætis- og snyrtivara og heilsuvara, sem höfða til sama hóps viðskiptavina, uppfylla sömu þarfir þeirra og eru í mörgum tilvikum keyptar af sömu heildsölum. Bendir athugun Samkeppniseftirlitsins í þessu máli til þess að fyrirtæki samrunaaðila séu í reynd mjög nánir keppinautar á þeim sviðum þar sem mesta skörunin virðist vera í vöruúrvali þeirra, þ.e. hreinlætis- og snyrtivöru, vítamínum, bætiefnum og steinefnum, lífrænni mat- og drykkjarvöru og mat- og drykkjarvöru í flokki heilsuvara, bæði í heildsölu og á smásölustigi, sbr. umfjöllun hér að framan.

Líkt og áður hefur verið rakið kaupa samrunaaðilar báðir flestar sínar vöru af innlendum söluaðilum. Eru Hagar nú þegar langstærsti viðskiptavinur fjölmargra heildsala og njóta í krafti þeirrar stöðu kjara í samræmi við það. Þá eru samrunaaðilar með marga sameiginlega birgja, m.a. í dagvöru, hreinlætis- og snyrtivörum, vítamínum, bætiefnum og steinefnum, lífræna mat- og drykkjarvörur og mat- og drykkjarvörur í flokki heilsuvara, og lyfjamarkaði.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru þessar aðstæður með þeim hætti að Hagar hafa á grundvelli sterkrar stöðu á tengdum mörkuðum bæði möguleika og getu til þess að styrkja markaðsráðandi stöðu sína á dagvörumarkaði með lægri innkaupa- og flutningskostnaði.

Í gögnum frá Arctica Finance kemur það beinlínis fram, en þar segir n.t.t.:

[

J³⁵⁶

Af framangreindum gögnum er ljóst að Hagar ganga sjálfir út frá því að þeir muni ná fram aukinni framlegð með lækkuðum innkaups- og flutningskostnaði á tilteknum vöruflokkum eftir samrunann. Kemur þetta einnig fram í samrunaskrá.

Ljóst er að með auknum innkaupastyrk mun hið sameinaða félag líklega ná fram betri kjörum hjá heilidsölum eða framleiðendum sem aðrir keppinautar hafa ekki möguleika á að ná. Við mat á því hvort heimila skuli samruna sem hindrar virka samkeppni eða verður til þess að samkeppni á markaði raskast að öðru leyti með umtalsverðum hætti, sbr. 17. gr. c. samkeppnislaga, skiptir hins vegar máli hvort það hagræði sem af samrunanum leiðir skilar sér til neytenda, sbr. umfjöllun hér á eftir. Þá getur aukinn innkaupastyrkur skipt máli við heildarmat á því hvort markaðsráðandi fyrirtæki sé að styrkja markaðsráðandi stöðu sína við samruna, sem getur réttlætt íhlutun í samruna á grundvelli 17. gr. c samkeppnislaga.

Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að hið sameinaða félag muni á grundvelli núverandi markaðsstyrks þess á dagvörumarkaði styrkja stöðu sína á öðrum smásölumörkuðum þessa máls á kostnað smærra aðila, m.a. á markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur, heildarmarkaði fyrir vítamín, bætiefni og steinefni, heildarmarkaði fyrir lífræna mat- og drykkjarvöru og heildarmarkaði fyrir mat- og drykkjarvörur í flokki heilsuvara, og jafnvel á lyfjamarkaði.

Í viðræðum við aðila á markaðnum í tengslum við athugun málsins hefur jafnframt verið bent á að framlegð af lyfseðilsskyldum lyfjum sé afar takmörkuð og sala bæði á öðrum vörum og lausasölulyfjum því nauðsynleg fyrir rekstrargrundvöll apóteka. Aukinn markaðsstyrkur hins sameinaða félags mun því samhliða styrkja stöðu félagsins í heild og þar með markaðsráðandi stöðu þess á dagvörumarkaði. Afleiðing þess getur að endingu verið útilokun smærra keppinauta félagsins á viðkomandi mörkuðum, en sú niðurstaða er almennt talin líklegri í þeim tilvikum að samrunafyrirtækið er þegar markaðsráðandi eða með sterka stöðu á skilgreindum smásölumörkuðum.

Hér verður einnig að líta til þess að Hagar eru við samrunann einnig að kaupa Heilsu, sem er eitt af stærri innflutnings- og dreifingarfyrirtækjum á landinu í heilsuvörum og selur vörur sínar meðal annars til keppinauta Hagar. Í fyrirliggjandi gögnum frá Arctica Finance má sjá að [

J³⁵⁷

³⁵⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁵⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

M.ö.o. virðast Hagar ganga út frá því að [

] ³⁵⁸

Í fyrirbyggjandi gögnum frá Arctica Finance segir jafnframt:

[

] ³⁵⁹

Í þessu sambandi vísar Samkeppniseftirlitið einnig til sölukynningar Virðingar, þar sem segir m.a. um staðsetningar verslana Lyfju:

[

] ³⁶⁰

Á grundvelli þess komst Samkeppniseftirlitið að þeirri frumniðurstöðu í andmælaskjali að Hagar hyggðust samþætta staðsetningar apóteka Lyfju og dagvöruverslana sinna auk þess sem fyrirsjáanlegt væri að þeir myndu auka vöruframboð núverandi verslana Lyfju, s.s. á sviði hreinlætis- og snyrtivara og heilsuvara.

Í athugasemdum Haga við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins er því mótmælt að „ljóst sé“ af framangreindum sölukynningum seljanda Lyfju og greiningu ráðgjafafyrirtækisins Artica Finance að Hagar hyggist samþætta staðsetningar apóteka Lyfju og dagvöruverslana sinna. Um þetta hafi einfaldlega ekki verið tekin ákvörðun innan Haga.

Í ljósi þess að hagræðing í húsnæðiskostnaði er eitt þeirra atriða sem tilgreint var sérstaklega sem markmið samrunans í samrunaskrá fær Samkeppniseftirlitið ekki ráðið að framangreindar athugasemdir Haga standist fyllilega skoðun. Í öllu falli er það mat Samkeppniseftirlitsins að framangreind gögn gefi sterka vísbendingu um að Hagar hyggist samþætta staðsetningar apóteka Lyfju og dagvöruverslana félagsins.

Í þessu sambandi athugast það einnig að algengt er erlendis að lyfjaverslanir séu reknar innan dagvöruverslana („store in store“), innan sama húsnæðis eða í húsnæði við hlið dagvöruverslunum. Nærtækt dæmi um slíka samþættingu apóteka og dagvöruverslana erlendis eru t.d. verslanir Costco Wholesale. Benda viðræður Samkeppniseftirlitsins við aðila á markaðnum jafnframt til þess að staðsetningar apóteka nálægt dagvöruverslunum séu verulega mikilvægar fyrir gengi bæði dagvöruverslana og apóteka þar sem

³⁵⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁵⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁶⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

viðskiptavinir sjái hag í að kaupa umræddar vörur í sömu ferð. Með tilkomu rafrænna lyfseðla hafi mikilvægi staðsetninga lyfjaverslana breyst og sé í dag nær því að vera hið sama og gildi um dagvöruverslanir. Megi sjá þess dæmi á fjölmörgum stöðum þar sem lyfjaverslanir séu staðsettar innan sama húsnæðis og dagvöruverslanir. Í þessu sambandi má t.d. nefna sem dæmi lyfjaverslanir Lyfju sem staðsettar eru innan sama húsnæðis og verslanir Haga í Skeifunni og á Akureyri, en þó á afmörkuðu svæði innan húsnæðisins auk þess sem verslanir Lyfju eru staðsettar innan sama húsnæðis og Samkaup, m.a. í Borgarnesi. Hafa Samkaup m.a. lýst yfir sérstökum áhyggjum af því að samruninn muni veikja samkeppnisstöðu verslana Samkaupa vegna staðsetningar á verslunum og frekari samtönnun á lyfjabúðum Lyfju og verslana Haga. Þrjár af verslunum Lyfju séu reknar í húsnæði sem liggur nærri verslunum Nettó; í Reykjanesbæ, í Borgarnesi og á Egilsstöðum, þar sem Lyfja leigi rými beint af Samkaupum undir verslun. Það gæti haft veruleg áhrif á verslanir Nettó ef verslanir Lyfju yrðu færðar frá verslunum Nettó og nær verslunum Bónuss.

Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samþætting staðsetninga lyfjaverslana Lyfju og dagvöruverslana Haga muni styrkja markaðsráðandi stöðu Haga á dagvörumarkaði. Þá kann þessi staða jafnframt að styrkja stöðu hins sameinaða fyrirtækis á lyfjamarkaði, markaði fyrir alhliða hreinlætis- og snyrtivörur og skilgreinda markaði fyrir heilsuvörur, svo og aðra tengda markaði, s.s. markað fyrir leigu á atvinnuhúsnæði, á kostnað smærri aðila.

Í þessu sambandi er einnig rétt að ítreka sem bent hefur verið á hér að framan um mikilvægi staðsetninga verslana á smásölumarkaði og að aðgangshindranir geti raunar falist í skorti á landsvæði undir verslanir þar sem „bestu“ staðsetningar hafa þegar verið teknar undir verslanir fyrirtækja sem fyrir eru á markaðnum. Á þetta ljóslega bæði við um dagvörumarkaðinn og lyfjamarkaðinn, svo og aðra smásölumarkaði þessa máls.

Ljóst er að dagvöruverslanir Haga eru yfir 43 talsins á landinu öllu og má halda því fram að Hagar ráði yfir mörgum lykilstaðsetningum í smávöruverslun, jafnt á höfuðborgarsvæðinu sem annars staðar á landinu. Lyfja rekur samtals 33 apótek og útibú auk 11 „pokaapóteka“ á landinu öllu undir merkjum lyfjaverslanakeðjanna Lyfju og Apóteksins. Þá rekur Lyfja sex verslanir undir merkjum Heilsuhússins, m.a. á höfuðborgarsvæðinu, Akureyri og Selfossi.

Er það mat Samkeppniseftirlitsins að fjöldi og staðsetningar verslana Lyfju og möguleg aukning í vöruúrvali Lyfju, s.s. í hreinlætis- og snyrtivöru eða heilsuvöru, muni styrkja stöðu hins sameinaða félags á dagvörumarkaði við samrunann. Þá geti aukning í vöruúrvali einnig styrkt stöðu félagsins á lyfjamarkaði og öðrum skilgreindum mörkuðum þessa máls.

Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að þær hömlur sem settar eru á sölu matvöru í lyfjabúðum og við sölu lyfja í matvörubúðum dragi úr mögulegum útilokandi áhrifum samrunans. Í þessu sambandi verður að hafa í huga að verslanir í eigu Lyfju selja nú þegar töluvert af öðrum dagvörum, hreinlætis- og snyrtivörum og heilsuvörum, og ætti að vera lítið því til fyrirstöðu að auka við það vöruframboð að því marki sem lög leyfa. Þá virðist lítið því til fyrirstöðu að lyfsala sé rekin innan sama húsnæðis og dagvöruverslun eða við hlið dagvöruverslunar.

Í athugasemdum Haga við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins er tekið fram varðandi framangreint að nær allar verslanir Haga séu reknar í leiguhúsnæði í eigu annarra. Ýmsir leigusamningar vegna verslunarhúsnæðis Haga [

].³⁶¹ Það

sama gildi um Lyfju en lang stærsti hluti lyfjaverslana Lyfju sé rekinn í leiguhúsnæði.

Í tengslum við framkomin sjónarmið Haga við því að nær allar verslanir beggja samrunaaðila séu reknar í leiguhúsnæði í eigu annarra óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um allar fasteignir sem fyrirtækin eiga eða leigja undir verslunarrými ásamt afritum af öllum leigusamningum samrunaaðila. Samkeppniseftirlitið hefur yfirfarið samningana. Af framkomnum upplýsingum má sjá að [

].³⁶² Ekki lágu fyrir samningar fyrir vöruhús Aðfanga, vöruhús Hýsingar og aðstöðu til kjötvinnslu Ferskra kjötvara og skrifstofuhúsnæði móðurfélagsins. Samkvæmt framkomnum upplýsingum eru [

].³⁶³ Í ljósi þess að umræddar fasteignir eru að langstærstum hluta annað hvort í eigu samrunaaðila eða byggja á leigusamningum sem eru ótímabundnir eða með ákvæði um forleigurétt, er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um aukinn markaðsstyrk á grundvelli staðsetninga og samþættingar verslana Haga og Lyfju sé óbreytt.

Með vísan til alls framangreinds er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að umræddir markaðir sem samrunaaðilar starfa á séu nátengdir og að samruninn muni hafa það í för með sér að markaðsráðandi staða Haga á dagvörumarkaði muni styrkjast við samrunann. Þá muni markaðsstyrkur Haga á dagvörumarkaði einnig styrkja stöðu hins sameinaða félags á öðrum mörkuðum þessa máls, þ. á m. lyfsölumarkaði og mögulega öðrum tengdum mörkuðum við samrunann. Afleiðing þess getur að endingu verið útilokun smærri keppinauta félagsins á viðkomandi mörkuðum líkt og áður segir.

14. Lóðrétt áhrif samrunans

Í samruna þessum felst einnig lóðréttur samruni eins og áður segir. Samrunaaðilar eru báðir lóðrétt samþætt fyrirtæki, sbr. framangreinda umfjöllun, og með samrunanum munu Hagar kaupa Heilsu, sem er innflytjandi og dreifingaraðili á heilsuvörum.

Í lóðréttum leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB kemur fram að lóðréttir samrunar geti haft í för með sér jákvæð samkeppnisleg áhrif sem geta t.a.m. stafað af aukinni skilvirkni eftir samrunann. Slík skilvirkni getur t.d. falist í betri nýtingu framleiðslupátta, s.s. innviða eða söluleiða, öryggi við öflun á aðföngum og/eða sölu á afurðum.³⁶⁴ Í vissum kringumstæðum geta slíkir samrunar þó verið samkeppnishamlandi en það er einkum talið vera þegar þeir hafa í för með sér svonefnd útilokunaráhrif (e. *foreclosure effect*), þ.e. ef

³⁶¹ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁶² Fellt út vegna trúnaðar.

³⁶³ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁶⁴ Sjá mgr. 14 í leiðbeiningunum.

keppinautar geta útilokast frá tilteknum markaði.³⁶⁵ Slík útilokandi áhrif geta komið fram á mismunandi sölustigum, þ.e. bæði á efra stigi (e. upstream (input) market) eða neðra stigi (e. downstream (output) market), sem fyrirtækið starfar á. Til þess að þessi staða geti skapast verður hið sameinaða fyrirtæki að vera með umtalsverðan markaðsstyrk (e. significant degree of market power) á efra eða neðra sölustigi.³⁶⁶

Hér að framan hefur verið sýnt fram á að hið sameinaða fyrirtæki er með verulegan markaðsstyrk á smásölumörkuðum þessa máls, svo og á mörkuðum fyrir innflutning og dreifingu á heilsuvörum, einkum vítamínum, bætiefnum og steinefnum og lífrænni mat- og drykkjarvöru.

Í sölukynningu Virðingar kemur fram að stærstu vöruflokkar Heilsu séu [

] ³⁶⁷

Í umsögnum um samrunann, sbr. umfjöllun í kafla IV. 1 hér að framan, hafa keppinautar Haga á smásölustigi lýst yfir töluverðum áhyggjum af lóðréttum áhrifum samrunans vegna viðskipta þeirra við Heilsu.

Festi hefur m.a. bent á að Heilsa sé annar af tveimur stærstu heilðsöluaðilum í heilsuvörum á Íslandi ásamt fyrirtækinu Yggdrasil, sem var nýverið selt til Icepharma. Þá segir í umsögn Festi:

„[k]aup Haga á Heilsu hefur þau áhrif að félagið getur nú í krafti stærðar sinnar og fjárhagslegrar getu setið eitt að þeim sterku vörumerkjum innan áðurgreindra flokka Heilsu. Vörumerki sem Heilsa í samvinnu t.d. við Krónuna hefur markaðssett á síðustu árum og gert vinsæl. Verði samkeppnisaðilum Haga gert að kaupa þessi vörumerki af Högum í heilðsölu, jafngildir það að útiloka samkeppnisaðilana frá þessum vörumerkjum.“

Í umsögn Samkaupa kemur fram að Heilsa sé annar af tveimur helstu birgjum Samkaupa fyrir heilsuvörur. Muni sala Heilsu til Haga veikja verulega möguleika Samkaupa til stækkunar á þessum markaði:

³⁶⁵ Sjá mgr. 18 í leiðbeiningunum.

³⁶⁶ Sjá mgr. 23. í leiðbeiningunum.

³⁶⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

„Ítök Haga í Heilsu munu leiða til þess að viðskiptakjör Samkaupa verða inni á borðum stjórnenda Haga. Þeir munu hafa öll tæk á að stýra þeim í eigin þágu. Ekki er ljóst með hvaða móti er hægt að tryggja áframhaldandi viðskipti með eðlilegum hætti. Viðbúið er að Samkaup verði að fara úr viðskiptum við Heilsu enda útilokað að eiga það undir helsta samkeppnisaðilanum hvernig hægt verði að vinna á þessum markaði. Heilsa er það stór birgir í heilsuvörum hjá Samkaupum (með um []%³⁶⁸ af öllum vöruinnkaupum í þessum vöruflokki) að ef snurða hleypur á þráðinn er enginn annar birgi sem gæti fyllt það skarð sem Heilsa skyldi eftir sig. Þegar af þessari ástæðu getur hver sem er séð að skaðleg samkeppnisleg áhrif eru óhjákvæmileg. Engu skiptir þótt sett verði skilyrði um sjálfstæða stjórnarmenn eða slíkt hjá Heilsu, starfsmenn og stjórnendur eru ávallt í þeirri stöðu að þurfa að taka ákvarðanir sem myndu með beinum hætti hafa áhrif á hag eigenda og samstarfsmanna. Hér hræða sporin og engin ástæða til þess að leggja upp í nýja vegferð á þessum forsendum. Sérstaklega má í þessu samhengi benda á að Hagar eru með einkarétt á vörumerkinu Himneskt í samvinnu við Sollu, en Samkaup hafa unnið þétt með Heilsu við að byggja upp vörumerki til að mæta Högum. Augljóst er hver afdrif þeirrar samkeppni verða, til skaða fyrir neytendur.“

Þá hafa smærri heildsalar vítamína, bætiefna og steinefna lýst yfir áhyggjum af takmörkuðu aðgengi að hilluplássi og sýnileika eftir samrunann, einkum í ljósi þess að töluverð samþjöppun hefur átt sér stað á heilðsölumarkaðnum á síðustu misserum sem geri það að verkum að minni aðilar muni eiga erfiðara með að koma inn á markaðinn út frá samningsstöðu við smásala, markaðssetningu varanna o.fl.

Athugun Samkeppniseftirlitsins bendir til þess að Heilsa sé með umboð fyrir mikilvæg og þekkt vörumerki í vítamínnum og bætiefnum, lífrænni mat- og drykkjarvöru (einkum þurrvöru og drykkjarvöru, s.s. gosi og djúsum) og annarri heilsuvöru, s.s. hráfæðisvörum og glúteínfríum vörum. Meðal þekktustu vörumerkja Heilsu í vítamínnum og bætiefnum og lífrænum vörum eru einnig vörur sem eru hluti af eigin vörulínu fyrirtækisins, s.s. Guli miðinn og Sólgæti. Þá benda umsagnir frá Krónunni og Samkaupum til þess að Heilsa hafi unnið í náinni samvinnu við fyrirtækin að markaðssetningu tiltekinna vörumerkja í flokki lífrænna vara til að mæta samkeppni frá vörumerkinu Himneskt sem Hagar framleiða og selja í verslunum sínum. Benda framkomin sjónarmið keppinauta Haga til þess að fyrirtækin hafi takmarkaða möguleika á að skipta um heilðsala í heilsuvörum án töluverðrar fyrirhafnar og kostnaðar. Þetta getur haft það í för með sér að þeir verði veikari fyrir mögulegum verðhækkunum í kjölfar samrunans en ella.³⁶⁹

Þetta getur jafnframt haft það í för með sér að aðrir heildsalar á heildarmarkaði fyrir vítamín, bætiefni og steinefni, heildarmarkaði fyrir lífræna mat- og drykkjarvörur (einkum þurrvöru og drykki) og heildarmarkaði fyrir mat- og drykkjarvörur sem flokkast sem heilsuvara, geti komist í sterkari stöðu gagnvart smásölum sem ekki eru lóðrétt samþættir að þessu leyti.³⁷⁰ Verðhækkanir hins sameinaða fyrirtækisins á heilðsölustigi kunna þannig að leiða til þess að eftirspurn eftir vörum þess færist til annarra keppinauta. Aukið svigrúm annarra fyrirtækja á markaðnum en þeirra sem sameinuðust til þess að hækka verð gæti þannig orðið bein afleiðing af samrunanum. Getur þetta með sama hætti gert keppinautum

³⁶⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁶⁹ Sjá mgr. 31 í lóðréttu leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESBþ

³⁷⁰ Sjá mgr. 38 í lóðréttu leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB.

hins sameinaða fyrirtækis á smásölustigi erfiðara um vik að afla tilboða frá fleiri aðilum í því skyni að reyna að lækka innkaupsverð og mögulega að endingu haft í för með sér útilokandi áhrif á þeim markaði.

Í þessu sambandi verður einnig að hafa í huga að samruninn getur leitt til þess að mikilvægar viðskiptaupplýsingar keppinauta Haga á dagvörumarkaði geta borist hinu sameinaða félagi og þær mögulega verið misnotaðar af því félagi á smásölustigi. Þessi staða getur jafnframt dregið úr hvata keppinauta fyrirtækisins á smásölustigi til þessa að grípa til frumkvæðisaðgerða á markaðnum til að auka samkeppni. Að því leyti til getur slíkt einnig skaðað samkeppni neytendum til tjóns. Að sama skapi, og líkt og komið hefur fram í umsögnum frá keppinautum Haga, telja þeir sér ekki stætt á að eiga það undir helsta keppinauti sínum hvernig hægt verði að starfa á markaðnum og því viðbúið vegna þessa að þeir muni hætta viðskiptum við fyrirtækið og leita annarra leiða til að útvega umræddar vörur. Geti samruninn þannig haft það í för með sér að keppinautar verði útilokaðir með óbeinum hætti.

Hér að framan hefur einnig verið fjallað um sterka stöðu samrunaaðila á skilgreindum smásölumörkuðum þessa máls gagnvart innlendum heilðsölum. Þá liggur fyrir að sumir heilðsalar eru einnig heilðsalar samrunaaðila á fleiri en einum skilgreindra vörumarkaða þessa máls. Sú staðreynd að hið sameinaða fyrirtæki er með sterka stöðu á öllum skilgreindum smásölumörkuðum þessa máls, eykur jafnframt enn á markaðsstyrk þess, sbr. umfjöllun hér að framan. Þá er ekki útilokað að hið sameinaða fyrirtæki komist í þá aðstöðu að það geti ráðið því hvaða vörur frá hvaða heilðsölum komist inn á einstaka smásölumarkaði, s.s. á markaði fyrir sölu alhliða hreinlætis- og snyrtivara í ljósi yfirburðarstöðu hins sameinaða félags á þeim markaði.

Eins og að framan hefur verið rakið eru Hagar nú þegar lóðrétt samþætt fyrirtæki. Virðist þannig lítið því til fyrirstöðu að fyrirtækið ákveði að hefja eigin innflutning á vörum sem Heilsa hefur hingað til selt eða hafði starfsemi á öðrum mörkuðum á sviði innflutnings- og heilðsöludreifingar, s.s. lyfja, og selt bæði innan og utan samstæðunnar. Með sama hætti má halda því fram að hið sameinaða fyrirtæki geti séð sér hag í að beita keppinauta og mögulega keppinauta á heilðsölustigi, s.s. á markaði fyrir heilðsölu dagvara, heilsuvara eða lyfja, útilokandi aðgerðum með því að hætta að eiga viðskipti við þá á smásölustigi eða draga úr þeim. Það kann að gera það að verkum að keppinautum á heilðsölustigi verði nauðsynlegt að hækka verð eða draga úr gæðum eða þeir jafnvel að endingu hrökklast út af markaðnum. Ákveði hið sameinaða fyrirtæki að selja umræddar vörur á heilðsölustigi til þriðju aðila kann það að leiða til aukinnar sölu hjá hinu sameinaða fyrirtæki á heilðsölustigi. Með sama hætti má halda því fram að slíkar aðgerðir geti aukið kostnað keppinauta á smásölustigi þar sem hið sameinaða fyrirtæki getur hagnast á aukinni sölu og framlegð.

Ákvörðun samrunafyrirtækis um sölusynjun eða verðhækkunir á æðra sölustigi getur aukið hagnað þess með því að það öðlist markaðsstyrk á lægra sölustigi.³⁷¹ Hvati fyrir fyrirtæki til þess að beita útilokun með sölusynjun eða verðhækkunum er almennt tengt hagnaðarvon af þeim aðgerðum. Samrunafyrirtæki getur við vissar aðstæður metið það arðvænlegt að beita slíkum útilokandi aðgerðum á einum markaði þar sem slík háttsemi getur leitt til þess að fyrirtækið hafi beint hagnað af því með aukinni markaðshlutdeild á

³⁷¹ Sjá mgr. 40 í leiðbeiningunum.

öðrum markaði eða, sem líklega yrði tilfellið, af því að geta hækkað í framhaldinu verð á þeim markaði eða mörkuðum á grundvelli aukins markaðsstyrks.³⁷² Öðlist fyrirtækið einokunarstöðu á einhverjum einstökum markaði skapar það enn frekar möguleika til aukins hagnaðar hjá samrunafyrirtækinu.

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að sökum þeirrar lóðréttu samþættingar sem muni eiga sér stað í kjölfar samrunans muni öðrum hugsanlegum keppinautum samrunaaðila á smásölustigi verða gert erfiðara um vik að komast inn á markaðinn fyrir smásölu heilsuvara og öðrum aðilum gert erfitt fyrir um að auka umsvif sín á markaðnum. Með sömu rökum má halda því fram að nýir aðilar geti átt erfiðara með að komast inn á heilsuvörumarkað á heildsölustiginu þar sem innkoma þeirra er að miklu leyti háð því að þeir komist í viðskipti hjá samrunaaðilum.

Samruni þessa máls hefur því för með sér skaðleg lóðrétt samkeppnisleg áhrif.

15. Samsteypuáhrif samrunans

Líkt og áður hefur verið rakið telst samruninn að hluta svokallaður samsteypusamruni (e. conglomerate merger)³⁷³ þar sem samrunaaðilar starfa að hluta til á sitthvorum markaðnum, þ.e. dagvörumarkaði og markaði fyrir smásölu lyfja.

Í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB um samruna sem ekki teljast láréttir er bent á að samsteypusamrunar geti haft í för með sér jákvæð samkeppnisleg áhrif sem geta t.a.m. stafað af aukinni skilvirkni eftir samrunann. Slík skilvirkni getur t.d. falist í betri nýtingu framleiðsluþátta, s.s. innviða eða söluleiða.³⁷⁴ Megin áhyggjuefni sem tengjast samsteypusamruna eru möguleg útilokunaráhrif (e. foreclosure effects) sem hann getur haft á núverandi eða mögulega keppinauta. Þá er horft til þess hvort samrunafyrirtæki geti í krafti markaðshlutdeildar á einum markaði styrkt stöðu sína á öðrum tengdum markaði, þ.e. vogaraflshegðun (e. leveraging).³⁷⁵ Í vogaraflshegðun getur falist ýmiss konar samtvinning og vöndlun viðskipta eða aðrar útilokandi aðgerðir, s.s. skaðleg undirverðlagning (e. predatory pricing).³⁷⁶ Slíkar aðgerðir geta leitt til takmarkana á

³⁷² Sjá mgr. 105 í leiðbeiningunum.

³⁷³ Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESBeru samsteypusamrunar skilgreindir í mgr. 5: „*Conglomerate mergers are mergers between firms that are in a relationship which is neither horizontal (as competitors in the same relevant market) nor vertical (as suppliers or customers)*“. Sjá einnig Dethmers, Dodoo og Morfrey, Conglomerate Mergers under EC Merger Control: An Overview, European Competition Journal, október 2005, bls. 266: „*A conglomerate merger is one between undertakings that provide independent or complementary products, ie a transactions in which the merging parties have no current or potential competitive relationship (eg as competitors or as a supplier and customer)*.“

³⁷⁴ Sjá mgr. 14 í leiðbeiningunum.

³⁷⁵ Um þetta segir m.a. í 93. mgr. í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB: „*The main concern in the context of conglomerate mergers is that of foreclosure. The combination of products in related markets may confer on the merged entity the ability and incentive to leverage a strong market position from one market to another by means of tying or bundling or other exclusionary practices. Tying and bundling as such are common practices that often have no anticompetitive consequences. Companies engage in tying and bundling in order to provide their customers with better products or offerings in cost-effective ways. Nevertheless, in certain circumstances, these practices may lead to a reduction in actual or potential rivals' ability or incentive to compete. This may reduce the competitive pressure on the merged entity allowing it to increase prices.*“

³⁷⁶ Vogaraflshegðun getur falist í „*tying, pure bundling, mixed bundling, full-line forcing, exclusive dealing, cross-subsidisation, predatory pricing and/or control of information.*“ Sjá Alister Lindsay, bls. 430. Vogaraflshegðun er skýrð svo í leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar: „*There is no received definition of "leveraging" but, in a neutral sense, it implies being able to increase sales of a product in one market (the "tied market" or "bundled*

raunverulegri eða mögulegri getu eða vilja keppinauta til að stunda samkeppni á viðkomandi markaði. Afleiðing þessa getur verið sú að keppinautur hrökklist út af markaði. Þetta getur haft í för með sér minni þrýsting á samrunafyrirtæki til samkeppni, sem síðan getur leitt til þess að fyrirtækið hækkar verð gagnvart viðskiptavinum sínum til tjóns fyrir neytendur.³⁷⁷

Til þess að samsteypusamruni verði talinn geta haft í för með sér útilokandi áhrif verða þeir markaðir sem samsteypusamruninn tekur til að vera nátengdir. Einnig verða samrunaaðilar samkvæmt framkvæmdastjórn ESB að vera í öflugri stöðu (e. *market power*) á að a.m.k. einum markaði sem samruninn tekur til. Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB kemur jafnframt fram að til þess að útilokunaráhrif séu hugsanlegt áhyggjuefni vegna samsteypusamruna verði að vera um að ræða talsvert magn viðskiptavina sem kaupir báðar eða allar umræddar vörur eða þjónustu.³⁷⁸ Það eitt að samruni breikki vörulínu kaupanda leiði ekki sjálfkrafa til þess að samruni teljist skaðlegur samkeppni.³⁷⁹

Hér að framan hefur verið fjallað með ítarlegum hætti um sterka stöðu beggja samrunaaðila bæði á dagvörumarkaði og smásölumarkaði fyrir sölu lyfja, svo og alvarleg samkeppnishamlandi áhrif samrunans vegna markaðshlutdeildar og mikillar samþjöppunar á mörkuðum fyrir alhliða hreinlætis- og snyrtivörur og mörkuðum fyrir heilsuvörur.

Umræddir markaðir sem samrunaaðilar starfa á eru tengdir og gætir áhrifa samrunans á öllum mörkuðum málsins að mati Samkeppniseftirlitsins, sbr. einnig umfjöllun hér að framan. Í þessu sambandi athugast það að samrunaaðilar selja sömu eða sambærilegar vörur á ákveðnum sviðum, m.a. á sviði hreinlætis- og snyrtivara og heilsuvara, sem höfða til sama hóps viðskiptavina, uppfylla sömu þarfir þeirra og eru í mörgum tilvikum keyptar af sömu heildsölum. Bendir athugun Samkeppniseftirlitsins í þessu máli til þess að fyrirtæki samrunaaðila séu í reynd mjög nánir keppinautar á þeim sviðum þar sem mest skörun virðist vera í vöruúrvali þeirra. Þá kaupir þeir umræddar vörur af sömu innlendu heildsölunum. Í viðræðum við aðila á markaðnum í tengslum við athugun málsins hefur jafnframt verið bent á að framlegð af lyfseðilsskyldum lyfjum sé afar takmörkuð og sala bæði á öðrum vörum og lausasölulyfjum því nauðsynleg fyrir rekstrargrundvöll apóteka. Þá hefur töluvert verið fjallað um mikilvægi staðsetningar apóteka, þ.e. að þau séu staðsett nálægt dagvöruverslun. Bendir það til þess að talsvert magn viðskiptavina kaupir vörur á báðum þessum mörkuðum. Telur Samkeppniseftirlitið á grundvelli framangreinds að umræddir markaðir séu nátengdir.

Eins og rakið hefur verið hér að framan, er það mat Samkeppniseftirlitsins að Hagar séu í markaðsráðandi stöðu á dagvörumarkaði og muni samruninn styrkja markaðsráðandi stöðu á þeim markaði. Er það einnig mat Samkeppniseftirlitsins að markaðsstyrkur Haga á dagvörumarkaði muni með sama hætti styrkja stöðu hins sameinaða félags á öðrum

market"), by virtue of the strong market position of the product to which it is tied or bundled (the "tying market" or "leveraging market")."

³⁷⁷ Sjá mgr. 93 í leiðbeiningunum.

³⁷⁸ Sjá mgr. 100 í leiðbeiningunum.

³⁷⁹ Sjá mgr. 104 í leiðbeiningunum: „Customers may have a strong incentive to buy the range of products concerned from a single source (one-stop-shopping) rather than from many suppliers, e.g. because it saves on transaction costs. The fact that the merged entity will have a broad range or portfolio of products does not, as such, raise competition concerns (5).“

mörkuðum þessa máls, þ. á m. lyfsölumarkaði, og mögulega á öðrum tengdum mörkuðum við samrunann, sbr. einnig umfjöllun hér að framan.

Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samrunafyrirtækið myndi í ljósi markaðsstyrks síns á hinum skilgreindu mörkuðum hafa getu og hvata til þess að beita stöðu sinni til útilokunar keppinauta á umræddum mörkuðum.³⁸⁰ Þá er það mat eftirlitsins að hin háa markaðshlutdeild samrunafyrirtækisins á viðkomandi mörkuðum sé sterk vísbending um að möguleg skaðleg áhrif samrunans geti varðað umtalsverðan hluta viðskipta á viðkomandi mörkuðum.

Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að þær hömlur sem settar eru á sölu matvöru í lyfjabúðum og við sölu lyfja í matvörubúðum dragi úr mögulegum útilokandi áhrifum samrunans. Í þessu sambandi verður að hafa í huga að verslanir í eigu Lyfju selja nú þegar töluvert af öðrum dagvörum, hreinlætis- og snyrtivörum og heilsuvörum, og ætti að vera lítið því til fyrirstöðu að auka við það vöruframboð að því marki sem lög leyfa. Þá virðist lítið því til fyrirstöðu að lyfsala sé rekin innan sama húsnæðis og dagvöruverslun eða við hlið dagvöruverslunar, enda ljóst að nú þegar eru reknar lyfsölur undir merkjum Apóteksins innan húsnæðis Hagkaupa, m.a. í Skeifunni og á Akureyri. Virðist þannig nægja að lyfsala sé á afmörkuðu svæði innan húsnæðis verslana Haga.

Ljóst er að framangreindar aðgerðir geta leitt til umtalsverðs samdráttar í sölu hjá keppinautum sem eingöngu bjóða eina vöru eða einn þjónustupátt á óhagstæðara verði. Þetta getur haft í för með sér að minni keppinautar hrökklist út af markaði eða geta þeirra og hvati til samkeppni verði takmörkuð og hins vegar hindrun fyrir nýja mögulega keppinauta til innkomu á markaðinn. Afleiðing þess getur orðið sú að samrunafyrirtækinu takist að öðlast umtalsverðan markaðsstyrk á tengdum mörkuðum og/eða viðhaldi markaðsstyrk á grunnmarkaði.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að samruninn hafi í för með sér skaðleg samsteypuáhrif sem leitt geti til tjóns fyrir bæði keppinauta samrunaaðila á ólíkum mörkuðum og neytendur.

16. Möguleg hagræðing

Samkvæmt 17. gr. c samkeppnislaga skal „við mat á lögmæti samruna taka tillit til tækni- og efnahagsframfara að því tilskildu að þær séu neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni“. Samkvæmt nefndaráliti viðskiptanefndar (vegna frumvarps sem varð að lögum nr. 94/2008) eru fjögur skilyrði sem þurfa að vera uppfyllt til að unnt sé að taka tillit til hagræðingar samruna:

- 1) Verulegar líkur séu á að samruninn skili skjótt umtalsvert aukinni hagkvæmni í rekstri hins sameinaða fyrirtækis.

³⁸⁰ Um þetta segir í leiðbeiningunum (mgr. 100): „Further, for foreclosure to be a potential concern it must be the case that there is a large common pool of customers for the individual products concerned. The more customers tend to buy both products (instead of only one of the products), the more demand for the individual products may be affected through bundling or tying.“

- 2) Að hagræðingaráhrifin séu beintengd samrunanum og ekki hægt að framkalla þau með öðrum hætti.
- 3) Aukin hagræðing skili sér til neytenda í formi verðlækkunar sem vegi þyngra en hugsanleg verðhækkun vegna skertrar samkeppni.
- 4) Sönnunarbyrðin um 1-3 hvílir á samrunaaðilum. Fyrirtækin verða að sýna fram á það með óhrekjanlegum hætti að öll þessi skilyrði séu uppfyllt. Ekki nóg að halda því fram að það verði einhver hagræðing og samkeppnisyfirvöld þurfi að sanna annað.

Vísast hér einnig til 76 – 88. mgr. í láréttu leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB.

Samrunaaðilar hafa ekki lagt fram gögn eða reifað sjónarmið til stuðnings því að þessi skilyrði séu uppfyllt. Er því ekki ástæða til að fjalla um mögulega hagræðingu.

V. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Hér að neðan er gerð grein fyrir samandregni niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans. Að því loknu verður fjallað um tillögur samrunaaðila að skilyrðum sem þeir hafa sett fram í því skyni að afstýra þeirri samkeppnisröskun sem ella kynni að leiða af samrunanum.

1. Samruninn raskar samkeppni á mikilvægum mörkuðum

Af framangreindri umfjöllun er ljóst að mati Samkeppniseftirlitsins að verði ekkert að gert mun sá samruni sem hér er til umfjöllunar skapa alvarleg samkeppnisleg vandamál og hindra þar með virka samkeppni. Í meginatriðum byggir þessi niðurstaða Samkeppniseftirlitsins á fjórum atriðum.

Í fyrsta lagi er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruninn hefði það í för með sér að til yrði mjög öflugt fyrirtæki með mjög sterka stöðu á þeim mörkuðum þar sem bæði fyrirtækin starfa, n.t.t. í smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum og á heildarmarkaði fyrir vítamín, bætiefni og steinefni, heildarmarkaði fyrir lífrænar mat- og drykkjarvörur og heildarmarkaði fyrir mat- og drykkjarvörur í flokki heilsuvara. Samruninn mun hafa í för með sér mikla samþjöppun og breytingu á uppbyggingu markaða málsins og valda alvarlegri röskun á samkeppni. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins hefur einnig leitt í ljós að Hagar og Lyfja eru nánir keppinautar á þeim mörkuðum þar sem bæði fyrirtækin starfa. Myndi samruninn leiða til umtalsverðrar breytingar á markaðsgerðinni þar sem mikilvægur keppinautur myndi hverfa af umræddum mörkuðum. Í þessu sambandi skiptir máli að þeir keppinautar sem eftir verða, einkum í smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum, eru með margfalt minni markaðshlutdeild en hið sameinaða félag. Þá myndi hið sameinaða fyrirtæki hafa umtalsverða samkeppnislega yfirburði umfram aðra keppinauta á viðkomandi mörkuðum, m.a. í ljósi fjárhagslegs og efnahagslegs styrkleika og stærðar- og breiddarhagkvæmni, sem erfitt yrði að keppa við. Þá eru aðgangshindranir að mörkuðum sem leiða til þess að nýjir aðilar ættu enn erfiðara um vik að hasla sér völl á þeim. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að kaupendur búi ekki yfir nægum styrk til að vinna gegn samkeppnishamlandi áhrifum samrunans.

Í öðru lagi er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Hagar séu enn í markaðsráðandi stöðu á dagvörumarkaði. Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruninn muni styrkja þessa stöðu Haga. Felist slík styrking á markaðsráðandi stöðu Haga fyrst og fremst í auknum innkaupastyrk hins sameinaða félags, samþættingu verslana, staðsetningu verslana og möguleikum á auknu vöruframboð í verslunum Lyfju. Er hvert þessara atriða til þess fallið að styrkja stöðu Haga á dagvörumarkaði með beinum eða óbeinum hætti.

Í þriðja lagi telur Samkeppniseftirlitið að sökum þeirrar lóðréttu samþættingar sem myndi eiga sér stað í kjölfar samrunans verði öðrum hugsanlegum keppinautum samrunaaðila á smásölustigi gert erfiðara um vik að komast inn á markaði fyrir smásölu heilsuvara. Þannig myndi sterk staða hins sameinaða fyrirtækis á mörkuðum fyrir innflutning og dreifingu á heilsuvörum að öllum líkindum valda því að keppinautar samrunaaðila á mörkuðum fyrir smásölu á heilsuvörum ættu á hættu að fá ekki aðgengi að tilteknum vörum. Vörum sem aðrir keppinautar á heilsölustigi gætu ekki boðið sem staðgönguvörur með sambærilegum

skilmálum þar sem þeir bjóði ekki sömu vörur. Jafnframt yrðu þeir þvingaðir í viðskipti við einn helsta keppinauta sinn í heilsuvörum. Með sömu rökum má halda því fram að nýir aðilar gætu einnig átt erfiðara með að komast inn á viðkomandi markaði á heilðsölustiginu þar sem innkoma þeirra yrði að verulegu leyti háð því að þeir komist í viðskipti hjá samrunaaðilum.

Í fjórða lagi telur Samkeppniseftirlitið að samruninn myndi hafa í för með sér skaðleg samsteypuáhrif sem leitt gætu til tjóns bæði fyrir keppinauta samrunaaðila á ólíkum mörkuðum málsins og neytendur. Þrátt fyrir að samsteypusamrunar geti haft jákvæð samkeppnisleg áhrif í för með sér hefur Samkeppniseftirlitið leitt að því líkur að samruni þessi gæti þvert á móti haft útilokandi áhrif á núverandi keppinauta.

Með hliðsjón af framangreindu er það mat Samkeppniseftirlitsins að hvert og eitt framangreindra atriði feli í sér umtalsverða röskun á samkeppni í skilningi 17. gr. c samkeppnislega. Myndi samruninn raska samkeppni með alvarlegum hætti og hindra möguleika núverandi og nýrra keppinauta til að hasla sér þar völl.

2. Tillögur að skilyrðum

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins, sem sent var samrunaaðilum þann 26. maí 2017, var samrunaaðilum tilkynnt það rökstudda mat eftirlitsins að samruninn raskaði samkeppni og að þörf væri á íhlutun vegna hans. Var samrunaaðilum gefið færi á að tjá sig um efni andmælaskjalsins og setja fram hugmyndir um möguleg skilyrði til að afstýra þeim samkeppnishömlum sem ella myndu stafa af samrunanum.

2.1 Tillögur Haga að skilyrðum

Sjónarmið og tillögur að skilyrðum komu fram í bréfi Haga frá 13. júní 2017.

Hagar hafa lýst sig reiðubúna til að gangast undir eftirfarandi skilyrði væru þau til þess fallin að koma í veg fyrir þau skaðlegu samkeppnislegu áhrif sem Samkeppniseftirlitið taldi stafa af samrunanum.

- Til að koma í veg fyrir þau samkeppnishamlandi áhrif sem Samkeppniseftirlitið taldi stafa af breyttum staðsetningum tiltekinna verslana Lyfju lýstu Hagar sig reiðubúna til þess að skuldbinda sig til þess að hrófla ekki við staðsetningum lyfjaverslana Lyfju í Borgarnesi, í Reykjanesbæ og á Egilsstöðum í tiltekinn tíma. Þá var félagið tilbúið til þess að gera langtímaleigusamning við apótekið á Akranesi.
- Til þess að koma í veg fyrir hugsanleg útilokunaráhrif samrunans voru Hagar reiðubúnir til þess að undirgangast hegðunarskilyrði m.a. um bann við samtvinnun á vörum eða þjónustu dagvöruverslana Haga annars og lyfjaverslana Lyfju hins vegar.
- Þá voru Hagar reiðubúnir að undirgangast skilyrði um að „sér“ snyrtivörur yrðu ekki seldar í Lyfju, t.a.m. í tiltekinn árafjölda eða ótímabundið, með möguleikum á endurskoðun skilyrðisins innan tiltekins tíma.
- Jafnframt hafa Hagar sagst reiðubúnir til að selja Heilsuhúsið.
- Þá höfðu Hagar á fyrri stigum rannsóknarinnar lýst sig reiðubúna til þess að selja Heilsu ehf. frá félaginu.

Í athugasemdum Haga kom fram að vonast væri til þess að þær tillögur sem félagið hefði sett fram mættu vera grundvöllur viðræðna við samkeppnisyfirvöld varðandi hugsanlegar lausnir á þeim samkeppnislegu vandmálum sem samruninn kynni að hafa í för með sér.

Einnig var fjallað um þessi atriði á fundi Haga með Samkeppniseftirlitinu þann 19. júní 2017.

2.2 Sjónarmið hagsmunaaðila

Samkeppniseftirlitið sendi athugasemdir Haga og tillögur að skilyrðum til umsagnar hagsmunaaðila. Bárust Samkeppniseftirlitinu 17 umsagnir við samrunanum, ýmist munnlega eða skriflega. Hér í framhaldinu verða meginatriði þeirra rakin.

Samkaup

Í sjónarmiðum félagsins kemur fram tillögur Haga um að hrófla ekki við staðsetningum verslana Lyfju sé ekkert annað en staðfesting á því að áhyggjur Samkaupa í þessu efni og lýst hafi verið í svari Samkaupa þann 13. mars sl., eiga við rök að styðjast. Þrjú ár séu mjög fljót að líða og hæfilegur tími til undirbúnings þeirri áætlun sem flutningur lyfjaverslananna er. Það sé því orðið ljóst að Hagar hyggjast nota verslanir Lyfju til að styrkja enn frekar stöðu sína á þessum mörkuðum að þeim tíma liðnum. Hér sé því vart um skilyrði að ræða heldur lið í þeirri áætlun sem samruninn byggir á.

Varðandi hugmyndir Haga um bann við samtvinnun á vörum og þjónustu verslana Haga annars vegar og Lyfju þá telur Samkaup þau óútfærð. Rétt sé að ítreka það sem fram kemur í bréfi Samkaupa til Samkeppniseftirlitsins vegna þessa máls þann 13. mars sl. að hér hræði sporin og engin ástæða sé til þess að leggja upp í vegferð á þessum forsendum.

Að því er varðar tillögu Haga að skilyrðum til að koma í veg fyrir skaðleg áhrif samrunans á markaðinn fyrir „sér“ snyrtivörur telja Samkaup að ekki sé hægt að sjá hvað slíkt skilyrði ætti að gera fyrir samkeppni á þeim markaðssvæðum þar sem Hagar og Lyfja hafa fyrir yfirburðastöðu því eftir sem áður verði sameinað félag með yfirburðastöðu, en í stað þess að sölustaðir verði fleiri en einn verði aðeins um einn sölustað að ræða.

Þá er að mati fyrirtækisins erfitt að sjá hvernig hugmynd um sölu Heilsuhússins frá sameinuðu félagi eigi að koma í veg fyrir að Hagar geti ekki stofnað aðra deild eða fyrirtæki sem myndi sækja inn á þennan sama markað.

Lyf og heilsa

Í umsögninni kemur fram fyrirtækið telji þau skilyrði sem Hagar leggja til séu ekki nægjanleg til að eyða skaðlegum áhrifum samrunans. Telji félagið ástæðu til að setja samrunanum strangari skilyrði en það lagði til í bréfi sínu til Samkeppniseftirlitsins, dags. 6. mars 2017.

Lyf og heilsa benda á að neysluneytur hafi breyst nokkuð ört á undanförunum árum hvað varði afgreiðslu lyfseðla. Með tilkomu rafrænna lyfseðla, sem endurnýjaðir séu í stórum hluta tilvika í gegnum síma án viðkomu á heilsugæslu, hafi dregið verulega úr mikilvægi þess að lyfjaverslanir séu staðsettar í nágrenni heilsugæslu. Samhliða því hafi mikilvægi staðsetningar þar sem almenningur geri sín daglegu innkaup aukist.

Í þessu ljósi séu samlegðaráhrif hins fyrirhugaða samruna hvað augljósust og skaðlegust þegar komi að samnýtingu húsnæðis. Með slíkri samnýtingu geti hið sameinaða fyrirtæki í síauknum mæli beint viðskiptavinum verslana Haga í dagvöru að lyfjakaupum hjá Lyfju. Eigi þetta við hvort sem verslanir Lyfju yrðu beinlínis staðsettar inn í verslunum Haga („store in store“), inn í sama húsnæði, líkt og t.d. í Hagkaupum Skeifunni, eða í húsnæði við hlið verslana Haga.

Samsteypuáhrif hins fyrirhugaða samruna myndu birtast skýrast í þessu. Hafi hagræðing í húsnæðiskostnaði raunar verið annað tveggja atriða sem sérstaklega hafi verið tilgreint sem möguleg hagræðingaráhrif samrunans af hálfu samrunaaðila í samrunaskrá. Séu ummæli í tveimur neðstu málsgreinum bls. 5 í athugasemdum Haga um að ekkert slíkt hafi verið ákveðið, ótrúverðug í því ljósi. Bendir Lyf og heilsa á framkomin sjónarmið um sterka stöðu Haga á markaði fyrir atvinnuhúsnæði og rík tengsl við stærsta fyrirtæki landsins á þeim markaði.

Að mati félagsins sé nauðsynlegt að skilyrði sem sett séu samrunanum komi í veg fyrir þessi skaðlegu áhrif. Sjái félagið ekki annað en að eina leiðin til þess sé að leggja bann við því að hið sameinaða fyrirtæki opni lyfjaverslun í nánar skilgreindri fjarlægð frá dagvöruverslunum Haga, t.a.m. 300 metra fjarlægð. Slíkt skilyrði taki þá eðli máls samkvæmt einnig til opunar lyfjaverslana inn í verslunum Haga (store in store).

Að mati félagsins séu þau skilyrði sem Hagar geri að tillögu sinni um flest bitlaus og taki ekki á kjarna þeirra samkeppnishamla sem af samrunanum myndu leiða.

Basko

Í umsögn félagsins kemur fram að [

] ³⁸¹

Kostur

Í umsögn félagsins kemur fram að staðan í dag sé langt frá því að vera ásættanleg fyrir fyrirtæki á smásölumarkaðnum. Með samrunanum sé verið að þvinga smásölufyrirtæki til að versla við Haga þar sem það hafi umboð fyrir mikið magn af neytendavörum, bæði í heilsuvörum, snyrtivörum og almennum dagvörum.

Þó Hagar bjóðist til að selja Heilsu frá Lyfju þá hafi það lítið að segja þar sem Hagar með alla útsölastaði sína á landinu muni stuðla að því að þeirra eigin innflutningur og þau merki sem þeir eigi og reki í dag, eins og Himneskt Solla, muni ganga fyrir öllum öðrum vörum sem á markaðnum séu í dag, þannig munu þeir aðgreina sig og sé það eðlileg markaðssetning Haga.

³⁸¹ Fellt út vegna trúnaðar.

Kostur greinir frá því að afstaða fyrirtæksins sé skýr og fyrirtækið mótmæli þessum samruna Haga við Lyfju bæði gagnvart íslenskum neytendum og þeim fáu sjálfstæðu smásöluþyrtingum sem eftir séu í landinu.

Lyfjaval

Í umsögn fyrirtækisins kemur fram að það sé sammála því að samruninn hafi mikil áhrif á alla lyfjadreifingu í landinu. Eftir að Lyfja verði orðin hluti af Högum og fái heimild til að versla við Aðföng, sem selji mikið af sömu vörum og séu í apótekum, muni samkeppnisstaða allra annarra apóteka en Lyfju versna.

Þegar skilyrði Haga séu skoðuð þá vegi þau nánast ekkert. Staðsetningar Lyfju í dag á þessum stöðum þ.e. í Borgarnesi, Reykjanesbæ og á Egilsstöðum verði ekki betri við flutning.

Varðandi leigusamning á Akranesi sé það svolítið skondið að Hagar vilji framlengja leigusamning við vinsælasta lyfjafræðinginn á staðnum. Ástæðan er sú að þeir yrðu ekki vinsælir á Skaganum ef þeir færu í þann slag að reka apótekið úr bænum og myndu margur Skagamaðurinn sniðganga allar þeirra búðir.

Í umsögninni er einnig tekið fram að Heilsa sé með um []%³⁸² af innkaupum Lyfjavalis í heildsölu af öðru en lyfjum.

Þá er tekið fram að Lyfja er ekki í samkeppni í dag því alls staðar þar sem einhver hafi opnað apótek nærri Lyfju hafi því verið breytt í Apótekið. Að mati félagsins vanti tvö skilyrði sem hefðu áhrif á samkeppni apóteka; 1) selja ætti Lyfju og Apótekið í sitthvoru lagi, 2) Öll apótek landsins fengju heimild til að versla við Aðföng á sömu kjörum og Lyfja og Apótekið munu gera.

Apótek Vesturlands

Í umsögninni kemur fram að framsett skilyrði séu að mati félagsins til þess fallin að draga úr skaðlegum áhrifum samrunans á samkeppni. Er það hins vegar spurning að mati fyrirtækisins hvort þetta sé nóg og hvernig hegðunarskilyrði yrðu útfærð.

Þá er tekið fram að það væri einnig mikill kostur ef lyfjabúðir ættu þess kost að kaupa vörur í gegnum Aðföng líkt og Lyfja muni líklega fá að gera verði af samrunanum.

Artasan

Í umsögn félagsins kemur fram [

] ³⁸³

³⁸² Fellt út vegna trúnaðar.

³⁸³ Fellt út vegna trúnaðar.

Aðrar umsagnir

Í fjórum umsögnum kemur fram að skilyrðið um að hætt verði að selja „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur í Lyfju muni eingöngu leiða til minna vöruframboðs og styrkja stöðu Haga á markaðnum. Þá bendir einn viðkomandi umsagnaraðila á að Lyfja hafi að miklu leyti verið brautryðjandi í sölu snyrtivara og haft þar nokkra markaðshlutdeild.

Hugsanleg viðbótarskilyrði

Eins og kom fram kafla I óskuðu Hagar þann 11. júlí 2017 eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu. Þann 12. júlí 2017 sendi eftirlitið Högum tölvupóst og féllst á að hitta fyrirtækið síðar sama dag. Jafnframt var óskað eftir nánari upplýsingum um fundarefni. Í kjölfarið hringdi lögmaður Haga í Samkeppniseftirlitið og greindi frá því að Hagar hefðu í hyggju á fyrirhugðum fundi að reifa stuttlega sjónarmið félagsins varðandi bréfið sem Samkeppniseftirlitið sendi samrunaaðilum um frekara frummat eftirlitsins á áhrifum af innkomu Costco ásamt því að ræða við Samkeppniseftirlitið möguleika á fleiri skilyrðum, sem fælust þá í frekari sölu á eignum umfram það sem þegar hafði verið boðið af hálfu Haga. Gæti komið til álita af hálfu Haga að selja frá sér tilteknar verslanir, t.d. þær þar sem velta á snyrtivöru er hvað mest. Í símtalinu var óskað eftir að Samkeppniseftirlitið hefði mótað sér einhverja skoðun á því fyrir fundinn hvort slík skilyrði gætu komið til álita.

Fundurinn með Högum var haldinn síðar sama dag, þ.e. 12. júlí 2017. Á fundinum ræddu Hagar sjónarmið sín varðandi bréf Samkeppniseftirlitsins um áhrif af innkomu Costco og upplýstu að félagið myndi senda Samkeppniseftirlitinu bréf varðandi þetta atriði í framhaldi fundarins. Umrætt svarbréf við frumniðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um áhrif af innkomu Costco barst með tölvupósti fljótlega eftir fundinn.

Á fundinum kom hins vegar ekki fram nein ósk af hálfu Haga um að ræða frekari skilyrði vegna samrunans við Lyfju.

Með tölvubrési Samkeppniseftirlitsins til Haga þennan sama dag tók Samkeppniseftirlitið fram að eftirlitið liti svo á í ljósi þess að Hagar óskuðu ekki eftir að ræða frekari skilyrði á fundinum að Hagar myndu ekki óska eftir því að kynna fyrir eftirlitinu frekari hugmyndir að skilyrðum. Staðfesti lögmaður Haga þann skilning í tölvubrési þann 13. júlí 2017. Var í tölvubræfinu bent á það að við „*nánari skoðun Haga á mögulegri sölu frekari eigna kom þó í ljós að félagið (Lyfja) hefði beðið mikinn skaða m.v. umfang uppskiptingarinnar m.v. mat á greiningu SE, auk þess sem þær einingar sem þyrfti að selja gátu ekki talist söluvænar og kaupendahópur fámennur. Því væri ljóst að fjárhagslegt tjón af uppskiptingu væri verulegt.*“

2.3 Mat Samkeppniseftirlitsins

Á grundvelli 17. gr. c samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið sett samruna, sem hindrar virka samkeppni í skilningi ákvæðisins, skilyrði. Með því að setja slíkum samruna skilyrði er ætlunin að koma í veg fyrir þau samkeppnishamlandi áhrif samruna sem ella myndu leiða til ógildingar hans. Rétt er að víkja fyrst að þeim almennu kröfum sem gerðar eru til skilyrða í samrunamálum og mismunandi hlutverki samrunaaðila og Samkeppniseftirlitsins þar að lútandi. Síðan verður fjallað um þau skilyrði sem samrunaaðilar hafa sett fram í þessu máli.

2.3.1 Almennt um kröfur til skilyrða í samrunamálum

Meginreglan er sú að skilyrði í samrunamálum verða að vera þess eðlis að þau eyði þeim samkeppnishömlum sem ella hefðu stafað af samruna, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001, *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf., Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði*. Í þessum úrskurði kemur fram að rétt skýring á samrunaákvæði samkeppnislaga leiði til þess að einungis geti komið til álita skilyrði fyrir samruna sem eru til þess fallin að koma í veg fyrir þær samkeppnishömlur sem af honum stafa. Vísast í þessu sambandi einnig til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Eins og skýrlega kemur fram í lögskýringagögnum er eðlilegt að hafa hliðsjón af ESB/EES-rétti við túlkun á samrunaákvæðum samkeppnislaga. Þar hafa dómstólar ESB lagt sömu reglu til grundvallar varðandi markmið skilyrða.³⁸⁴ Í þeim rétti er þannig lögð áhersla á að framkvæmdastjórn ESB sé aðeins heimilt að fallast á skilyrði í samrunamálum sem eyða með öllu hinum samkeppnislegu vandkvæðum.³⁸⁵

Í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB um skilyrði í samrunamálum kemur fram að slík skilyrði verði að afstýra allri þeirri röskun á samkeppni sem stafar af viðkomandi samruna. Jafnframt verði slík skilyrði að vera heildstæð og árangursrík frá almennu sjónarmiði.³⁸⁶ Tilgangur samrunareglna er að vernda samkeppnislega gerð markaða með því að vinna til frambúðar gegn umtalsverðri röskun á samkeppni sem leitt getur af samrunum. Sökum þessa kemur fram í umræddum reglum að almennt beri að að setja skilyrði sem lúta að gerð markaðarins (e. *structural remedies*) frekar en skilyrði sem lúta að hegðun fyrirtækja (e. *behavioural remedies*).³⁸⁷ Slík skilyrði geta m.a. falist í sölu á eignum eða tiltekinni starfsemi til að koma í veg fyrir samkeppnishamlandi aukningu á markaðshlutdeild sem stafar af samruna. Skilyrði af þessum toga leysa hið samkeppnislega vandamál í eitt skipti fyrir öll og kalla ekki á viðvarandi eftirlit.

Sú staðreynd að tilgangur samrunareglna er að vernda samkeppnislega gerð markaða gefur þannig sterklega til kynna að beita eigi í samrunamálum skilyrðum sem lúta að gerð markaðarins frekar en skilyrðum sem lúta að hegðun fyrirtækja.³⁸⁸ Hefur einnig verið bent á það að tillögur að skilyrðum sem fela í raun aðeins í sér loforð um að brjóta ekki bannreglur samkeppnisréttarins séu almennt ekki fullnægjandi.³⁸⁹ Undirréttur ESB hefur

³⁸⁴ Í t.d. dómi undirréttar ESB í máli nr. T-158/00 ARD v Commission [2003] ECR II-3825 var bent á þetta: „According to the case-law, the Commission is empowered to accept only commitments which are capable of preventing the creation or strengthening of the dominant position identified by it in its analysis of the notified concentration.”

³⁸⁵ Sjá t.d. Cook & Kerse, EC Merger Control, fimmta útgáfa 2009 bls. 290: „The Commitments must entirely eliminate the competition concerns.”

³⁸⁶ „Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004” (2008/C 267/01), 9. mgr.

³⁸⁷ Sjá m.a. 15. mgr.

³⁸⁸ Sjá t.d. Cook & Kerse, EC Merger Control, fimmta útgáfa 2009 bls. 284: „The Commission should accept only commitments that are capable of rendering the notified concentration compatible with the Common Market by eliminating the competition concerns. The purpose of the Regulation is to protect the structure of competition in the Community by preventing significant impediments to effective competition, in particular by the creation or strengthening of a dominant position. This strongly implies structural remedies (i.e. divestiture of a business or shares) as opposed to behavioural remedies (undertakings to behave in a particular way).” Sjá einnig Whish, Competition Law, sjötta útgáfa 2009, bls. 874: „In the Commission’s view a commitment as to a future behaviour would be acceptable “only exceptionally in very specific circumstances.”

³⁸⁹ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 30. janúar 2004 í máli nr. M.1378 Hoechst/Rohne Poulenc: „The Commission has a clear policy not to accept undertakings in merger control which are purely behavioural and equate to a mere promise to respect the law.” Sjá einnig Navarro, Font, Folguera & Briones, Merger Control in the EU, önnur útgáfa 2005 bls. 346: „...Articles 81 and 82 of the Treaty allow the behaviour of undertakings

sagt að skilyrði sem lúta að gerð markaðarins séu almennt æskilegri þar sem þau komi í eitt skipti fyrir öll, eða a.m.k. í umtalsverðan tíma, í veg fyrir myndun eða styrkingu markaðsráðandi stöðu. Jafnframt þurfi ekki til lengri tíma að fylgjast með því að slík skilyrði séu virt. Hins vegar sé ekki unnt að útiloka að skilyrði sem virðist í fyrstu lúta að hegðun fyrirtækja geti komið í veg fyrir samkeppnishömlur.³⁹⁰ Í umræddum leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnarinnar segir að þegar um sé að ræða lárétta samruna geti skilyrði sem tengjast hegðun fyrirtækja ekki afstýrt samkeppnishömlum sem stafa af honum nema alveg sérstaklega standi á.³⁹¹ Þá geti hegðunarskilyrði aðeins komið til álita ef þau í raun hafi sömu fyrirbyggjandi áhrif og skilyrði sem lúta að gerð markaðarins.³⁹²

Varðandi setningu skilyrða og hlutverk samkeppnisyfirvalda ber að líta til þessara ummæla í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 18/2001:

„Með þeirri aðferð sem viðhöfð var fengu áfrýjendur ítrekað færi á að setja fram hugmyndir sínar um skilyrði til að koma í veg fyrir frekari íhlutun vegna samrunans. Óhjákvæmilegt var að leggja þessar hugmyndir til grundvallar í öllum aðalatriðum enda má ætla að stjórnendur viðkomandi fyrirtækja hafi besta þekkingu á því hversu langt verði gengið til þess að markmiðið með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni gæti talist viðunandi. Samkeppnisráði var því rétt að ljúka málinu í því horfi sem það var í þegar ákvörðunin var tekin. Hefur ekki verið sýnt fram á eða gert líklegt að önnur og víðtækari skilyrði hefðu dugað sem unnt hefði verið að samrýma tilgangi áfrýjenda með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni. Áfrýjunarnefndin fellst því á að samkeppnisráði hafi verið rétt að taka afstöðu til samrunans með þeim skilyrðum sem áfrýjandi hafði sett fram.“

Ljóst er því að samrunaaðilar verða að hafa frumkvæði að því að setja fram tillögur að skilyrðum og einnig að sýna fram á „með óbyggjandi hætti að skilyrðin komi í veg fyrir þau skaðlegu áhrif sem samruninn myndi hafa í för með sér.“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2009 *ERGN Holdings Ltd. og Euro Refund Group North á Íslandi ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.³⁹³ Þá ber einnig að líta til þess að í úrskurði í máli nr. 6/2006 benti áfrýjunarnefnd einnig á að „úrvinnsla eða mótun“ á skilyrðum falli ekki undir leiðbeiningarskyldu Samkeppniseftirlitsins. Í þessu samhengi er einnig rétt að líta til þeirra krafna sem gera verður til fyrirtækja sem hafa þekkingu á þeim rekstri sem um ræðir og hafa á að skipa fagmönnum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr.

to be controlled. Allowing commitments purely concerning conduct under the Merger Regulation would, in theory, make redundant the very control of concentrations. "

³⁹⁰ Sjá dóm undirréttar í máli nr. T-102/96 *Gencor Ltd. v Commission* [1999] 4 CMLR 971: „It is true that commitments which are structural in nature, such as a commitment to reduce the market share of the entity arising from a concentration by the sale of a subsidiary, are, as a rule, preferable from the point of view of the Regulation's objective, in as much as they prevent once and for all, or at least for some time, the emergence or strengthening of the dominant position previously identified by the Commission and do not, moreover, require medium or long-term monitoring measures. Nevertheless, the possibility cannot automatically be ruled out that commitments which prima facie are behavioural, for instance not to use a trademark for a certain period, or to make part of the production capacity of the entity arising from the concentration available to third-party competitors, or, more generally, to grant access to essential facilities on non-discriminatory terms, may themselves also be capable of preventing the emergence or strengthening of a dominant position. "

³⁹¹ Sjá mgr. 17 og 69.

³⁹² Sjá mgr. 61.

³⁹³ Sjá einnig t.d. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, sjötta útgáfa 2008 bls. 727: „It is the responsibility of the notifying parties to show that the proposed commitments, once implemented, will eliminate such competition problems.“

6/2006 DAC ehf. og Lyfjaver ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Hins vegar getur Samkeppniseftirlitið þurft að veita leiðbeiningar um hvaða „markmiðum verði að lágmarki náð með skilyrðunum“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 11/2011 Landsbankinn hf., Arion banki hf. og Verdis hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Samkvæmt þessum úrskurði áfrýjunarnefndar leiðir af 12. gr. stjórnsýslulaga að Samkeppniseftirlitið verður að leggja sjálfstætt mat á hvort skilyrði samrunaaðila dugi.

Samkvæmt framansögðu ber samrunaaðilum að gera tillögur að skilyrðum sem þeir telja að geti eytt samkeppnishömlum en samræmast eftir sem áður markmiði aðilanna með viðkomandi samruna eða yfirtöku. Hlutverk samkeppnisyfirvalda felst á endanum í því að meta hvort umrædd skilyrði séu fullnægjandi. Ástæða þess er sú að skilyrði sem eru sett einhliða af samkeppnisyfirvöldum geta verið í andstöðu við tilgang viðkomandi samruna og meira íþyngjandi en ákvörðun um að ógilda hann. Í þessu sambandi hefur verið bent á að það sé ekki hlutverk samkeppnisyfirvalda að endurskipuleggja samruna fyrirtækja.³⁹⁴

2.3.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur framkomnar tillögur Haga að skilyrðum ekki fullnægjandi til þess að eyða þeim skaðlegu áhrifum sem samruninn hefði ella á samkeppni á skilgreindum mörkuðum málsins.

Samkeppniseftirlitið telur að þær tillögur sem lúta að staðsetningum einstakra lyfjaverslana og framlengingu á leigusamningi við Apótek Vesturlands komi ekki í veg fyrir að samruninn styrki markaðsráðandi stöðu Haga á dagvörumarkaði, sem m.a. felist í samlegðaráhrifum með samnýtingu húsnæðis fyrir dagvöruverslanir Haga og lyfjaverslanir Lyfju og því að viðskiptavinir Haga í dagvöru fari í meira mæli að versla lyf hjá Lyfju og öfugt. Á þetta við hvort sem verslanir Lyfju yrðu beinlínis staðsettar inn í verslunum Haga („store in store“), inn í sama húsnæði eða í húsnæði við hlið verslana Haga.

Samkeppniseftirlitið telur að þær tillögur Haga sem snúa að þáttum sem tengjast hegðun hins sameinaða félags til frambúðar séu ekki til þess fallnar að koma í veg fyrir þá samþjöppun og samkeppnislegu röskun sem fyrirsjáanlegt er að muni verða í kjölfar samrunans.

Samkeppniseftirlitið telur að tillaga Haga að sölu á Heilsu eyði þeim samkeppnishömlum sem tengjast eignarhaldi á Heilsu.

Samkeppniseftirlitið telur tillögu Haga að skilyrði um að hætta að selja „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur í Lyfju ekki vera þess eðlis að það komi í veg fyrir þau skaðlegu samkeppnislegu vandamál sem leiða af þessum samruna. Afleiðingar tillögunnar er fyrst og fremst þær að framboð af „sér“ snyrti- og hreinlætisvörum verður takmarkað á sama tíma og einn mikilvægur keppinautur hættir starfsemi á þeim markaði. Leiði það, að öllu öðru óbreyttu, til herra verðs en ella.

³⁹⁴ Sjá Navarro, Font, Folguera & Briones, Merger Control in the EU, önnur útgáfa 2005 bls. 341: „... the Commission cannot, on its own initiative, rewrite the notified operation. It can only impose conditions or amendments on the notified operation once the parties have proposed such changes themselves, with a view to resolving the competition problem identified by the Commission.“

Líkt og að framan hefur verið rakið er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Hagar og Lyfja séu nánir keppinautar á mörkuðum fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum annars vegar og mörkuðum fyrir heilsuvörur hins vegar og eftir samrunann yrðu fyrirtækin það ekki lengur. Verði samruni fyrirtækjanna að veruleika hættir Lyfja að starfa sem sjálfstæður keppinautur á viðkomandi mörkuðum og samkeppni sem ríkti milli félaganna leggst af. Á þetta við þrátt fyrir að tekið sé tillit til sölu á Heilsuhúsinu, samkeppni milli Haga og Lyfju myndi samt sem áður leggjast af í kjölfar samrunans í sölu á heilsuvörum og hreinlætis- og snyrtivörum.

Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að framangreindar tillögur samrunaaðila að skilyrðum séu ekki þess eðlis að þær komi í veg fyrir þau samkeppnislegu vandamál sem leiða af þessum samruna með fullnægjandi hætti. Tillögurnar í heild veiti því ekki fullnægjandi tryggingu fyrir því að samrunanum fylgi ekki skaðleg samkeppnisleg áhrif gagnvart viðskiptavinum fyrirtækisins, keppinautum þess og neytendum.

Af þessu leiði að ekki séu forsendur til þess að samþykkja samrunann með þeim skilyrðum sem Hagar hafa þegar lagt til. Þá hafi Haga lýst því yfir að þeir muni ekki leggja fram frekari tillögur að skilyrðum, sbr. framangreint tölvubréf lögmanns Haga til Samkeppniseftirlitsins, dags. 13. júlí 2017.

Með hliðsjón af öllu framangreindu er það mat Samkeppniseftirlitsins að tillögur samrunaaðila að skilyrðum komi ekki í veg fyrir þá röskun á samkeppni sem myndi leiða af samrunanum. Af því leiðir að ekki eru forsendur til þess að heimila samrunann með skilyrðum. Í samræmi við 17. gr. c samkeppnislaga ber því að ógilda hann.

VI. Ákvörðunarorð:

„Samningur, dags. 17. nóvember 2016, um kaup Haga hf. á öllu hlutafé í Lyfju hf. felur í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Samruninn raskar samkeppni með umtalsverðum hætti og með heimild í 17. gr. c laganna ógildir Samkeppniseftirlitið hann.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson