

## **ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA**

### **Úrskurður í máli nr. 7/2018**

**Lyf og heilsa hf.**

**gegn**

**Samkeppniseftirlitinu**

#### **I**

##### **Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila**

Með kæru, dags. 14. nóvember 2018, hefur Lyf og heilsa hf., hér eftir nefnt áfrýjandi, kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 18. október 2018 um að ógilda þann samruna er fólst í fyrirhuguðum kaupum áfrýjanda á öllu hlutafé í Opnu ehf., rekstaraðila Apóteks MOS.

Áfrýjandi krefst þess að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 18. október 2018 verði felld úr gildi og staðfest verði að ekki sé tilefni til íhlutunar í samrunann.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

#### **II**

##### **Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu**

Með bréfi áfrýjanda 9. maí 2018 var Samkeppniseftirlitinu tilkynnt um kaup áfrýjanda á öllu hlutafé í Opnu ehf., sem rekur Apótek MOS. Í bréfinu var jafnframt tekið fram að ekki væri um tilkynningarskyldan samruna að ræða þar sem veltumörk samkvæmt 1. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga nr. 44/2005 væru ekki uppfyllt. Með bréfi, dags. 16. maí 2018, tilkynnti Samkeppniseftirlitið áfrýjanda að

Þar sem um væri að ræða láréttan samruna á milli tveggja keppninauta, sem störfuðu m.a. í nálægð við hvorn annan, teldi Samkeppniseftirlitið verulegar líkur á því að samruninn gæti dregið umtalsvert úr virkri samkeppni. Þá lægi fyrir að heildarvelta samrunaaðila væri meira en einn milljarður króna. Teldi Samkeppniseftirlitið því rétt að beita 3. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga. Með bréfi, dags. 17. maí 2018, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að samrunatilkynningin teldist ófullnægjandi vegna skorts á upplýsingum. Viðbótarupplýsingar bárust frá samrunaaðilum þann 18. maí 2018.

Með bréfum, dags. 4. júní 2018, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að samrunatilkynningin frá 18. maí 2018 teldist fullnægjandi í skilningi 17. gr. a samkeppnislaga og að frestir hefðu byrjað að líða þann dag. Samrunaaðilar lýstu sig ósammála þessu og að þeir teldu að um fullnægjandi samrunatilkynningu hefði verið að ræða og lögbundir frestir því byrjað að líða við afhendingu bréfs frá 9. maí 2018. Með bréfum, dags. 14. júní 2018, var samrunaaðilum tilkynnt að Samkeppniseftirlitið teldi ástæðu til að rannsaka frekar samkeppnisleg áhrif samrunans með vísan til 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga.

Hinn 12. júní 2018 upplýsti Samkeppniseftirlitið samrunaaðila um það símleiðis að eftirlitið hefði í hyggju að framkvæma neytendakönnun hjá viðskiptavinum samrunaaðila í Mosfellsbæ í því skyni að rannsaka samkeppnislegt aðhald á milli samrunaaðila. Framkvæmd könnunarinnar var mótmælt af samrunaaðilum og athugasemdir gerðar við einstakar spurningar í fyrirhugaðri könnun. Samkeppniseftirlitið gerði breytingar á spurningum og sendi samrunaaðilum ný drög að væntanlegri könnun með bréfi, dags. 15. júní 2018, og var samrunaaðilum veittur frestur til 21. júní 2018 til að koma að frekari athugasemdum. Einnig var fundað með samrunaaðilum 19. júní 2018 vegna málsins auk annarra samskipta á milli Samkeppniseftirlitsins og samrunaaðila vegna þessa. Neytendakönnunin var framkvæmd dagana 26. og 27. júní 2018 en frekari athugasemdir áfrýjanda vegna könnunarinnar bárust eftirlitinu með bréfi 26. júní 2018. Með bréfi, dags. 3. júlí 2018, svaraði Samkeppniseftirlitið framkominni gagnrýni áfrýjanda og benti á að í ljósi þess að samrunaaðilar væru þeir einu sem starfræktu apótek í Mosfellsbæ væri sérstök ástæða til að taka til athugunar staðbundin áhrif samrunans. Með tölvupósti 6. júlí 2018 kynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum niðurstöður neytendakönnunarinnar. Jafnframt kom fram að það væri frummat

Samkeppniseftirlitsins að samrunaaðilar veittu hvor öðrum mikið samkeppnislegt aðhald. Yrðu því áhrif samrunans á samkeppni rannsökuð enn frekar. Með bréfum, dags 13. júlí 2018, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir frekari gögnum frá samrunaaðilum og bárust svör frá Opnu ehf. 26. júlí 2018 og frá Lyf og heilsu 31. júlí 2018.

Andmælaskjal var birt samrunaaðilum þann 24. ágúst 2018. Í því rökstuddi Samkeppniseftirlitið þá frumniðurstöðu sína að samruninn væri skaðlegur samkeppni skv. 17. gr. c. samkeppnislaga. Athugasemdir Opnu ehf. við andmælaskjalið bárust Samkeppniseftirlitinu 5. september 2018 og athugasemdir áfrýjanda 7. september 2018. Var frummati Samkeppniseftirlitsins mótmælt af samrunaaðilum.

Með bréfum, dags. 20. september 2018, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum, m.a. vegna framkominna athugasemda frá þeim, að nauðsynlegt væri að afla frekari upplýsinga til að geta lagt betur mat á samkeppnisleg áhrif samrunans til framtíðar. Taldi það því óhjákvæmilegt að framlengja frest Samkeppniseftirlitsins til töku endanlegrar ákvörðunar um 20 virka daga. Hinn 8. október 2018 sendi Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum bréf þar sem þeim var gerð grein fyrir þeirri rannsókn er stofnunin hefði ráðist í eftir að athugasemdir bárust við andmælaskjalið. Jafnframt var samrunaaðilum tilkynnt að viðbótarrannsókn Samkeppniseftirlitsins hefði ekki breytt fyrri afstöðu þess um að samruninn raskaði samkeppni.

Með ákvörðun dags. 18. október 2018 ógilti Samkeppniseftirlitið samruna áfrýjanda og Opnu ehf.

### III

#### Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins, sem svar við kæru áfrýjanda, barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála 28. nóvember 2018. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust 6. desember 2018 og svör Samkeppniseftirlitsins við þeim 10. desember 2018. Hinn 12. desember 2018 barst bréf frá áfrýjanda með frekari áréttingum. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála sendi fyrirspurn á málsaðila 28.

febrúar 2019 þar sem óskað var eftir upplýsingum um það hvort komið hafi til álita að gera frekari tillögur að skilyrðum fyrir samrunanum. Þá var óskað eftir upplýsingum frá Samkeppniseftirlitinu um hvort og með hvaða hætti samrunaaðilum hafi verið leiðbeint um hvaða markmiðum yrði að lágmarki að ná með slíkum skilyrðum og hvort mögulegt hefði verið að setja samrunanum skilyrði í samræmi við ákvæði 17. gr. c. samkeppnislaga nr. 44/2005. Svör bárust frá málsaðilum 4. mars 2019.

## IV

### Röksemdir málsaðila

#### *Málsástæður og lagarök áfrýjanda.*

Áfrýjandi byggir kröfur sínar á því að með hinni kærðu ákvörðun hafi Samkeppniseftirlitið vikið frá áratugalangri stjórnsýsluframkvæmd og skilgreint smásölu lyfja í Mosfellsbæ sem sérstakan landfræðilegan markað, þvert á fyrri framkvæmd um að allt höfuðborgarsvæðið teldist einn landfræðilegur markaður fyrir smásölulyf. Vísar hann til fyrri röksemdafærslu Samkeppniseftirlitsins fyrir því að ekki eigi að skipta markaði fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu upp í undirmarkaði. Telur áfrýjandi að ekki sé í hinni kærðu ákvörðun vísað til neinna atvika sem hafi breyst er réttlæti þessa breyttu stjórnsýsluframkvæmd og þá hafi engar breytingar orðið á viðeigandi lagaákvæðum. Þegar af þeirri ástæðu sé hin kærða ákvörðun ólögmat enda sé ekki heimilt að breyta stjórnsýsluframkvæmd án breytinga á aðstæðum eða lögum.

Áfrýjandi telur að sú neytendakönnun sem Samkeppniseftirlitið lét framkvæma undir rekstri málsins til stuðnings skilgreiningu sinni um að Mosfellsbær væri sérstakur markaður fyrir smásölu lyfja hafi verið haldin verulegum annmörkum og því geti hún ekki haft þýðingu fyrir úrlausn málsins. Könnunin sýni ekki kauphegðun íbúa Mosfellsbæjar á markaðnum heldur það eitt að stór hluti þeirra viðskiptavina sem staddir eru í Mosfellsbæ hverju sinni velji annað þeirra tveggja apóteka sem þar eru. Áfrýjandi bendir hins vegar á að fyrirliggjandi upplýsingar frá Sjúkratryggingum Íslands sýni að íbúar Mosfellsbæjar kaupi lyf sín jöfnum höndum innanbæjar (50%) sem annars staðar á höfuðborgarsvæðinu (50%).



Bendir áfrýjandi á að samkvæmt upplýsingum Sjúkratrygginga frá árinu 2009 sé hlutfall íbúa Mosfellsbæjar sem innleysi lyf sín annars staðar sambærilegt eða hærra en hlutfall Breiðhyltinga, Garðbæinga, Kópavogsbúa og Hafnfirðinga. Samkeppniseftirlitið taldi það hlutfall vera skýra sönnun þess að skilgreina bæri allt höfuðborgarsvæðið sem einn landfræðilegan markað varðandi smásölu lyfja, en ekki skipta svæðinu upp í sérstaka undirmarkaði, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2010. Undir rekstri þess máls hafi Samkeppniseftirlitið framkvæmt ítarlega rannsókn á markaði fyrir smásölu lyfja og í kjölfar þess komist að þeirri niðurstöðu að skilgreina bæri höfuðborgarsvæðið allt sem landfræðilegan markað fyrir smásölu lyfja.

Áfrýjandi bendir á að samdráttur í sölu Apótekarans í Mosfellsbæ við innkomu Apóteks MOS hafi ekki verið verulega frábrugðinn þeim samdrætti sem varð við opnun Costco og apóteks á Bíldshöfða. Af þessu megi sjá skýr merki þess að höfuðborgarsvæðið teljist einn markaður.

Því er hafnað af hálfu áfrýjanda að taka eigi mið af erlendum ákvörðunum í þessum efnum þar sem þær aðstæður sem þar liggja til grundvallar séu ekki í samræmi við íslenskan veruleika. Miða beri rannsóknir samkeppnisyfirvalda við raunverulegar aðstæður á markaði hér á landi, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 111/2014.

Áfrýjandi telur að engin rannsókn hafi farið fram á staðgöngu milli lyfjabúðanna í Mosfellsbæ annars vegar og annarra lyfjabúða á höfuðborgarsvæðinu hins vegar enda myndi slík rannsókn gefa niðurstöðu sem væri í samræmi við raungögn Sjúkatrygginga Íslands um að íbúar Mosfellsbæjar versli lyf jöfnum höndum innan sveitarfélagsins og annars staðar á höfuðborgarsvæðinu. Sú rannsókn sem unnin var af MMR fyrir Samkeppniseftirlitið vegna samruna lyfjabúðanna tveggja í Mosfellsbæ hafi einungis varpað ljósi á innkaupavenjur viðskiptavina lyfjabúðanna tveggja og staðgöngu milli þeirra.

Verði fallist á að höfuðborgarsvæðið sé hinn landfræðilegi markaður málsins telur áfrýjandi að engin lagaheimild standi til þess að ógilda samrunann. Sjónarmið Samkeppniseftirlitsins um að samrunaaðilar séu nánir samkeppnisaðilar innan hins skilgreinda markaðar eigi sér ekki lagastoð, enda sé tilgangur markaðsskilgreininga sá að skilgreina samkeppnisaðila viðkomandi fyrirtækja.

Telur áfrýjandi að hin kærða ákvörðun samræmist ekki hlutlægniskyldu stjórnvalds, jafnræðisreglu stjórnsýslulaga eða réttmætum væntingum aðila máls.

Áfrýjandi bendir á að samkeppnisyfirvöld hér á landi hafi um 20 ára skeið skilgreint landfræðilegan markað fyrir smásölu lyfja sem allt höfuðborgarsvæðið, eða allt frá töku ákvörðunar í máli nr. 44/1997. Hefur sú markaðsskilgreining síðan verið lögð til grundvallar í fjölda ákvarðana samkeppnisyfirvalda og sú afstaða verið rökstudd með ítarlegum hætti af hálfu samkeppnisyfirvalda. Nú sé hins vegar vikið frá fyrri stjórnsýsluframkvæmd og það án þess að færð hafi verið fram fullnægjandi rök er réttlæti slíka breytingu. Áfrýjandi telur að með því að víkja frá þeim málefnalegu sjónarmiðum sem hingað til hafa verið lögð til grundvallar við skilgreiningu landfræðilegs markaðar fyrir smásölu lyfja hér á landi undanfarin 20 ár, sé um að ræða brot gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Við úrlausn mála beri stjórnvöldum að gæta samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti. Byggja beri á sömu sjónarmiðum við afgreiðslu sambærilegra mála. Samkeppnisfirlitið hafi ítrekað skilgreint landfræðilegan markað fyrir smásölu lyfja sem allt höfuðborgarsvæðið að meðtöldum Mosfellsbæ. Ákvörðun um það hafi byggst á tilteknum sjónarmiðum og verið vel rökstudd m.a. með ítarlegum rannsóknum, sbr. greinargerð Samkeppnisfirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2010.

Þá telur áfrýjandi að sú breyting á stjórnsýsluframkvæmd sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun feli í sér brot gegn réttmætum væntingum áfrýjanda sem verndaðar séu með meginreglum stjórnsýsluréttarins. Í hinni kærðu ákvörðun sé á því byggt, með vísan til EB réttar, að breytingar á markaðsskilgreiningum feli ekki í sér brot gegn réttmætum væntingum málsaðila. Telur áfrýjandi að þetta hafi ekki þýðingu hér á landi enda stjórnsýsluréttur ekki samræmdur innan EES – svæðisins og rétturinn skýr hér á landi. Hins vegar sé skýrt tekið fram í þeim EB heimildum sem vitnað sé til í hinni kærðu ákvörðun að aðilar máls eigi ekki réttmætar væntingar til þess að markaðsskilgreiningar haldist óbreyttar þar sem þær geti breyst vegna breyttra aðstæðna. Í hinni kærðu ákvörðun séu hins vegar engar slíkar breytingar á aðstæðum tilgreindar sem geti réttlætt breytingar á markaðsskilgreiningu, enda séu þær ekki fyrir hendi. Á það sé bent að stjórnsýsluréttur hafi þróast í átt til aukinna krafna til stjórnvalda um að gæta að réttaröryggi borgaranna

og skapa traust. Ákvarðanatataka stjórnvalda þurfi að vera byggð á gagnsæjum, stöðugum og fyrirsjáanlegum reglum. Þessu til stuðnings vísar áfrýjandi til álita umboðsmanns Alþingis í málum nr. 3307/2001, 6109/2010 og 5995/2010. Áfrýjandi telur að einungis sé heimilt að víkja frá stjórnsluframkvæmd sé það gert með tilteknum hætti og að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Í fyrsta lagi verði breytingin að vera á grundvelli málefnalegra sjónarmiða, í öðru lagi verði breytingin að vera almenn og í þriðja lagi verði að taka tillit til réttmætra væntinga, kynna breytinguna og hafa í huga sjónarmið um afturvirkni réttarreglna. Telur áfrýjandi ljóst að ekkert þessara skilyrða sé uppfyllt varðandi hina kærðu ákvörðun.

Þá byggir áfrýjandi jafnframt á því að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnslulaga. Í hinni kærðu ákvörðun sé rannsókn málsins lýst en þar komi fram að rannsóknin hafi einkum og sér í lagi verið fólgin í gerð neytendakönnunar hjá samrunaaðilum. Telur áfrýjandi að sú könnun hafi verið háð svo stórkostlegum annmörkum að hún hafi ekkert sönnunargildi í málinu enda séu niðurstöður hennar ekki í samræmi við raungögn. Ekkert efnislegt mat hafi verið lagt á fyrirliggjandi raungögn frá Sjúkratryggingum Íslands um staðgöngu á markaðnum og það þrátt fyrir að sambærileg gögn hafi verið ráðandi þáttur við fyrri stjórnsluframkvæmd varðandi skilgreiningu á landfræðilegum markaði fyrir smásölu lyfja. Einungis komi fram að upplýsinganna hafi verið aflað og lagt á þær mat án nánari lýsingar á því mati. Samkvæmt 10. gr. stjórnslulaga hvíli sú frumkvæðisskylda á stjórnvaldi að ganga úr skugga um að mál sé nægilega upplýst áður en tekin sé ákvörðun í því. Byggja þurfi ákvarðanir í samrunamálum á raunverulegum og traustum gögnum um hvort samruni hafi skaðleg áhrif á samkeppni. Vísar áfrýjandi í því sambandi m.a. til þess sem fram kemur í dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 111/2014 þar sem fjallað sé sérstaklega um þær kröfur sem gera verði til samkeppnisfyrivalda varðandi skilgreiningu markaða. Áfrýjandi byggir á því að því fari fjarri að rannsókn máls þessa geti staðið undir þeirri niðurstöðu sem sett sé fram í hinni kærðu ákvörðun. Að mati áfrýjanda hafi ekki verið horft til raungagna, engin rannsókn farið fram á því hvort þeir þættir er áður höfðu ráðið niðurstöðu sambærilegra mála hafi breyst og því til viðbótar hafi sú neytendakönnun sem gerð var að tilhlutun Samkeppniseftirlitsins verið háð verulegum annmörkum.

Áfrýjandi bendir ennfremur á að fyrirhugaður samruni sé undir veltumörkum 17. gr. a. samkeppnislaga og því sé íhlutun Samkeppniseftirlitsins eingöngu byggð á undantekningarheimild 3. mgr. 17. gr. b. laganna. Telur áfrýjandi að túlka verði fyrrgreint undantekningarákvæði þröngt og þá verði einnig að hafa hliðsjón af meðalhófsreglu 12. gr. stjórnisýslulaga. Af því leiði að það þurfi að vera enn ótvíræðara en ella að slíkur samruni raski samkeppni með umtalsverðum hætti í skilningi 17. gr. c. samkeppnislaga, eigi að vera heimilt að ógilda hann.

Þá telur áfrýjandi að ekki skapist markaðsráðandi staða með samrunanum. Í hinni kærðu ákvörðun sé lagt til grundvallar að samruninn hindri virka samkeppni en sú niðurstaða sé háð þeirri markaðsskilgreiningu að landfræðilegur markaður málsins takmarkist við Mosfellsbæ. Í ljósi þess að landfræðilegur markaður þessa máls nær til alls höfuðborgarsvæðisins þá verði sameiginleg markaðshlutdeild samrunaaðila í kjölfar samrunans um 22% og því ekki um markaðsráðandi stöðu að ræða.

Áfrýjandi telur að samruninn muni ekki koma til með að raska samkeppni með umtalsverðum hætti eins og byggt sé á í hinni kærðu ákvörðun. Telur áfrýjandi að umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um inntak ógildingarákvæðis 17. gr. c. samkeppnislaga og efnislegt mat á því ákvæði sé afar villandi. Áréttar áfrýjandi að í hinni kærðu ákvörðun sé ekki lagt til grundvallar að áfrýjandi sé í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu. Verulegar breytingar hafi orðið á markaðnum á undanförunum árum sem geri það að verkum að áfrýjandi sé ekki í markaðsráðandi stöðu.

Telur áfrýjandi að rökstuðningur Samkeppniseftirlitsins fyrir því að um „nána samkeppnisaðila“ sé að ræða, og af þeim sökum beri að ógilda samrunann jafnvel þótt markaðurinn taki til höfuðborgarsvæðisins alls, eigi sér ekki lagastoð. Tilgangur markaðsskilgreininga sé að greina hverjir séu samkeppnisaðilar hins sameinaða fyrirtækis og hverjir veiti því samkeppnislegt aðhald. Telur áfrýjandi að aðferðafræði Samkeppniseftirlitisins eigi sér ekki stoð í breyttu orðalagi 17. gr. c. samkeppnislaga, líkt og lagt sé til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun. Að fenginni þeirri niðurstöðu að hinn landfræðilegi markaður sé allt höfuðborgarsvæðið telur áfrýjandi að samruninn geti ekki raskað samkeppni á markaði með umtalsverðum hætti. Orðalag 17. gr. c. samkeppnislaga um röskun á samkeppni á markaði með

umtalsverðum hætti sé ætlað að endurspegla orðalag samrunareglugerðar EB um „Significant Impedement of Effective Competition“, en það ákvæði byggi líkt og hið íslenska orðalag á því hvort samkeppni raskist á hinum skilgreinda markaði. Við beitingu ákvæðisins sé lagt til grundvallar að sameiginleg markaðshlutdeild samrunaaðila undir 25% raski ekki samkeppni með umtalsverðum hætti.

Bendir áfrýjandi á að markaðshlutdeild hans aukist einungis um 1% við samrunann, þ.e. fari úr um 21% í tæp 22%. Við mat á samþjöppun á markaði sé stuðst við svokallaðan HHI stuðul og lagt til grundvallar að hann sé fyrir samruna á bilinu 1.000 til 2.000 stig og aukist hann um minna en 250 stig við samruna sé ekki tilefni til íhlutunar. Á lyfjamarkaði á höfuðborgarsvæðinu sé fyrrgreindur stuðull í hæsta lagi um 1.500 stig og eykst undir 100 stig við samrunann. Áfrýjandi telur því að ekki sé lagaheimild til íhlutunar í samrunann enda raski hann ekki samkeppni á hinum skilgreinda markaði með umtalsverðum hætti. Sjónarmið um „nána samkeppnisaðila“ og svonefnd „maveric“ fyrirtæki sem rakin séu í hinni kærðu ákvörðun fái því ekki hnekkt. Þannig eigi hin fyrrnefnda tilvísun eingöngu við ef slíkir aðilar séu að selja að einhverju leyti frábrugðnar vörur en aðrir aðilar á markaðnum og það eigi augljóslega ekki við um lyf. Síðarnefnda tilvísunin eigi einungis við ef um sé að ræða nýjan aðila sem líklegt sé að raski samhæfri hegðun sem fyrir er á markaðnum með uppbyggingu. Þau sjónarmið eigi ekki við um Apótek MOS auk þess sem ekki sé byggt á því í hinni kærðu ákvörðun að samhæfð hegðun sé til staðar á markaðnum. Því til viðbótar hafi sú könnun sem Samkeppniseftirlitið lét framkvæma verið haldin svo verulegum efnislegum annmörkum að hún verði ekki lögð til grundvallar við mat á „nánum samkeppnisaðilum“.

Áfrýjandi hafnar því alfarið að tilgangurinn með kaupunum sé að kaupa út samkeppnisaðila í Mosfellsbæ. Tilgangur viðskiptanna sé einungis að fjölga tekjuberandi stoðum áfrýjanda á höfuðborgarsvæðinu. Áfrýjandi bendir jafnframt á að aðgangshindranir á markaðnum séu afar takmarkaðar enda hafi mörg ný apótek haslað sér völl á markaðnum síðastliðin fimm ár.

Áfrýjandi hafnar þeirri staðhæfingu Samkeppniseftirlitsins að Mosfellsbær skeri sig nokkuð frá öðrum sveitarfélögum á höfuðborgarsvæðinu varðandi smásölu lyfja. Verði ekki séð að sú staðhæfing byggi á rannsóknum. Engan slíkan

samanburð á milli sveitarfélaganna sé að finna í hinni kærðu ákvörðun. Þá hafnar áfrýjandi því einnig að Mosfellsbær beri ekki þrjú apótek og vísar til þess að í nokkrum sveitarfélögum er hafi innan við 2.500 íbúa séu rekin apótek en í Mosfellsbæ búi 11.000 manns.

### ***Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins***

Samkeppniseftirlitið bendir á að ákvörðun um að ógilda samrunann byggi á ákvæði 17. gr. c. samkeppnislaga. Fyrirgreint lagaákvæði heimili Samkeppniseftirlitinu að ógilda samruna sé talið að samruninn hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til þess að slík staða styrkist eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti. Byggir Samkeppniseftirlitið á því að rannsókn á áhrifum samrunans á samkeppni hafi verið vönduð og á grundvelli hennar hafi verið rétt að ógilda samrunann með vísan til heimildar í 17. gr. c. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið bendir á að vegna sjónarmiða samrunaaðila í samrunaskrá um að Mosfellsbær væri hluti af landfræðilegum markaði sem næði til alls höfuðborgarsvæðisins og að samrunaaðilar væru einu lyfjabúðirnar í Mosfellsbæ hafi Samkeppniseftirlitið ákveðið að láta framkvæma neytendakönnun meðal viðskiptavina lyfjabúðanna í Mosfellsbæ. Niðurstöður þeirrar könnunar hafi leitt í ljós takmarkaða staðgöngu á milli lyfjabúða í Mosfellsbæ og lyfjabúða í nágrennasveitarfélögum. Hafi það því verið frummat Samkeppniseftirlitsins að skilgreina bæri Mosfellsbæ sem sérstakan landfræðilegan markað fyrir smásölu lyfja og að samruninn myndi hindra virka samkeppni á þessum markaði þar sem hann myndaði markaðsráðandi stöðu áfrýjanda. Þar fyrir utan væru samrunaaðilar afar nánir keppinautar í skilningi samkeppnisréttar og að Apótek MOS veitti áfrýjanda mikilvægt samkeppnislegt aðhald. Enda þótt skilgreining samrunaaðila á hinum landfræðilega markaði væri lögð til grundvallar yrði samruninn því til þess að samkeppni raskaðist með umtalsverðum hætti. Viðbótarrannsókn sem Samkeppniseftirlitið hafi síðan gert í kjölfar athugasemda samrunaaðila meðal lyfsöluleyfishafa á höfuðborgarsvæðinu, að undanskildum þeim er störfuðu í lyfjabúðum samrunaaðila, hafi jafnframt stutt fyrirgreinda niðurstöðu



Samkeppniseftirlitsins um sjálfstæðan landfræðilegan markað fyrir smásölu lyfja í Mosfellsbæ.

Samkeppniseftirlitið bendir á að heimildir samkeppnisyfirvalda til að ógilda samruna hafi í tvígang verið styrktar á umliðnum árum. Hafi þetta verið gert í þeim tilgangi að auka heimildir Samkeppniseftirlitsins til að ógilda eða setja skilyrði fyrir samruna og auka svigrúm Samkeppniseftirlitsins til mats á samkeppnislegum áhrifum samruna. Á þessu hafi jafnframt verið byggt í réttarframkvæmd, þ.e. að Samkeppniseftirlitið hafi nokkuð svigrúm til mats á því hvort skilyrði séu til að ógilda samruna á grundvelli 17. gr. c samkeppnislaga, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 277/2012.

Á því er byggt af hálfu Samkeppniseftirlitsins að samruninn hindri virka samkeppni með því að til verði markaðsráðandi staða áfrýjanda í Mosfellsbæ. Varðandi mat á því hvaða landsvæði teljist í samkeppnisrétti tilheyra sama landfræðilega markaðnum er m.a. vísað til dóms Hæstaréttar í máli nr. 550/2007 þar sem fram kom að til landfræðilegs markaðar teljist það svæði þar sem samkeppnisskilyrði fyrirtækja séu nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum.

Samkeppniseftirlitið bendir á að mál þetta varði kaup áfrýjanda á eina keppinaut hans í Mosfellsbæ og málið taki til smásölu á mikilvægri neytendavöru. Fyrir liggir að smásölumarkaðir séu jafnan staðbundnir í samkeppnisrétti. Þá sé talið að landfræðilegir markaðir fyrir smásölu á lyfjum séu mjög afmarkaðir og því hafi Samkeppniseftirlitið tekið til sérstakrar rannsóknar við meðferð málsins hvort smásala á lyfjum í Mosfellsbæ tilheyrði sérstökum landfræðilegum markaði. Í hinni kærðu ákvörðun sé gerð ítarleg grein fyrir rannsókn Samkeppniseftirlitsins á landfræðilegum markaði málsins og rökstutt að Mosfellsbær sé sjálfstæður landfræðilegur markaður fyrir smásölu lyfja. Fékk Samkeppniseftirlitið m.a. MMR til þess að framkvæma neytendakönnun í lyfjabúðum samrunaaðila í Mosfellsbæ auk þess sem gerð var sérstök athugun meðal lyfsöluleyfishafa á höfuðborgarsvæðinu vegna málsins. Þá var einnig aflað upplýsinga frá Sjúkratryggingum Íslands.

Niðurstöður neytendakönnunar MMR hafi sýnt að viðskiptavinir lyfjabúða samrunaaðila í Mosfellsbæ töldu staðsetningu lyfjabúðanna ráða mestu um hvert



Þeir beindu viðskiptum sínum og að flestir ættu viðskipti við lyfjabúðirnar vegna þess að þeir væru í brýnni þörf. Athugun meðal lyfsöluleyfishafa hafi gefið til kynna að þeir teldu að þjónusta skipti mestu máli fyrir viðskiptavinum þeirra við val á því hvert þeir beini viðskiptum sínum og einungis um helmingur viðskiptavina þeirra væri í brýnni þörf. Einnig hafi komið fram að lyfsöluleyfishafar telji almennt að staðsetning lyfjabúða ráði því hver sé þeirra helsti keppinatur en í 88% tilvika nefndu þeir keppinatur í innan við 3 km. fjarlægð. Í hinni kærðu ákvörðun sé vakin athygli á því að aðeins séu um 200 metrar á milli lyfjabúða samrunaaðila en næsti keppinatur sé í 5,5 km fjarlægð. Frá Sjúkratryggingum Íslands fengust þær upplýsingar að þrír af hverjum fjórum viðskiptavinum lyfjabúða samrunaaðila séu íbúar Mosfellsbæjar. Einnig komi fram að lyfjabúðir samrunaaðila dragi ekki með sama hætti og aðrar lyfjabúðir á höfuðborgarsvæðinu til sín viðskipti íbúa frá nálægum svæðum. Virðist því sem takmörkuð staðganga sé á milli lyfjabúða í Mosfellsbæ og annarra lyfjabúða á höfuðborgarsvæðinu. Það gefi ótvírætt til kynna að landfræðilegi markaðurinn taki ekki til stærra svæðis en Mosfellsbæjar. Þá hafi erlend samkeppnisyfirvöld ítrekað komist að þeirri niðurstöðu að landfræðilegir markaðir fyrir smásölu á lyfjum séu mjög afmarkaðir og staðbundnir.

Samkeppnisfirlitið bendir á að hafa verði í huga að markmið könnunar MMR var að kanna kauphegðun viðskiptavina lyfjabúða samrunaaðila í Mosfellsbæ en ekki að kanna kauphegðun allra íbúa Mosfellsbæjar. Könnuninni var eingöngu ætlað að varpa ljósi á innkaupavenjur viðskiptavina lyfjabúða samrunaaðila, þ.e. hvaða þættir hefðu áhrif á val viðskiptavina lyfjabúðanna og staðgöngu á milli þeirra.

Til þess að landsvæði geti talist sameiginlegt markaðssvæði sé almennt gerð krafa um að neytendur af hvoru svæði um sig kaupir eða sækir vörur eða þjónustu yfir á hitt svæðið sbr. m.a. úrskurðir áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 4/2006 og 5/2010. Þegar samkeppnisskilyrði í Mosfellsbæ séu metin skeri sveitarfélagið sig frá öðrum svæðum á höfuðborgarsvæðinu að því leyti að nokkur fjarlægð sé í íbúakjarna í næsta aðliggjandi sveitarfélagi, þ.e. Reykjavík. Þetta veldur því að þrír af hverjum fjórum viðskiptavinum samrunaaðila eru íbúar Mosfellsbæjar eins og upplýsingar frá Sjúkatryggingum Íslands gefi til kynna. Enda þótt finna megi svo há hlutföll á öðrum svæðum innan höfuðborgarsvæðisins sé hins vegar sá munur á að viðskiptavinir lyfjabúða á viðkomandi svæðum séu miklu líklegri til að koma frá aðliggjandi svæðum. Þannig draga lyfjabúðir samrunaaðila

Í Mosfellsbæ ekki með sama hætti til sín viðskipti íbúa frá nálægum svæðum en einungis 3,5% viðskipta lyfjabúða samrunaaðila í Mosfellsbæ eru íbúar Grafvogsg- og Grafarholtshverfis í Reykjavík. Á sama hátt benda lág tilfærsluhlutföll til lyfjabúða í nágrannasveitarfélögum Mosfellsbæjar samkvæmt neytendakönnun MMR til þess að samkeppnislegt aðhald frá þeim sé afar takmarkað. Þá er á því byggt af hálfu Samkeppniseftirlitisins að í samkeppnisrétti sé ekki talið nauðsynlegt að skilgreina markaði til hlítar í hverju máli fyrir sig heldur sé heimilt að halda því opnu hafi það ekki áhrif á niðurstöðu máls.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á staðhæfingar áfrýjanda að um breytta stjórnáráðgjafkerfi sé að ræða. Í eldri úrlausnum Samkeppniseftirlitisins sem áfrýjandi vísar til var ekki sérstaklega til skoðunar hvort Mosfellsbær væri sjálfstæður landfræðilegur markaður þótt Mosfellsbær hafi þar verið talinn hluti af höfuðborgarsvæðinu. Þá verði ekki dregin sú ályktun af hinni kærðu ákvörðun að einstök sveitarfélög, hverfi eða póstnúmer innan höfuðborgarsvæðisins verði héðan í frá skilgreind sem sjálfstæðir landfræðilegir markaðir heldur ræðst það í hverju máli fyrir sig.

Samkeppniseftirlitið bendir á að nauðsynlegt sé að skoða hvern og einn markað sérstaklega og að ekki sé unnt að álykta fyrirfram, án sjálfstæðrar rannsóknar, að leggja beri ákveðna skilgreiningu markaða til grundvallar. Er það í samræmi við þær kröfur sem lög gera til samkeppnisyfirvalda um að þau afmarki markaðinn sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 111/2014.

Samkeppniseftirlitið tekur undir það með áfrýjanda að skilgreining markaða sé grundvallaratriði við meðferð samrunamála. Rannsókn Samkeppniseftirlitisins vegna þess samruna sem hér um ræðir hafi leitt í ljós að markaður fyrir smásölu lyfja í Mosfellsbæ sé staðbundinn. Samkeppnisskilyrði á markaði fyrir smásölu lyfja í Mosfellsbæ séu greinilega frábrugðin samkeppnisskilyrðum á nærliggjandi mörkuðum. Þannig séu þrír af hverjum fjórum sem eiga viðskipti við lyfjabúðir samrunaaðila, Mosfellingar. Hefur staðsetning lyfjabúða mikil áhrif á hvaða lyfjabúð neytendur ákveða að skipta við og því sé ljóst að staðgang á milli lyfjabúða í Mosfellsbæ og lyfjabúða í öðrum sveitarfélögum sé takmörkuð. Samkvæmt því séu líkur á því að íbúi í Mosfellsbæ, sem sé í brýnni þörf fyrir lyf, skipti við aðra hvora lyfjabúðina í Mosfellsbæ. Hins vegar sé ólíklegt að hann beini viðskiptum sínum til

annarar lyfjabúðar nema hann stundi nám eða atvinnu í nágrenni hennar. Sé sú lyfjabúð lokuð er hann jafnframt líklegri til að skipta við þá lyfjabúð sem er í næsta nágrenni fremur en lyfjabúðir í Mosfellsbæ. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins á samkeppnisskilyrðum í Mosfellsbæ staðfesti því að smásala lyfja sé staðbundin í sveitarfélaginu. Þá er það jafnframt mat Samkeppniseftirlitsins að á markaði fyrir smásölu lyfja í Mosfellsbæ séu aðgangshindranir, m.a. af þeirri ástæðu að ólíklegt sé að markaðurinn beri fleiri lyfjabúðir en þar eru sem og vegna þess að í sveitarfélaginu sé lítið af hentugu húsnæði.

Því er hafnað af hálfu Samkeppniseftirlitsins að ekki hafi verið byggt á upplýsingum frá Sjúkratryggingum Íslands við meðferð málsins. Upplýsingar frá Sjúkratryggingum Íslands lágu fyrir áður en hin kærða ákvörðun var tekin og var lagt mat á þær upplýsingar og tekið mið af þeim við ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Þær upplýsingar staðfestu að lyfjabúðirnar í Mosfellsbæ dragi ekki til sín viðskipti frá nálægðum svæðum og því ljóst að takmörkuð staðganga sé milli lyfjabúða samrunaaðila í Mosfellsbæ og lyfjabúða í öðrum sveitarfélögum á höfuðborgarsvæðinu.

Samkeppniseftirlitið bendir á að eins og fram komi í hinni kærðu ákvörðun virðist sem opnun Apóteks MOS hafi haft talsverð áhrif á veltu áfrýjanda. Í hinni kærðu ákvörðun lagði Samkeppniseftirlitið mat á hvernig velta áfrýjanda hefði þróast án tilkomu Apóteks MOS. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins var að með innkomu Apóteks MOS hefði heildarvelta í Mosfellsbæ aukist meira en ef hraði veltuaukningarinnar sem átti sér stað á árunum fyrir innkomu Apóteks MOS hefði haldist óbreyttur. Ef veltuaukningin sem á sér stað, umfram áætlun, sé eingöngu rakin til Apóteks MOS þá sé heildarveltan í Mosfellsbæ um 10% meiri en búast mátti við. Er það ekki óeðlilegt þegar haft er í huga að fjöldi lyfjabúða í sveitarfélaginu hefur tvöfaldast. Fjölmargir aðrir þættir geti þó haft áhrif. Ekki sé því unnt að fallast á það með áfrýjanda að breytingar á veltu sem og opnun Costco og Apótekarans á Bíldshöfða séu skýr merki um að allt höfuðborgarsvæðið teljist til hins landfræðilega markaðar.

Samkeppniseftirlitið bendir á að samkeppnisyfirvöld, bæði hér á landi og erlendis, hafi almennt gengið út frá því að markaðir fyrir smásölu lyfja séu staðbundnir markaðir. Í hinni kærðu ákvörðun sé bæði vísað til framkvæmdar hér á landi og til

úrlausna erlendra samkeppnisyfirvalda. Því sé hins vegar ekki haldið fram af hálfu Samkeppniseftirlitsins, að aðstæður erlendis séu nákvæmlega hinar sömu og hér á landi. Niðurstaða af þeirri rannsókn sem Samkeppniseftirlitið lét framkvæmda vegna málsins var að samkeppnisskilyrði í Mosfellsbæ leiði til þess að líta beri á sveitarfélagið sem sjálfstæðan landfræðilegan markað.

Hvað varðar gagnrýni áfrýjanda á könnun MMR sem framkvæmd var fyrir Samkeppniseftirlitið er bent á að hliðstæðar neytendakannanir hafi verið framkvæmdar hjá samkeppnisyfirvöldum í nágrennalöndunum og markmið slíkra kannana sé að kanna kauphegðun og staðgöngu á milli samrunaaðila. Það sé almennt viðurkennd aðferð að slíkar kannanir fari fram í verslunum samrunaaðila. Kauphegðun viðskiptavina lyfjabúða í Mosfellsbæ hafi verið könnuð og svör skráð í miðlægan gagnagrunn til úrvinnslu. Að mati Samkeppniseftirlitsins hafi sá fjöldi viðskiptavina sem svaraði í hvorri lyfjabúð fyrir sig verið nægjanlegur til að hægt væri að draga marktækar ályktanir af niðurstöðunum. Til samanburðar megi nefna að bresk samkeppnisyfirvöld hafi gefið út leiðbeiningar um framkvæmd neytendakannana en þar komi fram að í þeim könnunum sem samkeppnisyfirvöld þar í landi framkvæmi sé ávallt stefnt að því að aflað sé 100 svara fyrir þann hóp sem verið sé að rannsaka í hverju tilviki fyrir sig. Í könnun MMR hafi fjöldi svarenda verið umtalsvert hærri en fyrrgreint viðmið.

Samkeppniseftirlitið telur að niðurstöður fyrrgreindrar neytendakönnunar MMR beri með sér að staðsetning lyfjabúða samrunaaðila sé aðalástæða þess að viðskiptavinir lyfjabúðanna beini viðskiptum sínum til þeirra. Þá endurspegli niðurstöðurnar að viðskiptavinir lyfjabúðanna séu staðsettir í Mosfellsbæ og hafi þörf fyrir lyf. Af þeim sökum og á þeim tímapunkti séu því aðeins tvær lyfjabúðir sem þeir telji helst koma í stað hvor annarrar, þ.e. lyfjabúðir samrunaaðila. Í því ljósi og með hliðsjón af því að staðsetning skiptir viðskiptavini lyfjabúða töluverðu máli má ætla að þeir sem telji það aðkallandi að kaupa lyf séu almennt ófúsir til að ferðast langar vegalengdir í lyfjabúðir.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar brjóti gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 og að niðurstaðan víki frá þeim sjónarmiðum sem lögð hafa verið til grundvallar síðastliðin 20 ár varðandi skilgreiningu landfræðilegs markaðar fyrir smásölu lyfja hér á landi.

Samkeppniseftirlitið bendir á að framkvæmd EES/ESB samkeppnisréttar veiti mikilverðar leiðbeiningar sem horfa verði til sem og til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2013. Eðli málsins samkvæmt sé nauðsynlegt að skilgreina markaði í samkeppnisrétti í hverju máli fyrir sig enda geti atvik og aðstæður tekið breytingum frá einum tíma til annars. Við framkvæmd samkeppnislaga séu samkeppnisyfirvöld ekki bundin af skilgreiningu markaða í eldri málum. Þannig geti markaðsskilgreiningar í eldri málum ekki skapað fyrirtækjum lögmætar væntingar eða haft það í för með sér að nýjar skilgreiningar stríði gegn jafnræðisreglu. Eftir sem áður sé við skilgreiningu markaða bæði gagnlegt og heimilt að hafa hliðsjón af eldri framkvæmd.

Að mati Samkeppniseftirlitsins hafi málið verið rannsakað með fullnægjandi hætti, m.a. með öflun upplýsinga frá Sjúkratryggingum Íslands og lagt mat á þær fyrir niðurstöðu málsins.

Samkeppniseftirlitið hafnar þeim málalíbúnaði áfrýjanda að brotið hafi verið gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnslulaga með því að taka samrunann til skoðunar á grundvelli 3. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga. Bent er á að heimild Samkeppniseftirlitsins til að krefja samrunaaðila um tilkynningu um samruna, sem þegar hefur átt sér stað og uppfylli ekki skilyrði a- og b-liðar 1. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga, sé háð tveimur skilyrðum. Í fyrsta lagi að Samkeppniseftirlitið telji verulegar líkur á að samruninn geti dregið umtalsvert úr virkri samkeppni og í öðru lagi að sameiginleg heildarvelta viðkomandi samrunaaðila sé meiri en einn milljarður króna á ári. Við mat á því hvort skilyrði 17. gr. c. laganna til að ógilda slíkan samruna séu uppfyllt gilda síðan sömu sjónarmið og lögð séu til grundvallar við mat á samruna sem uppfyllir veltuskilyrði a- og b-liðar 1. mgr. 17. gr. a. laganna. Meðalhófsregla 12. gr. stjórnslulaga feli ekki í sér að fallast eigi á samruna sem raski samkeppni með umtalsverðum hætti. Það verði að ógilda eða setja skilyrði fyrir samruna sem hefur slík áhrif á samkeppni.

Samkeppniseftirlitið bendir á að þó svo að samrunaaðilar séu ekki í markaðsráðandi stöðu komi það ekki í veg fyrir að samruni raski samkeppni með umtalsverðum hætti. Í fyrri málslið 18. mgr. leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB um mat á láréttum samruna segi að þegar samrunaaðilar hafi svo óverulega markaðshlutdeild að samruni raski ekki samkeppni með umtalsverðum hætti megi

ganga út frá því að samruni sé lögmætur. Í síðari málslið ákvæðisins sé mælt fyrir um að „*vísbending í þá veru*“ liggi einkum fyrir þegar samanlögð markaðshlutdeild samrunaaðila sé ekki hærrí en 25%. Við blasir hins vegar að slík vísbending sé ekki til staðar í þeim tilvikum þar sem samruni hefur í för með sér að samkeppni hverfur á markaðssvæði þar sem samrunaaðilar hafa veitt hvor öðrum samkeppni og takmörkuð staðganga er við nærliggjandi markaðssvæði. Þá sé slík vísbending heldur ekki til staðar í þeim tilvikum þar sem um er að ræða nýjan eða lítinn keppinaut sem veiti meira samkeppnislegt aðhald en markaðshlutdeild hans gefi til kynna. Leiðbeiningarnar geri enda ráð fyrir því að meta verði það hvort samkeppni raskist með umtalsverðum hætti óháð því hvort samanlögð markaðshlutdeild samrunaaðila sé lægri en 25%.

Samkeppniseftirlitið bendir jafnframt á að við mat á því hvort aðgangshindranir séu til staðar verði að horfa til þess hversu líklegt sé að inn á markaðinn komi burðugur keppinautur sem sé fær um að veita samrunafyrirtækinu nægilega virka samkeppni þannig að dragi úr markaðsstyrk þess eða skaðlegum áhrifum þess á samkeppni. Í þessu sambandi sé m.a. vakin athygli á því að af þeim gögnum sem lögð voru fyrir stjórn áfrýjanda í kjölfar samnings hans um kaup á Apóteki MOS verði dregin sú ályktun að aðgangur að hentugu húsnæði fyrir rekstur lyfjabúða í Mosfellsbæ sé af skornum skammti. Þá sé íbúafjöldi Mosfellsbæjar líklega ekki nægur til að unnt sé að starfrækja þar þrjú eða fleiri apótek. Meðal annars með vísan til þess sé það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að ekki sé líklegt að burðugur keppinautur myndi innan tiltölulega skamms tíma hefja starfsemi við hlið áfrýjanda og Apóteks MOS.

## V.

### Niðurstaða

#### 1

Ágreiningur máls þessa snýr að því hvort fullnægt sé áskilnaði 17. gr. c. samkeppnislaga nr. 44/2005, til að ógilda samruna áfrýjanda og Opnu ehf. svo sem gert var með hinni kærðu ákvörðun. Ljóst er af gögnum málsins og framkomnum sjónarmiðum málsaðila að helstu ágreiningsefni málsins lúta annars vegar að



skilgreiningu hins landfræðilega markaðar fyrir smásölu lyfja, þ.e. hvort Mosfellsbær telst vera sérstakur landfræðilegur markaður fyrir smásölu lyfja eða hvort allt höfuðborgarsvæðið skuli teljast einn landfræðilegur markaður í því tilliti. Hins vegar snýr ágreiningurinn að því hvort hinn fyrirhugaði samruni muni óháð skilgreiningu hins landfræðilega markaðar málsins, raska samkeppni með umtalsverðum hætti, og hvort af þeim sökum verði ekki hjá því komist að ógilda samrunann með vísan til 17. gr. c. samkeppnislaga.

## 2

Samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga telst samruni hafa átt sér stað þegar breyting verður á yferráðum til frambúðar, m.a. vegna samruna tveggja eða fleiri fyrirtækja eða hluta úr fyrirtækjum sem áður störfuðu sjálfstætt eða þegar fyrirtæki tekur yfir annað fyrirtæki, sbr. a. og b. lið 1. mgr. ákvæðisins.

Í 17. gr. c. samkeppnislaga kemur fram að Samkeppniseftirlitið geti ógilt samruna telji það að samruninn 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. Samkeppniseftirlitið getur sett slíkum samruna skilyrði sem verður að uppfylla innan tilskilins tíma. Við mat á lögmæti samruna skal Samkeppniseftirlitið taka tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hefur áhrif á samkeppnisstöðu hins sameinaða fyrirtækis auk þess sem taka skal tillit til þess hvort markaður sé opinn eða aðgangur að honum hindraður.

Eins og rakið er í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 4/2001 skal við mat á því hvort ógilda beri samruna annars vegar hafa í huga þá meginreglu að samkeppnisyfirvöld skuli ekki hnekkja lögmæltum samningum fyrirtækja nema nauðsyn beri til og að ótvírætt sé að lagaskilyrði séu fyrir hendi. Hins vegar verði einnig að hafa í huga að samruni fyrirtækja sem styrkir eða kemur á markaðsráðandi stöðu er til þess fallinn að koma í veg fyrir virka samkeppni á viðkomandi markaði og gengur þannig gegn markmiðum samkeppnislaga.

## 3

Við mat á samruna samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga verður í upphafi að skilgreina þann markað sem við á hverju sinni. Samkvæmt 5. tölul. 1. mgr. 4. gr.



samkeppnislaga er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar. Samkvæmt framansögðu er markaðurinn skilgreindur með tvennum hætti, annars vegar með tilliti til þeirrar vöru eða þjónustu sem um er að ræða og hins vegar með tilliti til þess markaðssvæðis (landsvæðis) sem til greina kemur. Markaðssvæðið er þá ákvarðað út frá sömu megin sjónarmiðum, þ.e. svæði þar sem samkeppniskilyrði eru nægjanlega lík til þess að unnt sé að greina þau frá öðrum svæðum í samkeppnislegu tilliti.

Í 2. tölul. VII. kafla viðauka I við reglur Samkeppniseftirlitsins nr. 684/2008 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum er viðkomandi landfræðilegur markaður skilgreindur með eftirfarandi hætti:

*„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.“*

Tilgangurinn með því að afmarka hinn landfræðilega markað er m.a. að gera samkeppnisyfirvöldum mögulegt að leggja fullnægjandi mat á samkeppnisleg áhrif samruna og greina þá keppinauta á viðkomandi markaði sem geta sett viðkomandi samrunaaðilum samkeppnislegar skorður.

Í samkeppnisrétti hefur það verið viðtekin venja að skilgreina tiltekinn markað út frá landsvæði eða vörum eða þjónustu og staðgönguvörum og staðgönguþjónustu eins og þessi atriði horfa við út frá sjónarmiði neytenda, sbr. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008. Þrátt fyrir mikilvægi þess að skilgreina þann markað sem við á hverju sinni verður að hafa í huga að slíkar

markaðsskilgreiningar geta aldrei orðið nákvæmar og verða því aðeins notaðar til viðmiðunar.

Telja verður að skilgreining markaða geti tekið breytingum með tímanum og það eitt að markaður hafi áður verið skilgreindur með ákveðnum hætti í tilteknu máli hefur það ekki sjálfkrafa í för með sér að þeirri skilgreiningu verði ekki breytt síðar í öðru máli. Slíkar breytingar verða þó ætíð að styðjast við lögmæt sjónarmið, s.s. að fyrir liggja að aðstæður hafi breyst frá því sem áður var, frekari rannsóknir gefi til kynna að markaður hafi áður verið rangt metinn eða lagaákvæði leiði til breytinga í þessum efnunum. Almennt verður þó að ætla samkeppnisyfirvöldum nokkurt svigrúm til að ákvarða og skilgreina viðkomandi markað út frá fyrirliggjandi gögnum og rannsóknum sem gerðar eru í því skyni að greina og ákvarða þann markað sem til skoðunar er hverju sinni.

Á umliðnum árum hafa samkeppnisyfirvöld haft til skoðunar mál er varða smásölu lyfja hér á landi. Í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 6/2006 var komist að þeirri niðurstöðu að landfræðilegur markaður smásölu lyfja væri höfuðborgarsvæðið en ekki landið allt. Til stuðnings þeirri niðurstöðu var m.a. vísað til þess að ekki væri hægt að merkja að íbúar höfuðborgarsvæðisins gerðu sér ferð út á land til lyfjakaupa og til þess að landið allt gæti talist sameiginlegt markaðssvæði yrðu íbúar af hvoru svæði um sig að sækja viðskipti/þjónustu yfir á hitt svæðið. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2010 var ítrekað að við afmörkun landfræðilegs markaðar fyrir smásölu lyfja þyrfti að líta til þess að staðsetning lyfjabúða skipti máli auk þess sem nálægð sjúklinga og annarra við lyfjabúðir væri nauðsynleg þar sem viðskiptavinir lyfjabúðanna væri oft í brýnni þörf fyrir viðkomandi vöru.

Ljóst er að þær aðstæður sem voru til skoðunar í framangreindum málum varðandi smásölu lyfja hér á landi voru ekki að öllu leyti sambærilegar þeim aðstæðum sem til skoðunar eru í því máli sem hér um ræðir. Ekki er því að öllu leyti hægt að miða við þær markaðsskilgreiningar er þar koma fram þó eðlilegt sé að litið sé til þeirra sjónarmiða og rökstuðnings er þar kemur fram.

Mikilvægt er að afmörkun og skilgreining markaða, þ.á m. landfræðilegra markaða, eigi sér stað með hliðsjón af þeim aðstæðum sem uppi eru hverju sinni. Í því sambandi er nauðsynlegt að gerðar séu eins ítarlegar rannsóknir á

viðkomandi markaði og frekast er unnt og tryggt að hlutlægni sé gætt við skilgreiningu markaðar. Skoða þarf hvern og einn markað sérstaklega og því ekki heimilt, án sjálfstæðra rannsókna, að leggja til grundvallar fyrri skilgreiningu viðkomandi markaðar.

#### 4

Eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun aflaði Samkeppniseftirlitið margvíslegra upplýsinga og gagna við meðferð málsins í þeim tilgangi að greina og afmarka þann landfræðilega markað sem til skoðunar var í því máli sem hér um ræðir. Var það m.a. gert í þeim tilgangi að leggja mat á þau samkeppnislegu áhrif sem ætla mætti að samruni þeirra tveggja lyfjabúða sem nú eru starfræktar í Mosfellsbæ, kæmi til með að hafa. Í þessu skyni fékk Samkeppniseftirlitið MMR til að framkvæma neytendakönnun meðal viðskiptavina beggja lyfjabúðanna í Mosfellsbæ. Markmið þeirrar könnunar var fyrst og fremst að afla upplýsinga um neytendahegðun viðskiptavina lyfjabúðanna, s.s. hvaða þættir hefðu áhrif á val um lyfjabúð, staðgöngu milli lyfjabúðanna og hvort viðskiptavinir þeirra teldu sig almennt í brýnni þörf fyrir þá vöru sem þeir voru að versla. Þessu til viðbótar framkvæmdi Samkeppniseftirlitið athugun meðal allra lyfsöluleyfshafa á höfuðborgarsvæðinu, að undanskildum þeim er störfuðu í lyfjabúðum samrunaaðila, þar sem leitað var eftir upplýsingum um hvað þeir teldu að hefði mest áhrif á val viðskiptavina um það hvert þeir beindu viðskiptum sínum. Auk þessa fékk Samkeppniseftirlitið upplýsingar frá Sjúkratryggingum Íslands sem sýndu m.a. búsetu viðskiptavina lyfjabúðanna á höfuðborgarsvæðinu á tímabilinu maí 2017 til og með júní 2018.

Niðurstöður áðurnefndrar könnunar MMR sýndu m.a. að langflestir viðskiptavinir lyfjabúðanna í Mosfellsbæ, eða um 80-85% þeirra eru búsettir í Mosfellsbæ. Þá kom fram í svörum þeirra að staðsetning búðanna væri meginástæða viðskipta þeirra við viðkomandi lyfjabúð. Þá taldi u.þ.b. helmingur fyrrgreindra viðskiptavina sig í brýnni þörf fyrir þá vöru sem þeir voru að kaupa hverju sinni. Niðurstöður þeirrar athugunar sem Samkeppniseftirlitið gerði meðal lyfsöluleyfshafa á höfuðborgarsvæðinu gáfu til kynna að leyfishafarnir töldu að þjónusta, staðsetning og verð hefði almennt hvað mest áhrif á það hvert viðskiptavinir lyfjabúðanna beindu viðskiptum sínum.

Upplýsingar frá Sjúkratryggingum Íslands sem sýna búsetu viðskiptavina lyfjabúðanna á höfuðborgarsvæðinu á tímabilinu maí 2017 til og með júní 2018 staðfestu m.a. að 70-75% viðskiptavina lyfjabúðanna í Mosfellsbæ væru búsettir í sveitarfélaginu. Sambærilegar upplýsingar fyrir önnur svæði á höfuðborgarsvæðinu á sama tímabili sýna m.a. að 76-77% viðskiptavina lyfjabúðanna í Hafnarfirði voru búsettir í Hafnarfirði og 71-74% viðskiptavina lyfjabúðanna í Grafarvogi og Grafarholti voru búsettir í þeim hverfum Reykjavíkur. Þá sýna fyrrgreind gögn einnig að á árunum 2016 og 2017 innleystu um það bil 50% íbúa Mosfellsbæjar lyf sín utan Mosfellsbæjar.

Að mati áfrýjunarnefndar gefa fyrirliggjandi gögn málsins vísbendingu um kauphegðun íbúa Mosfellsbæjar varðandi smásölu lyfja auk þess sem gögnin sýna hvort og þá að hve miklu leyti staðganga er milli lyfjabúðanna í Mosfellsbæ og annarra lyfjabúða á höfuðborgarsvæðinu. Fyrrgreind gögn og kannanir gefa til kynna að staðsetning lyfjabúða skiptir almennt veigamiklu máli varðandi val neytenda á þeim lyfjabúðum sem þeir kjósa að beina viðskiptum sínum til. Er þetta í samræmi við niðurstöður fyrri rannsókna sem gerðar hafa verið bæði hér á landi og erlendis um að landfræðilegur markaður varðandi smásölu lyfja sé almennt mjög staðbundinn. Þannig er það almennt talið frekar ólíklegt að neytendur séu reiðubúnir til að ferðast um langan veg til að fara í aðra lyfjabúð en þá sem næst er hverju sinni. Ætla má að helstu ástæður þess að neytendur séu reiðubúnir að leita út fyrir sitt hverfi eða sveitarfélag með kaup á lyfjum megi rekja til þess að þeir þurfi að sækja lækniþjónustu, vinnu eða nám út fyrir sitt hverfi auk þess sem lyfjakaup er oft hluti af öðrum innkaupum, t.d. þegar farið er í stórmarkaði eða verslunarmiðstöðvar þar sem einnig eru staðsettar lyfjabúðir.

Ráða má af framangreindum gögnum að hátt hlutfall viðskiptavina lyfjabúðanna í sveitarfélaginu eru íbúar Mosfellsbæjar. Þá liggur það einnig fyrir að takmörkuð staðganga er milli lyfjabúða í nágrennasveitarfélögum Mosfellsbæjar og þeirra lyfjabúða sem staðsettar eru í Mosfellsbæ. Þannig virðist nokkuð ljóst að þrátt fyrir að um það bil helmingur íbúa Mosfellsbæjar eigi viðskipti við lyfjabúðir í nágrennasveitarfélögunum þá eigi íbúar nágrennasveitarfélaganna mjög takmörkuð viðskipti við lyfjabúðirnar í Mosfellsbæ. Til þess að um sameiginlegt markaðssvæði geti verið að ræða verða íbúar af hvoru svæði um sig að sækja viðskipti/þjónustu yfir á hitt svæðið. Telja verður því að lyfjabúðir í

nágrannasveitarfélögum Mosfellsbæjar veiti lyfjabúðum samrunaaðila í Mosfellsbæ mjög takmarkað samkeppnislegt aðhald.

Að mati áfrýjunarnefndar hefur Samkeppniseftirlitið í því máli sem hér um ræðir, aflað fullnægjandi og viðhlítandi upplýsinga um þann markað sem til skoðunar er.

Með vísan til alls þess sem að framan er rakið staðfestir áfrýjunarnefnd þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun að Mosfellsbær teljist sérstakur landfræðilegur markaður fyrir smásölu lyfja.

Þá verður að mati áfrýjunarnefndar ekki séð að Samkeppniseftirlitið hafi við meðferð málsins brotið gegn hlutlægniskyldu stjórnvalda, jafnræðisreglu stjórnsýslulaga eða meginreglum stjórnsýsluréttar um réttmætar væntingar.

## 5

Með hliðsjón af framangreindri niðurstöðu um að Mosfellsbær teljist sérstakur landfræðilegur markaður fyrir smásölu lyfja og að öðru leyti með vísan til þeirra forsendna sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun verður að telja að samruninn komi til með að hindra virka samkeppni á hinum skilgreinda markaði, þ.e. smásölu lyfja í Mosfellsbæ, og að með honum verði til markaðsráðandi staða áfrýjanda á hinum skilgreinda markaði.

Samkvæmt 17. gr c. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið sett samruna sem hindrar virka samkeppni skilyrði sem verður að uppfylla innan tilskilins frests. Þá er Samkeppniseftirlitinu jafnframt heimilt, með samþykki málsaðila, að ljúka málum er varða slíkan samruna með sátt sbr. 17. gr. f. samkeppnislaga. Skilyrðum samkvæmt fyrrgreindum lagaákvæðum er ætlað að koma í veg fyrir þau skaðlegu áhrif sem talið er að viðkomandi samruni hefði að óbreyttu í för með sér. Í því máli sem hér um ræðir lagði áfrýjandi fram tillögu að skilyrðum vegna samrunans sem Samkeppniseftirlitið mat ófullnægjandi. Frekari tillögur að skilyrðum komu ekki fram af hálfu áfrýjanda. Eins og kemur fram í gögnum málsins er það afstaða áfrýjanda að tillaga hans að skilyrðum hafi verið umfram skyldu þar sem ekki sé fyrir hendi lagaheimild til að setja samrunanum skilyrði.

Ákvörðun um að setja skilyrði fyrir samruna felur almennt í sér vægara úrræði en íhlutun sem felst í ógildingu samruna. Með hliðsjón af meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga verður að telja að samkeppnisyfirvöldum beri að kanna hvort slík

vægari úrræði geti komið til álita jafnvel þótt það sé hluverk samrunaaðila að setja fram slíkar tillögur. Áfrýjunarnefnd telur að í ljósi samskipta málsaðila við meðferð málsins og þeirra sjónarmiða sem fram komu af þeirra hálfu við meðferð málsins fyrir nefndinni að ekki hafi verið unnt að setja samrunanum skilyrði samkvæmt 17. gr. c. samkeppnislaga.

Með vísan til alls þess sem að framan er rakið er að mati áfrýjunarnefndar fullnægt þeim skilyrðum er fram koma í 17. gr. c. samkeppnislaga nr. 44/2005 fyrir þeirri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að ógilda samrunann og er fyrrgreind ákvörðun því staðfest.

### Úrskurðarorð

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 18. október 2018, um að ógilda samruna sem fólst í samningi um kaup Lyf og heilsu hf. á öllu hlutafé í Opnu ehf., er staðfest.

Reykjavík, 8. mars 2019.

Björn Jóhannesson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Kristín Benediktsdóttir