

A2000-21 23.08.2000

Tamro OYJs erverv av aksjer i Apokjeden AS og Apokjeden AS' erverv av aksjer i Tamro Distribusjon AS - konkurranseloven § 3-11 - avgjørelse om ikke-inngrep - varsel om pålegg om meldeplikt etter krrl. § 6-1

Sammendrag:

Konkurransetilsynet har besluttet å ikke gripe inn mot Tamro OYJs erverv av aksjer i Apokjeden AS og Apokjeden AS' erverv av aksjer i Tamro Distribusjon AS. Hoved-grunnen til dette er at apotekmarkedet er i sterk endring og at Apokjeden AS' markedsandel er redusert de siste seks månedene. Tilsynet har også lagt vekt på at etablerings-mulighetene for nye apotek etter gjeldende apoteklov er blitt bedre som følge av nye retningslinjer fra Sosial- og helsedepartementet. Konkurransetilsynet vil følge nøye med i markedsutviklingen i apotekmarkedet og har derfor varslet partene om at de kan bli pålagt en meldeplikt. Meldeplikten vil gå ut på at partene informerer tilsynet etter utgangen av hvert kvartal om utviklingen i selskapenes omsetning, markedsandeler og antall medlemmer i Apokjeden. Meldeplikten vil gjelde i to år. Partene har frist til 11. september 2000 med å komme med merknader til varselet om meldeplikt.

Konkurransetilsynet viser til melding fra advokatfirmaet Kvale & Co. den 7. mars 2000 om at Apokjeden AS (heretter Apokjeden) erverver 49 prosent av aksjene i Tamro Distribusjon AS (heretter Tamro Distribusjon), samt til melding fra advokatfirmaet Wiersholm, Mellbye & Bech den 16. mars 2000 om at Tamro OYJ (heretter Tamro) i to omganger erverver til sammen 23 prosent av aksjene i Apokjeden.

Konkurransetilsynet viser videre til sitt brev av 24. februar i år der blant annet en del forhold vedrørende Apokjedens medlemsavtale ble behandlet, og til møte med Apokjeden, Tamro og Tamro Distribusjon (heretter partene) den 3. april, 12. april og 5. juli i år.

Konkurransetilsynet varslet den 26. mai 2000 i henhold til konkurranseloven (krrl.) § 3-11 sjette ledd og forvaltningsloven (fvl.) § 16 Apokjeden, Tamro og Tamro Distribusjon om at tilsynet vurderte å foreta inngrep mot Tamros erverv av 23 prosent av aksjene i Apokjeden og Apokjedens erverv av 49 prosent av aksjene i Tamro Distribusjon etter krrl. § 3-11 og mot avtaler mellom partene med bestemmelser om kjøpsplikt etter krrl. § 3-10.

Konkurransetilsynet har på bakgrunn av opplysninger fra partene og andre markedsaktører samt den siste tids utvikling i apotekmarkedet sluttført sine vurderinger og funnet at det ikke er grunnlag for inngrep mot ervervene etter krrl. § 3-11. Tilsynet har videre på det nåværende tidspunkt ikke funnet grunnlag for å foreta inngrep mot avtaler om kjøpsplikt etter krrl. § 3-10.

Tilsynets konklusjoner er blant annet basert på at apotekmarkedet er i sterk endring og at Apokjedens markedsandel er blitt redusert vesentlig siden tilsynets varsel av 26. mai i år. Andre aktører har ifølge

tilsynets opplysninger kommet langt i sitt arbeid med å etablere konkurrerende kjeder. De nye retningslinjene for konsesjonsbehandling vil også bedre etableringsadgangen for nye apotek. Disse forholdene innebærer at ervervene og bestemmelsene om kjøpsplikt etter tilsynets vurdering ikke fører til en begrensning av konkurransen i markedet for legemidler som gir grunnlag for inngrep etter konkurranseloven.

Selv om tilsynet på det nåværende tidspunkt ikke finner grunnlag for å gripe inn mot bestemmelsene om kjøpsplikt for Apokjedens medlemmer, utelukker ikke tilsynet at det senere kan bli aktuelt med inngrep mot bestemmelsene dersom Apokjedens markedsstilling tilsier det.

Konkurransetilsynet vurderer fortsatt enkelte bestemmelser i Apokjedens medlemsavtale, som tilsynet tidligere har gitt uttrykk for strider mot forbudet mot markedsdeling i krrl. § 3-3. Tilsynet tok opp dette forholdet i sitt brev av 24. februar i år og vil komme tilbake til det overfor Apokjeden på et senere tidspunkt.

1. Bakgrunn

1.1 Partene

Apokjeden ble etablert som en frivillig innkjøpskjede for apotekere i 1995. Apokjeden omfattet i 1999 ca. 330 private apotek og 16 sykehusapotek. Apokjeden har utviklet to kjedekonsepter, Apotek1 (A1) som er et nyutviklet konsept og Plussapotekene (Apokjeden fikk dispensasjon for rabattsamarbeid i regi av Plussapotekene i tilsynets vedtak V1999-77.) som representerer dagens apotek. Det er også inngått en avtale om innkjøpsamarbeid mellom apotekene, hvor også apotek som ikke er med i noen av kjedekonseptene er avtaleparter.

Tamro ble etablert i 1895 av finske apotekere, og er notert på børsen i Helsinki. (De fire største aksjonærene i Tamro er ifølge Tamros internett-sider Phoenix Pharmahandel AG & Co (33,7 %), Apoteket AB (18,4 %), Tapiola Insurance Company (6,1%) og Orion (5,7%).) Holdingselskapet har virksomhet innenfor to forretningsområder; distribusjon av legemidler gjennom Tamro Distribusjon og handel med sykehus- og laboratorieprodukter gjennom Tamro MedLab. Tamro-konsernet hadde i 1999 en omsetning på om lag 3.235,8 mill. euro. Tamro driver distribusjonsvirksomhet gjennom datterselskaper i åtte land. Tamro Distribusjon ble etablert som legemiddelgrossist i Norge i 1995. Selskapet hadde i 1999 en omsetning på 106,6 mill. euro og en markedsandel på ca. 10 prosent i Norge.

1.2 Transaksjonen

Den ekstraordinære generalforsamlingen i Apokjeden godkjente den 25. februar 2000 en hovedavtale mellom Apokjeden og Tamro, en samarbeidsavtale mellom Apokjeden, Tamro og Tamro Distribusjon, samt aksjonæravtaler for Tamro Distribusjon og Apokjeden.

Av hovedavtalen følger det blant annet at Apokjeden retter en aksjeemisjon mot Tamro, som derved i to omganger får tilført til sammen 23 prosent av aksjene i Apokjeden, mot at Apokjeden som delvis

vederlag for dette mottar 49 prosent av aksjene i Tamros heleide datterselskap Tamro Distribusjon. (Aksjeemisjonen mot Tamro gjennomføres i to omganger. Overføringen av de resterende 11,5 prosent av aksjene i Apokjeden skjer ifølge hovedavtalen senest 1. januar 2001 eller en måned etter at blant annet forholdet til konkurransemyndighetene er avklart.) *Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 1.*

Formålet med transaksjonene er at det dannes en allianse mellom selskapene for å kunne utvikle en markedsledende apotekkjede. Ifølge fortalen til hovedavtalen medfører dette en integrasjon mellom Tamro Distribusjon og Apokjeden. Som et ledd i denne integrasjonen er det nedfelt bestemmelser i avtalene mellom partene og i avtaler mellom Apokjeden og medlemsapotekene som innebærer at medlemsapotekene vil konsentrere sine innkjøp fra Tamro Distribusjon.

Etter at transaksjonene mellom Tamro og Apokjeden er gjennomført vil Apokjeden eies med 23 prosent (11,5 prosent inntil siste omgang av transaksjonen er gjennomført) av Tamro, 26 prosent av Norges Apotekerforening (heretter NAF) og 51 prosent av medlemsapotekene. Det er et uttrykt ønske i NAF om at eierandelen i Apokjeden reduseres. (Se blant annet Farmasinytt nr. 6 2000.) Tamro Distribusjon eies etter transaksjonen av Tamro med 51 prosent og Apokjeden med 49 prosent.

3.2.3 Avtalene som er inngått i forbindelse med ervervet

Det er foruten hovedavtalen mellom Apokjeden og Tamro også inngått en samarbeidsavtale mellom Apokjeden, Tamro og Tamro Distribusjon, samt aksjonæravtaler for Tamro Distribusjon og Apokjeden.

Hovedavtalen bestemmer blant annet at Apokjeden skal instruere sine medlemmer til å konsentrere sine innkjøp fra Tamro Distribusjon, og at Apokjeden som sådan skal sørge for at medlemmenes innkjøp blir kanalisert til Tamro Distribusjon. Denne forpliktelsen trer i kraft fra 1. januar 2001. Videre bestemmes det at Tamro Distribusjon ikke kan selge produkter til apotek som ikke er medlem i Apokjeden, med mindre dette blir godkjent av styret i Tamro Distribusjon.

Ifølge hovedavtalens punkt 10 skal styret i Tamro Distribusjon bestå av seks medlemmer, *Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 2.* Apokjedens styre skal ifølge samme punkt bestå av seks til åtte medlemmer, hvis utpeking og regler for stemmegivning reguleres i aksjonæravtalen for Apokjeden.

Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 3. Samarbeidsavtalen regulerer forholdet mellom Apokjeden, Tamro og Tamro Distribusjon og er inngått samtidig med hovedavtalen om krysseierskap. Samarbeidsavtalen gjentar en del av det som følger av hovedavtalen.

Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 4.

Aksjonæravtalen for Tamro Distribusjon gjentar styrerepresentantenes forpliktelser med hensyn til opptreden og stemmegivning og sier at Tamro Distribusjon skal utvikle et distribusjonssystem som gjør det mulig for Apokjeden å konsentrere og kanalisere sine innkjøp gjennom Tamro Distribusjon. Aksjonæravtalen for Apokjeden *Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 5.*

2. Konkurransetilsynets varsel om inngrep

2.1 Oppsummering av Konkurransetilsynets varsel

Konkurransetilsynet varslet partene den 26. mai i år om at tilsynet vurderte å stille vilkår for å godkjenne selskapenes avtaler om krysseierskap og bestemmelsene om kjøpsplikt etter krrl. § 3-11 og § 3-10. Ifølge varselet ble Apokjeden og medlemsapotekene pålagt å redusere sitt innkjøp fra Tamro Distribusjon til 50 prosent av kjedemedlemmenes samlede innkjøp. Apokjeden kunne ifølge varselet heller ikke samordne innkjøp som utgjør mer enn 50 prosent av kjedemedlemmenes samlede innkjøp. Apokjeden ble videre pålagt å redusere antall kjedemedlemmer slik at kjedens markedsandel ikke oversteg 50 prosent av samlet apotekomsetning i Norge innen 1. januar 2001 og 40 prosent innen 1. januar 2003.

Konkurransetilsynet la i varselet til grunn at Tamros erverv av 23 prosent av aksjene i Apokjeden og Apokjedens erverv av 49 prosent av aksjene i Tamro Distribusjon hver for seg er bedriftserverv, og at disse kunne vurderes samlet etter krrl. § 3-11. Tilsynet kunne dermed gripe inn mot ervervene etter krrl. § 3-11, dersom ervervene vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Tilsynet mente videre at avtalenes bestemmelser som pålegger Apokjeden og medlemsapotekene en kjøpsplikt fra Tamro Distribusjon ikke kan anses å være en nødvendig forutsetning for eller følge av ervervene. Bestemmelsene om kjøpsplikt måtte derfor i utgangspunktet vurderes etter forbudsbestemmelsene i konkurranseloven eller krrl. § 3-10.

Partene hevdet i sine meldinger om bedriftserverv at gruppefritaket for vertikale avtaler (Kommisjonsforordning 2790/1999, inntatt i EF-tidende L 336, 29.12.1999, s. 21, jf. forskrift om materielle konkurranseregler i EØS-avtalen av 4. desember 1992 nr. 964 kapittel I A.) kom til anvendelse på avtaler om kjøpsplikt som er inngått i forbindelse med ervervene, og at tilsynet dermed ikke kunne gripe inn mot disse avtalene etter krrl. § 3-10. Verken avtalene eller bestemmelsene om kjøpsplikt synes imidlertid etter tilsynets oppfatning å være omfattet av det nye gruppefritaket for vertikale avtaler. Grunnen til dette var at det forelå en eksklusiv leverings-for-pliktelse mellom Tamro Distribusjon etter gruppefritakets art. 3 nr. 2, jf. art. 1 c) og at bestemmelsene om kjøpsplikt var for vidtgående med hensyn til varighet og vareuttak til å være omfattet av gruppefritaket, jf. art. 5 a), jf. art. 1 b). Spørsmålet om hvorvidt Konkurransetilsynet kunne gripe inn mot en avtale som er omfattet av et gruppefritak etter krrl. § 3-10 kom derfor ikke på spissen. Konkurransetilsynet presiserte imidlertid at ordlyden i den nylig vedtatte bestemmelsen i krrl. § 1-7, samt forarbeidene til denne lovendringen, uttrykkelig regulerer forholdet mellom konkurranselovens forbudsbestemmelser og samarbeid fritatt etter EØS-avtalen art. 53 nr. 3. Videre ble det presisert at tilsynets kompetanse til å gripe inn mot selve

ervervene etter krrl. § 3-11 uansett ikke begrenses som følge av at gruppefritaket for vertikale avtaler kommer til anvendelse.

Konkurransetilsynet mente på bakgrunn av markedssituasjonen per 26. mai i år at ervervene og bestemmelsene om kjøpsplikt ville føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i grossistledet, i strid med formålet i konkurranseloven om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Dette skyldtes at Apokjeden hadde en svært dominerende stilling i detaljistledet og at ervervene og kjøpsplikten dermed kunne gi Tamro Distribusjon en dominerende stilling i grossistledet. Etter tilsynets vurdering ville dette kunne begrense omsetningsmulighetene for andre grossister og gi partene vesentlig kjøpermakt overfor leverandører.

Konkurransetilsynet la i inngrepsvarselet stor vekt på etableringsmulighetene i apotek-markedet. Tilsynets vurdering var basert på en forventning om at Apokjedens markedsstilling blir redusert etter at ny apoteklov trer i kraft i 2001 og at det etableres nye apotekkjeder. Ifølge tilsynets opplysninger per 26. mai 2001 var andre aktører i gang med å etablere konkurrerende apotekkjeder. På den andre siden fantes det etableringshindringer som skapte usikkerhet om hvorvidt disse aktørene ville lykkes med å etablere seg. Etablerings-hindringene bestod blant annet i det konsesjonstaket som myndighetene skal innføre sammen med ny apoteklov, og i en avtale som Apokjeden har inngått med NAF-gårdene AS.

Konkurransetilsynet vurderte effektivitetsgevinstene av ervervene og kjøpsplikten som utilstrekkelige til å oppveie tapet som følger av konkurransebegrensningene. Det forelå dermed etter tilsynets vurdering grunnlag for å foreta inngrep mot ervervene etter krrl. § 3-11 og mot kjøpsplikten etter krrl. § 3-10 .

2.2 Partenes anførsler

Partenes anførsler mot tilsynets varsel var for det første at Konkurransetilsynet manglet kompetanse til å gripe inn etter krrl. § 3-11 og § 3-10, for det andre at Apokjedens nåværende og fremtidige markedsstilling ikke kunne føre til at inngrepsvilkårene i krrl. § 3-11 og § 3-10 var oppfylt og for det tredje at de varslede vilkår var sterkt urimelige og i strid med prinsippet om forholdsmessighet. I det følgende oppsummeres disse hovedanførselene.

Partene informerte Konkurransetilsynet om at transaksjonene og avtalene ville bli notifisert til EFTAs overvåkingsorgan (heretter ESA) for at det skulle bli gitt individuelt fritak etter EØS art. 53 nr. 3. Partenes notifikasjon ble oversendt ESA den 5. juli i år. Partene anmodet under henvisning til forrangsprinsippet og uttalelser i Kommisjonens kunngjøring om samarbeidet med nasjonale konkurransemyndigheter tilsynet om å avvente den videre saksbehandling til ESA hadde godkjent transaksjonene og avtalene ved individuelt fritak eller såkalt "comfort letter". Videre ble det bestridt at gruppefritaket for vertikale avtaler ikke kom til anvendelse, idet det ikke forelå en eksklusiv leveringsforpliktelse etter gruppefritakets art. 3 nr. 2 jf. art. 1 c) og ingen eksklusiv kjøpsplikt etter gruppefritakets art. 5 a), jf. art. 1 b). Dersom gruppefritaket kom til anvendelse, ville inngrep etter krrl. § 3-10 etter partenes syn stride mot forrangs-prinsippet slik dette prinsippet er å forstå etter EF-

domstolens avgjørelse i Bundeskartellamt vs. Walt Wilhelm. (Sml. 1969 s. 1.)

Når det gjaldt vilkårene for inngrep i krrl. § 3-11 og § 3-10 anførte partene at Tamro Distribusjon verken ut fra den faktiske og kortsiktige markedssituasjon ville kunne få markedsmakt på grossistledet. Dette skyldtes blant annet at flere apotek som tidligere var medlem i Apokjeden hadde meldt seg ut for å bli medlemmer i konkurrerende kjeder, og at det var i ferd med å bli inngått avtaler om ulike former for allianser mellom enkelte apotek og etablerte og nye aktører på detaljist og-grossistledet.

Når det gjaldt de vilkår tilsynet vurderte å stille for å godkjenne avtalene om krysseierskap og kjøpsplikt anførte partene at vilkårene var sterkt urimelige og uforholdsmessige, idet tilsynets vurderinger var basert på et feilaktig og usikkert faktum, fordi andre aktører ikke pålegges tilsvarende maksimale markedsandeler og fordi vedtaksutkastet gikk lengre enn det som er nødvendig i dagens markedssituasjon. Vilåret om at Apokjedens markedsandeler skal reduseres til 50 prosent og 40 prosent innen 1. januar 2001 og 1. januar 2003, innebærer en regulering av markedsandeler for en periode på to og et halvt år, og kan ifølge partene ikke være forsvarlig ut fra konkurranseloven eller fra et mer overordnet samfunnsøkonomisk perspektiv.

3. Konkurransetilsynets vurderinger

3.1 Innledning

Konkurransetilsynets inngrepsvarsel av 26. mai i år mot ervervene og bestemmelsene om kjøpsplikt var hjemlet i krrl. § 3-11 og § 3-10. På bakgrunn av endringer i markeds-situasjonen, herunder Apokjedens reduserte medlemsantall, finner tilsynet ikke grunn til å vurdere bestemmelsene om kjøpsplikt på det nåværende tidspunkt, ut over å vurdere om bestemmelsene utgjør en tilknyttet begrensning som skal vurderes sammen med ervervet etter krrl. § 3-11. Dette innebærer at det i det følgende ikke vil bli vurdert om vilkårene for inngrep etter krrl. § 3-10 er oppfylt. Av samme grunn vil heller ikke forholdet til gruppefritaket for vertikale avtaler bli vurdert nærmere. Gjenstand for vurdering er således avtalene om krysseierskap, herunder eventuelle tilknyttede konkurransebegrensninger til ervervet, som innebærer at Apokjeden erverver 49 prosent av aksjene i Tamro Distribusjon, og at Tamro i to omganger erverver til sammen 23 prosent av aksjene i Apokjeden.

3.2 Vurdering av Konkurransetilsynets inngrepskompetanse

3.2.1 Konkurranseloven § 3-11

Krrl. § 3-11 gir Konkurransetilsynet hjemmel til å gripe inn mot bedriftserverv, dersom tilsynet finner at vedkommende erverv vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1. Lovens formål er å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse.

I henhold til krrl. § 3-11 annet ledd omfatter begrepet "bedriftserverv" også fusjon, erverv av aksjer eller andeler og delvis erverv av bedrift. Etter krrl. § 3-11 tredje ledd kan vedtak om inngrep gå ut på å nedlegge forbud eller gi påbud, samt gi tillatelse på vilkår.

Etter krrl. § 3-11 femte ledd kan Konkurransetilsynet gripe inn mot bedriftserverv innen seks måneder etter at det er inngått endelig avtale om ervervet. Dersom særlige hensyn tilsier det, kan tilsynet gjøre inngrep innen ett år fra samme tidspunkt. I henhold til krrl. § 3-11 sjette ledd kan ervervsdrivende som ønsker å få avklart om det vil bli aktuelt med inngrep melde den endelige avtalen om erverv til tilsynet. Dersom ikke tilsynet innen tre måneder etter at meldingen er mottatt varsler at inngrep kan bli aktuelt, kan det ikke beslutte inngrep etter denne paragrafen. Dersom tilsynet varsler inngrep, gjelder fristene i femte ledd på vanlig måte for tilsynets videre behandling.

Kravet til å sannsynliggjøre at det er konkurransebegrensende virkninger som følge av ervervet følger av ordlyden "vil føre til eller forsterke" i krrl. § 3-11 første ledd.

Det er videre et vilkår for inngrep etter krrl. § 3-11 at ervervet fører til eller forsterker en "vesentlig" konkurransebegrensning. I dette ligger at det i motsetning til krrl. § 3-10 må foreligge en kvalifisert konkurransebegrensning. (Sæveraas, Konkurranseloven - kommentarutgave, side 371.) Vurderingen av om det foreligger en vesentlig konkurransebegrensning beror på en sammensatt vurdering bestående av en rekke momenter, herunder bl.a. om den fusjonerende enhet kan utnytte markedsrett, hvilke etableringsmuligheter som finnes og graden av aktuell og potensiell konkurranse.

Det følger av Konkurransetilsynets vedtakspraksis at konkurransebegrensninger som avtales i forbindelse med ervervet og som er en nødvendig forutsetning for eller følge av gjennomføringen av ervervet, vurderes sammen med ervervet etter krrl. § 3-11 og ikke etter krrl. § 3-10 eller forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. (Se blant annet Konkurransetilsynets avgjørelse A1998-10 (Jølstad), vedtak V2000-23 (Protector) og vedtak V2000-49 (Tele Danmark/EITele Øst). Til tross for at Arbeids- og administrasjonsdepartementet i sin behandling av klagen over tilsynets vedtak V99-15 ikke tar standpunkt til om det er grunnlag for å innfortolke et prinsipp om tilknyttede begrensninger under konkurranseloven, følger det av departementets avgjørelse at det i så fall kun er konkurransebegrensninger som har direkte tilknytning til og som er nødvendige for selve gjennomføringen av bedriftservervet som skal vurderes sammen med bedriftservervet som sådant. Dette er i tråd med tilsynets praksis.)

3.2.2 Forholdet til EØS-avtalens konkurranseregler

Konkurransetilsynet har kompetanse til å anvende krrl. § 3-11, dersom bedriftservervet har virkning i Norge, jf. krrl. § 1-5, og dersom transaksjonene ikke fører til at det foreligger en foretakssammenslutning etter EØS-avtalens art. 57, jf. fusjonsforordningen med endringer (Rfo. 4064/89).

Konkurransetilsynet legger til grunn at Apokjeden og Tamro Distribusjon hovedsakelig har sin

omsetning i Norge, mens Tamro har omsetning i en rekke europeiske land. Apokjeden hadde en omsetning på 2,75 mill. euro, (1 euro = ca. 8 NOK.) Tamro Distribusjon en omsetning på 106,6 mill. euro og Tamro en omsetning på 3.235,8 mill. euro i 1999. (Opplysninger hentet fra Apokjedens og Tamros internett-sider.) Partenes omsetning i de ulike land som berøres av transaksjonen innebærer at terskelverdiene i fusjonsforordningens art. 1 nr. 2 og 3 ikke er oppfylte. Konkurransetilsynet har således kompetanse til å vurdere transaksjonene etter krrl. § 3-11.

3.2.3 Vurdering av om det foreligger "bedriftserverv"

Krrl. § 3-11 gir hjemmel til å gripe inn mot "bedriftserverv". Med bedriftserverv menes også fusjon, erverv av aksjer eller andeler og delvise erverv av bedrift, jf. krrl. § 3-11, annet ledd. Begrepet bedriftserverv er ikke nærmere definert i forarbeidene. Konkurransetilsynet legger imidlertid til grunn at bestemmelsen omfatter integrasjon mellom tidligere uavhengige virksomheter, og erverv der erververen oppnår en tilstrekkelig grad av innflytelse eller kontroll over det ervervede foretak. (Se Konkurransetilsynets vedtak V1999-89 (Universitetsforlaget) og V2000-20 (Felleskjøpet) for en nærmere redegjørelse for bedriftservervsbegrepet.)

Konkurransetilsynet konkluderte i sitt varsel av 26. mai i år med at Tamros erverv av 23 prosent av aksjene i Apokjeden og Apokjedens erverv av 49 prosent av aksjene i Tamro Distribusjon var å anse som to bedriftserverv i relasjon til krrl. § 3-11. Dette var fordi blant annet eierandeler, styresammensetning og det uttrykte mål om å integrere detaljistleddet og grossistleddet etter tilsynets vurdering førte til at de respektive selskaper hadde tilstrekkelig innflytelse over det ervervede foretak, slik at det kunne skapes incentiver til endringer i bedriftenes markedstilpasning.

Partene har anført at den rettede emisjonen mot Tamro gjennomføres i to omganger, slik at Tamro i hver omgang tilføres 11,5 prosent av aksjene i Apokjeden. Ifølge partene er det tvilsomt om et erverv av 11,5 prosent av aksjene i et selskap er et bedriftserverv i relasjon til krrl. § 3-11. Konkurransetilsynet finner ikke grunn til å vurdere om det forhold at aksjeposten på 23 prosent overføres i to omganger endrer konklusjonen fra varselet om at ervervet isolert sett er et bedriftserverv etter krrl. § 3-11, så lenge Apokjedens erverv av 49 prosent av aksjene i Tamro Distribusjon i alle tilfeller må anses for å være et bedriftserverv etter krrl. § 3-11. (Også i V1999-89 (Universitetsforlaget) kom tilsynet til at det forelå ett bedriftserverv i relasjon til krrl. § 3-11, etter at H. Aschehoug & Co AS og Gyldendal Norsk Forlag ASA til sammen ervervet 50 prosent av aksjene i Universitetsforlaget, fordelt med 25 prosent på hver. Partene eide før dette ervervet til sammen 50 prosent av aksjene i Universitetsforlaget etter erverv som fant sted i 1988.) I tilsynets vedtak V1999-15 (Canal Digital) mottok TV2 16 prosent av aksjene i Canal Digital Norge som vederlag for TV2s salg av datterselskapet Norgeskanalen til Canal Digital Norge. Konkurransetilsynet konkluderte i denne saken med at overføringen av 16 prosent av aksjene i Canal Digital til TV2 var en del av oppgjøret i forbindelse med fusjonen, og dermed var en integrert del av Canal Digital Norges erverv av Norgeskanalen. TV2s erverv av 16 prosent av aksjene i Canal Digital Norge ble derfor vurdert sammen med Canal Digital Norges erverv av Norgeskanalen. Tilsvarende må transaksjonene som finner sted mellom Apokjeden og Tamro anses for å være integrerte, slik at Tamros erverv av aksjer i Apokjeden må vurderes sammen med Apokjedens erverv av aksjer i Tamro Distribusjon.

Det foreligger på denne bakgrunn et bedriftserverv i relasjon til krrl. § 3-11 første ledd, jf. andre ledd. Konkurransetilsynet har dermed inngrepskompetanse etter krrl. § 3-11, dersom tilsynet finner at ervervet vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål.

3.2.4 Vurdering av om avtalene om kjøpsplikt er nødvendige for gjennomføringen av ervervene

I samsvar med Konkurransetilsynets vedtakspraksis blir konkurransebegrensninger som avtales i forbindelse med ervervet og som er en nødvendig forutsetning for eller følge av gjennomføringen av ervervet, vurdert sammen med ervervet etter krrl. § 3-11 og ikke etter krrl. § 3-10 eller forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. (Se blant annet Konkurransetilsynets avgjørelse A1998-10 (Jølstad), vedtak V2000-23 (Protector) og V2000-49 (Tele Danmark/ElTele Øst).) Avtalenes bestemmelser om kjøpsplikt begrenser mulighetene for Apokjedens medlemsapotek til å kjøpe varer fra andre leverandører enn Tamro Distribusjon. Spørsmålet er om bestemmelsene om kjøpsplikt er en nødvendig forutsetning for eller følge av gjennomføringen av ervervet.

Det følger av konkurransemyndighetenes vedtak og avgjørelser at praksis etter EØS-avtalen om hva som skal anses nødvendig forutsetning for eller følge av et erverv, vil kunne være et utgangspunkt for den tilsvarende vurderingen under konkurranseloven. (Se tilsynets avgjørelse A1998-10 (Jølstad) og vedtak V1999-15. Konkurransetilsynet viser i sistnevnte vedtak til EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om hvordan begrepet "begrensninger som er direkte knyttet til og nødvendige for sammenslutningens gjennomføring" er å forstå. EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring svarer til Kommisjonens kunngjøring om begrensninger knyttet til foretakssammenslutninger (90/C 203/05). Kommisjonens kunngjøring er i ferd med å bli revidert.)

I henhold til EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om begrensninger knyttet til foretakssammenslutninger (heretter kunngjøringen) må begrensningen for det første være forbundet med sammenslutningens gjennomføring, noe som blant annet vil si at begrensningen må være direkte knyttet til bedriftservervet. Det ligger samtidig i dette at begrensningen må være av underordnet betydning i forhold til bedriftservervets hovedformål. (Se kunngjøringen kap. II pkt. 4.) For det annet understrekes det at begrensningen må være nødvendig for sammenslutningens gjennomføring. Vurderingen av om begrensningen skal anses som nødvendig, må skje på objektive grunnlag. Det er i den forbindelse relevant å se hen til begrensningens art. En begrensning vil ikke være nødvendig med mindre fravær av begrensningen ville medføre at bedriftservervet ikke ville funnet sted, eller det kun ville ha funnet sted på mer usikre vilkår, til vesentlig høyere kostnader, over betydelig lengre tid eller med langt mindre sannsynlighet for å lykkes. (Se kunngjøringen kap. II pkt. 5.) Nødvendighetskriteriet innebærer også at det må oppstilles et krav til forholdsmessighet. Begrensningens varighet og materielle og geografiske anvendelsesområde må ikke overskride det som med rimelighet er nødvendig for å gjennomføre bedriftservervet. Dersom det finnes alternative muligheter for å nå det tilsiktede mål, må bedriftene velge den løsning som objektive sett er minst konkurranse-begrensende. (Se kunngjøringen kap. II pkt. 6.) Kunngjøringen gir også nærmere retningslinjer for vurderingen av innkjøps- og leveringsavtaler som er inngått i forbindelse med avtale om bedriftserverv. Se kunngjøringen kap. III

litra c). I kunn-gjøringens kap. III litra c) nr. 3 og 4 heter det "at eksklusive innkjøps- eller leveringsforpliktelser i sin alminnelighet ikke synes å være berettiget for gjennomføringen av ervervet, idet slike, unntatt under særlige forhold, som for eksempel når det ikke finnes noe marked for produktet eller produktet er av en helt særegen art, objektivt sett ikke er nødvendig for å gjennomføre ervervet." De berørte foretak bør ifølge kunngjøringen i alle tilfeller i samsvar med prinsippet om forholdsmessighet vurdere om det finnes alternative måter å nå det tilsiktede mål på, for eksempel gjennom avtaler om faste mengder som er mindre begrensende enn eneretter. Innkjøps- og leveringsforpliktelsenes varighet må begrenses til den periode som er nødvendig for å erstatte avhengighetsforholdet med en selvstendig stilling på markedet. Periodens varighet må være saklig begrunnet.

I utkastet til ny kunngjøring om tilknyttede begrensninger gis det enda mer utførlige retningslinjer for vurderingen av innkjøps- og leveringsavtaler. (Se utkast til ny kunngjøring kap. III litra c), særlig punktene 24 til 31.) I forslaget heter det blant annet at både kjøps- og leveringsforpliktelser som fastsetter bestemte mengder, som eventuelt er begrenset med en klausul om mengderegulering, kan betraktes som direkte tilknyttet og nødvendig for fusjonen, og at det for komplekse industriprodukters vedkommende er en formodning for at slike forpliktelser normalt kun vil være berettiget i en treårig overgangsperiode.

Partene har overfor Konkurransetilsynet gitt uttrykk for at ervervene ikke ville ha blitt gjennomført dersom ikke Apokjeden forpliktet seg til å konsentrere sine innkjøp fra Tamro Distribusjon. Grunnen til dette synes å være partenes mål om å integrere Apokjedens detaljistvirksomhet med Tamro Distribusjons grossistvirksomhet. Tamro Distribusjon blir som følge av ervervene og som følge av bestemmelsene om kjøpsplikt grossist for Apokjedens medlemsapotek. Vareuttaket til Apokjedens medlemmer fra Tamro Distribusjon vil således variere med Apokjedens markedsandel og samtidig være bestemmende for Tamro Distribusjons salgsvolum og markedsandel. Partene ville derfor som følge av sine eierposter ønske å sikre sine investeringer i de respektive selskaper ved å sørge for at disse handler med hverandre. Det vil på denne bakgrunn kunne argumenteres for at ervervene ikke ville blitt gjennomført dersom ikke Apokjeden forpliktet seg til å konsentrere en del av sine innkjøp fra Tamro Distribusjon.

Konkurransetilsynet mener likevel at de nåværende bestemmelsene om kjøpsplikt i samarbeidsavtalen går lengre enn det som er nødvendig for å sikre ervervet i en overgangsperiode. Det er etter tilsynets vurdering flere forhold som taler mot at Apokjedens kjøpsforpliktelse objektivt sett er en nødvendig forutsetning for eller følge av selve gjennomføringen av ervervene. Bestemmelsene om kjøpsplikten er for det første generelt formulert, *Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 6.*

Kjøpsplikten har videre en lang varighet. Disse forholdene medfører at det etter tilsynets vurdering objektivt sett finnes alternative og mindre konkurransebegrensende måter å sikre partenes investeringer i de respektive selskaper på. Konkurransetilsynet har på denne bakgrunn kommet til at kjøpsplikten er av en slik karakter at den verken er omfattet av den eksisterende eller foreslåtte kunngjøringen. Konkurransetilsynet mener videre at kjøpsplikten i sin nåværende form heller ikke er en nødvendig forutsetning for eller følge av ervervene i relasjon til krrl. § 3-11.

Kjøpsplikten må dermed med sin nåværende utforming i utgangspunktet vurderes etter forbudsbestemmelsene eller krrl. § 3-10. Konkurransetilsynet finner imidlertid ikke grunnlag for å vurdere kjøpsplikten nærmere på det nåværende tidspunkt, men påpeker at fremtidige endringer, for eksempel i partenes markedsandeler, kan føre til at tilsynet tar kjøpsplikten opp til ny vurdering.

3.3 Markedsbeskrivelse

3.3.1 Det norske legemiddelmarkedet

Aktørene i det norske markedet for legemidler er i all hovedsak legemiddelprodusenter, legemiddelgrossister og apotek.

Norsk legemiddelindustri består av få bedrifter der de fleste er forholdsvis små på verdensmarkedet. Legemiddelindustrien er omfattet av en rekke reguleringer i Norge og internasjonalt. De viktigste reguleringene er knyttet til patentbeskyttelse av nye legemidler og regler for godkjenning og markedsføring av legemidler. Legemiddelindustrien (norske og utenlandske foretak) omsatte i 1999 for ca. 6,8 mrd. kroner i Norge.

I grossistledet er det i dag konkurranse mellom tre aktører; Norsk Medisinaldepot AS (heretter NMD), Holtung AS (heretter Holtung) og Tamro Distribusjon. NMD har hittil vært den dominerende aktøren i markedet med en markedsandel på ca. 70 prosent. Holtung og Tamro Distribusjon har hatt markedsandeler på henholdsvis ca. 20 og ca. 10 prosent i det norske markedet. Samlet omsatte legemiddelgrossistene for ca. 8 mrd. kroner i 1999.

Legemiddelgrossistene er underlagt en rekke offentlige reguleringer. Grossistforskriften pålegger grossistene blant annet å levere de varer som etterspørres over hele landet innen 24 eller 48 timer. I tillegg er grossistledet prisregulert gjennom myndighetenes regulering av apotekenes innkjøpspris (AIP) for reseptpliktige legemidler.

Detaljistledet i det norske legemiddelmarkedet bestod i 1999 av til sammen 394 apotek. Apotekene er underlagt omfattende reguleringer der de viktigste sett fra et konkurransemessig synspunkt er apotekenes enerett til salg av legemidler, prisregulering på reseptbelagte legemidler og krav om konsesjon for å eie apotek. Om lag 85 prosent av apotekenes omsetning består av legemidler. Resten av omsetningen kommer fra salg av handelsvarer som toalett og hygieneartikler. Norske apotek hadde en samlet omsetning i 1999 på ca. 10,7 mrd. kroner.

3.3.2 Avgrensning av det relevante produktmarkedet

Sluttbrukerne i denne saken består i all hovedsak av enkeltpersoner, sykehus og helseinstitusjoner. Produktene i saken er legemidler og handelsvarer som distribueres og selges gjennom apotek.

Legemidler vil kunne deles inn i en rekke relevante markeder fordelt etter hvilke egenskaper legemidlene har. I denne saken er det imidlertid ikke konkurransen mellom ulike legemiddelprodusenter

som skal analyseres, men konkurransen i andre deler av verdikjeden. Det sentrale i markedsavgrensningen blir derfor om sluttbrukerne kan skaffe seg legemidler gjennom andre kanaler enn apotek.

Salg av legemidler på detaljistnivå skjer gjennom både private apotek og offentlig drevne sykehusapotek. Som følge av apotekenes enerett til salg av legemidler har sluttbrukerne ikke muligheter til å kjøpe legemidler gjennom andre kanaler enn apotekene. I den nye apotekloven åpnes det for at også andre enn personer med cand. pharm.- utdanning kan eie apotek. Dette gjelder blant annet legemiddelgrossister. Lovendringen kan medføre at legemiddelgrossister innen forholdsvis kort tid blir både potensielle og reelle konkurrenter i apotekmarkedet. For sluttbrukerne vil imidlertid ikke lovendringen medføre at legemidler omsettes gjennom andre kanaler enn apotekene. Manglende substitusjonsmuligheter for sluttbrukerne tilsier at legemidler som selges gjennom apotek bør avgrenses til ett relevant produktmarked.

I tillegg til legemidler selger apotekene handelsvarer i form av blant annet hygiene- og toalettartikler. Disse varene er ikke underlagt de samme reguleringene som salg av legemidler. Apotekene har ikke enerett til å selge disse varene, som tilbys i konkurranse med andre aktører, blant andre dagligvarebutikker og parfymier. Tilsynet har i det følgende lagt til grunn at handelsvarer av den type det her gjelder kan avgrenses til ett relevant marked.

Det kan videre argumenteres for at grossistledet bør skilles ut som et eget relevant marked. Årsaken til det er at legemiddelgrossistene leverer andre tjenester til andre brukere enn apotekene. Grossistene er videre underlagt sitt eget regelverk gjennom blant annet grossist-forskriften. Tilsynet har i det følgende lagt til grunn at grossistmarkedet defineres som et eget relevant marked.

3.3.3 Geografisk avgrensning av markedet

Det relevante geografiske markedet omfatter det området hvor etterspørerne av varer i det relevante produktmarkedet foretar sine innkjøp. Normalt er transportkostnader den faktoren som har størst betydning for avgrensningen av det relevante geografiske markedet. Høye transportkostnader tilsier at det relevante geografiske markedet er relativt lite, mens lave transportkostnader tilsier at det relevante geografiske markedet er relativt stort.

Konkurransetilsynet antar at salg av legemidler gjennom apotek og salg av handels-varer til sluttbrukerne skjer i lokale markeder. I denne saken der tilsynet skal vurdere Apokjedens markedssituasjon i Norge, legges likevel et nasjonalt marked til grunn. Legemiddel-grossistene har imidlertid kunder over hele landet og tilsynet legger til grunn at grossistmarkedet er nasjonalt.

3.3.4 Markedssituasjonen før ervervet

Frem til ervervet ble gjennomført organiserte Apokjeden ca. 340 av i alt 394 apotek og hadde således en markedsandel målt i antall apotek på ca. 85-90 prosent. Målt som andel av samlet omsetning gjennom

apotek i 1999 hadde Apokjedens medlemmer en markedsandel på ca. 75 prosent. Det fantes ingen alternative landsdekkende kjeder før ervervet og Apokjeden var dermed den dominerende aktøren i detaljistleddet. I tillegg til dette er det gjennom konsesjonsordningen for apotek praktisert en streng etablerings-politikk som blant annet har ført til at mange lokale apotek har hatt monopol i sine geografiske markeder. Apotekene er videre underlagt prisreguleringer for reseptbelagte legemidler. På denne bakgrunn er det etter Konkurransetilsynets vurdering grunnlag for å hevde at konkurransen mellom apotekene før ervervet var begrenset.

Som tidligere nevnt var det før ervervet konkurranse mellom tre aktører i grossistmarkedet; NMD, Holtung og Tamro Distribusjon. Disse selskapene hadde i 1999 markedsandeler i Norge på henholdsvis ca. 70, 20 og 10 prosent. Grossistene er underlagt offentlige reguleringer som etter Konkurransetilsynets vurdering kan påvirke etableringsadgangen til nye aktører. På bakgrunn av offentlige reguleringer og som følge av NMDs dominerende posisjon i grossistleddet, mener tilsynet at det er grunnlag for å hevde at konkurransen i grossistmarkedet før ervervet var begrenset.

Både NMD og Holtung er delvis eiet av norske apotekere. Apotekenes samlede eierandeler i NMD utgjør ca. 2 prosent, mens 22 prosent av aksjene i Holtung eies av norske apotekere. Dette innebærer at det eksisterte en viss vertikal integrering mellom grossist- og detaljist-leddet også før ervervet. Etter det tilsynet kjenner til medførte ikke denne integrasjonen noen form for kjøpsplikt mellom detaljist og grossist og påvirket i liten grad apotekenes valg av grossist.

3.3.5 Markedssituasjonen etter ervervet

Etter at ervervene er gjennomført vil som nevnt Tamro eie 23 prosent av aksjene i Apokjeden og Apokjeden 49 prosent av aksjene i Tamro Distribusjon. Ervervene medfører altså en vertikal markedsintegrasjon ved at Tamro integreres i detaljistleddet samtidig som Apokjeden integreres i grossistleddet.

Etter at ervervene fant sted har en ny apoteklov blitt vedtatt av Stortinget. Loven forventes å tre i kraft mellom 1. mars og 1. juli 2001. Lovendringene, som blant annet åpner for at også aksjeselskaper kan eie apotek, har medført til dels store endringer i apotekmarkedet som følge av at nye aktører forbereder apoteketableringer etter at loven trer i kraft. Som et resultat av lovendringene har mange av Apokjedens medlemmer fått tilbud til om å selge sin apotek-virksomhet til norske og utenlandske aktører som planlegger etablering av nye apotekkjeder i Norge. Salg av et medlemsapotek i Apokjeden til slike interessenter vil medføre at apoteket melder seg ut av Apokjeden.

Som følge av blant annet Konkurransetilsynets inngrepsvarsel har Apokjeden bedt sine medlemmer om å bekrefte eller benekte at disse har tenkt å være medlem av kjeden etter 1. januar 2001. Resultatet av disse undersøkelsene tyder på at kjeden er blitt vesentlig redusert i løpet av kort tid. Per 10. juli 2000 viser oversikten fra Apokjeden at *Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 7* har meldt seg ut av kjeden. Disse apotekene er enten solgt til Apokjedens nye konkurrenter eller har valgt å delta i andre former for innkjøps samarbeid.

Slik tilsynet vurderer tallene tilsier dette at kjedens markedsandel er redusert fra ca. 75 prosent til mellom 40 og 50 prosent målt i omsetning i løpet av forsommeren 2000.

Blant de gjenværende apotekene i Apokjeden finnes apotek som ikke har indikert noe om sitt medlemskap i kjeden og som vurderer å selge virksomheten. Siden disse medlemmene fortsatt ikke har sagt opp sitt medlemskap, finner tilsynet det riktig foreløpig å anse dem som medlemmer i Apokjeden. Tilsynet er imidlertid kjent med at en del apotek som tilsynet på denne måten inkluderer, sannsynligvis kommer til å forlate kjeden og at Apokjedens markedsandel derfor antagelig kan bli ned mot 40 prosent utover sensommeren og høsten 2000. Apokjeden på sin side legger til grunn at en del av apotekene som er i forhandlinger eller er kjøpt opp av andre kommer til å forlate kjeden. Apokjeden mener derfor at kjedens markedsandel per 10. juli 2000 allerede er under 40 prosent.

NMD og Holtung hevder i brev av 10. august 2000 at det avgjørende for den konkurranse- messige analyse må være antall apotek som faktisk var medlem i Apokjeden pr. 1. juli 2000, idet disse vil være rettslig forpliktet pr. 1. januar 2001 til å benytte Tamro Distribusjon. Konkurransetilsynet er enig i at ut fra en oppsigelsestid på 6 måneder vil en slik plikt foreligge. Tilsynet påpeker imidlertid at for de apotekene som melder seg ut i perioden før 1. januar 2001, er det lite sannsynlig at kjøpsplikten vil bli håndhevet strengt. Apotekenes oppfyllelse av kjøpsplikten krever blant annet at Tamro Distribusjon og Apokjeden bruker ressurser på innarbeidelse av innkjøpsrutiner og installasjon av teknisk utstyr i apotekene med videre. Konkurransetilsynet finner det tvilsomt at de ressurser oppfyllelse av kjøpsplikten krever fra Apokjedens side vil bli oppofret i de tilfeller der apotekets medlemskap vil opphøre kort tid etter at kjøpsplikt har inntrådt. Tilsynet viser videre til at oppsigelsesfristen på 6 måneder har vært praktisert lempelig i kjeden til nå.

Hva gjelder markedsutviklingen i grossistledet etter ervervene tyder opplysninger fra markedsaktører på at Tamro Distribusjon per 1. juli i år fortsatt hadde en markedsandel på ca. 10 prosent. Det bekreftes imidlertid i hovedavtalen mellom partene at Apokjeden forplikter seg til å konsentrere medlemmenes innkjøp gjennom Tamro Distribusjon etter 1. januar 2001. Etter tilsynets vurdering gir dette grunn til å forvente at Tamro Distribusjons markedsandel i grossistmarkedet vil øke opp mot den markedsandelen som Apokjeden har i apotekmarkedet etter det tidspunktet.

Etter at Apokjeden og Tamro-selskapene inngikk avtalene om krysseierskap og kjøpsplikt har NMD arbeidet med å etablere et nytt innkjøpssamarbeid med uavhengige apotek. Etter det tilsynet kjenner til omfatter de såkalte partneravtalene per 1. juli 2000 ca. 90 apotek, (Se blant annet oppslag i Dagens Næringsliv den 12. juli 2000.) og dette antallet er økende. Samarbeidet innebærer at NMD skal være apotekenes foretrukne grossist og innebærer en sterk binding mellom deltagende apotek og NMD. Selskapet hadde en samlet markedsandel i grossistmarkedet per 1. juli 2000 på ca. 70 prosent, men forventer at denne vil synke betraktelig etter hvert som leveransene til Apokjedens medlemmer overtas av Tamro Distribusjon.

Hva gjelder utviklingen i Holtungs markedsstilling etter ervervene kan det synes som om selskapet per 1. juli har en markedsandel i grossistmarkedet på mellom 15 og 20 prosent. Konkurransetilsynet er ikke

kjent med hvilke planer selskapet har for å møte konkurransen fra NMD og Tamro Distribusjon i tiden fremover, men tilsynet legger til grunn at selskapet vil konkurrere om å få levere legemidler til det økende antall apotek som står utenfor Apokjeden samt til nyetablerte apotek.

3.4 Etableringsmuligheter

3.4.1 Innledning

Etter Konkurransetilsynets vurdering avhenger de konkurransemessige virkningene av ervervene, herunder partenes muligheter til å utnytte markedsrett, langt på vei av etablerings-mulighetene i apotekmarkedet. Tilsynet la i inngrepsvarselet av 26. mai 2000 til grunn at etablerings-mulighetene i apotekmarkedet vil være begrenset frem til den nye apotekloven trer i kraft, og at nyetableringer først ville skje i et visst omfang etter at loven trer i kraft. Det var ved varslingstidspunktet ikke avklart på hvilket tidspunkt den nye loven ville tre i kraft. Dette medførte at det var usikkert når Apokjedens sterke markedsposisjon kunne bli utfordret av nye aktører. I inngrepsvarselet la tilsynet videre til grunn at det vil eksistere etablerings-hindringer i form av mangel på farmasøytisk arbeidskraft, og at en avtale mellom Apokjeden og NAF-gårdene om tilgang til strategisk viktige lokaler kunne føre til reduserte etablerings-muligheter. Konkurransetilsynet pekte også på at det foreslåtte konsesjonstaket i den nye apotekloven kunne medvirke til å vanskeliggjøre nyetableringer i apotekleddet.

Etter Konkurransetilsynets vurdering er det flere forhold som tilsier at etableringsmulighetene i apotekleddet nå er bedre enn det tilsynet antok i inngrepsvarselet. For det første vil nye retningslinjer fra Sosial- og helsedepartementet etter tilsynets vurdering kunne bidra til at det etableres flere apotek på et tidligere tidspunkt enn det tilsynet la til grunn i varselet. Retnings-linjene har ført til at det er kommet inn langt flere søknader til Statens Helsetilsyn om å opprette nye apotek før ny apoteklov trer i kraft enn det som var forventet. For det andre tilsier opplysninger fra markedsaktørene at nyetablerernes oppkjøpshastighet av etablerte apotek er raskere og har et større omfang enn det tilsynet antok i inngrepsvarselet. Virkningene av de nye etablerings-forholdene er drøftet nedenfor.

3.4.2 Nye retningslinjer fra Sosial- og helsedepartementet

Sosial- og helsedepartementet har i brev av 2. juni 2000 til Statens Helsetilsyn gitt uttrykk for at en i etableringspolitikken for apotek etter gjeldende lovverk skal legge større vekt på konkurranse-hensyn enn tidligere. I de nye retningslinjene legger departementet opp til at en i etableringspolitikken ikke skal ta hensyn til nyetableringens eventuelle negative økonomiske virkning på allerede etablerte apotek. Ifølge retningslinjene innebærer anvendelse av konkurransehensynet i konsesjonspolitikken at konsesjonssøker ikke kan påregne å få tillatelse til å opprette apotek hvis dette kan svekke konkurransen eller muligheten for konkurranse i legemiddelmarkedet. Etter departementets vurdering bør en dominerende aktør på landsplan eller et medlem av en slik kjede således ikke få tillatelse til å opprette flere apotek selv om vedkommende ikke har en dominerende stilling lokalt. Tillatelse til apoteketablering bør inntil videre derfor bare gis til søker som ikke har en dominerende stilling. Med dominerende stilling menes ifølge departementet en aktør med mer enn 40 prosent markedsandel målt

som andel av landets apotekomsetning.

Ifølge en oversikt fra Statens Helsetilsyn forelå det per 8. august 2000 ca. 130 søknader om etableringer av apotek. Konkurransetilsynet legger til grunn at oversikten inneholder både rene nyetableringer og etableringer av filialapotek. Statens Helsetilsyn legger etter det tilsynet forstår opp til at en stor andel av søknadene skal være ferdigbehandlet før ny apoteklov trer i kraft. (Jf. brev av 20. juli 2000 fra Statens Helsetilsyn til Sosial- og helsedepartementet.) I inngrepsvarselet av 26. mai i år la tilsynet til grunn at nyetableringer av apotek før ny apoteklov trer i kraft bare ville skje i beskjedent omfang.

Etter Konkurransetilsynets vurdering vil de nye retningslinjene kunne bidra til at det raskere etableres flere nye apotek enn det tilsynet tidligere har antatt. Dette kan bidra til å øke det samlede antall apotek og dermed redusere Apokjedens markedsstilling. Tilsynet er imidlertid oppmerksom på at selv om en del apotekkonsesjoner blir gitt i løpet av først-kommende høst, er det usikkert når de nye apotekene blir operative. Til tross for dette mener tilsynet at retningslinjene vil føre til at konkurransen mellom apotek blir mer effektiv på et tidligere tidspunkt enn om konsesjonssøkerne måtte vente på at ny apoteklov skulle tre i kraft. Etter tilsynets vurdering er det grunn til å forvente at retningslinjene vil føre til at Apokjedens markedsandel reduseres på et tidligere tidspunkt enn det tilsynet antok i sitt inngrepsvarsel.

I tillegg til dette kan retningslinjene slik de per i dag er utformet også redusere mulig-heten for at medlemmene i Apokjeden kan opprette nye apotek dersom kjeden opprettholder en dominerende posisjon i markedet. Dette kan legge begrensninger på kjedens mulig-heter til å ekspandere gjennom nyetableringer, i alle fall før ny apoteklov trer i kraft. Samlet sett vil retningslinjene etter tilsynets vurdering kunne lette etableringsadgangen til apotek utenfor Apokjeden og bidra til at Apokjeden blir utfordret av nye konkurrenter på et tidligere tidspunkt enn det tilsynet la til grunn i sitt inngrepsvarsel.

3.4.3 Etableringsplaner

Konkurransetilsynet har fått opplyst fra nyetablerere i apotekmarkedet at deres etablerings-planer gjennomføres som forutsatt. Dette innebærer at nyetablererne har eller er i ferd med å undertegne kontrakter om hel eller delvis overtagelse av etablerte apotek. Som følge av de nye retningslinjene for konsesjonsbehandling har flere aktører også signalisert at de vil sende inn søknader om nyetablering tidligere enn det som var planlagt. Etter det tilsynet kjenner til er det tre aktører som arbeider med å etablere konkurrerende apotekkjeder til Apokjeden. Disse vil eventuelt bli startet opp når den nye loven trer i kraft. I tillegg til dette er tilsynet kjent med at NMD er i ferd med å inngå såkalte partneravtaler med en rekke apotek for å sikre seg en mer lojal kundebasis som mottiltak mot Apokjedens samarbeid med Tamro Distribusjon. Tilsynet vurderer informasjonen fra markedsaktørene dithen at etablerings-forholdene i markedet er såpass gode at nyetablererne kan være i stand til å komme inn på markedet innen relativt kort tid.

3.4.4 Etableringshindringer

Konkurransetilsynet har også undersøkt med nyetablererne hva som kan hindre dem i å lykkes med

etableringsplanene. Flere aktører har uttalt at en avtale som NAF-gårdene AS har inngått med Apokjeden om tilgang til attraktive lokaler for apotekdrift kan utgjøre en etableringshindring. Kritikken som er reist mot disse avtalene har vært slik at tilsynet har funnet det nødvendig å undersøke de konkurransemessige virkningene av disse avtalene nærmere. Denne vurderingen har foreløpig resultert i et inngrepsvarsel av 4. juli i år, der tilsynet varslar at avtalen kan komme til å forbys.

En annen etableringshindring som er nevnt er mangelen på farmasøytisk arbeidskraft i Norge. Aktørene har imidlertid ulike strategier for å avhjelpe mangelen på farmasøytisk arbeidskraft. Blant løsningene er å legge til rette for økt intern faglig opplæring i apotekene. Av andre løsninger som nevnes er import av faglig personale fra Sverige og rekruttering av farmasøyter som til nå har arbeidet i legemiddelindustrien og innenfor grossistvirksomhet. Tilsynet har inntrykk av at nyetablererne selv mener at de nevnte tiltakene til en viss grad vil kunne avhjelpe mangelen på farmasøytisk arbeidskraft i Norge, men at denne mangelen vil redusere muligheten for nyetablering også i årene framover.

Konkurransetilsynet har videre vurdert hvorvidt innføring av det foreslåtte konsesjonstaket som den nye apotekloven åpner for vil kunne påvirke etableringsmulighetene til de nye aktørene. Sosial- og helsedepartementet har i forbindelse med endringer av retningslinjene for apoteketablering signalisert at det kan være aktuelt å bruke andre virkemidler enn å sette et konsesjonstak i sentrale områder for å sikre tilstrekkelig apotekdekning i distriktene. Disse tiltakene kan blant annet gå ut på å pålegge aktører som får apotekkonsesjon i sentrale strøk å overta apotekvirksomheter i distriktene. Tilsynet antar at en slik løsning vil kunne ha mindre konkurransebegrensende virkninger enn om det ble innført etableringsstopp i sentrale strøk.

3.4.5 Oppsummering om etableringsmuligheter

Etter Konkurransetilsynets vurdering vil de nye retningslinjene til Sosial- og helse-departementet kunne føre til at det vil bli enklere å etablere apotek frem til den nye apotek-loven trer i kraft. Retningslinjene har ført til at det er søkt om langt flere apotek-konsesjoner enn det som var forventet før den nye apotekloven trer i kraft. Selv om nye apoteketableringer vil ta noe tid å gjennomføre vil retningslinjene etter tilsynets vurdering føre til at det etableres nye apotek raskere enn det tilsynet tidligere har antatt. Retningslinjene vil også kunne bidra til at Apokjeden som dominerende aktør får begrenset sine muligheter til å opprette nye apotek for loven trer i kraft. Samlet sett vil retningslinjene etter tilsynets vurdering kunne føre til at Apokjeden får en mer effektiv konkurranse av nye aktører på et tidligere tidspunkt enn det tilsynet la til grunn i inngrepsvarselet. Når den nye apotekloven trer i kraft mellom 1. mars og 1. juli 2001 vil den føre til en ytterligere lettelse i etableringsadgangen for nye apotek.

Konkurransetilsynet kjenner videre til at det arbeides med å etablere tre nye apotekkjeder etter at loven trer i kraft. I tillegg arbeides det med å etablere et innkjøpssamarbeid med uavhengige apotekere. Nyetableringen vil etter tilsynets vurdering føre til at Apokjedens markedsrett reduseres.

Etter Konkurransetilsynets vurdering finnes det også forhold som kan virke etablerings-hindrende i

apotekmarkedet. Dette gjelder blant annet mangelen på farmasøyter og virkningen av det foreslåtte konsesjonstaket i den nye apotekloven. Disse hindringene er neppe uoverkommelige, men kan likevel redusere nye aktørers muligheter til å etablere seg.

4. Nærmere om utnyttelsen av markedsrett

4.1 Innledning

Ervervene fører til at Apokjeden og Tamro Distribusjon i mange sammenhenger vil opptre samordnet i legemiddelmarkedet. Konkurransetilsynet har vurdert hvorvidt ervervene på denne måten vil kunne gi grunnlag for utnyttelse av markedsrett.

Apokjeden og Tamros utnyttelse av markedsrett kan skje enten gjennom utnyttelse av kjøperrett mot produsenter og leverandører eller gjennom utnyttelse av markedsrett overfor kunder og andre detaljister. Partenes muligheter til å utnytte markedsrett er drøftet nedenfor.

4.2 Utnyttelse av markedsrett i apotekmarkedet

Tamro Distribusjon er legemiddelgrossist og var ikke aktiv i det norske apotekmarkedet før ervervene. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil ervervene derfor ikke føre til økt konsentrasjon i dette markedet verken for salg av legemidler eller handelsvarer. Fordi ervervene i liten grad påvirker Apokjedens markedsposisjon i apotekmarkedet vil de etter tilsynets vurdering derfor ikke i seg selv gi grunnlag for økt utnyttelse av markedsrett fra partenes side i dette markedet.

4.3 Utnyttelse av markedsrett i grossistmarkedet

Etter Konkurransetilsynets vurdering vil ervervene kunne medføre at partene får en sterkere stilling i grossistmarkedet og dermed muligheter til å utnytte markedsrett. Dette følger av at partene samlet vil opptre som en aktør overfor legemiddelprodusenter og leverandører. Som tidligere nevnt viser de siste markedsopplysningene at Apokjeden i juli i år fortsatt hadde en markedsandel på mellom 40 og 50 prosent, men at tilsynet forventer at denne antageligvis reduseres ned mot 40 prosent i løpet av sensommeren. Dersom det legges til grunn at denne Apokjedens markedsandel holder seg en tid framover på dette nivået og kjedemedlemmene skal konsentrere sine innkjøp hos Tamro Distribusjon, så innebærer dette at Tamro Distribusjon vil få en markedsandel omtrent tilsvarende dette i grossistmarkedet. Etter tilsynets vurdering kan en slik markedsandel gi grunnlag for utnyttelse av markedsrett i grossistmarkedet. Markedsretten som partene oppnår kan blant annet utnyttes til å begrense avsetningsmulighetene for konkurrentene, heve prisene på legemiddeldistribusjonen eller drive med høyere kostnader enn tilfellet hadde vært dersom selskapet hadde vært utsatt for sterkere konkurranse. Markedsretten kan også utnyttes ved å gi apotek utenfor Apokjeden dårligere forretningsvilkår enn kjedemedlemmene. Alle disse forholdene kan medføre en ineffektiv bruk av samfunnets ressurser.

Partenes reelle muligheter for å utnytte markedsrett i grossistledet avhenger imidlertid blant annet av markedsutviklingen i apotekmarkedet og av konkurransen fra Holtung og NMD. Markedsutviklingen i apotekmarkedet tyder som tidligere nevnt på at Apokjeden er i ferd med å bli redusert og at et betydelig antall av medlemmene har meldt seg ut eller er i ferd med å melde seg ut av kjeden blant annet som følge av oppkjøp fra andre kjeder enn Apokjeden. Etter tilsynets vurdering kan denne utviklingen gi grunnlag for en mer effektiv konkurranse i detaljistledet samt at markedsandelene på detaljistledet på et tidligere tidspunkt blir jevnere fordelt enn det tilsynet forutsatte i sitt inngrepsvarsel.

En jevnere fordeling av markedsandelene på detaljistledet vil kunne ha en positiv konkurranse-messig virkning på grossistledet. Som tidligere nevnt har NMD vært det dominerende selskapet blant norske legemiddel-grossister med en markedsandel på over 70 prosent. Den andre konkurrenten, Holtung, har hatt en markedsandel på ca. 20 prosent. Tilsynet er kjent med at NMD i relativt stort omfang er i ferd med å inngå såkalte partneravtaler som tiltak mot samarbeidet mellom Apokjeden og Tamro Distribusjon. Selskapet tar også sikte på å søke om konsesjon for å etablere nye apotek. Tilsynet legger videre til grunn at NMD i konkurranse særlig med Holtung vil forsøke å inngå grossistavtaler med noen av de nye aktørene i apotekmarkedet. Til tross for disse tiltakene er det etter tilsynets vurdering grunn til å forvente at NMDs posisjon som dominerende aktør i grossistmarkedet svekkes som følge av Tamros inntreden i Apo-kjeden. Dette kan bidra til mer virksom konkurranse i grossistmarkedet.

Holtung hadde før Tamros inntreden i Apokjeden en markedsandel på ca. 20 prosent i grossistmarkedet. Denne andelen er etter det Konkurransetilsynet kjent til på vei nedover. Siden Holtung eies av blant andre legemiddelprodusenter, er selskapet forhindret fra å erverve norske apotek. Holtung er imidlertid ikke forhindret fra å inngå leveranseavtaler med apotek knyttet til de nye apotekkjedene som skal etablere seg i Norge. Tilsynet forventer derfor at Holtung vil konkurrere om å bli legemiddelgrossist for disse kjedene og for de nye aktørene som nå har søkt om konsesjon for å etablere seg i apotekmarkedet.

Samlet sett er det etter Konkurransetilsynets vurdering grunn til å forvente at de markeds-endringene som om kort tid kommer til å skje i apotekmarkedet vil kunne legge grunnlaget for en mer effektiv konkurranse i grossistledet. Ved at Apokjedens markedsandel reduseres og det etableres nye konkurrenter til denne kjeden, vil avsetningsmulighetene for de andre grossistene etter tilsynets mening bli bedre enn det som ble lagt til grunn i inngrepsvarselet. En mer effektiv konkurranse i detaljistledet kan således gi grunnlag for en mer effektiv konkurranse i grossistledet. Denne markedsutviklingen vil etter tilsynets vurdering kunne redusere muligheten for at noen av grossistene, inkludert partene, utnytter markedsrett.

5. Vurdering om det foreligger grunnlag for inngrep etter krrl. § 3-11

Etter krrl. § 3-11 er det som nevnt et vilkår for inngrep at ervervet fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser. I uttrykket "føre til eller forsterke" ligger også et krav til årsakssammenheng. Det er bedriftservervet som må føre til eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning. Dersom det etter ervervene både vil foreligge en vesentlig begrensning av konkurransen og det ikke vurderes som sannsynlig at

nyetableringer vil gjenopprette konkurransen i markedet, kan ervervet likevel tillates dersom det finnes effektiviseringsgevinster ved ervervene som oppveier det samfunnsøkonomiske tapet ved konkurransebegrensningen.

Etter Konkurransetilsynets vurdering fører ikke ervervene til at partenes markedsstilling styrkes i apotekmarkedet verken for salg av legemidler eller handelsvarer. Det er etter tilsynets vurdering derfor ikke grunnlag for å hevde at ervervene i seg selv vil gi partene økte muligheter til å utnytte markedsrett i disse markedene. Etter tilsynets vurdering er det ikke grunnlag for å hevde at ervervene fører til en vesentlig begrensning i konkurransen mellom apotek som gir grunnlag for inngrep etter konkurranseloven § 3-11.

Etter Konkurransetilsynets vurdering vil ervervene føre til at partene får en sterkere stilling i grossistmarkedet. Dette følger av at Tamro Distribusjon og Apokjeden etter ervervene vil opptre samlet i forhandlinger med legemiddelprodusenter og leverandører. Tilsynet legger til grunn at Tamro Distribusjons markedsandel langt på vei vil avhenge av markedsandelen til Apo-kjeden, siden ervervene innebærer at kjedens medlemmer benytter seg av Tamro Distribusjons grossisttjenester. Siden Apokjeden forventes å få en relativt høy markedsandel legger tilsynet til grunn at også markedsandelen til Tamro Distribusjon vil øke omtrent tilsvarende i grossistledet.

Partenes muligheter til å utnytte markedsrett i grossistmarkedet avhenger imidlertid etter Konkurransetilsynets vurdering av hvilken konkurranse Tamro Distribusjon møter fra de andre legemiddelgrossistene og av markedsutviklingen i apotekmarkedet. Begge disse forholdene vil etter tilsynets vurdering avhenge av hvilken nyetablering som skjer i apotekmarkedet. Etter tilsynets vurdering virker etableringsmulighetene i apotekmarkedet å være bedre enn det tilsynet la til grunn i sitt inngrepsvarsel. Dette skyldes blant annet Statens Helsetilsyns nye retningslinjer for apoteketablering etter gjeldende lovverk, som har ført til at vesentlig flere har søkt om å opprette nye apotek enn det tilsynet tidligere antok. Nyetableringen vil føre til at antall apotek øker og at Tamro Distribusjons konkurrenter får bedre avsetningsmuligheter på et tidligere tidspunkt enn det tilsynet la til grunn i sitt inngrepsvarsel. Etter tilsynets vurdering kan også utmeldingene fra Apokjeden føre til at Tamro Distribusjons konkurrenter får bedre avsetningsmuligheter enn det tilsynet regnet med tidligere.

Samlet sett mener Konkurransetilsynet at utmeldingene fra Apokjeden, et høyt antall søknader om nyetableringer og nye aktørers oppkjøp av etablerte apotek kan føre til at Tamro Distribusjons konkurrenter har avsetningsmuligheter som vil kunne sikre en mer effektiv konkurranse i grossistmarkedet i tiden framover. På denne bakgrunn er det etter Konkurransetilsynets vurdering ikke grunnlag for å konkludere med at ervervene vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning i konkurransen i grossistmarkedet som gir grunnlag for inngrep etter krrl. § 3-11.

6. Varsel om meldeplikt etter krrl. § 6-1

Selv om Konkurransetilsynet mener at markedsutviklingen i det norske legemiddelmarkedet det siste halve året tilsier at det ikke er grunnlag for inngrep mot ervervene etter krrl. § 3-11, vil tilsynet følge

markedsutviklingen nøye i tiden framover. Dersom Apokjedens medlemsantall blir vesentlig større enn det som legges til grunn for denne avgjørelsen, vil tilsynet vurdere tiltak mot blant annet avtalene om kjøpsplikt som partene har inngått. For å føre kontroll med Apokjedens medlemsantall vurderer derfor tilsynet med hjemmel i krfl. § 6-1 å pålegge Apokjeden og Tamro Distribusjon hver for seg en meldeplikt med hensyn til utviklingen i antall kjedemedlemmer, kjedens omsetning og utviklingen i markedsandeler. Meldingene skal sendes tilsynet innen 15 dager etter utløpet av hvert kvartal. Siden tilsynet forventer at det vil skje relativt store endringer i markedene de neste to årene har tilsynet foreløpig pålagt meldeplikten frem til utgangen av 2002. Et eventuelt vedtak om meldeplikt vil bli rettet mot Tamro Distribusjon og Apokjeden hver for seg.

På denne bakgrunn og med hjemmel i krfl. § 6-1 vurderer Konkurransetilsynet å fatte følgende vedtak:

1. Rettet mot Apokjeden:

Apokjeden AS pålegges innen 15 dager etter utgangen av hvert kvartal å sende inn opplysninger om antall medlemmer i kjeden, kjedens omsetning av legemidler og handelsvarer i siste kvartal og hvilken markedsandel kjeden har i forhold til samlet omsetning av disse varene. Første melding skal være Konkurransetilsynet i hende innen 15. oktober 2000.

Vedtaket trer i kraft straks og gjelder til 1. januar 2002.

2. Rettet mot Tamro Distribusjon:

Tamro Distribusjon AS pålegges innen 15 dager etter utgangen av hvert kvartal å sende inn opplysninger om selskapets omsetning av legemidler og handelsvarer i siste kvartal og hvilken markedsandel selskapet har i forhold til samlet omsetning av disse varene. Første melding skal være Konkurransetilsynet i hende innen 15. oktober 2000.

Vedtaket trer i kraft straks og gjelder til 1. januar 2002.

Konkurransetilsynet ber om merknader til varselet innen 11. september 2000.

[til toppen](#)