

## **A2001-16 31.08.2001**

### **GEHE AGs erverv av Norsk Medisinaldepot ASA - konkurranseloven § 3-11**

#### **Sammendrag:**

Konkurransetilsynet har vurdert GEHE AGs erverv av Norsk Medisinaldepot og ikke funnet grunnlag for inngrep. Tilsynet ønsker imidlertid å se nærmere på de oppgavene som NMD utfører på vegne av Staten og andre aktører og som selskapet tidligere har utført i egenskap av å være eneste legemiddelgrossist.

Konkurransetilsynet viser til brev av 6. juli i år med vedlagt melding om GEHE AGs (GEHE) erverv av Norsk Medisinaldepot ASA (NMD). Det vises også til møte med partene den 23. mai 2001 der tilsynet ble informert om ervervet.

Konkurransetilsynet har på bakgrunn av opplysninger fra partene og andre markedsaktører funnet at det ikke er grunnlag for inngrep mot ervervet etter konkurranseloven (krnl.) § 3-11. Tilsynet ønsker imidlertid å se nærmere på de oppgavene som NMD utfører på vegne av staten og andre aktører og som selskapet tidligere har utført i egenskap av å være eneste legemiddelgrossist. Konkurransetilsynet begrunnelse for avgjørelsen følger nedenfor.

#### **1. Ervervet**

Staten v/Nærings- og handelsdepartementet (NHD) og GEHE inngikk den 22. mai 2001 avtale om at GEHE skulle erverve 98 % av aksjene i NMD. Av disse aksjene selges 81 % fra staten og 17 % fra det nederlandske selskapet OPG. De resterende 2 % eies av norske apotekere. NMD har framsatt et tilbud om kjøp av disse aksjene og ved fristens utløp den 22. juni 2001 hadde ca. 93 % av apotekerne akseptert tilbudet. GEHE har som mål å erverve samtlige aksjer i NMD. Salg av statens aksjer må godkjennes av Stortinget og Stortinget godkjente salget den 15. juni 2001 under forutsetning av at Konkurransetilsynet aksepterer avtalen.

#### **2. Partene**

##### **2.1 GEHE AG**

GEHE er Europas største legemiddelgrossist målt i omsetning. Selskapet hadde en samlet omsetning på 122 mrd. kr. og en markedsandel i Europa på 23 % i 2000. Selskapet driver med både grossist- og apotekvirksomhet. GEHE driver ikke grossistvirksomhet i Norge, men har som følge av ny norsk apoteklov i 2001 etablert en egen kjede på i underkant av 40 apotek.

##### **2.2 NMD**

NMD er Norges største legemiddelgrossist og inntil i år var grossistvirksomhet selskapets hovedanliggende. Etter at den nye apotekloven trådte i kraft har selskapet gjennom nyetableringer og avtaler knyttet til seg et stort antall apotek. Selskapet har således vært den hurtigst voksende aktøren i apoteksektoren og selskapet har per i dag i underkant av 130 apotek. Selskapet hadde en omsetning på

6.1 milliarder kr. i 2000.

### 3. Konkurranseloven (krrl.)

#### 3.1 Krrl. § 3-11

Konkurransetilsynet kan med hjemmel i krrl. § 3-11 gripe inn mot bedriftservedersom tilsynet finner at vedkommende erverv vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning i konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1. Tilsynet legger til grunn at GEHEs erverv av NMD er et erverv i konkurranselovens forstand, som kan vurderes etter krrl. § 3-11.

#### 3.2 Fristberegninger

Etter § 3-11 sjette ledd må et inngrep mot bedriftservedersom hovedregel foretas innen "seks måneder etter at det er inngått endelig avtale om ervervet". Dersom "særlige grunner" tilsier det vil fristen forlenges til "innen ett år fra samme tidspunkt". Slike "særlige grunner" forligger ikke, og Konkurransetilsynet har derfor en frist på seks måneder til å foreta et inngrep.

Etter § 3-11 sjette ledd starter inngrepsfristen å løpe på det tidspunkt "endelig avtale" om bedriftservedersom er inngått. Spørsmålet er om "endelig avtale" ble inngått tirsdag 22. mai 2001 da "Share Purchase Agreement" (Avtalen) mellom GEHE og staten v/NHD ble undertegnet, eller om "endelig avtale" først ble inngått da Stortinget godkjente avtalen om aksjesalget fredag 15. juni 2001. Uttrykket "endelig avtale" er i tilsynets retningslinjer (Konkurransetilsynets retningslinjer for inngrep mot bedriftservedersom av 4. november 1996 punkt 1.1.5). og praksis (Se blant annet V2000-143 Carlsberg AS' erverv av Pripps Ringnes AB punkt 4.2). forstått slik at det avgjørende tidspunkt er når avtalen er avtalerettslig bindende og alle nødvendige selskapsrettslige godkjennelser er på plass. Tilsynet har i sin praksis (Se blant annet V2000-20 Felleskjøpenes oppkjøp av Stormøllen AS og 50 pst. av Statkorn AS punkt 3.2). lagt til grunn at avtalen normalt er endelig når dens gjennomføring kun er avhengig av forhold utenfor partenes kontroll. Denne praksisen er presisert i saken om SAS' erverv av 68,8% av aksjene i Braathens ASA (Se brev av 20. august 2001 i sak 2001/569 side 6 flg.). I de tilfellene hvor det foreligger et forbehold innenfor partenes kontroll, beror det på en konkret vurdering hvorvidt "endelig avtale" er inngått.

I forhold til GEHEs erverv av NMD har partene tatt forbehold om Stortingets godkjennelse, se Avtalen art. 4 bokstav a. Ved salg av statlig virksomhet stiller Grunnloven § 19 opp et konstitusjonelt krav om Stortingets godkjennelse (Denne forståelsen av ordlyden i Grunnloven § 19 følger av fast forvaltningspraksis og er dessuten lagt til grunn i teorien, se Andenæs, Statsforfatningen i Norge, 8. utg., side 233.). Et forbehold om Stortingets godkjennelse ved salg av statlig virksomhet har derfor en spesiell karakter. Et annet forhold er at salg av statlig virksomhet kan være politisk omstridt. Uten at tilsynet tar stilling til hvorvidt denne konkrete saken er politisk omstridt, vil Konkurransetilsynet på denne bakgrunn legge til grunn at Stortingets godkjennelse er nødvendig før "endelig avtale" er inngått. Stortingets godkjennelse ble gitt 15. juni 2001. Konkurransetilsynet har etter § 3-11 sjette ledd i utgangspunktet en frist til 15. desember 2001 med å gripe inn mot bedriftservedersom. Fordi denne datoen i år faller på en lørdag, forlenges fristen til påfølgende virkedag, jf. prinsippet i domstolloven (Lov av 13. august 1915 nr. 5). § 149 første ledd. Fristen for inngrep mot bedriftservedersom er dermed mandag 17. desember 2001.

Etter § 3-11 syvende ledd kan ervervsdrivende som ønsker å få avklart om det vil bli aktuelt med inngrep, selv melde den "endelig avtale" om ervervet til Konkurransetilsynet. Tilsynet må da innen tre måneder etter at "meldingen er mottatt" varsle partene om inngrep kan bli aktuelt, jf. § 3-11 syvende ledd annet punktum.

Konkurransetilsynet fikk melding om ervervet i møte med partene onsdag 23. mai 2001. Det følger av ordlyden i § 3-11 syvende ledd at denne fristen, på samme måte som fristen for inngrep etter sjette ledd, ikke starter å løpe før avtalen er endelig. Denne forståelsen av ordlyden er følger dessuten av fast praksis fra tilsynet, se V1998-35 (Vedtak av 2. juni 1998, der det gis dispensasjon for prissamarbeid mellom Haugesund Energi AS og Karlsund Kraftlag AS). side 1 og V2000-143 (Vedtak av 13. desember 2000, som er et vedtak om omgjøring av vedtak om inngrep etter konkurranse-loven § 3-11 - Carlsberg AS' erverv av Pripps Ringnes AB). punkt 4.2. Det medfører at fristen for Konkurransetilsynets melding til partene om hvorvidt inngrep kan bli aktuelt, i utgangspunktet går ut 15. september 2001. I likhet med fristdatoen for inngrep faller denne datoen i år på en lørdag. På tilsvarende måte blir fristen dermed forlenget til mandag 17. september 2001.

#### **4. Høringsrunden**

Konkurransetilsynet har gjennomført en høringsrunde blant NMDs konkurrenter og andre markedsaktører. Blant synspunktene som fremkom var at GEHEs erverv av NMD øker markedskonsentrasjonen i apotekmarkedet, samtidig som ervervet dermed vil kunne gi Apokjeden økt konkurranse. Det ble videre pekt på at den økte markedsandelen til de to selskapene vil øke deres kjøpermakt og at dette vil kunne presse enkelte leverandører ut av markedet. Noen instanser peker på fordelene av at staten selger seg ut av NMD. Dette kan føre til at selskapet vil måtte konkurrere på mer like vilkår enn tidligere.

Flere høringsinstanser pekte på NMDs statlige "privilegier" og gav uttrykk for at disse burde fratras selskapet. Det er her blant annet siktet til NMDs leveringsrett til det militære beredskapslageret, NMDs statistikkoppgaver for legemiddelmarkedet, NMDs ansvar for konsignasjonslager for utenlandske produsenter og NMDs avtale med LIS.

#### **5. Markedsforhold**

##### **5.1 Det relevante marked**

Ervervets virkning på konkurranseforholdene analyseres innen rammen av det relevante markedet, som avgrenses ut fra kjøpernes substitusjonsmuligheter. En kjøper i et marked vil velge sin leverandør på bakgrunn av egenskaper ved produktet eller tjenesten og leverandørens beliggenhet. Det relevante marked har derfor både en produktmessig dimensjon (det relevante produktmarked) og en geografisk dimensjon (det relevante geografiske marked). Et relevant marked må minst være så stort at det er mulig å utøve betydelig markedsrett dersom markedet monopoliseres.

Utgangspunktet for avgrensningen av det relevante produktmarkedet er i hvilken grad kjøperne anser varer eller tjenester som substituerbare til dekning av et spesielt behov. Jo bedre substitutt en vare eller en tjeneste er til ett av godene til partene i ervervet, desto mer sannsynlig er det at varen eller tjenesten

inkluderes i det relevante produktmarked. Også det relevante geografiske marked avgrenses med utgangspunkt i kjøperens substitusjonsmuligheter. 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 har avgrenset det relevante produktmarkedet til å være salg av apotekvarer. Med apotekvarer menes både reseptbelagte og reseptfrie legemidler, samt handelsvarer som selges gjennom apotek. Videre er det avgrenset to relevante markeder i saken; salg av apotekvarer til privatkunder og salg av apotekvarer til profesjonelle sluttbrukere. Den geografiske avgrensningen av markedene er Norge. (For en bredere drøftelse av markedsavgrensningen, vises det til brev av 22. mai 2001 fra Konkurransetilsynet til Statens Legemiddelverk).

## 5.2 Aktørenes markedsandeler

GEHEs erverv vil kunne få virkninger både i privatmarkedet og markedet for profesjonelle sluttbrukere. De mest sentrale aktørene i disse markedene er GEHE/NMD, Tamro Distribusjon/Apokjeden, Alliance UniChem og Holtung. I tillegg finnes det noen få kjedeuavhengige apotek.

Konkurransetilsynet har ikke full oversikt over aktørenes markedsandeler i henholdsvis privatmarkedet og markedet for profesjonelle sluttbrukere, men antar at partenes tilknytninger til henholdsvis private apotek og sykehusapotek gir en indikator på markedsposisjon i de ulike markedene. Tilsynet anslår at Apokjeden, Alliance UniChem og NMD/GEHE har markedsandeler på henholdsvis ca. 38 - 45%, 10-15% og 35 - 40 % i privatkundemarkedet. NMD har før ervervet knyttet til seg 26 av 28 sykehusapotek samtidig som selskapet har leveranser til LIS-samarbeidet. Tilsynet legger til grunn at selskapet har en dominerende stilling i markedet for profesjonelle sluttbrukere og at markedsandelen er vesentlig høyere i det profesjonelle enn i det private markedet.

## 5.3 Offentlige reguleringer

Apotekene er underlagt omfattende offentlige reguleringer der de viktigste sett fra et konkurransemessig synspunkt er apotekenes enerett til salg av legemidler, prisregulering på reseptbelagte legemidler og konsesjonskravene for å eie apotek. Også legemiddelgrossistene er underlagt offentlige reguleringer. Grossistforskriften pålegger grossistene blant annet en leveringsplikt for legemidler til hele landet innen 24 eller 48 timer. I tillegg er grossistene maksimalprisregulert gjennom myndighetenes regulering av apotekenes innkjøpspris for reseptpliktige legemidler. Etter Konkurransetilsynets vurdering har de omfattende reguleringene konkurransemessige virkninger for markedsaktørene og må tas hensyn til ved vurderingen av ervervet.

## 6. Konkurransemessige vurderinger

### 6.1 Virkninger i privatmarkedet

Som nevnt ovenfor har NMD og GEHE markedsandeler på anslagsvis 25-30 % og 10-15 % i privatmarkedet. Samlet sett vil selskapene få en markedsandel på 35-40 % i privatkundemarkedet. En så høy markedsandel kan være tilstrekkelig til å hevde at GEHE/NMD får markedsrett. Generelt sett kan

markedsrett utnyttes overfor sluttbrukerne ved at aktørene kan sette høyere priser på salgsvarene og/eller ved at virksomhetene gir kundene dårligere service og tilbyr et mindre vareutvalg. Spørsmålet er om ervervet faktisk får slike virkninger i markedet for salg av apotekvarer til privatkunder.

Apotekvarer består av legemidler med og uten resept og handelsvarer. Legemidler utgjør 85 % av omsetningen hvorav ca. 73 % kommer fra reseptbelagte legemidler og ca. 12 % fra reseptfrie legemidler. 15 % av omsetningen er handelsvarer. Reseptbelagte legemidler er et spesielt produkt i den forstand at det ikke er prisen alene som bestemmer etterspørselen. Det er legen som på vegne av pasienten avgjør hvilke produkter som skal kjøpes, samtidig som staten dekker en stor andel av legemiddelkostnadene. Konkurransesystemet blir derfor i mindre grad et vurderingsstema og gir både legene og sluttbrukerne få incentiver til å velge de billigste preparatene. For å begrense statens utgifter til legemidler har myndighetene valgt å maksimalprisregulere apotekenes innkjøps- og utsalgspriser for reseptbelagte legemidler.

Reseptfrie legemidler og handelsvarer er ikke prisregulerte, og apotekene står følgelig fritt til å sette prisen på disse produktene. Videre kan produktene under visse forutsetninger, markedsføres. Dette, sammen med dereguleringen av apoteksektoren, burde etter Konkurransetilsynets vurdering kunne legge til rette for en viss priskonkurranse på disse produktene. Tilsynet antar at GEHEs erverv av NMD vil øke markedskonsentrasjon og redusere konkurransen mellom selskapene for salg av reseptfrie legemidler og handelsvarer. Disse varene utgjør imidlertid bare en mindre del av den totale omsetningen av apotekvarer og ervervet gir etter tilsynets vurdering ikke GEHE tilstrekkelig sterk markedsposisjon etter ervervet til at konkurransen blir vesentlig begrenset for disse varene.

Reseptbelagte legemidler, som utgjør hoveddelen av apotekenes omsetning, er som nevnt maksimalprisregulert. Etter Konkurransetilsynets vurdering reduserer maksimalprisreguleringen apotekenes muligheter til å utøve markedsrett gjennom å ta høyere priser på reseptbelagte legemidler. I tillegg er etterspørselen etter reseptbelagte legemidler av en slik karakter at det ikke ligger til rette for en effektiv konkurranse mellom apotekene, jf. drøftelsen ovenfor. Disse forholdene gjør at GEHEs erverv av NMD etter tilsynets vurdering i liten grad gir selskapet mulighet til å øke prisene på reseptbelagte legemidler. En annen faktor er at det ikke er tillatt å markedsføre reseptbelagte legemidler i Norge. Dette vil isolert sett kunne redusere apotekenes incentiver til å konkurrere på pris. På denne bakgrunn anser Konkurransetilsynet det som tvilsomt at GEHEs erverv av NMD gir selskapet økte muligheter til å utøve markedsrett gjennom å ta ut høyere priser på reseptbelagte legemidler.

Konkurransetilsynet har også vurdert om ervervet vil få noen effekt på konkurranseparameter som service, produktutvalg og beliggenhet. GEHE er som nevnt innledningsvis en av Europas største legemiddelgrossister. I tillegg har selskapet en betydelig aktivitet på apoteksektoren i enkelte land. NMD har nettopp startet opp sin apotekvirksomhet i Norge, og tilsynet antar at GEHE kan tilføre NMD kompetanse og erfaring til både i grossist- og apotekvirksomheten. Denne erfaringen kan bidra til å styrke selskapets konkurransekraft og komme sluttbrukerne til gode i form av bedre service og et godt produktutvalg. En oversikt over plasseringen av GEHEs apotek viser at omtrent en tredjedel av apotekene til selskapet er etablert i områder uten NMD-tilknyttede apotek. Tilsynet antar at ervervet ikke vil påvirke konkurransen på disse stedene. Omtrent halvparten av GEHEs apotek er etablert i sentrale strøk der også NMD er etablert sammen med andre aktører. Tilsynet legger til grunn at ervervet

vil føre til økt konsentrasjon i disse områdene. Som følge av at etableringsadgangen er blitt enklere og fordi de langt fleste nyetableringer skjer i sentrale strøk, antar tilsynet imidlertid at ervervet ikke vil føre til en vesentlig begrensning i konkurransen i disse områdene.

På denne bakgrunn er det etter Konkurransetilsynet vurdering ikke grunnlag for å hevde at GEHEs erverv av NMD vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i privatmarkedet for apotekvarer.

## **6.2 Virkningen på markedet for profesjonelle brukere**

Etter det Konkurransetilsynets kjenner til har GEHE bare eierinteresse i private apotek. Selskapet har ikke knyttet til seg sykehusapotek og selskapet antas derfor ikke å ha leveranser av vesentlig grad til sykehusene. Konkurransetilsynet utelukker imidlertid ikke at noen av GEHEs apotek har leveranser til andre profesjonelle aktører. Tilsynet antar imidlertid at omfanget av disse leveransene er begrenset og at ervervet ikke påvirker konsentrasjonen i dette markedet i noen særlig grad. Tilsynet legger derfor til grunn at ervervet ikke får vesentlige konkurransemessige virkninger i markedet for profesjonelle brukere av apotekvarer.

## **6.3 Vurderingen av GEHE som potensiell legemiddelgrossist**

GEHE er Europas største legemiddelgrossist med virksomheter i en rekke land. Konkurransetilsynet antar at selskapet før ervervet kunne anses som en potensiell konkurrent til legemiddelgrossistene i Norge. Selskapets erverv av NMD vil føre til at GEHE ikke lenger kan vurderes som en potensiell konkurrent til eksisterende grossister. På den andre siden har tilsynet fått inntrykk av at det er overkapasitet blant eksisterende grossister, og at lønnsomheten blant disse har vært liten. GEHE opplyser selv at selskapet ikke har hatt etableringsplaner av egen grossistvirksomhet i Norge. Også enkelte av høringsinstansene peker på at det sannsynligvis ikke kan forventes å bli etablert flere grossister. Selv om GEHE før ervervet kunne oppfattes som en potensiell konkurrent, kan det etter tilsynets vurdering stilles spørsmål ved hvor reell etableringstrusselen fra GEHE i utgangspunktet var. På bakgrunn av opplysningene fra markedsaktørene har tilsynet ikke funnet grunnlag for å legge vesentlig vekt på GEHEs rolle som potensiell konkurrent til eksisterende grossister.

## **7. Effektiviseringsgevinster**

Partene har identifisert effektivitetsgevinster. Alle gevinstene mener partene er ervervsspesifikke. Partene har ikke opplyst hvor store gevinstene er.

Konkurransetilsynet antar at ervervet vil kunne medføre noen effektiviseringsgevinster på de nevnte områdene. Siden tilsynet ikke finner at ervervets konkurransemessige virkningene kvalifiserer til inngrep etter konkurranseloven, har tilsynet ikke gått nærmere inn på å vurdere størrelsen på effektiviseringsgevinstene.

## **8. Andre forhold**

Flere høringsinstanser peker på at det er positivt at staten selger sine aksjer i NMD slik at selskapet ikke lenger kan dra fordeler av statlig eierskap. Noen høringsinstanser har imidlertid pekt på en del forhold

de mener bør endres som følge av statens nedsalg av aksjer i NMD. Dette er forhold som gjelder NMDs grossistvirksomhet og som stammer fra den tiden NMD hadde grossistmonopol. Blant forholdene som nevnes er NMDs leveringsrett til det militære beredskapslageret, NMDs statistikkoppgaver utført for det offentlige og NMDs ansvar for konsignasjonslageret til utenlandske produsenter.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil det være naturlig å se nærmere på hvorvidt NMD bør fristilles fra oppgaver som staten tidligere har pålagt selskapet. Etter tilsynets vurdering kan dette være viktig for å skape mest mulig like rammebetingelser for markedsaktørene. De forhold som det pekes på er imidlertid av en slik karakter at de ikke bør vurderes i tilknytning til ervervet. Tilsynet vil heller vurdere å ta dette opp med relevante myndigheter etter en separat vurdering.

## **9. Konklusjon**

På bakgrunn av de konkurransemessige vurderingene er det Konkurransetilsynets vurdering at GEHEs erverv av NMD ikke fører til eller forsterker en vesentlig begrensning i konkurransen i de berørte markedene i strid med formålet i konkurranse-loven. Inngrepsvilkårene i krrl. § 3-11 er derfor ikke oppfylt.

[til toppen](#)