

## **V2001-66 20.07.2001**

### **NMDs kjedesamarbeid Vitus - forholdet til konkurranseloven § 3-1 og § 3-3 - dispensasjon etter konkurranseloven § 3-9**

#### **Sammendrag:**

Med hjemmel i konkurranseloven § 3-9 bokstav a) har Konkurransetilsynet gitt apotekkjeden Vitus dispensasjon fra forbudet mot prissamarbeid i konkurranseloven § 3-1 første ledd, slik at kjeden kan fastsette bindende maksimalpriser. Begrunnelsen er blant annet at de stordriftsfordeler et kjedesamarbeid kan gi, fremmer effektiviteten og konkurransen i apotekmarkedet. Kjedeavtalens bestemmelser om markedsdeling ble ansett å falle inn under unntaket i § 3-3 tredje ledd.

Konkurransetilsynet viser til tidligere korrespondanse i saken, herunder søknad om dispensasjon for NMD ASAs (heretter NMD) kjedesamarbeid Vitus i brev av 8. februar 2001, og i brev av 21. mars 2001.

Søknaden er fra NMDs side begrenset til å gjelde dispensasjon fra forbudet mot prissamarbeid i krrl. § 3-1. Konkurransetilsynet har likevel vurdert spørsmålet om bestemmelser i kjedeavtalen omfattes av forbudet mot markedsdeling i krrl. § 3-3.

#### **1. Apoteksamarbeidet "Vitus"**

NMD Apotekhandel AS er et heleid datterselskap av NMD. NMD Apotekhandel AS har etablert apotekkjeden "Vitus". Kjedesamarbeidet besto opprinnelig av NMD Apotekhandel AS og tre apotek. Disse tre apotekene var alle heleide av NMD Apotekhandel AS. Eierforholdet i disse tre apotekene er nå endret, samtidig som antall apotek i Vitus-kjeden har økt. NMD Apotekhandel AS har i dag minoritetsposisjon i Opplysninger unntatt offentlighet etter offvl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 1. apotek.

Etter de opplysningene som foreligger skal Vitus-kjeden utvides ytterligere. Opplysninger unntatt offentlighet etter offvl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 2.

Vitus-kjeden bygger på en kjedeavtale. Den regulerer forholdet mellom NMD Apotekhandel AS (kjedesentralen) og det enkelte apotek (kjedeapoteket). NMD Apotekhandel AS eier kjedekonseptene, og driver fellesfunksjonene innen kjedesamarbeidet.

#### **2. Forholdet til konkurranseloven § 3-1**

Konkurranseloven § 3-1 første ledd setter forbud mot at to eller flere ervervsdrivende for salg av varer eller tjenester ved avtale, samordnet praksis eller på annen måte som er egnet til å påvirke konkurransen, fastsetter eller søker å påvirke priser, avanser eller rabatter bortsett fra vanlig kontantrabatt. Første ledd omfatter både vertikalt og horisontalt prissamarbeid, dvs både samarbeid mellom ervervsdrivende på samme trinn i omsetningskjeden og samarbeid mellom for eksempel grossist og detaljist.

Videre setter krrl. § 3-1 annet ledd forbud mot at en eller flere leverandører av varer fastsetter eller søker å påvirke priser, rabatter eller avanser for avtakernes salg av varer eller tjenester.

Bestemmelser om maksimalpriser finnes i kjedeavtalen punkt 10. Av særlig betydning er punkt 10.4: *"Kjedeapoteket plikter å ikke ta høyere utsalgspriser enn maksimalprisene som Kjedesentralen har fastsatt for Kjedesamarbeidets sortiment og kampanjevarer"*. Videre heter det i punkt 13.1, 3. ledd: *"Adgangen til å fastsette lavere priser enn maksimumsprisene påvirkes ikke av dette"* (dvs. det som i kjedeavtalen punkt 13.1 kalles "Best practise" og "Balansert styring").

Problemstillingen blir om avtalebestemmelsene om maksimalpriser i kjedeavtalen punkt 10.4 rammes av forbudet mot prissamarbeid i krrl. § 3-1. Konkurransetilsynet forstår kjedeavtalen punkt 10.4 slik at det innebærer at de enkelte kjedeapoteke ikke kan konkurrere på pris, og at den dermed er egnet til å påvirke konkurransen. Avtalen gjelder videre for salg, og "t]o eller flere ervervsdrivende" er parter i kjedeavtalen. Selv om kjedeavtalen ikke er inngått direkte mellom kjedeapotekene, vil kjedeavtalen gjennom det nettverket av vertikale avtaler som dannes mellom kjedesentralen og kjedeapotekene få virkning på forholdet mellom kjedeapotekene. Tilsvarende synspunkt er lagt til grunn i Konkurransetilsynets praksis, se for eksempel V2001 - 42 (*Smart*). Vilkårene i § 3-1 første ledd er dermed oppfylte.

Avtalebestemmelsene om maksimalpriser i kjedeavtalen punkt 10.4 rammes av krrl. § 3-1 første ledd.

Forbudet mot prissamarbeid i krrl. § 3-1 kommer ikke til anvendelse i forhold til de apotek hvor NMD Apotekhandel AS "har mer enn 50 % av stemmeberettigede aksjer, andeler eller tilsvarende eierparter", jf. krrl. § 3-6.

Konklusjonen er at kjedeavtalen punkt 10.4 rammes av forbudet mot prissamarbeid i krrl. § 3-1 første ledd i de tilfeller hvor unntaket for eier- og konsernsamarbeid i krrl. § 3-6 ikke kommer til anvendelse.

### **3. Forholdet til konkurranseloven § 3-3**

Konkurranseloven § 3-3 første ledd forbyr to eller flere ervervsdrivende for salg av varer eller tjenester ved avtale, samordnet praksis eller på annen måte som er egnet til å påvirke konkurransen, å fastsette eller søke å påvirke til markedsdeling i form av områdedeling, kundedeling, kvotefordeling, spesialisering eller kvantumsbegrensning.

Kjedeavtalen inneholder bestemmelser om markedsdeling i punktene 15.6, 18.2 og 18.3. I punkt 15.6 heter det: *"Kjedeapoteket kan ikke flytte uten Kjedesentralens samtykke"*. Punkt 18.2 bestemmer: *"Kjedesentralen skal som hovedregel ikke medvirke til at det etableres andre apotek innen Kjedesamarbeidet i nærområdet til Kjedeapoteket, forutsatt at Kjedeapoteket driver sin virksomhet med en rimelig markedsandel og størrelse"*. Videre heter det i punkt 18.3: *"Kjedeapoteket skal bli forelagt søknad om opptak av nye apotek i Kjedesamarbeidet i Kjedeapotekets nærområde og har i slike tilfeller fortrinnsrett. Skulle Kjedeapoteket ikke ønske å utnytte denne fortrinnsretten og bestrider opptaket, skal saken forelegges Kjederådet"*.

Kjederådets sammensetning, kompetanse og oppgaver fremgår særlig av punkt 5.8 - 5.12 i kjedeavtalen. Ut fra disse bestemmelsene kan også kjedeapotekenes innvirkning på spørsmål vedrørende markedsdeling bestemmes. Opplysninger unntatt offentlighet etter offvl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 3. Mer utfyllende informasjon om kjedemøtet følger av kjedeavtalen punkt 5.3 til 5.7. Opplysninger unntatt offentlighet etter offvl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 4. En av oppgavene til kjederådet er etter punkt 5.11.2 å *"drøfte og anbefale opptak av nye apotek innen Kjedesamarbeidet, herunder uenighet om opptak som angitt i punkt 18.3"*. Den endelige beslutningen om opptak synes derfor å høre under kjedesentralens kompetanse, fordi en av oppgavene til kjedesentralen er etter kjedeavtalen punkt 5.14.7: *"Godkjenne opptak av nye apotek innen Kjedesamarbeidet"*.

Det første spørsmålet blir om avtalebestemmelsene om markedsdeling i kjedeavtalen punkt 15.6, punkt 18.2 og punkt 18.3 rammes av forbudet mot markedsdeling i krrl. § 3-3 første ledd. De nevnte klausulene synes for eksisterende medlemmer i kjedesamarbeidet å innebære at medlemmet ikke fritt kan flytte eller etablere en ny forretning i konkurranse med andre kjedeapotek. For nye medlemmer i kjedesamarbeidet innebærer klausulene på tilsvarende måte at nyetablering kun vil være tillatt dersom omsetningsgrunnlaget til det eksisterende kjedeapotek ikke svekkes nevneverdig. Gjennom nettverket av kjedeavtaler vil det foreligge en gjensidig beskyttelse mot konkurranse. En slik betraktningssmåtte støttes av tilsynets praksis, se for eksempel V2001 - 19 (*Chrono*). Konsekvensen av bestemmelsene om markedsdeling er m.a.o. at de fastsetter geografisk markedsdeling (områdedeling) mellom de enkelte kjedeapotek i Vitus-kjeden. De øvrige vilkår i § 3-3 første ledd er også oppfylte.

Kjedeavtalens bestemmelser om markedsdeling rammes av forbudet i krrl. § 3-3 første ledd.

Etter krrl. § 3-3 tredje ledd er bestemmelsen i første ledd ikke til hinder for at en enkelt leverandør avtaler markedsdeling med eller fastsetter markedsdeling for sine avtakere.

Den sentrale problemstilling er da om unntaket i krrl. § 3-3 tredje ledd kommer til anvendelse på avtalebestemmelsene om markedsdeling i kjedeavtalen. I bekreftende fall vil bestemmelsene om markedsdeling i kjedeavtalen være tillatte.

Spørsmålet er om kjedesentralen er å anse som "en enkelt leverandør" slik § 3-3 tredje ledd krever. Uttrykket "en enkelt leverandør" har flere sider, og to ulike faktiske forhold må derfor hver for seg knyttes opp mot dette spørsmålet.

Det første gjelder levering av varer. Levering av varer reguleres av kjedeavtalen punkt 9 jf. punkt 10. Det første spørsmålet er om kjedesentralen er "leverandør" av (så og si) alle varene, også der varene ikke fysisk leveres direkte fra kjedesentralen.

I punkt 10.1, 3. og 4. punktum står det: *"Kjedeapotekene skal foreta alle sine varekjøp fra Kjedesentralen og de Leverandørene som Kjedesentralen har inngått avtale med etter nærmere regler fastsatt i Kjedehåndbøkene. Denne kjøpslojalitet vil måtte være på minst Opplysninger unntatt offentlighet etter offvl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 5.. I*

kjedeavtalen punkt 9.4, 1. og 2. punktum heter det videre: "*Kjedesentralen skal organisere den fysiske leveringen og faktureringen av leveransene for Kjedeapotekene. Levering og fakturering til Kjedeapotekene vil således kunne skje både direkte fra Leverandørene og via Kjedesentralen*".

Om leveringen rent fysisk skjer via kjedesentralen eller direkte fra ekstern leverandør er ikke avgjørende for om kjedesentralen anses som leverandør av varene. I så fall ville en forretningsmessig hensiktsmessig løsning bli blokkert av regelverket. Snarere må det reelle forhold der kjedesentralen har ansvaret for utvelgelsen av vareutvalget, inngåelse av avtaler med leverandørene og leveransen av varene, i kombinasjon med kjedemedlemmenes kjøpslojalitet tale avgjørende for at kjedesentralen anses om leverandør av varene til kjedeapotekene. Konklusjonen i relasjon til dette spørsmålet er derfor at kjedesentralen er å anse som "leverandør" av de varer det er avtalt markedsdeling for.

Vilkåret "en enkelt leverandør" i § 3-3 tredje ledd må videre vurderes opp mot den reelle innflytelse og kontroll kjedeapotekene har i relasjon til avtalebestemmelsene om markedsdeling. I vilkåret "en enkelt leverandør" ligger det blant annet at kjedesentralen må være en selvstendig markedsaktør, og ikke et samarbeidsorgan for kjedeapotekene. Det springende punkt er derfor om kjedesentralen er en selvstendig markedsaktør i forhold til kjedeapotekene når det gjelder avtalebestemmelsene om markedsdeling. I motsatt fall vil det være et så stort horisontalt innslag i den i utgangspunktet vertikale avtale at unntaket i § 3-3 tredje ledd ikke kommer til anvendelse.

I vurderingen av hvorvidt det foreligger et samarbeid mellom ervervsdrivende, har det i Konkurransetilsynets praksis vært et hovedsynspunkt "at selskapet ikke har opptrådt som en uavhengig aktør i markedet, men har vært et redskap for koordinering av eiernes eller kjedemedlemmenes markedsadferd" Evensen m/fl., Konkurranseloven med kommentarer, s. 150..

Et viktig moment er eierforholdene i kjedesentralen. Kjedesentralen er et heleid datterselskap av NMD. NMD er en betydelig aktør på markedet for medisiner, og kjedesentralen vil derfor ha en sterk posisjon overfor kjedeapotekene alene av denne grunn. Eierforholdet taler derfor for at kjedesentralen er selvstendig i forhold til kjedeapotekene. I motsatt retning trekker kjedeavtalen punkt 18.3, 1. punktum. Her heter det at kjedeapotekene har "*fortrinnsrett*" til å etablere seg i sitt nærområde. Uavhengig av de formelle eierforholdene kan den reelle posisjonen til kjedeapotekene tale for at det enkelte kjedeapotek i stor grad har kontroll over sitt eget geografiske forretningsområde. I så måte kan det hevdes at kjedesentralen er et redskap for koordinering av kjedeapotekenes markedsadferd. Et tredje moment er hvordan tvister om opptak i kjedesamarbeidet løses. Det følger av kjedeavtalen punkt 5.11.2 at kjederådet bare skal avgi en anbefaling til kjedesentralen med hensyn til om det nye apoteket skal tas opp som medlem eller ikke. Opplysninger unntatt offentlighet etter offvl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 6. Den endelige avgjørelsen om opptak fattes av kjedesentralen. Kjedesentralens sammensetning og kompetanse er et moment som sammen med eierforholdet i kjedesentralen taler avgjørende for at kjedesentralen er en selvstendig markedsaktør.

Ut fra en helhetsvurdering er tilsynet altså kommet til at kjedesentralen må anses som en selvstendig markedsaktør i forhold til kjedeapotekene når det gjelder avtalebestemmelsene om markedsdeling.

På denne bakgrunn er konklusjonen at avtalebestemmelsene om markedsdeling i kjedeavtalen faller inn

under unntaket i krrl. § 3-3 tredje ledd.

#### **4. Dispensasjon etter konkurranseloven § 3-9**

Konkurransetilsynet kan med hjemmel i konkurranseloven § 3-9 første ledd gi dispensasjon fra forbudene i konkurranseloven §§ 3-1 til 3-4 hvis ett eller flere av følgende kriterier er oppfylt:

- a) konkurransereguleringen innebærer at konkurransen i vedkommende marked forsterkes,
- b) det må forventes effektivitetsgevinster som mer enn oppveier tapet ved konkurransebegrensningen,
- c) konkurransereguleringen har liten konkurransemessig betydning, eller
- d) det foreligger særlige hensyn

Om vilkårene for dispensasjon er oppfylt må avgjøres ut fra en konkret vurdering av hvordan de aktuelle konkurransebegrensninger påvirker forholdene i det eller de berørte markeder. Det er virkningen på konkurransen i det relevante marked som er avgjørende for om dispensasjon kan innvilges.

#### **Det relevante marked**

Konkurransetilsynet har avgrenset to relevante produktmarkeder; salg av apotekvarer til privatkunder og salg av apotekvarer til profesjonelle sluttbrukere. Med apotekvarer menes både reseptbelagte og reseptfrie legemidler, og handelsvarer som selges gjennom apotek. 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. Brevet er vedlagt.

#### **NMDs markedsstilling i detaljistleddet**

NMD opplyser at Vitus-kjeden Opplysninger unntatt offentlighet etter offvl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2. Opplysningene finnes i vedlegg 1 punkt 7.. Apotekmarkedet består av i overkant av 400 apotek, og Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at Vitus-kjeden ikke får en omsetning som gir kjeden en dominerende stilling, verken i privatkundemarkedet eller markedet for profesjonelle sluttbrukere. Tilsynet vil imidlertid følge utviklingen i kjeden, da vurderingen er avhengig av hvilke apotek som kommer til å inngå i kjeden i fremtiden.

I tillegg har NMD knyttet til seg over 100 apotek gjennom såkalte partneravtaler der apotekene forplikter seg til å benytte NMD som hovedleverandør for apotekvarer. NMD har også grossistavtaler med apotek som tilhører andre kjeder. Konkurransetilsynet har foreløpig holdt utenfor apotekene til GeHe. Dersom disse hadde blitt inkludert ville NMD sannsynligvis også fått en sterk stilling i privatkundemarkedet.

Konkurransetilsynet har ikke tilstrekkelig tallmateriale til å estimere NMDs nøyaktige markedsstilling i henholdsvis privatkundemarkedet og markedet for profesjonelle sluttbrukere. Siden NMD har knyttet til seg 26 av 28 sykehusapotek antar imidlertid tilsynet at selskapet har en sterk stilling i markedet for profesjonelle sluttbrukere. I privatkundemarkedet antar tilsynet at NMD har en markedsandel på mellom 20 og 30 prosent. Som følge av blant annet nyetableringer legger imidlertid tilsynet til grunn at selskapet har et ønske om vekst i privatkundemarkedet.

## Dispensasjonsvurderingen

Apotekmarkedet er nylig deregulert og er et marked med høy omstillingstakt. Markedet er preget av at etablerte aktører forsøker å posisjonere seg gjennom oppkjøp og nyetableringer. Det foregår også en kontinuerlig prosess mot et mer vertikalt integrert marked. Det er fire kjeder som i dag konkurrerer i privatkundemarkedet: NMD med konseptene "Partnerapotek" og Vituskjeden, Apokjeden, GeHe og Alliance UniChem. Målt i omsetning av apotekvarer har Apokjeden hittil vært den største kjeden. NMD har vært nest størst målt i omsetning. GeHe og Alliance UniChem har begge vært relativt små målt ut fra omsetning.

NMD er blant de mest aktive selskapene i apotekmarkedet, og Vituskjeden er selskapets kjedekonsept som skal profilere selskapet utad. Konkurransetilsynet har tidligere uttalt at det stiller seg positivt til kjedesamarbeid i apotekmarkedet fordi det kan gi grunnlag for en mer effektiv konkurranse. Gjennom kjedesamarbeid skjer det en sentralisering av funksjoner som ellers måtte bli utført av det enkelte apotek. Dette kan gi grunnlag for kostnadsbesparelser. Felles priser kan være påkrevd for å fremstå med en enhetlig kjedeprofil. I utgangspunktet vil en felles prispolitikk med sentral regulering av prisfastsettelsen virke konkurransebegrensende. Et prissamarbeid vil imidlertid kunne gi lavere markedsføringskostnader for forretningene og større gjennomslagskraft i markedet. Det er lagt strenge restriksjoner på markedsføringen av legemidler i Norge, men Konkurransetilsynet antar at felles prissetting kan være aktuelt for handelsvarer og enkelte typer reseptfrie legemidler. Tilsynet vil også påpeke at salg av apotekvarer er spesielt i den forstand at utsalgsprisen på reseptbelagte legemidler er maksimalprisregulert fra myndighetene. Apotekenes muligheter til å utnytte markedsrett ved å øke prisene er derfor begrenset. Salget av reseptbelagte legemidler utgjør den største delen av apotekenes omsetning.

Videre vil et kjedesamarbeid kunne øke forhandlingsstyrken overfor produsentene, slik at man oppnår mer fordelaktige innkjøp, for eksempel gjennom lavere priser, bedre leverings-betingelser eller rabatter. I forhold til NMDs stilling vil selskapet ha en slik innkjøpsfordel uavhengig av samarbeidet i Vitus-kjeden, fordi selskapet har en sterk stilling i grossistmarkedet med leveranser til over 50 prosent av apotekene.

På bakgrunn av de stordriftsfordeler kjedesamarbeidet kan gi, er Konkurransetilsynet av den oppfatning at samarbeidet i Vitus-kjeden fremmer effektiviteten og konkurransen i apotekmarkedet. Videre har tilsynet lagt vekt på at en ensartet prispolitikk er et sentralt element i en felles kjedeprofil, og at det er viktig for den enkelte kjede å ha mulighet til å kunne markedsføre et produkt med henvisning til felles pris. En felles markedsføring og prisprofil vil også gjøre markedet mer oversiktlig for forbrukerne.

Etter en samlet vurdering finner Konkurransetilsynet at vilkårene i krrl. § 3-9 første ledd bokstav a) er oppfylte. Tilsynet tillater dermed felles maksimalpriser for medlemmer i Vitus-kjeden, fordi det kan bidra til å styrke konkurransen, spesielt i privatkundemarkedet. Som vilkår for dispensasjonen stilles at kjedemedlemmene står fritt til å ta lavere priser enn de som er fastsatt sentralt.

Tilsynet vil understreke at dispensasjon bare omfatter samarbeidet innenfor Vitus-kjeden og ikke partnerapotekene som NMD har avtaler med. Dispensasjonen gjelder heller ikke andre apotek som er eller vil bli tilknyttet NMD på andre måter. Dersom NMD har planer om at andre apotek, som på en

eller annen måte er eller vil bli tilknyttet selskapet skal underlegges den samme prisreguleringen, må det søkes om dispensasjon for dette.

Som nevnt er apotekmarkedet i sterk endring og med en høy omstillingstakt. NMD er blant de raskest voksende selskapene, og tilsynet forventer at selskapet vil ha en stigende markedsandel.

Konkurransetilsynet vil følge utviklingen i apotekmarkedet nøye, og har vurdert hvorvidt Vitus-kjeden ved NMD Apotekhandel AS bør pålegges meldeplikt. Tilsynet legger til grunn at den meldeplikt NMD er pålagt i vedtak av 2. november 2000 (V2000-128) er tilstrekkelig til at tilsynet kan følge utviklingen i Vitus-kjeden, både i forhold til omsetning og i forhold til antall medlemmer. Egen meldeplikt for Vitus-kjeden ved NMD Apotekhandel AS er derfor ikke nødvendig.

## **V. Konkurransetilsynets vedtak**

Konkurransetilsynet har med hjemmel i krrl. § 3-9 første ledd bokstav a) fattet følgende vedtak:

**Norsk Medisinaldepot ASA og NMD Apotekhandel AS innvilges dispensasjon fra konkurranse-loven § 3-1 første ledd for å kunne fastsette maksimalpriser for apotek tilknyttet Vitus-kjeden.**

**Det stilles som vilkår at kjedemedlemmene står fritt til å ta lavere priser enn de som er fastsatt sentralt.**

**Vedtaket trer i kraft straks og gjelder til og med 1. juni 2006.**

For ordens skyld gjøres det oppmerksom på at vedtaket kan påklages innen tre uker. En eventuell klage stiles Arbeids- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet. For øvrig vises til vedlagte skjema "Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak".

Konkurransetilsynet gjør oppmerksom på at dispensasjonen kan trekkes tilbake dersom forutsetningene for dispensasjonen ikke lenger er til stede, jf. konkurranse-loven § 3-9 tredje ledd. Dersom det er behov for dispensasjon utover det tidsrom som dispensasjonen er innvilget for, bes De søke om forlengelse i god tid før dispensasjonen utløper.

[til toppen](#)