



Deres ref.: «REF»

Vår ref.: 2003/582
MA2-M5 HRHA 452.2

Saksbeh.:

Dato: 22.04.2004

■ Norges Apotekerforening - konkurranseloven § 3-10 - inngrep mot medlemsapotekenes bruk av eksklusivitetsavtaler

V2004-24

1 Sakens bakgrunn

NorgesGruppen ASA (NorgesGruppen) fremholdt i brev av 26. juni 2003 at de hadde mottatt signaler fra legemiddelleverandører om at sentrale reseptfrie legemidler ville bli nektet levering til NorgesGruppen.

På den bakgrunn sendte Konkurransetilsynet 27. august 2003 brev til en rekke legemiddelprodusenter, grossister og apotekkjeder med forespørsel om informasjon og kommentarer. I perioden 4. – 17. september mottok tilsynet brev fra Apotek 1, Novartis Norge AS (Novartis), Holtung AS (Holtung), Alliance UniChem Norge AS (Alliance), Alpharma AS (Alpharma), Weifa AS (Weifa), Pfizer, Vitusapotek AS (Vitusapotek), NMD Grossisthandel AS (NMD), GlaxoSmithKline (GSK), Solvay Pharma AS (Solvay Pharma) og Nycomed Pharma AS (Nycomed).

I to tilnærmet likelydende brev av 1. oktober 2003 anmodet NorgesGruppen om at Konkurransetilsynet griper inn mot leveringsnektelsen med hjemmel i konkurranseloven § 3-10. Leveringsnektelsen gjelder i hovedsak det slimhinneavsvellende middelet Otrivin fra Novartis og de smertestillende legemidlene Paracet og Ibux fra Weifa. Dessuten anmodet NorgesGruppen om at et inngrep også omfatter Nycomeds merkevareprodukter Rhinox og Zymelin samt produkter fra Nycomed og Alpharma med fenazon-koffein som virkestoff.

Konkurransetilsynet sendte i brev av 17. november 2003 varsel om følgende vedtak:

”Apotek 1, Vitusapotek AS/Ditt apotek og Alliance-apotekene forbys å inngå avtaler med leverandørene om eksklusivitet for distribusjon og salg av følgende reseptfrie smertestillende og slimhinneavsvellende legemidler: Paracet, Ibux, Panodil, Otrivin, Rhinox, Zymelin, Pamol, Ibumetin, Pinex og Antineuralgica ”Alpharma”.

Apotek 1, Vitus/Ditt apotek og Alliance-apotekene forbys å deliste eller på annen måte søke å redusere de ovenfor nevnte produktenes markedsandel i den hensikt å hindre eller vanskeliggjøre at produktene omsettes i andre salgskanaler enn apotek.

Apotek 1, Vitus/Ditt apotek og Alliance-apotekene forbys å påvirke eller søke å påvirke leverandørene i utforming av kriteriene for distribusjon av de ovenfor nevnte produktene.

Vedtaket trer i kraft straks og gjelder til 1. februar 2006.”

Konkurransetilsynet mottok kommentarer til det varslede vedtaket i perioden 2. – 12. desember 2003 fra Alliance-apotekene, Legemiddelindustriforeningen (LMI), GSK, NorgesGruppen, Apokjeden (representert ved Thommessen Krefthing Greve Lund AS), Pfizer (representert ved Wikborg, Rein & Co), Alparma, Weifa, Vitusapotek og NMD. Det som oppfattes som aktørenes hovedansforsler er gjengitt i avsnitt 6.

På bakgrunn av kommentarene til det varslede vedtaket, sendte Konkurransetilsynet i brev av 6. februar 2004 varsel om at tilsynet vurderer å la et eventuelt vedtak omfatte samtlige apoteks eksklusivitetsavtaler i forhold til de aktuelle legemiddelleverandørene. I samme brev ble det fremholdt at tilsynet vurderer å utvide listen av smertestillende og slimhinneavsvellende produkter.

Konkurransetilsynet mottok kommentarer til sistnevnte vurderinger fra Apokjeden, Vitusapotek, Alliance-apotekene, Norges Apotekerforening (NAF), Alparma og GSK i perioden fra 11. – 20. februar 2004.

Konkurransetilsynet har etter en konkret vurdering kommet til at eksklusivitetsavtaler mellom apotek og såkalte merkevareprodusenter begrenser konkurransen i markedene for reseptfrie smertestillende og slimhinneavsvellende legemidler. Tilsynet forbyr derfor NAFs medlemsapotek å ha eller å inngå avtaler om eksklusivitet for og med leverandører av merkevarer innenfor de relevante markeder.

2 Legemiddelmarkedet¹

Den totale legemiddelomsetningen fra apotek til forbruker målt i apotekenes utsalgspris (AUP) var på anslagsvis 14,7 milliarder kroner i 2003. Av dette betalte det offentlige i overkant av to tredeler. Reseptfrie legemidler sto for anslagsvis 12,7 % av totalomsetningen.

Blant de reseptfrie legemidlene hadde Paracet høyest omsetning i 2003. Målt i apotek innkjøpspris (AIP) hadde Paracet en omsetning på 64,3 millioner kroner i 2003. Tilsvarende tall for Ibux og Otrivin var henholdsvis 45,6 og 43,6 millioner kroner.

3 Aktører

2.1 Leverandører

Leverandører av reseptfrie legemidler som kan selges utenom apotek er i hovedsak Weifa, GSK, Novartis, Nycomed og Alparma.

Weifa er et norsk legemiddelfirma som blant annet produserer smertestillende preparater. Kjente merkevarer som Paracet, Ibux, Tuxi og Pyrisept er noen av de reseptfrie produktene i Weifas produktportefølje.

GSK er delt i to divisjoner – Farmasøytisk og Consumer Health Care. Av kjente merkevarer innenfor reseptfrie legemidler produserer GSK det smertestillende preparatet Panodil.

Novartis Norge AS er et datterselskap i det sveitsiske legemiddelkonsernet Novartis Ltd. Morselskapet produserer merkevaren Otrivin neseppray.

Nycomed produserer reseptfrie legemidler og andre helserelaterte produkter. Legemiddelkonsernet har virksomhet i flere land. Nycomed produserer blant annet produkter med fenazon-koffein som virkestoff.

¹ Opplysningene i dette avsnittet er hentet fra Tall og fakta 2004, Legemiddelindustriforeningen.

Alpharma leverer i hovedsak generiske legemidler. Herunder produserer selskapet produktet Paracetamol Alpharma som et prisgunstig alternativ til Weifas merkevare Paracet. Dessuten produserer Alpharma kjente merkevarer som Pinex, Flux, Link og Tonipan.

2.2 Grossister og apotek(kjeder)

Markedet for omsetning av legemidler i Norge omfatter tre store grossister som hver er integrert med sine respektive apotekkjeder. De tre grossistene er NMD, Apokjeden distribusjon AS (Apokjeden distribusjon) og Holtung. NMD er den største grossisten med en markedsandel på 45,3 %. For øvrig har Apokjeden distribusjon og Holtung henholdsvis 35,7 og 18,9 %.² Grossistene er alle eid av store internasjonale selskaper.

NMD eies av det internasjonale Celesio-konsernet. Celesio har virksomhet innenfor legemiddelmarkedet i 11 europeiske land, og er markedsleder i Europa når det gjelder distribusjon av legemidler. I Apokjeden distribusjon har det finske selskapet Tamro Group en eierandel på 80 %, mens private eiere og Coop NKL eier henholdsvis 15 % og 5 %. Tamro Group har virksomhet innenfor distribusjon av legemidler i åtte land i Europa. Holtung eies av Alliance UniChem Plc., som har virksomhet innenfor distribusjon av legemidler i fem europeiske land.

De tre apotekkjedene i Norge er alle integrert med sine respektive grossistvirksomheter. I desember 2003 var 523 apotek i drift i Norge. Av disse var 205 tilknyttet Apokjeden distribusjon, 165 tilknyttet NMD og 121 tilknyttet Holtung. De resterende 32 apotekene var sykehusapotek og frittstående apotek. Apotekene har ulike tilknytningsformer, fra innkjøpsavtaler og delvis eierskap til å være heleid av kjedene.

Apokjedens apotek er profilert under navnet Apotek 1. Apotek 1 er den største kjeden med en markedsandel på 36,5 % målt i omsetning. Dernest kommer NMDs apotek Vitus/Ditt apotek med en markedsandel på til sammen 26,6 %. Alliance-apotekene med Holtung som grossist er den minste apotekkjeden med en markedsandel på 18,6 %. I tillegg kommer sykehusapotek og frittstående apotek med en samlet markedsandel på 18,3 %.

2.3 Utsalgssteder utenom apotek

Visse reseptfrie legemidler er tillatt solgt i dagligvareforretninger, kiosker, bensinstasjoner og lignende fra 1. november 2003. Omsetningen er regulert i forskrift om omsetning m.v. av visse reseptfrie legemidler utenom apotek av 14. august 2003. De aktuelle utsalgsstedene må ha konsesjon gitt av Statens legemiddelverk. Konsesjon er etter det Konkurransetilsynet kjenner til gitt til ca. 4500 slike utsalgssteder.

2.4 Bransjeorganisasjoner

NAF er en bransjeorganisasjon for apotek i Norge. NAF har som formål å sikre apotekbransjen best mulig posisjon og rammevilkår og en tydelig og verdifull posisjon i markedet. Av 523 apotek som er i drift i Norge er alle medlemmer i NAF, både privat eide og offentlige sykehusapotek.

LMI er en bransjeforening for legemiddelindustrien. LMI arbeider for anerkjennelse av legemidlers verdi. Foreningen yter bransjerelatert service, opplysnings- og undervisningsvirksomhet. LMI organiserer 44 medlemsbedrifter, herunder de produsentene som berøres av denne saken.

4 Offentlige reguleringer

Etter at forskrift om omsetning m.v. av visse reseptfrie legemidler utenom apotek av 14. august 2003 trådte i kraft 1. november 2003, kan de utsalgssteder som etter søknad er innvilget konsesjon, tilby visse reseptfrie legemidler, herunder smertestillende og slimhinneavsvellende

² Kilde: Tall og fakta 2004, Legemiddelindustriforeningen.

legemidler. Rammebetingelsene er forskjellige, avhengig av om legemidlene omsettes i eller utenom apotek. Krav til sortimentsbredde, landsdekning og leveringstid gjelder ikke for omsetning utenom apotek, jf. forskriften § 7. Statens legemiddelverk kan fastsette at forhandlerne skal føre et minimumsutvalg av reseptfrie legemidler, jf. forskriften § 9. I utsalgssteder utenom apotek skal reseptfrie legemidler oppbevares bak disk, i avlåst skap eller på annen måte fysisk utilgjengelig for kundene, jf. forskriftens § 10. Til sammenligning er apotekene selvbetjente når det gjelder reseptfrie legemidler. Reseptfrie legemidler omsatt utenom apotek skal i henhold til forskriften § 11 ikke utleveres til personer under 18 år. Det er ingen slik aldersgrense for omsetning i apotek. I andre utsalgssteder enn apotek, har utsalgsstedets personale ikke anledning til å informere om legemidlenes egenskaper eller bruk, jf. forskriften § 12. Dessuten er reklame for legemidler i utgangspunktet ikke tillatt i eller i umiddelbar nærhet av utsalg utenom apotek, jf. forskriften § 13. Forskriften åpner imidlertid for at skriftlig produktinformasjon kan gjøres tilgjengelig for kundene, og for at det kan reklameres for legemidlene så fremt det ikke skjer i eller i umiddelbar nærhet av utsalget. Farmasøyter kan dessuten drive muntlig veiledning i utsalgssteder utenom apotek.

Ovenstående forskrift er bare en av flere reformer i legemiddelmarkedet de siste årene. Det kan nevnes at ny apoteklov trådte i kraft 1. mars 2001. Ny apoteklov muliggjør eierskap i apotek for andre enn farmasøyter, samtidig som det er mulig å velge andre organisasjonsformer enn personlig eierskap. I forskrift om grossistvirksomhet av legemidler av 21. desember 1993 stilles det krav om at legemiddelgrossistene må kunne levere et hvilket som helst legemiddel med markedsføringstillatelse som etterspørres ved apotek hvor som helst i landet i løpet av 24 timer. Som en parallell til grossistenes leveringsplikt er apotekene pålagt en plikt til å forhandle alle legemidler som er tillatt solgt her i landet.

5 Konkurransetilsynets varsel om inngrep

I brev av 17. november 2003 varslet Konkurransetilsynet inngrep mot apotekkjedenes bruk av eksklusivitetsavtaler og annen konkurransebegrensende atferd. Tilsynet avgrenset de relevante markedene til å være markedet for reseptfrie, smertestillende legemidler og markedet for reseptfrie, slimhinneavsvellende legemidler for bruk ved tett nese. I markedsavgrensningen gjorde tilsynet et skille mellom merkevarer og andre varer. Skillet var begrunnet med at utsalgssteder utenom apotek ikke kan veilede kundene om bruken av legemidlene. Markedet ble avgrenset geografisk til nasjonalt.

I sin konkurransemessige vurdering kom Konkurransetilsynet til at apotekkjedene er i besittelse av kollektiv markedsrett. Det forelå dessuten en samordnet opptreden fra aktører som samlet sett har slik markedsrett. Apotekkjedenes krav om eksklusivitet og sanksjoner for å oppnå dette var tema for den konkurransemessige vurderingen.

Det ble lagt til grunn i vurderingen at utsalgssteder utenom apotek ikke kan drive veiledning overfor kundene. Konkurransetilsynet vurderte det slik at merkevarenavnet inneholder en merverdi så fremt publikum ikke kan veiledes i bruken av nye merker. Dette gjør at publikum ikke finner andre produkter tilstrekkelig substituerbare. Tilsynet konkluderte med at alternative forretningsmuligheter i form av nye og ukjente produkter ikke er tilstrekkelig substituerbare med merkevarer for salg utenom apotek.

Konkurransetilsynet fant videre at apotekkjedenes krav om eksklusivitet og handlinger for å presse leverandørene er egnet til å begrense konkurransen mellom utsalgssteder for reseptfrie legemidler.

6 Anførsler

I det følgende gjengis det som Konkurransetilsynet oppfatter som hovedanførsle til det varslede vedtaket. For argumenter som er fremmet av aktørene tidligere i saksbehandlingen, vises det til tilsynets varsel om inngrep av 17. november 2003.

NorgesGruppen anfører i brev av 8. desember 2003 at de forventer at styrken i Konkurransetilsynets varslede inngrep er tilstrekkelig. *NorgesGruppen* understreker viktigheten av at det varslede inngrep blir vedtatt.

Weifa påpeker i brev av 8. desember 2003 at selskapet har tatt Konkurransetilsynets varsel om inngrep til etterretning, og tilbyr sine merkevarer i kanaler som har tillatelse til å omsette de aktuelle reseptfrie legemidlene. [...] ³. Preparatlisten i tilsynets varsel må ifølge *Weifa* komplementeres med *Fanalgin* "Weifa" og *Fenazon koffein* "Nycomed".

GSK, som produserer merkevaren *Panodil*, ber i brev av 5. desember 2003 om at feilsitering i varsel om inngrep rettes opp av Konkurransetilsynet i et endelig vedtak. Konkurransetilsynet har i varselet gjengitt at det er fremsatt trusler fra apotekkjedene om at *GSKs* produkter vil bli delistet ⁴ dersom de distribueres til andre kanaler enn apotek. Dette medfører ikke riktighet, da det er gitt uttrykk for at *GSKs* produkter *kunne* bli delistet. *GSK* presiserer også at det har vært forskjeller i ordlyden fra de ulike kjedene. *NMD* har ifølge *GSK* vært helt konkrete i sine uttalelser og fulgt opp truslene ved å deliste *Panodil*-produkter.

I brev av 19. februar 2004 anfører *GSK* at Apokjeden har tatt alle *Panodil*-produktene ut av planogrammene ⁵ pr. 1. februar 2004.

Pfizer anfører i brev av 3. desember 2003 at [...] ⁶.

Alpharma anfører i brev av 8. desember 2003 hovedsakelig at det varslede inngrepet vil innebære en ubegrunnet begrensning av *Alpharmas* kommersielle handlefrihet. Tilsynet har etter *Alpharmas* oppfatning uriktig unnlatt å ta hensyn til den mulighet for veiledning utsalgssteder utenom apotek har gjennom ansettelse av en farmasøyt. *Alpharma* anfører videre at alternative forretningsmuligheter for dagligvarehandelen er til stede gjennom egen merkevarebygging. Det anmodes om at Konkurransetilsynet endrer vedtaksteksten slik at apotekkjedene kun forbys å kreve eksklusivitet.

I brev av 19. februar 2004 stiller *Alpharma* seg positiv til at listen av legemidler utvides til også å omfatte *Fanalgin* og *Fenazon koffein*. Når det gjelder utvidelsen til å la et eventuelt vedtak gjelde samtlige apotek har *Alpharma* ingen kommentar.

NMD fremmer i brev datert 8. desember 2003 merknader til Konkurransetilsynets varsel om inngrep på vegne av apotekkjeden *Ditt Apotek*. *NMD* anfører at det varslede vedtak rettes mot feil salgslodd, at apotekkjedene ikke har samordnet sin opptreden mot grossister og leverandører, at annet ledd i det varslede vedtak åpner for en rekke tolknings- og håndhevingsproblemer og endelig at det grunnet endret konkurransesituasjon ikke lenger er behov for at Konkurransetilsynet treffer vedtak.

³ Opplysninger unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd andre alternativ, og unntatt partsinnsyn i medhold av fvl. § 18 første ledd jf. § 19 første ledd bokstav b).

⁴ Med delisting menes at produkter blir tatt ut av hyllene og at det ikke blir foretatt nye bestillinger, slik at apotekene slutt selger det de har på lager.

⁵ Planogrammer er betegnelsen på apotekenes disposisjoner for hvilke produkter som skal plasseres hvor i hyllene.

⁶ Opplysninger unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd andre alternativ, og unntatt partsinnsyn i medhold av fvl. § 18 første ledd jf. § 19 første ledd bokstav b).

Vitusapotek anfører i brev datert 8. desember 2003 at apotekkjeden ikke på noen måte har søkt å skaffe seg innflytelse over eller har hatt innflytelse på legemiddelleverandørenes valg av avsetningskanaler. Det varslede vedtak anføres å rettes mot feil salgsledd. *Vitusapotek* benekter ikke at det har funnet sted et press fra apotekerhold, men den kommersielle atferden er ikke samordnet mellom konkurrerende aktører.

Vitusapotek uttrykker videre bekymring for at annet ledd i det varslede vedtak er uklart formulert og at det åpner for en rekke tolknings- og håndhevingsproblemer. Dersom det varslede vedtak fattes vil *Vitusapotek* være forhindret fra å fremme intermerkekonkurransen.

I brev av 13. februar 2004 uttrykker *Vitusapotek* overraskelse over at Konkurransetilsynet fortsatt finner grunnlag for å treffe vedtak i saken. Atferden som tilsynet ville gripe inn mot er opphørt, og det er ifølge *Vitusapotek* ikke lenger behov for å treffe vedtak.

Alliance-apotekene anfører i brev av 2. desember 2003 at det varslede vedtakets avsnitt hvor apotekkjedene forbyr å deliste eller på annen måte søke å redusere de aktuelle produktenes markedsandeler i den hensikt å hindre eller vanskeliggjøre at produktene omsettes i andre salgskanaler enn apotek, medbringer uklarhet med hensyn til begrensninger i markedsmessige tilpasninger.

I brev av 8. desember 2003 anfører *Alliance-apotekene* at apotekkjeden legger til grunn at de på selvstendig grunnlag kan foreta forretningsmessige disposisjoner uten å komme i strid med det varslede vedtak, forutsatt at det ikke foreligger samordnet opptreden mellom apotekkjedene.

I brev av 12. desember 2003 hevder *Alliance-apotekene* at apotekkjedene ikke er i besittelse av slik markedsrett som Konkurransetilsynet legger til grunn. Under enhver omstendighet har *Alliance-apotekene* ikke truet med delisting av produkter overfor legemiddelprodusentene.

I brev av 19. februar 2004 anfører *Alliance-apotekene* at de ikke har bemerkninger til at vedtaksteksten i et eventuelt inngrep utvides som angitt i tilsynets brev av 6. februar 2004. For øvrig oppsummeres tidligere synspunkter, blant annet at det ikke lenger er et reelt behov for inngrep i denne saken. Den konkurranse som inngrepet skulle sikre er ifølge *Alliance-apotekene* allerede etablert.

Apokjeden/Apotek 1 knytter i brev av 8. desember 2003 i hovedsak kommentarer til markedsavgrensningen, den konkurransemessige vurderingen og vedtaksutformingen. Hva angår de relevante markeder mener *Apokjeden* at korrekt markedsavgrensning er smertestillende reseptfrie legemidler og slimhinneavsvellende reseptfrie legemidler for salg i og utenfor apotek. Konkurransetilsynet overdriver ifølge *Apokjeden* betydningen av veiledning for konsumentenes valg. Det anføres dessuten at veiledning kan finne sted i dagligvarehandelen, enten gjennom ansettelse av en farmasøyt eller gjennom skriftlig produktinformasjon.

Når det gjelder tilsynets konkurransemessige vurdering, anfører *Apokjeden* for det første at markedsstrukturen ikke legger til rette for kollektiv markedsrett uten samordning. Det er ifølge *Apokjeden* ikke funnet sted noen samordning mellom apotekkjedene med sikte på å etablere en felles strategi overfor leverandørene, og det er følgelig ikke korrekt at det foreligger samordnet opptreden. Apotekkjedenes satsning på selektiv distribusjon begrunnes i at dette fremsto som den eneste fornuftige fremgangsmåten for å beskytte apotekenes investeringer i merkevarer. Det at apotekkjedene har hatt møter med leverandørene i samme tidsrom, begrunnes av *Apokjeden* med at det er naturlig tilpasning fra enkeltkjeder til endringer i regelverk og dermed markedsforholdene. *Apokjeden* hevder videre at nærmest likelydende avtaleutkast har sin forklaring i at utkastene generelt ble utarbeidet av leverandørene og at utkastene kan ha blitt

benyttet overfor flere kjeder. Videre anfører Apokjeden at selektiv distribusjon ville hatt konkurransefremmende virkninger gjennom bidrag til styrket intermerkek konkurranse.

Endelig er Apokjeden av den oppfatning at inngrepet må rette seg mot samordnet opptreden, ettersom det er påstått samordnet opptreden som danner grunnlag for inngrepet. Vedtakets vilkår om at apotekkjedene forbys å deliste eller på annen måte redusere de aktuelle produktenes markedsandeler i den hensikt å hindre eller vanskeliggjøre at produktene omsettes i andre salgskanaler enn apotek, innebærer etter Apokjedens mening at apotekkjedene i praksis forbys enhver handling som kan redusere produktenes markedsandel. En slik forpliktelse til å opprettholde de aktuelle leverandørenes markedsandel fremstår som konkurransefiendtlig og til hinder for effektiv distribusjon. Apokjeden anfører at konkurransebildet er endret, da leverandørene har besluttet å selge de aktuelle produktene gjennom dagligvarehandelen. Denne beslutningen er ifølge Apokjeden ikke-reversibel.

LMI har på vegne av sine medlemmer inngitt kommentarer til Konkurransetilsynets varsel om inngrep i brev datert 4. desember 2003. *LMI* foreslår for det første at det inntas i vedtaksteksten at apotekkjedene i tillegg forbys å gjøre gjeldende avtaler med leverandørene om eksklusivitet. Videre anfører *LMI* at et endelig vedtak også bør ramme tiltak som iverksettes mot andre deler av de aktuelle leverandørenes sortiment, ikke bare de produktene som er opplistet i det varslede vedtaket.

NAF har i brev av 20. februar 2004 på vegne av sine medlemsapotek kommentert at Konkurransetilsynet vurderer å fatte inngrep mot samtlige norske apotek. *NAF* er av den oppfatning at utviklingen etter 17. november 2003 må veie tungt i vurderingen av om tiltak skal iverksettes. *NAF* anser problemet med eksklusivitetsavtaler/leveringsnektelser for å være løst. Foreningen har også merket seg at Helsedepartementet betrakter problemet som løst. *NAF* anfører videre at Konkurransetilsynets varslede vedtak vil bidra til å fastlåse dagens markedssituasjon, noe som vil svekke apotekenes konkurransekraft og bidra til å opprettholde ledende leverandørers markedsandeler. Endelig anfører *NAF* at foreningen anser det som lite sannsynlig at enkeltstående (uavhengige) apotek vil inngå eksklusivitetsavtaler med leverandører av reseptfrie legemidler.

7 Forholdet til konkurranseloven

Konkurransetilsynet kan med hjemmel i konkurranseloven § 3-10 ved enkeltvedtak eller forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger dersom tilsynet finner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1. Konkurranselovens formål er å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse.

I konkurranseloven § 3-10 annet ledd bokstav b) fremgår det at Konkurransetilsynets inngrepsadgang gjelder blant annet for vilkår, avtaler og handlinger som kan begrense kunders valg, fordyre produksjon, distribusjon eller omsetning, stenge konkurrenter ute eller nekte forretningsforbindelse eller medlemskap i sammenslutninger. Med nektelse av forretningsforbindelse menes ifølge tredje ledd også at en ervervsdrivende bare er villig til forretningsforbindelse på bestemte vilkår.

Konkurransetilsynet legger til grunn at legemiddelleverandørene, legemiddelgrossistene og apotekene er ervervsdrivende i konkurranselovens forstand. Videre legger tilsynet til grunn at eksklusivitetsavtaler og handlinger for å sikre krav om at reseptfrie legemidler bare skal omsettes gjennom apotek omfattes av begrepene "vilkår, avtaler og handlinger" som angitt i konkurranseloven § 3-10.

Konkurransetilsynet har på denne bakgrunn kompetanse til å fatte vedtak om inngrep dersom tilsynet etter en konkret vurdering finner at praksisen har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.

8 De relevante markeder

For å vurdere om en praksis er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i konkurranseloven, tar Konkurransetilsynet utgangspunkt i de markedene som berøres i saken. Markedene har både en produktmessig og en geografisk dimensjon.

8.1 De relevante produktmarkeder

Det relevante produktmarked inkluderer de varer kjøperen anser som substituerbare med hensyn til dekning av et bestemt behov. Med substituerbarhet menes i hvilken utstrekning etterspørerne kan velge mellom ulike produktvarianter for å tilfredsstille det samme underliggende behov. Dette vil særlig avhenge av produktets egenskaper, bruksområde og pris.

Konkurransetilsynet har i det varslede inngrepet avgrenset de relevante produktmarkeder til å være markedet for reseptfrie, smertestillende legemidler og reseptfrie, slimhinneavsvellende legemidler. I markedsavgrensningen har tilsynet gjort et skille mellom merkevarer og andre varer. Skillet er begrunnet med at utsalgssteder utenom apotek ikke kan veilede kundene om bruken av legemidlene. For en nærmere redegjørelse vises det til Konkurransetilsynets brev av 17. november 2003.

I ovenstående markedsavgrensning er det lagt til grunn at utsalgssteder utenom apotek ikke kan veilede kundene overhodet når det gjelder salg av reseptfrie legemidler. Tilsynet er imidlertid oppmerksom på at utsalgssteder utenom apotek i større grad enn tidligere antatt kan drive veiledning. For det første står disse utsalgsstedene i praksis fritt til å ansette farmasøyter på lik linje med apotek. Ansettelse av farmasøyter kan imidlertid fremstå som uforholdsmessig kostbart, fordi det generelt vil være begrenset behov for farmasøytisk kompetanse i virksomheter utenom apotek. I tillegg kan utsalgsstedene utgi skriftlig produktinformasjon. Statens legemiddelverk har utarbeidet et informasjonsbrev til utsalgssteder utenom apotek på sine hjemmesider⁷, som blant annet besvarer om det er tillatt å reklamere for legemidler. Her heter det at det generelt er tillatt å reklamere for reseptfrie legemidler. Det er imidlertid forbud mot slik reklame i eller i umiddelbar nærhet av utsalget. Utsalgsstedene kan legge frem skriftlig informasjon om legemidlene. Slik informasjon må ha nøytral utforming.

Konkurransetilsynet legger til grunn at identiske og tilnærmet identiske legemidler dekker de samme behovene hos etterspørerne. Med tilnærmet identiske legemidler menes legemidler med samme virkestoff, men hvor pakning og navn er forskjellig. Substituerbarheten gjelder uavhengig av utsalgssted, men betinger at kundene får tilstrekkelig informasjon til å vite at legemidlene er identiske.

Konkurransetilsynet avgrenser etter dette markedet til å være henholdsvis reseptfrie, smertestillende legemidler og reseptfrie, slimhinneavsvellende legemidler.

8.2 Geografisk avgrensning av markedene

Markedet avgrenses geografisk med utgangspunkt i hvor etterspørerne av varer i de relevante produktmarkedene foretar sine innkjøp.

Konkurransen om salg av reseptfrie legemidler foregår i stor grad mellom landsdekkende kjeder. Konkurransetilsynet legger til grunn nasjonal avgrensning av markedet. For en nærmere begrunnelse, se tilsynets brev av 17. november 2003.

⁷ Se www.legemiddelverket.no

9 Konsentrasjon

Produsenter av de aktuelle legemidlene i denne saken er Weifa, GSK, Novartis, Nycomed og Alpharma.

Reseptfrie, smertestillende legemidler kan deles i produkter med virkestoffet paracetamol og produkter med virkestoffet ibuprofen. Paracet har ifølge Norgesgruppen en markedsandel på 76 % blant smertestillende legemidler med virkestoffet paracetamol. Ibux har ifølge Norgesgruppen en markedsandel på 93 % innenfor smertestillende legemidler med virkestoffet ibuprofen. For majoriteten av etterspørerne antas det at de to produktene anses som tilnærmet substituerbare. Paracet og Ibux har ifølge Norgesgruppen til sammen en markedsandel på 73 %.

I markedet for reseptfrie, slimhinneavsvellende legemidler for bruk ved tett nese har Otrivin ifølge Norgesgruppen en markedsandel på 59 % dersom kun neseppray legges til grunn, 51 % dersom omsetning av nesedråper også inkluderes.

Som følge av at det er etablert mer enn 4500 nye utsalgssteder for visse reseptfrie legemidler den siste tiden, er det usikkert hvorvidt disse markedsandelene er representative for dagens situasjon. Forsterket konkurranse i markedet for salg av henholdsvis reseptfrie, smertestillende legemidler og reseptfrie, slimhinneavsvellende legemidler kan i løpet av relativt kort tid lede til at andre (og billigere) preparater oppnår større markedsandeler. Følgelig legger tilsynet til grunn at markedsandelene kan ha endret seg noe i den senere tid.

På samme måte er det vanskelig å trekke konklusjoner om apoteks/apotekkjeders markedsandeler i markedene for reseptfrie smertestillende og slimhinneavsvellende legemidler, da de har endret seg de siste månedene.

10 Konkurransemessig vurdering

Konkurranseloven § 3-10 hjemler inngrep mot atferd som er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål.

10.1 Begrenset priskonkurranse mellom apotekene

Konkurransetilsynet vurderer det slik at konkurransen på omsetning av legemidler allerede er begrenset mellom apotekene. For det første har det funnet sted kjededannelser med den følge at apotekleddet er kjennetegnet av få, men store aktører. I en artikkel på www.nettavisen.no 7. mai 2003 innrømmer apotekene at det ikke finner sted stor grad av priskonkurranse på reseptfrie legemidler. I artikkelen uttaler NAF at apotekene konkurrerer på beliggenhet, tillit, gode råd og rask ekspedering. Priskonkurransen nedprioriteres i apotekene, særlig i kjedeapotekene. Den begrensede priskonkurransen bekreftes av at utsalgsprisene på reseptfrie legemidler i apotekene i gjennomsnitt har økt med 27 % i perioden 1999 til 2002.⁸ En årsak til at apotekene har kunnet øke prisene, er at markedet er preget av asymmetrisk informasjon. Etterspørerne er i stor grad prisgitt den informasjonen som gis i apotekene i form av råd og veiledning, særlig når det gjelder reseptfrie legemidler som ikke er såkalte merkevarer. Mangel på informasjon gjør konsumentene lite prisbevisste, hvilket reduserer apotekenes insentiver til å konkurrere på pris.

For å fremme konkurransen og bedre tilgjengeligheten har Konkurransetilsynet gått inn for omsetning av reseptfrie legemidler utenom apotek.

10.2 Etableringshindringer

⁸ Se Dag Morten Dalen, "Legemiddelmarkedet etter apotekreformen: Regulering, markedsstruktur og konkurranse", Handelshøyskolen BI 2003, s. 26.

Som utgangspunkt for den konkurransemessige vurderingen må det vurderes hvorvidt det er konkurranse mellom de etablerte aktørene (aktuell konkurranse), og om det foreligger hindringer for etablering av nye aktører (potensiell konkurranse). Dersom det ikke foreligger etableringshindringer, må det normalt antas at en konkurransebegrensende atferd vil bli kortvarig.

Konkurransetilsynet har i brev av 17. november 2003 konkludert med at apotekkjedene har kollektiv markedsrett. Konklusjonen er fattet med utgangspunkt i at det eksisterer både strukturelle og strategiske etableringshindringer for utsalgssteder utenom apotek. Etableringshindringene fremkommer som resultat av at etterspørerne ikke har informasjon om nye produktvarianter og av apotekkjedenes markedsutestengende eksklusivitetsavtaler.

Den delvise dereguleringen av apotekmarkedet de siste årene har ført til en reduksjon i etableringshindringene for apotek. Antall apotek har som følge av dette økt betydelig. Når det gjelder utsalgssteder utenom apotek hadde få etablert seg med reseptfrie smertestillende og slimhinneavsvellende legemidler innen 1. november 2003. Konkurransetilsynet har vært i kontakt med flere av dagligvarekjedene, som uttaler at salg av reseptfrie legemidler gjennom deres butikker er i gang og at de har tilgang på alle de kjente merkevarene innenfor reseptfrie smertestillende og slimhinneavsvellende legemidler. Leverandørenes beslutninger om distribusjon av såkalte merkevarer utenom apotek, har ifølge flere aktører i bransjen kommet som en direkte følge av tilsynets varslede inngrep. Såfremt disse beslutningene er irreversible, tyder dette på at de strukturelle og strategiske etableringshindringer som var lagt til grunn i tilsynets varslede vedtak, ikke lenger er til stede.

Reguleringen av legemiddelmarkedet pålegger apotekene levering av samtlige legemidler med markedsføringstillatelse i Norge. Dette betyr at apotekene ikke kan kreve eksklusivitet for det enkelte apotek eller en gruppe apotek ettersom alle andre apotek fortsatt har krav på levering. Et krav om eksklusivitet for apotekene som salgskanal vil få markedsutestengende effekt for andre utsalgssteder enn apotek. Inngåelse av en slik eksklusivitetsavtale vil utgjøre en etableringshindring for andre utsalgssteder enn apotek.⁹

De faktiske begrensninger for utsalgssteder utenom apotek når det gjelder veiledning ved salg av reseptfrie legemidler, må antas til en viss grad å vanskeliggjøre salget av nye og ukjente produkter i andre kanaler enn apotek. Når det gjelder kjente merkevarer har kundene imidlertid mindre behov for veiledning, da det i stor grad er allment kjent hvilke bruksområder merkevarer har. I den grad det inngås eksklusivitetsavtaler mellom apotek og leverandører på såkalte merkevarer innenfor reseptfrie smertestillende og slimhinneavsvellende legemidler, vil dette vanskeliggjøre salg av reseptfrie legemidler utenom apotek. Kanaleksklusivitet blir resultatet av offentlige reguleringer og eksklusivitetsavtaler sett i sammenheng. Det legges til grunn i den videre vurderingen at kanaleksklusivitet for apotekene på såkalte merkevarer virker etableringshindrende.

Ovenstående bekreftes av at salg av visse reseptfrie legemidler først kom i stand i januar 2004. Utsettelsen var begrunnet i at utsalgssteder utenom apotek ikke hadde tilgang til de kjente merkevarene som følge av apotekkjedenes avtaler om kanaleksklusivitet.

10.3 Konkurransbegrensende virkninger av offentlige reguleringer og eksklusivitetsavtaler sett i sammenheng

Så lenge apotekene er pålagt levering av samtlige legemidler med markedsføringstillatelse i Norge, får eksklusivitetsavtaler mellom apotek og merkevareprodusenter virkning i form av utestengelse av alternative utsalgssteder. Reguleringene har som virkning at eksklusivitetsavtaler med apotekene hindrer leverandørene i å distribuere sine varer til andre utsalgssteder enn apotek. Det er således eksklusivitetsavtaler for merkevarer mellom apotekene og produsentene som vil

⁹ Se Harald Evensen (red.), "Konkurranseloven med kommentarer", Gyldendal 1999, s. 63.

være tema for den konkurransemessige vurderingen. Det tas utgangspunkt i hvordan slike eksklusivitetsavtaler berører konkurransen i markedet for reseptfrie smertestillende legemidler og markedet for reseptfrie slimhinneavsvellende legemidler.

10.3.1 Alternative forretningsmuligheter

Dersom salgskanaler utenom apotek har gode alternative forretningsmuligheter, vil eksklusivitetsavtaler mellom apotek og leverandører ha liten konkurransemessig betydning. Det fremstår følgelig som sentralt for vurderingen hvorvidt merkevarer er essensielle for utsalgssteder utenom apotek, eller om andre reseptfrie varer med de samme virkestoffene med sannsynlighet vil fremstå som konkurrerende produkter til merkevarene.

Konkurransetilsynet legger til grunn i vurderingen at det er forbundet risiko med bruk av legemidler. Kundernes opplevde risiko reduseres betydelig av at vedkommende legemiddel som etterspørres, har et kjent merkenavn. På denne måten blir merkevarenavn viktig for omsetning av legemidler. Særlig gjelder dette i en etableringsfase, da adgangen til å drive med veiledning er begrenset for de alternative salgskanalene.

Det fremstår som sannsynlig at merkenavnet inneholder en merverdi for publikum. Gitt at adgangen til å veilede kundene i nye legemidlers bruksområder er begrenset, er det sannsynlig at kundene ikke finner at andre produkter er tiltrekkelig substituerbare. På dette grunnlag antas det at alternative forretningsmuligheter ikke er tilstrekkelig gode for andre salgskanaler enn apotek. Det antas imidlertid at apotek kan bygge opp nye merkevarer.

10.3.2 Konkurransmessige virkninger av eksklusivitetsavtaler mellom apotek og produsenter av merkevarer

I den grad det inngås eksklusivitetsavtaler mellom apotek og leverandører av kjente merkevarer innenfor den aktuelle gruppen av reseptfrie legemidler, vil dette begrense mulighetene for utsalgssteder utenom apotek til å konkurrere effektivt.

Konkurransetilsynet har varslet forbud mot at apotekene foretar såkalt delisting av produkter eller på annen måte søker å redusere merkevarenes markedsandel, i den hensikt å hindre eller vanskeliggjøre at merkevaren omsettes i andre salgskanaler enn apotek. Konkurransetilsynet erkjenner at et slikt forbud vil være vanskelig å håndheve. Forbudet kan videre tolkes slik at det av hensyn til konkurransen er et mål å opprettholde merkevarenes markedsandeler på bekostning av nye produkter, noe som ikke er tilfelle. Følgelig vil tilsynet ikke opprettholde dette punktet i et endelig vedtak.

Konkurransetilsynet er opptatt av å sikre både intramerkekonkurransen og intermerkekonkurransen i markedet for reseptfrie smertestillende og slimhinneavsvellende legemidler.

Intramerkekonkurranse er betegnelsen på konkurranse mellom utsalgssteder på de samme produktene. Etter den delvise dereguleringen av markedet for omsetning av legemidler utarbeidet Handelshøyskolen BI og Frischsenteret en rapport på oppdrag fra Konkurransetilsynet. Rapporten viser blant annet at prisene på reseptfrie legemidler har økt med 27 % i perioden 1999 til 2002. For å fremme konkurransen og bedre tilgjengeligheten har Konkurransetilsynet som nevnt gått inn for at disse legemidlene også skal kunne omsettes utenom apotek. Dersom apotek innehar eksklusivitet på kjente merkevarer, vil dette begrense intramerkekonkurransen til fortregning for nye alternative utsalgssteder.

Med intermerkekonkurranse menes her konkurransen mellom ulike produkter som inneholder de samme virkestoffene. I forkant av åpningen for salg av visse reseptfrie legemidler utenom apotek, ble det antydnet overfor dagligvarebransjen at det kunne bli aktuelt å utvikle egne legemidler for salg utenom apotek. Disse legemidlene ville ha vært produkter med samme virkestoff som

eksisterende legemidler solgt gjennom apotek, men hvor pakning og navn er forskjellig fra merkevarens. Konkurransetilsynet legger til grunn at begrenset tilgang til veiledning vil gjøre det vanskelig for utsalgssteder utenom apotek å oppnå salg på ukjente legemidler. Etter hvert som alternative utsalgssteder er etablert som en salgskanal for reseptfrie legemidler gjennom salg av kjente merkevarer, kan det forventes at introduksjon av alternative merker i utsalgssteder vil føre til forsterket konkurranse mellom de ulike merkene. Konkurransetilsynet vurderer det med andre ord slik at forsterket intermerkekonkurranse er betinget av at intramerkekonkurranse allerede er etablert. Etablering av intramerkekonkurranse er igjen betinget av at alternative utsalgssteder har tilgang til kjente merkevarer i en startfase.

Konkurransetilsynet har i det varslede inngrepet ikke tatt tilstrekkelig hensyn til de særlige forhold som følger av leveringsplikten sett i sammenheng med eksklusivitetsavtaler i apoteksektoren. Med bakgrunn i ovenstående vurdering antas et inngrep rettet mot NAFs medlemsapotek å få den ønskede virkning i retning av mer effektiv konkurranse på salg av reseptfrie legemidler.

11 Endrede markedsforhold

Vurderingene i Konkurransetilsynets varsel om inngrep mot apotekkjedene legger til grunn at utsalgssteder utenom apotek er fratatt muligheten til å selge reseptfrie merkevarer som følge av apotekenes kanaleksklusivitet. Situasjonen har imidlertid endret seg, og salg er allerede etablert i utsalgssteder utenom apotek. Som tidligere nevnt har utsalgsstedene tilgang til alle de kjente merkevarene. Således kan det sies at disse er i ferd med å etablere seg i dette markedet.

Inngåelse av avtaler om kanaleksklusivitet for apotekene vil redusere konkurransen ved at antall utsalgssteder begrenses. Ved redusert konkurranse kan apotekene sette høyere priser på de aktuelle produktene. Høyere utsalgspriser gir normalt høyere fortjenestemargin på merkevarer som det er stor etterspørsel etter. Det kan legges til grunn at dette vil være av kommersiell interesse for apotekene. På denne bakgrunn antar tilsynet at det vil være i apotekenes interesse å inngå avtaler om kanaleksklusivitet.

Konkurransetilsynet anser det som usikkert hvordan konkurransesituasjonen vil utvikle seg i markedene for reseptfrie smertestillende og slimhinneavsvellende legemidler. Det kan etter tilsynets vurdering ikke utelukkes at apotekene vil gjeninnføre avtaler om kanaleksklusivitet som begrenser konkurransen. Konkurransetilsynet finner det derfor nødvendig å forby avtaler om eksklusivitet for apotekene.

Vedtaket gis varighet begrenset til to år, da Konkurransetilsynet antar at dette vil være tilstrekkelig til å oppnå konkurranse. Det legges til grunn at utsalgssteder utenom apotek vil være vel etablert etter to år, og at vedkommende utsalgssteder da vil være bedre rustet i konkurranse med apotekene. Blant annet ser tilsynet for seg at det vil være lettere for vel etablerte salgskanaler å bygge opp egne merkevarer innenfor reseptfrie smertestillende og slimhinneavsvellende legemidler.

12 Ny konkurranselov

Stortinget har nylig vedtatt en ny konkurranselov (lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger), som trer i kraft 1. mai 2004.

Vedtaket i medhold av dagens konkurranselov § 3-10 vil bli opprettholdt i den perioden som er forutsatt i vedtaket, se her ny konkurranselov § 33 andre ledd.

Den nye konkurranseloven § 10 oppstiller et forbud mot konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak. Bestemmelsen tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53 (og EF-traktaten artikkel 81), som får anvendelse på konkurransebegrensende samarbeid som påvirker samhandelen mellom

EØS-stater. Praksis og retningslinjer som gjelder de sistnevnte bestemmelsene vil gi veiledning for tolkningen av den nye konkurranseloven § 10.

Etter konkurransetilsynets oppfatning vil avtalene det gripes inn mot i dette vedtaket i medhold av dagens konkurranselov § 3-10, bli rammet av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i ny konkurranselov § 10. For øvrig vil foretakene selv ha ansvaret for at deres virksomhet er i overensstemmelse med bestemmelsene i den nye konkurranseloven, og dermed heller ikke bryter forbudet i § 10.

13 Konklusjon

Eksklusivitetsavtaler mellom legemiddelprodusenter og apotek er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål, da avtalene virker markedsutestengende på andre utsalgssteder enn apotek. En avtale om eksklusivitet mellom ett apotek og en leverandør vil få virkninger for hele apotekkanalen i form av at det oppnås kanaleksklusivitet. Dette følger av de offentlige reguleringene. For å sikre vedtakets gjennomslagskraft må vedtaket derfor rettes mot alle NAFs medlemmer.

Med hjemmel i konkurranseloven § 3-10 har Konkurransetilsynet fattet følgende vedtak:

”Konkurransetilsynet forbyr Norges Apotekerforenings medlemsapotek å ha eller å inngå avtaler om eksklusivitet for og med leverandører av følgende smertestillende og slimhinneavsvellende reseptfrie merkevarer: Paracet, Ibux, Panodil, Otrivin, Rhinox, Zymelin, Pamol, Ibumetin, Pinex, Antineuralgica, Fanalgin og Fenazon koffein.

På samme måte forbys Norges Apotekerforenings medlemsapotek, å samarbeide med leverandører om utforming av selektive distribusjonskriterier for disse produktene.

Vedtaket trer i kraft straks og varer til 1. februar 2006.”

Vedtaket kan påklages innen tre uker. En eventuell klage stiles til Arbeids- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet. Tilsynet viser for øvrig til vedlagte skjema ”Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak”.

Mottakere:

Apotek 1
Hjort DA. Advokatfirma
Vitusapotek AS/Ditt apotek
Norges Apotekerforening

Kopi til:

| | | | |
|------------------------------|------------------------|------|----------|
| NorgesGruppen ASA | Postboks 2775 Solli | 0204 | Oslo |
| NMD Grossisthandel AS | Postboks 183 Kalbakken | 0903 | Oslo |
| Holtung AS | Pb 3554 | 1402 | SKI |
| Glaxo Smith Kline | Pb 180, Vindern | 0319 | OSLO |
| Seim-Haugen, Steenstrup & Co | Postboks 1348 Vika | 0113 | Oslo |
| Nycomed Pharma AS | Postboks 205 | 1372 | Asker |
| Pfizer A/S | Pb 3 | 1324 | LYSAKER |
| Solvay Pharma AS | Pb 248 | 1301 | SANDVIKA |
| Alpharma AS | Postboks 158 Skøyen | 0212 | Oslo |
| Weifa AS | Pb 9113, Grønland | 0133 | OSLO |
| Helsedepartementet | Postboks 8011 Dep | 0030 | Oslo |