



Adresseinformasjon fylles inn ved ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

Deres ref.:

Vår ref.: 2019/0279-1

Saksbehandler: Kurt Richard Brekke
Saksansvarlig: Kurt Richard Brekke

Dato: 19.08.2019

Påpekning av konkurransebegrensende forhold - apotekforskriften § 13 om konkurransepolitiske hensyn ved tildeling av apotekkonsesjon - konkurranseloven § 9 e

Konkurransetilsynet skal i henhold til konkurranseloven § 9 føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markeder, herunder ved å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter, jf. konkurranseloven § 9 bokstav e).

Etter Konkurransetilsynets oppfatning kan apotekforskriften § 13 om konkurransepolitiske hensyn ved tildeling av apotekkonsesjon ha konkurransebegrensende virkninger i apotekmarkedet. Konkurransetilsynet har derfor funnet grunnlag for sende en påpekning i medhold av konkurranseloven § 9 bokstav e), og vil derfor be Helse- og omsorgsdepartementet om å vurdere å fjerne apotekforskriften § 13 fra gjeldende forskrift.

I det følgende vil Konkurransetilsynet redegjøre for begrunnelsen for påpekningen, samt gi en kort beskrivelse av apoteklovgivningen, med fokus på apotekforskriften § 13, og konkurransesituasjonen i apotekmarkedet.

Apoteklovgivning og apotekforskriftens § 13

Lov om apotek¹ (apotekloven) trådte i kraft i 2001, og innebar en deregulering av apotekmarkedet ved at bestemmelser knyttet til behovsprøving ved tildeling av apotekkonsesjon, samt restriksjoner på eierskap av apotek, ble tatt bort. Dette åpnet for tilnærmet fri etablering av apotek og mulighet for kjededannelse i det norske apotekmarkedet.

Konsesjonsplikten ble imidlertid ikke avviklet. Apotekloven oppstiller to krav ved tildeling av apotekkonsesjon, hvor søker må dokumentere (i) økonomisk evne til å drive faglig forsvarlig og (ii) at virksomheten får et omfang som er stort nok til å sikre den faglige apotekkompetansen. Videre regulerer apotekloven hvem som *ikke* kan få konsesjon til å drive

¹ LOV-2000-06-02-39

apotek, som i praksis gjelder foretak som direkte eller indirekte er involvert i behandling av pasienter eller produksjon av legemidler.

Apoteklovens bestemmelser er nærmere regulert i forskrift om apotek² (apotekforskriften) som fastsetter mer detaljerte krav til tildeling av konsesjon for etablering og drift av apotek, samt krav til apotekvirksomhet, salg og markedsføring, og etablering av medisinsalg. Konkurransetilsynets påpekning gjelder apotekforskriften § 13 om konkurransepolitiske hensyn ved tildeling av apotekkonsesjon. Den aktuelle bestemmelsen lyder som følger:

§ 13. Konkurransopolitiske hensyn

Apotekkonsesjon kan ikke innvilges dersom hensynet til en fungerende konkurranse i apotekmarkedet tilsier det og søkeren:

- a) eier eller organiserer apotek som samlet har en omsetning som utgjør mer enn 40 prosent av den totale omsetningen i landets apotek som ikke er sykehusapotek, eller*
- b) har et betydelig samarbeid med foretak som nevnt i bokstav a.*

Første ledd er likevel ikke til hinder for at apotekkonsesjon kan innvilges dersom hensynet til en forsvarlig legemiddelforsyning gjør det nødvendig.

Konkurransetilsynet hadde 29. mai 2019 dialogmøte med Statens legemiddelverk hvor ulike problemstillinger ble diskutert, herunder apotekforskriften § 13 og praktiseringen av denne. Slik tilsynet oppfattet det har legemiddelverket aldri fattet vedtak om å nekte apotekkonsesjon etter apotekforskriften § 13. Det ble imidlertid opplyst at det ved en anledning ble sendt varsel om et slikt vedtak til en av apotekkjedene, men at saken ble avsluttet uten vedtak.³

Konkurransen i apotekmarkedet

I apotekmarkedet er det i dag tre vertikalt integrerte apotekkjeder – Apotek 1, Vitusapotek og Boots apotek – som helt eller delvis eier flertallet av landets over 900 apotek. Apotek 1 er den største kjeden med 347 apotek ved utgangen av 2018, etterfulgt av Vitusapotek og Boots apotek med henholdsvis 257 og 158 apotek. I tillegg er det 140 selvstendige eller deleide apotek og 32 sykehusapotek.⁴

Etter dereguleringen av markedet i 2001 har antall apotek mer enn doblet seg og medført en vesentlig høyere apotektetthet per innbygger.⁵ Apotekveksten har ikke bare kommet i tettbygde strøk, men også i mer rurale områder. En viktig årsak til veksten er konkurransen om kundene. Beslutningen av å opprette et nytt apotek i et gitt område påvirkes ikke bare av kundegrunnlaget isolert sett, men også av konkurransesituasjonen i det aktuelle området, herunder faren for at konkurrerende kjeder vil etablere seg i det samme området.

Den sterke veksten i antall apotek vil også i seg selv øke konkurransen om kundene. I mange lokale områder hvor det tidligere bare var ett eller et fåtall apotek, har kundene i dag flere apotek å velge mellom. Det betyr at apotekene må konkurrere for å få kundene til å handle hos

² FOR-2001-02-26-178

³ I forbindelse med denne saken ble Konkurransetilsynet bedt om å gi sin vurdering av konkurranseforholdene og apotekkjedens posisjon. I sitt svarbrev til Statens legemiddelverk, datert 1. desember 2006, uttalte tilsynet på generelt grunnlag at dominerende posisjon i seg selv ikke er ulovlig, men at det kunne være problematisk at den aktuelle kjeden styrket sin posisjon ytterligere og derfor ville holde særlig øye med utviklingen i næringen.

⁴ En stor andel av de 140 selvstendige eller deleide apotekene er tilknyttet de tre nasjonale kjedene både avtale- og eierskapsmessig.

⁵ For mer detaljer, se Apotekforeningens statistikkside; <https://www.apotek.no/fakta-og-ressurser/statistikk-for-2018/1-apotek-i-norge/1-3-apotekdekning>

seg i stedet for hos konkurrenten. Apotekene konkurrerer om kunder langs flere dimensjoner som beliggenhet, åpningstider, service, mv. Det er trolig også en viss grad av priskonkurranse mellom apotekene, særlig på reseptfrie legemidler og handelsvarer hvor apotekene fritt kan sette prisen og kundene må dekke utgiftene selv. Det kan også være noe priskonkurranse mellom apotekene for reseptpliktige legemidler, først og fremst i det såkalte generika-segmentet, hvor apotekene kan prise kopipreparater under maksimalpris. For ikke-refunderbare legemidler (hvit resept) betaler pasientene hele prisen på legemidlet legen har foreskrevet, og apotekkjedene kan vinne kunder ved å tilby billigere kopipreparater enn konkurrentene. For refunderbare legemidler (blå resept) må pasienten betale prisforskjellen mellom en refusjonssats (trinnpris) og prisen på et eventuelt dyrere originalpreparat dersom han eller hun ikke aksepterer å bytte til et kopipreparat.

Apotekloven synes altså å ha bidratt til en sterk vekst i antall apotek, og derav en sterkere konkurranse mellom apotekene til gunst for kundene. Restriksjoner på etablering av nye apotek, slik apotekforskriften § 13 åpner for, kan motvirke dette, noe som vil bli redegjort for i neste avsnitt.

Konkurransetilsynets vurdering

Apotekforskriften § 13 åpner for at myndighetene kan nekte å gi konsesjon for etablering av nye apotek til foretak som har en markedsandel (alene eller sammen med tilknyttede foretak) på over 40 prosent dersom hensynet til fungerende konkurranse tilsier dette. I dag er trolig en av apotekkjedene over denne terskelen, og kjeden risikerer derfor å bli nektet å åpne nye apotek.

Konkurransetilsynet er generelt bekymret for reguleringer som begrenser foretaks mulighet til å vokse organisk i et marked. Årsaken til dette er at incentivene for foretaket til å konkurrere om kunder svekkes, eller i verste fall fjernes, når en slik type restriksjon binder. Dersom en av apotekkjedene blir nektet å åpne nye apotek, fordi den har oppnådd en for høy markedsandel, betyr det i praksis at den ikke kan vokse ytterligere, noe som åpenbart vil svekke kjedens incentiv til å konkurrere. Dette vil i så fall også svekke de øvrige apotekkjedenes incentiv til å vinne kunder gjennom å tilby lengre åpningstider, bedre service, eller lavere priser, fordi de møter en mindre aggressiv konkurrent. I praksis vil derfor en restriksjon på størrelse føre til at konkurransen i markedet begrenses, hvilket igjen vil kunne føre til dårligere betingelser for apotekkundene.

Konkurransetilsynet er også bekymret for at reguleringer som begrenser foretaks muligheter til å vokse kan resultere i koordinering, snarere enn konkurranse, mellom foretakene. Når foretakene erfarer at de bare kan vinne markedsandeler opp til et visst nivå, og ikke kan drive konkurrenter ut av markedet, kan dette resultere i at foretakene finner det mer lønnsomt å samarbeide enn å konkurrere om kundene. Et slikt samarbeid kan være i strid med konkurranseloven § 10 dersom det foreligger en avtale eller samordnet opptreden. Denne typen tilpasning i markedet kan imidlertid også skje gjennom ensidig tilpasning fra det enkelte foretak og resultere i såkalt "stilltiende" samarbeid som normalt ikke vil være i strid med konkurranseloven § 10 om konkurransebegrensende samarbeid.

I 2017 ble det fremmet forslag om at myndighetene burde fastsette et tak på hvor stor markedsandel den største aktøren i dagligvaremarkedet, Norgesgruppen, kunne oppnå. Bakgrunnen for forslaget var økende konsentrasjon som følge av ICA sin uttreden fra det norske markedet kombinert med at Norgesgruppen hadde økt sin markedsandel ytterligere. I

den forbindelse skrev konkurransedirektør Lars Sørgard en kronikk i Dagens Næringsliv publisert 16. august 2017, hvor han advarte mot innføring av en slik regel.⁶

Apotekforskriften § 13 definerer ikke et eksplisitt tak på hvor stor markedsandel apotekkjedene kan ha, men bestemmelsen åpner for at myndighetene kan begrense størrelsen på apotekkjedene gjennom å nekte tildeling av nye apotekkonsesjoner til kjeder som direkte eller indirekte har en markedsandel på over 40 prosent. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at bestemmelsen, av årsaker som nevnt over, er egnet til å svekke incentivene til effektiv konkurranse i apotekmarkedet. Videre er tilsynet av den oppfatning at dersom apotekforskriften § 13 er en bestemmelse som ikke håndheves i praksis, bør den tas ut av apotekforskriften, for å fjerne potensiell risiko for apotekkjedene knyttet til tildeling av apotekkonsesjon.

Konkurransetilsynet vil også bemerke at apotekforskriften § 13 fremstår som uklar med tanke på hvordan et foretaks markedsandel skal måles. Bestemmelsens punkt a) viser til "... omsetning som utgjør mer enn 40 prosent av den totale omsetningen i landets apotek som ikke er sykehusapotek". Det er imidlertid uklart hvorvidt ordlyden "omsetning" kun omfatter varer som er konsesjonsbelagt, altså legemidler, eller om også varer som ikke er konsesjonsbelagt, eksempelvis handelsvarer, omfattes. Videre er det etter Konkurransetilsynets oppfatning uklart hva som ligger i "hensynet til fungerende konkurranse" og hvordan dette skal vurderes. Apotekforskriften § 13 gir ikke noe veiledning med hensyn til hvordan disse vurderingene skal foretas, hvilket kan medføre usikkerhet for markedsaktørene med hensyn til hvorvidt bestemmelsen kommer til anvendelse ved etablering av nye apotek.

Konkurransetilsynet vil på dette grunnlag anmode Helse- og omsorgsdepartementet om å vurdere å fjerne § 13 fra gjeldende apotekforskrift.

Det bes om svar innen 1. oktober 2019.

Med hilsen



Kurt Richard Brække (e.f.)
sjeføkonom

Mottaker	Postadresse	Poststed	Kontakt/e-post
Helse- og omsorgsdepartementet	Postboks 8011 Dep	0030 OSLO Norge	postmottak@hod.dep.no

Kopi til:

Statens legemiddelverk	Postboks 6167 Etterstad	0602 OSLO Norge	post@legemiddelverket. no
Nærings- og fiskeridepartementet	Postboks 8090 Dep	0032 OSLO Norge	postmottak@nfd.dep.no

⁶ <https://konkurransetilsynet.no/kronikk-matlov-for-hvem/>