

Kaup Festi hf. á Lyfju hf.

Efnisyfirlit

I.	Samantekt	2
II.	Málsmeðferð	2
III.	Samruninn og aðilar hans	4
IV.	Skilgreining markaða	6
1.	Sjónarmið samrunaaðila.....	9
1.1.	Vöru- og þjónustumarkaður.....	9
1.2.	Landfræðilegur markaður.....	9
2.	Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins.....	9
2.1.	Vörumarkaður.....	9
2.2.	Landfræðilegur markaður.....	16
V.	Samkeppnisleg áhrif samruna	17
3.	Sjónarmið um samkeppnisleg áhrif.....	18
3.1.	Sjónarmið og umsagnir keppnauta um áhrif samrunans.....	19
4.	Almennt um 17. gr. c samkeppnislaga og tengd atriði.....	20
4.1.	Markaðsráðandi staða.....	21
4.2.	Samkeppni raskast „að öðru leyti með umtalsverðum hætti“.....	23
4.3.	Láréttir samrunar.....	24
4.4.	Lóðréttir samrunar og samsteypusamrunar.....	26
5.	Frummat Samkeppniseftirlitsins á stöðufundi og í andmælaskjali.....	27
6.	Athugasemdir samrunaaðila við frummat og andmælaskjal.....	28
7.	Markaðshlutdeild.....	29
7.1.	Sjónarmið samrunaaðila.....	30
7.2.	Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins.....	31
8.	Samþjöppun.....	40
9.	Samandregin niðurstaða um markaðshlutdeild og samþjöppun.....	42
10.	Aðgangshindranir að markaðnum og möguleg samkeppni.....	43
11.	Lóðrétt áhrif og samsteypuáhrif samrunans.....	44
12.	Samantekt og niðurstaða.....	45
13.	Sátt Festi hf. og Samkeppniseftirlitsins.....	46
13.1.	Skýringar við einstaka skilyrði sáttarinnar.....	47
VI.	Ákvörðunarorð	49



I. Samantekt

1. Með ákvörðun þessari er tekin afstaða til kaupa kaupa Festi hf. („Festi“) á öllu hlutfé Lyfju hf. („Lyfja“) af SID ehf. („SID“) en í kaupunum felst samruni í skilningi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.
2. Í upphafi skal tekið fram að málinu lauk með sátt milli Festi og Samkeppniseftirlitsins hinn 14. júní 2024. Birting þessarar ákvörðunar tafðist vegna anna í öðrum samkeppnismálum.
3. Við rannsóknina aflaði Samkeppniseftirlitið umsagna og sjónarmiða haggaaðila og keppinauta samrunaaðila, og gagna um veltu fyrirtækja er starfa á mörkuðum málsins. Var framangreind upplýsinga- og gagnaöflun til viðbótar við upplýsingar frá samrunaaðilum og sjónarmið sem þeir hafa komið á framfæri við Samkeppniseftirlitið.
4. Samkeppniseftirlitið rannsakaði dagvörumarkað, smásölumarkað lyfsölu (apótek), og sérstaklega markaði fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum og heildsölu og smásölu á heilsuvörum, sér í lagi markaði fyrir vítamín, bætiefni og steinefni. Niðurstaða rannsóknar Samkeppniseftirlitsins er sú að samruninn leiði ekki til myndunar eða styrkingar á markaðsráðandi stöðu sem krefjist íhlutunar af hálfu eftirlitsins af þeirri ástæðu. Samrunarannsóknin leiddi aftur á móti í ljós ákveðna röskun á samkeppni og mögulega hagsmunaárekstra vegna aðstöðu heildsölu Heilsu ehf. eftir samrunann, sem verður í eigu sameinaðs fyrirtækis Festi og Lyfju en sinnir samtímis innflutningi og dreifingu á tilteknum vörum til keppinauta þessara félaga á smásölumörkuðum. Þá leiddi rannsóknin einnig í ljós samkeppnis- og aðgangshindranir vegna samkeppnishamla í samningum Lyfju við lyfjafræðinga.
5. Festi óskaði eftir sáttaviðræðum sem leiddi til skilyrða og sáttar sem undirrituð var 14. júní 2024 líkt og áður sagði og var birt á vef Samkeppniseftirlitsins sama dag. Sáttin er einnig hluti af ákvörðun þessari og er birt í ákvörðunarorði. Í stuttu máli fjalla skilyrði sáttarinnar um afnám samkeppnisbanna og hamlandi samningsákvæða í samningum sameinaðs fyrirtækis Festi og Lyfju við lyfjafræðinga, um rekstrarlegan aðskilnað og sjálfstæði Heilsu ehf. og um jafnan aðgang smásala að aðföngum hjá Heilsu ehf.
6. Í ákvörðun þessari er ítarlega gerð grein fyrir skilgreiningum markaða, samkeppnislegum áhrifum samrunans eins og markaðshlutdeildum á ofangreindum vörumörkuðum í þeim landshlutum þar sem áhrifa samrunans gætir mest, auk umfjöllunar um aðrar niðurstöður rannsóknar Samkeppniseftirlitsins. Í síðasta kafla ákvörðunarinnar er svo að finna skýringar við einstaka skilyrði sáttar Festi og Samkeppniseftirlitsins, og skilyrðin sjálf eru svo birt í ákvörðunarorði líkt og áður greindi.

II. Málsmeðferð

7. Samrunatilkynning barst þann 29. september 2023 frá lögmanni Festi. Með tölvupósti þann 13. október 2023 voru gerðar athugasemdir við tilkynninguna og hún metin ófullnægjandi. Uppfærð samrunaskrá barst eftirlitinu þann 8. nóvember 2023 og var hún metin fullnægjandi daginn eftir. Byrjuðu frestir til rannsóknar á samrunanum þá að líða. Í aðdraganda uppfærðrar tilkynningar áttu aðilar fund eða þann 16. október 2023.
8. Hefðbundin málsmeðferð og rannsókn á samkeppnislegum áhrifum viðskiptanna hófst þá í kjölfarið. Almenn umsagnabeiðni var send til markaðsaðila þann 24. nóvember 2023 og hófst þá umsagnarferli. Í beiðninni var spurt eftir almennum sjónarmiðum um fyrirhugaðan samruna, svo



sem um samkeppnisleg áhrif hans og um stöðu samkeppni á viðkomandi mörkuðum. Samrunaskrá án trúnaðarupplýsinga fylgdi með umsagnabeiðninni.

9. Þá átti Samkeppniseftirlitsins fundi með Festi og lögmanni félagsins í nóvember og desember 2023 m.a. um afhendingu gagna, fundargerðir stjórnar og um mögulega innkomu Festi á markað fyrir rekstur apóteka og lyfsölu.
10. Samkeppniseftirlitið tilkynnti samrunaaðilum að ástæða væri til frekari rannsóknar á samrunanum og áhrifum hans, sbr. 1. mgr. 17. gr. d samkeppnislaga, með bréfi þann 12. desember 2023 og fór samrunamálið þá upp á svokallaðan annan fasa rannsóknar. Var ástæða frekari rannsóknar einkum að meta möguleg skaðleg lárétt áhrif samrunans á tilteknum mörkuðum og landssvæðum, möguleg lóðrétt áhrif samrunans, möguleg skaðleg áhrif s.s. á dagvörumarkaði, eldsneytismarkaði, raftækjamarkaði, í lyfsölu og í tilteknum vöruflokkum þar sem lárétt skörun samrunaaðila var til staðar.
11. Innsendar umsagnir sem bárust í áður nefndu samráðsferli voru afhendar lögmanni Festi 15. desember 2023 og hafði félagið þá tækifæri á að tjá sig um framkomnar athugasemdir.
12. Þann 31. janúar 2024 var gagnabeiðni send til samrunaaðila og keppinauta þeirra á dagvörumarkaði, apótekamarkaði, markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur og markaði fyrir heilsuvörur þar sem óskað var eftir tekjuupplýsingum, m.a. til þess að geta áætlað markaðshlutdeild samrunaaðila. Jafnframt var send gagnabeiðni til Skattsins og Sjúkratrygginga Íslands þann 6. febrúar 2024. Svör bárust á tímabilinu 1. febrúar til 23. febrúar 2024.
13. Í kjölfar áframhaldandi rannsóknar og úrvinnslu á gögnum málsins boðaði Samkeppniseftirlitið samrunaaðila til stöðufundar (e. state of play) þann 15. mars 2024. Stöðufundinum var eins og öðrum fundum af þeirri gerð ætlað að flýta fyrir málsmeðferð og kynna fyrir aðilum efnislega óbindandi frumniðurstöður samrunarannsóknar. Á fundinum kynnti Samkeppniseftirlitið frumniðurstöður sem rannsóknin hafði leitt í ljós, n.t.t. möguleg skaðleg lárétt áhrif samrunans og umsagnir hagaðila sem höfðu borist eftirlitinu. Þá fengu aðilar í kjölfarið afrit af kynningunni með frumniðurstöðum til þess að geta tjáð sig um frummat eftirlitsins að virtum andmælarétti samkvæmt stjórnarsýslulögum.
14. Þann 26. mars 2024 bárust athugasemdir samrunaaðila við frummat Samkeppniseftirlitsins ásamt yfirlýsingu með beiðni um sáttaviðræður, sbr. 15. gr. reglna nr. 1390 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum. Með athugasemdum Festi fylgdu tillögur að skilyrðum fyrir mögulega sátt til þess að eyða áhrifum samrunans. Vegna framkominnar sáttatillögu framlengdust frestir til rannsóknar á áhrifum samrunans til 21. maí 2024.
15. Þann 2. apríl 2024 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir tilteknum upplýsingum og gögnum frá Festi, m.a. um netverslun og heimsendingarþjónustu Krónunnar, verðstefnu Krónunnar á dagvörumarkaði á landsbyggðinni, og um aðgengi að lyfjafræðingum á apótekamarkaði fyrir lyfsölu. Festi svaraði og veitti umbeðnar upplýsingar með bréfi dags. 5. apríl 2024.
16. Þá næst átti Samkeppniseftirlitið í áframhaldandi samskiptum við Festi og var hinn 15. apríl 2024 fallist á beiðni félagsins um sáttaviðræður. Hófust þá formlegar viðræður við félagið um möguleg skilyrði í sátt til þess að eyða áhrifum samrunans að virtri fyrstu tillögu félagsins um möguleg skilyrði. Í lok apríl, maí og byrjun júní fóru sáttaviðræður við Festi fram á fundum með Samkeppniseftirlitinu og í samskiptum við lögmann félagsins. Þá óskaði Festi þess að framlengja málsmeðferðartímann líkt og samkeppnislög heimila og féllst Samkeppniseftirlitið á þá beiðni, sbr. 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga..



17. Sáttaviðræðum Festi og Samkeppniseftirlitsins, og þar með málsmeðferðinni, lauk með undirritun sáttar hinn 14. júní 2024. Lyktir málsins og eintak sáttarinnar voru birt á vef Samkeppniseftirlitsins sama dag,¹ en efni sáttarinnar og umrædd skilyrði eru einnig birt í ákvörðunarorðum í lok þessarar ákvörðunar.

III. Samruninn og aðilar hans

18. Samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga telst samruni hafa átt sér stað þegar breyting verður á yferráðum til frambúðar. Samruni getur þannig m.a. falist í því að fyrirtæki taki annað fyrirtæki yfir eða það nái yferráðum í heild eða hluta yfir öðru fyrirtæki, t.d. með því að kaupa hluta af eignum þess eða þær allar, sbr. 1. mgr. 17. gr. laganna.
19. Í samrunaskrá segir að með samrunanum muni Festi eignast allt hlutafé í Lyfju og yfirtaka þann rekstur sem félaginu tilheyrir. Í kaupum Festi á Lyfju felst samruni í skilningi 17. gr. samkeppnislaga og kemur samruninn því til athugunar samkvæmt samrunareglum samkeppnislaga.
20. Um tilgang og markmið samrunans segir í samrunaskrá að kaup Festi á Lyfju skapi tækifæri til að nýta sérþekkingu félagsins á smásölumarkaði, stærðarhagkvæmnina og góða innviði til að byggja upp öflugra félag með fjölbreyttara vöruúrvali sem sé betur í stakk búið til að mæta kröfum og þörfum viðskiptavina í síbreytilegu samkeppnisumhverfi. Samruninn sé til þess fallinn að styrkja þá stefnu félagsins að gera innkaup einföld og þægileg, þ.e.a.s. hafa breidd í vöru- og þjónustuframboði samstæðunnar á þann hátt að viðskiptavinir geti með auðveldum hætti keypt mismunandi tegundir nauðsynjavara á einum stað, hvort sem er á sölustöðum eða í gegnum netið. Samruninn sé einnig líklegur til að hafa jákvæð áhrif með því að félögin geti samnýtt dreifileiðir félaganna og að það skapist aukin tækifæri í að bæta þjónustu til viðskiptavina félagsins.[

].

21. Samruninn sé til þess fallinn að auka samkeppnislegt aðhald gagnvart Högum og að slagkraftur sameinaðs félags myndi auki svigrúm til verðlækkana, þetta myndi hafa í för með sér aukna samkeppni á þeim mörkuðum sem aðilar starfa og hafa þannig jákvæð áhrif fyrir samkeppni og neytendur.

Festi hf.

22. Í samrunaskrá kemur fram að Festi sé hlutafélag í dreifðu eignarhaldi, en hluthafar félagsins voru 1.268 í árslok 2022, og sé skráð á markað kauphallarinnar á Íslandi. Tilgangur félagsins sé að eiga og reka fyrirtæki sem eru leiðandi á sínum mörkuðum, þ.á.m. við sölu á mat- og drykkjarvöru, orku, raftækjum, lyfjum og heilbrigðistengdri þjónustu. Þá sé tilgangur félagsins kaup, sala, eignarhald og rekstur fasteigna, kaup, sala og eignarhald á verðbréfum, ásamt lánastarfsemi tengdri rekstrinum og öðrum skyldum rekstri.
23. Festi fari með yferráð í eftirtöldum félögum á grundvelli eignarhalds:

Krónan ehf.

¹ Samruni Festi og Lyfju samþykktur með skilyrðum - <https://www.samkeppni.is/utgafa/frettir/samruni-festi-og-lyfju-samthykktur-med-skilyrdum>



24. Krónan rekur 26 dagvöruverslanir auk netverslunar. Það eru 17 verslanir staðsettar á höfuðborgarsvæðinu, fjórar á Suðurlandi og ein verslun á Akureyri, Akranesi, Austurlandi (Reyðarfirði), Suðurnesjum og Vestmannaeyjum. Krónan býður upp á heimsendingar í gegnum netverslun sína á höfuðborgarsvæðinu og hefur einnig hafið heimsendingar á landsbyggðinni líkt og nánar greinir síðar. Krónan á tvö dótturfélög, hið fyrra en Icelandic Food Company ehf. sem framleiðir sósur og tilbúna rétti sem selt er í verslunum Krónunnar og á jafnfram allt hlutafé í Matseðli ehf. sem framleiðir tilbúna rétti og hið seina er Vínportið sem sérhæfir sig í innflutningi og heildsölu á áfengi til verslana ÁTVR og Frihafnarinnar á Keflavíkurlugvelli.

N1 ehf.

25. N1 rekur 97 afgreiðslustaði, 29 þjónustustöðvar og 68 eldsneytisafgreiðslu, og 26 hraðhleðslustöðvar.² Þá rekur N1 einnig sex fyrirtækjaverslanir og 12 hjólbarða- og smurverkstæði. Á þjónustustöðvum N1 eru ýmsar þjónustur í boði, ólíkt eftir stöðvum, en t.a.m. verslun, N1 veitingar og Dropp.

Elko ehf.

26. Elko flytur inn og selur raftæki hér á landi í eigin verslunum og á netinu. Verslanir Elko eru staðsettar í Lindum Kópavogi, á Grandanum og í Skeifunni í Reykjavík, á Tryggvabraut Akureyri og á Keflavíkurlugvelli (í brottfarar- og komusal).

Yrkir eignir ehf. (áður Festi fasteignir ehf.)

27. Yrkir eignir er fasteignafélag sem á og leigir út atvinnuhúsnæði. Eru rekstrarfélög innan samstæðu Festi stærstu leigutakar félagsins en um []% leigutekna koma frá félögum utan samstæðu.

Bakkinn vöruhótel ehf.

28. Bakkinn vöruhótel rekur tvö vöruhús sem eru staðsett við Sundahöfn í Reykjavík og er vörum daglega dreift þaðan til starfsstöðva samstæðunnar, en félagið þjónustar aðallega fyrirtæki innan Festi. Þá sér félagið um afhendingu á vörum til viðskiptavina fyrir vefverslun Elko.

Önnur félög

29. Til viðbótar við ofangreind fyrirtæki er Festi hluthafi í öðrum félögum. Þannig er Festi eigandi 60% hlutafjár í Olíudreifingu, sem starfar á grundvelli skilyrða sem komu fram í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 23/1995 og 21/2004. Um skilyrði í starfsemi Olíudreifingar vísast einnig til skilyrða sáttar í ákvörðun SE nr. 8/2019. Leiðir af skilyrðunum að Festi hafi ekki þau yfirráð yfir félaginu sem eignarhluturinn gefi til kynna. Þess fyrir utan sé í gildi hluthafasamkomulag um starfsemi félagsins, að sögn samrunaaðila.

30. Þá er Festi eigandi 32,9% hlutafjár í Dropp ehf. Starfsemi félagsins er póst- og boðberaþjónusta, en félagið annast póstsendingar frá netverslunum í heimahús á völdum svæðum, á afgreiðslustaði Dropp um land allt og í póstbox Dropp. Enginn hluthafi fari með yfirráð í félaginu á grundvelli hlutafjäreignar. Til staðar sé hluthafasamkomulag, en það veiti engum hluthafa yfirráð yfir félaginu að sögn samrunaaðila.

² Félagið sinnir einnig beinni þjónustu við sjávarútveg um allt land og flugrekstraraðila á Keflavíkurlugvelli og Reykjavíkurlugvelli. Hlaða heildsala ehf. er dótturfélag N1.



31. Einnig er Festi hluthafi í félögum er tengjast birgðageymslu og afgangi eldsneytis. Þannig á festi þriðjungshlut í Eldsneytisafgreiðslunni á Keflavíkurflugvelli ehf. (EAK) en aðrir hluthafar eru Olíuverzlun Íslands ehf. og Skeljungur ehf. Félagið annast eldsneytisafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli. Festi er einnig hluthafi í EBK ehf. með Olíuverzlun Íslands ehf., Gallon ehf. og Icelandair ehf., sem hvert á fjórðungshlut í félaginu. Félagið annast birgðageymslu á flugvélaeldsneyti á Keflavíkurflugvelli. Þá er Festi eigandi þriðjungshlutar í Fjölveri ehf. auk Olíuverzlunar Íslands og Skeljungs sem hvort um sig eiga þriðjungshlut. Félagið rekur efnarannsóknarstofu sem annast rannsóknir og úttektir á gæðum eldsneytis og olíuvara hér á landi.
32. Loks á Festi 20% hlut í Birtingahúsinu ehf. sem veitir faglega ráðgjöf um auglýsingabirtingar, uppbyggingu auglýsingaherferða og val og notkun fjölmiðla.

Lyfja hf.

33. Í samrunaskrá kemur fram að seljandi Lyfju sé félagið SID sem sé í 70 % eigu SÍA III slhf., í 15% eigu Kasks ehf. og í 15% eigu Þarabakka ehf. SÍA III sé framtakssjóður í eigu Stefnis (Arion banka hf.), eigandi Kasks ehf. sé Ingi Guðjónssonar og eigandi Þarabakka sé Daníel Helgason.
34. Tilgangur Lyfju sé lyfsala og sala annarra almennra neyslu- og neytendavöru og séu apótek og útibú Lyfju 45 talsins, staðsettar um allt land. Að sögn samrunaaðila séu sjö apótek Lyfju staðsett á Austurlandi, fjögur á Norðausturlandi, fjögur á Norðvesturlandi, tvö á Snæfellsnesi, þrjú á Vestfjörðum og tvö á Vesturlandi, og restin sé staðsett á höfuðborgarsvæðinu. Lyfja reki einnig netverslun og smáforrit (e.app) að sögn samrunaaðila, en aðeins sé hægt að kaupa lyf í gegnum smáforritið. Ef keypt eru lyfseðlissskyld lyf sé ókeypis heimsending á útsendisvæði³ Lyfju en heimsendingagjald sé annars 990 kr. að sögn samrunaaðila
35. Heilsa ehf. er dótturfélag Lyfju en tilgangur þess félags sé innflutningur, framleiðsla og dreifing á heilsuvörum að sögn samrunaaðila. Þekktasta vörumerki Heilsu séu vítamín, steinefni og fæðubótaefni sem framleidd séu undir vörumerkinu Guli miðinn. Lyfja reki einnig félagið Heilsuhúsið í Kringlunni og Lyfju Heyrn. Önnur dótturfélög Lyfju eru Árkaup ehf. og Mengi ehf., en tilgangur fyrra félagsins er starfsemi eignarhaldsfélags og tilgangur síðara félagsins er leiga atvinnuhúsnæðis.

IV. Skilgreining markaða

36. Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna samkvæmt 17. gr. c samkeppnislaga er nauðsynlegt að skilgreina þann markað sem samrunaaðilar starfa á. Samkvæmt 4. gr. laganna er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgönguvöru eða þjónustu og staðgöngubjónustu. Staðganga er þegar vara eða þjónusta getur að fullu eða verulegu leyti komið í stað annarrar vöru eða þjónustu. Með hliðsjón af hagfræðilegum rökum þarf að líta á viðkomandi markað út frá a.m.k. tveimur sjónarmiðum; annars vegar vöru- eða þjónustumarkaði og hins vegar landfræðilegum markaði. Hafa ber þó í huga að markaðsskilgreiningar í samkeppnisrétti geta ekki orðið nákvæmar og eru aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.
37. Við skilgreiningu markaða í samrunamálum er m.a. unnt að hafa hliðsjón af fordæmum í innlendra lagaframkvæmd og í EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. m.a. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr.

³ Eftirfarandi svæði eru innan útsendisvæði Lyfju: Höfuðborgarsvæðið, Reykjanesbær, Selfoss og Akureyri.



277/2012, Stjórnugrís hf. og Arion banki hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Hins vegar verður ávallt að meta hvort aðstæður á markaði séu hinar sömu og í eldra máli.⁴ Þá liggur fyrir í samkeppnisrétti að, eðli málsins samkvæmt, geta markaðsskilgreiningar í eldri málum ekki skapað fyrirtækjum lögætar væntingar.⁵

38. Í kafla 7 í viðauka I við reglur Samkeppniseftirlitsins nr. 1390/2020 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum segir m.a. svo um skilgreiningu á mörkuðum:

„Með viðkomandi vörumarkaði er átt við markað fyrir vörur og/eða þjónustu sem neytendur líta á sem staðgönguvörur eða staðgöngubjónustu vegna eiginleika sinna, verðs og áformaðrar notkunar. Markaður er sölusvæði vöru og staðgönguvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgöngubjónustu, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara og staðgöngubjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar.

Meðal þátta, sem skipta máli við mat á viðkomandi markaði, er greining á því hvers vegna viðkomandi vara eða þjónusta tilheyrir þessum markaði og hvers vegna önnur vara eða þjónusta tilheyrir honum ekki samkvæmt framangreindri skilgreiningu og með hliðsjón af, meðal annars, hvort varan eða þjónustan nýtist sem staðgönguvara eða staðgöngubjónusta, samkeppnisstöðu, verði, verðsveiflum vegna eftirspurnar eða öðrum þáttum sem máli skipta við skilgreiningu á markaðnum.”

39. Í reglunum um tilkynningu samruna er landfræðilegur markaður skilgreindur svo:

„Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og/eða eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.

Meðal þátta sem skipta máli við mat á viðkomandi landfræðilegum markaði eru eðli og einkenni viðkomandi vöru eða þjónustu, hugsanlegar aðgangshindranir eða neytendavenjur, greinilegur munur á markaðshlutdeild fyrirtækja á þessu svæði og aðliggjandi svæðum eða verulegur verðmunur.“

40. Tilgangur þess að skilgreina viðkomandi markað í samrunamálum er að greina það svið viðskipta sem samruninn hefur áhrif á.⁶ Með markaðsskilgreiningunni er leitast við að afmarka hvar

⁴ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 22. mars 2000 í sameinuðum málum nr. T-125/97 og T-127/97, The Coca Cola Company gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 81-82: „... a finding of a dominant position by the Commission, even if likely in practice to influence the policy and future commercial strategy of the undertaking concerned, does not have binding legal effects as referred to in the IBM judgment. Such a finding is the outcome of an analysis of the structure of the market and of competition prevailing at the time the Commission adopts each decision. The conduct which the undertaking held to be in a dominant position subsequently comes to adopt in order to prevent a possible infringement of Article 86 of the Treaty is thus shaped by the parameters which reflect the conditions of competition on the market at a given time.

Moreover, in the course of any decision applying Article 86 of the Treaty, the Commission must define the relevant market again and make a fresh analysis of the conditions of competition which will not necessarily be based on the same considerations as those underlying the previous finding of a dominant position.“

⁵ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 7. maí 2009 í máli nr. T-151/05, NVV gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 136: „It should first be recalled that, according to case-law, although the Commission must give an account of its reasoning if a decision goes appreciably further than the previous decision-making practice (Case 73/74 Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique and Others v Commission [1975] ECR 1491, paragraph 31), economic operators have no grounds for a legitimate expectation that a previous decision-making practice, that is capable of being varied when the Community institutions exercise their discretion, will be maintained (see General Electric v Commission, paragraph 53 above, paragraph 512, and the case-law cited therein). In particular, the applicants cannot have entertained such a legitimate expectation on the ground that the Commission had defined markets in a particular way in a previous decision, since the Commission – and, a fortiori, the Court – is not bound by the findings made in such a decision (see, to that effect, General Electric v Commission, paragraph 53 above, paragraph 514).“

⁶ Sjá m.a. 2. mgr. í tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður (98/EES/28/01). Í ECS/AKZO málinu, OJ 1985 L374/1 lýsti framkvæmdastjórn ESB því t.a.m. yfir að: „the object of market



samkeppni milli fyrirtækja á sér stað í þeim tilgangi að greina á kerfisbundinn hátt þær skorður sem samkeppni á markaði setur á hegðun þeirra fyrirtækja sem starfa á þeim markaði sem samruninn hefur áhrif á og meta þannig það samkeppnislega aðhald sem hið sameinaða fyrirtæki býr yfir. Með því að afmarka markaðinn bæði með hliðsjón af þeirri vöru eða þjónustu sem seld er á markaðnum og frá landfræðilegu sjónarmiði er reynt að greina þá keppinauta samrunaaðila á markaði sem í raun geta sett hegðun samrunaaðilanna skorður.⁷

41. Samkeppnisyfirvöld notast við margvíslegar tegundir gagna og aðferðir við rannsókn á eftirspurnarstaðgöngu meðal vörutegunda. Til marks um hvort viðskiptavinir myndu nota eina vöru í staðinn fyrir aðra líta samkeppnisyfirvöld svo sem til einkenna og eiginleika vöru (e. *product characteristics*), ætlaða notkun og fyrri notkun, verðlagningu, og almennan smekk viðskiptamanna (e. *general customer preferences*). Er þá ekki tæmandi talið.⁸
42. Jafnframt leita samkeppnisyfirvöld umsagna eða álits markaðsaðila og viðskiptavina, enda geta sjónarmið þeirra og þekking á samkeppnisaðstæðum á markaði gefið sterkar vísbendingar um þá samkeppni sem samrunaaðilar þurfa að þola. Samkeppnisyfirvöld kunna að framkvæma athuganir og kannanir meðal viðskiptavina. Ein tegund könnunar er svokallað SSNIP-próf sem nýtt er til þess að kanna hvort lítil en varanleg hækkun á tilteknum hópi vara er arðvænleg. Aftur á móti hvílir engin skylda á samkeppnisyfirvöldum héraðs eða erlendis að nota eina aðferð frekar en aðra við skilgreiningu markaða. Þá taka markaðsskilgreiningar auk þess mið af atvikum hverju sinni eins og viðurkennt er í samkeppnisrétti.⁹
43. Þegar viðkomandi markaður hefur verið skilgreindur er hægt að reikna markaðshlutdeild aðila sem starfa á markaðnum og leggja mat á önnur atriði sem hafa þýðingu við mat á því hvort samruni raski samkeppni.
44. Af framangreindu leiðir að hugtakið „markaður“ í skilningi samkeppnislaga (e. *relevant market*) er frábrugðið öðrum skilgreiningum sem oft eru notaðar til að lýsa mörkuðum, s.s. þeim að „markaður“ vísi til þess landsvæðis þar sem fyrirtæki selur vörur sínar, eða að „markaður“ vísi gróflega til þeirrar atvinnugreinar eða þess geira sem fyrirtæki starfar innan.¹⁰
45. Hér á eftir er fjallað um skilgreiningu markaða fyrirliggjandi máls, annars vegar vöru- eða þjónustumarkaði og hins vegar landfræðilegs markaðar.

definition is to define the area of commerce in which the conditions of competition and the market power of the dominant firm is to be assessed.“

⁷ Sjá 2. mgr. í tilkynningu ESA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður

⁸ Sjá kafla 3.2 Evidence to define product markets í drögum nýrra leiðbeininga um markaðsskilgreiningar, Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law, dags. 8. nóvember 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_6528

⁹ Sjá til dæmis dóm EFTA dómstólsins dags. 5. maí 2022 í máli E-12/2095, *Telenor gegn Eftirlitsstofnun EFTA (ESA)*. Í málinu tók dómstóllinn fram að engin skylda hefði hvílt á ESA að láta framkvæma neytendakönnun með SSNIP-prófi í málinu, skortur á slíkri könnun var ekki annmarki á rannsókn eftirlitsins, og rannsókn á samkeppnislegu aðhaldi gæti ekki takmarkast við slík meginandleg sönnunargögn (e. *quantitative evidence*), sjá mgr. 95: „*The Court notes that the SSNIP test is but one method of defining the relevant market. In certain situations the necessary information to conduct a SSNIP test may not be available, nor may the test always be appropriate. Determination of competitive constraints cannot be limited to an assessment of quantitative evidence in order to demonstrate that customers viewed other products as interchangeable. According to case law, ESA is not obliged to apply the SSNIP test. It may make use of other tools, such as comparing product characteristics, market studies, consumer preferences, views of other competitors and differences in prices to conduct its assessment of demand-side substitution [...]*“

¹⁰ Sjá 3. mgr. í framangreindri tilkynningu ESA. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 1. júlí 2010 í máli nr. T-321/05, *AstraZeneca AB gegn framkvæmdastjórninni*: „... the concept of relevant market is different from other definitions of market often used in other contexts, such as the area where the companies sell their products or, more broadly, the industry or sector to which the companies belong“, sbr. dóm dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli nr. C-457/10.



1. Sjónarmið samrunaaðila

1.1. Vöru- og þjónustumarkaður

46. Í samrunaskrá kemur fram að Festi telji að skilgreina beri þá vöru- og þjónustumarkaði þar sem áhrifa samrunans gæti í málinu:

- Markaður fyrir smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum
- Markaður fyrir smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum
- Markaður fyrir smásölu á lífrænni mat-og drykkjarvöru
- Markaður fyrir smásölu á mat-og drykkjarvöru sem flokkast sem heilsuvara

47. Aðrir markaðir sem samrunaaðilar starfi á séu:

- Markaður fyrir smásölu lyfja
- Markaður fyrir innflutning og dreifingu á heilsuvörum
- Dagvörumarkaður
- Eldsneytismarkaður
- Raftæki
- Smásala á rafmagni
- Rekstarvörur
- Útleiga á atvinnuhúsnæði
- Vöruhúsaþjónusta

1.2. Landfræðilegur markaður

48. Varðandi landfræðilega markaði þá vísa samrunaaðilar í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2017, *samruni Haga og Lyfju*, en taka fram að aukin netverslun frá árinu 2017 kunni að verða til þess að markaðsskilgreiningar beri að taka til endurskoðunar í það minnsta hvað varðar markaði fyrir smásölu á snyrtivörum og heilsuvörum. Í öllu falli sé ljóst að smásala í gegnum netið veiti verulegt samkeppnislegt aðhald á landinu öllu að sögn samrunaaðila.

49. Sé litið til fyrri skilgreininga Samkeppniseftirlitsins telja samrunaaðilar að skörun í starfsemi þeirra sé að finna á eftirfarandi mörkuðum:

- Höfuðborgarsvæðið
- Austurland
- Akureyri- og Eyjafjarðarsvæðið
- Suðurland (Árborg)
- Suðurnes

2. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

50. Verður nú fjallað um niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins hvað varðar skilgreiningu vörumarkaðar annars vegar og hins landfræðilega markaðar hins vegar.

2.1. Vörumarkaður

51. Líkt og áður var minnst á er tilgangur þess að skilgreina viðkomandi markað í samrunamálum að greina það svið viðskipta sem samruninn hefur áhrif á. Með markaðsskilgreiningu er leitast við að afmarka hvar samkeppni milli fyrirtækja á sér stað í þeim tilgangi að greina á kerfisbundinn



hátt þær skorður sem samkeppni á markaði setur á hegðun þeirra fyrirtækja sem starfa á þeim markaði sem samruninn hefur áhrif á og meta þannig það samkeppnislega aðhald sem hið sameinaða fyrirtæki býr yfir. Með því að afmarka markaðinn, bæði með hliðsjón af þeirri vöru eða þjónustu sem seld er á markaðnum og frá landfræðilegu sjónarmiði, er reynt að greina þá keppinauta samrunaaðila á markaði sem í raun geta sett hegðun samrunaaðilanna skorður.

52. Þegar viðkomandi markaður hefur verið skilgreindur getur Samkeppniseftirlitið reiknað markaðshlutdeild aðila sem starfa á markaðnum og lagt mat á önnur atriði sem hafa þýðingu við mat á því hvort samruni raski samkeppni. Þrátt fyrir mikilvægi þess að skilgreina þann markað sem við á hverju sinni verður að hafa í huga að slíkar markaðsskilgreiningar geta aldrei orðið nákvæmar og verða því aðeins notaðar til viðmiðunar. Almennt verður að ætla samkeppnisyfirvöldum nokkurt svigrúm til að ákvarða og skilgreina viðkomandi markað út frá fyrirbyggjandi gögnum og rannsóknum sem gerðar eru í því skyni að greina og ákvarða þann markað sem er til skoðunar hverju sinni, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2020, *Læknisfræðileg myndgreining ehf. og Íslensk myndgreining ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.
53. Í leiðbeiningum framkvæmdarstjórnarinnar um markaðsskilgreiningar er jafnframt fjallað um tilgang og aðferðir markaðsskilgreininga í samkeppnisrétti. Samkeppniseftirlitið vísar til þess sem þar kemur fram, svo sem um að mikilvægt sé að hafa í huga að markaðsskilgreiningar taka mið af atvikum máls hverju sinni. Þá sé starfsemi fyrirtækja samrunaaðila jafnan upphafspunktur við mat á staðgöngu og markaðsskilgreiningar geti því breyst eða aðlagast eftir starfsemi viðkomandi fyrirtækja. Þá eru tegundir gagna og aðferðir samkeppnisyfivalda til þess að skilgreina vörumarkaði margvíslegar og hvílir engin skylda á samkeppnisyfirvöldum að beita tiltekinni rannsóknaraðferð umfram aðra.¹¹

2.1.1. Markaður fyrir smásölu dagvöru í dagvöruverslunum

54. Markaður fyrir smásölu dagvara hefur verið skilgreindur í fjölda eldri mála eftirlitsins. Í fyrri úrlausnum hafa dagvörur verið taldar þær vörur sem uppfylla daglegar neyslubarfir neytenda. Til að verslun teljist dagvöruverslun þarf hún að hafa á boðstólnum ákveðið úrval af t.d. matar-, drykkjar-, hreinlætis- og snyrtivörum.¹²
55. Þrátt fyrir að Lyfja starfræki ekki dagvöruverslanir er ljóst af starfsemi Festi á þessum markaði, einkum fjöldi dagvöruverslana Krónunnar, að samruninn og stækkun á samstæðu félagsins sem felst í yfirtöku Festi á Lyfju getur haft margvísleg möguleg áhrif á stöðu Festi á dagvörumarkaði, enda hefur Lyfja talist stærsta starfandi lyfsölukeðja landsins. Er smásala dagvöru í dagvöruverslunum því einn markaða málsins sem tekinn var til rannsóknar í samrunamálinu þótt Samkeppniseftirlitið hafi lagt meiri áherslu á markað fyrir hreinlætis- og snyrtivörur og markað fyrir heilsuvörur í ljósi samþjöppunar á þeim mörkuðum, líkt og er fjallað um síðar í ákvörðuninni.

¹¹ Sjá nýjar leiðbeiningar um markaðsskilgreiningar, *Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law*.

¹² Sjá til dæmis ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008, Misnotkun Haga hf. á markaðsráðandi stöðu sinni á matvörumarkaði og dómur Hæstaréttar í máli nr. 188/2010, Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu; Ákvörðun nr. 8/2019, samruna N1 hf. og Festi hf. ákvörðun nr. 9/2019, samruni Haga hf. og Ólíuverzlunar Íslands hf., og ákv. nr. 28/2018 og 14/2019, kaup Samkaupa á verslunum Basko verslana ehf., og ákvörðun nr. 23/2022, Kaup Haga hf. á öllu hlutafé í Eldum rétt ehf.



2.1.2. Markaður fyrir smásölu lyfja - apótekamarkaður

56. Samkeppniseftirlitið hefur í fyrri ákvörðunum sínum skilgreint þá markaði sem apótek starfa á.¹³ Hefur þá einkum verið litið til smásölu lyfja á grundvelli lyfsöluleyfis apóteka, enda er lyfsala meginstarfsemi apóteka þótt þau selji einnig aðrar og tengdar vörur svo sem á sviði snyrtivara og heilsuvara. Þá er smásala lyfja í lyfjabúðum og verslunum lögákveðin og nánar skilgreind í lyfjalögum nr. 100/2020.
57. Að mati Samkeppniseftirlitsins er apótekamarkaður, þ.e. markaður fyrir smásölu bæði lyfseðilsskyldra lyfja og lausasölulyfja einn þeirra markaða þar sem áhrifa samrunans gætir. Þannig er Lyfja ein stærsta apótekakeðja landsins og starfrækir apótek um land allt. Í kjölfar samrunans verður Lyfja hluti af einni stærstu fyrirtækjasamstæðu landsins, Festi.
58. Þótt ekki verði bein samþjöppun á apótekamarkaði þá er skörun milli Lyfju annars vegar og Festi hins vegar í smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum og heilsuvörum til staðar. Þótt apótekamarkaður sé einn markaða málsins þá verður lögð áhersla á ofangreinda vöruflokka líkt og síðar greinir í ákvörðuninni.

2.1.3. Markaðir fyrir hreinlætis- og snyrtivörur

59. Þrátt fyrir að meginstarfsemi Lyfju og Festi sé ólík þá keppa félögin í smásölu ákveðinna vöruflokka. Því skilgreina samrunaaðilar í tilkynningu markað fyrir hreinlætis- og snyrtivörur sem einn markaða málsins, einkum almennar snyrtivörur. Samkeppniseftirlitið hefur áður skilgreint markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur í fyrri úrlausnum sínum; á heildsölustigi í ákvörðun nr. 22/2023, *Kaup Nathan & Olsen hf. á snyrtivörudeild Forvalds heildverslunar ehf.* en bæði félögin störfuðum við innflutning, heildsölu og dreifingu á hreinlætis og snyrtivörum hérlendis.
60. Um smásölustigið og skilgreiningu sjálfstæðs smásölumarkaðar var fjallað í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2017, *samruni Haga hf. og Lyfju hf.* Samruninn var talinn ósambýðanlegur samkeppnislögum og hann því ógiltur, m.a. vegna styrkingar á markaðsráðandi stöðu Haga hf. á dagvörumarkaði en ekki síður vegna samkeppnisröskunar og brotthvarfs öflugar samkeppni milli fyrirtækjanna í smásölu á hreinlætis og snyrtivörum (og á fleiri mörkuðum). Í málinu fjallaði Samkeppniseftirlitið því um smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum og skilgreindi tvo vöru- eða þjónustumarkaði í þessu samhengi:
- Markaður fyrir almennar hreinlætis- og snyrtivörur
 - Markaður fyrir „sér“ hreinlætis- og snyrtivörur
61. Í málinu var tekið fram að yfirmarkaður hreinlætis- og snyrtivara væri í víðum skilningi fjölbreyttur og flokka megi vörur innan hans í marga undirflokkar eftir eðli og ætlaðri notkun þeirra og söluleiðum. Þá væri ljóst að þegar horft sé á einstakar tegundir hreinlætis- og snyrtivara út frá sjónarhóli endanlegra neytenda sé ekki staðganga á milli mismunandi hreinlætis- og snyrtivara á smásölustigi þeirra. Önnur lögmál geti hins vegar gilt þegar horft sé

¹³ Smásölumarkaður lyfja hefur skilgreindur sem sérstakur vörumarkaður í fjölda úrlausna eftirlitsins og og má t.a.m. vísa til ákvörðunar nr. 8/2016, *Framsal Glitnis hf. á öllu hlutafé til Ríkissjóðs Íslands*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2016, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, ákvörðunar nr. 28/2006, *Samruni DAC ehf. og Lyfjavers ehf.*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Einnig má vísa til ákvörðunar nr. 4/2010, *Misnotkun Lyfja og heilsu á markaðsráðandi stöðu sinni*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 5/2010, og að lokum dóms Hæstaréttar í máli nr. 355/2012, ákvörðunar nr. 28/2017, *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, ákvörðunar nr. 28/2018, *Kaup Lyfja og heilsu hf. á Opnu ehf.*, ákvörðunar nr. 29/2019, *samruni Haga hf. og Reykjavíkur Apóteks ehf.*, ákvörðunar nr. 9/2021, *kaup Lyfju hf. á Opnu ehf. (Apótek MOS)*, ákvörðunar nr. 13/2021, *kaup Lyfja og heilsu hf. á Garðs apóteki ehf.*, og loks ákvörðunar nr. 18/2023, *kaup Lyfja og heilsu hf. á Apóteki Hafnarfjarðar ehf.*



á markaðinn frá sjónarhóli endurseljenda á heildsölumarkaði. Vegna þessa og í samræmi við erlend fordæmi gerði Samkeppniseftirlitið því skýran greinarmun á almennum hreinlætis- og snyrtivörum annars vegar og „sér“ vörum hins vegar í þessum flokki.

62. Í þessu samrunamáli Festi og Lyfju byggja samrunaaðilar á sömu markaðsskilgreiningum og aðgreiningu í samræmi við fyrri framkvæmd Samkeppniseftirlitsins. Vörur sem falla undir fyrrnefnda markaðinn, almennar hreinlætis- og snyrtivörur, séu fjöldaframleiddar og ódýrari og ekki sömu gæðakröfur gerðar til þeirra eða þeirra aðila sem þær selja. Slíkar vörur séu seldar hjá ýmsum söluaðilum. Vörur sem falli undir síðarnefnda markaðinn, „sér hreinlætis- og snyrtivörur“, séu dýrari vörur og almennt markaðssettar sem meiri gæðavara. Þá sé ákveðin þjónusta og umgjörð alla jafna boðin í tengslum við sölu á þeim hjá smásölum, sjá nánar áðurnefnda ákvörðun nr. 28/2017.
63. Samrunaaðilar byggja einnig á því í samrunaskrá að miklar breytingar hafa orðið á markaðnum frá fyrri ákvörðunum og í því sambandi vísa aðilar einkum til innkomu Costco en umsvif verslunarinnar á markaðnum séu talsverð. Þá hafi sænska verslanakeðjan H&M opnað árið 2017, en í verslunum H&M sé boðið upp á fjölbreytt úrval snyrtivara. Á landsbyggðinni sé ekki óalgengt að tiskuvöruverslanir selji snyrtivörur í einhverjum mæli. Um netverslun sérstaklega þá taka samrunaaðilar fram að netsala hafi færst í aukana bæði hjá Boozt og Hagkaupum. Til viðbótar megi nefna sérstakar snyrtivöruverslanir á borð við Beautybox, Daría, Hárland og fleiri minni aðila að sögn samrunaaðila. Þá séu ýmsar snyrtivörur t.d. frá merkinu Meraki til sölu í búðum sem selja heimilisvörur, svo sem llvu, Garðheimum, Hríml Hönnunarhúsi, Fakó og blóma- og gjafavöruverslunum. Þá líti samrunaaðilar svo á að töluverður samkeppnisþrýstingur sé frá verslun Frihafnarinnar á Keflavíkurflugvelli, þar sem neytendur gera gjarnan innkaup á snyrtivörum fram í tímann þegar þeir eiga leið um verslunina.
64. Í þessu samhengi ber að taka fram að Samkeppniseftirlitið hefur í fyrri málum talið mögulegt að gera greinarmun á smásölu hreinlætis- og snyrtivara eftir tegundum verslana, þannig að allir verslanir sem selji umræddar vörur séu ekki endilega í beinni samkeppni þannig að þær tilheyri allar eina og sama markaðnum. Til að mynda hefur Samkeppniseftirlitið talið að verslanir á flugvöllum, í flugvélum og skipum tilheyri ekki þessum markaði.
65. Með vísan til framangreinds, þ.e. fyrri framkvæmdar og skilgreiningar aðila sjálfra í samrunaskrá, er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að skilgreina tvo smásölumarkaði á hreinlætis- og snyrtivörum meðal vöru- eða þjónustumarkaða málsins, þ.e. markað fyrir smásölu á almennum hreinlætis- og snyrtivörum annars vegar og markað fyrir smásölu á „sér“ hreinlætis- og snyrtivörum hins vegar, þar sem áhrifa samrunans gætir einkum á fyrrnefnda almenna markaðnum líkt og nánar greinir í umfjöllun um áhrif samrunans. Í ljósi niðurstöðu málsins sem lýkur með sátt þarf ekki að taka afstöðu til mögulegrar aðgreiningar fyrir smásölu í ólíkum tegundum verslana en í umfjöllun um áhrif samrunans var velta Frihafnarinnar ekki meðtalin í samræmi við fyrri ákvarðanir um þennan markað.

2.1.4. Markaðir fyrir heilsuvörur

66. Líkt og fram kemur í samrunaskrá eiga Festi, þ.e. með verslunum Krónunnar, og Lyfja í samkeppni er varðar smásölu á heilsuvörum. Samrunaaðilar vísa þar til þeirra vörotegunda sem í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2017, *samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, megi flokka sem „heilsuvörur“, þ.e. einkum vítamín, steinefni og bætiefni, lífrænt ræktaða mat- og drykkjarvöru og aðra mat – og drykkjarvöru sem gæti flokkast sem heilsuvara, s.s. náttúrulegar vörur, mjólkurlausar vörur, hráfæði og glútenlausar vörur.



67. Í umræddri ákvörðun kemur fram það mat Samkeppniseftirlitsins að ljóst sé að heildarmarkaður fyrir heilsuvörur í viðum skilningi sé mjög fjölbreyttur. Þegar horft sé á einstaka vöruflokka sem þar séu tilgreindir út frá sjónarhóli viðskiptavina (endanlegra neytenda) sé ljóst að flokka megi vörur innan hans í marga undirflokka eftir eðli og ætlaðri notkun. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um skilgreiningu markaða að þessu leyti í umræddri ákvörðun hafi verið sú að markaði fyrir heilsuvörur mætti skipta í (i) markað fyrir vítamín, steinefni og bætiefni; (ii) heildarmarkað fyrir smásölu á lífrænni mat- og drykkjarvöru; (iii) heildarmarkað fyrir smásölu á mat- og drykkjarvöru sem flokkast sem heilsuvara, en hafa aftur á móti hvorki lífræna vottun né eru merktar með áreiðanlegum umhverfismerkjum. Þá hefur Samkeppniseftirlitið talið mögulegt að greina tilgreinda markaði í enn frekari undirmarkaði eftir vörutegundum og/eða eftir söluleiðum, s.s. dagvöruverslunum, apótekum og sérverslunum.
68. Þá eru samrunaaðilar ekki aðeins í smásölu heilsuvara heldur sérhæfir Heilsa ehf., dótturfélag Lyfju, sig í innflutningi og dreifingu á heilsusamlegum og lífrænt ræktuðum matvörum, vítamínum, almennum og lífrænum snyrtivörum, vistvænum hreingerningarvörum og almennri apóteksvöru, m.a. undir merkjum Gula miðans auk fleiri vörumerkja. Samrunaaðilar skilgreina því í samrunaskrá þann markað sem Heilsa starfar á sem heildarmarkað fyrir innflutning og dreifingu á heilsuvörum í samræmi við fordæmis samkeppnisyfirvalda. Hugsanlega megi skilgreina heildsölumarkaðinn í frekari undirmarkaði, s.s. vítamín, steinefni og bætiefni, lífrænar mat – og drykkjarvörur og mat- og drykkjarvörur sem flokkast sem heilsuvörur í framangreindum skilningi en slíkt sé þó að mati samrunaaðila ekki nauðsynlegt.
69. Samkeppniseftirlitið getur tekið undir markaðsskilgreiningar samrunaaðila að þessu leyti, í ljósi fyrri framkvæmdar um þessa vöruflokka og hópa vörutegunda, sjá nánar ítarlegri skilgreiningu í áður nefndri ákvörðun nr. 28/2017. Ljóst er að einstaka vörutegundir heilsuvara, jafnvel innan neðangreindra vöruflokka, geta haft ólíka notkun og tilgang í hugum endanlegra neytenda. Í ljósi starfsemi samrunaaðila í heilsuvörum og annarra keppinauta sem selja fjölbreytt úrval heilsuvara og fjölda tegunda í hverjum flokki, oft á þar til gerðum svæðum eða deildum í verslunum sínum, er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að skilgreina eftirfarandi vörumarkaði í málinu þar sem áhrifa samrunans gæti:
- Markaður fyrir smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum
 - Markaður fyrir smásölu á lífrænni mat- og drykkjarvöru
 - Markaður fyrir smásölu á mat- og drykkjarvöru sem flokkast sem heilsuvara.
 - Markaður fyrir innflutning og dreifingu á heilsuvörum (heildsölumarkaður).
70. Vítamín, steinefni og bætiefni eru ætluð til inntöku samhliða hefðbundnu mataræði og koma því þessar vörur til viðbótar matvælum og öðrum hreinlætis- og snyrtivörum. Ástæða kann að vera til að skipta framangreindum mörkuðum niður eftir formi inntöku, þ.e. töflur, duft eða vökva, en þess er þó ekki þörf í málinu. Þá er það mat Samkeppniseftirlitsins að bætiefni til vaxtarræktar tilheyri ekki umræddum vörumarkaði í samræmi við fyrri framkvæmd en ástæðan er sú að ekki sé staðganga fyrir neytendur á milli vítamína, steinefna og bætiefna annars vegar svo og vara sem notaðar eru til vaxtarræktar hins vegar, eins og próteindufts eða kreatíns.
71. Lífrænar mat- og drykkjarvörur eru mat- og drykkjarvörur sem hafa hlotið vottun/merkingu frá viðurkenndum aðilum um að við framleiðslu hráefna í vöruna hafi alþjóðlegum stöðlum um lífræna ræktun verið fylgt. Lífrænar vörur miða að ákveðnum markhópi sem kaupir og velur vöruna vegna vottunarinnar. Þær eru markaðssettar sem betri valkostur vegna vottunarinnar og sökum hennar er innkaups- og útsöluverð þeirra almennt hærra en almennra dagvara.



72. Á sérstökum markaði fyrir mat- og drykkjarvörur í flokki heilsuvara eru slíkar vörur markaðssettar sem heilsusamlegri en venjulegar sambærilegar dagvörur, en hafa aftur á móti hvorki lífræna vottun né eru merktar með áreiðanlegum umhverfismerkjum. Dæmi um slíkar vörur eru t.d. vörur með náttúrulegum efnum, hráfæði, vegan og glúteinlausar vörur. Þessar vörur miða að markhópi sem setur útlit og heilsu í forgang og velur vöruna út frá einkennum og innihaldi hennar frekar en verði.
73. Heildarmarkaður fyrir innflutningi og dreifingu á heilsuvörum samanstendur af þeim vöruflokkum og tegundum sem hér hafa verið reifaðar ítarlega fyrir smásölustig þessara vöruflokka, en á heildsölustiginu starfi fyrirtæki eins og Heilsa ehf. í eigu Lyfju sem flytji inn og selji umrædda vöruflokkka til smásöluaðila sem þurfi að búa yfir fjölbreyttu úrvali á þessu sviði í verslunum sínum, bæði matvöruverslanir, heilsuverslanir og lyfjabúðir.
74. Samkeppniseftirlitið telur ekki nauðsynlegt að greina hina tilgreindu markaði frekar í mögulega undirmarkaði eða þrengri sjálfstæða markaði, hvort sem er eftir ítarlegri vörutegundum eða söluleiðum, þ.e. tegund verslunar eða starfsemi viðskiptamanns, í ljósi niðurstöðu málsins. Líkt og greina má í umfjöllun um áhrif samrunans gætir áhrifa sameiningar Festi og Lyfju einkum á markaðu fyrir smásölu á vítamínum, steinefnum og bætiefnum hvað heilsuvörur varðar. Þá gætir mögulegra útilokunaráhrifa vegna heildsölu og starfsemi Heilsu ehf. á markaði fyrir innflutning og dreifingu Heilsuvara.

2.1.5. Almennt um netverslun

75. Samkeppniseftirlitið getur tekið undir sjónarmið samrunaaðila um aukna netverslun, bæði almenna netverslun með dagvörur, þ.e. fyrir vörutegundir sem teljast til þess breiða vöruúrvals sem í boði er í dagvöruverslunum Festi og keppinauta félagsins, þ.m.t. í smásölu á heilsöluvörum, og í smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum sérstaklega.
76. Í grein sem birtist á vefsíðu Rannsóknarseturs verslunarinnar (RSV) í mars 2024 kemur fram að heildarkortavelta Íslendinga hafi verið 80,3 ma.kr. í febrúar 2024 og hún aukist um 7,1% á milli ára, á breytilegu verðlagi. Af þeirri veltu megi rekja 15,3 ma.kr. til innlendrar netverslunar, en hún jókst um 20,6% á milli ára, en erlend kortavelta stóð í stað. Það var því talsvert meiri vöxtur á milli ára í netverslun samanborið við verslun á staðnum.¹⁴ Samkvæmt RSV jókst erlend netverslun um 25,9% frá nóvember 2022 til nóvember 2023, en að erlend netverslun hafi numið 3,07 ma.kr. og innlend netverslun tæpum 18 ma.kr.¹⁵
77. Síðastliðin ár hafa æ fleiri fyrirtæki opnað netverslanir, bæði fyrirtæki sem reka hefðbundnar verslanir í smásölu á dagvörum og svo fyrirtæki sem eru með sérhæfðari netverslun jafnvel í þrengri vöruflokkum sem einnig finnast í dagvöruverslunum vegna þess breiða og fjölbreytta úrvals sem þar er að finna. Þetta er ekki síst raunin á markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur.
78. Í fyrri samrunamálum hefur staða netverslunar vegna smásölu hreinlætis- og snyrtivara komið til athugunar, og það samkeppnislega aðhald sem slík netverslun kann að veita hefðbundinni verslun með snyrtivörur á sölustöðum. Samkeppniseftirlitið hefur, eins og áður segir, sagt mögulegt að gera greinarmun á smásölu hreinlætis- og snyrtivara eftir tegundum verslana, þar sem Fríhöfnin hafi til að mynda ekki verið talin tilheyra sama markaði og til dæmis sölustaðir Lyfju og dagvörukeðja með snyrtivörur í fyrri málum, og þá hefur eftirlitið tekið fram að mögulega kunnist sérstakar netverslanir með snyrtivörur jafnvel að vera á sjálfstæðum markaði.¹⁶

¹⁴ <https://www.rsv.is/post/kortavelta-%C3%ADslendinga-eykst-um-7-1-%C3%A1-milli-%C3%A1ra>

¹⁵ <https://www.rsv.is/post/erlend-netverslun-aldrei-meiri>

¹⁶ Sjá ákvörðun nr. 28/2018, samruni Haga hf. og Lyfju hf., bls. 50-51.



79. Um netverslun sérstaklega þá taka samrunaaðilar fram í samrunaskrá að netsala hafi færst í aukana og Heimkaup hafi til að mynda sótt í sig veðrið á snyrtivörumarkaði, auk þess sem skandinavíska netverslunin Boozt selji snyrtivörur. Þá hafi Hagkaup nýverið opnað netverslun með snyrtivörur sem ná til landsins alls og standa „tax free“ tilboð Hagkaups viðskiptavinum netverslunar til boða. Afslátturinn sé boðinn á um það bil tveggja mánaða fresti og ná til allra hreinlætis- og snyrtivara sem seldar séu í Hagkaup, þar á meðal í flokki almennra snyrtivara.
80. Hagkaup opnaði netverslun með snyrtivör í janúar árið 2022 og geta viðskiptavinir fengið samdægurs heimsendingu á Suðvestur-horninu, fengið sent í sjálfsafgreiðslubox eða á aðra valda staði. Hægt er að sækja pakka á allar helstu stöðvar Olís víðsvegar um landið ásamt því að hægt er að fá pakkann afhendan í gegnum dreifingarstöðvar Eimskips. Ef verslað er fyrir meira en 12.900 kr. er frítt að senda á afhendingastaði.¹⁷
81. Sænska félagið Boozt Group, sem rekur eina stærstu netverslunina á Norðurlöndum, hefur vaxið í vinsældum á Íslandi síðastliðin ár, en félagið opnaði íslenska netverslun í lok júní 2021. Árið 2022 fjárfesti Boozt í íslenska fyrirtækinu Dropp, sem býður upp á afhendingu á vörum sem keyptar eru í netverslun, og geta viðskiptavinir Boozt fengið vörur afhentar á afhendingastaði Dropp, sem staðsettir eru víðsvegar um landið. Viðskiptavinir á Suðvesturlandi geta einnig fengið vörur sendar heim að dyrum og á landsvæðum utan þess er boðið upp á afhendingu til afhendingastaði Flytjanda. Sendingargjald er fast hjá Boozt, en það er 1590 kr. á höfuðborgarsvæðinu og 1790 kr. utan höfuðborgarsvæðisins, fyrir afhendingu á afhendingastaði Dropp.
82. Þrátt fyrir að netverslun með hreinlætis- og snyrtivörur hafi aukist talsvert síðastliðin ár er hlutur netverslunar með þessar vörur hjá t.d. Festi og Högum lítil miðað við heildarsölu á þeim vörum. Í tilfalli Festi þá var []% af hreinlætis- og snyrtivörum selt í gegnum netverslun árið 2023 og hjá Högum []%. Þá er ekki að sjá að netverslun hafi aukist mikið á milli ára. Það eru þó vísbendingar um að markaðshlutdeild fyrirtækja sem reka aðeins netverslun, líkt og Boozt, hafi aukist sl. ár.
83. Lyfja netverslun og smáforrit þar sem hægt er að kaupa margvíslegar vörur, m.a. hreinlætis og snyrtivörur. Í tilviki netverslunar er hægt að fá vörur sendar hvert á land sem er (þó ekki Lyf) en í gegnum Lyfju smáforritið býður Lyfja upp á heimsendingarþjónustu fyrir lyf og aðrar vörur á höfuðborgarsvæðinu, í Reykjanesbæ, á Selfossi og á Akureyri. Í hið minnsta var útbreiðsla þessarar þjónustu Lyfju með framangreindum hætti á því tímamarki þegar rannsóknin fór fram.
84. Tilvist netverslana auðveldar verðsamanburð neytenda og veitir gagnsæi í verðum að mati Samkeppniseftirlitsins. Þá eru verð almennt þau sömu í netverslun og í hefðbundinni verslun hjá þeim fyrirtækjum sem reka báðar tegundir verslana. Þrátt fyrir að neytandi ljúki ekki kaupum í gegnum netverslun heldur í hefðbundinni verslun er þekkt að þeir nýti netverslanir til þess að gera verðsamanburð og til þess að skoða vöruúrval. Þannig eru vísbendingar um að þessar tvær ólíku söluleiðir séu notaðar samhliða eða samtímis af hálfu neytenda í mörgum tilvikum.
85. Í áðurnefndri ákvörðun nr. 28/2017 í máli Haga hf. og Lyfju tók Samkeppniseftirlitið fram að mögulega væru netverslanir á sjálfstæðum markaði en vegna lítillar veltu á þeim tíma hefði það ekki haft áhrif í málinu hvort svo væri eður ei.¹⁸

¹⁷ <https://www.hagkaup.is/afhendingarmoguleikar>

¹⁸ Í máli franska samkeppniseftirlitsins frá árinu 2022¹⁸ þar sem vörumarkaður málsins var "decoration and bazaar products" var því velt upp hvort netverslun með slíkar vörur tilheyrði sér markaði m.a. í ljósi lítillar hlutdeild netverslunar í sölu á þessum vörum og mikilvægi neytenda til þess að skoða vöruna í eigin persónu.



86. Um netverslun á dagvörum, þar með talið netverslun með smásölu á heilsuvörum liggur fyrir að netverslun og heimsendingarþjónusta fyrirtækja eins og Krónunnar / Festi hefur vaxið. Þá bjóða Heimkaup og Samkaup einnig uppá netverslun og heimsendingarþjónustu með dagvörur, þ.m.t. heilsuvörur. Festi hefur með netverslun og smáforriti Krónunnar stækkað heimsendingarþjónustu sína jafnt og þétt. Þannig er netverslun og heimsendingarþjónusta Krónunnar í boði á öllu höfuðborgarsvæðinu, á Suðurnesjum, á Suðurlandi, þar sem hún hefur vaxið og aukist á undanförunum misserum, á Akureyri og í nágrenni bæjarins. Árið 2024 virðist netverslun og heimsending Krónunnar / Festi hafa aukist og stækkað á Eyjafjarðarsvæðinu og til þeirra þéttbýla sem þar er að finna. Netverslun og heimsending hófst á Austurlandi og á Norðurlandi eystra á meðan mál þetta var til rannsókna. Þá hefur Festi með netverslun Krónunnar enn stærri áform um aukna netverslun og heildsölu á landsbyggðinni líkt og nánar greinir síðar í niðurstöðum um áhrif samrunans.
87. Í ljósi niðurstöðu málsins og lyktum þess með sátt milli Samkeppniseftirlitsins og Festi þurfti ekki að greina ítarlegar eða taka endanlega afstöðu til þess hvar mörkin liggja milli smásölu á sölustað annars vegar og í netverslun hins vegar, hvorki með dagvörur almennt né heilsuvörur eða hreinlætis- og snyrtivörur sérstaklega. Við rannsókn málsins aflaði eftirlitið sundurliðaðra gagna meðal annars fyrir netverslun sérstaklega, eftir því sem kostur var, til þess að nota við greiningu á áhrifum samrunans. Í niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um áhrif samrunans hér á eftir verður fjallað um samkeppni vegna netverslunar þar sem það á við.

2.2. Landfræðilegur markaður

88. Til landfræðilegs markaðar telst svæðið þar sem viðkomandi fyrirtæki eru viðriðin framboð eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, sbr. 2. lið VI. kafla í viðauka I við reglur um tilkynningu samruna nr. 1390/2020.
89. Landfræðilegir markaðir fyrir sölu á dagvöru hafa verið skilgreindir staðbundnir þar sem t.d. höfuðborgarsvæðið hefur verið skilgreint sem sérstakur markaður og eftir atvikum aðrir þéttbýliskjarnar og svæði á landinu, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2019, *Samruni N1 og Festi hf.*
90. Í fyrri ákvörðunum og skýrslum Samkeppniseftirlitsins er varða smásölu dagvara hefur verið miðað við að verslun geti að öðru jöfnu laðað til sín neytendur sem staddir eru í allt að 20-30 mínútna akstursfjarlægð frá versluninni. Miðað við þá forsendu eru eftirfarandi landfræðilegu markaðssvæði mögulegir smásölumarkaðir málsins:
- **Höfuðborgarsvæðið:** Undir þennan markað falla Reykjavík, Seltjarnarnes, Kópavogur, Hafnarfjörður, Garðabær, Mosfellsbær og Kjósarhreppur.
 - **Borgarbyggð (Borgarnes):** Undir þennan markað fellur Borgarbyggð (Borgarnes, Hvanneyri, Varmaland, Reykholt og Bifröst).
 - **Snæfellsnes (Stykkishólmur):** Undir þennan markað falla Stykkishólmur, Grundarfjörður, Snæfellsbær (Ólafsvík, Rif og Hellissandur) og Búðardalur.
 - **Norðanverðir Vestfirðir (Ísafjörður):** Undir þennan markað falla Ísafjarðarbær (Ísafjörður, Flateyri, Hnífsdalur, Suðureyri og Þingeyri), Súðavík og Bolungarvík.
 - **Sunnanverðir Vestfirðir:** Undir þennan markað falla Reykhólahreppur, Patreksfjörður, Tálknafjörður og Bíldudalur.
 - **Norðurland vestra:** Blönduós, Hofsós, Hvammstangi, Sauðárkrókur og Skagaströnd.



- **Akureyri og Eyjafjarðarsvæðið (Akureyri):** Undir þennan markað falla Akureyri, Dalvík og aðrir staðir við Eyjafjörð.
- **Norðurland eystra:** Húsavík, Raufarhöfn, Kópasker, Vopnafjörður og Þórshöfn.
- **Austurland (Egilsstaðir):** Undir þennan markað falla Egilsstaðir, Seyðisfjörður, Fjarðabyggð (Neskaupstaður, Mjóifjörður, Eskifjörður, Reyðarfjörður, Fáskrúðsfjörður og Stöðvarfjörður) og Fellabær.
- **Suðausturland:** Undir þennan markað falla Höfn í Hornafirði, Öræfi, Kirkjubæjarklaustur og Vík í Mýrdal.
- **Suðurland (Árborg):** Undir þennan markað falla Árborg (Selfoss, Stokkseyri, Eyrarbakki), Flúðir, Laugarás, Árnes, Hveragerði, Þorlákshöfn, Hella, Hvolsvöllur og Þykkvibær.
- **Suðurnes (Reykjanesbær):** Undir þennan markað falla Reykjanesbær (Keflavík, Njarðvík og Hafnir), Garður, Sandgerði, Grindavík og Vogar.
- **Vestmannaeyjar:** Undir þennan markað falla Vestmannaeyjar.

91. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki ágreiningur um landfræðilega markaði í málinu. Líkt og áður sagði skilgreina samrunaaðilar í samrunatilkynningu landfræðilega markaði í samræmi við fyrri framkvæmd Samkeppniseftirlitsins um svæðisbundna markaði á landsbyggðinni fyrir dagvörur, og þá helst þar sem starfsemi samruna aðila skarast á vörumörkuðum þar sem áhrifa samrunans gætir. Samrunaaðilar skilgreina því landfræðilega markaði málsins sem höfuðborgarsvæðið, Austurlandi, Akureyri og Eyjafjarðarsvæðið, Suðurland og Suðurnes.
92. Með vísan til framangreinds eru landfræðilegir markaðir málsins þeir sem að greinir að framan í ofangreindum lista. Í rannsókn á áhrifum samrunans og í sáttaviðræðum við Festi var áhersla lögð á þá landfræðilega markaði þar sem samþjöppun yrði sem mest , og þá sérstaklega á markaði fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum og heilsuvörum. Þeir landfræðilegu markaðir sem um ræðir eru þeir markaðir þar sem starfsemi samruna aðila skarast og samræmist það mati aðila.
93. Framangreind skilgreining landfræðilegra markaða er þó með þeim fyrirvara að rannsókn Samkeppniseftirlitsins á ýmsum álitaefnum lauk ekki formlega þar sem Festi óskaði eftir sáttaviðræðum og málinu lauk með gerð sáttar sem birt er í ákvörðun þessari. Samkeppni og samkeppnislegt aðhald í vöruflokkum eins og hreinlætis- og snyrtivörum, og vítamínum, steinefnum og bætiefnum er flókið. Þrátt fyrir svæðisbundna samþjöppun í tilteknum landshlutum í þessum vöruflokkum, líkt og raunin er í þessu máli, geta fyrirtæki á umræddum landssvæðum þurft að þola utanaðkomandi samkeppni vegna netverslunar, sem hefur aukist sl. ár. Þá er eðli þessara vörutegunda, samanborið við t.d. matvörur, að auðveldara er að flytja þær um lengri veg , tíðni innkaupa neytenda er minni og möguleiki þeirra meiri til að fresta innkaupum ólíkt dagvöru eins og matvöru. Í rannsókninni kom því til álita hvort landfræðilegur markaður þessara vörumarkaða hefðu víkkað sl. ár. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki nauðsynlegt að að taka formlega afstöðu til þess hvort markaðir fyrir hreinlætis- og snyrtivörur séu mögulega stærri og víðari en ofangreind landssvæði, í ljósi niðurstöðu málsins.
94. Fjallað verður um markaðshlutdeildir og önnur atriði sem máli skipta við mati á áhrifum samrunans á þessum landfræðilegu mörkuðum síðar í ákvörðuninni.

V. Samkeppnisleg áhrif samruna

95. Með stjórnvaldsákvörðun þessari er samruni Festi og Lyfju tekinn til úrlausnar og ákvörðunar í samræmi við ákvæði samkeppnislaga um samruna. Í málinu þarf því að taka afstöðu til þess



hvort samruni fyrirtækjanna hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða verði til eða slík staða styrkist á hinum skilgreindu mörkuðum málsins, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, sbr. 1. mgr. 17. gr. c samkeppnislaga.

3. Sjónarmið um samkeppnisleg áhrif

96. Í samrunaskrá kemur fram að það sé mat samrunaaðila að samruni Festi og Lyfju skapi hvorki, né styrki, markaðsráðandi stöðu á hlutaðeigandi mörkuðum. Jafnframt sé það mat samrunaaðila að samruninn sé ekki til þess fallinn að raska samkeppni á markaði að öðru leyti með umtalsverðum hætti. Samkeppni á þeim mörkuðum þar sem félögin starfa sé mikil að mati samrunaaðila og ljóst sé að sameinað félag muni ekki búa yfir slíkum markaðsstyrk að það geti hindrað virka samkeppni eða starfað án tillits til keppinauta, viðskiptavina eða neytenda.
97. Í því sambandi verði að líta til þess, að sögn samrunaaðila, að keppinautar sameinaðs félags séu margir hverjir öflugir, líkt og (i) Hagar á dagvörumarkaði, (ii) Lyf og heilsa á smásölumarkaði fyrir lyf og (iii) Nettó, Costco, H&M og verslanir í eigu Haga á undirmörkuðum fyrir almennar snyrtivörur og heilsuvörur. Á þessum undirmörkuðum sé (iv) staða Lyfja og heilsu einnig sterk og vöruframboðið breitt, samkeppnisbrýstingurinn sé mikill meðal annars vegna tilboðsdaga og frírrar heimsendingar um land allt ef verslað sé fyrir 9.900 kr. Þá séu einnig fjölmargir minni keppinautar til staðar.
98. Að sögn samrunaaðila megi vænta virkar samkeppni við sameinað félag í kjölfar samrunans. Samruninn feli ekki í sér mikla samþjöppun þegar litið sé til landsins alls og flestra þeirra markaðssvæða sem skilgreind hafa verið í framkvæmd SE, sér í lagi þegar komi að mörkuðum fyrir heilsuvörur. Þar að auki komi verðstefna Krónunnar og Lyfju í veg fyrir verðhækkun á landsvæðum þar sem samþjöppun verði á markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur vegna samrunans, líkt og aðilar taka fram. Verðsamkeppni á landssvæðum þar sem samkeppni sé virkust, hafi þannig takmarkandi áhrif á verðlagningu samrunaaðila og samkeppnisstöðu annars staðar á landinu þar sem samkeppnisaðilar séu færri.
99. Samrunaaðilar telji sig því að eigin sögn ekki hafa getu til þess að útiloka keppinauta sína, hvorki fyrir né eftir samruna. Í því sambandi vísa þeir til þess sem komi fram í samrunaskrá um markaðshlutdeild samrunaaðila, en aðilar séu ekki markaðsráðandi á neinum slíkum markaði. Þá sé bent á fyrra álit SE, sbr. ákvörðun nr. 8/2019, skýrsla 1/2015 og skýrsla 1/2019 um markaðsrannsókn á eldsneytismarkaðnum, sem samrunaaðilar taka undir um að dagvörumarkaður og eldsneytismarkaður séu tiltölulega samþjappaðir. Þannig telja samrunaaðilar að þeir búi ekki yfir, og muni ekki búa yfir í kjölfar samruna, getu til að útiloka keppinauta sína. Í þessu sambandi taka aðilar það fram að það sé mat þeirra að markaðsstyrkur þeirra sé ekki slíkur á neinum af skilgreindum mörkuðum málsins að hann sé til þess fallinn að veita sameinuðu félagi getu til þess að nýta markaðsstyrk á einum markaði til þess að efla stöðu sína á öðrum markaði eða mörkuðum eða hindra virka samkeppni.
100. Að lokum tekur Festi fram að markaðshlutdeild Krónunnar sé samkvæmt ekki slík að samruninn geti talist hafa í för með sér hættu á skaðlegum samsteypuáhrifum, svo sem með yfirfærslu markaðsstyrk frá einu sviði til annars. Í því sambandi skipti máli að mati samrunaaðila að á dagvörumarkaði sé starfandi aðili sem álitinn hafi verið í markaðsráðandi stöðu með yfirburði gagnvart öðrum aðilum (Hagar hf.) sem á markaðnum starfa. Fyrir liggir að sögn Festi að samruninn feli ekki í sér skörun á dagvörumarkaði og mun því ekki koma til með að hafa bein áhrif á hann.



3.1. Sjónarmið og umsagnir keppinauta um áhrif samrunans

101. Þá skiluðu hagsmunaaðilar sjónarmiðum vegna samrunans sem voru sumar hverjar neikvæðar. Þannig bentu keppinautar á að með samruna Festi og Lyfju myndi innkaupastyrkur sameinaðs félags styrkjast bæði með samþættingu verslana, staðsetningu verslana og möguleikum á auknu vöruframboði í verslunum Lyfju.
102. Innkaupaafli sameinaðs fyrirtækis muni aukast verulega frá því sem sé í dag að mati eins keppinautar. Margir af birgjum Lyfju og Festis séu þeir sömu og sé að ræða vörutegundir sem bera mikla framlegð, eins og t.d. snyrtivörur, hreinlætisvörur, bætiefnavörur, auk annarra vara sem verulegt framboð sé af í dagvöruverslunum og lyfjaverslunum. Enginn vafi sé á því að slíkt muni auka enn frekar það samkeppnisforskot sem Festi hafi á dagvörumarkaði og Lyfja á lyfjamarkaði.
103. Að mati keppinauta væri í samrunaskrá skautað framhjá því að Lyfja hefur haft tangarhald á mörgum lykilstaðsetningum fyrir lyfjabúðir og lyfjaútibú á landsbyggðinni sem komi í veg fyrir að aðrir nái að hasla sér völl. Þá væri ljóst að mati eins keppinautar að við samrunann verði sú staða enn erfiðari en ella.
104. Þá benti keppinautur á að í samrunaskrá aðila væri komið inn á uppkaup nokkurra lyfjabúða af stóru lyfjakeðjunum og að hans mati yrði ekki annað séð en að um væri að ræða strategísk kaup til að losa sig við samkeppni. Þá nefndi keppinauturinn einnig að Lyfja hafi sett niður lyfjabúðir nánast ofan í starfandi lyfjabúðir sem hafi það að markmiði að mati félagsins að draga úr þrótti smærri keppinautar til vaxtar. Þetta væri gert í krafti efnahagslegra yfirburða og séu einingar jafnvel reknar með miklu tapi svo misserum skipti.
105. Í umsögnum keppinauta kom einnig fram að horfa verði til staðsetninga Festi á matvörumarkaði og þjónustustöðva og markaðurinn yrði að meta út frá því. Festi hf. fari ekki með minni markaðsyfirráð þegar komi að staðsetningum, en Hagar. Þessar staðsetningar geri það að verkum að Lyfja í eigu Festis hafi forskot umfram aðra á markaði til að stækka verulega markaðshlutdeild sína frá því sem nú er í skjóli þeirra staðsetninga sem Festi hefur yfir að ráða.
106. Þannig kom fram í umsögnum keppinauta að ein helst áskorunin í rekstri apóteka og verslana með matvöru almennt sé að finna góðar staðsetningar, þær séu í verslunarrekstri takmörkuð auðlind. Enginn vafi sé á því að með þessum samruna er verið að styrkja stöðu Krónunnar, Elko og N1 ásamt stöðu Lyfju að mati eins keppinautar. Þannig snúist málið miklu fremur um staðsetningar heldur en skörun í vöruúrvali, þar sem nógu erfitt er að komast inn á markaðinn í dag. Með því að heimila samrunann sé verið að styrkja stöðu þeirrar lyfjakeðju sem er langstærst á markaði í dag, Lyfju.
107. Í umsögn Haga hf. kom fram, miðað við þær upplýsingar sem settar eru fram í samrunaskrá, að samruninn muni raska samkeppni á viðkomandi mörkuðum og gefi tilefni til ítarlegrar rannsóknar, m.a. á sameiginlegri hlutdeild samrunaaðila a.m.k. á svæðisbundnum mörkuðum fyrir vítamín, steinefni og bætiefni, sem og almennar snyrtivörur, stöðu Lyfju á svæðisbundnum mörkuðum fyrir smásölu lyfja og hvaða áhrif samþætting við starfsemi Festi hafi á þá stöðu, og áhrif samþættingar Lyfju og Festi hvað varðar staðsetningar verslana og í netverslun. Loks þyrfti að rannsaka getu samrunaaðila til útilokunar smásala á heilsuvörum, frá aðgengi að mikilvægum vörumerkjum Heilsu, og hættu á miðlun viðkvæmra viðskiptaupplýsinga við lóðrétta samþættingu Heilsu og Festi.



4. Almennt um 17. gr. c samkeppnislaga og tengd atriði

108. Samkeppniseftirlitið telur að við mat á samruna þessa máls verði í upphafi að líta til þess að í eldri samkeppnislögum nr. 8/1993 var breytt með lögum nr. 107/2000. Í breytingunni fólst að þau ákvæði samkeppnislaga, sem ætlað var að vinna gegn samkeppnishömlum voru styrkt til muna, þ.m.t. samrunaákvæði laganna. Af lögskýringargögnum má ráða að einn megintilgangurinn með þessari lagabreytingu hafi verið að sporna gegn þeim samkeppnishömlum sem stafað geta af aukinni samþjöppun á markaði vegna samruna. Þannig segir í athugasemdum við frumvarpið sem varð að lögum nr. 107/2000:

„Þegar keppinautum fækkar og markaðsráðandi staða verður til eða þegar fákeppni ríkir er samkeppninni hættu búin. Fyrirtæki hafa ekki lengur sama vilja og getu til að keppa eða þau taka gagnkvæmt tillit hvert til annars. Til að örva samkeppni og koma í veg fyrir samkeppnishömlur við þá stöðu sem að framan er lýst þarf skörp samkeppnislög sem færa samkeppnisfyrirvöldum nauðsynlegar heimildir til að grípa til viðeigandi ráðstafana til að uppræta hömlurnar. Annars fer þjóðarbúið á mis við þann ávinning sem hlýst af virkri samkeppni.“

109. Í þessu sambandi er litið til þess að virk samkeppni lýsir sér almennt í lægra verði, auknum gæðum, auknu úrvali og nýjungum fyrir neytendur. Jafnframt er samkeppni afar mikilvæg fyrir framleiðni og hagkvæmni í atvinnulífinu.¹⁹ Með ákvörðun um að ógilda eða setja skilyrði fyrir samruna er reynt að koma í veg fyrir að neytendur og samfélagið allt séu sviptir þessum gæðum. Samrunaákvæði samkeppnislaga nr. 8/1993, eins og því var breytt með lögum nr. 107/2000, var tekið óbreytt upp í samkeppnislög nr. 44/2005.

110. Með lögum nr. 94/2008 var ákvæðum samkeppnislaga um samruna breytt á ný og fólst í þeirri breytingu frekari styrking á efnisreglum samrunaákvæða laganna. Felur þetta m.a. í sér aukið svigrúm til efnislegs mats á samkeppnislegum áhrifum samruna. Í 17. gr. c samkeppnislaga segir:

„Telji Samkeppniseftirlitið að samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, getur stofnunin ógilt samruna. Jafnframt skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til tækni- og efnahagsframfara að því tilskildu að þær séu neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni. Samkeppniseftirlitið getur einnig sett slíkum samruna skilyrði sem verður að uppfylla innan tiltekins tíma. Við mat á lögmæti samruna skal Samkeppniseftirlitið taka tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hefur áhrif á samkeppnisstöðu hins sameinaða fyrirtækis. Enn fremur skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til þess hvort markaður er opinn eða aðgangur að honum er hindraður.“

111. Eins og fram kemur í frumvarpi sem varð að lögum nr. 94/2008 felst í lagabreytingunni útvíkkun á heimildum Samkeppniseftirlitsins til þess að grípa til íhlutunar í samruna. Kemur fram í frumvarpinu að þessi breyting sé sérstaklega mikilvæg vegna „fákeppniseinkenna í íslensku

¹⁹ Alþjóðastofnanir hafa ítrekað bent á mikilvægi virkrar samkeppni að þessu leyti. Sjá t.d. rit OECD frá október 2014, Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes. Á bls. 2 segir: „Most importantly, it is clear that industries where there is greater competition experience faster productivity growth. This has been confirmed in a wide variety of empirical studies, on an industry-by-industry, or even firm-by-firm, basis. ... The effects of stronger competition can be felt in sectors other than those in which the competition occurs. In particular, vigorous competition in upstream sectors can ‘cascade’ to improve productivity and employment in downstream sectors and so through the economy more widely.“ Í riti frá Alþjóðabankanum, View point, frá september 2012, segir: „Competition drives productivity growth through two key mechanisms: it shifts market share toward more efficient producers, and it induces firms to become more efficient so as to survive. Theoretical and empirical studies provide evidence that product market competition boosts innovation, productivity, and economic growth. Firms facing vigorous competition have strong incentives to reduce their costs, to innovate, and to become more efficient and productive than their rivals. This process motivates firms to offer competitive prices, higher quality, and new and more varied goods and services. Conversely, lack of competition adversely affects productivity.“



hagkerfi“ og rökin fyrir henni sögð vera að „samruni geti verið skaðlegur samkeppni, jafnvel þó að hann leiði ekki til markaðsráðandi stöðu eða styrki markaðsráðandi stöðu.“ Er samrunareglum samkeppnislaga m.a. ætlað að koma í veg fyrir að einn aðili hafi slíka yfirburði og styrk gagnvart birgjum og viðskiptavinum að hann hafi tök á að „stjórna því sem fram fer á markaðnum“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2011, Búvangur o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu.

112. Samkvæmt 17. gr. c samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið þannig gripið til ihlutunar vegna samruna ef hann:

- skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis,
- skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu tveggja eða fleiri fyrirtækja (sameiginleg markaðsráðandi staða), eða
- hefur þau áhrif að samkeppni raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti.

113. Samkvæmt lögskýringargögnum er ljóst að skýra ber 17. gr. c með hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti.²⁰ Hefur það jafnframt verið staðfest í dómaframkvæmd, sbr. dóm héraðsdóms, sem staðfestur var af Hæstarétti í máli nr. 277/2012, *Stjörnugrís hf. og Arion banki hf. gegn Samkeppniseftirlitinu o.fl.*, með vísan til forsendna. Í forsendum héraðsdóms segir jafnframt í tengslum við beitingu 17. gr. c samkeppnislaga að „*játa [yrði] Samkeppniseftirlitinu nokkuð svigrúm til mats á því hvenær samruni hindrar virka samkeppni ... með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti*“.

4.1. Markaðsráðandi staða

114. Samkvæmt 4. tölulið 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaðsráðandi staða fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppnauta, viðskiptavina og neytenda.

115. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*, kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, var dómur héraðsdóms Reykjavíkur staðfestur með vísan til forsendna hans. Í dómi héraðsdóms kemur fram að við „*mat á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði er litið til nokkurra atriða og þau metin saman*“:

Hver er markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á skilgreindum markaði og þróun hennar. Ein viðmiðun er að ef markaðshlutdeild fer yfir 50% þá eru allar líkur á að fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.

Litið er til markaðshlutdeildar þess fyrirtækis sem verið er að meta og hún borin saman við markaðshlutdeild annarra fyrirtækja á markaði. Ef miklu munar á markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem stærstu hlutdeild hefur og þess fyrirtækis sem næst kemur í röðinni er líklegt að stærsta fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.

²⁰ Í frumvarpi því er varð að lögum nr. 94/2008 segir t.d.: „*Er við það miðað að samkeppnisyfirvöld hafi sem endranær hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti við túlkun á íslenskum samrunareglum.*“



Þá er einnig litið til aðgangshindrana að markaði. Hér er átt við atriði á borð við lagalegar hindranir, fjárhagslegar hindranir, stærðarhagkvæmni, aðgengi að birgjum, þróað sölukerfi og þekkt vörumerki.“

116. Fram kemur einnig að dómurinn telji að „þriðja atriðið sem nefnt er að framan, þ.e. aðgangshindranir að markaði, ráði ekki úrslitum þegar meta skal hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu ...“ Hins vegar geti þessi atriði skv. dómnum styrkt frekar þá niðurstöðu að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013, Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu, er með vísan til dómafrankvæmdar bent á að allar líkur séu á að fyrirtæki sé markaðsráðandi ef það hafi 50% markaðshlutdeild eða meira, sbr. einnig dóm Hæstaréttar Íslands frá 26. apríl 2016 í máli nr. 419/2015, Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu.
117. Skilgreining 4. gr. samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu sækir fyrirmynd sína til EES/ESB samkeppnisréttar og er efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls ESB á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur m.a. í Hoffman-La Roche málinu.²¹ Því hefur verið slegið föstu hjá dómstóli ESB að mjög há markaðshlutdeild feli ein og sér í sér sönnun á því að viðkomandi fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu einstakar kringumstæður sem bendi til annars. Þetta eigi við þegar fyrirtæki hafi 50% markaðshlutdeild.²² Ályktunin um markaðsráðandi stöðu sem draga má af markaðshlutdeild er enn sterkari ef fyrirtæki hafa meira en 50% markaðshlutdeild.²³
118. Rétt er að hafa í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008, Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu.
119. Þannig getur fyrirtæki verið í markaðsráðandi stöðu enda þótt það hafi aðeins haft 32% markaðshlutdeild, sbr. dóm dómstóls ESB 15. desember 1994 í máli nr. C-250/92, *Gøttrup-Klim o.fl. gegn Dansk Landbrugs Grovareselskab AmbA*. Undir vissum kringumstæðum geta fyrirtæki verið ráðandi þrátt fyrir að hafa ekki hæstu hlutdeildina, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.
120. Með viðmiðinu skipulag á markaðnum er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem eru talin geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Sem dæmi um slík atriði má nefna

²¹ Mál nr. 85/76 Hoffman-La Roche gegn framkvæmdastjórninni [1979] ECR 3451.

²² Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 25. júní 2010 í máli nr. T-66/01 ICI gegn framkvæmdastjórninni: „*Very large market shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position. ... Thus, according to the case-law of the Court of Justice, a market share of 50% is in itself, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (see, to that effect, Case C-62/86 AKZO v Commission [1991] ECR I-3359, paragraph 60).*“ Þetta á einnig við í samrunamálum sbr. t.d. mgr. 41 í dómi undirréttar ESB frá 6. júlí 2010 í máli nr. T-342/07, Ryanair gegn framkvæmdastjórninni: „*It is settled case-law that, although the importance of market shares may vary from one market to another, the view may legitimately be taken that very large market shares are in themselves, save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (see, in relation to abuse of a dominant position, Case 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 461, paragraph 41, and, in relation to the previous merger regulation, Case T-102/96 Gencor v Commission [1999] ECR II-753, paragraph 205, and Case T-221/95 Endemol v Commission [1999] ECR II-1299, paragraph 134). That may be the situation where there is a market share of 50% or more (see, in relation to abuse of a dominant position, Case C-62/86 AKZO v Commission [1991] ECR I-3359, paragraph 60, and, in relation to the previous merger regulation, Case T-210/01 General Electric v Commission [2005] ECR II-5575, paragraph 115).*“ Sjá enn fremur Whish 6 Bailey, Competition Law, áttunda útgáfa 2015, bls. 50: „*There is a legal presumption that, with 50% of the market, you have a dominant position.*“

²³ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-30/89 Hilti gegn framkvæmdastjórninni [1991] ECR II-1439 og dóm dómstóls ESB í máli nr. C-53/92P [1994] ECR I-667. Í dómum þessum var staðfest sú niðurstaða framkvæmdastjórnar ESB að markaðshlutdeild milli 70-80% væri það há að engnar frekari rannsóknar væri þörf til þess að sýna fram á viðkomandi fyrirtæki væri markaðsráðandi. Sjá einnig dóm undirréttar ESB í sameinuðum málum nr. m.a. T-191/98 Atlantic Container Lines gegn framkvæmdastjórninni [2003] ECR-3257: „*... a market share of 60% on the trade in question gave rise to strong presumption of a dominant position.*“



hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur og hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og framboði af vöru eða þjónustu. Í því sambandi getur lóðrétt samþætting fyrirtækis (e. *vertical integration*) veitt mikilvæga vísbendingu um ráðandi stöðu.²⁴ Einnig er horft til fjölda og styrks keppinauta auk þess sem fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. umræddan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar. Varðandi styrk keppinauta ber að hafa í huga að í EES/ESB-samkeppnisrétti er litið svo á að það sé vísbending um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.²⁵ Þá getur einnig verið rétt að horfa til mögulegs kaupendastyrks á kaupendahlið markaðarins.

121. Um mat á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu í samrunamálum má vísa til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu.

4.2. Samkeppni raskast „að öðru leyti með umtalsverðum hætti“

122. Sem fyrr segir fólst í lögum nr. 94/2008 útvíkkun á heimildum Samkeppniseftirlitsins til þess að grípa til íhlutunar í samruna. Þessi breyting er útskýrð svo í frumvarpi sem varð að framangreindum lögum:
123. Í 1. málsl. 1. mgr. er kveðið á um heimildir Samkeppniseftirlitsins til að ógilda samruna. Í ákvæðinu er lagt til að Samkeppniseftirlitinu verði heimilt að ógilda samruna sem hindrar virka samkeppni, einkum þegar markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja myndast eða slík staða styrkist. Með því að bætt er við orðinu „einkum“ felur ákvæðið í sér aukið svigrúm til efnislegs mats á samkeppnislegum áhrifum samruna. Er rétt að lýsa þessu nánar.
124. Í 1. mgr. 17. gr. nógildandi samkeppnislaga er fjallað um hið samkeppnislega mat sem leggja ber á samruna. Er ákvæðið byggt á eldri samrunareglugerð EB nr. 4064/89. Samkvæmt þessu getur Samkeppniseftirlitið gripið til íhlutunar vegna samruna undir tvennum kringumstæðum. Annars vegar þegar samruni raskar samkeppni með myndun eða styrkingu markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis og hins vegar þegar samruni raskar samkeppni með myndun eða styrkingu sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu tveggja eða fleiri fyrirtækja. Það er hins vegar ljóst að samruni getur undir vissum kringumstæðum raskað samkeppni þrátt fyrir að hann skapi ekki eða styrki markaðsráðandi stöðu eins eða fleiri fyrirtækja, sbr. nánar hér á eftir. Af þessu leiðir að ef samrunareglur heimila einungis inngrip í samruna sem styrkir eða myndar markaðsráðandi stöðu getur það leitt til þess að samkeppnishamlandi samrunar nái fram að ganga með tilheyrandi tjóni fyrir atvinnulífið og almenning. Sökum þessa er að finna í samrunareglum ýmissa ríkja víðtækari heimildir til þess að vinna gegn samkeppnishömlum sem stafa af samruna. Í t.d. Bandaríkjunum, Kanada og Bretlandi er unnt að ógilda samruna sem raskar samkeppni með umtalsverðum hætti (nefnt á ensku „substantial lessening of competition“). Er þessi heimild þannig ekki bundin við samruna sem leiða til eða styrkja markaðsráðandi stöðu. Með nógildandi samrunareglugerð EB nr. 139/2004 var ákveðið að veita víðtækari heimild til að grípa inn í samruna og miða ekki lengur eingöngu við markaðsráðandi stöðu. Í 25. tölul. aðfaraorða reglugerðarinnar eru ástæður þessarar breytingar útskýrðar:

„Í ljósi þess hvaða afleiðingar samfylkingar í fákeppnismarkaðskerfi geta haft er það þeim mun nauðsynlegra að viðhalda skilvirkri samkeppni á slíkum mörkuðum. Á mörgum fákeppnismörkuðum ríkir heilbrigð samkeppni. Við vissar aðstæður geta þó samfylkingar, sem fela í sér afnám

²⁴ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 27/6 United Brands gegn framkvæmdastjórninni [1978] ECR 207.

²⁵ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, fimmta útgáfa 2010, bls. 110: „When there is a significant gap between the market share of the potentially dominant undertaking and the market shares of its competitors, this element may be considered as confirmation of the existence of a dominant position.“



mikilvægra samkeppnishaftha, sem samrunaaðilarnir hafa sett hver öðrum, og minnkandi samkeppnisbrýsting á samkeppnisaðilana sem eftir eru, leitt af sér verulegar hindranir á virkri samkeppni, jafnvel þó að ekki séu líkur á samræmingu á milli aðila í fákeppni. Dómstólar Bandalagsins hafa þó ekki fram til þessa túlkað það skýlaust svo að þess sé krafist samkvæmt reglugerð (EBE) nr. 4064/89 að samfylkingar, sem hafa slík ósamræmd áhrif, verði lýstar ósamrýmanlegar sameiginlega markaðnum. Vegna réttaröryggis skal því tekinn af allur vafi um það að í þessari reglugerð er heimilað skilvirkt eftirlit með öllum slíkum samfylkingum með því að kveða á um að allar samfylkingar, sem myndu hindra verulega virka samkeppni á sameiginlega markaðnum eða verulegum hluta hans, skuli lýstar ósamrýmanlegar sameiginlega markaðnum. Túlka ber hugtakið „umtalsverð hindrun virkrar samkeppni“ í 2. og 3. mgr. 2. gr. þannig að það taki, auk hugtaksins „yfirburðastaða“, eingöngu til samkeppnishamlandi áhrifa samfylkingar sem eru afleiðing ósamræmds atferlis fyrirtækja sem hafa ekki yfirburðastöðu á viðkomandi markaði.“

Er í þessu frumvarpi lagt til að á samkeppnislögum verði gerðar sams konar breytingar og fólust í núgildandi samrunareglugerð EB. Breytingartillagan byggist þannig á 2. mgr. 2. gr. samrunareglugerðar EB og miðar að því að samræma ákvæði íslensku samkeppnislaganna um efnislegt mat á samruna núgildandi ákvæðum Evrópulöggjafar, þannig að íslensk lög feli í sér sömu vernd fyrir almenning og samfélagið og Evrópulöggjöf veitir, en slíkt er sérstaklega mikilvægt í ljósi fákeppniseinkenna í íslensku hagkerfi. Rökin að baki breytingunni eru þau að samruni geti verið skaðlegur samkeppni, jafnvel þó að hann leiði ekki til markaðsráðandi stöðu eða styrki markaðsráðandi stöðu.

Breyting sú sem er lögð til felst í því að við 1. málsl. 1. mgr verði bætt orðinu „einkum“ þannig að Samkeppniseftirlitinu verði heimilt að ógilda samruna einkum þegar markaðsráðandi staða myndast eða slík staða styrkist. Þessi breyting felur það í sér að unnt er að grípa til íhlutunar vegna samruna ef hann leiðir til þess að markaðsaðstæður verði skaðlegar samkeppni, jafnvel þótt samruninn myndi ekki eða styrki markaðsráðandi stöðu. Sú staða getur helst komið upp þegar um er að ræða samruna keppinauta (lóðréttur samruni) á fákeppnismörkuðum þar sem tiltekna aðstæður eru fyrir hendi. Slíkar aðstæður geta verið þegar fyrirtæki á viðkomandi markaði selja aðgreinanlegar vörur og samrunafyrirtækin hafa verið helstu keppinautar hvort annars. Umtalsverð markaðshlutdeild og samþjöppun á markaðnum hefur og þýðingu. Brotthvarf helsta keppinautarins á slíkum fákeppnismarkaði vegna samruna getur haft þau áhrif að samkeppnislegt aðhald minnkar umtalsvert á markaðnum og getur þetta gefið samrunafyrirtækjum aukinn markaðsstyrk og þar með möguleika á því t.d. að hækka verð. Getur þetta gerst án þess að samrunafyrirtækin hafi það háa markaðshlutdeild að þau teljist markaðsráðandi. Framkvæmdastjórn EB hefur gefið út leiðbeiningareglur (O.J. 2004/C 31/03) þar sem útskýrð eru með ítarlegum hætti þau sjónarmið sem horfa verður til við mat á samruna af þessum toga. Er við það miðað að samkeppnisyfirvöld hafi sem endranær hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti við túlkun á íslenskum samrunareglum.“

125. Fjallað verður nánar um umræddar leiðbeiningarreglur framkvæmdastjórnar ESB hér á eftir. Rétt er fjalla hér einnig um megingundir samruna í næstu köflum.

4.3. Láréttir samrunar

126. Láréttir samrunar felast í því þegar fyrirtæki á sama markaði renna saman. Almennt má segja um samkeppnishömlur sem stafa af láréttum samruna að þær séu aðallega af þrennum toga. Í fyrsta lagi leiðir slíkur samruni til þess að fyrirtækin sem um ræðir hætta að keppa sín á milli um hylli viðskiptavina sinna með tilheyrandi afleiðingum fyrir viðskiptavinum og neytendum. Í öðru lagi getur slíkur samruni leitt til þess að hið sameinaða fyrirtæki öðlist það mikinn efnahagslegan styrk að það geti hætt að taka tillit til keppinauta sinna og neytenda. Í þriðja lagi getur aukin



sambjöppun á markaðnum sem fylgir láréttum samruna dregið úr samkeppni fyrirtækjanna sem eftir eru á markaðnum og auðveldað þeim að taka tillit hvert til annars í því skyni að hámarka sameiginlegan hagnað, t.d. með samhæfðri markaðshegðun sem lýtur að því að hækka verð.

127. Hefur verið bent á það í samkeppnisrétti að slíkir samrunar séu líklegastir til að raska samkeppni vegna þess að þeir hafa um leið og þeir koma til framkvæmda bein áhrif á gerð viðkomandi markaðar. Þessi áhrif felast í því að núverandi eða möguleg samkeppni leggst þegar af á milli samrunafyrirtækjanna. Aðrar tegundir af samrunum hafa ekki þessi beinu áhrif.²⁶
128. Sem fyrr segir er rétt í samrunamálum að hafa hliðsjón leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB. Hún gaf út árið 2004 leiðbeiningar um mat á samkeppnislegum áhrifum láréttra samruna (hér eftir til einföldunar; „lárétta leiðbeiningarnar“).²⁷
129. Í lárétta leiðbeiningunum er samkeppnislegum áhrifum skipt í tvo meginflokka:
- Einhliða áhrif (einnig nefnd ósamræmd áhrif).²⁸ Hér fellur undir þegar samruni myndar eða styrkir markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis. Einnig fellur hér undir samruni fyrirtækja á fákeppnismörkuðum sem felur í sér að mikilvægt samkeppnislegt aðhald hverfur án þess þó að markaðsráðandi staða (sér í lagi eða sameiginleg) myndist, sbr. 24-25. mgr. lárétta leiðbeininganna. Segir um þetta að samruni geti dregið verulega úr samkeppni á markaði vegna þess að samkeppni á milli þeirra aðila sem sameinast hverfur. Slíkir samrunar geta jafnframt haft áhrif á aðra keppinauta á viðkomandi markaði. Verðhækkningar hins sameinaða fyrirtækisins kunna að leiða til þess að eftirspurn eftir vörum þess færist til annarra keppinauta. Aukið svigrúm annarra fyrirtækja á markaðnum, en þeirra sem sameinuðust, til þess að hækka verð gæti svo orðið bein afleiðing af samrunum.
 - Samræmd áhrif. Hér fellur undir myndun eða styrking sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu, sbr. 39. mgr. leiðbeininganna.
130. Samkeppnieftirlitið fær ekki séð að samruni þessa máls hafi í för með sér skaðleg samræmd áhrif og verður því ekki fjallað um þann þátt lárétta leiðbeininganna.
131. Í 14. – 21. mgr. í lárétta leiðbeiningunum er fjallað um mikilvægi þess að horfa til breytingar á markaðshlutdeild og á sambjöppun á markaði í kjölfar samruna, sbr. einnig umfjöllun hér að framan um markaðsráðandi stöðu. Gerð verður nánari grein fyrir þessu hér á eftir.
132. Í 27. – 38. mgr. lárétta leiðbeininganna er fjallað um ýmis atriði sem veitt geta leiðbeiningu um samkeppnishamlandi einhliða áhrif samruna.²⁹ Á meðal þeirra sjónarmiða sem framkvæmdastjórnin reifar í leiðbeiningunum eru þessi:

²⁶ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-5/02 Tetra Laval gegn framkvæmdastjórninni [2002] ECR II-4381: „It is common ground between the parties that the modified merger is conglomerate in type, that is, a merger of undertakings which, essentially, do not have a pre-existing competitive relationship, either as direct competitors or as suppliers and customers. Mergers of this type do not give rise to true horizontal overlaps between the activities of the parties to the merger or to a vertical relationship between the parties in the strict sense of the term. Thus it cannot be presumed as a general rule that such mergers produce anti-competitive effects. However, they may have anti-competitive effects in certain cases.“ Sjá einnig dóm dómstóls ESB í þessu máli, mál nr. C-12/03P.

²⁷ Enska heiti þeirra er: „Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.“ Voru þær birtar 5. febrúar 2004 í stjórnartíðindum ESB (2004/C 31/03).

²⁸ Á ensku nefnt „unilateral effects“ eða „Non-coordinated effects“.

²⁹ Hafa verður hins vegar í huga fyrirvarann í 26. mgr. um þessi atriði séu ekki tæmandi og að þessi atriði þurfi ekki að vera öll fyrir hendi til þess að samruni teljist raska samkeppni: „A number of factors, which taken separately are not necessarily decisive, may influence whether significant non-coordinated effects are likely to result from a merger. Not all of these factors need to be present for such effects to be likely. Nor should this be considered an exhaustive list.“



- Há markaðshlutdeild samrunaaðila. Almennt eykst máttur fyrirtækja á markaði samhliða aukinni markaðshlutdeild. Há markaðshlutdeild getur stuðlað að því að viðkomandi fyrirtæki njóti aukinnar framlegðar af verðhækkunum.³⁰
- Samrunaaðilar eru nánir keppinautar. Innan markaða er gjarnan einhver munur á vörum keppinauta. Þeim mun líkari sem vörur samrunaaðila eru þeim mun meiri er hættan á verðhækkun í kjölfar samruna. Sú samkeppni sem samrunaaðilar hafa stundað sín á milli kann því að vera mikilvægt sjónarmið við mat á efnislegum áhrifum samruna. Í því samhengi getur skipt máli hversu nálægt hvor öðrum keppinautarnir eru (e. *closeness of competition*).
- Takmörkuð geta viðskiptavina til þess að skipta um seljanda. Ef það eru fáir seljendur eða skiptikostnaður viðskiptavina er hár getur verið erfitt fyrir þá að færa sig frá einum seljanda til annars. Samruni sem fækkar valmöguleikum getur takmarkað mjög getu viðskiptavina til þess að skipta um birgja þegar um er að ræða samþjappaðan fákeppnismarkað.
- Ólíklegt er að keppinautar auki framboð ef verð er hækkað. Viðbrögð keppinauta við verðhækkun hins sameinaða fyrirtækis kunna að vera þau að auka framboð sitt. Með því ættu þeir að geta náð til sín einhverjum viðskiptum. Jafnframt viðheldur það samkeppni ef keppinautarnir haga sér með þeim hætti. Ef það er hins vegar ólíklegt af einhverjum ástæðum að keppinautarnir auki framboð sitt þá aukast líkurnar á því að hið sameinaða fyrirtæki hækki verð.
- Hið sameinaða fyrirtæki getur hindrað vöxt eða getu smærri keppinauta til að keppa.
- Samruninn hefur í för með sér að fyrirtæki sem var öflugur keppinautur hverfur af markaði. Fyrirtæki beita sér mismikið í samkeppni. Fyrirtæki sem eru að jafnaði fyrst til þess að lækka verð eða oft fyrst til þess að bjóða upp á ýmsar nýjungar geta haft mikil áhrif á það sem gerist á markaðnum þrátt fyrir að vera ekki stærst, sbr. t.d. svonefnd „maverick“ fyrirtæki. Ef slíkt fyrirtæki hverfur þá kann það að draga úr samkeppni.

4.4. Lóðréttir samrunar og samsteypusamrunar

133. Í lóðréttum samruna felst að fyrirtæki sem starfa á mismunandi sölustigum renna saman, t.d. framleiðandi og smásali. Samsteypusamruni á sér stað þegar fyrirtæki renna saman sem eru hvorki í láréttum né lóðréttum tengslum, þ.e. starfa hvorki á sama eða tengdum mörkuðum. Hafa þeir í huga að sami samruni getur falið í sér blöndu af öllu framangreindu og eru slíkar samrunar stundum nefndir „ská“ samrunar (e. *diagonal mergers*).³¹
134. Framkvæmdastjórn ESB gaf á árinu 2008 út leiðbeiningar um mat á samkeppnislegum áhrifum annars vegar lóðréttra samruna og hins vegar samsteypusamruna (hér eftir til einföldunar „lóðréttu leiðbeiningarnar“).³²
135. Í 10. mgr. og áfram í lóðréttu leiðbeiningunum kemur fram að lóðréttir samrunar og samsteypusamrunar séu almennt ólíklegri en láréttir samrunar til þess að fela í sér takmörkun á samkeppni. Ástæða þessa er að ólíkt láréttum samrunum fela fyrrgreindir samrunar ekki í sér þau beinu áhrif að samkeppni milli tveggja keppinauta hverfur við samrunann. Einnig geti slíkir samrunar leitt af sér hagræði.

³⁰ Í mgr. 27 segir m.a.: „The larger the market share, the more likely a firm is to possess market power. And the larger the addition of market share, the more likely it is that a merger will lead to a significant increase in market power. The larger the increase in the sales base on which to enjoy higher margins after a price increase, the more likely it is that the merging firms will find such a price increase profitable despite the accompanying reduction in output.“

³¹ Sjá t.d. Kokkoris & Shelanski, EU Merger Control, 2014, bls. 222.

³² Enska heitið þeirra er: „Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.“ (2008/C 265/07).



136. Slikir samrunar geta þó einnig haft samkeppnishamlandi áhrif undir vissum kringumstæðum. Er það helst í þeim tilvikum þegar þeir hafa í för með sér svonefnd útilokunaráhrif (e. *foreclosure effect*), þ.e. að núverandi eða mögulegir keppinautar geti útilokast frá tilteknum markaði. Geta samkeppnishömlur t.d. átt sér stað ef hið sameinaða fyrirtæki hefur bæði hvata og getu til að beita vogaraflshægðun milli markaða, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2009, *ERGN Holdings o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

5. Frummat Samkeppniseftirlitsins á stöðufundi og í andmælaskjali

137. Samrunaaðilar fengu kost á að tjá sig um frummat Samkeppniseftirlitsins. Annars vegar fékk Festi kynningu á frumniðurstöðum hinn 15. mars 2024 á stöðufundi (e. *state of play*) þar sem Samkeppniseftirlitið gerði ítarlegri grein fyrir stöðu rannsóknarinnar og frumniðurstöðum um skaðleg áhrif samrunans. Hins vegar fengu bæði Festi og Lyfja bréf með frumniðurstöðum eftirlitsins og afrit af umræddri glærुकynningu þar sem frummatið hafði áður verið útskýrt og reifað munnlega. Fengu aðilar þannig að njóta andmælaréttar í kjölfar stöðufundar og andmælaskjals í samræmi við málsmeðferðarreglur Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005.
138. Samandregið voru frumniðurstöður eftirlitsins þær að sameinað fyrirtæki myndi búa yfir hári markaðshlutdeild á smásölu á vítamínnum, bætiefnum og steinefnum á Austurlandi (45-50%) og samþjöppun verulega umfram viðmið. Samþjöppun vegna samrunans væri einnig verulega umfram viðmið á landinu öllu, sér í lagi Suðurlandi, Suðurnesjum og Höfuðborgarsvæðinu á þessum markaði.
139. Þá myndi hið sameinaða fyrirtæki Festi og Lyfju hafa háa markaðshlutdeild í snyrti- og hreinlætisvörum á Austurlandi (60-65%) og samþjöppun sem rekja mætti til samrunans verulega umfram viðmið. Samþjöppun væri einnig umfram viðmið á landinu öllu, Höfuðborgarsvæðinu, Suðurlandi og Suðurnesjum, og 40-45% markaðshlutdeild á Suðurlandi og Suðurnesjum á þessum vörumarkaði fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum.
140. Loks yrði Heilsa ehf. með 20-25% markaðshlutdeild í innflutning og dreifingu (heildsölu) á vítamínnum og bætiefnum. Við rannsókn málsins bárust Samkeppniseftirlitinu neikvæðar umsagnir viðskiptavina Heilsu, sem snerust um lóðrétt útilokunaráhrif og aðgengi að upplýsingum um keppinauta (hagsmunaárekstrar).
141. Markaðshlutdeildir í smásölu á vítamínnum, bætiefnum og steinefnum annars vegar og snyrti- og hreinlætisvörum hins vegar myndu öllu jafna veita líkur fyrir markaðsráðandi stöðu a.m.k. á Austurlandi, í kjölfar samrunans. Þó setti Samkeppniseftirlitið fyrirvara við þá ályktun. Annars vegar væri ekki um endanlega eða bindandi niðurstöðu að ræða. Hins vegar hefðu önnur mótvægisatriði áhrif á samrunamatið og spiluðu inn í heildarmat Samkeppniseftirlitsins um hvort samruninn raskaði virkri samkeppni með umtalsverðum hætti.
142. Þau mótvægisatriði sem taka þyrfti tillit til að mati Samkeppniseftirlitsins, þrátt fyrir samþjöppun einkum á Austurlandi vegna samrunans, væru í fyrsta lagi þau að innkaup neytenda á heilsuvörum eins og vítamínnum og hreinlætis- og snyrtivörum væru ekki jafn tíð eða regluleg eins og t.a.m. þegar kemur að innkaupum neytenda á matvöru í verslunum Krónunnar eða keppinauta þess. Vegna þessa byggju neytendur yfir þeim valkosti að fresta innkaupum um einhvern tíma sem ekki stæði þeim til boða með viðkvæmari dagvörur eins og matvörur. Í öðru lagi hefði netverslun og þar með aðgangur neytenda að þessum vörum aukist undanfarin ár, einkum með netverslun á hreinlætis- og snyrtivörum en einnig með heimsendingarþjónustu á landsbyggðinni í heilsuvörum og öðrum dagvörum. Að frummati Samkeppniseftirlitsins hefði það óneitanlega áhrif á möguleg svæðis- eða staðbundin áhrif samrunans. Loks yrði að frummati



eftirlitsins að taka tillit til landsbundinnar verðstefnu Krónunnar og Lyfju um eitt verð um allt land við mat á áhrifum samrunans, þótt fyrirtæki keppi einnig í öðrum þáttum en verðlagi.

143. Að frummati Samkeppniseftirlitsins hefðu framangreind atriði áhrif á mögulega niðurstöðu um skaðleg áhrif samrunans, enda hefðu þau nokkurt mótvægi við möguleika sameinaðs félags til þess að hækka verð eða rýra gæði þjónustu sinnar í krafti sterkrar stöðu eftir samrunann, einkum á Austurlandi, í smásölu á aðurnefndum heilsuvörum og smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum. Slík mótvægisatriði hefðu því eðli málsins samkvæmt áhrif á hvort samruninn teldist raska samkeppni umtalsvert og hvort hann væri ósamþýðanlegur samkeppnislögum.

6. Athugasemdir samrunaaðila við frummat og andmælaskjal

144. Samrunaaðilar tjáðu sig um frummat Samkeppniseftirlitsins en athugasemdir Festi bárust hinn 26. mars 2024. Lyfja tjáði sig ekki með sjálfstæðum hætti um frummatið en upplýsingar frá Lyfju var að finna í bréfi og athugasemdum Festi til Samkeppniseftirlitsins. Í sjónarmiðum aðila gera þeir tiltekna athugasemdir við frumniðurstöður eftirlitsins en lýstu því ekki formlega yfir að félögin væru andvíg frummatinu í meginforsendum eða aðferðafræði. Samhliða athugasemdum lagði Festi enda fram tillögur að skilyrðum og sátt, og óskaði sáttaviðræðna líkt og nánar verður vikið að síðar í ákvörðuninni.
145. Athugasemdir Festi sneru að áætlun á markaðsstyrk sameinaðs félags og útreikningi á markaðshlutdeildum, innsendum neikvæðum umsögnum hagsmunaaðila og meintum lóðréttum útilokunaráhrifum vegna Heilsu ehf. Þannig benti Festi á að í andmælaskjali væri að finna markaðshlutdeildir samrunaaðila á dagvörumarkaði, apótekamarkaði, markaði fyrir hreinlætis og snyrtivörur og markaði fyrir vítamín, bætiefni og steinefni, skipt niður eftir landfræðilegum mörkuðum á Íslandi. Festi gerði tiltekna athugasemdir við markaðshlutdeildirnar.
146. Gert væri ráð fyrir að Lyfja sé með 100% markaðshlutdeild á apótekamarkaði á Austurlandi, Vestfjörðum og Norðurlandi vestra. Festi benti á að neytendur á þessum landsvæðum geti verslað lyf í netverslunum sem senda lyf um land allt, auk þess sem margir íbúar þessara landsvæða sækja lækniþjónustu til höfuðborgarsvæðisins og séu, að mati Lyfju, líklegastir til að versla þar lyf í leiðinni. Ef litið væri til fólksfjölda á þessum svæðum og upplýsinga um meðal lyfjakaup á íbúa, með hliðsjón af veltu Lyfju á þessum svæðum, þá gerir Lyfja ráð fyrir að markaðshlutdeild félagsins á apótekamarkaði sé um 80-85% á Austurlandi, 70-75% á Vestfjörðum og 80-85% á Norðurlandi vestra. Þá sé bent á umfjöllun í mgr. 270 í samrunaskrá þess efnis að t.d. hjúkrunarheimili á Austurlandi eigi í viðskiptum við annað apótek utan svæðisins, sem hafi talsverð áhrif á markaðshlutdeild Lyfju innan þess.
147. Um markaðshlutdeild samrunaaðila og keppinauta á mörkuðum fyrir snyrti- og hreinlætisvörur sérstaklega gerðu samrunaaðilar einnig athugasemdir. Að mati samrunaaðila væri afar mikilvægt að litið sé til áhrifa frá netverslun þegar komi að mati á markaðshlutdeild á þessum markaði. Taka þurfi tillit til samkeppni frá sérhæfðum netverslunum, erlendum og innlendum snyrtivöruverslunum með mikið vöruval, eins og til dæmis félagsins Beautybox en tekjur þess félags næmu til að mynda tæpum [] m.kr. árið 2022 samkvæmt ársreikningi til marks um vanmetið umfang og aðhald vegna slíkra verslana.
148. Þá tóku samrunaaðilar fram að þeir teldu ástæðu til að draga í efa mat Samkeppniseftirlitsins á markaðshlutdeild Lyfja og Heilsu ehf. á þessum markaði fyrir snyrtivörur, en Lyf og heilsa reki stórar snyrtivörudeildir, meðal annars í Kringlunni, og auk þess netverslun sem sendi um land allt. Sú niðurstaða að Lyf og Heilsa sé einungis með 0-5% markaðshlutdeild á markaði fyrir



snyrti- og hreinlætisvörur og lækki á milli áranna 2022 og 2023, án þess að aðrir aðilar bæti við sig hlutdeild, fái ekki staðist að mati samrunaaðila.

149. Jafnframt tóku samrunaaðilar fram í athugasemdum við andmælaskjal eftirlitsins að ástæða væri til þess að undirstrika yfirburðastöðu Haga á markaði fyrir snyrtivörur á landsvísu, með 55-60% markaðshlutdeild. Há markaðshlutdeild Haga væri óneitanlega stór áhrifaþáttur á niðurstöður útreikninga HHI stuðla á landinu öllu og á þeim svæðum þar sem Hagar starfa. Í kjölfar samrunans yrði sameinað félag Festi og Lyfju næst stærsti aðilinn á þessum markaði með 20-25% markaðshlutdeild á landsvísu. Það væri mat samrunaaðila að með sameinuðu félagi myndist aukinn slagkraftur til þess að mæta sterkri stöðu Haga í samkeppni á þessum markaði.
150. Um markaðsstyrk samrunaaðila á heildsölumarkaði fyrir innflutning og dreifingu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum tóku samrunaaðilar fram að þar virtist Samkeppniseftirlitið ekki taka tillit til eigin innflutnings/birgðahúsa dagvöruverslana. Samrunaaðilar byggja á því að samkeppni frá eigin innflutningi af þessu tagi sé nokkur og þar vegi líklega þyngst staða Aðfanga, í eigu Haga, sem einungis selji vörur til félaga innan samstæðu Haga, að því er samrunaaðilar best vita. Þróun á smásölumarkaði hafi verið í átt að auknum eigin innflutningi, meðal annars í þeim tilgangi að lækka innkaupsverð. Þessi eigin innflutningur hafi mikil áhrif á markaðsgerðina og því sé nauðsynlegt, að mati samrunaaðila, að líta til innflutnings Aðfanga og annarra birgðahúsa á þeim vörflokkum sem Heilsa flytur inn og selur í heildsölu. [].
- Á hinn bóginn, verði ekki litið til umfangs eigin innflutnings aðila á dagvörumarkaði, þá verði einnig við mat á áhrifum samrunans, að draga frá veltu Heilsu sölu innan samstæðu við útreikning á markaðshlutdeildum.
151. Í athugasemdum sínum tóku samrunaaðilar fram að þeir litu svo á að áætluð markaðshlutdeild þeirra á mörkuðum málsins væri almennt ekki slík að þeir teljist vera í sterkri stöðu gagnvart öðrum keppinautum, hvað þá að samrunaaðilar njóti slíks yfirburðar að geta talist ráðandi aðili.
152. Í rannsókninni fékk Festi aðgang að umsögnum og tjáði sig um þær. Samandregið lúta þær umsagnir einkum að lykilstaðsetningum, ætluðum innkaupastyrk sameinaðs félags og lóðréttri sambættingu. Á sama tíma og hægt sé að fallast á að umsagnir markaðsaðila, hvort sem er keppinauta eða viðskiptavina, kunni að koma að notum við rannsókn samruna að sögn Festi, þá sé ljóst að slíkar umsagnir séu skrifaðar með hagsmuni þess sem veitir umsögnina að leiðarljósi og byggt á þeim takmörkuðu upplýsingum sem viðkomandi aðili býr yfir um starfsemi samrunaaðila. Telja samrunaaðilar nauðsynlegt að umsagnir um samrunann verði skoðaðar í því samhengi við úrlausn samrunamálsins.
153. Samhliða athugasemdum við andmælaskjal lagði Festi fram tillögur að skilyrðum til þess að takmarka möguleg skaðleg áhrif samrunans, einkum varðandi heildsölu á heilsuvörum í starfsemi Heilsu.
154. Þegar hefur verið fjallað um frumniðurstöður Samkeppniseftirlitsins í andmælaskjali. Verður þá næst fjallað með ítarlegri hætti um niðurstöður eftirlitsins um áhrif samrunans og hvort hann samræmist samkeppnislögum.

7. Markaðshlutdeild

155. Markaðshlutdeild hefur mikið að segja þegar samkeppnisleg áhrif samruna eru metin. Eins og nefnt hefur verið getur mjög há markaðshlutdeild, 50% eða meiri, í sjálfu sér verið til vitnis um



markaðsráðandi stöðu, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu, og íslenska ríkinu*. Samruni fyrirtækja sem verða eftir samruna með undir 50% markaðshlutdeild getur einnig raskað samkeppni, líkt og áður segir, í ljósi annarra atriða, s.s. styrks og fjölda keppnauta, hvort fyrir hendi séu takmarkanir á framleiðslugetu, eða í ljósi þess að hve miklu leyti vörutegundir samrunaaðila eru staðgönguvörur. Þannig hefur t.d. framkvæmdastjórn ESB talið að samrunar, sem leiða til þess að hið sameinaða fyrirtæki nái markaðshlutdeild á milli 40 og 50% og í sumum tilvikum minna en 40%, geti myndað eða styrkt markaðsráðandi stöðu, sbr. 17. mgr. lárétta leiðbeininganna.

156. Við mat á markaðshlutdeild er að jafnaði stuðst við upplýsingar hlutaðeigandi fyrirtækja um tekjur þeirra vegna sölu á vöru og/eða þjónustu sem um ræðir á síðasta heila almanaksári eða eftir atvikum fleiri undangengnum árum, sbr. t.d. ársreikninga eða árshlutauppgjör eða nánari sundurliðun á tekjum eftir því sem við á í hverju máli.
157. Til að leggja mat á stærð þeirra markaða sem samrunaaðilar starfa á og sem Samkeppniseftirlitið telur að samruninn hafi áhrif á var gagna aflað frá eftirtöldum aðilum fyrir árin 2021-2023:
- Dagvöruverslunum, ásamt gögnum frá Skattinum um veltu einstakra matvöruverslana á Íslandi³³
 - Apótekum
 - Sjúkratryggingum Íslands
 - Heildsölum
 - Sérverslunum með snyrtivörur
 - Sérverslunum með heilsuvörur
 - Netverslunum sem selja snyrti-og/eða heilsuvörur
158. Hér í framhaldinu verður fyrst fjallað um mat samrunaaðila og þeirra eigin áætlanir um markaðshlutdeild á þeim mörkuðum sem félögin starfa, þ.e. þeim mörkuðum sem lagðir eru til grundvallar í samrunaskrá.
159. Í kjölfarið mun Samkeppniseftirlitið setja fram mat sitt á hlutdeild aðila á mörkuðum málsins, en eftirlitið hefur þegar gert aðilum grein fyrir frumniðurstöðu um markaðshlutdeild á fyrri stigum rannsóknarinnar, þótt slíkt mat sé nú ítarlegra í kjölfar frekari rannsóknar og með aðlögunum.

7.1. Sjónarmið samrunaaðila

160. Líkt og áður sagði upplýstu samrunaaðilar í samrunaskrá að starfsemi aðila skarist helst á annars vegar markaði fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum og hins vegar á markaði fyrir smásölu á heilsuvörum. Þau landfræðilegu markaðssvæði sem sérstaklega var fjallað um af hálfu aðila voru Austurland, Suðurland og Suðurnes. Hvað varðar markaðshlutdeildar tölur sem samrunaaðilar settu fram í samrunaskrá vísa þeir til og byggja á greiningu í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2017, *samruni Haga og Lyfju*. Samrunaaðilar benda þó á eftirtaldar breytingar hafi átt sér stað á mörkuðum frá árinu 2017 sem hafi áhrif á markaðsstyrk og þróun hans á þeim árum sem liðin eru. Á markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur og heilsuvörur benda aðilar á að eftirtaldar breytingar hafi átt sér stað:

³³ Einungis var óskað eftir veltu á dagvörumarkaði fyrir árin 2022-2023 þar sem Samkeppniseftirlitið hafði aflað veltuupplýsinga fyrir árið 2021 í öðru máli og því var ekki þörf á að afla þeirra gagna að nýju. Sjá kaup Haga hf. á öllu hlutafé í Eldum rétt ehf. https://www.samkeppni.is/media/akvardanir-2022/Akvordun-23_2022_Eintak-AN-TRUNADAR.pdf



- Krónan opnaði sína fyrstu verslun á Akureyri árið 2022
- Verslunum Heilsuhússins á Selfossi og á Akureyri var lokað
- Festi seldi verslunina Kjarval á Hellu árið 2021 til Samkaupa
- Hagkaup lokaði á Borgarnesi árið 2019, í Reykjanesbæ árið 2020 og á Selfossi árið 2021
- Bónus opnaði sína þriðju verslun á Akureyri árið 2022
- Reykjanes apótek opnaði árið 2017 og Lyfjaval árið 2023 á Suðurnesjum
- Apótek Vesturlands opnaði á Akranesi árið 2017, í Ólafsvík árið 2020 og á Borgarnesi árið 2022.
- Apótek Suðurlands opnaði á Selfossi árið 2019
- Costco opnaði verslun sína á höfuðborgarsvæðinu árið 2017
- Innkoma netsölufyrirtækja sem senda vörur til viðskiptavina um allt land

161. Á markaði fyrir smásölu lyfja nýttu samrunaaðilar gögn frá Sjúkratryggingum Íslands um lyfjakostnað á lyfseðilsskyldum lyfjum, sem er samtala greiðslna einstaklinga og Sjúkratrygginga, og var áætluð markaðshlutdeild Lyfju 30-35% árið 2022.
162. Líkt og reifað var í 6. kafla hér að framan gerðu samrunaaðilar athugasemdir við frummat Samkeppniseftirlitsins um markaðsstyrk og áætlaða markaðshlutdeild á markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur og markaði fyrir vítamín, steinefni og bætiefni. Samkeppniseftirlitið vísar til þeirrar reifunar á sjónarmiðum samrunaaðila sem í meginatriðum sneri að því að markaðshlutdeild Festi og Lyfju væri sennilega ofáætluð að þeirra mati og taka þyrfti aukið tillit til yfirburðarstöðu Haga á þessum vörumörkuðum á landinu öllu, sem og auknu aðgengi neytenda í með netverslun og póst- eða heimsendingu.

7.2. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

163. Verður nú gerð grein fyrir niðurstöðum Samkeppniseftirlitsins um markaðsstyrk og markaðshlutdeildir á þeim mörkuðum sem hafa verið skilgreindir, bæði fyrir samrunaaðila og fyrir aðra keppinauta. Niðurstöður Samkeppniseftirlitsins byggja á fjárhagsupplýsingum sem eftirlitið aflaði um tekjur markaðsaðila á skilgreindum mörkuðum málsins.

7.2.1. Dagvörumarkaður

164. Við útreikninga á markaðshlutdeild á dagvörumarkaði fékk Samkeppniseftirlitið afhent gögn um veltu frá Högum (Bónus og Hagkaup), Festi (Krónan), Samkaupum, Heimkaupum, Costco, Kaupfélagi Skagfirðinga og Kaupfélagi Vestur Húnavetninga. Til að fá sem réttustu mynd af markaðnum aflaði eftirlitið einnig gagna frá Skattinum um veltu matvöruverslana og var velta minni aðila, líkt og Fjarðarkaup og Melabúðin, notuð við greiningu á markaðshlutdeild á dagvörumarkaði.
165. Í töflu 1 og töflu 2 má sjá markaðshlutdeild aðila á dagvörumarkaði fyrir landið allt árin 2021-2023, í töflu 2 er sala um netverslun meðtalin.

Tafla 1: Markaðshlutdeild á dagvörumarkaði 2021-2023, án netverslunar, fyrir landið allt

Fyrirtæki	2021 ³⁴	2022	2023
Hagar	[40-45]%	[40-45]%	[40-45]%
Festi	[25-30]%	[25-30]%	[25-30]%
Samkaup	[20-25]%	[15-20]%	[15-20]%

³⁴ Gögn byggð á gagnaöflun sem fór fram í tengslum við rannsókn Samkeppniseftirlitsins á kaupum Haga hf. á Eldum rétt.



Costco Wholesale Iceland ehf.	[5-10]%	[0-5]%	[0-5]%
Fjarðarkaup ehf.	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Heimkaup	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Aðrir	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%

166. Sé dagvörumarkaður, án netverslunar, skilgreindur sem landið allt voru Hagar með hæstu markaðshlutdeildina árið 2023, eða [40-45]%, Festi þar á eftir með [25-30]% hlutdeild og Samkaup með [15-20]%. Aðrir aðilar voru með hlutdeild á bilinu 0-5%.

Tafla 2: Markaðshlutdeild á dagvörumarkaði 2021-2023, með netverslun, fyrir landið allt

Fyrirtæki	2021	2022	2023
Hagar	[40-45]%	[40-45]%	[40-45]%
Festi	[25-30]%	[25-30]%	[25-30]%
Samkaup	[20-25]%	[15-20]%	[15-20]%
Costco Wholesale Iceland ehf.	[5-10]%	[0-5]%	[0-5]%
Heimkaup	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Fjarðarkaup ehf.	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Aðrir	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%

167. Sé dagvörumarkaður, þar sem netverslun er meðtalin, skilgreindur sem landið allt voru Hagar með hæstu markaðshlutdeildina árið 2023, eða [40-45]%, Festi þar á eftir með [25-30]% hlutdeild og Samkaup með [15-20]%.

168. Markaðshlutdeild aðila breytist því lítið hvort sem netverslun er tekin með í útreikninga á markaðshlutdeild eða ekki. Heildarvelta með netverslun á dagvörumarkaði árin 2022 og 2023 var rúmlega [0-5] ma.kr. á ári hverju. Sé netverslun með dagvörur skilgreind sem sér markaður var Festi með [55-60]% markaðshlutdeild árið 2023, Heimkaup með [30-35]% og Samkaup með [5-10]%.

169. Í töflu 3 er horft til einstaka landfræðilega markaði þar sem Festi rekur dagvöruverslanir og markaðshlutdeild félagsins ásamt helstu keppinautum á þeim svæðum birt fyrir árin 2021-2023.

Tafla 3: Markaðshlutdeild og velta á dagvörumarkaði eftir landfræðilegum mörkuðum árið 2023, án netverslunar

Landfræðilegur markaður	Heildarvelt a í ma.kr.	Festi	Hagar	Samkaup	Aðrir
Akranes	4-5	[45-50]%	[40-45]%	[0-5]%	[5-10]%
Akureyri og eyjafjarðarsvæðið	17-18	[10-15]%	[55-60]%	[25-30]%	[0-5]%
Austurland	6-7	[15-20]%	[30-35]%	[45-50]%	[0]%
Höfuðborgarsvæðið	144-145	[30-35]%	[45-50]%	[5-10]%	[10-15]%
Suðausturland	3-4	[45-50]%	[0]%	[50-55]%	[0]%
Suðurland	16-17	[35-40]%	[40-45]%	[15-20]%	[0]%
Suðurnes	15-16	[15-20]%	[35-40]%	[35-40]%	[5-10]%
Vestmannaeyjar	2-3	[55-60]%	[40-45]%	[0]%	[0]%

170. Festi og Hagar voru með svipaða markaðshlutdeild á Akranesi árið 2023, eða [45-50]% og [40-45]%. Samkaup var þriðji stærsti aðilinn með [0-5]% hlutdeild. Á Akureyri og eyjafjarðarsvæðinu var Festi með [10-15]% hlutdeild árið 2023, Hagar [55-60]% og Samkaup [25-30]%. Heildarvelta



á dagvörumarkaði á Akranesi árið 2023 voru [4-5] ma.kr og velta á Akureyri og eyjafjarðarsvæðinu var [17-18] ma.kr.

171. Festi var þriðji stærsti aðilinn á dagvörumarkaði á Austurlandi árið 2023 með [15-20]% hlutdeild, Samkaup voru með hæstu hlutdeildina, eða [45-50]%, og Hagar voru með [30-35]% hlutdeild. Heildarvelta á dagvörumarkaði á Austurlandi árið 2023 voru [6-7] ma.kr. Á Suðausturlandi var Festi með [45-50]% hlutdeild og Samkaup með [50-55]%. Heildarvelta á dagvörumarkaði á Suðausturlandi árið 2023 var [3-4] ma.kr.
172. Hagar voru með hæstu markaðshlutdeildina á Höfuðborgarsvæðinu, [45-50]%, og Festi næst hæstu, [30-35]%. Samkaup voru með [5-10]% hlutdeild. Heildarvelta á dagvörumarkaði á Höfuðborgarsvæðinu árið 2023 voru [144-145] ma.kr.
173. Festi var stærsti aðilinn á dagvörumarkaði á Suðurlandi, með [35-40]% markaðshlutdeild, árið 2023. Hagar voru með [40-45]% og Samkaup [15-20]% hlutdeild. Á Suðurnesjum var Festi með [15-20]% hlutdeild árið 2023, Hagar [35-40]% og Samkaup [35-40]%. Heildarvelta á dagvörumarkaði á Suðurlandi árið 2023 voru [16-17] ma.kr. og [15-16] ma.kr. á Suðurnesjum.
174. Festi var með hæstu markaðshlutdeildina á dagvörumarkaði í Vestmannaeyjum árið 2023 og Hagar næst hæstu, eða [55-60]% og [40-45]%. Heildarvelta á dagvörumarkaði í Vestmannaeyjum árið 2023 voru [2-3] ma.kr.

7.2.2. Markaður fyrir smásölu lyfja

175. Við útreikninga á markaðshlutdeild á apótekamarkaði fékk Samkeppniseftirlitið afhent gögn frá Sjúkratryggingum Íslands um veltu vegna lyfsölu (lausasölulyf, almenn lyfseðilsgild lyf og S-merkt lyf) í öllum apótekum frá Íslandi árin 2021-2023. Ekki var unnt að aðgreina veltu sem rekja má til sölu úr búðum annars vegar og úr netverslunum hins vegar.
176. Í töflu 4 má finna markaðshlutdeild á apótekamarkaði árin 2021-2023 sé markaðurinn skilgreindur sem landið allt.

Tafla 4: Markaðshlutdeild á apótekamarkaði á landinu öllu 2021-2023

Fyrirtæki	2021	2022	2023
Lyfja	[30-35]%	[30-35]%	[30-35]%
Lyf og heilsa	[25-30]%	[25-30]%	[25-30]%
Lyfjaval	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%
Lyfjaver	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%
Akureyraapótek	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Apótek Vesturlands	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Costco Apótek	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Reykjanesapótek	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Aðrir	[15-20]%	[15-20]%	[10-15]%

Heimild: Sjúkratryggingar Íslands

177. Sé landfræðilegur markaður skilgreindur sem landið allt var Lyfja með hæstu markaðshlutdeildina á markaði fyrir smásölu lyfja árið 2023, [30-35]%, og hefur aukist aðeins frá árinu 2021. Næst stærsti aðilinn á markaði var Lyf og heilsa með [25-30]% hlutdeild. Þriðji stærsti aðilinn, Lyfjaval, var með [5-10]% hlutdeild árið 2023.



178. Í töflu 5 er birt markaðshlutdeild og velta fyrir árið 2023 á apótekamarkaði á þeim landfræðilegum mörkuðum sem Lyfja starfar á.

Tafla 5: Markaðshlutdeild og velta á apótekamarkaði eftir landfræðilegum mörkuðum árið 2023

Landfræðilegur markaður	Velta (í m.kr.) ³⁵	Lyfja	Lyf og heilsa	Aðrir
Akureyri og eyjafjarðarsvæðið	2000-3000	[10-15]%	[40-45]%	[45-50]%
Austurland	500-1000	[100]%	[0]%	[0]%
Borgarbyggð	0-500	[60-65]%	[0]%	[35-40]%
Höfuðborgarsvæðið	19.000-20.000	[30-35]%	[25-30]%	[40-45]%
Norðanverðir vestfirðir	0-500	[100]%	[0]%	[0]%
Norðurland eystra	0-500	[85-90]%	[0]%	[10-15]%
Norðurland vestra	500-1000	[100]%	[0]%	[0]%
Snæfellsnes	0-500	[70-75]%	[0]%	[25-30]%
Suðurland	2000-3000	[25-30]%	[45-50]%	[20-25]%
Suðurnes	1000-2000	[20-25]%	[15-20]%	[55-60]%
Sunnanverðir vestfirðir	0-500	[100]%	[0]%	[0]%

179. Lyfja var eini starfandi aðilinn á apótekamarkaði á Austurlandi, Norðurlandi vestra og á Norðan- og sunnanverðum Vestfjörðum árið 2023 og var með [85-90]% markaðshlutdeild á Norðurlandi eystra það sama ár. Velta var 500-1000 m.kr. á bæði Austurlandi og Norðurlandi vestra árið 2023, en undir 500 m.kr. á Norðurlandi eystra og á Norðan- og sunnanverðum Vestfjörðum. Á Norðurlandi eystra sinnir Vopnafjarðahreppur einnig lyfjasölu, en ekkert annað apótek er á Vopnafirði. Lyfja rekur útibú á Höfn í gegnum lyfsöluleyfi á Selfossi, þær veltutölur eru meðtaldar í Austurlandi.
180. Markaðshlutdeild Lyfju var [60-65]% í Borgarbyggð árið 2023, [70-75]% á Snæfellsnesi, [25-30]% á Suðurlandi og [20-25]% á Suðurnesjum.
181. Lyfja var með [10-15]% markaðshlutdeild á Akureyri og eyjafjarðarsvæðinu og [30-35]% á höfuðborgarsvæðinu árið 2023.

7.2.3. Hreinlætis- og snyrtivörur

182. Við útreikninga á markaðshlutdeild á markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur fékk Samkeppniseftirlitið afhent gögn um veltu frá ýmsum aðilum sem selja slíkar vörur, s.s. dagvöruverslunum, apótekum, sérvörslunum og netverslunum fyrir árin 2021-2023. Í flestum tilfellum var hægt að aðgreina veltu út frá því hvort sala átti sér stað í gegnum hefðbundna verslun eða netverslun, en nokkuð var um að ekki var unnt að flokka sölu um netverslun eftir afhendingastað. Því verður netverslun ekki meðtalin hjá þeim aðilum sem ekki gátu skipt veltu upp eftir afhendingastað þegar markaðshlutdeild er reiknuð eftir þrengri landfræðilegum mörkuðum.
183. Nokkur fyrirtæki sem eru millistór á markaðnum svöruðu ekki gagnabeiðni Samkeppniseftirlitsins og er því markaðshlutdeild samrunaaðila ofmetin, en þó ekki þannig að það skipti máli fyrir niðurstöðu málsins.

³⁵ Veltutölur eru aðeins byggðar á sölu á lyfjum og endurspeglar því ekki heildarveltu á öllum þeim vörum sem apótek selja, s.s. hreinlætisvörum og hjúkrunarvörum.



184. Í töflu 6 er birt markaðshlutdeild á markaði fyrir sölu á hreinlætis- og snyrtivörum á landinu öllu árin 2021-2023. Hér er öll sala meðtalin, þ.e. bæði sala í gegnum hefðbundna verslun og netverslun.

Tafla 6: Markaðshlutdeild á markaði fyrir smásölu á öllum hreinlætis- og snyrtivörum, bæði í verslun og netverslun, 2021-2023, landið allt

Fyrirtæki	2021	2022	2023
Festi	[10-15]%	[10-15]%	[15-20]%
Lyfja	[10-15]%	[10-15]%	[5-10]%
Heilsuhúsið	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Samrunaaðilar samtals	[20-25]%	[25-30]%	[25-30]%
Hagar	[50-55]%	[50-55]%	[50-55]%
Lyf og Heilsa	[0-5]%	[5-10]%	[0-5]%
Costco Wholesale Iceland ehf.	[5-10]%	[0-5]%	[0-5]%
Samkaup	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Boozt	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Aðrir	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%

185. Sé markaðurinn skilgreindur sem smásala á öllum hreinlætis- og snyrtivörum þar sem landið allt er hinn landfræðilegur markaður var markaðshlutdeild samrunaaðila [25-30]%, Festi með [15-20]% og Lyfja [10-15]%. Markaðshlutdeild Festi jókst á milli ára, en hún var [10-15]% árið 2021 og [10-15]% árið 2022. Hagar voru með langhæstu markaðshlutdeildina öll árin, á bilinu [50-55]%. Allir aðrir aðilar á markaðnum, þ.m.t. netverslunin Boozt, voru með undir 5% markaðshlutdeild.
186. Í töflu 7 má sjá markaðshlutdeild aðila á markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur á landinu öllu skipt upp eftir söluleiðum, þ.e. eftir því hvort salan átti sér stað í gegnum hefðbundna verslun eða netverslun.



Tafla 7: Markaðshlutdeild á markaði fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum 2021-2023 skipt upp eftir söluleiðum, landið allt

Á sölustað / í verslun			
Fyrirtæki	2021	2022	2023
Festi	[10-15]%	[10-15]%	[15-20]%
Lyfja	[10-15]%	[10-15]%	[10-15]%
Samrunaaðilar samtals	[20-25]%	[25-30]%	[25-30]%
Hagar	[50-55]%	[50-55]%	[50-55]%
Lyf og Heilsa	[5-10]%	[5-10]%	[0-5]%
Samkaup	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Aðrir	[10-15]%	[10-15]%	[10-15]%
Samtals velta (í ma.kr.)	11-12	11-12	13-14
Netverslun			
Fyrirtæki	2021	2022	2023
Festi	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%
Lyfja	[20-25]%	[5-10]%	[5-10]%
Samrunaaðilar samtals	[25-30]%	[10-15]%	[10-15]%
Boozt	[15-20]%	[20-25]%	[30-35]%
Hagar	[0]%	[25-30]%	[20-25]%
Heimkaup/Lyfjaval	[25-30]%	[20-25]%	[15-20]%
Coolshop.is	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%
Aðrir	[20-25]%	[5-10]%	[5-10]%
Samtals velta (m.kr.)	0-500	500-1000	500-1000

187. Sé markaðnum fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum skipt upp eftir söluleiðum, þ.e. annars vegar sala í hefðbundinni verslun og hins vegar netverslun, voru samrunaaðilar með [25-30]% hlutdeild í sölu í verslun og [10-15]% í netverslun árið 2023.
188. Markaðshlutdeild Festi í netverslun á hreinlætis- og snyrtivörum dróst saman eftir að snyrtivörunetverslun Hagkaupa opnaði árið 2022 og netverslunin Boozt jókst í vinsældum, en hlutdeild Festi fór úr [20-25]% árið 2021 í [5-10]% árið 2023. Árið 2021 var netverslunin Boozt með [15-20]% hlutdeild en hún var [30-35]% árið 2023 og var jafnframt með hæstu markaðshlutdeildina í netverslun það ár. Hagar, sem reka netverslun Hagkaupa, voru með [20-25]% hlutdeild árið 2023 og Heimkaup/Lyfjaval með [15-20]%. Heildarvelta í netverslun með hreinlætis- og snyrtivörum jókst á milli ára, hún var [0-500] m.kr. árið 2021, [500-1000] m.kr. árið 2022 og [500-1000] m.kr. króna árið 2023. Til samanburðar þá var velta í hefðbundinni verslun á þeim vörum [11-14] ma.kr. árin 2021-2023.
189. Í töflu 8 má finna markaðshlutdeild aðila ásamt heildarveltu á markaði fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum árið 2023 á þeim mögulegu landfræðilegu mörkuðum sem samrunaaðilar starfa báðir á. Þá er einnig birt hlutdeild næsta keppinautar á viðkomandi markaði.



Tafla 8: Markaðshlutdeild og heildarvelta á markaði fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum árið 2023, eftir landfræðilegum mörkuðum

Landfræðilegur markaður	Velta (í m.kr.)	Festi	Lyfja	Samrunaaðilar	Næsti keppinautur	Hlutdeild
Landið allt	[13-14.000]	[15-20]%	[5-10]%	[25-30]%	Hagar	[50-55]%
Höfuðborgarsvæðið	[10-11.000]	[10-15]%	[5-10]%	[20-25]%	Hagar	[55-60]%
Austurland	[0-500]	[15-20]%	[45-50]%	[60-65]%	Samkaup	[20-25]%
Suðausturland	[0-500]	[40-45]%	[30-35]%	[70-75]%	Samkaup	[20-25]%
Suðurland	[0-500]	[40-45]%	[5-10]%	[50-55]%	Hagar	[15-20]%
Suðurnes	[0-500]	[25-30]%	[15-20]%	[45-50]%	Hagar	[20-25]%
Akureyri og eyjafjarðasvæðið	[500-1000]	[5-10]%	[0-5]%	[10-15]%	Hagar	[60-65]%

190. Á höfuðborgarsvæðinu voru samrunaaðilar með [20-25]% markaðshlutdeild, Festi með [10-15]% og Lyfja [20-25]% árið 2023. Hagar voru með hæstu markaðshlutdeildina, eða [55-60]% hlutdeild.
191. Á Austurlandi var Lyfja stærsti aðilinn á markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur árið 2023 með [45-50]% hlutdeild og Festi næst stærsti aðilinn með [15-20]% hlutdeild, samrunaaðilar voru því saman með [65-70]% markaðshlutdeild. Þriðji stærsti aðilinn voru Samkaup með [15-20]% markaðshlutdeild. Heildarvelta allra aðila á hreinlætis- og snyrtivörum á Austurlandi var um [0-500] milljónir króna
192. Á Suðausturlandi voru samrunaaðilar með [70-75]% markaðshlutdeild, Festi með [40-45]% hlutdeild og Lyfja með [30-35]% árið 2023. Samkaup var með [20-25]% markaðshlutdeild. Heildarvelta allra aðila á hreinlætis- og snyrtivörum á Suðausturlandi var undir [] milljónum króna árið 2023. Á Suðurlandi voru samrunaaðilar með [50-55]% markaðshlutdeild árið 2023, Festi með [40-45]% hlutdeild og Lyfja [5-10]%. Hagar voru með næst hæstu markaðshlutdeildina, eða [15-20]%. Heildarvelta allra aðila á hreinlætis- og snyrtivörum á Suðurlandi var um [0-500] milljónir króna árið 2023.
193. Á Suðurnesjum voru samrunaaðilar með [45-50]% markaðshlutdeild árið 2023, Festi með [25-30]% hlutdeild og Lyfja með [15-20]% hlutdeild. Hagar voru með næst hæstu markaðshlutdeildina, eða [20-25]%. Heildarvelta allra aðila á hreinlætis- og snyrtivörum á Suðurnesjum var um [0-500] milljónir króna.
194. Á Akureyri og eyjafjarðasvæðinu voru samrunaaðilar með [10-15]% markaðshlutdeild árið 2023, Festi með [5-10]% hlutdeild og Lyfja [0-5]%. Hagar voru með hæstu markaðshlutdeildina, eða [60-65]%. Heildarvelta allra aðila á hreinlætis- og snyrtivörum á Akureyri og eyjafjarðasvæðinu var um [500-1000] milljarður króna.
195. Í töflu 9 er markaðshlutdeild á markaði fyrir smásölu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum birt fyrir árin 2021-2023, þar sem hinn landfræðilegi markaður er skilgreindur sem landið allt. Bæði sala sem átti sér stað í gegnum verslanir á staðnum og netverslanir er meðtalið.



7.2.4. Heilsuvörur - vítamín, bætiefni og steinefni

Tafla 9: Markaðshlutdeild á markaði fyrir smásölu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum árin 2021-2023, landið allt

Fyrirtæki	2021	2022	2023
Festi	[10-15]%	[10-15]%	[10-15]%
Lyfja	[15-20]%	[15-20]%	[15-20]%
Samrunaaðilar samtals	[30-35]%	[30-35]%	[30-35]%
Hagar	[25-30]%	[25-30]%	[20-25]%
Samkaup	[15-20]%	[15-20]%	[10-15]%
Lyf og heilsa	[5-10]%	[0-5]%	[10-15]%
Lyfjaver/Heilsuver	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Hreysti	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Costco Wholesale Iceland	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Aðrir	[5-10]%	[10-15]%	[10-15]%

196. Á markaði fyrir smásölu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum voru samrunaaðilar með [30-35]% markaðshlutdeild árið 2023, Festi með [10-15]% hlutdeild og Lyfja [15-20]%. Hagar voru með næst hæstu markaðshlutdeildina á eftir samrunaaðilum, eða [20-25]% hlutdeild og Samkaup þriðju hæstu með [10-15]% hlutdeild.
197. Í töflu 10 er markaðshlutdeild og velta á markaði fyrir smásölu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum fyrir árið 2023 birt eftir landfræðilegum mörkuðum þar sem samrunaaðilar starfa báðir.

Tafla 10: Markaðshlutdeild og heildarvelta á markaði fyrir smásölu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum árið 2023, eftir landfræðilegum mörkuðum

Landfræðilegur markaður	Velta (í m.kr.)	Festi	Lyfja	Samrunaaðilar	Næsti keppinautur	Hlutdeild
Landið allt	[5000-6000]	[10-15]%	[15-20]%	[30-35]%	Hagar	[20-25]%
Höfuðborgarsvæðið	[3000-4000]	[10-15]%	[15-20]%	[30-35]%	Hagar	[25-30]%
Austurland	[0-500]	[10-15]%	[35-40]%	[50-55]%	Samkaup	[40-45]%
Suðausturland	[0-500]	[25-30]%	[20-25]%	[50-55]%	Samkaup	[45-50]%
Suðurland	[0-500]	[20-25]%	[10-15]%	[35-40]%	Hagar	[20-25]%
Suðurnes	[0-500]	[10-15]%	[10-15]%	[20-25]%	Samkaup	[35-40]%
Akureyri og Eyjafjarðasvæðið	[0-500]	[5-10]%	[0-5]%	[10-15]%	Hagar	[25-30]%

198. Á höfuðborgarsvæðinu voru samrunaaðilar með [30-35]% markaðshlutdeild árið 2023, Festi með [10-15]% og Lyfja með [15-20]%. Hagar voru með hæstu markaðshlutdeildina, eða [20-25]%. Heildarvelta á markaðnum á höfuðborgarsvæðinu var um [3-4] ma.kr.
199. Á Austurlandi voru samrunaaðilar með [50-55]% markaðshlutdeild árið 2023, Festi með [10-15]% hlutdeild og Lyfja með [35-40]%, og voru þannig saman með hæstu markaðshlutdeildina.



Samkaup voru með næst hæstu hlutdeildina, eða [35-40]. Heildarvelta á markaðnum á Austurlandi var um [0-500] m.kr.

200. Á Suðausturlandi voru samrunaaðilar með [50-55]% markaðshlutdeild, Festi með [25-30]% hlutdeild og Lyfja [20-25]%, en Samkaup voru með [45-50]% hlutdeild. Heildarvelta á vítamínnum, bætiefnum og steinefnum á Suðausturlandi var um [0-500] milljónir króna árið 2023. Á Suðurlandi voru samrunaaðilar með hæstu markaðshlutdeildina árið 2023, saman með [35-40]%. Markaðshlutdeild Festi var [20-25]% og Lyfju [10-15]%. Hagar voru með næst hæstu hlutdeildina, eða [20-25]%. Heildarvelta á markaðnum á Suðurlandi var um [0-500] m. kr.
201. Á Suðurnesjum voru samrunaaðilar með [20-25]% markaðshlutdeild árið 2023, Festi með [10-15]% hlutdeild og Lyfja með [10-15]%, og voru þannig saman með næst hæstu markaðshlutdeildina. Samkaup voru með hæstu hlutdeildina, eða [35-40]%. Heildarvelta á markaðnum á Suðurnesjum var um [0-500] m.kr.
202. Á Akureyri og eyjafjarðarsvæðinu voru samrunaaðilar með [10-15]% markaðshlutdeild árið 2023, Festi með [5-10]% hlutdeild og Lyfja með [0-5]%. Hagar voru með hæstu markaðshlutdeildina, eða [25-30]%. Heildarvelta á markaðnum á Akureyri og eyjafjarðarsvæðinu var um [0-500] m.kr.
203. Í töflu 11 eru markaðshlutdeildir á markaði fyrir sölu á vítamínnum, bætiefnum og steinefnum í heildsölu árin 2021-2023 birtar.

Tafla 11: Markaðshlutdeild á markaði fyrir heildsölu á vítamínnum, bætiefnum og steinefnum árin 2021-2023

Fyrirtæki	2021	2022	2023
Heilsa	[15-20]%	[20-25]%	[20-25]%
IcePharma	[20-25]%	[20-25]%	[20-25]%
Artasan	[25-30]%	[25-30]%	[20-25]%
Lýsi	[15-20]%	[15-20]%	[20-25]%
Florealis/Saga natura	[0-5]%	[5-10]%	[5-10]%
Unbroken	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Feel Iceland	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Aðrir	[15-20]%	[20-25]%	[20-25]%

204. Heilsa, dótturfélag Lyfju, var með [20-25]% hlutdeild á markaði fyrir heildsölu á vítamínnum, bætiefnum og steinefnum árið 2023 og var það með fjórðu stærstu markaðshlutdeildina. Hlutdeild fyrirtækisins var svipuð árið 2022, eða [20-25]% en eilítið lægri árið 2021, eða [15-20]%. IcePharma var með hæstu hlutdeildina árið 2023, eða [20-25]% og Artasan með næst hæstu hlutdeildina, eða [20-25]%. Þá var Lýsi með [20-25]% hlutdeild árið 2023. Ekki er mikill munur á markaðshlutdeild þessara fjögurra félög, þ.e. IcePharma, Artasan, Lýsis og Heilsu. Það er þó mikilvægt að taka fram að nokkur fyrirtæki urðu ekki við því að afhenda Samkeppniseftirlitinu gögn með tímanlegum hætti þrátt fyrir umfangsmiklar útsendingar eftirlitsins og upplýsingaskyldu fyrirtækja.

7.2.5. Aðrar heilsuvörur

205. Festi var með hæstu markaðshlutdeildina á markaði fyrir lífrænar matvörur árið 2023, eða [50-55]%, á landinu öllu. Velta Lyfju er lítil í þessum vöruflokki, eða undir []m.kr. og markaðshlutdeild vel undir [0-5]%. Áhrif samrunans á markaði fyrir lífrænar matvörur er því afar takmörkuð og verður ekki fjallað meira um markaðshlutdeildir á þeim markaði.



206. Á markaði fyrir aðrar mat- og drykkjarvörur sem teljast til heilsuvara var Festi með [25-30]% markaðshlutdeild árið 2023 og Lyfja [0-5]%. Áhrif samrunans á markaði fyrir mat- og drykkjarvörur sem teljast til heilsuvara er því afar takmörkuð og verður ekki fjallað meira um markaðshlutdeildir á þeim markaði.

8. Sambjöppun

207. Auk markaðshlutdeildar samrunafyrirtækja og keppinauta þeirra líta samkeppnisyfirvöld til sambjöppunar á markaðnum í heild sinni við mat á áhrifum samruna. Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á má almennt „ganga út frá því að neikvæð áhrif samruna komi því frekar fram því meiri sem sambjöppunin er á tilteknum markaði“, sbr. úrskurð í máli nr. 6/2006, DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Til að meta sambjöppun á einstökum mörkuðum og hættu á samkeppnishömlum vegna m.a. samruna má styðjast við mælikvarða sem nefnist Herfindahl-Hirschman Index (HHI), samanber t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 277/2012, Stjórnugrís hf. og Arion banki hf. gegn Samkeppniseftirlitinu o.fl., þar sem í forsendum dómsins var fallist á að beiting hins svokallaðs HHI-stuðuls við mat samkeppnisyfirvalda á sambjöppun á markaði teljist málefnaleg og í samræmi við lögbundin og venjubundin viðmið í samkeppnisrétti. Á mörkuðum sem einkennast af krosseignatengslum eða sameiginlegu eignarhaldi, þ.e. þegar hluthafar (eigendur) fyrirtækis eiga jafnframt eignarhluti í keppinautum þess, þá getur hefðbundinn HHI-stuðull vanmetið sambjöppunina á markaðnum. Í þeim tilvikum er hægt að styðjast við svokallaðan MHHI-stuðul (e. *Modified HHI*).³⁶
208. Í niðurstöðu héraðsdóms í fyrrgreindu máli, sem staðfestur var með vísan til forsendna í dómi Hæstaréttar í máli nr. 277/2012, er m.a. rakið að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins varðandi umfjöllun um sambjöppun á markaðnum í heild sinni hafi verið stuðst við svokallaðan HHI-stuðul, sem almennt hafi verið talinn gefa vísbendingu um hve mikil sambjöppun væri á markaði og hvers væri að vænta í þeim efnum í kjölfar samruna. Hafi stuðull þessi í ákvörðuninni verið reiknaður út frá markaðshlutdeild svínaræktenda eftir veltu og markaðshlutdeild í slátrun eftir magni í tonnum fyrir og eftir samruna. Samkvæmt þessum útreikningum taldi Samkeppniseftirlitið breytinguna á sambjöppunarstuðlinum það mikla að samruninn hefði í för með sér verulega sambjöppun á markaði þar sem mikil sambjöppun væri fyrir. Með hliðsjón af framangreindu komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að yrði samruninn heimilaður myndi hann raska samkeppni með alvarlegum hætti. Þá segir í dómnum: „Með hliðsjón af tilvitnuðu ákvæði 17. gr. c í samkeppnislögum verður að játa Samkeppniseftirlitinu nokkuð svigrúm til mats á því hvenær samruni hindrar virka samkeppni...“
209. HHI-stuðullinn er talinn vera ein áreiðanlegasta vísbendingin um það hversu mikil sambjöppun á markaði sé og hvort eða hvenær ástæða sé til að fylgjast náið með mörkuðum og frekari sambjöppun í kjölfar samruna.³⁷

³⁶ Nánari umfjöllun þetta atriði má finna í Viðauka 5 við ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 27. mars 2017 í máli nr. M.7932 Dow/DuPont, „Annex 5 to the Commission Decision – Assessment of the effects of common shareholding on market shares and concentration measures.

³⁷ Stuðst er við HHI stuðullinn í framkvæmd samkeppnisreglna hjá framkvæmdastjórn Evrópusambandsins og margra annarra ríkja, t.d. í Færeyjum og í Bandaríkjunum. Í færslu frá 29. júlí 2015 á heimasíðu samkeppnisdeildar bandaríska dómsmálaráðuneytisins er því lýst að það og Federal Trade Commission (FTC) styðjist við HHI í samrunamálum: „The term “HHI” means the Herfindahl–Hirschman Index, a commonly accepted measure of market concentration. The HHI is calculated by squaring the market share of each firm competing in the market and then summing the resulting numbers. For example, for a market consisting of four firms with shares of 30, 30, 20, and 20 percent, the HHI is 2,600 (30² + 30² + 20² + 20² = 2,600).

The HHI takes into account the relative size distribution of the firms in a market. It approaches zero when a market is occupied by a large number of firms of relatively equal size and reaches its maximum of 10,000 points when a market is controlled by a single firm. The HHI increases both as the number of firms in the market decreases and as the disparity



210. HHI-stuðullinn er reiknaður með því að leggja saman ferningstölur markaðshlutdeildar (þ.e. markaðshlutdeild í öðru veldi) þeirra fyrirtækja sem eru á þeim markaði sem við á. Við mat á samþjöppun á markaði er litið til gildis HHI-stuðulsins bæði fyrir og eftir samruna og einnig er horft til þeirrar breytingar sem á stuðlinum verður við samruna.
211. Í lárétta leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB eru áhrif slíkra samruna meðal annars metin með HHI-stuðlinum. Liggur gildi stuðulsins á milli 0 og 10.000,³⁸ en því hærra sem það er þeim mun meiri er markaðssamþjöppunin. Þannig er gildið 10.000 sé aðeins eitt fyrirtæki á markaðnum, en því sem næst 0 séu öll fyrirtækin á markaðnum með örlitla markaðshlutdeild hvert fyrir sig. Í viðmiðunarreglunum er talið ólíklegt að samruni hafi í för með sér samkeppnishömlur þegar gildi HHI-stuðulsins eftir samruna er undir 1.000. Sama á við sé gildið á milli 1.000 og 2.000 og áhrif samrunans undir 250 stigum eða gildið yfir 2.000 og áhrif samrunans undir 150 stigum. Þetta á þó ekki við þegar um er að ræða:
- Samruna við fyrirtæki sem er mögulegur eða nýr keppinautur á markaði.
 - Samruna við fyrirtæki sem hefur verið í fararbroddi með nýjungar á markaði enda þótt það hafi ekki haft í för með sér aukna markaðshlutdeild.
 - Verulegt krosseignarhald markaðsaðila.
 - Samruna við „maverick“ fyrirtæki. Vísbendingar um að samræmdar aðgerðir hafi átt eða eigi sér stað.
 - Samruna við fyrirtæki sem hefur a.m.k. 50% markaðshlutdeild.
212. Verður nú samþjöppun á mörkuðum málsins metin og stuðst við mælikvarða HHI-stuðulsins, reiknað á grundvelli aflaðra gagna um tekjur fyrirtækja og markaðshlutdeildar sem áður var birt í kafla 7 í ákvörðuninni.
213. Sé landfræðilegur markaður landið allt á markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur hækkar HHI stuðull um 314 stig og verður 3424 í kjölfar samrunans. Talsverð samþjöppun er á þeim landfræðilegum mörkuðum þar sem samrunaaðilar starfa báðir á, en HHI stuðull fyrir samrunann er yfir 2.000 stigum á Akureyri- og Eyjafjarðasvæðinu, Austurlandi, Höfuðborgarsvæðinu og Á Suðurlandi. Á Suðurnesjum var HHI stuðullinn 1.900 stig sé miðað við veltu aðila árið 2023. Samruninn hefur mest áhrif á markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur á Austurlandi, þar sem breyting á HHI stuðli er 1.747 stig, á Suðurlandi þar sem breytingin er 694 stig og á Suðurnesjum þar sem hún er 1.061 stig. Þó ber að taka fram í ljósi meðalhöfs að velta í hreinlætis- og snyrtivörum á tilteknum landssvæðum, sér í lagi á Austurlandi er mjög lítil heilt yfir og umfang starfsemi samrunaaðila á svo þröngum mörkuðum er lítill hluti samrunans.
214. Sé landið allt einn landfræðilegur markaður var HHI stuðullinn á markaði fyrir vítamín, bætiefni og steinefni 1.438 stig fyrir samrunann en 1.918 eftir samrunann, breyting á HHI stuðli er því 480 stig. Ef horft er til einstakra landshluta þá var samþjöppun mest á Austurlandi fyrir samrunann og eykst hún talsvert eftir samrunann, eða um 864 stig. Samþjöppun var einnig yfir 2.000 stigum á Suðurlandi og á Suðurnesjum, en breyting á HHI stuðli var 698 og 247 stig. Þó ber einnig að taka fram hér að velta í vítamínum, bætiefnum og steinefnum á tilteknum landssvæðum, sér í

in size between those firms increases. The agencies generally consider markets in which the HHI is between 1,500 and 2,500 points to be moderately concentrated, and consider markets in which the HHI is in excess of 2,500 points to be highly concentrated. See U.S. Department of Justice & FTC, Horizontal Merger Guidelines § 5.2 (2010). Transactions that increase the HHI by more than 200 points in highly concentrated markets are presumed likely to enhance market power under the Horizontal Merger Guidelines issued by the Department of Justice and the Federal Trade Commission.”
³⁸ Sem dæmi má nefna markað með 10 fyrirtækjum sem hvert um sig er með 10% markaðshlutdeild. HHI-stuðullinn væri þar $(10^2) \cdot 10 = 1.000$.



lagi á svæðum eins og Austurlandi er mjög lítil heilt yfir og umfang starfsemi samrunaaðila á svo þröngum mörkuðum er lítill hluti samrunans í ljósi meðalhófs.

215. Af framangreindum tölum má sjá að breyting á samþjöppun markaða fyrir hreinlætis- og snyrtivörur annars vegar og vítamín, bætiefni og steinefni hins vegar er á tilteknum svæðum á landsbyggðinni yfir viðmiðum framkvæmdarstjórnarinnar. Á flestum þeim landfræðilegu mörkuðum sem skilgreindir hafa verið í málinu og þar sem Festi og/eða Lyfja starfa, er samþjöppun vegna samrunans þó innan marka eða hann hefur ekki aukna samþjöppun í för með sér. Þá eru einnig önnur atriði sem skipta máli í rannsókn Samkeppniseftirlitsins við úrlausn á því hvort samruninn samræmist samkeppnislögum líkt og fjallað verður um í næsta kafla.

9. Samandregin niðurstaða um markaðshlutdeild og samþjöppun

216. Í rannsókninni athugaði og aflaði Samkeppniseftirlitið gagna um dagvörumarkað, um lyfsölu á apótekamarkaði, um heild- og smásölu margvíslegra vörutegunda sem öllu jafna fást einnig í dagvöruverslunum og í sérverslunum eins og hreinlætis- og snyrtivörur, og heilsuvörur, þ.m.t vítamín, bætiefni og steinefni. Líkt og áður sagði lagði Samkeppniseftirlitið áherslu á þá markaði þar sem mestu áhrifa samrunans gætti og hefur því í ákvörðun þessari verið fjallað mest um áðurnefnda markaði fyrir hreinlætis- og snyrtivörur annars vegar og heilsuvörurnar vítamín, bætiefni og steinefni hins vegar.
217. Samandregið sé miðað við smásölu á öllum hreinlætis- og snyrtivörum um landið allt væri samanlögð markaðshlutdeild samrunaaðila [25-30]% en Hagar með langhæstu markaðshlutdeildina, [50-55]% eða með um tvöfalt meiri markaðsstyrk en hið sameinaða fyrirtæki. Allir aðrir aðilar á markaðnum voru með undir 5% markaðshlutdeild. Á markaði fyrir smásölu á vítamínum, bætiefnum og steinefnum væru samrunaaðilar með [30-35]% markaðshlutdeild árið 2023 sé miðað við landið allt og Hagar með næst hæstu markaðshlutdeildina á eftir samrunaaðilum, eða [20-25]% hlutdeild og Samkaup þriðju hæstu með [10-15]% hlutdeild.
218. Á þeim landssvæðum þar sem samþjöppun verður yrði markaðshlutdeild sameinaðs fyrirtækis hæst á Austurlandi, eða [60-65]% í hreinlætis- og snyrtivörum og [50-55]% í vítamínum og steinefnum. Á öðrum svæðum verður samþjöppun mest á Suðurlandi og Suðurnesjum eins og áður sagði en þar verður sameinað fyrirtæki með [45-55]% markaðshlutdeild í hreinlætis- og snyrtivörum og [20-40]% markaðshlutdeild í vítamínum, bætiefnum og steinefnum. Á öðrum svæðum er markaðshlutdeild samrunaaðila lægri og innan viðmiða fyrir líkum á markaðsráðandi stöðu í kjölfar samrunans samkvæmt fordæmum samkeppnisréttar.
219. Af framangreindu má sjá að samþjöppun og markaðshlutdeild sameinaðs fyrirtækis verður há einkum á ofangreindum landssvæðum. Helst á Austurlandi og mögulega á Suðurland veitir áætluð markaðshlutdeild þó líkur á sennilegri markaðsráðandi stöðu eftir samrunann án tillits til annarra atriða sem máli skipta. Á mörgum svæðum kann sameinað fyrirtæki að vera sterkt þar sem Festi eða Lyfja voru sterk fyrir samrunann og engin bein samþjöppun á sér stað þar sem starfsemi aðila skarast ekki. Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruninn hafi ekki í för með sér myndun eða styrkingu á markaðsráðandi sem krefjist íhlutunar, þrátt fyrir ofangreinda samþjöppun og markaðsstöðu, á Austurlandi sérstaklega.
220. Nokkur atriði leiða til þess að sameinað fyrirtæki Festi og Lyfju mun ólíklega getað hagað sér án tillits til neytenda eða keppinauta í kjölfar samrunans þrátt fyrir að markaðshlutdeild verði há á tilteknum svæðum.



221. Í fyrsta lagi eru hreinlætis- og snyrtivörur annars vegar og heilsuvörur eins og vítamín, bætiefni og steinefni hins vegar þannig vörur að innkaup neytenda eru ekki jafn tíð eins og með matvörur. Neytendur geti því frestað eða dreift innkaupum sínum ólíkt öðrum og nauðsynlegri dagvörum. Í öðru lagi er ljóst að netverslun hefur aukist mjög í vissum vöruflokkum sem og heimsendingarþjónusta sem eykur utanaðkomandi samkeppnislegt aðhald í garð samrunaaðila frá fyrirtækjum sem þurfa ekki að starfrækja verslun í viðkomandi landshluta. Vísbendingar eru um að smásölumarkaðir fyrir þessa vöruflokka kunni að vera stærri eða víðari en þeir landshlutar sem skilgreindir hafa verið í fyrri málum Samkeppniseftirlitsins þótt það hafi ekki verið til lykta leitt áður en til sáttaviðræðna kom. Í þriðja lagi virðast verslanir Festi og Lyfju á tímavarki rannsóknarinnar ekki teljast til náinna keppinauta þrátt fyrir að starfsemin skarist í snyrtivörum og heilsuvörum, enda sérhæfir Lyfja sig í rekstri apóteka en Festi með dagvöruverslanir Krónunnar þar sem áherslur og þjónustustig er ólíkt. Í fjórða og síðasta lagi hafa bæði Festi og Lyfja haft verðstefnu um samræmt verðlag yfir allt landið og engar breytingar séu fyrirhugaðar á þeirri stefnu.
222. Með vísan til framangreindra atriða hefur rannsóknin og gögn málsins ekki leitt í ljós líklega myndun eða styrkingu á markaðsráðandi stöðu sem krefjist íhlutunar af hálfu Samkeppniseftirlitsins af þeirri ástæðu, umfram þá afmörkuðu íhlutun sem greinir í ákvörðunarorði af öðrum ástæðum.

10. Aðgangshindranir að markaðnum og möguleg samkeppni

223. Í samrunamáli verður að taka til athugunar hvort líklegt sé að nýir keppinautar hefji samkeppni á viðkomandi markaði í þeim mæli að þeir geti veitt fullnægjandi samkeppnislegt aðhald. Í því sambandi verður m.a. að meta hvort um sé að ræða aðgangshindranir inn á markað og takmarkaða möguleika nýrra keppinauta á að hasla sér þar völl, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga.
224. Aðgangshindranir eru hvers konar hindranir sem gera nýjum keppinauti erfitt fyrir að komast inn á viðkomandi markað. Þessar hindranir geta t.d. verið af lagalegum toga, þær geta falist í nauðsyn þess að ná lágmarks stærð svo rekstur verði hagkvæmur og í miklum óendurkræfum kostnaði ef innkoma á markaðinn misheppnast. Dæmi um slíkan kostnað er kostnaður við markaðssetningu og kostnaður við rannsóknir og þróun.
225. Framkvæmdastjórn ESB hefur bent á að líta verði til þess með hvaða hætti samrunaaðilar komi til með að mæta mögulegri samkeppni eftir samruna. Þar er ekki einungis litið til innkomu nýrra fyrirtækja á viðkomandi markað heldur einnig aukinnar samkeppni frá aðilum sem þegar eru starfandi á markaði. Við mat á samruna verður því að taka til athugunar hvaða líkur séu á því að nýir aðilar reyni að ná fótfestu á markaðnum hækki samrunaaðilar verð eða minnki gæði í kjölfar samrunans og hvort um sé að ræða aðgangshindranir inn á viðkomandi markað.
226. Hér er hins vegar mikilvægt að hafa í huga að álitamálið er ekki hvort nýr aðili geti hafið starfsemi á viðkomandi markaði. Álitamálið er hversu líklegt sé að inn á markaðinn komi burðugur keppinautur sem reynist fær um að veita samrunafyrirtækinu nægilega virka samkeppni þannig að dregið verði úr markaðsstyrk þess eða skaðlegum áhrifum þess á samkeppni, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2007, *Erindi Iceland Express ehf. vegna verðlagningar Icelandair ehf. á fargjöldum til Kaupmannahafnar og London*.³⁹ Gera verður þá kröfu að verulegar líkur séu á að nýr og öflugur keppinautur komi inn á markaðinn innan skamms tíma. Í því sambandi skiptir máli að sýnt sé fram á að innkoma nýs keppinautar sé arðvænleg fyrir hann miðað við það verð sem gildi á markaðnum áður en til samruna kom. Í því

³⁹ Sjá t.d. C.J. Cook og C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 5. útg. 2009, bls. 247 og áfram.



sambandi verður meðal annars að athuga hvort möguleikar nýrra keppinauta á að hasla sér völl á markaðnum takmarkist af lagalegum eða tæknilegum hindrunum eða stöðu þeirra fyrirtækja sem þegar eru á markaðnum, sbr. láréttu leiðbeiningar framkvæmdastjórnarinnar.

227. Vissir markaðir einkennast mjög af mikilli og auðveldri innkomu og útgöngu af markaðnum. Jafnan sveiflast þessir markaðir verulega í samræmi við hagsveifluna eða aðra þætti. Í því felst að þátttakendum á markaðnum fjölgar verulega þegar vel árar en þeim fækkar þegar illa árar. Til að innkoma og útganga af markaði sé hindrunarlaus er meðal annars nauðsynlegt að regluverk sé einfalt og að ekki þurfi að kosta miklu til í því skyni að fara inn á markað. Í þessu samhengi skiptir máli að mögulegt sé að selja rekstrarfjármunina við útgöngu. Jafnframt þurfa skammtímasamningar að vera ráðandi til þess að mögulegt sé að hætta rekstri hvenær sem er. Þá myndi sveiflubundin eftirspurn ýta undir það að seljendur komi inn og fari út af markaði í miklum mæli.
228. Í samrunamálinu og fyrri málum hjá Samkeppniseftirlitinu hafa komið í ljós aðgangshindranir á markað fyrir lyfsölu. Í lögum og reglum eru gerðar miklar kröfur um mönnun lyfsala í apótekum sem forsendu fyrir starfsemi þeirra og opnunartíma sem hefur bein áhrif á samkeppni í verði og þjónustu. Hindranir til þess að stækka eða hefja starfsemi á lyfsölumarkaði svo sem með opnun eða stækkun apóteks er ekki aðeins vegna slíkra reglna heldur einnig vegna skorts lyfjafræðinga bæði hérlendis og erlendra lyfjafræðinga sem kunna að vilja starfa hérlendis. Þannig hafa fyrirtæki og keppinautar Lyfju leitað yfir langt eftir lyfsölum sem kunni að vilja starfa hérlendis í apótekum svo hægt sé að fullnægja kröfum hins opinberra um mönnun og viðveru tveggja lyfjafræðinga í lyfjabúðum.
229. Í rannsókninni komu í ljós tiltekin samkeppnisbönn og aðrar sambærilegar hömlur í ráðningarsamningum lyfjafræðinga hjá Lyfju. Slík samningsákvæði hamla möguleikum lyfjafræðinga til þess að hefja störf hjá keppinautum Lyfju eða setja á fót eigin apóteka í samkeppni við Lyfju, jafnvel í lengri tíma eða til margra ára. Slíkir samningar geta þannig hindrað samkeppni og verndað sterka stöðu fyrirtækja eins og Lyfju í lyfsölu, samkeppni og neytendum til tjóns, en félagið er stærsti smásali lyfja hérlendis samkvæmt markaðshlutdeildum í ákvörðun þessari. Í sáttaviðræðum lagði Festi til og Samkeppniseftirlitið féllst á skilyrði um að sameinað fyrirtæki Festi og Lyfju felldi úr gildi samkeppnisbönn og sambærilegar hömlur í ráðningarsamningum lyfjafræðinga til þess að minnka aðgangshindranir og efla samkeppni á lyfsölumarkaði. Nánar verður fjallað um skilyrði sáttarinnar síðar í ákvörðuninni.

11. Lóðrétt áhrif og samsteypuáhrif samrunans

230. Í lóðréttum leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB kemur fram að lóðréttir samrunar geti haft í för með sér jákvæð samkeppnisleg áhrif sem geti t.a.m. stafað af aukinni skilvirkni eftir samrunann.⁴⁰ Slík skilvirkni getur t.d. falist í betri nýtingu framleiðsluþátta, s.s. innviða eða söluleiða, öryggi við öflun á aðföngum og/eða sölu á afurðum.⁴¹ Undir vissum kringumstæðum geta slíkir samrunar þó verið samkeppnishamlandi en það er einkum talið eiga við þegar þeir hafa í för með sér svonefnd útilokunaráhrif (e. *foreclosure effect*), þ.e. ef keppinautar geta útilokast frá tilteknum markaði.⁴² Slík útilokandi áhrif geta komið fram á mismunandi sölustigum.
231. Samruni getur falið í sér útilokandi áhrif fyrir keppinauta á lægra sölustigi ef hann er líklegur til að auka kostnað keppinauta á lægra sölustigi með því að takmarka aðgang þeirra að

⁴⁰ Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2008/C 265/07).

⁴¹ Sjá mgr. 14 í leiðbeiningunum.

⁴² Sjá mgr. 18 í leiðbeiningunum.



mikilvægum vörum á efra sölustigi (e. *input foreclosure*), s.s. með sölusynjun, og auka þannig kostnað keppinauta á lægra sölustigi með því að gera þeim erfiðara um vik að nálgast vörurnar á sambærilegum verðum og skilyrðum og fyrir samrunann. Þetta getur haft í för með sér að sameinaða fyrirtækið hækki verð og raski þannig samkeppni með umtalsverðum hætti. Til þess að þessi staða geti skapast verður hið sameinaða fyrirtæki að vera með mikilvæga vöru í heildsöluþreifingu (e. *important input*) og umtalsverða markaðshlutdeild á einum þeirra markaða sem um ræðir (e. *significant degree of market power*).

232. Þá getur samruni haft í för með sér útilokandi áhrif fyrir keppinauta hins sameinaða fyrirtækis á efra sölustigi með því að takmarka aðgang núverandi eða mögulegra keppinauta þeirra á efra sölustigi að viðunandi viðskiptavinagrunni á lægra sölustigi (e. *customer foreclosure*) og takmarka þannig möguleika þeirra og hvata til að keppa á markaðnum. Þetta getur haft í för með sér hærri kostnað fyrir keppinauta á neðra sölustigi þar sem þeim er gert erfiðara um vik að afla sér birgða/framboðs á sambærilegu verði og með sömu skilmálum og fyrir samrunann sem getur á endanum leitt til hærra verðs á lægra sölustigi. Þetta getur t.d. falist í því að hið sameinaða fyrirtæki hættir að kaupa vörur frá keppinautum á efra sölustigi, dregur úr viðskiptum eða heldur áfram að kaupa vörurnar á óhagstæðari skilmálum en fyrir samrunann. Getur þetta verið mögulegt ef hið sameinaða félag er mikilvægur viðskiptavinur og það er í aðstöðu til þess að draga úr eða koma í veg fyrir möguleika keppinauta á efra sölustigi til að keppa.
233. Til að framangreind aðstaða geti skapast verður hið sameinaða fyrirtæki að vera með umtalsverðan markaðsstyrk á efra eða neðra sölustigi (e. *significant degree of market power*).⁴³
234. Líkt og áður hefur verið reifað benda gögn málsins til þess að sameinað fyrirtæki í gegnum fyrirtæki sitt Heilsu ehf. sé með [20-25]% markaðshlutdeild í heildsölu á heilsuvörum, þ.e. vítamínum steinefnum og bætiefnum. Þrátt fyrir að slík hlutdeild ein og sér sé ekki mjög há þá bærust Samkeppniseftirlitinu einnig neikvæðar umsagnir um áhrif samrunans á samkeppni og aðgengi keppinauta Krónunnar og annarra fyrirtækja að heilsuvörum sem Heilsa hafi selt. Þannig hafi Heilsa selt vinsæl og jafnvel mikilvæg vörumerki í heilsuvörum eins og Gula miðann sem gefi til kynna mögulegt vægi heildsalans umfram það sem markaðshlutdeildir sýni. Þess utan kunni það samkvæmt umsagnaraðilum að vera skaðlegt samkeppni og það leiða til hagsmunaárekstra að sameinað fyrirtæki Festi, Lyfju og Heilsu hafi viðkvæmar viðskiptaupplýsingar um innkaup og pantanir fyrirtækja sem séu í samkeppni við Krónuna og Lyfju á smásölustiginu.
235. Vegna framangreinds lagði Festi til í sáttaviðræðum og Samkeppniseftirlitið féllst á skilyrði um rekstrarlegan aðskilnað Heilsu, aðgengi smásala að aðföngum hjá Heilsu, og verndun viðkvæmra viðskiptaupplýsinga. Er umræddum skilyrðum ætlað að eyða mögulegum útilokunaráhrifum, koma í veg fyrir hagsmunaárekstra og tryggja að viðkvæmar upplýsingar um viðskiptavinum Heilsu berist ekki til Festi og deilda innan samstæðunnar í beinni samkeppni á smásöluörkuðum við viðskiptavinum Heilsu. Nánar verður fjallað um einstök skilyrði sáttarinnar og skýringar við þau í síðasta kafla ákvörðunarinnar.

12. Samantekt og niðurstaða

236. Samkeppniseftirlitið rannsakaði dagvörumarkað, apótekamarkað lyfsölu, og sérstaklega markaði fyrir smásölu á hreinlætis- og snyrtivörum og heildsölu og smásölu á heilsuvörum, sér í lagi markaði fyrir vítamín, bætiefni og steinefni. Niðurstaða rannsóknar Samkeppniseftirlitsins

⁴³ Sjá mgr. 23 í leiðbeiningunum.



er sú að samruninn leiði ekki til myndunar eða styrkingar á markaðsráðandi stöðu sem krefjist íhlutunar af hálfu eftirlitsins af þeirri ástæðu.

237. Þá hefur einnig áhrif að við rannsókn málsins lýsti Festi yfir, við Samkeppniseftirlitið, áformum um aukið þjónustustig á landsbyggðinni á dagvörumarkaði, þ.m.t. í áðurnefndum vöruflokkum hreinlætis- og snyrtivara, og heilsuvara. Lúta þau áform m.a. að aukinni netverslun og stækkun á neti heimsendingarþjónustu Krónunnar einkum á Austurlandi og Suðurlandi.
238. Samrunarannsóknin leiddi aftur á móti í ljósi ákveðna röskun á samkeppni og mögulega hagsmunaárekstra vegna aðstöðu heiltsölu Heilsu ehf. eftir samrunann, sem verður í eigu sameinaðs fyrirtækis Festi og Lyfju en sinnir samtímis innflutningi og dreifingu á tilteknum vörum til keppinauta þessara félaga á smásölumörkuðum. Þá leiddi rannsóknin einnig í ljós samkeppnis- og aðgangshindranir vegna samkeppnishamla í samningum Lyfju við lyfjafræðinga.
239. Í máli þessu hafa samrunaaðilar gengist undir skilyrði í einfaldri sátt eins og áður sagði sem er ætlað að tryggja virka samkeppni og eyða þeim samkeppnishindrunum sem rannsóknin leiddi í ljós. Samkeppniseftirlitið lítur svo á að þar með sé komið í veg fyrir mögulegar samkeppnisraskanir sem annars kynnu að leiða af samrunanum. Aðilarnir undirrituðu sáttina hinn 14. júní 2024 og var hún birt sama dag. Skilyrði hennar eru með þeim hætti sem greinir í ákvörðunarorði, sbr. 17. gr. f samkeppnislaga. Verður þá fjallað um nánar um sáttina, einstaka skilyrði hennar og veittar skýringar á gildissviði og inntaki skilyrða eftir því sem við á.

13. Sátt Festi hf. og Samkeppniseftirlitsins

240. Á grundvelli 17. gr. c samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið sett samruna, sem hindrar virka samkeppni í skilningi ákvæðisins, skilyrði. Með því að setja slíkum samruna skilyrði er ætlunin að koma í veg fyrir þau samkeppnishamlandi áhrif samruna sem ella myndu leiða til ógildingar hans.
241. Meginreglan er sú að skilyrði í samrunamálum verða að vera þess eðlis að komi í veg fyrir þær samkeppnishömlur sem ella hefðu stafað af samruna, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001, *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf., Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði*. Í þessum úrskurði kemur fram að rétt skýring á samrunaákvæði samkeppnislaga leiði til þess að einungis geti komið til álita skilyrði fyrir samruna sem eru til þess fallin að koma í veg fyrir allar þær samkeppnishömlur sem af honum stafa. Vísast í þessu sambandi einnig til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*
242. Heimild Samkeppniseftirlitsins til að ljúka rannsóknum mála með sátt við málsaðila var lögfest með lögum nr. 52/2007 um breytingu á samkeppnislögum nr. 44/2005. Í almennum athugasemdum með frumvarpinu kom m.a. fram:

„Mikill tími og fjármagn fer í að uppfylla kröfur stjórnsluréttarins um undirbúning og birtingu stjórnvaldsákvæðana. Samkeppniseftirlitið hefur nýtt heimild samkvæmt gildandi rétti til að ljúka málum með sátt með góðum árangri, m.a. í samrunamálum. Lögfesting heimildar til að ljúka málum með sátt mundi stuðla að auknu gagnsæi og styrkja núgildandi heimildir stofnunarinnar. ... Samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið sett skilyrði fyrir samruna, enda hindri hann virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða verði til eða styrkist. Í frumvarpinu, sbr. 1. gr. þess, er því gert ráð fyrir að í sátt Samkeppniseftirlitsins og aðila geti m.a. verið kveðið á um skilyrði fyrir samruna eða aðgerðir til breytingar á atferli eða skipulagi.“



243. Eins og skýrlega kemur fram í lögskýringagögnum er eðlilegt að hafa hliðsjón af ESB/EES rétti við túlkun á samrunaákvæðum samkeppnislaga. Þar hafa dómstólar ESB lagt sömu reglu til grundvallar varðandi markmið skilyrða.
244. Í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB um skilyrði í samrunamálum kemur fram að slík skilyrði verði að afstýra allri þeirri röskun á samkeppni sem stafar af viðkomandi samruna. Jafnframt verði slík skilyrði að vera heildstæð og árangursrík frá almennu sjónarmiði. Tilgangur samrunareglna er að vernda samkeppnislega gerð markaða með því að vinna til frambúðar gegn þeirri röskun á samkeppni sem leitt getur af samrunum.
245. Sú staðreynd að tilgangur samrunareglna er að vernda samkeppnislega gerð markaða gefur þannig sterklega til kynna að beita eigi í samrunamálum skilyrðum sem lúta að gerð markaðarins frekar en skilyrðum sem lúta að hegðun fyrirtækja. Hefur einnig verið bent á það að tillögur að skilyrðum sem fela í raun aðeins í sér loforð um að brjóta ekki bannreglur samkeppnisréttarins séu almennt ekki fullnægjandi. Undirréttur ESB hefur sagt að skilyrði sem lúta að gerð markaðarins séu almennt æskilegri þar sem þau komi í eitt skipti fyrir öll, eða a.m.k. í umtalsverðan tíma, í veg fyrir myndun eða styrkingu markaðsráðandi stöðu. Jafnframt þurfi ekki til lengri tíma að fylgjast með því að slík skilyrði séu virt. Hins vegar sé ekki unnt að útiloka að skilyrði sem virðist í fyrstu lúta að hegðun fyrirtækja geti komið í veg fyrir samkeppnishömlur.
246. Í þessu sambandi verður einnig að hafa í huga að sátt samkvæmt 17. gr. f samkeppnislaga getur eðli málsins samkvæmt falið í sér ákveðna málamiðlun og veitir sáttarákvæði samkeppnislaga Samkeppniseftirlitinu heimild til að framkvæma visst hagsmunamat, sbr. tilvísun í lagafrumvarp hér að framan. Í þessu sambandi reynir á hvort virk samkeppni er betur tryggð og þar með hagsmunum almennings betur borgið í tilteknu máli með því að taka einhliða ákvörðun eða gera sátt við viðkomandi fyrirtæki. Þetta mat er mjög háð atvikum í hverju máli, sbr. nánari umfjöllun í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2017, *Sátt við Íslandspóst og ákvörðun nr. 6/2013*.
247. Málsmeðferð og málavextir hafa þegar verið reifaðir í ákvörðun þessari. Verður þá næst fjallað um einstaka skilyrði sáttar Festi og Samkeppniseftirlitsins dags. 14. júní 2024.

13.1. Skýringar við einstaka skilyrði sáttarinnar

1. gr. – Markmið og meginefni

248. Sátt Festi og Samkeppniseftirlitið inniheldur aðallega hegðunarskilyrði. Markmið sáttarinnar eins og fram kemur í efni hennar er að efla og vernda virka samkeppni á þeim mörkuðum sem samruninn hefur áhrif á og bregðast við þeirri röskun á samkeppni sem samruninn myndi annars leiða til. Á það einkum við um Heilsu ehf. vegna heildsölu til keppinauta hins sameinaða fyrirtækis á fráliggjandi smásölumörkuðum, og um samkeppnishömlur í samningum Lyfju hf. við lyfjafræðinga eins og efni skilyrðanna bera með sér.

2. gr. - Samkeppnishömlur á apótekamarkaði

249. Í rannsókninni komu í ljóst tiltekin samkeppnisbönn og aðrar sambærilegt hömlur í ráðningarsamningum lyfjafræðinga hjá Lyfju líkt og áður sagði. Slík samningsákvæði hamla möguleikum lyfjafræðinga til þess að hefja störf hjá keppinautum Lyfju eða setja á fót eigin apóteka í samkeppni við Lyfju, jafnvel í lengri tíma eða til margra ára. Slíkir samningar geta þannig hindrað samkeppni og verndað sterka stöðu fyrirtækja eins og Lyfju í lyfsölu, samkeppni og neytendum til tjóns, en félagið er stærsti smásali lyfja hérlendis samkvæmt markaðshlutdeildum í ákvörðun þessari. Í sáttaviðræðum lagði Festi til og Samkeppniseftirlitið féllst á skilyrði um að sameinað fyrirtæki Festi og Lyfju felldi úr gildi samkeppnisbönn og



sambærilegar hömlur í ráðningarsamningum lyfjafræðinga til þess að minnka aðgangshindranir og efla samkeppni á lyfsölumarkaði.

250. Skilyrðið gildir um slíkar hömlur í þeim ráðningarsamningum sem í gildi voru við gerð sáttarinnar, og falla þá úr gildi, og um framtíðarsamninga sameinaðs fyrirtækis við lyfjafræðinga. Skilyrðið gildir um lyfjafræðinga hjá hinu sameinaða fyrirtæki hvort sem þeir starfa sem lyfsalar eður ei. Skilyrðið ber að túlka til samræmis við markmið þess að því leyti sem slík skýring á orðalagi þess er þörf. Þar sem Festi er aðili sáttarinnar, og hið sameinaða fyrirtæki og öll dótturfélög þess við gildistöku sáttarinnar og í framtíðinni teljast ein efnahagsleg eining, gildir skilyrðið um möguleg samkeppnisbönn í samningum lyfjafræðinga hjá hinu sameinaða fyrirtæki og samstæðu þess, óháð því hvort slíkir lyfjafræðingar starfi í samstæðu hins sameinaða fyrirtækis undir merkjum Lyfjum eða öðrum merkjum samstæðunnar í framtíðinni. Er enda skilyrðinu ætlað að gera lyfjafræðingum að láta af störfum hjá hinu sameinaða fyrirtæki hömlulaust, m.a. til þess að auka hreyfanleika lyfjafræðinga og þannig möguleika á því að nýir keppinautar hasli sér völl eða stækki starfsemi sína í samkeppni við hið sameinaða fyrirtæki á lyfsölumarkaði.
251. Líkt og orðalag skilyrðisins ber með sér takmarkast þessi skuldbinding hins sameinaða fyrirtækis ekki við lengri samkeppnisbönn eða samkeppnishömlur, heldur gildir skilyrðið um öll samkeppnisbönn og sambærilegar hömlur sem koma í veg fyrir að lyfjafræðingar hins sameinaða fyrirtækis geti látið af störfum hömlulaust hjá hinu sameinaða fyrirtæki, með fyrirvara um hefðbundinn þriggja mánaða uppsagnarfrest lyfjafræðinga, svo sem samkvæmt kjarasamningum. Þá er skilyrðið ótímabundið og fellur ekki úr gildi eftir fimm ár, ólíkt öðrum efnislegum skilyrðum sáttarinnar, sbr. 7. gr. sáttarinnar.

3. gr. - Rekstrarlegur aðskilnaður vegna Heilsu ehf.

252. Skilyrðið fjallar með ítarlegum hætti um rekstrarlegan aðskilnað Heilsu frá samstæðu Festi til þess að tryggja sjálfstæði félagsins, koma í veg fyrir hagsmunaárekstra í ákvörðunartöku svo sem vegna heildsöluviðskipta við keppinauta Krónunnar og/eða Lyfju eða annarra eininga, og til þess að tryggja meðhöndlun viðkvæmra viðskiptaupplýsinga um núverandi eða mögulega keppinauta Festi á smásölumörkuðum. Þrátt fyrir að lóðrétt samþætting geti skilað sameinuðu fyrirtæki samlegð þá getur slík samþætting og aðstaða sem hér er uppi hækkað kostnað keppinauta Festi, rýrt raunhæft aðgengi þeirra að vörum, fækkað valkostum þeirra, og þar með hækkað verð og fækkað valkostum neytenda.
253. Inntak skilyrðanna er ítarlegt í skilyrðunum sjálfum sem þarfnast ekki mikillar skýringar. Þrátt fyrir rekstrarlegan aðskilnað kveður skilyrðið á um tiltekna undanþágu vegna stoðþjónustu og greinir í ákvæðunum, sbr. 4. mgr. 3.gr. Slíkar undanþágur skal túlka þröngt. Ef vafi leikur á um inntak eða gildi ákvæða 3. gr. um rekstrarlegan aðskilnað og sjálfstæða viðskiptastefnu Heilsu þá skal túlka skilyrðið í samræmi við markmið sáttarinnar, eins og með önnur ákvæði sáttarinnar.
254. Að öðru leyti skýrir ákvæðið sig sjálft.

4. gr. - Skipan stjórnar

255. Skilyrðinu er ætlað að tryggja sjálfstæði stjórnar Heilsu eins vel og kostur er þrátt fyrir að Festi fari með meirihluta atkvæðarétt í félaginu og stjórn sitji í umboði hluthafafundar. Því skulu stjórnarmenn samkvæmt skilyrðinu ekki hafa nein tengsl við Festi í því skyni að tryggja að ákvæði um rekstrarlegan aðskilnað, sjálfstæða viðskiptastefnu og verndun viðskiptaupplýsinga keppinauta nái tilgangi sínum enda hafi stjórnarmenn félaga öllu jafna aðgang að miklum upplýsingum um rekstur og fjárhags félagsins og taka ákvarðanir um stjórn þess. Þó er



starfsmönnum og stjórnendum Heilsu heimilt að sitja í stjórn félagsins samkvæmt ákvæðinu að því leyti sem hlutafélagalög heimila.

5. gr. - Aðgengi að viðskiptum við Heilsu

256. Skilyrðið kveður á um aðgengi til dæmis keppinauta Festi að aðföngum og heildsöluvörum Heilsu í því skyni að koma í veg fyrir mögulega útilokun samstæðunnar í garð keppinauta vegna eftirsótttra aðfanga og vörumerkja Heilsu. Þannig skal Heilsa selja þeim smásöluaðilum sem eftir því leita vörur í heildsölu á viðskiptalegum grunni. Í 3. gr. sáttarinnar kemur fram í þessu samhengi sem dæmi að viðskipti milli Festi og Heilsu skuli vera eins og milli ótengdra aðila. Þá er Heilsu skylt samkvæmt ákvæðinu að gæta jafnræðis og hlutlægni gagnvart þeim smásöluaðilum sem kaupa vörur af félaginu í heildsölu (e. *fair and non-discriminatory terms*). Þó skal Heilsu heimilt að gera málefnalegar kröfur til viðskiptavina.
257. Við skýringu ákvæðisins skal taka tillit til gildandi viðmiða og fjölda fordæma innlands og EES/ESB samkeppnisréttar um aðgengi að aðföngum og útilokunaráhrif í garð keppinauta svo sem við túlkun á hugtökunum jafnræði og hlutlægni, og túlkun á málefnalegum kröfum til keppinauta. Með gerð sáttarinnar og með þessu skilyrði hefur Festi þó tekið á sig skuldbindingar í sátt sem verður ekki jafnað við bannreglu til dæmis 11. gr. samkeppnislaga; þarf því ekki að liggja fyrir eða sýna fram á markaðsráðandi stöðu sem dæmi eða ómissandi aðstöðu til þess að skilyrðið sé virkt eða því beitt af hálfu samkeppnisyfivalda.

6. og 7. gr. - Önnur skilyrði

258. Önnur skilyrði sáttarinnar skýra sig sjálf en vakin er athygli á því að skilyrði 3.-5. gr. falla úr gildi að liðnum fimm árum frá undirritun sáttarinnar hinn 14 júní 2024, en ákvæði um takmarkaðan gildistíma nær ekki til skilyrðis 2. gr. um brottfall samkeppnisbanna og hamla í samningum lyfjafræðinga líkt og áður greindi.

VI. Ákvörðunarorð

„Kaup Festi hf. á öllu hlutafé Lyfju hf. fela í sér samruna í skilningi samkeppnislaga. Með heimild í 17. gr. c samkeppnislaga setur Samkeppniseftirlitið samrunanum skilyrði, sbr. sátt eftirlitsins og samrunaaðila, dags 14. júní 2024. Með setningu eftirfarandi skilyrða sem felast í sáttinni er ekki þörf á frekari íhlutunar samrunans.

Sáttin er svohljóðandi:

Kaup Festi hf. (hér eftir „Festi“) á öllu hlutafé Lyfju hf. (hér eftir „Lyfja“) fela í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Samkeppniseftirlitið og samrunaaðilar eru sammála um að unnt sé í þessu máli að vinna gegn skaðlegum áhrifum samrunans með skilyrðum. Hafa samrunaaðilar gert sátt við Samkeppniseftirlitið samkvæmt 17. gr. f. samkeppnislaga, sbr. einnig 17. gr. c. laganna, en í henni felst að samrunaaðilar og Heilsa ehf. (hér eftir „Heilsa“) þar með talin, skuldbinda sig til að hlíta eftirfarandi skilyrðum í starfsemi sinni.

1. gr.

Markmið og meginefni skilyrða

Markmið þessarar sáttar, og þeirra skilyrða sem í henni felast, er að efla og vernda virka samkeppni á þeim mörkuðum sem samruninn hefur áhrif á og bregðast við þeirri röskun á samkeppni sem samruninn myndi annars leiða til.



2. gr.

Samkeppnishömlur á apótekamarkaði

Í kjölfar þess að samruninn kemur til framkvæmdar munu ráðningarsamningar sem Lyfja gerir við lyfjafræðinga til framtíðar ekki innihalda ákvæði um samkeppnisbann eða aðrar samkeppnishömlur. Jafnframt munu gildandi ákvæði með samkeppnisbönnum í ráðningarsamningum lyfjafræðinga hjá félaginu, þar með talið hjá lyfsölum, falla úr gildi. Skal Lyfja tilkynna viðkomandi starfsmönnum félagsins skriflega um þetta skilyrði sáttarinnar og um niðurfellingu samningsákvæða með samkeppnisbanni.

3. gr.

Rekstrarlegur aðskilnaður vegna Heilsu ehf.

Heilsa skal áfram rekið sem sjálfstæður lögaðili og þannig rekstrarlega og fjárhagslega aðgreint frá öðrum félögum innan samstæðu Festi. Með fjárhagslegri aðgreiningu er átt við að bókhald og reikningshald Heilsu skal vera sjálfstætt og reikningsskil í samræmi við meginreglur laga og reglna um ársreikninga.

Öll starfsemi, viðskiptaleg ákvörðunartaka og dagleg stjórnun Heilsu skal vera aðskilin frá starfsemi annarra dótturfélaga Festi. Í því felst m.a. að starfsmenn og framkvæmdastjóri Heilsu skulu ekki sinna verkefnum annarra dótturfélaga Festi og öfugt.

Rekstur Heilsu skal fara fram í húsnaði sem er aðskilið frá starfsemi Krónunnar og Lyfju. Aðgreining Heilsu skal jafnframt tryggð með aðgangsstýringu að tölvu- og upplýsingakerfum Heilsu. Aðskilnaður samkvæmt þessu ákvæði skal einnig gilda gagnvart öðrum félögum í samstæðu Festi sem stunda eða kunna að hefja samkeppnisrekstur á þeim mörkuðum þar sem Heilsa, Krónan og/eða Lyfja starfa, á gildistíma sáttarinnar.

Þrátt fyrir skilyrði um rekstrarlegan og fjárhagslegan aðskilnað Heilsu frá öðrum félögum innan samstæðu Festi skulu þau ekki koma í veg fyrir að Festi, sem móðurfélag, veiti Heilsu afmarkaða stoðþjónustu, enda fari veiting slíkrar þjónustu ekki gegn markmiðum sáttarinnar. Um er að ræða stoðþjónustu við (i) fjárhags- og upplýsingakerfi enda tryggi nauðsynleg aðgangsstýring að viðkvæmar viðskiptalegar upplýsingar berist ekki frá Heilsu til systurfélaga, (ii) innheimtu- og greiðslu reikninga, (iii) færslu bókhalds, gerð fjárhagsuppgjöra og launavinnslu, (iv) mannauðsstjórnun, (v) skjalastjórnun, (vi) bifreiða- og fasteignaumsýslu og (vii) lögfræðileg málefni. Þá skal Heilsu heimilt að nýta stoðþjónustu systurfélagsins Yrkis eigna ehf. í tengslum við öryggistækni, þar á meðal vegna rafrænnar vöktunar.

Viðskiptastefna Heilsu skal mótuð með sjálfstæðum hætti og ekki ráðast af sértækum hagsmunum eiganda Heilsu og tengdra félaga og byggð á almennum rekstrarlegum forsendum. Þrátt fyrir framangreint er móðurfélaginu Festi heimilt að vinna að stefnumótun samstæðunnar þar sem tekið er mið af heildarhagsmunum hennar, svo fremi sem slík stefnumótun fer ekki í bága við markmið sáttarinnar.

Viðskipti á milli Heilsu annars vegar og annarra dótturfélaga Festi hins vegar skulu vera á viðskiptalegum forsendum eins og um viðskipti milli ótengdra aðila væri að ræða.

Heilsa skal halda trúnað um upplýsingar er varða viðskiptavini þess og gæta þess að viðkvæmar upplýsingar fari ekki til annarra félaga í samstæðu Festi eða til keppinauta



viðskiptamanna Heilsu. Í því felst að framkvæmdarstjóra félagsins, stjórnarmönnum og öðrum starfsmönnum er óheimilt að miðla viðskiptalega viðkvæmum upplýsingum um viðskipti og/eða viðskiptakjör viðskiptavina sem eru keppinautar Festi og/eða félaga þess, sbr. þó 4. mgr. Hið sama gildir um starfsmenn Festi sem sinna stoðþjónustu samkvæmt 4. mgr.

Aðgangur að viðkvæmum viðskiptaupplýsingum hjá Heilsu sem varða rekstur eða viðskipti fyrirtækisins sem og aðrar upplýsingar sem rétt og eðlilegt er að leynt fari, skal vera starfsmönnum Festi með öllu lokaður, sbr. þó 4. mgr. Sérstaklega á þetta við um upplýsingar um viðskipti Heilsu við mögulega keppinauta Festi og félaga þess.

Efni sáttarinnar skal kynnt starfsfólki Heilsu og skal það undirrita trúnaðaryfirlýsingu því til staðfestingar. Allir starfsmenn Heilsu sem hafa aðgang að viðkvæmum upplýsingum um viðskiptavini félagsins skulu rita undir trúnaðaryfirlýsingu. Hið sama gildir um starfsmenn Festi sem gegna hlutverkum vegna stoðþjónustu samkvæmt 4. mgr.

4. gr.

Skipan stjórnar

Stjórnarmenn, starfsmenn og eigendur að meira en 1% hlut í Festi, dótturfélögum Festi, og/eða fyrirtækjum sem Festi hefur virk yfirráð yfir, öðrum en Heilsu, skulu ekki sitja í stjórn eða varastjórn Heilsu. Hið sama gildir um þá sem eru makar umræddra stjórnarmanna, starfsmanna og eigenda, skyldir þeim eða mægðir í beinan legg eða systkini þeirra.

5. gr.

Aðgengi að viðskiptum við Heilsu

Heilsa skal selja þeim smásöluaðilum sem eftir því leita vörur í heildsölu á viðskiptalegum grunni.

Heilsu er skylt að gæta jafnræðis og hlutlægni gagnvart þeim smásöluaðilum sem kaupa vörur af félaginu í heildsölu (e. *fair and non-discriminatory terms*). Skal Heilsu heimilt að gera málefnalegar kröfur til viðskiptavina.

6. gr.

Viðurlög

Brot á þeim fyrirmælum sem fram koma í sátt þessari varða viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga nr. 44/2005.

7. gr.

Gildistími og endurskoðun o.fl.

Skilyrði sáttarinnar í 3., 4. og 5. gr. falla úr gildi að fimm árum liðnum frá undirritunardegi. Félagið getur óskað eftir endurskoðun á ákvæðum sáttarinnar ef verulegar breytingar hafa orðið á þeim málsatvikum eða aðstæðum sem liggja til grundvallar sáttinni, sbr. 3. mgr. 17. gr. f. samkeppnislaga og VI. kafla stjórnsýslulaga nr. 37/1993.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson