



GAZDASÁGI
VERSENYHIVATAL

VERSENYTANÁCS

Vj/004-019/2011.

Nyilvános változat!

A Gazdasági Versenyhivatal Versenytanácsa az Ujfalussy Ügyvédi Iroda (eljáró ügyvéd: dr. Ujfalussy Kristóf Sebestyén) által képviselt **Ispotály Management Kft.** (Budapest) eljárás alá vont vállalkozás ellen összefonódás engedélyezése iránti kérelem elmulasztása tárgyában indult eljárásban, melyben további ügyfélként részt vett a szintén az Ujfalussy Ügyvédi Iroda által képviselt **HungaroCare Intézeti Gyógyszertár Kft.** (Budapest), – tárgyaláson kívül – meghozta az alábbi

h a t á r o z a t o t .

A Versenytanács megállapítja, hogy az Ispotály Management Kft. elmulasztotta a Gazdasági Versenyhivatal engedélyét kérni a HungaroCare Intézeti Gyógyszertár Kft. feletti – ez utóbbi 100%-os üzletrészenek a 2009. január 5-én megkötött adásvételi szerződés alapján történő megszerzésével megvalósuló – irányításszerzéséhez.

Az előbbiekre tekintettel a Versenytanács az Ispotály Management Kft.-vel szemben 9.000.000,- Ft (kilencmillió forint) bírságot szab ki, amelyet a határozat kézhezvételétől számított 30 napon belül a Gazdasági Versenyhivatal 10032000-01037557-00000000 számú bírságbevételi számlája javára köteles megfizetni, a közlemény rovatban feltüntetve az eljárás alá vont nevét, a versenyfelügyeleti eljárás számát és a befizetés jogcímét (bírság).

A Versenytanács engedélyezi, hogy az Ispotály Management Kft. irányítást szerezzen a HungaroCare Intézeti Gyógyszertár Kft. felett.

A Versenytanács kötelezi továbbá az Ispotály Management Kft.-t, hogy a határozat közlésétől számított 15 napon belül fizessen meg 10.000.000,- Ft (tízmillió forint) eljárási díjat a Gazdasági Versenyhivatal 10032000-01037571-00000000 számú eljárási díj bevételi számlája javára.

Ha a kötelezett fizetési kötelezettségének határidőben nem tesz eleget, késedelmi pótlékot köteles fizetni. A késedelmi pótlék mértéke minden naptári nap után a felszámítás időpontjában érvényes jegybanki alapkamat kétszeresének 365-öd része. A bírság, az eljárási díj, illetve a késedelmi pótlék meg nem fizetése esetén a Gazdasági Versenyhivatal elrendeli a határozat végrehajtását.

A határozat felülvizsgálatát a kézhezvételtől számított 30 napon belül a Fővárosi Bíróságnak címzett, de a Versenytanácsnál benyújtható vagy ajánlott küldeményként postára adott keresettel lehet kérni.

I n d o k o l á s

I.

A vizsgálat megindítása

1. A Gazdasági Versenyhivatalhoz (a továbbiakban: GVH) 2010. augusztus 16-án kérelem érkezett a Hungaropharma Gyógyszerkereskedelmi Zrt. (a továbbiakban: Hungaropharma) Ispotály Holding Egészségügyi Befektető és Szolgáltató Kft. (jelenlegi elnevezéssel: HungaroCare Intézeti Gyógyszertár Kft.; a továbbiakban: HungaroCare) feletti közvetlen egyedüli irányításszerzésének a tisztességtelen piaci magatartás és versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tpv.) VI. fejezete, továbbá a biztonságos és gazdaságos gyógyszer- és gyógyászatisegédeszköz-ellátás, valamint a gyógyszerforgalmazás általános szabályairól szóló 2006. évi XCVIII. törvény (a továbbiakban: Gyftv.) 75. §-ának rendelkezései alapján történő engedélyezése tárgyában.
2. A GVH az 1. pont szerinti kérelem alapján indított, Vj-85/2010. számú versenyfelügyeleti eljárás során észlelte, hogy a HungaroCare az eljárás tárgyát képező tranzakciót megelőzően – az Ispotály Management Kft. (a továbbiakban: Ispotály Management) révén, ez utóbbi társasági szerződésének döntéshozatalra vonatkozó rendelkezései alapján – a Hungaropharma és a Kókai Tanácsadó Kft. közvetett közös irányítása alatt állt. A HungaroCare feletti irányításszerzés engedélyezése iránti – a Tpv. 68. §-a szerinti – kérelmet azonban az irányításszerző a GVH-hoz nem nyújtott be.
3. A fentiekre tekintettel a GVH 2011. január 24-én kelt végzésével a Tpv. 67. §-ának (3) bekezdése és 70. §-ának (1) bekezdése együttes alkalmazásával versenyfelügyeleti eljárást indított az Ispotály Management ellen a HungaroCare feletti közvetlen egyedüli irányításszerzésével megvalósuló összefonódás engedélyezése iránti kérelem benyújtásának elmulasztása tárgyában (Vj/004/2011. számú irat). A GVH az eljárásba egyidejűleg ügyfélként bevonta a HungaroCare-t.

II.

Az irányításszerzés körülményei

4. A Kókai Tanácsadó Kft. és néhány magánszemély 2008. december 17-én alapította az Ispotály Management vállalkozást, amelyben ekkor a Kókai Tanácsadó Kft. rendelkezett a szavazatok többségével, így közvetlen egyedüli irányítást gyakorolt a társaság felett.
5. 2008. december 23-án a Hungaropharma, a Kókai Tanácsadó Kft. és az Ispotály Management háromoldalú szerződést kötött, amelyben megállapodtak az Ispotály Managementnek a Hungaropharma és a Kókai Tanácsadó Kft. közös irányítása alá vonásáról. Ennek érdekében lefektették, hogy [...]*. A szerződés arról is rendelkezik, hogy a Hungaropharma tulajdonszerzését követően az Ispotály Management társasági szerződése mind a taggyűlési hatáskörbe tartozó kérdések körét, mind a taggyűlési határozatok elfogadásához szükséges szavazati arányokat illetően módosításra kerül, annak érdekében, hogy a taggyűlési hatáskörbe tartozó kérdésekben csak a Hungaropharma egyetértésével lehessen döntést hozni. A tulajdonszerzés és az említett módosítások megvalósulásáig tartó átmeneti időszakban a Kókai Tanácsadó Kft. vállalta továbbá, hogy a taggyűlés hatáskörébe tartozó, valamint egyéb lényeges üzleti

* A [...] szimbólum üzleti titkot jelöl.

kérdésekben kizárólag a Hungaropharma előzetes egyetértésével alakítja ki álláspontját, és szavazati jogát is ennek megfelelően gyakorolja.

6. Az 5. pontban ismertetett megállapodás rendelkezéseinek megfelelően az Ispotály Management 2008. december 29-én megtartott taggyűlésén [...]*. Az Ispotály Management 2009. január 30-án megtartott taggyűlésén a társaság elhatározta továbbá, hogy [...]*. Ugyanezen a napon az Ispotály Management tagjai megállapodtak a társasági szerződés módosításáról, amely ezt követően a taggyűlés kizárólagos hatáskörébe tartozó ügyekben (így pl. az ügyvezető megválasztása, kinevezése, visszahívása – akinek feladata egyebek mellett a társaság üzletpolitikája részleteinek kialakítása) [...] *%-os többséget ír elő.
7. Mindeközben 2009. január 5-én az Ispotály Management üzletrész adásvételi szerződést kötött a HospInvest Egészségügyi Befektetési Zrt.-vel (a továbbiakban: HospInvest) az ez utóbbi kizárólagos tulajdonában álló HungaroCare törzstőkéjének 100%-át kitevő üzletrész megvásárlásáról ([...]*). A HospInvest a szerződésben vállalta továbbá, hogy [...]*. A szerződő felek a szerződés hatálybalépésének feltételeként a HospInvest közgyűlésének jóváhagyását kötötték ki, melyet az 2009. január 30-án adott meg.

III.

Az összefonódás résztvevői

Az eljárás alá vont Ispotály Management

8. Az Ispotály Managementet 2008. december 17-én alapították magánszemélyek és a Kókai Tanácsadó Kft. (ez utóbbi többségi tulajdonával és szavazati jogával), abból a célból, hogy a HospInvest Zrt.-től megvásárolja a HungaroCare-t. A vállalkozást 2008. december 23. óta a Kókai Tanácsadó Kft. és a Hungaropharma közösen irányítja. Az Ispotály Management a vizsgált tranzakciót megelőzően nem rendelkezett irányítási joggal egyetlen vállalkozás felett sem.
9. Az eljárás alá vont a 2008. évben nem realizált árbevételt az összefonódásban érintett vállalkozásokon kívüli forrásból. 2010. évi nettó árbevétele 154.200 ezer Ft volt.

Kókai Tanácsadó Kft.

10. A Kókai Tanácsadó Kft. egy magánszemély többségi tulajdonában áll. A társaság üzletviteli és egyéb vezetési tanácsadást végez.
11. A Kókai Tanácsadó Kft. a 2008. évben nem realizált árbevételt az összefonódásban érintett vállalkozásokon kívüli forrásból.

Hungaropharma-csoport

12. A Hungaropharma fő tevékenysége a gyógyszerek és gyógyászati termékek (kötszerek és gyógyászati segédeszközök), valamint vیتال termékek nagykereskedelme, mely tevékenységet az adott termékek teljes körére, Magyarország egész területén végzi (ún. teljes palettás gyógyszer-nagykereskedő). Budapesti telephelyein kívül raktárbázissal rendelkezik több vidéki nagyvárosban is.
13. A Hungaropharma és az általa irányított vállalkozások alkotta vállalkozáscsoport (a továbbiakban együtt: Hungaropharma-csoport) a leányvállalatokon keresztül budapesti és vidéki gyógyszertárak működtetését is végzi, azaz a gyógyszer-kiskereskedelemben

* A [...] szimbólum üzleti titkot jelöl.

is aktív szereplő. A vizsgált tranzakciót megelőzően a Hungaropharma egy tőle független vállalkozással közösen irányította a Pharmadose Kereskedelmi és Egészségügyi Szolgáltató Kft.-t, amely közvetlenül, illetve leányvállalatai révén 6 közforgalmú (Budapest, Baja, Debrecen, Kunszentmiklós, Süllyás, Zalaegerszeg) és egy vényforgalmat is bonyolító intézeti (Vác) gyógyszerteráriumot működtetett. A Vj-85/2010. és Vj-104/2010. számú eljárásokban benyújtott kérelemben foglaltak alapján megállapítható továbbá, hogy a Hungaropharma-csoport – a jelen eljárás tárgyát képező, HungaroCare által működtetett gyógyszerteráriumon túlmenően – különböző leányvállalatai révén (pl. Vektrum Kft., Al-ma Gyógyszertár Kft., stb.)^{*} jelenleg összesen [...] közforgalmú patikát irányít egyedül, további [...] -t, illetve [...] intézeti gyógyszerteráriumot pedig – más vállalkozásokkal vagy magánszemélyekkel – közösen. A Hungaropharma 2011. május 11-én kelt nyilatkozatában (Vj/004-004/2011. számú irat) ugyanakkor arról tájékoztatta a GVH-t, hogy [...].^{*}

14. A Hungaropharma-csoport vállalkozásai a fentiekén kívül gyógyszerkészítmények gyártásával, raktározási, logisztikai, ingatlanhasznosítási, ingatlankezelési tevékenységekkel, valamint az egészségügyhöz kapcsolódó ismeretterjesztéssel, kutatással is foglalkoznak.
15. A Hungaropharma-csoport Tpv. 27. §-ának (1) bekezdése szerinti szűkített nettó árbevétele 2008-ban a tizenötmilliárd forintot jelentősen meghaladta, a gyógyszerkiskereskedelmi forgalmazásból származó bevétele – a vállalkozáscsoport tagjai és más vállalkozások által közösen irányított vállalkozások figyelembevételével – pedig milliárdos nagyságrendű volt.

Az irányítás alá kerülő HungaroCare

16. Az HungaroCare kilenc vidéki fekvőbeteg gyógyintézet gyógyszerellátási feladatait végzi az intézeti gyógyszerteráriumokra nyílt közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött közreműködői szerződés alapján, továbbá a közvetlen lakossági (járóbeteg) gyógyszerellátásban is érdekelt azáltal, hogy intézeti gyógyszerteráriumai vényforgalmat is bonyolítanak. Az említett kórházak a következő vidéki városokban található (zárójelben feltüntetve az adott intézeti gyógyszerterárium közvetlen lakossági gyógyszerellátást végző részlegeinek számát): Ajka (1 db), Dunaújváros (2 db), Eger (2 db), Esztergom (1 db), Gyöngyös (1 db), Hatvan (1 db), Miskolc (1 db), Salgótarján (2 db), Zalaegerszeg (2 db). Az eljárás alá vont nyilatkozata szerint (Vj/004-005/2001. számú irat) azonban a HungaroCare a Dunaújváros, Szórád M. út 39. szám alatti telephelyén a vényforgalmas gyógyszerterárium-működtetési tevékenységet 2010. augusztus 9. napja óta szünetelteti. A jelen eljárás tárgyát képező tranzakció időpontjában a HungaroCare vállalkozáscsoportja üzemeltette a kiskunhalasi kórház intézeti és vényforgalmas gyógyszerteráriumát is, működését azonban – a kórház felszámolására tekintettel – 2009. augusztus 31. napján megszüntette.
17. Az eljárás tárgyát képező tranzakció időpontjában a fenti intézeti gyógyszerteráriumokat projekt-társaságok (Ispo-Med Intézeti Gyógyszertár Kft., Egerszeg Pharma Intézeti Gyógyszertár Kft., Ajka-Pharma Intézeti Gyógyszertár Kft., Pharma-7 Intézeti Gyógyszertár Kft., Szent Korona Esztergom Intézeti Gyógyszertár Kft., Szent Lázár Intézeti Gyógyszertár Kft., Saninvest Egészségügyi Befektető és Szolgáltató Kft.) keretében működtette a HungaroCare, mely ily módon ezen projekt-társaságok tevékenységének összefogását, koordinálását végezte. A projekt-társaságok HungaroCare-be történő (cégjogi) beolvadását a Fővárosi Cégbíróóság 2009. szeptember 7. napján jegyezte be.

^{*} A [...] szimbólum üzleti titkot jelöl.

18. A HungaroCare és a vállalkozáscsoportjába tartozó projekt-társaságok Tpv. 27. §-ának (1) bekezdése szerinti szűkített 2008. évi nettó árbevétele, illetve a gyógyszer-kiskereskedelmi forgalmazásból származó 2008. évi árbevétele ugyancsak milliárdos nagyságrendű.

IV.

A gyógyszer-kereskedelem főbb jellemzői

Szabályozási háttér

19. A gyógyszergyártókra és a gyógyszergyártásra, illetve a gyógyszerfogalmazókra és a gyógyszerfogalmazásra speciális jogi szabályozás vonatkozik, a gyógyszerek veszélyes jellegére, valamint az egyes gyógyszerek társadalombiztosítási támogatására tekintettel.
20. Az emberi alkalmazásra kerülő gyógyszerekről és egyéb, a gyógyszerpiacot szabályozó törvények módosításáról szóló 2005. évi XCV. törvény a gyógyszer-nagykereskedelem fogalma alatt a beszerzett gyógyszerek viszonteladók részére történő értékesítését érti, ideértve a gyógyszerek raktározásával, szállításával, EGT-megállapodásban részes államokon kívüli behozatalával, illetve a nem e térség országaiba irányuló kivitelével kapcsolatos valamennyi tevékenységet, amelyek eredményeként a gyógyszer az előállítótól a lakossági gyógyszerellátókhoz eljut.
21. Gyógyszer-nagykereskedelmi tevékenységet folytatni e tevékenység végzésére jogosító hatósági engedély birtokában lehet. A gyógyszer-nagykereskedő az általa forgalmazott termékeket közvetlenül a lakosság részére nem forgalmazhatja, illetve csak olyan vevőknek szállíthat gyógyszert, akik a gyógyszerekkel kapcsolatos kereskedelmi, illetve egészségügyi szolgáltató tevékenység végzésére engedéllyel rendelkeznek. A gyógyszer-nagykereskedő köteles azon gyógyszereket beszerezni és forgalmazni, melyekre nagykereskedelmi engedélye kiterjed.
22. Intézeti gyógyszertár működtetése a Gyftv. 51. §-a alapján a fekvőbeteg gyógyintézet vagy az annak gyógyszerellátási feladatait ellátó működtető kérelmére engedélyezhető. Az intézeti gyógyszertár a kórházban történő felhasználásra, illetve közvetlen lakossági gyógyszerellátás céljából szolgáltatathat ki gyógyszert, e két tevékenységét azonban köteles elkülönítetten kezelni.
23. A Gyftv. értelmében gyógyszert a betegek, fogyasztók, orvosok, valamint állatorvosok részére – a vonatkozó engedély birtokában – elsődlegesen a gyógyszertárak szolgáltatathatnak ki. A közforgalmú gyógyszertáraknak a gyógyszerek jogszabályban meghatározott körét illetően készletezési kötelezettsége van. A gyógyszer-kiskereskedelmi piacra a Gyftv. alapján a gyógyszertárakon kívüli új szereplőként gyógyszertári működési engedéllyel nem rendelkező, kereskedelmi tevékenységet folytató vállalkozások is beléphetnek, azonban csak vény nélkül kiszolgáltatható és társadalombiztosítási támogatásban nem részesülő gyógyszerek jogszabály által meghatározott köre tekintetében.
24. 2007-től a Gyftv. jelentősen liberalizálta a gyógyszertár-alapítás és -működtetés szabályait. Bár főszabályként megmaradtak a korábbi korlátozások (5 ezer lakos gyógyszertáranként, 250 illetve 300 méter az egyes gyógyszertárak között), a törvény lehetőséget adott új gyógyszertár létesítésére, amennyiben az érintett településen nem működik közforgalmú gyógyszertár, vagy a gyógyszertár működtetője a törvényben meghatározott többlétszolgáltatások nyújtását vállalja (Gyftv. 49. §-ának (2) és (3) bekezdései). A Gyftv. 75. §-a ugyanakkor speciális összefonódás-ellenőrzési szabályokat is tartalmazott, melyek a gyógyszertárat működtető vállalkozások

összefonódásának engedélyköteles voltát a gyógyszer-kiskereskedelemről származó forgalom mértékéhez és az összefonódást követően az adott vállalkozáscsoport közvetlen vagy közvetett irányítása alatt álló gyógyszertárak meghatározott földrajzi körzetekben mért – patikaszámon alapuló – részesedéséhez kötötték. Előírták továbbá, hogy nem valósítható meg olyan összefonódás, amelynek következtében ez a részesedés meghaladná a 25%-ot.

25. A Gyftv. – az egyes egészségügyi és szociális tárgyú törvények módosításáról szóló 2010. évi LXXXIX. törvény (a továbbiakban: Első Mtv.) 11. és 26. §-ai alapján – 2010. augusztus 17-én hatályba lépett módosításával beiktatott 85. §-a azonban új közforgalmú patikák alapításának lehetőségét 2011. január 1-jéig olyan településekre korlátozta, amelyeken más közforgalmú gyógyszertár vagy fiókgyógyszertár nem működik. A Gyftv. 85. § (3) bekezdése továbbá a hatályba lépését követően benyújtott kérelmekre vonatkozóan előírta, hogy a gyógyszertárakat működtető vállalkozások összefonódásához 2011. január 1-jéig sem a Gyftv. 75. §-a, sem pedig a Tptv. alapján engedély nem adható.
26. Az Országgyűlés 2010. december 20-án fogadta el az egyes egészségügyi tárgyú törvények módosításáról szóló 2010. évi CLXXIII. törvényt (a továbbiakban: Második Mtv.), amely – a Gyftv. módosítása révén – 2011. január 1-jétől a gyógyszergyártási, gyógyszer-nagykereskedelmi engedéllyel rendelkező gazdálkodó szervezetek közfinanszírozásban részesülő gyógyszer kiszolgáltatására szerződött gyógyszertárat működtető társaságban történő (közvetlen vagy közvetett) tulajdonszerzését nem teszi lehetővé [Gyftv. 74. § (3) bekezdés]. Ugyancsak e jogszabály alapján nem valósítható meg olyan összefonódás, amelynek eredményeképpen négynél több gyógyszertár kerülne az adott vállalkozás vagy vállalkozáscsoport közvetlen vagy közvetett irányítása alá, továbbá nem valósítható meg olyan összefonódás sem, amelynek következményeként húszezer lélekszám alatti településen három vagy annál több gyógyszertár kerülne az adott vállalkozás vagy vállalkozáscsoport közvetlen vagy közvetett irányítása alá [Gyftv. 75. §]. A Gyftv. 53. § (3) bekezdése a 75. §-ban foglalt feltétel fennállásának vizsgálatát az egészségügyi államigazgatási szerv hatáskörébe utalja, amely a 64. § (1) bekezdés alapján ellátja a gyógyszertárak gyógyszerek és gyógyászati segédeszközök forgalmazásával összefüggő szakmai felügyeletét. A Második Mtv. a Gyftv. általa módosított 75. §-ának a már megvalósult, de be nem jelentett összefonódásokra történő alkalmazásáról külön nem rendelkezett.

A piac szereplői

27. A gyógyszer-nagykereskedelmi engedéllyel rendelkező vállalkozások száma 100 körül van Magyarországon, de a teljes palettás nagykereskedők száma ennél alacsonyabb, mert az engedéllyel rendelkezők egy része gyógyszerek forgalomba hozójaként (saját termékeinek nagykereskedőjeként) működik, illetve kizárólag a saját vállalkozáscsoportjához tartozó vagy az ország egy kisebb területén működő patikák regionális ellátását végzi. A Hungaropharma részesedése a magyarországi gyógyszer-nagykereskedelmi forgalomból 40% körüli, mellette két jelentős – Phoenix Pharma Gyógyszerkereskedelmi Zrt. (a továbbiakban: Phoenix) 40% körüli, Teva Magyarország Zrt. (a továbbiakban: Teva) 10-15% közötti –, valamint több kisebb részesedésű vállalkozás végez gyógyszer-nagykereskedelmi tevékenységet.
28. A fekvőbeteg gyógyintézetek gyógyszerellátását végző intézeti gyógyszertárak száma hazánkban meghaladja a 120-at. Alapfunkciójuk a működésük szerinti intézmény gyógyszerellátásának biztosítása, kb. a felük azonban közvetlen lakossági gyógyszerellátást is végez (ld. a következő pontban). Az intézeti gyógyszertárak beszerzései a gyógyszer-gyártóktól, a gyógyszer-nagykereskedőktől, valamint megfelelő engedéllyel rendelkező, kórházi eszközbeszerzésre specializálódott

vállalkozásoktól történik. A kórházi szegmens részesedése a teljes gyógyszerforgalomból az elmúlt tíz évben 15-20% között alakult. A kórházi gyógyszerbeszerzésnek, gyógyszerfelhasználásnak azonban önmagán túlmutató jelentőséget biztosít az a körülmény, hogy a (krónikus) betegek gyógyszereinek „beállítására” sok esetben a fekvőbeteg intézetekben kerül sor, így a kórházak gyógyszerhasználati szokásai befolyásolhatják a későbbi szakasz, a járóbeteg-ellátás gyógyszerfelírási szokásait.

29. A gyógyszer-kiskereskedelmi piacon Magyarországon jelenleg több, mint 2400 közforgalmú gyógyszertár működik, továbbá több, mint 600 fiókgyógyszertár és több, mint 60 vényforgalmat (is) bonyolító intézeti gyógyszertár. A legnagyobb, közel 150 patikából álló gyógyszertári hálózatot a Phoenix vállalkozáscsoportjába tartozó vállalkozások működtetik (Vj-71/2010. számú ügy), a második legjelentősebb szereplő a Hungaropharma, a jelen tranzakcióval érintett egységekkel együtt összesen kb. 70-80 patikájával. Ezekon kívül számos további patikalánc is található hazánkban, melyek közül a jelentősebbek (30-40 gyógyszertárral) a következők: DrogerMed, ELI, Patikaprofi, Sas-patikák. A független, magántulajdonú vagy kisebb lánchoz tartozó gyógyszertárak egy jelentős része csatlakozott valamely nagykereskedő által kialakított együttműködési programhoz (Gyöngy Patikák – Hungaropharma [kb. 600 tag]; Patika Marketing Klub / Szimpatika hálózat – Phoenix [kb. 450 tag]; Mosoly Patikák – Teva [kb. 100 tag; 2010-ben megszűnt]), melyek a patikák arculatának kialakításában, közös kiskereskedelmi akciók szervezésében és/vagy bizonyos termékek, szolgáltatások közös beszerzésének lebonyolításában segédkeznek taggyógyszertáraiknak, bár ennek keretei, az együttműködés szorossága (így például a programot működtető nagykereskedőtől való beszerzési kötelezettségre vonatkozó előírás) szövetségként eltérő.
30. A nagy- és kiskereskedelmi piaci szereplők magyarországi jelentőségét, súlyát érzékelteti a következő táblázat.

Nagykereskedő és nagykereskedelmi részesedése	Nagykereskedő szövetsége és a tagok kiskereskedelmi részesedése	Gyógyszertári láncok és kiskereskedelmi részesedésük	„Független” gyógyszertárak kiskereskedelmi részesedése
Hungaropharma (40%)	Gyöngy (25%)	Alma / Hungaropharma (0-5%)	Egyéb (40-50%)
Phoenix (40%)	Szimpatika (15-20%)	Pharmanova (5-10%)	
Teva (10-15%)	Mosoly (megszűnt)	–	
Egyéb (0-10%)	–	Egyéb (5-10%)	
Összesen: 100%	Összesen: 100%		

(A részesedés számításának alapja nagykereskedelmi szinten a realizált árbevétel, kiskereskedelmi szinten pedig a patikák száma országosan.)

V.

Az eljárás alá vont vállalkozás álláspontja

Az irányításszerzés körülményei és engedélykötelessége

31. Az eljárás alá vont előadta (ld. Vj/004-002/2011. számú irat), hogy a Hungaropharma és a Kókai Tanácsadó Kft. 2008. december 23-iki megállapodása (v.ö. 5. pont) a Tpvt. 23. § (1) bekezdésének c) pontja szerinti közös irányításszerzésnek minősül, mivel a szerződés rendelkezései értelmében a Kókai Tanácsadó Kft. vállalta, hogy az addig általa önállóan irányított HungaroCare piaci magatartását meghatározó minden lényeges kérdésben előzetesen egyeztet, és egyezsége jut a Hungaropharmával (amíg a Hungaropharma részesedésszerzésének cégjogi előfeltételei megteremtődnek). Ez a tranzakció az eljárás alá vont álláspontja szerint ugyanakkor nem volt a Tpvt. szerint engedélyköteles, hiszen nem volt legalább két olyan vállalkozáscsoport, amelynek Tpvt. 24. §-a szerinti árbevétele meghaladta volna az ötszázmillió forintot.
32. Továbbá, eljárás alá vont értelmezésében az Ispotály Managementnek a HungaroCare feletti, 2009. január 30-iki (a szerződés megkötésének időpontja: 2009. január 5.) tulajdonszerzése (v.ö. 7. pont) – a Hungaropharma és a Kókai Tanácsadó Kft. Ispotály Management feletti közös irányítására tekintettel – egyben a Hungaropharma és a Kókai Tanácsadó Kft. HungaroCare feletti közvetett módon való közös irányításszerzésének minősül [Tpvt. 23. § (1) bekezdés b) pont]. Eljárás alá vont vitatta ugyanakkor ezen irányításszerzés engedélyköteles voltát, hivatkozva arra, hogy a versenytörvény a küszöbszámok meghatározásakor az „érintett vállalkozáscsoportokat” rendeli figyelembe veendőnek. Az érintett vállalkozáscsoport Tpvt. 26. §-ában foglalt definíciója alapján pedig megállapíthatónak tartja, hogy az Ispotály Management HungaroCare feletti irányításszerzése szempontjából – amely egyben a Hungaropharma és a Kókai Tanácsadó Kft. HungaroCare feletti közvetett közös irányításszerzésének minősül – közvetlen résztvevőnek az Ispotály Management és a HungaroCare tekinthető, mint akik között az összefonódás létrejött, közvetett résztvevőnek pedig a HungaroCare irányítása alatt álló projekt-társaságok. Eljárás alá vont álláspontja szerint a Hungaropharma és a Kókai Tanácsadó Kft. ugyanakkor nem minősülnek közvetett résztvevőnek, mivel azok a közös irányításra tekintettel – a Tpvt. 15. §-a (2) bekezdésének b) pontja alapján – nem tartoznak egy vállalkozáscsoportba az Ispotály Managementtel, így nettó árbevételük a küszöbszámok meghatározása során sem vehető figyelembe. Mindezekre alapozva fenntartja, hogy az Ispotály Management HungaroCare feletti önálló irányításszerzése a Tpvt. 24. §-ának (1) bekezdésére tekintettel nem engedélyköteles. Megjegyezte továbbá, hogy az előzőek fényében a tranzakció kapcsán engedélykérési kötelezettség a Gyftv. alapján sem állt fenn.
33. Eljárás alá vont kifejtette, a fentiekkel ellentétes következtetés a Tpvt. rendelkezéseiből sem olvasható ki. A Versenytanács Elvi állásfoglalásainak 26.4. pontjára utalva előadta, a közvetett közös irányítás megszerzőinek az összefonódás közvetlen résztvevőiként történő értelmezése sérti a jogbiztonság alkotmányos elvét, mivel az összefonódások engedélykötelessége megállapításának egyik leglényegesebb kérdésével – nevezetesen az érintett vállalkozáscsoportok beazonosításával – kapcsolatban olyan kiterjesztő jogértelmezést képvisel, ami a Tpvt. szövegéből nem következik. A szóban forgó Elvi állásfoglalás eljárás alá vont szerint a Tpvt. 23. §-a (1) bekezdésének b) pontjában foglalt, közvetett közös irányításszerzés esetében olyan kapcsolatot teremt a Tpvt. 24. § (1) bekezdésében foglalt küszöbszám-számítás és a Tpvt. 26. §-ában foglalt érintett vállalkozás fogalom között, amelynek éppen az ellenkezője következik a jogszabályszövegből. A közvetett irányításszerzés fogalmából ugyanis az következne, hogy a közvetett irányításszerző az összefonódás közvetett résztvevőjének minősül,

nem pedig közvetlen résztvevőnek. A közvetett résztvevőkénti minősülését ugyanakkor a Tpvt. 15. §-ának (2) bekezdése kizárja, amikor a vállalkozás közös irányítóit nem tekinti a vállalkozással egy vállalkozáscsoportba tartozóknak. Mindezekre tekintettel az Elvi állásfoglalások 26.4. pontja álláspontja szerint tartalma alapján nem jogértelmezés (amire hivatott lenne), hanem jogalkotás, azaz a Tpvt. módosítása jogértelmezés útján. A hatóság (jogalkalmazó) értelmezése ugyanakkor nem lehet a jogszabállyal ellentétes, illetve nem alkothat jogot, amint azt az Alkotmánybíróság is megállapította 41/1993. (VI. 30.) számú határozatában: „(a) jogértelmezés alapszabálya, hogy az csak a jogszabály tartalmának feltárását célozhatja, és nem vezethet a jogszabály tartalmának módosításával új normatív tétel meghatározására.”

34. Eljárás alá vont kérte továbbá, amennyiben a Versenytanács a fentiek ellenére mégis megállapítaná az összefonódás engedélykötelességét, mellőzze a bírság kiszabását, tekintettel arra, hogy a Tpvt. 23. § (1) bekezdésének b) pontja, 24. § (1) bekezdése, illetve 26. §-a a közvetett módon történő közös irányításszerzés tekintetében inkoherens, nem tartalmaz egyértelmű rendelkezéseket.
35. A Versenytanács előzetes álláspontjában foglaltakra reagálva (Vj/004-016/2011. számú irat) eljárás alá vont előadta, hogy a fentiek szerinti értelmezést támasztja alá a GVH által közzétett összefonódási kérelem űrlap I.1. pontjához fűzött magyarázat is, amely szerint közvetlen résztvevőnek irányításszerzés esetén a közvetlen irányítást megszerző vállalkozás(ok) és a közvetlen irányítás alá kerülő vállalkozás(ok) minősülnek. Eljárás alá vont álláspontja szerint a GVH eseti döntéseiből kiolvasható, a Versenytanács Elvi állásfoglalásaiban is rögzített gyakorlat az űrlapban – illetve a Tpvt.-ben – foglaltakkal ellentétes, súlyosan kiterjesztő jogértelmezést képvisel, és mint ilyen, jogszabályellenes. Alkotmányellenesnek ítélte továbbá azt, hogy a GVH – észlelve, hogy a közvetett közös irányításszerzők a Tpvt. szabályai alapján nem vonhatók be az érintett vállalkozáscsoport körbe – a pusztán a jogalkalmazást segítő, kötelező erővel nem bíró Elvi állásfoglalásokban, illetve kialakult gyakorlatára hivatkozva próbálta e joghézagot áthidalni, ahelyett, hogy a GVH elnökének a Tpvt.-ben meghatározott jogosítványai és feladatai értelmében a Tpvt. módosítására irányuló, gyakorlat szülte igényt jelezte volna a jogalkotó számára.
36. Mindezekre tekintettel ismételten kérte elsődlegesen annak megállapítását, hogy az Ispotály Management HungaroCare feletti irányításszerzése nem volt engedélyköteles, így az Ispotály Managementet nem terheli az engedélykérési kötelezettség elmulasztása. Amennyiben a Versenytanács az eljárás alá vont engedélykérési kötelezettségét mégis megállapítaná, úgy másodlagos kérelmében a bírság kiszabásának mellőzését kérte, hivatkozva a közvetett közös irányításszerzés értelmezésével kapcsolatos ellentmondásokra, illetve a Vj-85/2010. számú eljárás elhúzódásával kapcsolatban a vállalkozáscsoportot ért tetemes károokra, valamint a már önmagában is megterhelő eljárási díj összegére.
37. A Vj-85/2010. számú eljárással kapcsolatban eljárás alá vont kifogásolta, hogy annak – a jelen eljárásban vizsgált összefonódásra tekintettel történő – felfüggesztésére csak több hónap elteltét követően, az eljárási határidő lejáratá előtt 3 nappal került sor, ami az érdemi versenyaggályokat fel nem vethető ügyben az Ispotály-vállalkozáscsoportnak a fúzió-ellenőrzési közérdekkel arányban nem álló érdeksérelmet okozott, a vállalkozáscsoport veszteségrendezésének elhúzódása következtében. Előadta továbbá, hogy álláspontja szerint a Vj-85/2010. számú ügy elbírálását a jelen eljárás tárgyát képező, mintegy két évvel korábban létrejött összefonódás engedélyezhetősége nem befolyásolhatta, a kérelmezett vállalkozáscsoport ugyanis a közös irányítás alá kerülés és az önálló irányításszerzés időpontja között gyakorlatilag változatlan maradt.

Az összefonódás hatásai

38. Az eljárás alá vont álláspontja szerint (Vj/004-002/2011. számú irat) a tervezett összefonódásnak van ugyan horizontális hatása, ez azonban az összefonódásban részt vevő gyógyszertárak számára tekintettel elenyésző jelentőségű, illetve nincs olyan földrajzi piac, ahol gazdasági erőfölény alakulhatna ki.
39. Eljárás alá vont előadta továbbá, az összefonódásnak van ugyan vertikális hatása, azonban csekély jelentőségű, illetve nincs versenykorlátozó hatása, különös tekintettel arra, hogy az érintett gyógyszertárak legjelentősebb szállítója az összefonódást megelőzően is a Hungaropharma volt, és ez az összefonódás következtében sem változott (pl. az érintett kiskereskedelmi szereplőknek a Hungaropharma erre tekintettel semmiféle többletkezdvezményt nem ad, nem követel meg kizárólagos beszerzést, nem alkalmaz árdiszkriminációt). Eljárás alá vont szerint a Hungaropharma nem rendelkezik gazdasági erőfölényes helyzettel a gyógyszer-nagykereskedelem piacán, amelyet a downstream (kiskereskedelmi) piacon érvényesíteni tudna, mivel piaci magatartása alakítása során nagymértékben figyelemmel kell lennie versenytársai (különösen pedig legnagyobb versenytársa, a Phoenix) piaci magatartására.
40. Végezetül, eljárás alá vont álláspontja szerint a tervezett összefonódásnak nincsenek sem érdemi portfólió-, sem konglomerátum hatásai, az nem gyakorol érdemi hatást a résztvevő vállalkozások piaci működésére, más vállalkozások piacra lépésére, vagy a piacról való kilépésére.
41. A forráshiányos gyógyszertárak szakmai befektető általi veszteségrendezése és működésének továbbvitele ezzel szemben álláspontja szerint a hatékony versenyt mozdítja elő. Az összefonódás elősegítette továbbá a költségek csökkentését (méretgazdaságosság) és a szolgáltatási színvonal emelkedését (pl. hosszabb nyitvatartási idők).
42. Az eljárás alá vont álláspontja szerint a vizsgált összefonódásnak – az ügylet csekély hatására, valamint a hátrányos következmények hiányára tekintettel – nincsenek olyan kedvezőtlen hatásai, amelyek mérséklése céljából vállalat megtételére lenne szükség, ezért az eljárás alá vont nem tett kötelezettségvállalást.

VI.

Jogi háttér

A versenytörvény rendelkezései

43. A Tpv. 23. §-ának (1) bekezdése értelmében vállalkozások összefonódása (koncentrációja) jön létre, ha b) egy vállalkozás vagy több vállalkozás közösen közvetlen vagy közvetett irányítást szerez további egy vagy több, tőle független vállalkozás egésze vagy része felett. Ugyanezen szakasz (2) bekezdése alapján közvetlen irányítással rendelkezik egy vállalkozás vagy több vállalkozás közösen, ha
 - a) a másik vállalkozás többségi szavazati jogot biztosító üzletrészeivel, részvényeivel, illetőleg a szavazati jogok több mint ötven százalékával rendelkezik, vagy
 - b) jogosult a másik vállalkozás vezető tisztségviselői többségének kijelölésére, megválasztására vagy visszahívására, vagy
 - c) szerződés alapján jogosult a másik vállalkozás döntéseinek meghatározó befolyásolására, vagy
 - d) a másik vállalkozás döntéseinek meghatározó befolyásolására ténylegesen képessé válik.

A Tpvt. alkalmazásában – a 23. § (3) bekezdése alapján – közvetett irányítással rendelkezik a vállalkozás azon vállalkozás felett, amelyet az általa irányított vállalkozás – vele együtt vagy önállóan – irányít vagy vállalkozások közösen irányítanak.

44. A Tpvt. 24. §-a értelmében a vállalkozások összefonódásához a Gazdasági Versenyhivaltól engedélyt kell kérni, ha valamennyi érintett vállalkozáscsoport [26. § (5) bekezdés], valamint az érintett vállalkozáscsoportok tagjai és más vállalkozások által közösen irányított vállalkozások előző üzleti évben elért nettó árbevétele együttesen a tizenöt milliárd forintot meghaladja, és az érintett vállalkozáscsoportok között van legalább két olyan vállalkozáscsoport, melynek az előző évi nettó árbevétele a vállalkozáscsoport tagjai és más vállalkozások által közösen irányított vállalkozások nettó árbevételével együtt ötszázmillió forint felett van.
45. A törvény 26. §-a értelmében érintett vállalkozások az összefonódásban közvetlenül és közvetetten részt vevő vállalkozások. Közvetlen résztvevők azok, akik között az összefonódás létrejön, míg közvetett résztvevőknek minősülnek azon vállalkozáscsoport [15. § (2) bekezdés] további tagjai, amelybe a közvetlen résztvevő tartozik. Érintett vállalkozáscsoportként a Tpvt. a közvetlen résztvevőt és az ahhoz közvetlenül vagy közvetve kapcsolódó közvetett résztvevők együttesét definiálja.
46. A Tpvt. 28. §-a előírja, az összefonódáshoz összeolvadás vagy beolvadás esetén a közvetlen résztvevő, minden más esetben a vállalkozásrészt vagy a közvetlen irányítást megszerző köteles – a 24. § alapján – engedélyt kérni. Az engedély iránti kérelmet a nyilvános ajánlati felhívás közzétételének, a szerződés megkötésének vagy az irányítási jog megszerzésének időpontjai közül a legkorábbtól számított harminc napon belül kell benyújtani.
47. Az engedély iránti kérelem elbírálásakor a törvény 30. §-a szerint mérlegelni kell az összefonódással járó előnyöket és hátrányokat. Ennek során vizsgálni kell különösen
- a) az érintett piacok szerkezetét; az érintett piacokon fennálló vagy lehetséges versenyt, a beszerzési és az értékesítési lehetőségeket; a piacr lépés és a piacról történő kilépés költségeit, kockázatait, valamint műszaki, gazdasági és jogi feltételeit; az összefonódás várható hatását az érintett piacokon folyó versenyre;
 - b) az érintett vállalkozások piaci helyzetét és stratégiáját, gazdasági és pénzügyi képességét, üzleti magatartását, bel- és külpiaci versenyképességét, illetve ezek várható változásait;
 - c) az összefonódásnak a szállítókra, az üzletfelekre és a fogyasztókra gyakorolt hatását.
- A Gazdasági Versenyhivatal nem tagadhatja meg az engedély megadását, ha – a fentieket figyelembe véve – az összefonódás nem hoz létre vagy nem erősít meg olyan gazdasági erőfölényt, amely akadályozza a hatékony verseny kialakulását, fennmaradását vagy fejlődését az érintett piacon vagy annak jelentős részén. Az összefonódás hátrányos hatásainak mérséklése érdekében a Gazdasági Versenyhivatal határozatában előzetes vagy utólagos feltételt, illetve kötelezettséget írhat elő, így különösen megfelelő határidő megállapításával előírhatja egyes vállalkozásrészek vagy egyes vagyontárgyak elidegenítését vagy a valamely közvetett résztvevő felett gyakorolt irányítás megszüntetését.
48. A Tpvt. 31. §-a értelmében, ha a versenyfelügyeleti eljárás során megállapítást nyer, hogy az engedély nélkül létrehozott – egyébként engedélyköteles – összefonódás nem lett volna engedélyezhető, a Gazdasági Versenyhivatal határozatában megfelelő határidő megállapításával előírja az egyesült vállalkozások vagy vagyon-, illetve üzletrészek különválasztását, elidegenítését, vagy a közös irányítás megszüntetését, vagy más kötelezettséget írhat elő a hatékony verseny helyreállítása érdekében.

49. A Tpvt. 77. §-a szerint az eljáró versenytanács határozatában b) a 67. § (3) bekezdése alapján indított eljárásban a vállalkozások összefonódását engedélyezheti, illetve a 25. § alapján az egyéves határidőt meghosszabbíthatja, valamint d) megállapíthatja a magatartás törvénybe ütközését. Az összefonódást engedélyező határozatban előzetes vagy utólagos feltétel, illetve kötelezettség írható elő.
50. Az eljáró versenytanács a Tpvt. 78. §-ának (1) bekezdése alapján bírságot szabhat ki azzal szemben, aki e törvény rendelkezéseit megsérti. A (3) bekezdés értelmében a bírság összegét az eset összes körülményeire – így különösen a jogsérelem súlyára, a jogsértő állapot időtartamára, a jogsértéssel elért előnyre, a jogsértő felek piaci helyzetére, a magatartás felróhatóságára, az eljárást segítő együttműködő magatartására, a törvénybe ütköző magatartás ismételt tanúsítására – tekintettel kell meghatározni. A Tpvt. 79. §-a szerint a 24. § szerinti engedély iránti kérelem előterjesztésének elmulasztása esetén a bírság összege legfeljebb napi ötvenezer forint lehet.

A Gyftv. releváns szabályai

51. A Gyftv. 75. §-ának (2) bekezdése értelmében a gyógyszerterát működtető vállalkozások összefonódásához akkor kell a Gazdasági Versenyhivatal engedélyét kérni, ha
- a) az érintett vállalkozáscsoportok, valamint az érintett vállalkozáscsoportok tagjai és más gyógyszerforgalmazásban érintett vállalkozások által közösen irányított vállalkozások gyógyszer-kiskereskedelmi forgalmazásból származó előző üzleti évben elért nettó árbevétele együttesen az egymilliárd forintot meghaladja, és
 - b) az érintett vállalkozáscsoportok között van legalább egy olyan gyógyszerforgalmazásban érdekelt vállalkozáscsoport, melynek a gyógyszer-kiskereskedelmi forgalmazásból származó előző évi nettó árbevétele a vállalkozáscsoport tagjai és más vállalkozások által közösen irányított vállalkozások e tevékenységből származó nettó árbevételével együtt százmillió forint felett van, és
 - c) a tervezett összefonódás eredményeképpen az irányítás alá kerülő további gyógyszerterát telephelyének
 - ca) községben elhelyezkedő gyógyszerterát esetén 25 km-es,
 - cb) városban elhelyezkedő gyógyszerterát esetén 5 km-es, vagy
 - cc) fővárosban elhelyezkedő gyógyszerterát esetén 2 km-essugarú körrel meghatározott földrajzi körzetében lévő gyógyszerterátok 10%-át meghaladó számú gyógyszerterát kerülne az adott vállalkozás vagy vállalkozáscsoport közvetlen vagy közvetett irányítása alá.
52. Az idézett törvényhely (3) bekezdése szerint nem valósítható meg olyan összefonódás, amelynek eredményeképpen a (2) bekezdés c) pontja szerinti arány meghaladná a 25%-ot.
53. A Gyftv. 75. § (5) bekezdése alapján az (1)-(2) bekezdésben foglalt rendelkezések alkalmazása során a használt fogalmak értelmezése tekintetében a Tpvt. 23-26. §-aiban használt fogalmakat kell irányadónak tekinteni.

VII.

A Versenytanács döntése

Alkalmazandó jogszabály

54. A tranzakció alapjául szolgáló szerződés megkötése, azaz az összefonódás tényleges megvalósulása óta eltelt időben bekövetkezett jogszabályi változásokra tekintettel a Versenytanácsnak először abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy a kérelmezett összefonódás tekintetében mely rendelkezések irányadók.
55. Általánosan elfogadott, több bírósági ítélettel¹ is megerősített jogelv, hogy az anyagi jogi előírást az alkalmazására okot adó jogi tény bekövetkezésének napján hatályos szabályok szerint kell alkalmazni. Szintén számos bírósági ítélet és az Alkotmánybíróság ezirányú gyakorlata szerint is anyagi jogi szabályok azok a normatív rendelkezések, amelyek valamely jogot vagy kötelezettséget keletkeztetnek, a fennálló jogok és kötelezettségek körét megváltoztatják vagy megszüntetik. Ez alapján pedig mind a Tpvt. összefonódás-ellenőrzésre vonatkozó rendelkezései, mind pedig a Gyftv. 75. §-ának 2011. január 1-jétől hatályos, illetőleg korábbi² szövegében foglalt rendelkezései anyagi jogi szabálynak tekintendők, hiszen mind megfogalmazásuk, mind tényleges tartalmuk szerint a tulajdonszerzés korlátait, illetve az adott összefonódás feltételeit, az összefonódásra vonatkozó szerződés érvényességi kellékét határozzák meg,³ a rendelkezés hatálya alá tartozó jogalanyokra nézve kötelező magatartási szabályt állapítanak meg.⁴
56. Mindezekre tekintettel a Versenytanács a jelen versenyfelügyeleti eljárásban az alkalmazandó jogszabályoknak az összefonódás alapjául szolgáló szerződés megkötésekor hatályos rendelkezéseit vette figyelembe.

Összefonódás

57. A Tpvt. 23. §-a (1) bekezdésének b) pontja értelmében vállalkozások összefonódása jön létre, ha egy vállalkozás vagy több vállalkozás közösen közvetlen vagy közvetett irányítást szerez egy vagy több, tőle független vállalkozás egésze vagy része felett. A Versenytanács megállapította, hogy a HungaroCare a vizsgált tranzakciót megelőzően mind az Ispotály Managementtől, mind pedig a Hungaropharmatól és a Kókai Tanácsadó Kft.-től független volt.
58. A 7. pont szerinti tranzakció révén az eljárás alá vont Ispotály Management közvetlen egyedüli irányítást szerez a HungaroCare felett, ami a Tpvt. 23. §-a (1) bekezdésének b) pontja szerint összefonódásának minősül. A Versenytanács következetes gyakorlata szerint (ld. Vj-24/2006., Vj-100/2009.) a tranzakció emellett a Tpvt. 23. § (1) bekezdésének b) pontja értelmében a Hungaropharma és a Kókai Tanácsadó Kft. –

¹ V.ö. Fővárosi Ítéltábla 2.Kf.27.603/2010/5. (Vj-97/2007.); Fővárosi Ítéltábla 2.Kf.27.583/2010/6. (Vj-116/2007.); Fővárosi Ítéltábla 2.Kf.27.628/2010/5. (Vj-58/2009.); Fővárosi Ítéltábla 2.Kf.27.442/2010/6. (Vj-35/2008.); Fővárosi Ítéltábla 2.Kf.27.423/2010/6. (Vj-145/2007.)

² Megjegyzi a Versenytanács, hogy az Első Mtv.-nek az összefonódások engedélyezését tiltó rendelkezését az Első Mtv. 11. §-ának (4) bekezdése alapján csak a hatályba lépését – 2010. augusztus 17-ét – követően benyújtott kérelmek esetében kellett alkalmazni (2010. december 31-ig, a Második Mtv. hatályba lépéséig), így e rendelkezés alkalmazhatóságának kérdése – tekintettel arra, hogy a jelen versenyfelügyeleti eljárás megindítására 2011. január 24-én, hivatalból került sor – a jelen eljárásban nem merülhet fel.

³ A Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény 215. §-ára is figyelemmel a GVH engedélye esetén a szerződés a megkötésének időpontjától kezdődő hatállyal jön létre.

⁴ E rendelkezések anyagi jogi jellegén az sem változtat, hogy adott esetben bizonyos eljárási rendelkezések is társulnak hozzájuk, ezek azonban kifejezetten és közvetlenül a kérdéses anyagi jogi rendelkezésekhez kapcsolódnak, így alkalmazhatóságuk is osztja azok sorsát.

HungaroCare feletti – közvetett közös irányításszerzéseként ugyancsak vállalkozások összefonódásának minősül.

Érintett vállalkozáscsoportok

59. A Tpvt. 26. §-ának (5) bekezdése értelmében – a Tpvt. 24. §-a szerinti árbevétel számítása szempontjából figyelembe veendő – érintett vállalkozáscsoport valamely közvetlen résztvevő és a hozzá kapcsolódó közvetett résztvevők együttese. Közvetlen résztvevők azok, akik között az összefonódás létrejön. Közvetett résztvevők pedig – a Tpvt. 26. §-a (3) bekezdésének és 15. §-a (2) bekezdésének együttes alkalmazásával – azok a vállalkozások,
- (i) amelyeket a közvetlen résztvevő – közvetlenül vagy közvetett módon – önállóan irányít;
 - (ii) amelyek a közvetlen résztvevőt – közvetlenül vagy közvetett módon – önállóan irányítják;
 - (iii) amelyeket a (ii) alpont szerinti vállalkozás – közvetlenül vagy közvetett módon – önállóan irányít; illetve
 - (iv) amelyeket az (i)-(iii) alpont szerinti vállalkozások és a vállalkozás közül kettő vagy több közösen irányít.
60. A fenti 58. és 59. pontokra tekintettel a vizsgált összefonódás közvetlen résztvevőjének minősül
- a közvetlen egyedüli irányítást szerző Ispotály Management,
 - a közvetett közös irányítást szerző Hungaropharma és Kókai Tanácsadó Kft., valamint
 - az irányítás(uk) alá kerülő HungaroCare.
- Érintett vállalkozáscsoportok pedig az előzőek szerinti közvetlen résztvevők, illetve a hozzájuk kapcsolódó közvetett résztvevők, azaz
- az Ispotály Management,
 - a Hungaropharma-csoport,
 - a Kókai Tanácsadó Kft., továbbá
 - a HungaroCare és az irányítása alatt állt projekt-társaságok.

A küszöbértékek vizsgálata

A Tpvt. alapján

61. Az összefonódásban érintett vállalkozáscsoportok – Tpvt. 27. § (1), (2) és (5) bekezdéseinek figyelembevételével számított – 2008. évi nettó árbevétele együttesen meghaladta a 15 milliárd forintot, ezen belül két vállalkozáscsoporté (Hungaropharma-csoport és HungaroCare-csoport) az 500 millió forintot. Az eljárás alá vont vállalkozás nyilatkozata szerint nem teljesültek ugyanakkor a Tanács vállalkozások közötti összefonódások ellenőrzéséről szóló 139/2004/EK rendeletében foglalt küszöbszámok. Az előzőekre tekintettel az összefonódáshoz a Tpvt. 24. § (1) bekezdése alapján a Gazdasági Versenyhivatal engedélye szükséges.

A Gyftv. alapján

62. A Versenytanács – következetes gyakorlata alapján (ld. pl. Vj-38/2010., Vj-81/2010., Vj-84/2010.) – a Gyftv. 75. §-a (2) bekezdésének alkalmazása tekintetében az alábbiakból indult ki:

- A c) pont szerinti „közvetlen vagy közvetett irányítása alá” kitétel – szűkítő jelző hiányában – az egyedüli és a közös irányításra is kiterjed, ezért az irányításszerző és egy más vállalkozás közös irányítása alá tartozó vállalkozás(ok) által üzemeltetett gyógyszertárakat is figyelembe kell venni.
 - A c) pontnak „a tervezett összefonódás eredményeképpen az irányítás alá kerülő további gyógyszertár” megfogalmazásában szereplő „további” kitélt úgy kell értelmezni, hogy az engedélykérés nem vonatkozik arra az esetre, ha az irányítást megszerző vállalkozáscsoport (ideértve a közösen irányított vállalkozásokat is) a ca)-cc) pont szerinti földrajzi körzetben nem rendelkezik gyógyszertárral.
63. A III. fejezetben foglaltak értelmében a Gyftv. 75. § (2) bekezdésének a) és b) pontjában foglalt feltételek teljesülnek, míg a Gyftv. 75. § (2) bekezdés c) pontja szerinti földrajzi körzetben található gyógyszertárak vizsgálatának szükségessége a tranzakció alapjául szolgáló szerződés megkötésekor az érintett vállalkozáscsoportok által működtetett patikák közül csak Zalaegerszeg esetében merül fel. Itt a Hungaropharma közös közvetett irányítása alá kerülő HungaroCare két intézeti gyógyszertára révén (a Pharmadose-csoport által működtetett patika figyelembevételével) a Hungaropharma-csoport által irányított patikák – gyógyszertárak száma alapján számított – részesedése 5,9%-ról 17,6%-ra nő, így az irányításszerzés a Gyftv. alapján engedélyköteles.
64. A Versenytanács megjegyzi ugyanakkor, hogy a jelen versenyfelügyeleti eljárásban vizsgált összefonódás megvalósulását követően a Hungaropharma számos kérelemmel fordult a GVH-hoz egyes gyógyszertárak feletti közvetlen vagy közvetett irányításszerzése engedélyezése tárgyában, amely kérelmekben azonban (ld. Vj-14/2009., Vj-82/2009., Vj-38/2010., Vj-76/2010., Vj-81/2010., Vj-104/2010.) a HungaroCare feletti közvetett közös irányításának tényét, az általa ekként irányított patikákat nem tüntette fel. Mindezekre tekintettel a Versenytanács Miskolc és Eger esetében is megvizsgálta a piaci részesedések alakulását (az említett összefonódások által érintett többi településen a tranzakciók időpontjában a HungaroCare-nek nem volt patikája). A Versenytanács megállapította, hogy Miskolcon a Gyftv. alapján figyelembe veendő 5 km-es körzetben belül a Hungaropharma által irányított gyógyszertárak részesedése egyik patika esetében sem haladta meg a 10%-ot,⁵ így ezek vonatkozásában a Gyftv. alapján engedélykérési kötelezettség nem állt fenn. Egerben ugyanakkor a Vj-81/2010. számú eljárás keretében megszerzett gyógyszertárral a Hungaropharma által irányított patikák részesedése már meghaladta a 10%-ot (de nem érte el a 25%-ot),⁶ ami a Gyftv. alapján engedélykérési kötelezettséget keletkeztetett volna számára.
65. Megjegyzi továbbá a Versenytanács, hogy a Hungaropharma által a vizsgált tranzakciót megelőzően létrehozott szakmai együttműködési program tagpatikáit (melyek jelenlegi száma több száz) az előző pontok szerinti értékelésnél nem vette figyelembe, mivel a kérdéses együttműködés álláspontja szerint nem minősíthető a Tptv. 23. § (2) bekezdése c) pontja szerinti irányításnak. A Gyöngy szövetség együttműködési megállapodásainak áttekintését követően a Versenytanács ugyanis megállapította, hogy az azokban foglalt rendelkezések elsődlegesen szakmai érdekképviselőket, közös beszerzések megvalósítását és közös kiskereskedelmi akciók lebonyolítását célozzák (melynek keretében a nagykereskedő kedvezményt nyújt a taggyógyszertáraknak). A szerződés ennek fejében expliciten megköveteli, hogy a tagpatikák beszerzéseiknek meghatározott hányadát a Hungaropharman keresztül bonyolítsák. A Versenytanács értékelése szerint

⁵ A Vj-14/2009. számú eljárás tárgyát képező összefonódással a részesedés 2,6%-ról 5,1%-ra változott, míg a Vj-81/2010. számú eljárásban vizsgált összefonódás eredményeként 4-ről 8%-ra, illetve 4,3-ről 8,5%-ra nőtt.

⁶ A Vj-81/2010. számú eljárás alapjául szolgáló tranzakcióval a Hungaropharma által irányított patikák száma 2-ről 3-ra nőtt, ami az összefonódás időpontjában a figyelembe veendő 5 km-es körzetben működő 17-20 gyógyszertárnak 15,0-17,6%-a (a korábbi 10,0-11,8% helyett).

az előzőekben ismertetett rendelkezések nem teszik lehetővé a Hungaropharma számára a taggyógyszertárak döntéseinek meghatározó befolyásolását, mivel azok továbbra is önállóan dönthetnek piaci magatartásuk alakításáról, így különösen a szövetségbe való be-, illetve kilépésről, az árazási stratégiáról, a termékkínálatról, egyéb üzemeltetéssel vagy beruházásokkal kapcsolatos kérdésekről, így a Gyöngy szövetség nem biztosít a Hungaropharma számára irányítási jogot az érintett patikák felett.

Az engedélykérési kötelezettség elmulasztása

66. A Tpvt. 28. §-ának (1) bekezdése szerint az összefonódáshoz a közvetlen irányítás megszerzője köteles engedélyt kérni, a szerződés megkötésétől számított 30 napon belül. A kérelem benyújtására nyitva álló határidő a vizsgált irányításszerzés esetében az összefonódás alapjául szolgáló szerződés megkötésének 2009. január 5-iki dátumára tekintettel 2009. február 4-én telt le, a közvetlen irányítást megszerző eljárás alá vont Ispotály Management azonban e határidőt elmulasztotta, s kérelmet a jelen versenyfelügyeleti eljárás megindításáig sem terjesztett elő.
67. A Versenytanács nem értett egyet az eljárás alá vont azon álláspontjával, miszerint az engedélykérési kötelezettség a vizsgált tranzakció tekintetében nem állt fenn, figyelemmel arra, hogy a Tpvt. a vállalkozás közös irányítóit nem tekinti a vállalkozással egy vállalkozáscsoportba tartozónak. A Versenytanács fentebb hivatkozott következetes gyakorlata értelmében (v.ö. 58. pont) ugyanis a közvetett közös irányításszerzés a Tpvt. 23. §-a (1) bekezdésének b) pontja alapján összefonódásnak minősül, ekként –a Tpvt. 26. §-ának (2) bekezdésére is figyelemmel – a közös irányítók az összefonódás közvetlen résztvevőinek tekintendők, s mint ilyenek, az engedélykérési kötelezettség küszöbszámai szempontjából figyelembe veendőek. A nyelvtani értelmezésen túl a jogszabály logikai értelmezése is ezt a következtetést támasztja alá; nyilvánvalóan nem irányulhatott a jogalkotó szándéka arra, hogy mentesítse az összefonódás-ellenőrzési szabályok alól azokat a fúziókat, amelyekben a közös irányításszerzés több lépésben, közvetett módon, egy projekt-társaság létrehozásával vagy közbeiktatásával valósul meg.
68. Az előzőekre tekintettel a Versenytanács az engedélykérés elmulasztása miatt a Tpvt. 77. §-a (1) bekezdésének d) pontja alapján megállapította, hogy az Ispotály Management a Tpvt.-be ütköző magatartást tanúsított.

Bírság

69. A Tpvt. 78. §-a szerint azzal szemben, aki a Tpvt. rendelkezéseit megsérti, bírság szabható ki, melynek összegét az eset összes körülményeire tekintettel kell meghatározni. A Tpvt. jelen eljárásban irányadó 79. §-a a kiszabható bírság összegét a 24. § szerinti engedély elmulasztása esetére napi ötvezer forintban maximálja.
70. A Versenytanács gyakorlata szerint a Tpvt. 67. §-ának (3) bekezdése alapján hivatalból indult eljárás esetén a késedelem időtartama a benyújtási határidő és az eljárás megindításának időpontja között eltelt napok száma. Az adott esetben a kérelem benyújtásának határideje (2009. február 4.) és a versenyfelügyeleti eljárás megindítása (2011. január 24.) között 718 nap telt el.
71. A bírság összegének meghatározásakor a Versenytanács figyelemmel volt arra, hogy az Ispotály Management az engedélykérési kötelezettségének nem tett eleget, így a GVH az összefonódás vizsgálatára hivatalból indított eljárást. A Versenytanács további szempontként figyelembe vette, hogy az engedélykérési kötelezettség fennállásának megállapítása közvetett közös irányításszerzés esetén az átlagosnál kevésbé egyértelmű feladat, illetve azt a körülményt, hogy az összefonódás – az alább részletezettek szerint – egyértelműen engedélyezhető, bár e körben nem mellőzhető az sem, hogy az

irányításszerzés – eljárás alá vont által sem vitatott – ténye a Hungaropharma-csoport későbbi összefonódásaira vonatkozó kérelmekben sem került feltüntetésre.

Az engedélyezés

Értékelés a Gyftv. alapján

72. A Gyftv. 75. §-ának (3) bekezdése – szemben a Tpv. 30. §-ával, amely a piaci hatások széleskörű mérlegelését írja elő – egyértelmű küszöbértéket fogalmaz meg, amely felett az összefonódást meg kell tiltani. Ezért a Versenytanács elsőként ezen küszöbérték teljesülését vizsgálta.
73. A 63-64. pontokban foglaltak alapján megállapítható, hogy a felsorolt gyógyszertárak Gyftv. 75. §-ának (2) bekezdés cb) pontja szerinti 5 kilométeres körzetében kialakuló arányok egyike sem haladja meg a 25%-ot, ezért az összefonódást nem kell a Gyftv. 75. §-ának (3) bekezdésére tekintettel (feltétlenül) megtiltani.
74. A Gyftv. 75. § (3) bekezdéséből ugyanakkor nem következik, hogy a 10% és 25% közötti tartományban az összefonódás automatikusan engedélyezhető. A Gyftv. az engedélyezhetőség szempontjaira nézve nem tartalmaz rendelkezést, ezért a Versenytanács következetes gyakorlata szerint (ld. pl. Vj-83/2010.) az ilyen összefonódások esetében az értékelés szempontjából a Gyftv. 75. § (1) bekezdése alapján a Tpv. 30. §-ában foglaltak mérvadók.

Értékelés a Tpv. alapján

75. A Tpv. jelen eljárás szempontjából irányadó 30. §-ának (2) bekezdése szerint a Gazdasági Versenyhivatal nem tagadhatja meg az engedély megadását, ha az összefonódás nem hoz létre vagy nem erősít meg olyan gazdasági erőfölényt, amely akadályozza a hatékony verseny kialakulását, fennmaradását vagy fejlődését az érintett piacon vagy annak jelentős részén.
76. A Tpv. alkalmazási tapasztalatai alapján a Versenytanács az összefonódások horizontális-, vertikális-, portfólió- és konglomerátum hatásait vizsgálja [ld. a Gazdasági Versenyhivatal Elnökének és a Versenytanács Elnökének – jelen eljárás szempontjából irányadó, az 1/2005. számú közleménnyel módosított – 1/2003. számú Közleménye (a továbbiakban: Közlemény) 11. pontját].

Az érintett piacok

77. A Tpv. 14. §-a értelmében az érintett piacot a megállapodás tárgyát alkotó áru és a földrajzi terület figyelembevételével kell meghatározni. Az érintett termékpiac meghatározásakor a megállapodás tárgyát alkotó árun túlmenően figyelembe kell venni az azt – a felhasználási célra, az arra, a minőségre és a teljesítés feltételeire tekintettel – ésszerűen helyettesítő árukat (keresleti helyettesíthetőség), továbbá a kínálati helyettesíthetőség szempontjait. Földrajzi piacként azt a földrajzi területet kell számításba venni, amelyen kívül a) a fogyasztó, illetve az üzletfél nem, vagy csak számottevően kedvezőtlenebb feltételek mellett tudja az árut beszerezni, vagy b) az áru értékesítője nem, vagy csak számottevően kedvezőtlenebb feltételek mellett tudja az árut értékesíteni.
78. Az összefonódással érintett piacoknak minősülnek mindazok a piacok, amelyeken az összefonódás valamely (akár közvetlen, akár közvetett) résztvevője piaci tevékenységet fejt ki. A Versenytanács a jelen eljárásban az összefonódással érintett termékpiacok közül a lehetséges horizontális és/vagy vertikális versenyproblémákra tekintettel a gyógyszerek nagy- és kiskereskedelmi értékesítése piacainak vizsgálatát tartotta szükségesnek.

A gyógyszer-kiskereskedelem piaci

79. A különböző gyógyszerek felhasználási célja a kezelni kívánt betegség, illetve az alkalmazott gyógymód függvényében nyilvánvalóan eltér egymástól, mire tekintettel a gyógyszerek nem alkotnak egységes termékpiacot. A Versenytanács kialakult gyakorlata szerint (ld. pl. Vj-182/2001., Vj-38/2010., stb.) a gyógyszereken belül elkülöníthető érintett termékpiacok a terápiás főcsoportokból kiindulva határozhatók meg. A jelen esetben azonban a Versenytanács ennek részletes vizsgálatát szükségtelennek tartotta, tekintettel arra, hogy a tranzakció szempontjából nem maguk a gyógyszerek minősülnek a releváns árunak, hanem a gyógyszerek (és egyéb kiegészítő, gyógyszerárakban [is] kapható termékek) kereskedelme. A gyógyszer-kiskereskedelemmel foglalkozó vállalkozások pedig a gyógyszerek (de legalábbis az egymást helyettesítő gyógyszer-csoportok) gyakorlatilag teljes körét forgalmazzák, amiből következőleg részesedésük az egyes gyógyszer-csoportok tekintetében nem térhet el lényeges mértékben a gyógyszerek egészét jellemző mértéktől. Bár elvileg felmerülhet a termékpiac főbb termék-kategóriák (támogatott gyógyszerek, nem támogatott gyógyszerek, egyéb termékek) szerinti differenciálása, tekintettel arra, hogy ezek versenyviszonyai nem feltétlenül hasonlóak (a nem támogatott gyógyszerek és az egyéb termékek egy része például gyógyszerárakon kívül is kapható), a Versenytanács jelen eljárás szempontjából nem látta szükségesnek állást foglalni abban a kérdésben, hogy ezek elkülönült érintett piacokat alkotnak-e.
80. A fentiekre tekintettel a Versenytanács a versenyhatások felméréséhez első megközelítésben elégséges információnak ítélte a gyógyszer-kiskereskedelem egészéből való részesedés ismeretét, amelyet a Versenytanács álláspontja szerint általában megfelelően jellemez az összefonódásban résztvevő vállalkozáscsoportok által működtetett gyógyszerárak száma, amennyiben a patikák profilja, termék-kínálata nagyrészt hasonlóan tekinthető. Egy patika versenypozícióját azonban jelentősen befolyásolhatja az elhelyezkedése; az orvosi rendelő / kórház közelsége feltehetően forgalom-növelő hatással bír.
81. A gyógyszer-kiskereskedelem kínálati oldalán a Versenytanács a betegek, fogyasztók közvetlen gyógyszerellátását biztosító közforgalmú patikákon és fiókgyógyszerárakon túlmenően figyelembe vette a vényforgalmat bonyolító intézeti gyógyszerárakat is, amelyek a fekvőbeteg gyógyintézet részeként működő intézeti gyógyszerellátási feladatok mellett lakossági gyógyszerellátást is végeznek, ekként a fogyasztók szempontjából a közforgalmú gyógyszerárak helyettesítőjének minősülnek. Nem tekintette ugyanakkor a közforgalmú patikák teljes körű helyettesítőjének a Versenytanács az ún. kézi-gyógyszerárakat, melyek a házi-orvosok gyógyító munkájához szükséges, a gyógyszereknek csak meghatározott körét szolgáltató ellátási formát testesítenek meg.
82. A gyógyszer-kiskereskedelemben – miként a kiskereskedelemben általában – az értékesítés tekintetében érintett földrajzi piac az ország egész területénél szűkebb kiterjedésű, a fogyasztók ugyanis jellemzően a lakó- vagy munkahelyüktől, orvosi rendelőjüktől racionális utazási távolságra lévő patikák közül választanak, azzal, hogy a közigazgatási határok valamilyen mértékű természetes határvonalat képezhetnek. Érintett földrajzi piacnak ezért – a gyógyszer-kiskereskedelem szabályozási sajátosságaira is tekintettel – a Versenytanács korábbi gyakorlatának megfelelően (ld. pl. Vj-039/2003., Vj-028/2008., Vj-082/2009.) az egyes gyógyszerárakkal rendelkező településeket tekintette, megjegyezve, hogy a nagyobb városokban (mindenekelőtt Budapesten) a földrajzi piac ennél szűkebb is lehet.

A gyógyszer-nagykereskedelem piaca

83. A gyógyszer-nagykereskedelmi piac tekintetében, amelynek kínálati oldalán – eladóként – a nagykereskedők (így a Hungaropharma), beszerzési oldalán pedig – vevőként – a közforgalmú és/vagy intézeti gyógyszertárak vannak jelen (gyógyszertárai révén a Hungaropharma-csoport és a HungaroCare is), a piac földrajzi kiterjedése a Versenytanács álláspontja szerint Magyarország egész területe. A lakossági és a kórházi gyógyszerellátás céljából történő beszerzések tekintetében a Versenytanács nem tartotta szükségesnek az állásfoglalást abban a kérdésben, hogy e két szegmens egyazon érintett árupiac részét képezi-e, mivel érdemi versenyhatások az alábbiakban részletesen kifejtettek szerint a szűkebben meghatározott piacdefiníciók mellett, azaz a két szegmens elkülönült piacként történő kezelése esetén sem valószínűsíthetőek.

Az összefonódás hatásainak értékelése

Horizontális hatások

84. Az összefonódásnak horizontális összefüggésben azokon az érintett piacokon lehet hatása a gazdasági versenyre, amelyeken az összefonódásban résztvevő mindkét vállalkozás-csoport (ideértve a más vállalkozásokkal közösen irányított vállalkozásokat is) jelen van. Tekintettel arra, hogy a gyógyszer-kiskereskedelmi tevékenység tekintetében azonosítható földrajzi piacok (azaz az egyes gyógyszertárral rendelkező települések) közül az összefonódás megvalósításakor csak Zalaegerszeg volt olyan, később pedig további négy város volt (Miskolc, Eger, Hatvan és Dunaujváros⁷), ahol a gyógyszer-kiskereskedelemben érdekelt Hungaropharma-, illetve HungaroCare-csoport közül mindkettő működtet(ett) gyógyszertárakat (egyedüli vagy közös irányítása révén), a Versenytanács első megközelítésben csak e települések piacait vizsgálta.
85. Zalaegerszeg városában az eljárás alá vont tájékoztatása szerint a tranzakció időpontjában 17 közvetlen lakossági gyógyszerellátást (is) végző gyógyszertár működött. E 17 patika közül a vizsgált összefonódást megelőzően a Hungaropharma egy gyógyszertár felett rendelkezett közös irányítással. A tranzakció révén a HungaroCare által működtetett két patika feletti közvetett közös irányításszerzéssel a Hungaropharma részesedése – a patikák részesedését közös irányítóik között egyenlően megosztva – jóval 20% alatt marad, ami versenyjogi szempontból nem tekinthető olyan káros mértékű koncentráció-növekedésnek, ami erőfölényes helyzethez vezetne. Bár jelenleg az ÁNTSZ nyilvántartása szerint már csak 16 patika üzemel Zalaegerszegen, az ez alapján adódó részesedések sem eredményeznek az előbbinél érdemben eltérő helyzetet, és nem valószínűsíthető, hogy a vizsgált összefonódásnak bármilyen hatása lett volna a patikák számának alakulására.
86. Miskolcon a vizsgált összefonódást megelőzően egyetlen gyógyszertár sem tartozott a Hungaropharma irányítása alá, közvetlenül a jelen eljárás tárgyát képező tranzakciót követően azonban további egy patika felett szerzett irányítási jogot (Vj-14/2009.). Ezzel részesedése Miskolc egészét tekintve – a közös irányítású patikák részesedését közös irányítóik között egyenlően megosztva – 2,7%-ra nőtt, ami nyilvánvalóan nem vezethetett erőfölény kialakulásához. Jelenleg (figyelemmel a Vj-81/2010. számú eljárásra) a több, mint 50 közvetlen lakossági gyógyszerellátást (is) végző patika közül három áll a Hungaropharma egyedüli, egy pedig a Kókai Tanácsadó Kft.-vel közös irányítása alatt, ami a gyógyszertárak száma alapján számítva 6,6%-os piaci részesedést jelent számára. Ez a Versenytanács álláspontja szerint nem vet fel horizontális aggályokat.

⁷ Hatvanban a Pharmadose-csoporthoz tartozó Dr. Max Kft. 2010 májusában nyitott gyógyszertárat, Dunaujvárosban pedig 2009. november 6. óta működtet patikát a Hungaropharma közvetett egyedüli irányítása alatt álló Officemed Projekt Kft.

87. A Hungaropharma a jelen ügyben vizsgált összefonódás előtt Egerben sem irányított egyetlen patikát sem, a Vj-81/2010. számú eljárás keretében azonban a HungaroCare által működtetett két közös irányítású patika mellé további egy felett szerzett egyedüli irányítást. Ennek eredményeként piaci részesedése az ÁNTSZ nyilvántartása szerint 2010 áprilisában Egerben működő 18 közforgalmú gyógyszer-tár és vényforgalmat bonyolító intézeti gyógyszer-tár alapján – a közös irányítású patikák részesedését közös irányítók között egyenlően megosztva – 11,1%-ra változott, míg a jelenlegi 20 patikához viszonyítva részesedése 10%-ot tesz ki. Mivel a Hungaropharma részesedése messze elmarad a 20%-tól, a Versenytanács álláspontja szerint érdemi horizontális hatás Egerben nem valószínűsíthető.
88. Hatvanban és Dunaújvárosban az összefonódás megvalósulásának időpontjában a Hungaropharma nem rendelkezett irányítási joggal egyetlen patika felett sem, így a HungaroCare feletti közös közvetett irányításszerzése nem vezetett koncentráció-növekedéshez. Továbbá, a későbbi összefonódások sem járultak hozzá a Hungaropharma részesedésének növekedéséhez, így káros horizontális hatások fellépése e földrajzi piacokon nem valószínűsíthető. Megjegyzi ugyanakkor a Versenytanács, hogy időközben a Hungaropharma irányítása alatt álló egyes vállalkozások, a Dr. Max Kft. és az Officemed Projekt Kft. nyitott egy-egy patikát Hatvanban, illetve Dunaújvárosban, melynek következtében részesedése e városok földrajzi piacain a HungaroCare intézeti gyógyszer-táraival együtt – a közös irányítású patikák részesedését közös irányítók között egyenlően megosztva – rendre 14,3%-ra, illetve 15,4%-ra változott. Hatvanban mindazonáltal a Hungaropharma jelenleg már nem irányít egyetlen patikát sem, tekintve, hogy [...]*, míg a HungaroCare által működtetett intézeti gyógyszer-tár 2011. január 28. óta nem rendelkezik az üzemeltetéshez szükséges hatósági engedéllyel (Vj/004-010/2011. számú irat). Dunaújvárosban pedig a HungaroCare által működtetett intézeti gyógyszer-tár vényforgalmas gyógyszer-tár-működtetési tevékenységét az egyik telephelyén 2010. augusztus 9. óta szünetelteti (Vj/004-005/2011. számú irat).
89. Megjegyzi továbbá a Versenytanács, bár a Gyöngy stratégiai szövetséghez tartozó patikák figyelembevételével a fúzió utáni piaci részesedések a fentieknél jellemzően magasabbnak adódnak, illetve a HungaroCare által működtetett további patikák települései is vizsgálándók, a Versenytanács álláspontja szerint káros horizontális hatások kialakulásának veszélye erre tekintettel sem áll fenn. E körben a Versenytanács utal arra, hogy a stratégiai szövetséghez csatlakozott patikákat a szövetség Együttműködési megállapodásának és Együttműködési szabályzatának rendelkezései alapján a Hungaropharma versenyjogi szempontból – a Tpv. 23. §-a értelmében – nem irányítja (v.ö. 65. pont). A stratégiai szövetség keretében a tagpatikák gyógyszer-kiskereskedelmi piaci értékesítési tevékenységére (árképzésére) ugyanis – néhány közös akciótól eltekintve – a Hungaropharma érdemi befolyást nem gyakorol, a gyógyszerbeszerzésekre vonatkozó korlátozást (ld. Vj-57/2008.) pedig a Versenytanács a vertikális hatások értékelésénél vette figyelembe.
90. A gyógyszerek beszerzésének (gyógyszer-nagykereskedelem) keresleti oldalán a gyógyszer-tárak (patikái révén a Hungaropharma is) vevőként vannak jelen. A vizsgált összefonódás következtében ezen a – 83. pontban kifejtettek alapján országos kiterjedésű – piacon a Hungaropharma részesedése a 14 közforgalmú HungaroCare-gyógyszer-tár irányítása alá vonásával is 1% alatt maradt (a patikák számához viszonyítva), s a Hungaropharma jelenlegi részesedése (az azóta megszerzett vagy megnyitott gyógyszer-tárakkal együtt) sem éri el az 5%-ot. A kórházi gyógyszerbeszerzések szegmensét tekintve megállapítható, hogy a Hungaropharma a vizsgált összefonódást megelőzően egyetlen intézeti gyógyszer-tár felett rendelkezett

* A [...] szimbólum üzleti titkot jelöl.

(közös) irányítással, ami az ugyancsak közös irányítás alatt álló HungaroCare 10 intézeti gyógyszertárával együtt is csak csekély súlyt (kevesebb, mint 5%-os részesedést) képviselt a mintegy 120 intézeti gyógyszertárat magában foglaló piacon, ami az azóta az irányítása alól kikerült (tevékenységüket megszüntető vagy szüneteltető) egységek révén tovább csökkent.

Vertikális hatások

91. Az összefonódás vertikális hatással jár azáltal, hogy a HungaroCare gyógyszertárai a gyógyszer-nagykereskedelemmel foglalkozó Hungaropharma-csoport közvetett közös irányítása alá kerülnek. Ebben a tekintetben a Gyöngy stratégiai szövetség tagjaitól elvárt beszerzési kvótára ([...]^{*}%) is figyelemmel elsősorban az vizsgálandó, mennyiben változhat (nöhet) meg az összefonódás eredményeként a Hungaropharma ösztönzőtsége és képessége az upstream piaci elzárkózásra, azaz az inputok versenytárs patikák számára történő biztosításának megtagadására vagy ilyen hatású egyéb magatartások (pl. hátrányosabb szállítási feltételek kialakítása) tanúsítására. Figyelemmel többek között a nagykereskedelmi piac keresleti és kínálati oldalának szerkezetére, valamint a HungaroCare által működtetett patikák számára, a Versenytanács álláspontja szerint káros vertikális hatás fellépése az összefonódás következtében országos szinten nem valószínűsíthető. A Hungaropharmához tartozó gyógyszertárak ugyanis továbbra is csekély, 5% alatti részesedést képviselnek a gyógyszer-kiskereskedelmi piacon, továbbá, bár a Gyöngy patikasövetség tagjaival együttesen a gyógyszertárak száma alapján számított részesedés ennél sokkal jelentősebbnek adódik (25% feletti), abban a vizsgált összefonódás következtében olyan csekély (1%-pont alatti) változás prognosztizálható, ami a Versenytanács szerint a Hungaropharma ösztönzőtségében, illetve versenykorlátozásra való képességében nyilvánvalóan nem hoz érdemi változást.
92. Az egyes helyi piacokon várható esetleges upstream elzárkózásból fakadó vertikális hatásokat illetően a Versenytanács álláspontja szerint a koncentráció-növekedés csekély voltára és/vagy a további nagykereskedelmi piaci szereplők jelenlétére tekintettel nem valószínűsíthetőek versenyproblémák. A mind a Hungaropharmától, mind az általa működtetett Gyöngy szövetségtől független patikákkal szemben tanúsított esetleges diszkriminatív magatartás hatását ugyanis a patikák képesek lehetnek ellensúlyozni azáltal, hogy más nagykereskedőhöz (így különösen a Phoenixhez vagy a gyógyszertárakat közvetetten sem irányító Tevahoz) fordulnak és/vagy előbbi stratégiai szövetségéhez csatlakoznak. Az előzőekre tekintettel a Versenytanács értékelése szerint nem valószínűsíthető, hogy az összefonódás vertikális hatása révén jelentős mértékben csökkentené a versenyt az érintett piacokon.
93. Ugyancsak nem látta igazoltnak a Versenytanács, hogy a tranzakció következtében megnövekedne a downstream piaci elzárkózás veszélye, azaz hogy az összefonódás következtében a Hungaropharma jelenlegi és/vagy potenciális versenytársai az eddigieknél nehezebben férhetnének hozzá a vevőkhöz (patikákhoz). Bár feltételezhető, hogy a Hungaropharma irányítása alatt álló gyógyszertárak beszerzéseiket jelentős részben a Hungaropharma útján intézik, s ismert, hogy a Gyöngy szövetség tagjai a stratégiai szövetséghez való csatlakozásukkal vállalták, hogy gyógyszer-szükségleteik [...]^{*}%-át a Hungaropharmától szerzik be, a tranzakció következtében a Hungaropharma irányítása alá kerülő patikák az összes gyógyszertár számához viszonyítva országos szinten olyan csekély súlyt képviselnek, ami a Versenytanács értékelése szerint sem az ösztönzőtségen, sem pedig az elzárkózási képességen nem változtat érdemben.

^{*} A [...] szimbólum üzleti titkot jelöl.

Portfólió- és konglomerátum hatások

94. A Versenytanács álláspontja szerint az érintett vállalkozások tevékenységeire tekintettel káros portfólió- vagy konglomerátum-hatással sem kell számolni az összefonódás következtében.

Összegzés

95. A fenti 84-94. pontokban részletesen kifejtettek alapján a Versenytanács a Tpvt. 77. § (1) bekezdés b) pontja szerinti határozatában az összefonódást engedélyezte.

VIII.

Eljárási kérdések

96. A Tpvt. 62. §-ának (2) bekezdése szerint, ha a Versenytanács határozatában a Tpvt. 77. § (1) bekezdésének b) pontja alkalmazásával a vállalkozások összefonódását engedélyezi, egyúttal kötelezi az eljárás alá vont vállalkozást az (1) bekezdés szerinti eljárási díj megfizetésére. A Tpvt. 62. §-ának (1) bekezdése értelmében az eljárási díj összege a Tpvt. 63. §-a (3) bekezdésének ac) pontja szerinti esetben – azaz amennyiben az engedély a 30. § (2) bekezdése alapján nyilvánvalóan nem tagadható meg – kettőmillió forint, míg a Tpvt. 63. §-a (3) bekezdésének b) pontja esetében a határozat kézbesítésétől számított tizenöt napon belül további nyolcmillió forint eljárási díj fizetendő.
97. A Tpvt. 63. § (3) bekezdés ac) pontja szerinti (egyszerűsített) és a b) pont szerinti (teljeskörű) eljárásban elbírálható összefonódások megkülönböztetésekor a Versenytanács – kialakult gyakorlata alapján, a Tpvt. 30. § (1) és (2) bekezdésében foglalt szempontok tükrében – figyelembe veszi többek között a lehetséges érintett piacok egymáshoz való viszonyát, azok szerkezetét, különös tekintettel a piaci részesedésekre. Az engedélyezhetőség nyilvánvalóságára vonatkozó döntést befolyásoló további szempont, hogy az egyes érintett piacok meghatározására és teljes forgalmára (méretére), valamint az összefonódással érintett vállalkozások beazonosítására vonatkozó következtetéseket milyen mértékben lehet egyértelmű, objektív, könnyen megítélhető adatokra építeni. A Gazdasági Versenyhivatalnak a teljeskörű és egyszerűsített eljárás alkalmazására vonatkozó gyakorlatát a Közlemény foglalja össze.
98. A Közlemény 14-15. pontja az összefonódással érintett vállalkozások érintett piaci részesedéseikhez köti az egyszerűsített eljárás alkalmazhatóságát, így – egyebek mellett – ahhoz, hogy nincs olyan, az összefonódásban érintett bármely két vállalkozáscsoportot (mint vevőt és eladót) összekötő érintett piac, amelyen akár az eladó, akár a vevő vállalkozáscsoportjának egyedüli piaci részesedése meghaladja a 25%-ot (Közlemény 14.ii.b. pont).
99. Az eljárás során beszerzett információk alapján a Versenytanács arra a következtetésre jutott, hogy van olyan, az összefonódásban érintett vállalkozásokat a Közlemény 14.ii.b. pontja értelmében vertikálisan összekötő piac (gyógyszer-nagykereskedelem), melyen az egyik érintett vállalkozáscsoport (Hungharopharma-csoport) 25%-ot meghaladó piaci részesedéssel rendelkezik. Az előzőekre tekintettel a Versenytanács – kialakult gyakorlatával összhangban (ld. pl. Vj-46/2005.) – a teljeskörű eljárásra irányadó eljárási díj megfizetésére kötelezte az eljárás alá vont vállalkozást.
100. A Tpvt. 74. §-ának (1) bekezdése értelmében az eljáró versenytanács tárgyalást tart, ha azt az ügyfél kéri, vagy az eljáró versenytanács szükségesnek tartja. Az eljáró versenytanács az előzetes álláspont megküldésével egyidejűleg nyilatkozattételre hívja fel az ügyfelet arról, hogy kéri-e tárgyalás tartását. A tárgyalás napját úgy kell meghatározni, hogy az ügyfélnek módjában álljon a tárgyalásra felkészülni. A

Versenytanács a Tpv. előírásainak megfelelően megküldte az ügyfelek részére előzetes álláspontját (Vj/004-015/2011. számú irat), s felhívta az ügyfeleket, nyilatkozzanak arról, kérik-e tárgyalás tartását (Vj/004-014/2011. számú irat). Az ügyfelek előadták, hogy nem kérik tárgyalás tartását (Vj/004-016/2011. és Vj/004-017/2011. számú iratok), mire tekintettel a Versenytanács határozatát tárgyalás mellőzésével hozta meg.

101. Az eljárás alá vontnak a Vj-85/2010. számú eljárás elhúzóására, felfüggesztésére vonatkozó kifogását (v.ö. 37. pont) a Versenytanács a jelen eljárással összefüggésben az ügyindító végzéssel szemben előterjesztett vizsgálati kifogásnak tekintette. A Tpv. 81. §-a értelmében az ügyfél a vizsgálati eljárás szabálytalanságát a szabálytalannak tartott intézkedéstől számított három napon belül írásban kifogásolhatja. A kifogás figyelmen kívül hagyását a vizsgáló a jelentésben, az eljáró versenytanács az eljárást befejező döntésében köteles megindokolni. Tekintettel arra, hogy az eljárás megindítását elrendelő végzést az ügyfelek a térítvény tanúsága szerint 2011. január 28-án vették kézhez, megállapítható, hogy a vizsgálati kifogás a Tpv. 81. §-ában foglalt határidőn túl került előterjesztésre, így azt a Versenytanács figyelmen kívül hagyta. Egyebekben megjegyzi a Versenytanács, hogy az eljárás alá vont által előterjesztett kifogások alapvetően nem a jelen eljáráshoz, hanem a Vj-85/2010. számú eljáráshoz kapcsolódtak, így azok érdemben történő vizsgálatát a Versenytanács már csak erre tekintettel is mellőzte.
102. A GVH hatásköre a Tpv. 45. §-án, illetékessége a Tpv. 46. §-án alapul. E rendelkezések értelmében a GVH kizárólagos hatáskörrel rendelkezik minden olyan versenyfelügyeleti ügyben, amely nem tartozik a bíróság hatáskörébe (Tpv. 86. §), illetékessége pedig az ország egész területére kiterjed.
103. A határozat elleni jogorvoslati jogot a Tpv. 83. §-ának (1) bekezdése biztosítja.

Budapest, 2011. szeptember 1.

Váczai Nóra s.k.
előadó versenytanács tag

dr. Dobos Gergely s.k.
versenytanács tag

dr. Zlatarov László s.k.
versenytanács tag