

Juridisk responsum

vedrørende

Konkurrenceretlige rammer for PLO's og de alment praktiserende lægers handlemuligheder ved en prognosticeret overskridelse af økonomiloftet

28. oktober 2023

Indhold

	Side
1 Sammenfatning	3
2 Baggrund	6
3 De faktiske omstændigheder	6
4 Konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler	7
5 Overtrædelse kan straffes med bøde og fængsel	11
6 Konkurrencelovens § 2, stk. 2	12
7 Juridisk vurdering og konklusion	15

1 Sammenfatning

Praktiserende Lægers Organisation ("PLO") har anmodet Accura om at vurdere, i hvilket omfang PLO inden for rammerne af konkurrencereglerne må vejlede og rådgive sine medlemmer til at drøfte og gennemføre fælles tiltag for at sikre, at den overenskomstfastsatte økonomiske ramme for 2023 for praktiserende lægers aktiviteter ikke overskrides. Det er centralt for PLO at sikre, at PLO ikke som led i sin vejledning til medlemmer om, hvordan man kan håndtere den prognosticerede overskridelse af den økonomiske ramme, uforvarende handler i strid med konkurrencereglerne eller opfordrer sine medlemmer hertil. Samtidig er det relevant at sikre, at hvert enkelt medlem er opmærksomme på, hvilke grænser der følger af konkurrenceloven i forhold til at aftale eller vedtage eventuelle tiltag, idet hvert medlem individuelt bærer ansvaret for deres iagttagelse af konkurrencereglerne og kan gøres strafferetligt ansvarlig for overtrædelser heraf.

Formålet med dette juridiske responsum er på den baggrund at redegøre for de begrænsninger, der følger af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og vurdere betydningen af konkurrencereglerne i forhold til den aktuelle situation. Konkurrencelovens § 6, stk. 1, fastslår, at det er forbudt for virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder at indgå aftaler eller samordnet praksis med det formål eller den konsekvens, at konkurrencen direkte eller indirekte fordrøjes.

De alment praktiserende læger udgør virksomheder i konkurrencelovens forstand. De er derfor hver især omfattet af konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler. I sin egenskab af brancheorganisation for de alment praktiserende læger, udgør PLO en sammenslutning af virksomheder, som også er omfattet af konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler.

Aftalebegrebet i konkurrenceloven er meget bredt og omfatter både skriftlige og mundtlige aftaler samt udtrykkelige og stiltiende aftaler. En underforstået enighed om en samordnet adfærd eller fælles indsats er også omfattet af aftalebegrebet i konkurrenceloven. Selv en ensidig, vejledende udmelding fra PLO om, hvordan de enkelte medlemmer konkret kan eller bør handle for at undgå at overskride økonomiløftet, vil blive anset som en retningsangivende foranstaltning for PLO's medlemmer, som kan medføre, at der opstår en aftale eller samordnet praksis. På samme måde vil forslag eller opfordringer fra de enkelte medlemmer til andre medlemmer om, hvordan man kan begrænse aktiviteten, blive opfattet som en aftale eller samordnet praksis, medmindre de modtagende medlemmer klart tager afstand fra forslaget eller opfordringen. En aftale eller samordnet praksis mellem konkurrenter om at begrænse produktionen eller salg af ydelser anses i konkurrencelovens forstand som en adfærd, der har til formål at begrænse konkurrencen, og den kan derfor være ulovlig uanset de faktiske konsekvenser.

Det er vores vurdering, at konkurrencemyndighederne med al sandsynlighed¹ vil finde, at det vil udgøre produktionsbegrænsning omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvis PLO's medlemmer indbyrdes aftaler, vedtager eller på anden måde koordinerer en aktivitetsbegrænsning med henblik på at reducere omsætningen fra sygesikringen for at undgå at overskride

¹ Adfærden vil høre ind under konkurrencelovens § 6, men det betyder ikke med sikkerhed, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil rejse en sag. Styrelsen vil forventeligt ikke rejse en sag, hvis det efter deres vurdering er sandsynligt, at sundhedsministeren vil fastslå, at konkurrencelovens § 2, stk. 2, finder anvendelse, da konkurrencelovens § 6 i så fald ikke vil gælde.

økonomiloftet. De enkelte alment praktiserende læger risikerer dermed at blive idømt bøder og i værste tilfælde fængselsstraf. Det er samtidig vores vurdering, at PLO selvstændigt risikerer at kunne ifalde ansvar for overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvis PLO opfordrer til, rådgiver om eller på anden måder vejleder de enkelte medlemmer om, hvordan de kan begrænse deres aktiviteter med henblik på at undgå, at økonomirammen overskrides.

PLO har kontaktet den nuværende sundhedsminister og bedt ministeren tage stilling til, om PLO's vejledning til sine medlemmer i denne situation vil være omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2. Indtil der foreligger svar fra ministeren, kan det ikke lægges til grund, at undtagelsen finder anvendelse.

I det omfang RLTN og PLO gennem forhandling kan nå til enighed om konkrete tiltag, som ligger inden for rammerne af praksisplanen for almen praksis og Overenskomsten, kan PLO inden for rammerne af konkurrencereglerne gennemføre sådanne specifikke tiltag. Hvis RLTN og PLO aftaler, at den nuværende ordlyd i Overenskomsten, om at parterne hver især har et aktivt medansvar for levere information og vejledning med henblik på at bistå med at sikre, at aktiviteten holder sig indenfor det fastlagte loft, skal forstås sådan, at parterne også hver især – og indenfor Overenskomstens rammer i øvrigt – kan levere information og vejledning om konkrete tiltag, der vil kunne nedsætte aktiviteten i almen praksis, vil det efter vores vurdering begrænse, men ikke eliminere, risikoen for, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil indlede en undersøgelse af sagen.

En sådan aftale mellem overenskomstparterne vil efter vores vurdering ikke uden videre blive anset som en direkte eller nødvendig følge af Overenskomsten, men den vil bidrage til forståelsen af, hvilken hensigt overenskomstparterne har haft med formuleringen, da de indgik Overenskomsten. Det vil således øge sandsynligheden for, at sundhedsministeren vil finde, at PLO's påtænkte adfærd er en direkte eller nødvendig følge af Overenskomsten og dermed fastslå, at der er tale om adfærd omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2. I det tilfælde vil adfærden ikke være i strid med konkurrencereglerne, men beslutningen træffes i sidste ende af ministeren ud fra både juridiske, politiske og samfundsmæssige hensyn, og adfærden vil være omfattet af konkurrencelovens § 6, indtil ministeren træffer beslutning om, at det ikke er tilfældet.

Konklusion og anbefalinger

Det er vores klare anbefaling, at PLO for nuværende undlader at opfordre eller vejlede sine medlemmer på en måde, der med al sandsynlighed vil blive anset for en overtrædelse af konkurrencereglerne, hvis sundhedsministeren måtte fastslå, at adfærden ikke er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.

PLO bør fortsat gennem forhandling med RLTN forsøge at finde en løsning ved at blive enige om konkrete og specifikke tiltag, som parterne kan gennemføre for at undgå at overskride økonomirammen.

Sideløbende med den proces bør PLO begrænse sin information og vejledning til medlemmerne til at omfatte faktuelle forhold, fx ved løbende at informere medlemmerne om, hvor meget der på landsplan er brugt i forhold til det samlede økonomiloft uden at forholde sig til, hvordan medlemmerne bør håndtere det.

De enkelte alment praktiserende læger må i alle tilfælde ikke udenom PLO indbyrdes aftale at sænke produktionen eller på andre måder begrænse konkurrencen. En sådan adfærd vil være i strid med konkurrencelovens § 6, og de alment praktiserende læger risikerer derfor at ifalde bøde- eller i værste tilfælde fængselsstraf herfor. Det gælder, uanset om konkurrencelovens § 2, stk. 2 måtte finde anvendelse i forhold til PLO's vejledning, da Overenskomsten kun hjemler et aktivt medansvar for Overenskomstens parter, dvs. PLO og RLTN.

2 Baggrund

Praktiserende Lægers Organisation ("PLO") har anmodet Accura om at vurdere, i hvilket omfang PLO inden for rammerne af konkurrencereglerne må vejlede og rådgive sine medlemmer til at drøfte og gennemføre fælles tiltag med henblik på at sikre, at den økonomiske ramme for 2023 for praktiserende lægers aktiviteter, som fastsat i Overenskomst om almen praksis 2022 ("Overenskomsten"), Bilag 5, Økonomiprotokollat af 19-06-2021 ("Økonomiprotokollatet"), ikke overskrides. Behovet for at drøfte og gennemføre de fælles tiltag udspringer således af et ønske fra PLO og medlemmernes side om at leve op til sit medansvar for, at den økonomiske ramme ikke overskrides.

PLO's medlemmer, de alment praktiserende læger, er som selvstændige erhvervsdrivende i konkurrenceretlig forstand som udgangspunkt konkurrenter til hinanden, og PLO er konkurrenceretligt – som fælles organisation for medlemmerne – en sammenslutning af konkurrenter. Konkurrenceloven indeholder blandt andet regler, som væsentligt begrænser mulighederne for, hvad konkurrenter må drøfte og aftale, og hvad en sammenslutning af konkurrenter må vejlede sine medlemmer om. Formålet med dette juridiske responsum er at redegøre for de begrænsninger, der følger af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og vurdere betydningen af konkurrencereglerne i forhold til den aktuelle situation.

3 De faktiske omstændigheder

Overenskomsten er forhandlet mellem PLO og Regionernes Lønnings- og Takstnævn ("RLTN"). Overenskomsten vedrører gruppe 1-sikrede borgere og omfatter vederlagsfri sygdomsbehandling og forebyggende arbejde i henhold til sundhedsloven. Overenskomsten regulerer blandt andet vilkår for praksisdrift for alment praktiserende læger og fastsætter honorarer for de overenskomstdækkede ydelser, som de alment praktiserende læger skal tilbyde patienterne.

Økonomiprotokollatet fastsætter den kollektive økonomiske ramme for de overenskomstdækkede ydelser. Den økonomiske ramme er fastsat ud fra et behov for at sikre en styring af de offentlige udgifter til alment praktiserende læger.

Ved overskridelser af den økonomiske ramme på mere end 0,6% af den samlede ramme, sker en nedsættelse af reguleringsprocenten og om nødvendigt af basishonoraret, medmindre andet aftales mellem PLO og RLTN. Denne modregning skal give kompensation svarende til det beløb udover 0,6%, som økonomirammen er overskredet med.

PLO og RLTN har for nylig konstateret, at der i almen praksis er sket en aktivitetsstigning i 2023 i forhold til tidligere år. Hvis den nuværende aktivitet fortsætter, forventes den økonomiske ramme i Økonomiprotokollatet at blive overskredet med 1,5% i 2023 svarende til ca. 140 mio. kr.

Det fremgår af Økonomiprotokollatet, at:

"I henhold til Sundhedsloven er der fri adgang for sikrede til det almen medicinske tilbud. Det betyder, at den enkelte læge ikke kan styre antallet af initiale henvendelser i praksis. Dette er en særlig omstændighed, som nødvendiggør, at både PLO som

organisation, og regionerne som myndighed, skal kunne give løbende information og vejledning til de praktiserende læger om det aktuelle udgiftsniveau set i forhold til den økonomiske ramme, og om de overenskomstmæssige konsekvenser af, at den økonomiske ramme overskrides.

Parterne er enige om, at både regioner og PLO har et aktivt medansvar for at levere information og vejledning med henblik på at bistå med at sikre, at aktiviteten holder sig indenfor det fastlagte loft.

Der skal ske en drøftelse af fælles tiltag, hvis der er udsigt til overskridelse af den forventede økonomi."

PLO ønsker naturligvis at leve op til det medansvar, der følger af Overenskomsten. Der har allerede været drøftelser med regionerne, indtil videre uden resultater.

Det er imidlertid centralt for PLO at sikre, at PLO ikke som led i sin vejledning om at undgå at overskride den økonomiske ramme uforvarende handler i strid med konkurrencereglerne eller opfordrer sine medlemmer hertil.

I det følgende vil de begrænsninger, der følger af konkurrencelovens § 6, blive gennemgået med henblik på at sikre, at PLO ikke overtræder konkurrencelovens regler i forsøget på at leve op til forpligtelsen i Overenskomsten.

4 Konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler

Konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 3, fastslår, at det er forbudt for virksomheder eller sammenslutning af virksomheder at indgå aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis med det formål eller den konsekvens, at konkurrencen direkte eller indirekte fordrejes. Aftaler mellem konkurrenter om at begrænse produktionen, opdele markeder eller kunder eller koordinere priser er blandt de typiske eksempler på konkurrencebegrænsende aftaler.

Forbuddet omfatter også aftaler, vedtagelser eller koordineret adfærd, som sker via eller udspringer af brancheorganisationer.

Forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, indeholder følgende fire betingelser, som vil blive gennemgået nærmere i dette responsum:

- i) Der skal være tale om erhvervsvirksomheder eller en sammenslutning af erhvervsvirksomheder (se afsnit 4.1 nedenfor),
- ii) Erhvervsvirksomhederne skal indgå en aftale, vedtagelse eller en samordnet praksis (se afsnit 4.2 nedenfor),
- iii) Aftalen, vedtagelsen eller den samordnede praksis skal have det formål eller den konsekvens, at konkurrencen begrænses (se afsnit 4.3 nedenfor), og
- iv) Konkurrencen skal begrænses mærkbart (se afsnit 4.4 nedenfor).

En overtrædelse af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, kan straffes med bøde og i visse tilfælde fængsel (se afsnit 5 nedenfor).

4.1 **Virksomhedsbegrebet: Alment praktiserende læger er virksomheder, og PLO er en sammenslutning af virksomheder**

Den første betingelse for, at forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler finder anvendelse, er, at der skal være tale om *virksomheder* eller *en sammenslutning af virksomheder*.

Det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb skal fortolkes bredt og omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed og enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer eller tjenester. Det gælder uanset hvilken selskabsform, virksomheden virker under, og uanset om virksomheden drives med økonomisk gevinst for øje. Det er også uden betydning for vurderingen, om erhvervet er undergivet lovregulering, og om erhvervet udøves i det offentlige interesse eller finansieres af det offentlige.²

Derudover er sammenslutninger af virksomheder omfattet af forbuddet. En sammenslutning af virksomheder dækker over brancheforeninger af enhver slags og anden form for organiseret samarbejde mellem virksomheder.

Almen lægepraksis kan drives som enkeltmandspraksis eller kompagniskabspraksis, og den enkelte praksis vælger selv, om praksis drives som personligt ejet virksomhed eller som alment lægeselskab, der drives af en eller flere læger, der har tiltrådt Overenskomsten.

De alment praktiserende læger modtager således betaling for de tjenester, som de yder patienterne og bærer selv de økonomiske risici ved udøvelsen af deres virksomhed. Dermed udøver de alment praktiserende læger økonomisk virksomhed, og de udgør derfor erhvervsvirksomheder i konkurrencelovens forstand. Det betyder, at de alment praktiserende læger hver især er omfattet af konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler.

Det er virksomheden og dens ledelse, der er ansvarlig for, at forbuddet ikke overtrædes, og virksomheden og dens ledelse er dermed også ansvarlig for medarbejdere, der handler i strid med konkurrenceloven, selvom ledelsen ikke har kendskab hertil. De alment praktiserende lægeklinikker har derfor også et ansvar for at sikre, at alle ansatte i klinikken kender til og overholder konkurrencereglerne.

I sin egenskab af brancheorganisation for de alment praktiserende læger, udgør PLO en sammenslutning af virksomheder, som også er omfattet af konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler.

² Det er slået fast i praksis, at liberale erhverv som f.eks. advokater, revisorer, læger og tandlæger omfattes af det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb, jf. bl.a. EF-domstolens dom af 12. september 2000 i de forenede sager C-180/98 – C-184/98, *Pavlov m.fl. mod Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, præmis 76-77, hvor Domstolen fastslog, at de selvstændige speciallæger udgjorde virksomheder, og at det var uden betydning herfor, at de leverede tjenesteydelser af kompleks og teknisk karakter, og at udøvelse af deres erhverv var reguleret.

4.2 Aftalebegrebet: Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

Den anden betingelse for, at forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler finder anvendelse, er, at der foreligger en *aftale, vedtagelse eller samordnet praksis*.

Aftalebegrebet i konkurrenceloven skal – ligesom virksomhedsbegrebet – fortolkes bredt og omfatter både skriftlige og mundtlige aftaler samt udtrykkelige og stiltiende aftaler. En vedtagelse i en brancheforening, en underforstået enighed om en samordnet adfærd eller fælles indsats er også omfattet af aftalebegrebet i konkurrenceloven.³

En opfordring fra PLO til medlemmerne om at handle eller undlade at handle på en bestemt måde for at undgå at overskride økonomiloftet vil derfor være omfattet af aftalebegrebet i konkurrenceloven. Selv en ensidig, vejledende udmelding fra PLO om, hvordan de enkelte medlemmer konkret *kan* eller *bør* handle for at undgå at overskride økonomiloftet, vil blive anset som en retningsangivende foranstaltning for PLO's medlemmer, som medfører, at der opstår en aftale eller samordnet praksis.

Den enkelte almene praksis skal som led i driften af sin virksomhed træffe ensidige beslutninger om sin adfærd i markedet. Sådanne ensidige beslutninger vil ikke udgøre en aftale i konkurrencelovens forstand og vil derfor ikke være omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.⁴ Det er dog vigtigt, at de ensidige handlinger ikke udspringer af, at mindst to virksomheder har givet udtryk for en fælles eller samstemmende vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde, som begrænser konkurrencen. Hvis det er tilfældet, kan adfærden udgøre en konkurrencebegrænsende aftale.

4.3 Konkurrencebegrænsning: Til formål eller følge at konkurrencen begrænses

Den tredje betingelse for, at forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler finder anvendelse, er, at dét, der aftales, vedtages eller samordnes, har *til formål eller som konsekvens, at konkurrencen begrænses*.

Priskoordinering, tilbudskarteller, markedsdeling og begrænsning af produktion eller salg er eksempler på konkurrencebegrænsende aftaler, som har til formål at begrænse konkurrencen. Det betyder, at det som udgangspunkt vil være ulovligt for konkurrenter at indgå sådanne aftaler (implicit eller eksplicit), uanset om konkurrencen rent faktisk er blevet begrænset. Det er

³ Som et eksempel fra praksis kan nævnes Retten i Koldings dom af 6. september 2011 i sag 1-4944/2010, *Dansk Kartoffelproducentforening*, hvor Dansk Kartoffelproducentforening blev kendt skyldig i at have overtrådt konkurrenceloven og idømt en bøde for bl.a. at opfordre deres medlemmer til at lade kartofler blive i jorden for at begrænse udbuddet og dermed sikre en højere pris.

Se desuden Konkurrenceankenævnets kendelse af 9. december 2013, *Den Danske Dyrælgeforening*, hvor Den Danske Dyrælgeforening ulovligt havde opfordret sine medlemmer til ikke at konkurrere om kollegers kunder. Den Danske Dyrælgeforenings etiske regelsæt fastslog, at det ansås for "god skik", at dyrlægeklinikkerne undlod at fastholde kunder, der var henvist af en anden dyrlægeklinik. Endvidere ansås det for "god skik" at afholde sig fra at skabe sig en praksis eller andre fordele på bekostning af en syg kollega samt at nedsætte sig inden for en geografisk afstand af 15 km. fra en afdød kollegas praksis, før pågældende praksis var solgt – dog højst i 6 måneder. Konkurrenceankenævnet stadfæstede, at alle tre bestemmelser i det etiske regelsæt var i strid med konkurrencelovens § 6.

⁴ For fuldstændighedens skyld bemærkes, at en virksomheds ensidige adfærd efter omstændighederne kan være i strid med konkurrencelovens § 11, der indeholder et forbud mod, at dominerende virksomheder misbruger deres stilling på et givent marked. Det kræver imidlertid, at virksomhederne har en meget høj markedsandel. Da vi forstår, at det ikke er tilfældet for de enkelte almene praksisser, er denne regel ikke relevant i nærværende situation.

tilstrækkeligt, at der er indgået en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis. Denne type aftaler hører under kategorien "kartelaftaler".⁵

En adfærd, som har til formål eller som konsekvens, at alment praktiserende læger begrænser mængden af deres ydelser til patienterne for ikke at overskride økonomiloftet, vil udgøre en begrænsning i produktionen af ydelser til patienter. Både aftaler om kvoter for produktionen af en bestemt type ydelse, såvel som aftaler om generelt at begrænse eller ophøre med produktionen af den pågældende ydelse, vil udgøre produktionsbegrænsninger i konkurrencelovens forstand.

En aftale, vedtagelse eller samordnet praksis mellem konkurrerende virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder om at begrænse deres produktion betragtes som en grov overtrædelse af konkurrenceloven, som kan straffes med bøde eller fængsel (se om sanktionerne nedenfor i afsnit 5).⁶

4.4 Mærkbarhedskravet: Konkurrencebegrænsningen skal være mærkbar

Den fjerde betingelse for, at forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler finder anvendelse, er, at *konkurrencebegrænsningen er mærkbar*. Der skelnes mellem kvantitativ og kvalitativ mærkbarhed.

Visse konkurrencebegrænsende aftaler vil ikke være ulovlige, hvis de deltagende virksomheders samlede markedsandel ikke overstiger 10% på noget relevant marked, der er berørt af aftalen.⁷ Denne såkaldte bagatelgrænse finder dog ikke anvendelse, hvis der er tale om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis, der består i at (i) fastsætte priser, avancer mv., (ii) begrænse produktion eller salg, (iii) opdele markeder eller kunder, eller (iv) koordinere tilbud i forbindelse med udbud.⁸ Bagatelgrænsen vil derfor ikke finde anvendelse, hvis eventuelle fælles tiltag blandt de alment praktiserende læger, der sigter mod at undgå at overstige det økonomiske loft i Økonomiprotokollatet, findes at udgøre produktionsbegrænsning efter konkurrencelovens § 6.

Det kvalitative mærkbarhedskrav supplerer det kvantitative mærkbarhedskrav og betyder, at en aftale mv. skal være egnet til at have en vis påvirkning af konkurrencen på det pågældende marked.

En aftale, som har et konkurrencebegrænsende formål, som det er tilfældet ved aftaler om begrænsning i produktionen og markedsdeling, udgør uanset de faktiske følger en mærkbar begrænsning af konkurrencen.⁹

⁵ Det følger af konkurrencelovens § 23, stk. 4, 3. pkt., at: "*Ved en kartelaftale efter 2. pkt. forstås en aftale, samordnet praksis eller vedtagelse mellem virksomheder i samme omsætningsled om 1) priser, avancer el.lign. for salget eller videre-salget af varer eller tjenesteydelser, 2) begrænsninger af produktion eller salg, 3) opdeling af markeder eller kunder, eller 4) koordinering af bud*" [vores understregning].

⁶ Jf. bl.a. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konkurrenceloven, 2019, s. 13.

⁷ Konkurrencelovens § 7, stk. 1, nr. 2.

⁸ Konkurrencelovens § 7, stk. 3.

⁹ Det følger af forordning nr. 1/2003/129, at det skal undersøges, om en eventuel konkurrencebegrænsende aftale mv. mærkbart kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Såfremt dette er tilfældet, er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen forpligtet til ligeledes at anvende de EU-retlige konkurrenceregler i Traktaten om Den Europæiske Unions

5 Overtrædelse kan straffes med bøde og fængsel

Virksomheder, der overtræder konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, kan idømmes bødestraf. Bødestraf forudsætter, at virksomheden har handlet forsætligt eller groft uagtsomt. Det vil typisk være tilfældet, hvis virksomheden var eller burde være opmærksom på, at den pågældende aftale var i strid med konkurrencereglerne.

Bødeniveauet kan udgøre op til 10% af virksomhedens – i dette tilfælde hver enkelt lægekliniks – omsætning. Grundbeløbet for en alvorlig overtrædelse vil typisk spænde fra 4 mio. kr. til 20 mio. kr., mens en meget alvorlig overtrædelse kan medføre en bøde på mere end 20 mio. kr.

Hver enkelt almen praksis risikerer dermed at skulle betale en høj bøde, hvis lægerne har indgået en aftale eller på anden måde koordineret sin adfærd med andre alment praktiserende læger i strid med konkurrencereglerne.

PLO kan desuden selvstændigt som brancheorganisation ifalde ansvar for at facilitere eller opfordre til en produktionsbegrænsning eller anden form for aftale omfattet af konkurrencelovens § 6. Ligesom for de enkelte lægepraksisser er straffen en bøde med et bødeloft på 10% af den samlede omsætning, men for virksomhedssammenslutninger beregnes bodegrundlaget på baggrund af omsætningen i hele virksomhedssammenslutningen. Det betyder, at alle medlemmernes omsætning skal medregnes.

PLO og medlemmerne hæfter solidarisk. Det indebærer, at hvis PLO ikke selv kan betale en eventuel bøde, kan de indkalde bidrag fra medlemmerne. Hvis medlemmerne ikke betaler, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sidste ende opkræve restbeløbet direkte hos medlemmerne. De enkelte medlemmer risikerer dermed også at skulle betale betydelige beløb, hvis PLO på vegne af medlemmerne overtræder konkurrencereglerne.

Fysiske personer, der overtræder konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, kan også idømmes personlig bøde- eller fængselsstraf. Som udgangspunkt er det kun ledende medarbejdere, dvs. direktører og andre personer, der er ansvarlig for virksomhedens daglige drift, som kan ifalde straf. Straf forudsætter, at de ledende medarbejdere selv har deltaget i eller instrueret andre i at deltage i konkurrencebegrænsende aktiviteter eller har undladt at skride ind over for en overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, som de i kraft af deres stilling burde være bekendt med. Bøder til fysiske personer kan i meget alvorlige tilfælde udgøre 200.000 kr. eller mere.

Personer, der har indgået eller medvirket til en kartelaftale, der er indgået forsætligt, og som er af grov beskaffenhed, kan idømmes fængsel i op til 1 år og 6 måneder.¹⁰ Under særligt skærpendede omstændigheder kan straffen stige med fængsel i op til 6 år.¹¹

Funktionsmåde. I en potentiel sag ved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, vil styrelsen konkret skulle vurdere, om der er samhandelspåvirkning. Da det imidlertid ikke er relevant i forhold til dette juridiske responsum, er det ikke behandlet nærmere.

¹⁰ Jf. Konkurrencelovens § 23, stk. 4.

¹¹ Jf. Straffelovens § 299c. Der kan være tale om særligt skærpendede omstændigheder, hvis overtrædelsen (i) har haft et betydeligt omfang, fx hvis en kartelaftale har omfattet mange virksomheder på et givent marked eller har haft en lang varighed, eller (ii) har været egnet til at medføre betydelig skade, eksempelvis for forbrugerne eller andre virksomheder, der er til stede på det marked, hvor overtrædelsen har fundet sted.

6 Konkurrencelovens § 2, stk. 2

6.1 Adfærd, der er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler gælder ikke, hvis den pågældende resortminister vurderer, at en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2.

Det indebærer, at en given adfærd – selvom den begrænser konkurrencen – kan være lovlig, hvis den enten er et direkte krav fastsat i offentlig regulering, eller hvis den konkurrencebegrænsende adfærd må antages at være den eneste mulige løsning for virksomheder for at efterleve krav, der følger af offentlig regulering. I tilfælde hvor den offentlige regulering giver virksomhederne et vist spillerum, vil konkurrencebegrænsninger imidlertid ikke være nødvendiggjort af reguleringen. En situation, hvor der efter offentlig regulering er en mulighed for at konkurrere, men hvor konkurrencen ved selvstændig adfærd fra virksomhedernes side kan begrænses, vil derfor ikke være undtaget efter konkurrencelovens § 2, stk. 2.¹²

Formålet med undtagelsen er at sikre, at politisk bestemte reguleringer og beslutninger, som er truffet med hjemmel i lovgivning, ikke kan underkendes af konkurrencemyndighederne, idet der kan være andre samfundshensyn, som konkret fra lovgivers side anses for at vægte højere end hensynet til konkurrencen.¹³ Det er en forudsætning for, at undtagelsen finder anvendelse, at den pågældende resortminister har truffet afgørelse om, at konkurrencebegrænsningen er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.

Det er fastslået i tidligere praksis, at overenskomster udgør offentlig regulering omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2.¹⁴ Det betyder, at konkurrencelovens regler kun gælder for aftaler uden for rammerne af Overenskomsten men ikke for aftaler eller adfærd, der enten er direkte reguleret i Overenskomsten, eller som er nødvendige for at kunne leve op til sine forpligtelser i Overenskomsten.

Af relevante eksempler for denne sag kan nævnes, at Overenskomsten fastslår de priser, som de alment praktiserende læger skal tage for en given ydelse. Denne prisfastsættelse i Overenskomsten fjerner således enhver mulighed for lægerne for at konkurrere på pris. Lægernes ensretning af honorarer er derfor både en direkte og nødvendig følge af Overenskomsten og er ikke

¹² Se præmis 80 i Domstolens dom i Deutsche Telekom, sag C-280/08 P: "Ifølge Domstolens retspraksis er det kun, såfremt virksomhederne pånødes en konkurrencestridig adfærd ved en national lovgivning, eller såfremt denne lovgivning skaber en retlig ramme, som på sin side berøver dem enhver mulighed for at konkurrere retmæssigt, at artikel 81 EF og 82 EF ikke finder anvendelse. I denne situation skyldes begrænsningen af konkurrencen således ikke, som det forudsættes i disse bestemmelser, en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side. Derimod kan artikel 81 EF og 82 EF finde anvendelse i en situation, hvor der efter den nationale lovgivning fortsat består en mulighed for konkurrence, men hvor denne konkurrence kan hindres, begrænses eller fordrejes ved en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side (dom af 11.11.1997, forenede sager C-359/95 P og C-379/95 P, Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing, Sml. I, s. 6265, præmis 33 og 34 og den deri nævnte retspraksis)." (vores understregning)

¹³ Jf. FT 1996-97, tillæg A, s. 3654, venstre spalte.

¹⁴ Se eksempelvis brev af 15. december 2014 fra den daværende minister for sundhed og forebyggelse, Nick Hækkerup, til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvor sundhedsministeren redegør for reguleringen af ydernummersystemet og bl.a. fastslår, at "Overenskomsterne træder således i stedet for offentlig regulering af de forhold, der omfattes af overenskomsten". Korrespondancen kan findes på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside: [20150128-korrespondance-mellem-konkurrence-og-forbrugerstyrelsen-og-ministeriet-for-sundhed-og-for.pdf](https://www.kfst.dk/20150128-korrespondance-mellem-konkurrence-og-forbrugerstyrelsen-og-ministeriet-for-sundhed-og-for.pdf) (kfst.dk).

i strid med konkurrencereglerne, selvom priskoordinering sædvanligvis anses for en grov konkurrencebegrænsning.

I den i afsnit 6.2 nævnte sag vedrørende FAS' og FAPS' adfærd afviste den daværende sundhedsminister først ad flere omgange, at situationen var omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2. Ved en af de forudgående afvisninger havde ministeren blandt andet lagt vægt på, at FAS' kommunikation, som forelagt ministeriet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i den pågældende sag, ikke var den eneste mulige model for en hensigtsmæssig opfølgning på Økonomiprotokollatet. Ministeren anførte i den forbindelse, at de pågældende udfordringer mest hensigtsmæssigt kunne løses inden for forhandlingssystemets rammer.

I december 2014 konkluderede den (nye) sundhedsminister imidlertid, at foreningens adfærd var en direkte og nødvendig følge af sundhedslovgivningen, og at adfærden derfor konkret alligevel var omfattet af undtagelsen i konkurrencelovens § 2, stk. 2.

6.2 Tidligere relevant praksis vedrørende konkurrencelovens § 2, stk. 2

Der findes fra praksis en række sager, hvor den relevante resortminister har taget stilling til, om en konkurrencebegrænsning var en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2.

6.2.1 FAS/FAPS-sagen

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i 2014 behandlet en sag, hvor Foreningen af Speciallæger og Forhandlingsberettigede foreninger ("FAS") og Foreningen af Praktiserende Speciallæger ("FAPS") i en periode på et par år fra 2011-2013 havde sendt e-mails til alle praktiserende speciallæger med opfordringer til at holde antallet af behandlinger nede, fx ved at holde fri eller tage på kursus. Formålet med disse e-mails var at sikre, at speciallægerne begrænsede deres arbejdsmængde, så de ikke overskred det i den relevante overenskomst fastsatte økonomiloft. En overskridelse ville betyde, at speciallægerne ville få nedsat deres honorarer fra regionerne.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gennemførte på baggrund af den pågældende adfærd en uanmeldt kontrolundersøgelse (et "dawn raid") hos FAS og FAPS. Gennemgangen af det indhentede materiale førte til, at styrelsen indledte en omfattende afgørelsessag. Styrelsen konkluderede i sagen, at FAS' og FAPS' opfordringer til medlemmerne om at nedsætte behandlingsaktiviteten udgjorde en produktionsbegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1. I december 2014 afgjorde ministeren for sundhed og forebyggelse, at brancheforeningens opfordringer var en direkte og nødvendig følge af sundhedslovgivningen, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2, hvorfor adfærden ikke var i strid med konkurrencelovens regler. Det forhindrede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet i at gribe ind.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen offentliggjorde dog sit udkast til afgørelse.¹⁵ I udkastet lagde styrelsen blandt andet vægt på, at en begrænsning af produktionen er en

¹⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til afgørelse af 17. december 2014, *De praktiserende speciallægers begrænsning af behandlingsaktiviteten*.

konkurrencebegrænsning, der efter sin art i sig selv kan betragtes som skadelig for de normale konkurrencevilkår, og som har til formål at begrænse konkurrencen.

Derudover fremhævede styrelsen, at når priserne på et marked er reguleret, er det særlig vigtigt, at aktørerne kan konkurrere på mængden af ydelser. FAS og FAPS havde opfordret deres medlemmer til at begrænse udbuddet af speciallægeydelser, hvormed Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastslog, at et af de væsentligste tilbageværende konkurrenceparametre var blevet svækket betydeligt. Efter styrelsens opfattelse førte FAS' og FAPS' opfordringer endvidere til højere priser på speciallægeydelserne og længere ventetider for patienter.

Som følge af denne sag rettede Konkurrencerådet i januar 2015 henvendelse til ministeren for sundhed og forebyggelse med en anbefaling om, at reguleringen for speciallæger blev ændret for at sikre øget konkurrence mellem speciallægerne.¹⁶ Konkret foreslog Konkurrencerådet blandt andet, at ansvaret for styring af og opfølgning på regionernes økonomi i højere grad skulle påhvile regionerne og ikke de selvstændige speciallæger eller deres brancheforening.

Sundhedsministeren svarede hertil, at hun anerkendte Konkurrencerådets bekymringer og gav udtryk for fremadrettet at ville overveje at tildele regionerne en større rolle med at påse overholdelsen af den økonomiske ramme.¹⁷ Sundhedsministeren fremhævede dog samtidigt, at det i 2014-aftalen om fornyelse af overenskomsten for speciallæger som en del af opfølgningen på økonomiprokollatet var præciseret, at FAPS som overenskomstpart havde et aktivt medansvar for at sikre overholdelse af den økonomiske ramme, herunder via rådgivning og ikke-bindende henstillinger og information om overenskomstens konsekvenser/forståelse mv. til foreningens medlemmer, og at virkningen af det nye økonomiprokollat måtte vurderes i løbet af den efterfølgende overenskomstperiode. Det aktive medansvar for at levere information og vejledning om det aktuelle udgiftsniveau set i forhold til den økonomiske ramme og om de overenskomstmæssige konsekvenser af en rammeoverskridelse med henblik på at bistå med at sikre, at aktiviteten holder sig indenfor det fastlagte loft, der også nu er indført i Overenskomsten mellem PLO og RLTN samt rammerne for dette, var således ikke direkte reguleret i den tidligere overenskomst mellem FAPS og RLTN, men blev indført i lyset af ovennævnte sag.

6.2.2 *Dansk Kiropraktorforening-sagen*¹⁸

I en sag vedrørende Dansk Kiropraktorforening, havde et samarbejdsudvalg (bestående af tre medlemmer fra Dansk Kiropraktorforening og tre medlemmer fra RLTN) i henhold til en bestemmelse i landsoverenskomsten fastsat en højestegrænse for det offentlige tilskud til kiropraktisk behandling hos to kiropraktorer.

Det blev af kiropraktorerne bl.a. gjort gældende, at den pågældende bestemmelse i landsoverenskomsten indebar, at kiropraktorer skulle dele behandlingskrævende patienter mellem sig, og at en sådan markedsdeling var i strid med konkurrencelovens § 6 og de tilsvarende EU-regler. Ud fra bl.a. forarbejderne til sundhedsloven og konkurrenceloven fandt Højesteret, at bestemmelserne om takster og vilkår i landsoverenskomsten om kiropraktik, herunder

¹⁶ Henvendelse af 28. januar 2015 fra Konkurrencerådet til ministeren for sundhed og forebyggelse efter konkurrencelovens § 2, stk. 5.

¹⁷ Brev af 5. oktober 2015 fra Sundheds- og ældreminister Sophie Løhde til Konkurrencerådet.

¹⁸ Højesterets dom af 23. januar 2015 i sag 171/2013.

muligheden for at kunne fastsætte en højstegrænse for ydelserne, måtte anses for en direkte eller nødvendig følge af den offentlige regulering på praksisområdet, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2, hvorefter konkurrencelovens § 6 ikke fandt anvendelse.

6.2.3 Terminal A-sagen¹⁹

Også i en sag fra 2016 vurderede Højesteret, at konkurrencelovens § 2, stk. 2, fandt anvendelse. I sagen havde Airport Terminal A ApS fået afslag på en ansøgning om at leje et jordstykke i Københavns Lufthavn Kastrup, hvor Terminal A ønskede at opføre og drive en ny konkurrerende lavspristerterminal. Terminal A havde klaget til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen over afslaget under henvisning til, at Københavns Lufthavn Kastrup misbrugte sin dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bad transportministeren træffe afgørelse om, hvorvidt afslaget var en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering på området. I 2015 traf transportministeren endelig afgørelse om, at luftfartsreguleringen var til hinder for drift af Terminal A som konkurrerende passagerterminal.²⁰ Der var for Højesteret enighed mellem Terminal A og transportministeren om, at Københavns Lufthavns afslag indebar en konkurrencebegrænsning.

Højesteret fandt, at den gældende luftfartslovgivning indebar, at der kun var én tilladelsesindehaver, som ejede, drev og eventuelt udbyggede Københavns Lufthavn Kastrup, og at de gældende takstbestemmelser ikke indeholdt mulighed for en undtagelse for en situation med konkurrerende passagerterminaler i lufthavnen. På denne baggrund fandt Højesteret, at afslaget var en nødvendig følge af offentlig regulering.²¹

7 Juridisk vurdering og konklusion

På baggrund af ovenstående er det vores vurdering, at konkurrencemyndighederne med al sandsynlighed vil finde, at det udgør en begrænsning af produktionen omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvis PLO's medlemmer indbyrdes aftaler, vedtager eller på anden måde koordinerer en aktivitetsbegrænsning med henblik på at reducere omsætningen fra sygesikringen for at undgå at overskride økonomiloftet. De enkelte alment praktiserende læger risikerer dermed at blive idømt bøder og i værste tilfælde fængselsstraf.

Det er samtidig vores vurdering, at PLO risikerer at kunne ifalde ansvar for overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvis PLO opfordrer til, rådgiver om eller på anden måder vejleder

¹⁹ Højesterets dom af 29. september 2015 i sag 109/2014.

²⁰ I første omgang havde Trafikstyrelsen vurderet, at der ikke var noget i luftfartslovgivningen eller lufthavnens etablerings- og driftstilladelse (koncession), der udelukkede Københavns Lufthavn fra at give Terminal A adgang til at opføre den pågældende terminal, men at det ville give anledning til en række problemstillinger. Efterfølgende vurderede Trafikstyrelsen dog, at afslaget var en direkte og nødvendig følge af offentlig regulering (luftfartslovgivningen).

²¹ Højesteret udtalte, at konkurrencebegrænsningen måtte anses for at være "en nødvendig følge af offentlig regulering, hvis det pågældende regelgrundlag skal ændres for at skabe mulighed for at etablere og drive den konkurrerende passagerterminal, eller hvis det reelt ikke vil være muligt at udforme et aftalegrundlag mellem Københavns Lufthavn A/S og en konkurrerende Terminal A, som er i overensstemmelse med den offentlige regulering."

de enkelte medlemmer om, hvordan de kan begrænse deres aktiviteter med henblik på at undgå, at økonomirammen overskrides.²²

Vores vurdering er uddybet i det følgende.

Som anført ovenfor, er i hvert fald visse af de alment praktiserende læger som selvstændige erhvervsdrivende i konkurrenceretlig forstand konkurrenter til hinanden.²³ Det kan være tilfældet, selv om det for visse alment praktiserende læger er begrænset, hvor meget de konkurrerer om de samme patienter, enten fordi de alment praktiserende læger er placeret fysisk langt fra hinanden, eller fordi en stor del af klinikkerne er lukkede for tilgang af nye patienter.

En alment praktiserende læge vil i al fald være konkurrent til de praktiserende læger, der er inden for det samme geografiske lokalområde, eftersom patienter må forventes at ville skifte til en læge umiddelbart i nærheden af patientens bosted. Borgere har som udgangspunkt fri mulighed for at skifte alment praktiserende læge, og der kan vælges mellem klinikker, der har åbent for tilgang af nye patienter mod betaling. Klinikker, der har lukket for tilgang af nye patienter, kan indvilge i, at en borger vælger denne læge. Hvis en borger flytter mere end 5 kilometer væk fra sin hidtidige læge og bor i hovedstadsområdet, vil borgeren blive tilbudt at skifte læge gratis i forbindelse med flytningen. Det samme er tilfældet, hvis en borger flytter mere end 15 kilometer væk fra sin hidtidige læge og bor uden for hovedstadsområdet. Man kan derfor argumentere for, at læger som minimum konkurrerer med hinanden inden for lokalområder på en radius af 5-15 kilometer.

Da der typisk på landsplan vil være flere praktiserende læger til stede inden for samme lokalområde, vil de enkelte læger overlappe hinandens geografiske områder i såkaldte substitutionskæder, hvor det ikke vil være muligt at fastlægge præcis, hvornår lægerne ophører med at være konkurrenter til hinanden, fordi "patientbasen" vil flytte sig fra læge til læge. Det kan medføre en kædereaktionseffekt, der påvirker konkurrencen mellem alment praktiserende læger længere væk end de enkelte lokalområder.²⁴

Dertil kommer, at PLO er en landsdækkende brancheorganisation. Uanset om PLO kommunikerer med sine medlemmer gennem PLO-C, PLO-R eller PLO-K, vil der således altid være indbyrdes konkurrenter mellem medlemmerne. Det er derfor uden betydning for den konkrete situation, om eksempelvis to medlemmer, der er placeret i hver sin ende af landet, isoleret set er konkurrenter til hinanden. En aftale, vedtagelse eller samordnet praksis om at holde sig inden for den økonomiske ramme i Økonomiprokollatet, som udspringer af kommunikation fra PLO til medlemmerne, vil således både involvere medlemmer, der er placeret tæt på hinanden, og

²² For fuldstændighedens skyld bemærkes, at visse typer af aftaler er gruppefritaget, hvis aftalerne efter deres art antages at være egnede til at medføre flere konkurrencefremmende end konkurrenceskadelige virkninger, jf. konkurrencelovens § 10. Derudover kan en aftale individuelt fritages, hvis den opfylder betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1. Det er efter vores vurdering usandsynligt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ville finde, at PLO's eller de enkelte medlemmers adfærd, som beskrevet i dette responsum, ville være omfattet af en gruppefritagelse eller opfylde betingelserne for individuel fritagelse.

²³ Det bemærkes, at vi ikke til brug for dette notat har lavet en fuld og endelig markedsafgrænsning, da det ikke er nødvendigt for vores vurdering af konkurrencelovens betydning for PLO's adfærd.

²⁴ Se i den forbindelse Konkurrencerådets afgørelse af 23. oktober 2013, *Aftaler om omstrukturering af kædesamarbejde i Dagrofa ApS*, punkt 252f. Konkurrencerådet lod dog den endelige markedsafgrænsning stå åben. Se endvidere Konkurrencerådets afgørelse fra Rådsmødet den 28. marts 2007, *Lokalbanksagen*, pkt. 263f., hvor Rådet dog fandt, at det relevante marked kunne opdeles i hvert fald i Øst- og Vestdanmark.

hvor konkurrencen imellem dem er mere direkte, og medlemmer, der er placeret i afstand fra hinanden, hvor konkurrencen imellem dem kan udspringe af ovennævnte kædereaktion.

Området for alment praktiserende lægers virke er tæt reguleret, og lægernes honorarer er fastsat for de forskellige ydelser i Overenskomsten. Det er derfor ikke muligt for lægerne at konkurrere på blandt andet pris. Det indebærer, at konkurrencemyndighederne har øget fokus på, at konkurrencen på de tilbageværende konkurrenceparametre så meget desto mindre ikke begrænses gennem ulovlig koordineret adfærd.

Et af de få konkurrenceparametre, som alment praktiserende læger stadig kan konkurrere om, er mængden af ydelser til patienter. Det vil derfor være en væsentlig begrænsning af den tilbageværende konkurrence, hvis de alment praktiserende læger (eksempelvis gennem deres brancheforening) kollektivt aftaler at begrænse deres aktiviteter ved fx at udskyde eller begrænse visse ydelser til patienter, koordinere åbnings- og lukketider eller for en periode ophøre med at tilbyde specifikke ydelser.

Som redegjort for i dette notat har aftaler mellem konkurrenter om at begrænse produktionen til formål at begrænse konkurrencen. Det er derfor ikke nødvendigt for at ifalde straf, at adfærden rent faktisk har en konkurrencebegrænsende effekt. Det betyder, at det er tilstrækkeligt for at fastslå en overtrædelse af konkurrenceloven, at PLO foranlediger en nedsættelse af aktiviteten i almen praksis ved at informere eller vejlede medlemmerne om, hvordan de kan begrænse deres omsætning, uanset om medlemmerne handler i overensstemmelse med en sådan vejledning fra PLO eller ej.

Det forhold, at en eventuel vejledning om aktivitetsnedsættelse fra PLO's side bunder i et ønske om at leve op til sit aktive medansvar for at levere information og vejledning om det aktuelle udgiftsniveau set i forhold til den økonomiske ramme og om de overenskomstmæssige konsekvenser af, at den økonomiske ramme overskrides, under Overenskomsten og dermed forfølger et legitimt samfundsmæssigt formål, medfører ikke uden videre, at forholdet ikke er omfattet af konkurrencelovens regler. En nedsættelse af aktiviteten i almen praksis er ikke den eneste måde, hvorpå det kan undgås, at økonomirammen overskrides, og det vil ikke være i strid med Overenskomsten at overskride den aftalte økonomiramme.

Ovenstående kan imidlertid have betydning i forhold til vurderingen af, om en eventuelt konkurrencebegrænsende adfærd kan antages at udgøre en direkte eller nødvendig følge af Overenskomsten og dermed sundhedslovgivningen som omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2. Hvis det er tilfældet, vil adfærden ikke udgøre en overtrædelse af konkurrenceloven.

Som nævnt ovenfor vil en given adfærd udgøre en *direkte* følge af Overenskomsten, hvis adfærden er reguleret direkte i Overenskomstens ordlyd, og den kan udgøre en *nødvendig* følge af Overenskomsten, hvis der ikke findes andre måder at håndtere eller leve op til krav, som følger af Overenskomsten. Adfærden vil således kun være omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2, hvis virksomhederne i relation til fx Overenskomsten ikke har noget alternativ til den konkurrencebegrænsende handling.²⁵

²⁵ Se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens brev af 4. marts 2014 til ministeren for sundhed og forebyggelse, Nick Hækkerup, i FAS/FAPS-sagen.

Det er dog udelukkende sundhedsministeren, der har beføjelse til at træffe afgørelse om, hvorvidt PLO's adfærd i en situation som den foreliggende er omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2. Indtil det tidspunkt, hvor en sådan afgørelse træffes, vil adfærden fortsat være i strid med konkurrenceloven.

PLO har kontaktet den nuværende sundhedsminister og bedt ministeren tage stilling til, om PLO's vejledning til sine medlemmer i denne situation vil være omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2. Indtil der foreligger svar fra ministeren, kan det ikke lægges til grund, at undtagelsen finder anvendelse.

Det er efter vores vurdering usikkert, om den nuværende sundhedsminister vil komme til den samme konklusion i denne sag, som var tilfældet i sagen med FAS/FAPS. Det skyldes blandt andet, at der i Overenskomsten nu er fastsat en forhandlingsproces, hvorefter PLO og RLTN skal drøfte fælles tiltag, hvis der er udsigt til overskridelse af den forventede økonomi. Som anført ovenfor i afsnit 6.2.1, fremgik en sådan ikke af overenskomsten i FAS/FAPS-sagen, og sundhedsministerens vurdering vil derfor kunne falde anderledes ud for PLO, end i FAS/FAPS-sagen.

Ansvar for at finde en løsning er således i højere grad lagt over på overenskomstparterne i Overenskomsten. Der har allerede været sådanne drøftelser uden resultater, og overenskomstparterne har derfor fulgt den fastlagte proces i Overenskomsten. Når PLO derefter selv gør noget aktivt, som ikke er direkte fastlagt i Overenskomsten, er der en risiko for, at denne adfærd ikke vil blive anset for at være en adfærd, der er en "direkte eller nødvendig følge" af Overenskomsten.²⁶

I det omfang, RLTN og PLO gennem forhandling kan nå til enighed om konkrete tiltag, som ligger inden for rammerne af praksisplanen for almen praksis og Overenskomsten, kan PLO naturligvis gennemføre sådanne tiltag. Hvis RLTN og PLO aftaler, at den nuværende ordlyd i Overenskomsten, om at parterne hver især har et aktivt medansvar for levere information og vejledning med henblik på at bistå med at sikre, at aktiviteten holder sig indenfor det fastlagte loft, skal forstås sådan, at parterne også hver især – og indenfor Overenskomstens rammer i øvrigt – kan levere information og vejledning om konkrete tiltag, der vil kunne nedsætte aktiviteten i almen praksis, vil det efter vores vurdering begrænse, men ikke eliminere, risikoen for, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil tage sagen op.

En sådan aftale mellem overenskomstparterne vil efter vores vurdering ikke uden videre medføre, at PLO's ensidige vejledning til sine medlemmer vil blive anset som en direkte eller nødvendig følge af Overenskomsten. Det skyldes dels, at aftalen ikke er indskrevet direkte i Overenskomsten, men fremgår af en efterfølgende bilateral aftale indgået mellem overenskomstparterne, og dels at en aftale om, hvordan ordlyden af Overenskomsten skal forstås, fortsat ikke fjerner enhver mulighed for PLO for at handle anderledes end ved ensidigt at vejlede medlemmerne om, hvordan de kan begrænse deres aktiviteter.

²⁶ Det bemærkes i den forbindelse, at det fremgår af artiklen *Der er udsigt til kamp om lægetiderne de næste måneder*, udgivet den 24. oktober 2023 af jyllands-posten.dk, at "Sundhedsminister Sophie Løhde (V) kan – og vil – ikke blande sig i Medicinrådets beslutninger om at godkende en bestemt medicin, og når det gælder det økonomiske loft, henviser hun til, at det er en aftale mellem regionerne og PLO".

Aftalen vil dog i sagens natur bidrage til forståelsen af, hvilken hensigt overenskomstparterne har haft med formuleringen, da de indgik Overenskomsten. Det vil øge sandsynligheden for, at sundhedsministeren vil finde, at PLO's påtænkte adfærd er en direkte eller nødvendig følge af Overenskomsten og dermed omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2. I det tilfælde vil adfærden ikke være i strid med konkurrencereglerne. Den endelige vurdering er imidlertid i sidste ende overladt til sundhedsministeren og må antages truffet ud fra såvel juridiske som politiske og samfundsmæssige hensyn, hvis vægt ikke med sikkerhed kan inddrages i en juridisk vurdering som denne.

Det er på den baggrund vores klare anbefaling, at PLO for nuværende undlader at opfordre eller vejlede sine medlemmer på en måde, der med al sandsynlighed vil blive anset for en overtrædelse af konkurrencereglerne, hvis sundhedsministeren måtte fastslå, at adfærden ikke er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.

PLO bør fortsat gennem forhandling med RLTN forsøge at finde en løsning ved at blive enige om konkrete tiltag, som parterne kan gennemføre for at undgå at overskride økonomirammen. Sideløbende med den proces bør PLO begrænse sin information og vejledning til medlemmerne til at omfatte faktuelle forhold, fx ved løbende at informere medlemmerne om, hvor meget der på landsplan er brugt i forhold til det samlede økonomiloft uden at forholde sig til, hvordan medlemmerne bør håndtere det.

I alle tilfælde vil en eventuel aftale om at begrænse produktionen mellem to eller flere medlemmer *udenom* PLO ikke kunne falde under undtagelsen i konkurrencelovens § 2, stk. 2. De alment praktiserende læger må derfor – uanset om konkurrencelovens § 2, stk. 2 måtte finde anvendelse – ikke indbyrdes aftale at sænke produktionen eller på andre måder begrænse konkurrencen, da Overenskomsten kun hjemler et ansvar for Overenskomstens parter, PLO og RLTN.

Det er således vores vurdering, at konkurrencemyndighederne med al sandsynlighed vil vurdere, at en sådan adfærd er i strid med konkurrencelovens § 6. Alment praktiserende læger, der – uden at inddrage PLO – indbyrdes koordinerer, hvordan de kan begrænse aktiviteten, risikerer således at ifalde bøde- eller i værste tilfælde fængselsstraf for at overtræde konkurrencereglerne.

Simon Evers Hjelmberg
Partner, Advokat