Punkt 2: Rådsmøde den 28. januar 2015

21-01 2015
14/01295
/ NVH

HENVENDELSE FRA KONKURRENCERÅDET TIL MINISTEREN FOR SUNDHED OG FOREBYGGELSE OG ERHVERVS- OG VÆKSTMINISTEREN EFTER KONKURRENCELOVENS § 2, STK. 5

KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN
Erhvervs- og Vækstministeriet

Indholdsfortegnelse

1. RESUME 2

2. INDSTILLING 4

3. BAGGRUND FOR KONKURRENCERÅDETS HENVENDELSE TIL MINISTEREN FOR SUNDHED OG FOREBYGGELSE 5

4. REGULERINGEN PÅ SPECIALLÆGEOMRÅDET 8

4.1 Overenskomst om speciallægehjælp mellem RLTN og FAS 8

4.2 Aftale om fornyelse af Overenskomst om speciallægehjælp mellem RLTN og FAS 9

4.3 Direkte og nødvendig følge af reguleringen 10

5. DELE AF REGULERINGEN PÅ SPECIALLÆGEOMRÅDET HAR SKADELIGE VIRKNINGER FOR KONKURRENCEN 11

5.1 FAS og FAPS' opfordringer har begrænset konkurrencen 11

5.1.1 Delkonklusion 13

5.2 Mulige samfundsskadelige virkninger 13

5.3 Konkurrencerådets anbefalinger til ministeren for sundhed og forebyggelse 15

6. BILAG 17

1. Resume

1. Denne sag drejer sig om, at Konkurrencerådet sender en henvendelse til ministeren for sundhed og forebyggelse samt erhvervs- og vækstministeren efter konkurrencelovens § 2, stk. 5.

2. Det følger af konkurrencelovens § 2, stk. 5, at "*Hvis Konkurrencerådet finder, at en offentlig regulering eller en støtteordning kan have skadelige virkninger for konkurrencen, eller i øvrigt kan hindre en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse, kan Konkurrencerådet til vedkommende minister samt erhvervs- og vækstministeren afgive en begrundet udtalelse, som påpeger mulige skadevirkninger for konkurrencen, samt fremkomme med forslag til fremme af konkurrencen på området. Ministeren skal efter forhandling med erhvervs- og vækstministeren svare på Konkurrencerådets udtalelse senest fire måneder fra modtagelsen af rådets udtalelse, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 5.*"

3. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har vurderet, at Foreningen af Speciallæger og Forhandlingsberettigede foreninger ("FAS") og Foreningen af Praktiserende Speciallæger ("FAPS") i hvert fald fra april 2012 til juni 2013 har opfordret de praktiserende speciallæger med ydernummer til at nedsætte behandlingsaktiviteten under den offentlige sygesikring.

4. Det er styrelsens vurdering, at FAS og FAPS' opfordringer har haft negative samfundsmæssige konsekvenser i form af højst mulige honorarer på speciallægeydelserne, længere ventetider og en uhensigtsmæssig ressourceallokering. De skadelige virkninger fremgår bl.a. af de dokumenter, som styrelsen har indhentet hos FAS og FAPS:

   > *"Vi forsøger, at prioritere de "kræftrelevante" undersøgelser [...], men alligevel er ventetiden også her øget noget."*
   >
   > *"Det er jo patienterne der betaler prisen med længere ventetider på diagnostik og dermed forsinkede kræftdiagnoser i yderste konsekvens."*
   >
   > *"Stort set alle dermatologer har øget deres ventetid og dette rammer også cancer patienterne."*

5. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har to gange rettet skriftlig henvendelse til ministeren for sundhed og forebyggelse med henblik på at få en afgørelse af, hvorvidt FAS og FAPS' adfærd var en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Derudover har styrelsen holdt et møde med Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse, hvor sagen blev drøftet.

6. På baggrund af ministeren for sundhed og forebyggelses afgørelse og den samtidige dialog mellem styrelsen og ministeriet, lagde styrelsen til grund, at FAS og FAPS' adfærd ikke var en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.

7. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udarbejdede derfor en indstilling til Konkurrencerådet om, at adfærden udgjorde en overtrædelse af konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler. Konkurrencerådet skulle vurdere sagen 17. december 2014.

8. Den 15. december 2014 om eftermiddagen modtog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen imidlertid en ny afgørelse fra ministeren for sundhed og forebyggelse, hvori ministeren

fastslog, at det *"må anses for en nødvendig og direkte følge af sundhedslovgivningen, at Foreningen for Speciallæger, således som det er sket, kontrollerer og følger op på overholdelsen af overenskomstens økonomiprotokollat, således at den ved lovgivningen forudsatte og ved overenskomsterne aftalte økonomiske ramme ikke overskrides."*

9. Konkurrencerådet skal efter konkurrencelovens § 2, stk. 4 lægge ministerens svar til grund, og da konkurrenceloven herefter ikke finder anvendelse på den pågældende adfærd, var Konkurrencerådet afskåret fra at træffe afgørelse.

10. Det følger af ministeren for sundhed og forebyggelses afgørelse af 15. december 2014, at konkurrencebegrænsningen, som følge af FAS og FAPS' adfærd, var en direkte og nødvendig følge af offentlig regulering. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at denne offentlige regulering har skadelige virkninger for konkurrencen og hindrer en effektiv samfundsmæssig ressourceallokering.

11. På den baggrund retter Konkurrencerådet henvendelse til ministeren for sundhed og forebyggelse.

12. Rådet anerkender fuldt ud, at der er behov for at sikre en styring af de offentlige udgifter til speciallægehjælp.

13. Rådet anbefaler ministeren for sundhed og forebyggelse, at reguleringen på speciallægeområdet udformes således, at den sikrer styring af de offentlige udgifter samtidig med, at konkurrence mellem praktiserende speciallæger ikke begrænses unødigt, herunder særligt at den ikke nødvendiggør, at FAS og FAPS detailstyrer de praktiserende speciallæger.

14. Rådet anbefaler herudover, at

    - ansvaret for styring af og opfølgning på regionernes økonomi påhviler regionerne og ikke private erhvervsdrivende eller disses brancheforening
    - reguleringen ikke giver de erhvervsdrivende eller deres brancheforening en rolle, som muliggør, at de erhvervsdrivende eller deres brancheforening kan kontrollere behandlingsaktiviteten udover hvad der er nødvendigt for at sikre efterlevelse af kliniske retningslinjer og fokus på den rette og mest effektive behandlingsindsats.

15. Rådet påpeger i øvrigt, at der er bemærkelsesværdigt, at ministeren for sundhed og forebyggelse meget sent i det samlede sagsforløb – som noget nyt – traf afgørelse om, at FAS og FAPS' adfærd er en direkte og nødvendig følge af sundhedslovgivningen. Rådet bemærker også, at det ikke fremgår af ministerens afgørelse af 15. december 2014, hvilke nye faktuelle omstændigheder der leder til, at ministeren vælger at træffe en ny afgørelse i sagen.

2. Indstilling

16. Konkurrencerådet retter henvendelse til ministeren for sundhed og forebyggelse samt erhvervs- og vækstministeren i medfør af konkurrencelovens § 2, stk. 5. Henvendelsen er vedlagt som bilag 1.

3. Baggrund for konkurrencerådets henvendelse til ministeren for sundhed og forebyggelse

17. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gennemførte i juni 2013 en kontrolundersøgelse hos Lægeforeningen, hvorunder Foreningen af Speciallæger og Forhandlingsberettigede foreninger ("FAS") og Foreningen af Praktiserende Speciallæger ("FAPS") er organiseret. Det indhentede materiale viste, at FAS og FAPS havde opfordret de praktiserende speciallæger med ydernummer til at nedsætte den del af deres behandlingsaktivitet, der finansieres af den offentlige sygesikring.

18. Konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler "*gælder ikke, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering*", jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2.

19. Derfor rettede styrelsen den 25. november 2013 henvendelse til ministeren for sundhed og forebyggelse, og anmodede ministeren om

> *"... at afgøre om Foreningen af Praktiserende Speciallægers adfærd i forhold til overenskomsten mellem foreningen og Danske Regioner er en direkte eller nødvendig følge af sundhedsloven"*[1]

Ministeren for sundhed og forebyggelses afgørelse af 20. december 2013

20. Ministeren for sundhed og forebyggelse har i sin afgørelse af 20. december 2013 oplyst, at

> *"På den baggrund vurderer Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse, at en form for kollektiv adfærdsregulering af behandlingsaktiviteten blandt praktiserende speciallæger kan udgøre en nødvendig følge af overenskomsten og dermed af sundhedslovgivningen. Denne opfølgning i forhold til så vidt muligt at sikre det rette niveau for behandlingsaktivitet bør dog optimalt set foretages ud fra faglige og sundhedsøkonomiske kriterier og i det fornødne samarbejde med regionerne og evt. RLTN, og derfor vurderer ministeriet også, at FAS' [fodnote udeladt] kommunikation, som forelagt ministeriet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i nærværende sag, ikke er den eneste mulige model for en hensigtsmæssig opfølgning på økonomiprotokollatet.*
>
> *[...]*
>
> *Ministeriet finder på den baggrund, at de spørgsmål om reguleringens form, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med rette har rejst, mest hensigtsmæssigt kan løses inden for forhandlingssystemets rammer."*[2]

---

[1] Jf. Bilag 5: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens brev af 25. november 2013 til ministeren for sundhed og forebyggelse.

[2] Jf. Bilag 5: Ministeren for sundhed og forebyggelses afgørelse af 20. december 2013.

21. Styrelsen fandt det hensigtsmæssigt at sikre, at styrelsen og Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse havde samme forståelse af begrebet "direkte eller nødvendig følge" og konsekvenserne heraf. Derfor afholdt styrelsen et møde med Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse den 3. marts 2014, hvor sagen blev drøftet.

22. Efterfølgende rettede styrelsen, den 4. marts 2014, skriftlig henvendelse til ministeren for sundhed og forebyggelse. Styrelsen anførte i brevet, at

> *"På baggrund af ministerens svar af 20. december 2013 samt ovenstående [alternative modeller] lægger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til grund, at den konkrete adfærd udvist af Foreningen af Praktiserende Speciallæger ikke er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2, idet der var andre muligheder for at følge op på økonomiprotokollatet. Styrelsen skal for god ordens skyld bede ministeren om at bekræfte denne forståelse."*[3]

23. I brevet gav styrelsen desuden eksempler på en kollektiv opfølgning, som efter styrelsens vurdering ville være mindre konkurrencebegrænsende på markedet for speciallægeydelser finansieret af den offentlige sygesikring end den udviste adfærd.

Ministeren for sundhed og forebyggelses afgørelse af 2. april 2014

24. Ministeren svarede den 2. april 2014 og gentog sin afgørelse af 20. december 2013. Ministeren anfægtede ikke styrelsens forståelse af ministerens første afgørelse.

25. På baggrund af ministerens afgørelse og den samtidige dialog med Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse lagde styrelsen til grund, at ministeren for sundhed og forebyggelses afgørelse skulle forstås sådan, at FAS og FAPS' adfærd ikke var en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.

26. Styrelsen indledte derefter en egentlig sagsbehandling med henblik på, at Konkurrencerådet skulle træffe afgørelse i sagen den 17. december 2014.

Ministeren for sundhed og forebyggelses afgørelse af 15. december 2014

27. Den 15. december 2014 om eftermiddagen modtog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en ny afgørelse fra ministeren for sundhed og forebyggelse, hvori det fremgik

> *"at det i henhold til konkurrencelovens § 2, stk. 2, må anses for en nødvendig og direkte følge af sundhedslovgivningen, at Foreningen for Speciallæger, således som det er sket, kontrollerer og følger op på overholdelsen af overenskomstens økonomiprotokollat, således at den ved lovgivningen forudsatte og ved overenskomsterne aftalte økonomiske ramme ikke overskrides."*[4]

28. Konkurrencerådet skal efter konkurrencelovens § 2, stk. 4 lægge ministerens svar til grund, og da konkurrenceloven herefter ikke finder anvendelse på den pågældende adfærd, var Konkurrencerådet afskåret fra at træffe afgørelse.

---

[3] Jf. Bilag 5: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens brev af 4. marts 2014 til ministeren for sundhed og forebyggelse.

[4] Jf. Bilag 5: Ministeren for sundhed og forebyggelses afgørelse af 15. december 2014.

29. Set i lyset af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til afgørelse, vurderer styrelsen, at ministerens afgørelse indebærer, at denne del af reguleringen har skadelige virkninger for konkurrencen.

30. I afsnit 4 beskrives reguleringen på speciallægeområdet og i afsnit 5 redegøres der for, hvorfor dele af denne regulering har skadelige virkninger for konkurrencen.

4. Reguleringen på speciallægeområdet

31. Praksissektoren, herunder de praktiserende speciallæger med ydernummer, er reguleret i sundhedsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1202 af 14. november 2014. Foruden sundhedsloven er speciallægeområdet bl.a. reguleret af bekendtgørelse nr. 966 af 29. august 2014 om valg og skift af alment praktiserende læge og om behandling hos læge i praksissektoren.

32. Det følger af sundhedsloven, at speciallægeydelser, finansieret af den offentlige sygesikring, skal gives af de praktiserende speciallæger, der har tilsluttet sig overenskomsten om speciallægehjælp mellem Regionernes Lønnings- og Takstnævn ("RLTN") og Foreningen af Speciallæger og Forhandlingsberettigede foreninger ("FAS").

33. En praktiserende speciallæge, der ønsker at praktisere under den offentlige sygesikring i Danmark, skal være tildelt et ydernummer og tilslutte sig den gældende overenskomst. Alle praktiserende speciallæger med ydernummer i Danmark er medlem af FAS.

34. Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse har oplyst, *"at overenskomst af 31. oktober 2011 mellem RLTN og FAS om speciallægehjælp er indgået i medfør af § 227, stk. 1, i lovbekendtgørelse nr. 913 af 13. juli 2010 (sundhedsloven), som fastlægger, at RLTN afslutter overenskomster med speciallægernes organisation om vilkårene for de i § 64 omhandlende ydelser om speciallæger. Således skal overenskomstens bestemmelser efter ministeriets opfattelse betragtes som offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2, 1. pkt."*[5]

35. De reguleringsmæssige rammer for praktiserende speciallæger med ydernummer er således fastlagt i henholdsvis sundhedsloven, bekendtgørelser og den gældende overenskomst mellem RLTN og FAS.

4.1 Overenskomst om speciallægehjælp mellem RLTN og FAS

36. I Overenskomst om speciallægehjælp mellem RLTN og FAS er det aftalt hvilke sundhedsydelser, de praktiserende speciallæger skal kunne levere til patienterne, hvilke servicekrav, der stilles, samt størrelsen på honorarerne. Overenskomsten aftales typisk for en treårig periode.

37. Overenskomst om speciallægehjælp mellem RLTN og FAS af 31. marts 2011 var gældende for perioden 1. oktober 2011 til 30. september 2014 ("Overenskomsten").

38. Overenskomsten indeholdt et økonomiprotokollat,[6] som specificerede regionernes økonomiske ramme for speciallægehjælp. Den økonomiske ramme tog udgangspunkt i de samlede udgifter til speciallægehjælp i kalenderåret 2010.[7]

39. Det var aftalt i Overenskomsten, at

---

[5] Jf. Bilag 5: Ministeren for sundhed og forebyggelses afgørelse af 20. december 2013.
[6] Jf. Bilag 2: Overenskomst om speciallægehjælp mellem RLTN og FAS, Protokollat af den 31-03-2011 om økonomisk ramme.
[7] Jf. Bilag 2: Overenskomst om speciallægehjælp mellem RLTN og FAS, 2011-2014, Protokollat af den 31-3-2011 om økonomisk ramme. S. 73 samt FAPS-Nyt 3/2011 afsnit om økonomiprotokollat.

"Hvis de årlige udgifter til speciallægehjælp overstiger den aftalte ramme, er parterne enige om, at der med virkning fra den førstkommende regulering efter opgørelsen foreligger, sker en modregning i den akkumulerede reguleringsprocent. Modregningen skal give kompensation svarende til den konstaterede forskel mellem den aftalte ramme og de faktiske udgifter."[8]

40. De praktiserende speciallægers honorarer blev reguleret halvårligt, og en modregning ville kunne betyde, at de praktiserende speciallægers honorarer var lavere i en periode på seks måneder sammenlignet med de foregående seks måneder. Ved en modregning ville speciallægerne derfor i en periode skulle levere flere ydelser for at opretholde en uændret omsætning.

41. Når den samlede overskridelse var tilbagebetalt, ville honorarerne igen blive løftet op til det i Overenskomsten fastsatte niveau.

42. Den økonomiske ramme og modregningen er beskrevet nærmere i bilag 2 og bilag 4.

4.2 Aftale om fornyelse af Overenskomst om speciallægehjælp mellem RLTN og FAS

43. RLTN og FAS indgik den 26. september 2014 Aftale om fornyelse af Overenskomst om speciallægehjælp gældende til 1. april 2018. Som noget nyt fremgår det af aftalen, at:

"Der er som del af overenskomst om speciallægehjælp indgået et økonomiprotokollat med en økonomisk ramme, som gælder kollektivt for speciallægesektoren. Formålet med økonomiprotokollatet er at sikre kollektiv udgiftsstyring på speciallægeområdet, således at de regionale budgetter kan overholdes.

Som overenskomstpart har FAPS som organisation – herunder også den regionale del af FAPS' organisation – et aktivt medansvar for at sikre overholdelse af den økonomiske ramme. Heri ligger, at FAPS f.eks. kan:

- *give løbende information til medlemmerne, herunder om det aktuelle udgiftsniveau set i forhold til den økonomiske ramme, såvel samlet som fordelt på de enkelte specialer*

- *stille redskaber (eksempelvis regneark) til rådighed for medlemmerne, så den enkelte speciallæge kan følge med i egen og fælles økonomisk udvikling set i forhold til økonomirammen*

- *understøtte tiltag, der retter sig mod effektive forløb og en samlet udgiftsudvikling, der flugter med den aftalte ramme, herunder opfordre speciallægerne til at indrette deres aktivitet og aktivitetsmønstre på en måde, så de samlet set overholder den økonomiske ramme.*

---

[8] Jf. Bilag 2: Overenskomst om speciallægehjælp mellem RLTN og FAS af 31. marts 2011.

- *rette henvendelse til de enkelte speciallæger med konkrete forespørgsler, rådgivning, ikke-bindende henstillinger og information om overenskomstens konsekvenser/forståelse mv.*

Der er i økonomiprotokollatet taget højde for den ekstraordinære situation, at den aftalte økonomiske ramme overskrides. I dette tilfælde vil overskridelsen blive modregnet i speciallægernes honorar, jfr. protokollatets nærmere bestemmelser. Modregningsadgangen er en sekundær mekanisme, der anvendes i den situation, hvor regionernes udgifter til speciallægehjælp i aftaleperioden ellers ville overstige den aftalte økonomiske ramme."[9]

4.3 Direkte og nødvendig følge af reguleringen

44. Ministeren for sundhed og forebyggelse har den 15. december 2015 afgjort, *"at speciallægerne indretter sig på det økonomiske loft, og i den forbindelse søger at påvirke medlemmernes adfærd for at sikre overenskomstens overholdelse, finder Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse er en nødvendig og direkte følge af den lovgivning, der regulerer ydernummersystemet, dvs. sundhedsloven, bekendtgørelser og overenskomster."*[10]

45. Ministeren anfører endvidere, at *"det i henhold til konkurrencelovens § 2, stk. 2, må anses for en nødvendig og direkte følge af sundhedslovgivningen, at Foreningen for Speciallæger, således som det er sket, kontrollerer og følger op på overholdelsen af overenskomstens økonomiprotokollat, således at den ved lovgivningen forudsatte og ved overenskomsterne aftalte økonomiske ramme ikke overskrides."*[11]

46. Ministerens afgørelse betyder, at FAS og FAPS' opfordringer til speciallægerne er en direkte og nødvendig følge af offentlig regulering, idet Overenskomsten, ifølge ministeren, *"træder […] i stedet for offentlig regulering af de forhold, der omfattes af overenskomsten."*[12]

47. Ministerens afgørelse indebærer, at FAS og FAPS ikke har haft andre muligheder på opfølgningen af Overenskomsten end den udviste adfærd, og at adfærden således er en del af reguleringen. Det er den del af reguleringen, der fokuseres på i de følgende afsnit.

---

[9] Jf. Bilag 3: Aftale om fornyelse af overenskomst om speciallægehjælp mellem RLTN og FAS, 26. september 2014.
[10] Jf. Bilag 5: Ministeren for sundhed og forebyggelses afgørelse af 15. december 2014.
[11] Jf. Bilag 5: Ministeren for sundhed og forebyggelses afgørelse af 15. december 2014.
[12] Jf. Bilag 5: Ministeren for sundhed og forebyggelses afgørelse af 15. december 2014.

5. Dele af reguleringen på speciallægeområdet har skadelige virkninger for konkurrencen

48. Det følger af konkurrencelovens § 2, stk. 5, at "*Hvis Konkurrencerådet finder, at en offentlig regulering eller en støtteordning kan have skadelige virkninger for konkurrencen eller i øvrigt kan hindre en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse, kan rådet til vedkommende minister samt erhvervs- og vækstministeren afgive en begrundet udtalelse, som påpeger mulige skadelige virkninger for konkurrencen, samt fremkomme med forslag til fremme af konkurrencen på området.*"

49. FAS og FAPS har opfordret deres medlemmer med ydernummer til at nedsætte den del af deres behandlingsaktivitet, der finansieres af den offentlige sygesikring. Som beskrevet i afsnit 4 har ministeren for sundhed og forebyggelse afgjort, at FAS og FAPS' opfordringer er en direkte og nødvendig følge af offentlig regulering.

50. Styrelsen vurderede i sit udkast til afgørelse, som blev sendt til Konkurrencerådet forud for rådets møde den 17. december 2014, at FAS og FAPS' opfordringer var en konkurrencebegrænsning i strid med § 6, jf. bilag 4. Efterfølgende traf ministeren for sundhed og forebyggelse afgørelse om, at opfordringerne var en direkte og nødvendig følge af lovgivningen. Det medførte, at opfordringerne ikke er omfattet af § 6. Styrelsens analyse viser dog, at reguleringen – i form af opfordringerne – har skadelige virkninger for konkurrencen.

51. Styrelsens analyse findes i sin helhed i bilag 4. Det skal understreges, at bilag 4 er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til afgørelse. Konkurrencerådet har ikke truffet afgørelse i sagen, og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til afgørelse er uden præjudice for nogen sådan afgørelse fra Konkurrencerådet.

52. I det følgende redegør Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, på baggrund af sin analyse, for, at reguleringen, herunder særligt i form af FAS og FAPS' opfordringer, har skadelige virkninger for konkurrencen.

5.1 FAS og FAPS' opfordringer har begrænset konkurrencen

53. For at der er tale om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis med konkurrencebegrænsende virkninger skal fire betingelser, ifølge konkurrencelovens § 6, alle skal være opfyldt. Der skal være tale om (i) erhvervsvirksomheder, henholdsvis en sammenslutning af erhvervsvirksomheder, der (ii) indgår en aftale, vedtagelse eller udøver en samordnet praksis, som (iii) har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen (iv) mærkbart. Konkurrencelovens § 6 finder ikke anvendelse, hvis adfærden er omfattet af en gruppefritagelse eller opfylder betingelserne for en individuel fritagelse.

54. Styrelsen har indtil den 15. december 2014 lagt til grund, at ministeren for sundhed anså FAS og FAPS' opfordringer for at være en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.

55. FAS og FAPS' opfordringer vedrører endvidere ikke løn- og arbejdsforhold, men derimod udøvelse af erhvervsvirksomhed.

56. FAS og FAPS' opfordringer var dermed ikke omfattet af undtagelserne i konkurrenceloven §§ 2-3.

(i) FAS og FAPS er en sammenslutning af erhvervsvirksomheder

57. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurdering, at FAS og FAPS tilsammen og/eller hver især udgør en sammenslutning af virksomheder, som er omfattet af konkurrencelovens virksomhedsbegreb. Det gør de i deres egenskab af brancheforening for de praktiserende speciallæger, der udøver økonomisk virksomhed.

58. Ved vurderingen har styrelsen bl.a. lagt vægt på, at FAS og FAPS' fælles medlemmer er praktiserende speciallæger, der driver private speciallægeklinikker. De praktiserende speciallæger med ydernummer modtager betaling for de tjenester, som de yder patienterne, og bærer selv de økonomiske risici ved udøvelsen af deres virksomhed, ligesom de ikke er underlagt instruktionsbeføjelse fra regionerne.

59. Selvom udøvelsen af en række liberale erhverv, som fx speciallægepraksis, er undergivet en vis lovregulering, og nogle af erhvervene i visse henseender udøves i det offentliges interesse, omfattes udøverne af liberale erhverv også af virksomhedsbegrebet.

(ii) FAS og FAPS' opfordringer er en vedtagelse

60. Det er styrelsens vurdering, at FAS og FAPS' opfordringer til de praktiserende speciallæger med ydernummer om at begrænse den del af behandlingsaktiviteten, der dækkes af sygesikringen, er en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder.

61. Styrelsen har i forbindelse med vurderingen lagt vægt på, at FAS og FAPS' opfordringer er egnet til at ensrette og koordinere medlemmernes adfærd. Opfordringerne er udtryk for FAS og FAPS' holdning og har karakter af en henstilling om en bestemt konkurrencemæssig markedsadfærd. Opfordringerne er bl.a. besluttet på bestyrelsesmøder i FAPS eller accepteret af et flertal af bestyrelsesmedlemmerne i FAPS, ligesom breve til speciallægerne er udsendt på FAS' brevpapir og underskrevet af formanden og næstformanden for FAPS og således af FAPS' kompetence organer.

(iii) FAS og FAPS' opfordringer har til formål at begrænse konkurrencen

62. Det fremgår udtrykkeligt af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 2, at konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis kan bestå i at "*begrænse eller kontrollere produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer.*"

63. En begrænsning af produktionen er en konkurrencebegrænsning, der efter sin art i sig selv kan betragtes som tilstrækkelig skadelig for de normale konkurrencevilkår, og derfor har til formål at begrænse konkurrencen. Produktionsbegrænsninger medfører, ifølge økonomisk teori og retspraksis, alt andet lige, lavere udbud og højere priser, hvilket indebærer et velfærdstab. Produktionsbegrænsninger resulterer endvidere i en ringere ressourceallokering til skade for navnlig forbrugerne.

64. Honorarerne for speciallægeydelser finansieret af den offentlige sygesikring er reguleret i Overenskomsten, og en produktionsbegrænsning vil derfor ikke resultere i højere honorarer. Derimod kan en produktionsbegrænsning sikre, at honorarerne i en periode ikke bliver lavere, og dermed opnår speciallægerne de højst mulige honorarer inden for rammerne af Overenskomsten.

65. Når priserne på et marked er reguleret, er det særlig vigtigt, at aktørerne kan konkurrere på mængden af ydelser. FAS og FAPS har opfordret til en begrænsning af udbuddet af ydelser, hvormed et af de væsentligste tilbageværende konkurrenceparametre er blevet svækket betydeligt.

66. Det er styrelsens vurdering, at FAS og FAPS' opfordringer har et konkurrencebegrænsende formål.

67. I vurderingen har styrelsen særlig lagt vægt på, at FAS og FAPS havde udviklet en konkret handlingsplan for, hvornår og hvordan medlemmerne skulle opfordres til at begrænse behandlingsaktiviteten i deres klinikker. FAS og FAPS' opfordringer til nedsættelse af aktiviteten havde konkrete anvisninger til, hvor meget hver praktiserende speciallæge måtte omsætte, og hvorledes de kunne nedsætte aktiviteten. Derudover fremgår det tydeligt af bevismaterialet, at FAS og FAPS' målsætning med opfordringerne var at begrænse produktionen med henblik på at undgå, at speciallægernes honorarer fra sygesikringen blev sat ned.

(iv) FAS og FAPS' opfordringer udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning

68. Det er styrelsens vurdering, at FAS og FAPS' vedtagelse, om at opfordre de praktiserende speciallæger med ydernummer til at nedsætte behandlingsaktiviteten, udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning.

69. I vurderingen har styrelsen lagt vægt på at vedtagelsen ikke er omfattet af bagatelreglerne i konkurrencelovens § 7, og at FAS og FAPS' opfordringer til de praktiserende speciallæger med ydernummer om at nedsætte behandlingsaktivitet finansieret af sygesikringen, er egnede til at begrænse konkurrencen kvalitativt mærkbart. Det skyldes blandt andet, at FAS og FAPS' opfordringer er rettet til alle praktiserende speciallæger med ydernummer samt, at opfordringerne har haft faktiske skadelige virkninger, jf. mere herom nedenfor i afsnit 5.2.

Fritagelse

70. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurderer, at FAS og FAPS' vedtagelse om at opfordre de praktiserende speciallæger med ydernummer til at begrænse behandlingsaktiviteten dækket af sygesikringen hverken er omfattet af en gruppefritagelse eller opfylder de fire kumulative betingelser for individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8.

5.1.1 Delkonklusion

71. Det er styrelsens samlede vurdering, at FAS og FAPS' opfordringer til medlemmerne om at nedsætte behandlingsaktiviteten i udgangspunktet udgør en konkurrencebegrænsning i form af produktionsbegrænsning.

72. Alene af den grund har opfordringerne ifølge både økonomisk teori og retspraksis et særlig stort potentiale for at medføre konkurrenceskadelige virkninger.

5.2 Mulige samfundsskadelige virkninger

73. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at FAS og FAPS' opfordringer til nedsættelse af speciallægernes behandlingsaktivitet har skadelige virkninger for konkurrencen.

74. Vurderingen er foretaget med udgangspunkt i Overenskomst om speciallægehjælp mellem RLTN og FAS af 31. marts 2011 gældende for perioden 1. oktober 2011 til 30. september 2014 ("Overenskomsten") og den adfærd som FAS og FAPS udviste i forlængelse heraf.

75. RLTN og FAS indgik den 26. september 2014 Aftale om fornyelse af Overenskomst om speciallægehjælp gældende til 1. april 2018 jf. afsnit 4.2.

76. Det er styrelsens vurdering, at Aftale om fornyelse af Overenskomst om speciallægehjælp kan have samme skadelige virkninger for konkurrencen.

77. Det er styrelsens vurdering, at reguleringen har skadelige samfundsmæssige konsekvenser, herunder:

- Ventetiderne på speciallægebehandling er blevet længere, end hvad de ville have været uden produktionsbegrænsningen.
- Regionerne har i overenskomstperioden betalt de, inden for rammerne af overenskomsten, højest mulige honorarer for speciallægeydelserne.
- Ressourceallokeringen har været uhensigtsmæssig.

Længere ventetider til patienterne

78. Det fremgår blandt andet af dokumenter, som styrelsen har indhentet hos FAS og FAPS, at ventetiderne for behandling af patienter med visse former for kræft blev længere som følge af opfordringerne. Som eksempel herpå kan nævnes:

> *"Vi forsøger, at prioritere de "kræftrelevante" undersøgelser [...], men alligevel er ventetiden også her øget noget."*
>
> *"Det er jo patienterne der betaler prisen med længere ventetider på diagnostik og dermed forsinkede kræftdiagnoser i yderste konsekvens."*
>
> *"Stort set alle dermatologer har øget deres ventetid og dette rammer også cancer patienterne."*[13]

Højst mulige honorarer til de praktiserende speciallæger

79. Dokumenterne viser endvidere, at FAS og FAPS' opfordringer har haft effekt. FAS og FAPS' opgørelse over speciallægernes omsætning fra ydelser dækket af sygesikringen i første overenskomstår viste en reduktion i omsætningen fra sygesikringen sammenlignet med 2010.[14] De praktiserende speciallægers samlede omsætning overskred således ikke den økonomiske ramme i første overenskomstår. FAS og FAPS har dermed sikret de praktiserende speciallæger med ydernummer de højest mulige honorarer.

80. Det må alt andet lige betyde, at der kunne være behandlet flere patienter inden for regionernes budgetter, hvis FAS og FAPS ikke havde opfordret til produktionsbegrænsning.

Uhensigtsmæssig ressourceallokering

---

[13] Jf. Bilag 4: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til afgørelse.
[14] Jf. Bilag 4: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til afgørelse.

81. FAS og FAPS har fastsat og udmeldt omsætningskvoter for den enkelte praktiserende speciallæge, hvilket begrænser speciallægernes mulighed for at konkurrere indbyrdes. Alt andet lige betyder omsætningskvoterne, at speciallægernes relative markedsandele fastlåses.

82. Konsekvensen af at udmelde omsætningskvoter kan derudover være, at speciallæger med stor kapacitet, men lille omsætningskvote, hurtigt kan opbruge kvoten til behandling af patienter under den offentlige sygesikring og herefter må afvise patienter på trods af ledig kapacitet. Det indskrænker patienternes frie lægevalg. Derudover mindskes speciallægernes økonomiske incitament til at effektivisere deres speciallægepraksis og dermed behandle flere patienter. Samtidig kan speciallæger med en høj omsætningskvote, men manglende kapacitet, have svært ved at følge med efterspørgslen, hvilket betyder længere ventelister.

83. Anvendelsen af omsætningskvoter betyder dermed, at ressourceallokeringen hos speciallægerne ikke er hensigtsmæssig, hvilket er til skade for både de praktiserende speciallæger og patienterne.

5.3 Konkurrencerådets anbefalinger til ministeren for sundhed og forebyggelse

84. KFST vurderer, at opfordringerne kan have haft negative samfundsmæssige konsekvenser i form af højere priser på speciallægeydelserne, længere ventetider og en ringere ressourceallokering.

85. Det følger af konkurrencelovens § 2, stk. 5, at "*Hvis Konkurrencerådet finder, at en offentlig regulering eller en støtteordning kan have skadelige virkninger for konkurrencen, eller i øvrigt kan hindre en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse, kan Konkurrencerådet til vedkommende minister samt erhvervs- og vækstministeren afgive en begrundet udtalelse, som påpeger mulige skadevirkninger for konkurrencen, samt fremkomme med forslag til fremme af konkurrencen på området. Ministeren skal efter forhandling med erhvervs- og vækstministeren svare på Konkurrencerådets udtalelse senest fire måneder fra modtagelsen af rådets udtalelse.*"

86. På den baggrund retter Konkurrencerådet henvendelse til ministeren for sundhed og forebyggelse.

87. Rådet anerkender fuldt ud, at der er behov for at sikre en styring af de offentlige udgifter til speciallægehjælp.

88. Rådet anbefaler ministeren for sundhed og forebyggelse, at reguleringen på speciallægeområdet udformes således, at den sikrer styring af de offentlige udgifter samtidig med, at konkurrence mellem praktiserende speciallæger ikke begrænses unødigt, herunder særligt at den ikke nødvendiggør, at FAS og FAPS detailstyrer af de praktiserende speciallæger.

89. Rådet anbefaler herudover, at

- ansvaret for styring af og opfølgning på regionernes økonomi påhviler regionerne og ikke private erhvervsdrivende eller disses brancheforening
- reguleringen ikke giver de erhvervsdrivende eller deres brancheforening en rolle, som muliggør, at de erhvervsdrivende eller deres brancheforening kan kontrollere behandlingsaktiviteten udover hvad der er nødvendigt for at sikre efterlevelse af kliniske retningslinjer og fokus på den rette og mest effektive behandlingsindsats.

90. I henvendelsen påpeger rådet i øvrigt, at det er bemærkelsesværdigt, at ministeren for sundhed og forebyggelse meget sent i det samlede sagsforløb – som noget nyt – traf afgørelse om, at FAS og FAPS' adfærd er en direkte og nødvendig følge af sundhedslovgivningen. Rådet bemærker også, at det ikke fremgår af ministerens afgørelse af 15. december 2014, hvilke nye faktuelle omstændigheder der leder til, at ministeren vælger at træffe en ny afgørelse i sagen.

6. Bilag

1. Henvendelse fra Konkurrencerådet til ministeren for sundhed og forebyggelse efter konkurrencelovens § 2, stk. 5.

2. Overenskomst om speciallægehjælp mellem RLTN og FAS, 2011-2014, den 31. marts 2011.

3. Overenskomst om speciallægehjælp mellem RLTN og FAS, 2014-2018, den 26. september 2014.

4. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til afgørelse af 17. december 2014 i sagen "De praktiserende speciallægers begrænsning af behandlingsaktiviteten" (ikke-fortrolig version).

5. Korrespondance mellem Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og ministeren for sundhed og forebyggelse i medfør af konkurrencelovens § 2, stk. 4.