

PUNKT 3: RÅDSMØDE DEN 29. MAJ 2013

29-05-2013

12/05674

/KB/MAG

**DEN DANSKE DYRLÆGEFOR-
ENINGS ETISKE KODEKS**

KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Erhvervs- og Vækstministeriet

INDHOLDSFORTEGNELSE

1	RESUMÉ.....	1
2	AFGØRELSE	4
3	SAGSFREMSTILLING	6
3.1	Indledning.....	6
3.2	Virksomheden.....	6
3.3	Markedsbeskrivelse	7
3.4	DDD's Ethiske kodeks.....	8
3.5	Høringssvar	11
4	VURDERING	11
4.1	Markedsafgrænsning	11
4.1.1	Det relevante produktmarked	12
4.1.2	Det relevante geografiske marked	14
4.1.3	Konklusion vedr. markedsafgrænsning.....	15
4.2	Samhandelspåvirkning	15
4.3	Konkurrencelovens § 6	17
4.3.1	Virksomhedsbegrebet	18
4.3.1.1	Delkonklusion vedr. virksomhedsbegrebet.....	18
4.3.2	Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis.....	18
4.3.2.1	Delkonklusion vedr. aftalebegrebet	20
4.3.3	Til formål eller følge at begrænse konkurrencen	20
4.3.3.1	Delkonklusion vedr. konkurrencebegrænsningskriteriet.....	29
4.3.4	Mærkbar konkurrencebegrænsning	30
4.3.4.1	Delkonklusion vedr. mærkbarhedskriteriet	32
4.3.5	Konklusion vedr. § 6.....	33
4.4	Bagatelgrænsen i konkurrencelovens § 7	33
4.4.1	Konklusion vedr. konkurrencelovens § 7	33
4.5	Mulig fritagelse fra forbuddet i konkurrencelovens § 6.....	33
4.5.1	Gruppefritagelse – konkurrencelovens § 10	34
4.5.2	Individuel fritagelse – Konkurrencelovens § 8, stk. 1	34
4.5.3	Konklusion vedr. muligheden for fritagelse	37
4.6	Samlet Konklusion	37
5	AFGØRELSE	38

1 RESUMÉ

1. Denne sag handler om nogle konkurrencebegrænsende bestemmelser i Den Danske Dyrlægeforenings etiske kodeks, som styrelsen er blevet opmærksom på i forbindelse med gennemgang af en række brancheorganisationers regelsæt.
2. Ud over almindelige vedtægtsbestemmelser om optagelse af medlemmer, afholdelse af generalforsamling, bestyrelsessammensætning osv. har mange brancheorganisationer desuden regler for, hvordan medlemmerne skal agere i forhold til kunderne og i forhold til hinanden – såkaldt ”kollegiale” og ”etiske” regler.
3. Kollegiale og etiske regler er vedtaget af organisationernes kompetente forsamlinger og kan have betydelig indflydelse på medlemsvirksomhedernes konkurrencemæssige adfærd.
4. Den Danske Dyrlægeforening (DDD) er en landsdækkende organisation for ca. 2.500 erhvervsaktive medlemmer. Ca. 800 af medlemmerne er privat praktiserende dyrlæger fordelt på ca. 460 dyrlægepraksis. Disse medlemmer udgør ca. 90 pct. af det samlede antal privat praktiserende dyrlæger/dyrlægepraksis.
5. Det relevante marked i sagen er det samlede marked for dyrlægeydelser, som defineret i dyrlægelovens § 2, stk. 1, nr. 1-4, og geografisk er dette marked ikke større end det danske marked, idet spørgsmålet om en eventuel snævrere afgrænsning kan stå åbent, da det ikke har betydning for sagens udfald.
6. De regler, som styrelsen har fundet konkurrenceretligt problematiske, er fastsat i foreningens ”etiske kodeks” og omhandler begrænsning af medlemmernes muligheder for at konkurrere om kunderne.
7. For det første er der fastsat et etisk kodeks for ”god henvisningspraksis”, der bl.a. indeholder følgende bestemmelse:

Henvisning

Det anses for god etik:

...

- *At undlade at søge at fastholde henviste klienter*

8. Bestemmelsen om ikke at søge at fastholde henviste klienter har ifølge DDD til hensigt at sikre, at en dyrlæge ikke undlader at henvise til specialbehandling for at undgå risikoen for at miste kunden. Bestemmelsen skal således sikre, at dyrene altid får den mest optimale behandling, hvilket i sagens natur er et prisværdigt formål.

9. Det er imidlertid ikke parternes subjektive hensigt med aftalen, der er afgørende for, om aftalen er egnet til at begrænse konkurrencen. Afgørende er derimod dens objektive formål, der vurderes ud fra aftalens indhold, hvilken sammenhæng den gælder i, og parternes faktiske adfærd på markedet. En aftale kan således også have konkurrencebegrænsning som sit objektive formål, selvom dette ikke er det eneste formål med aftalen.

10. I øvrigt indeholder det etiske kodeks en række andre bestemmelser, der må anses for fuldt tilstrækkelige til at nå DDD's subjektive mål med bestemmelsen, og desuden har det vist sig, at bestemmelsen udmøntes på en måde, så den i praksis også afskærer kunderne fra selv at vælge at skifte til den dyrlæge, man er blevet henvist til (jf. nedenstående citater hentet fra forskellige dyreklinikkers hjemmesider).

11. Bestemmelsen vurderes derfor objektivt set at have både til formål og til følge at begrænse konkurrencen.

Odense Dyrehospital:

"Vi gør opmærksom på, at henviste klienter og deres familiedyr ikke kan registreres som klienter på Odense Dyrehospital før et halvt år efter sidste henvisningskonsultation. Dette er af konkurrencemæssige hensyn."

Faxe Dyrehospital:

"Da disse patienter er henvist med et specifikt problem, er det kun behandlingen af dette, vi tager os af. Al anden behandling skal foretages af egen dyrlæge."

Aarhus Dyrehospital:

"En henvisning skal fastholde og øge den henvisende dyrlæges "good-will" hos klienten. ... Efter henvisning bliver klienten nægtet adgang til at bruge Aarhus Dyrehospital fremover med mindre det er kontrol eller en ny henvisning."

12. Herudover indeholder DDD's etiske kodeks bestemmelser om en særlig konkurrencemæssig adfærd i forbindelse med kollegers sygdom og død:

Praksisetablering

Det anses for god etik:

At afholde sig fra at skabe sig en praksis eller andre fordele på bekostning af en syg kollega.

...

At undlade at nedsætte sig indenfor en geometrisk afstand af 15 km fra en af-død kollegas praksis' udgangspunkt, før pågældende praksis er solgt – dog længst i 6 måneder.

13. Ifølge disse bestemmelser, der svarer til de bestemmelser, som nu er ophævet efter tilsagn fra Den Danske Landinspektørforening og Rengøringsselskabernes Branche- og Arbejdsgiverforening, forventes det, at medlemmerne helt afstår fra at konkurrere om kunderne i forbindelse med kollegers sygdom og død. Bestemmelserne indeholder således både et element af afsætningskontrol og et kundedelings- og markedsdelingselement, og de er derfor objektivt egnede til at begrænse konkurrencen.

14. DDD har modtaget en meddelelse om styrelsens betænkeligheder ved de omhandlede bestemmelser, og der har efterfølgende været afholdt møde med DDD, hvor styrelsen har uddybet sine begrundelser for at anse bestemmelserne for problematiske. DDD har imidlertid ikke fundet grundlag for at fjerne eller ændre de omhandlede bestemmelser, hvilket foreningen har fastholdt i sit svar på styrelsens klagepunktsmeddelelse (jf. afsnit 3.5).

15. Bestemmelserne udgør en integreret del af DDD's vedtægter og kollegiale regler, der er vedtaget af medlemsvirksomhederne på foreningens generalforsamling, og sådanne vedtagelser, der har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen ved at regulere medlemmernes konkurrencemæssige adfærd er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3. Dertil kommer, at adfærdsregulerende regler, vedtaget af en landsdækkende organisation med en medlemsandel over 90 pct. kan have en betydelig indflydelse på, hvordan konkurrencen på markedet fungerer. Styrelsen har derfor fundet, at sagen bør afgøres af Konkurrencerådet.

2 AFGØRELSE

16. Det meddeles Den Danske Dyrlægeforening, at foreningen har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, gennem vedtagelsen af følgende regler i foreningens etiske kodeks:

Henvisning

Det anses for god etik:

...

- At undlade at søge at fastholde henviste klienter.

Praksisetablering

Det anses for god etik:

- At afholde sig fra at skabe sig en praksis eller andre fordele på bekostning af en syg kollega.

...

- At undlade at nedsætte sig indenfor en geometrisk afstand af 15 km fra en afdød kollegas praksis' udgangspunkt, før pågældende praksis er solgt – dog længst i 6 måneder.

17. Konkurrencerådet påbyder i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, Den Danske Dyrlægeforening senest 3 måneder efter Konkurrencerådets afgørelse at ophæve de i punkt 16 citerede bestemmelser.

18. Desuden påbyder Konkurrencerådet i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, Den Danske Dyrlægeforening at afstå fra aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der har samme eller tilsvarende formål eller følge som de i punkt 16 citerede bestemmelser.

19. Endelig påbyder Konkurrencerådet i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, Den Danske Dyrlægeforening senest 4 uger efter Konkurrencerådets afgørelse at orientere samtlige medlemmer om Konkurrencerådets afgørelse, herunder

- at de omhandlede bestemmelser er ugyldige, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 5, hvormed

- de omhandlede bestemmelser ikke længere kan eller må håndhæves, og
- medlemmerne frit kan overtage hinandens kunder, også når det gælder henvisede klienter samt syge eller afdøde kollegers klienter.

20. Dokumentation for, at de omhandlede bestemmelser i Den Danske Dyr-lægeforenings etiske kodeks er ophævet, skal fremsendes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen senest 2 uger efter, at ophævelsen formelt er gennemført.

21. Dokumentation for at medlemmerne er orienteret om Konkurrencerådets afgørelse skal fremsendes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen samtidig med orienteringen af medlemmerne, dvs. senest 4 uger efter Konkurrencerådets afgørelse.

3 SAGSFREMSTILLING

3.1 INDLEDNING

22. Brancheorganisationers kollegiale og etiske regler kan have stor indflydelse på, hvordan medlemsvirksomhederne agerer på markedet. Det har derfor betydning, at sådanne regler ikke udformes eller praktiseres på en sådan måde, at de direkte eller indirekte sender et signal til virksomhederne om, at en normal konkurrencemæssig adfærd betragtes som ukollegial eller uetisk.

23. På den baggrund har styrelsen gennemgået en række brancheorganisationers kollegiale og etiske regler. I forbindelse med denne gennemgang har styrelsen fundet, at visse bestemmelser i Den Danske Dyrlægeforenings etiske kodeks er af en sådan karakter, at det gav anledning til en nærmere konkurrence-retlig vurdering.

3.2 VIRKSOMHEDEN

24. Den Danske Dyrlægeforening (DDD) er faglig organisation for den danske dyrlægestand med ca. 2.500 erhvervsaktive medlemmer, hvoraf ca. 65 pct. er ansatte i enten privat eller offentligt regi og organiseret i DDD's lønmodtagerorganisation Ansatte Dyrlægers Organisation (ADO).

25. Ca. 800 medlemmer er privat praktiserende dyrlæger, organiseret i DDD's brancheorganisation for liberalt praktiserende dyrlæger, kaldet Praktiserende Dyrlægers Arbejdsgiverforening (PDA). Disse medlemmer er fordelt på ca. 460 dyrelægepraksis og tegner ca. 90 pct. af samtlige praktiserende dyrlæger i Danmark.¹

26. DDD er organiseret med syv faglige sektioner: Sektion vedrørende kvæg, sektion vedrørende svin, sektion vedrørende heste, sektion vedrørende hund, kat og smådyr, sektion vedrørende fødevarer og miljø, sektion vedrørende veterinær administration og forskning samt sektion vedrørende forsøgsdyr, lægemidler og toksikologi.

27. DDD's hovedbestyrelse består af en formand og 6 bestyrelsesmedlemmer, der vælges på DDD's generalforsamling. Herudover er der nedsat et Etisk Nævn på 6 medlemmer, der også vælges direkte på generalforsamlingen.

28. Den daglige drift varetages af et sekretariat, som består af en direktør plus 14 medarbejdere, der er beskæftiget med "forhandling og arbejdsmarked",

¹ Kilde: DDD's årsberetning 2011/2012, DDD's pjece "Hvad er VMF og DDD" og PDA's praksis-analyse 2011 sammenholdt med oplysninger fra CVR.

13 medarbejdere, der er beskæftiget med "kommunikation, uddannelse og it", samt 11 medarbejdere, der er beskæftiget med "økonomi og administration".

29. Ifølge § 1 i DDD's vedtægter er foreningens formål:

- *at samle dyrlæger til fremme af kollegiale forhold,*
- *at fastlægge retningslinjer for god dyrlægeskik (etiske normer) og fremme den faglige udvikling,*
- *at varetage dyrlægestandens faglige og fagpolitiske interesser,*
- *at varetage dyrlægestandens økonomiske og socialøkonomiske interesser,*
- *at hævde den veterinære uddannelses og forsknings betydning for samfundet,*
- *at medvirke til fremme af dyrs sundhed, trivsel og velfærd.*

30. PDA er underkastet DDD's regelsæt, men har herudover egne vedtægter og en selvstændig bestyrelse, der består af en formand og 2 bestyrelsesmedlemmer. Ifølge § 2 i PDA's vedtægter er det PDA's formål "at varetage medlemmernes erhvervsmæssige interesser på det økonomiske og social-økonomiske område".

31. Ifølge vedtægternes § 3 er det forudsat, at medlemmer af DDD, der driver selvstændig klinisk praksis, dyrlæger, der er ejere eller medejere af virksomheder, som driver klinisk praksis, eller dyrlæger, der er ansat som chefer i virksomheder, hvis hovedformål det er at drive klinisk praksis, også skal være medlemmer af PDA.

3.3 MARKEDSBESKRIVELSE

32. Dyrlægeerhvervet er et lovreguleret erhverv, og dyrlægegerning er defineret i dyrlægelovens § 2, stk. 1.² Dyrlægers arbejde består i behandling af dyr for såvel private som for erhvervsdrivende (landbrugsvirksomheder, dyrepensioner mv.), at udøve veterinær sundhedsrådgivning til landbruget, at udøve veterinær fødevarekontrol og -tilsyn på fx slagterier samt anden virksomhed, hvor den veterinære uddannelse er af væsentlig betydning (fx har medicinalindustrien ofte dyrlæger beskæftiget til at tage del i den løbende forskning).

33. Der kræves autorisation for at kunne udøve dyrlægevirksomhed, jf. dyrlægelovens § 2, stk. 2, hvorefter kun den, der har modtaget autorisation som dyrlæge har ret til at udøve dyrlægegerning og betegne sig som dyrlæge. Autori-

² Bekendtgørelse af lov om dyrlæger, lbkg. nr. 815 af 14-07-2012.

sation forudsætter bestået veterinæreksamen fra Københavns Universitet³ og meddeles af ministeren for fødevarer, landbrug og fiskeri.

34. Ifølge dyrlægelovens § 6 skal en dyrlæge, der ønsker at udøve virksomhed som praktiserende dyrlæge, samt etableringer af dyrlægepraksis i Danmark anmeldes til et særligt register over praktiserende dyrlæger og dyrlægepraksis, som administreres af Fødevestyrelsen.⁴

35. Dyrlægelovens kapitel 3 fastsætter en række adfærdsregulerende forpligtelser om at vise omhu og samvittighedsfuldhed, om hygiejneforhold, ordinationsadfærd, kontrol med dyrevelfærd, indberetningspligt osv., og tilsynet med, at dyrlægerne overholder de i loven fastsatte betingelser, er overladt til ministeren for fødevarer, landbrug og fiskeri.

36. Ifølge CVR var der den 15. januar 2013 767 dyrlæger med eget CVR-nummer, men hvis der korrigeres for registrerede holdingselskaber, for virksomheder, der både er registreret som ApS og som enkeltmandsvirksomheder, for opløste virksomheder, for dyrlæger, der har registreret sig uden at have etableret en klinik (af Fødevestyrelsen benævnt "virtuel" dyrlægepraksis), samt for virksomheder, der slet ikke beskæftiger sig med dyrlægeydelser, ligger tallet omkring 500 – 550 aktive dyrlægepraksis i Danmark.

37. Den samlede omsætning i dyrlægebranchen beløb sig i 2011 til 2.282 mio. kr.⁵

3.4 DDD'S ETISKE KODEKS

38. DDD har ud over foreningens vedtægter en række etiske principper, der er vedtaget af medlemmerne på DDD's generalforsamling den 7. oktober 2007.

39. Men herudover er medlemmerne underkastet et etisk kodeks, der er vedtaget af Etisk Nævn den 1. juli 2007 og godkendt af hovedbestyrelsen den 6. december 2007. Det er følgende bestemmelser fra dette etiske kodeks, som denne sag handler om:

³ Dog kan autorisation også opnås af personer, der gennem uddannelse og erhvervsudøvelse i udlandet har opnået kvalifikationer, der kan sidestilles hermed.

⁴ Fødevestyrelsen har dog ikke kunnet bidrage med konkrete tal for, hvor mange praktiserende dyrlæger og dyrlægepraksis, der reelt er aktive på markedet, da registeret indeholder tal for samtlige autoriserede dyrlæger, der har valgt at registrere sig, dvs. også dyrlæger, der arbejder i ansættelsesforhold, ligesom en del dyrlæger ifølge det oplyste har valgt at registrere en form for "virtuel" dyrlægepraksis, selv om de i virkeligheden ikke fungerer som privat praktiserende dyrlæge.

⁵ Kilde: Danmarks Statistik, Statistikbanken, generel erhvervsstatistik 2011.

40. Under overskriften "Henviſning" beskrives det, hvad der anses for god etik i forbindelse med henviſning af dyr til specialbehandling:

Det anses for god etik:

- *At henvise patienter, hvor dyrlægens faglige udvikling gennem efteruddannelse, underbygget erfaring og personlig styrke ikke kan sikre arbejdet udført på et tilstrækkeligt højt niveau.*
- *At modtage henviste patienter, når man besidder en anerkendt specialviden eller særlig indsigt på de fagområder, som henviſningen retter sig mod.*
- *At informere henviste klienter om relevant efterbehandling.*
- *At informere henviſende dyrlæge om diagnose, behandling og efterbehandling.*
- *At undlade at søge at fastholde henviste klienter.*

41. Det er alene den sidste "pind" om medlemmernes adfærd i forbindelse med henviſningspraksis, som styrelsen har vurderet som problematisk. En del henviſningsdyrlæger har nemlig en udvidet fortolkning af denne etiske regel, jf. følgende citater fra klinikkernes hjemmesider:

Karlslunde Dyrehospital:

"Udover at passe vagt for egne klienters kæledyr er vi også altid parat til at hjælpe kæledyr, som normalt ikke kommer hos os. Vi har aftaler med mange dyreklinikker på Sjælland om at hjælpe deres klienters dyr uden for almindelig åbningstid. Vi vil snarest efter indlevering kontakte den sædvanlige dyrlæge for at orientere om forløbet, samt i fællesskab afgøre hvornår patienten skal henvises tilbage til den sædvanlige dyrlæge."

Odense Dyrehospital:

"Vores henviſningspolitik:

Vi gør opmærksom på, at henviste klienter og deres familiedyr ikke kan registreres som klienter på Odense Dyrehospital før et halvt år efter sidste henviſningskonsultation. Dette er af konkurrencemæssige hensyn."

Faxe Dyrehospital:

"Patienter, der henvises fra andre dyrlæger behandles i tæt samarbejde med den henviſende dyrlæge. Da disse patienter er henvist med et specifikt problem, er det kun behandlingen af dette, vi tager os af. Al anden behandling skal

foretages af egen dyrlæge. Henviste patienter kan således ikke blive vaccineret eller modtage anden form for forebyggende behandling på Faxe Dyrehospital. ... Vi udfører kun det arbejde der specifikt er bedt om og hvis andet kommer på tale bliver det efter aftale med den henvisende dyrlæge. Klienten henvises altid tilbage til sædvanlig dyrlæge."

Aarhus Dyrehospital:

"En henvisning skal fastholde og øge den henvisende dyrlæges "good-will" hos klienten.

Aarhus Dyrehospitals kodeks for henviste patienter:

- Efter henvisning bliver klienten nægtet adgang til at bruge Aarhus Dyrehospital fremover med mindre det er kontrol eller en ny henvisning.*
- ..."*

Vejle Dyrehospital:

"Henvisningen foregår altid i tæt samarbejde med den/de henvisende dyrlæger. Vi varetager kun den/de arbejdsopgaver som den henvisende dyrlæge har bedt os om at udføre."

Familiedyrlægerne – Hobro Dyrehospital:

"Henvisningspraksis

...

For at sikre den bedst mulige behandling af henviste patienter garanterer vi:

- Behandling foregår i tæt samarbejde med jer som henvisende dyrlæge*
- Gode tilbagemeldinger*
- Kollegial loyalitet*
- ..."*

Dyrenes Læge og Øjenklinik i Rødkærsbro:

"For henvisende dyrlæger

... På Dyrenes Læge og Øjenklinik udføres alene det arbejde, som er aftalt med henvisende dyrlæge ... I samråd med henvisende dyrlæge tilstræbes det, at patienten så hurtigt som muligt sendes tilbage til egen dyrlæge, så denne kan varetage det videre behandlingsforløb."

42. Herudover er første og sidste ”pind” i det etiske kodeks’ afsnit om ”Praktisistablering” konkurrenceretligt problematiske:

Det anses for god etik:

- *At afholde sig fra at skabe sig en praksis eller andre fordele på bekostning af en syg kollega.*
- *At være en regionalforening behjælpelig med at beskytte en syg kollegas praksis ved vikarhjælp mv.*
- *At undlade at nedsætte sig indenfor en geometrisk afstand af 15 km fra en afdød kollegas praksis’ udgangspunkt, før pågældende praksis er solgt – dog længst 6 måneder.*

3.5 HØRINGSSVAR

43. I DDD’s hørings svar på klagepunktsmeddelelsen, der i vid udstrækning svarer til bemærkningerne, som DDD’s etiske nævn tidligere har fremsat i forbindelse med styrelsens meddelelse om betænkeligheder, tilkendegiver DDD, at foreningen er uenig i styrelsens vurdering af de omhandlede bestemmelser:

”Det er Den Danske Dyrlægeforenings opfattelse, at de af klagepunktsmeddelelsen omfattede bestemmelser i Den Danske Dyrlægeforenings etiske kodeks hverken har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3.

Den Danske Dyrlægeforening finder på denne baggrund hverken anledning til at ændre eller ophæve de pågældende bestemmelser.”

44. DDD’s uddybende begrundelser for denne opfattelse er inddraget i vurderingen af de pågældende bestemmelser (der henvises til vurderingen i punkt 4.3.3, 4.3.4 og 4.5.2).

4 VURDERING

4.1 MARKEDSAFGRÆNSNING

45. For at vurdere, om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og/eller TEUF artikel 101, er det nødvendigt at afgrænse det relevante marked. Det relevante marked består af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked.

46. Det følger af konkurrencelovens § 5a, og af Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked,⁶ at det relevante marked skal afgrænses på baggrund af undersøgelser af efterspørgsels- og udbudssubstitutionen – evt. suppleret med undersøgelser af den potentielle konkurrence.

4.1.1 Det relevante produktmarked

47. Ved det relevante produktmarked forstås markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugerne betragter som indbyrdes substituerbare på grund af produkternes eller tjenesteydelsernes egenskaber, pris eller anvendelsesformål.⁷

48. Ved afgrænsningen af det relevante produktmarked tages udgangspunkt i de produkter eller tjenesteydelser, som den mulige konkurrencebegrænsende aftale, samordnede praksis eller vedtagelse vedrører. Dernæst afgrænses, hvilke øvrige produkter eller tjenesteydelser, der er substituerbare hermed.

49. Denne sag vedrører en vedtagelse i form af DDD's etiske kodeks for medlemmernes indbyrdes adfærd på markedet.

50. Udgangspunktet for afgrænsningen af produktmarkedet i denne sag skal derfor tages i de produkter og tjenesteydelser, som DDD's privat praktiserende medlemmer udbyder til deres kunder.

51. Afgrænsningen af dyrlægeydelser er fastlagt i dyrlægelovens § 2, stk. 1, nr. 1)-6):

§ 2. Ved dyrlægegerning forstås

- 1) at tage et dyr under behandling, når der er grund til at antage, at dyret eller den besætning, hvortil det hører, lider af en smitsom sygdom, hvorom anmeldelse skal indgives i henhold til lovgivningen om smitsomme sygdomme hos dyr,*
- 2) at tage andre dyr under behandling for anden sygdom, til hvis behandling der kræves veterinær indsigt,*
- 3) at tage dyr under behandling under anvendelse af lægemidler, der efter apotekerlovgivningen kun må udleveres mod recept,*

⁶ Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03).

⁷ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, pkt. 7.

- 4) *at udøve veterinær sundhedsrådgivning til ejeren af en besætning eller dennes repræsentant som led i en ordning fastsat i medfør af denne lov,*
- 5) *at udøve veterinær fødevarekontrol og –tilsyn, hvor den veterinære uddannelse er af væsentlig betydning og*
- 6) *at udøve anden virksomhed, hvor den veterinære uddannelse er af væsentlig betydning.*

52. Adgangen til at udøve erhverv som praktiserende dyrlæge er begrænset til dyrlæger, der har opnået autorisation, og som er optaget i dyrlægeregistret, jf. dyrlægelovens § 2, stk. 2, og § 6, stk. 1-3:

§ 2, stk. 2. Ret til at udøve dyrlægegerning og betegne sig som dyrlæge har kun den, der har modtaget autorisation som dyrlæge i henhold til § 3, stk. 1 eller 3, eller som har adgang til at udøve dyrlægegerning i henhold til bestemmelser fastsat i medfør af § 35.

...

§ 6. Ved en praktiserende dyrlæge forstås en dyrlæge, der udøver de i lovens § 2, stk. 1, nr. 1-4, omhandlede rettigheder.

Stk. 2. Ved en dyrlægepraksis forstås en virksomhed, hvorfra en eller flere praktiserende dyrlæger udfører deres arbejde.

Stk. 3. En dyrlæge, der som selvstændig eller ansat vil udøve virksomhed som praktiserende dyrlæge, skal anmeldes til registrering, jf. § 16, stk. 2. Det samme gælder en dyrlægepraksis.

53. Dyrlægelovens definition af dyrlægeydelser i § 2, stk. 1, nr. 1)-4),⁸ dækker behandling og sundhedsrådgivning mv. inden for alle dyrearter. Selv om nogle dyrlæger har specialiseret sig inden for bestemte kategorier, fx produktionsdyr, hobbydyr eller kæledyr, er der således ikke noget til hinder for, at de kan behandle eller rådgive om andre dyrearter.

54. Selv om der formentlig – i lighed med, hvad der ses på humanområdet – findes healere eller andre former for alternative behandlere af dyr, er enhver traditionelt forebyggende eller helbredende behandling af et dyr forbeholdt autoriserede dyrlæger, og ud fra et efterspørgselssynspunkt vil de ydelser, som er nævnt i dyrlægelovens § 2, stk. 1, nr. 1)-4), ikke kunne substitueres af nogen anden form for serviceydelse.

⁸ De ydelser, der er nævnt i dyrlægelovens § 2, stk. 1, nr. 5)-6) udføres typisk af ansatte – og altså ikke privat praktiserende – dyrlæger.

55. Udbudsmæssigt ses der heller ikke at være andre reelle alternativer til de autoriserede dyrlæger. Udbud af dyrlægeydelser på markedet, er som nævnt forbeholdt personer og virksomheder, der opfylder dyrlægelovens krav til autorisation og til at kunne fungere som dyrlægepraksis. Ét af disse krav er en gennemført og bestået veterinæreksamen, dvs. en uddannelse, der er normeret til mindst 5½ år. Det vil således ikke være muligt for andre erhvervsdrivende hurtigt og uden væsentlige omkostninger at omstille deres virksomhed til at kunne konkurrere på dyrlægemarkedet.

56. I relation til denne sag kan produktmarkedet derfor – og i lighed med tidligere praksis⁹ – afgrænses til det samlede marked for dyrlægeydelser, som defineret i dyrlægelovens § 2, stk. 1, nr. 1)-4).

4.1.2 Det relevante geografiske marked

57. Ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor de involverede virksomheder udbyder eller efterspørger produkter eller tjenesteydelser, som har tilstrækkeligt ensartede konkurrencevilkår, og som kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene dér er meget anderledes.¹⁰

58. Som følge af EU reglerne om gensidig anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer skal der gives udenlandske dyrlæger, der opfylder nærmere definerede krav, adgang til at praktisere i Danmark, ligesom danske dyrlæger kan få adgang til at praktisere i udlandet.

59. Det kan da heller ikke udelukkes, at dyre- og besætningsejere bosat i grænseområderne kan finde på at benytte sig af en tysk eller svensk dyrlæge. Det vurderes dog kun at finde sted i minimalt omfang, da langt de fleste dyre- og besætningsejere vil foretrække en lokalt forankret dyrlæge, som man hurtigt kan konsultere, og som læser, skriver og taler dansk.

60. Det forhold, at der foreligger national lovgivning og brugerpræferencer tilsiger derfor, at det geografiske marked ikke er større en Danmark.

61. Da nærhedsprincippet til gengæld kan være af stor betydning, både når det drejer sig om forebyggende behandling og behandling af syge dyr, kunne det derimod overvejes, om markedet bør afgrænses snævrere til mindre, lokale markeder. På den anden side er der en høj grad af overlap mellem lokalområder, der kan gøre det vanskeligt at foretage en afgrænsning af, hvor ét lokalområde be-

⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 26-10-2005 i sagen vedrørende Praktiserende Dyrlægers Arbejdsgiverforenings vedtægter, hvor det relevante marked er afgrænset til det danske marked for dyrlægeydelser udført af autoriserede dyrlæger.

¹⁰ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03), pkt. 8.

gynder, og et andet lokalområde ender, uden en dybtgående analyse af markedet, og hvis det ikke er af væsentlig betydning for sagens resultat, er der i sådanne situationer praksis for at lade spørgsmålet stå åbent.

62. Denne sag vedrører nogle muligt konkurrencebegrænsende vedtagelser, der gælder på landsplan for en meget stor del af aktørerne på dyrlægemarkedet. Sagens resultat vil derfor ikke blive påvirket af, om markedet afgrænses nationalt eller til en række nærmere definerede lokalmarkeder.

63. På den baggrund kan det relevante geografiske marked i sagen afgrænses til et marked, der ikke er større end det danske marked for dyrlægeydelser, idet spørgsmålet om en eventuelt snævrere afgrænsning kan stå åbent, da det ikke har betydning for sagens udfald.

4.1.3 Konklusion vedr. markedsafgrænsning

64. Der kan i denne sag afgrænses et relevant produktmarked til markedet for dyrlægeydelser, som defineret i dyrlægelovens § 2, stk. 1, nr. 1-4. Det relevante geografiske marked kan afgrænses nationalt til Danmark, idet spørgsmålet om en eventuelt snævrere afgrænsning kan stå åbent, da det ikke har betydning for sagens udfald.

4.2 SAMHANDELSPÅVIRKNING

65. Efter forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002,¹¹ som trådte i kraft den 1. maj 2004, skal det undersøges, om en evt. konkurrencebegrænsende aftale mærkbart kan påvirke handelen mellem medlemsstater. Såfremt dette er tilfældet, er Konkurrencerådet forpligtet til at anvende Traktatens konkurrenceregler.

66. Udtrykket "påvirke handelen mellem medlemsstater" er neutralt. Det er ikke en betingelse, at handelen begrænses eller mindskes. Samhandelen kan også blive påvirket, når en evt. konkurrencebegrænsende aftale fører til en stigning i handelen. Det er dog i begge tilfælde en betingelse, at samhandelen påvirkes mærkbart.¹²

67. En adfærd, som vedrører import eller eksport til andre medlemsstater eller aktiviteter i flere medlemsstater, vil som regel uden videre blive anset for at påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Hvis en aftale omvendt kun vedrører det nationale marked eller en del heraf, finder EU's konkurrenceregler kun

¹¹ Jf. Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (nu artikel 101 og 102).

¹² Jf. Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 (nu artikel 101 og 102) (2004/C 101/07) - samhandelsmeddelelsen.

anvendelse, hvis aftalen hindrer adgangen til en betydelig andel af det nationale marked.¹³ Aftalen skal således have markedsafskærmende virkninger.

68. Kommissionen har desuden opstillet en formodningsregel, hvorefter en aftale i princippet ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne mærkbart, hvis parterne ikke på nogen af de relevante markeder har en samlet markedsandel over 5 pct., og de deltagende virksomheder, der er omfattet af aftalen, ikke har en samlet årlig omsætning inden for EU på over 40 mio. euro, svarende til ca. 300 mio. kr. (den såkaldte NAAT-regel).¹⁴

69. I den konkrete sag er en meget stor del af dyrlægebranchen involveret. Som nævnt tegner DDD's privat praktiserende medlemsvirksomheder sig for en andel på ca. 90 pct. af det danske marked, og med en samlet omsætning i branchen på over 2 mia. kr. (svarende til ca. 265 mio. euro) må det konstateres, at medlemmernes omsætning og markedsandel ligger langt over NAAT-reglens tærskelværdier, og at NAAT-reglens betingelser dermed ikke er opfyldt.

70. Imidlertid er NAAT-reglen ikke absolut, men blot en test, der betyder, at der skal foretages en yderligere vurdering, hvis reglen ikke er opfyldt. I så tilfælde skal det undersøges, om den omhandlede aftale mv. har virkning i flere medlemsstater.

71. Det fremgår af punkt 83 og 84 i Kommissionens samhandelsmeddelelse, at:

"83. Horisontale samarbejdsaftaler [...], der kun berører en enkelt medlemsstat og ikke direkte omhandler import og eksport, tilhører ikke kategorien af aftaler, der ifølge selve deres natur kan påvirke handelen mellem medlemsstater. Det kan derfor i hvert enkelt tilfælde være nødvendigt at foretage en omhyggelig vurdering af, om den konkrete aftale kan påvirke handelen mellem medlemsstater.

84. Horisontale samarbejdsaftaler kan i særdeleshed påvirke handelen mellem medlemsstater, når de har markedsafskærmende virkninger. Det kan være tilfældet med aftaler, der fastsætter standardiserings- og certificeringssystemer for en hel branche, og som virksomheder fra andre medlemsstater enten ikke kan deltage i, eller som lettere kan opfyldes af virksomheder fra den pågældende medlemsstat, fordi de er baseret på nationale normer og traditioner. Sådanne aftaler kan gøre det vanskeligere for virksomheder fra andre medlemsstater at trænge ind på det nationale marked".

72. DDD's etiske kodeks berører kun medlemmernes indbyrdes adfærd på det danske marked og omhandler hverken import eller eksport. De omhandlede

¹³ Jf. samhandelsmeddelelsens punkt 84 og 90.

¹⁴ NAAT står for "No Appreciable Affect on Trade", jf. punkt 50-52 i samhandelsmeddelelsen.

regler og praktiseringen heraf falder dermed ikke ind under den kategori, som efter sin natur kan påvirke samhandelen.

73. Med hensyn til eventuel markedsafskærmning er der ganske vist tale om et regelsæt, der omfatter en meget stor del af branchen, men de omhandlede vedtagelser ses ikke at indebære forhold, som kan gøre det vanskeligere for udenlandske virksomheder at trænge ind på det danske marked.¹⁵

74. Desuden er adgangen til at udøve erhvervet som dyrlæge lovreguleret – også når det gælder grænseoverskridende udøvelse af erhvervet – og DDD's etiske kodeks, der er genstand for vurdering i denne sag, påvirker kun konkurrencen mellem medlemmerne af foreningen og omfatter ikke forhold, som favoriserer danske virksomheder på bekostning af udenlandske virksomheder, ligesom de ikke har nogen afskærmende virkning for udenlandske virksomheders adgang til det danske dyrlægemarked.

75. Samlet set vurderes det derfor, at de omhandlede bestemmelser i DDD's etiske kodeks ikke påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne mærkbart, hvormed forholdene skal behandles efter konkurrencelovens § 6 og ikke efter Traktatens konkurrenceregler.

4.3 KONKURRENCELOVENS § 6

76. Konkurrencelovens § 6 vedrører aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.

77. Det er forbudt for virksomheder at indgå aftaler mv., der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. konkurrencelovens § 6.

78. Der er som udgangspunkt 4 betingelser, der skal være opfyldt for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse. Der skal være tale om (i) erhvervsvirksomheder eller en sammenslutning af virksomheder, der (ii) indgår en aftale eller en vedtagelse eller udøver en samordnet praksis, som (iii) har til formål eller følge at begrænse konkurrencen (iv) mærkbart.

79. Ved vurdering af, om disse 4 betingelser er opfyldt, skal både national praksis og fællesskabspraksis inddrages.

¹⁵ Jf. Kommissionens beslutning af 08-09-1999 i sag IV/34.010 – Nederlandse Vereniging van Banken m.fl., EFT 1999 L 271/28.

4.3.1 Virksomhedsbegrebet

80. Virksomhedsbegrebet i konkurrenceloven skal fortolkes bredt, jf. lovens § 2, stk. 1, hvorefter loven omfatter *"enhver form for erhvervsvirksomhed"*. Det er desuden præciseret i forarbejderne til loven, at begrebet omfatter *"enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester"*.¹⁶

81. Denne fortolkning er i overensstemmelse med EU praksis, hvor Domstolen har fastslået: *"Begrebet erhvervsvirksomhed omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde"*.¹⁷

82. Med økonomisk virksomhed menes virksomhed, der består i at udbyde varer eller tjenesteydelser på et bestemt marked, uanset i hvilken form virksomheden drives, og uanset om den drives med økonomisk gevinst for øje eller som et "non profit" foretagende.

83. Konkurrenceloven omfatter i henhold til konkurrencelovens § 6, stk. 3, også sammenslutninger af virksomheder, herunder brancheorganisationer af enhver art samt andre former for organiserede samarbejdsrelationer, fx interessegrupper og udvalg mv., hvor virksomheder samles og udveksler synspunkter, og den valgte retlige form er uden betydning for, om en sammenslutning er omfattet af bestemmelsen.¹⁸

84. DDD's praktiserende medlemsvirksomheder, der samtidig er medlem af PDA, driver alle erhvervsvirksomhed i form af dyrlægepraksis. Såvel DDD som PDA, der er en underafdeling af DDD, udgør som interesse- og brancheorganisation for disse virksomheder en "sammenslutning af virksomheder" i konkurrencelovens forstand.

4.3.1.1 Delkonklusion vedr. virksomhedsbegrebet

85. DDD er interesseorganisation for den danske dyrlægestand, og PDA er DDD's brancheorganisation for de erhvervsvirksomheder, der udbyder dyrlægeydelser på det danske marked. PDA/DDD udgør dermed en sammenslutning af virksomheder i konkurrencelovens forstand.

4.3.2 Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

86. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb, og det konkurrenceretlige aftalebegreb omfatter såvel mundtlige og skriftlige aftaler som udtrykkelige og stiltiende aftaler. Det

¹⁶ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3653.

¹⁷ Jf. EF-Domstolens dom af 23. april 1991 i sag C-41/90 Höfner & Elser, præmis 21.

¹⁸ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, Tillæg A, side 3658.

afgørende er, om de involverede virksomheder har udtrykt en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde.

87. Der stilles inden for konkurrenceretten ikke krav om, at en aftale antager en juridisk bindende form, at der er fastsat sanktioner mellem aftaleparterne, eller at aftalen kan tvangsfuldbyrdes. Det er endvidere ikke afgørende, om virksomhederne har følt sig forpligtet - juridisk, faktisk eller moralsk - til at udvise den aftalte adfærd.¹⁹

88. Forbuddet i konkurrencelovens § 6 omfatter også *vedtagelser* inden for en sammenslutning af virksomheder, jf. § 6, stk. 3. Begrebet vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder, der heller ikke behøver at være juridisk bindende for sammenslutningens medlemmer, kan efter forarbejderne til konkurrenceloven omfatte vedtægter, beslutninger og henstillinger.²⁰ I lovbemærkningerne er det endvidere præciseret, at der skal være tale om en vedtagelse, der er truffet inden for en sammenslutning af virksomheder ved dens kompetente organer.

89. Det følger af § 13 i DDD's vedtægter, der omhandler Etisk Nævn, at

"Etisk nævn har til opgave

- a) at bistå medlemmerne, når de har brug for oplysning om de etiske bestemmelser i foreningens vedtægter,*
- b) at behandle klager over at dyrlæger har tilsidesat pligter, der følger af DDD's vedtægter eller de af generalforsamlingen vedtagne Etiske Principper samt Etisk Kodeks,*
- c) at føre tilsyn med overholdelsen af pligter, der følger af DDD's vedtægter eller bestemmelserne i de af generalforsamlingen vedtagne Etiske Principper samt Etisk Kodeks,*
- d) at foreslå generalforsamlingen ændringer af Etiske Principper, samt*
- e) at revidere og ajourføre DDD's etiske kodeks og sørge for at ændringer i kodeks forelægges DDD's hovedbestyrelse til godkendelse".*

90. DDD's vedtægter er vedtaget af DDD's øverste myndighed, generalforsamlingen, der har overladt udformning og vedtagelse af det etiske kodeks til etisk nævn og DDD's hovedbestyrelse. Beslutningen om DDD's etiske kodeks er dermed truffet af foreningens kompetente organer – etisk nævn og hovedbesty-

¹⁹ Jf. eksempelvis Retten i Første Instans' dom af 20. marts 2002 i sag T-9/99, *Rørkartel*, præmis 199-200.

²⁰ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3656 ff.

relsen – senest vedtaget af etisk nævn den 01-07-2007 og godkendt af hovedbestyrelsen den 06-12-2007, og det etiske kodeks udgør således en vedtagelse i konkurrencelovens forstand.

4.3.2.1 Delkonklusion vedr. aftalebegrebet

91. De omhandlede bestemmelser i DDD's etiske kodeks er vedtaget af forningens kompetente organer med hjemmel i DDD's vedtægter, hvormed bestemmelserne er omfattet af konkurrencelovens aftalebegreb.

4.3.3 Til formål eller følge at begrænse konkurrencen

92. En aftale mv. omfattes kun af forbuddet i konkurrencelovens § 6, hvis aftalen, vedtagelsen eller den samordnede praksis direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

93. Kriteriet for, at en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis har *til formål* at begrænse konkurrencen, er, at den ifølge selve sin natur skal være egnet til at have eller få en mærkbart negativ virkning for konkurrencen på markedet. Denne vurdering skal foretages på baggrund af flere forskellige faktorer og er i princippet uafhængig af aftaleparternes markedsstyrke og deres subjektive formål med aftalen. Disse faktorer omfatter navnlig aftalens indhold og dens objektive formål. Men det kan også være nødvendigt at se på, hvilken sammenhæng den gælder i, og parternes faktiske adfærd på markedet.²¹

94. Alt efter omstændighederne kan et konkurrencebegrænsende formål udledes af den måde, hvorpå en aftale rent faktisk gennemføres, også selv om den formelle aftale ikke indeholder nogen udtrykkelig bestemmelse herom.²²

95. Særligt alvorlige konkurrencebegrænsninger – også kaldet hardcore begrænsninger – betragtes uden videre at være så skadelige for konkurrencen, at de har et konkurrencebegrænsende formål. For horisontale aftalers vedkommende omfatter konkurrencebegrænsende formål bl.a. prisaftaler, begrænsning af produktion, markeds- og kundedeling samt virksomheders udveksling af oplysninger om deres fremtidige adfærd vedrørende priser og mængder.²³

²¹ Jf. fx forenede sager 29/83 og 30/83 CRAM og Rheinzink, præmis 26, og forenede sager 96/82 mfl. ANSEAU-NAVEWA, præmis 23-25.

²² Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3), punkt 22, samt Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 25.

²³ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3), punkt 23, samt Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 72, 73 og 74.

96. Hvis det kan fastslås, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det ikke nødvendigt at tage hensyn til dens konkrete virkninger.²⁴

97. Men hvis det ikke kan påvises, at en aftale ud fra sin natur eller ud fra den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår, har et konkurrencebegrænsende formål, skal det undersøges, om den har mærkbart konkurrencebegrænsende følger. Ved vurderingen af, om en aftale mv. har *til følge* at begrænse konkurrencen, fremgår det af Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101, stk. 3, at en aftale skal *påvirke den faktiske eller potentielle konkurrence i en sådan grad, at det med en rimelig grad af sandsynlighed kan ventes at få negativ virkning for priser, produktion, innovation, variation i udbud eller produktkvalitet*, for at den kan anses for at have sandsynlige og mærkbart konkurrencebegrænsende virkninger.²⁵ Tilsvarende fremgår af Kommissionens retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler.²⁶

98. Der skal således være en nærliggende risiko for, at aftalen i praksis vil *"indskrænke parternes mulighed for at træffe selvstændige beslutninger, enten fordi den indeholder forpligtelser, der regulerer mindst en af parternes markedsadfærd, eller fordi den påvirker mindst en af parternes markedsadfærd ved at forårsage ændring af dennes incitament"*.²⁷

99. For at kunne påvise faktiske eller potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, er det nødvendigt at tage hensyn til konkurrencen mellem parterne og konkurrencen fra tredjemand, især den faktiske eller potentielle konkurrence, der ville have været tale om, hvis aftalen ikke havde eksisteret.²⁸

100. I det følgende vurderes, om de omhandlede regler i DDD's etiske kodeks har til formål og/eller til følge i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, at begrænse konkurrencen mellem privat praktiserende medlemmer af DDD på det danske marked for dyrlægeydelser.

²⁴ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3), punkt 20, der henviser til sag C-49/92 P, Anic Partecipazioni, præmis 99, samt Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 24, der bl.a. henviser til de forenede sager C-501/06 P mfl., GlaxoSmithKline, sag C-209/01, BIDS, præmis 16, og sag C-8/08 P, T-Mobile Netherlands.

²⁵ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3), punkt 24.

²⁶ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 27, første punktum.

²⁷ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 27, andet og tredje punktum, der henviser til sag C7/95 P, John Deere, præmis 88 og sag C-238/05, Asnef-Equifax, præmis 51.

²⁸ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 29.

101. DDD's etiske kodeks regulerer medlemmernes adfærd i forhold til andre medlemmer af DDD. De bestemmelser, der er til vurdering i denne sag, vedrører medlemmernes indbyrdes adfærd på følgende områder:

- Et medlem må ikke søge at fastholde henviste klienter.
- Et medlem må ikke skabe sig praksis eller andre fordele på bekostning af en syg kollega og må ikke i en given periode etablere sig inden for en vis radius fra en afdød kollegas praksis.

102. Det etiske kodeks for henvisning af klienter:

Det anses for god etik:

- *At henvise patienter, hvor dyrlægens faglige udvikling gennem efteruddannelse, underbygget erfaring og personlig styrke ikke kan sikre arbejdet udført på et tilstrækkeligt højt niveau.*
- *At modtage henviste patienter, når man besidder en anerkendt specialviden eller særlig indsigt på de fagområder, som henvisningen retter sig mod.*
- *At informere henviste klienter om relevant efterbehandling.*
- *At informere henvisende dyrlæge om diagnose, behandling og efterbehandling.*
- *At undlade at søge at fastholde henviste klienter.*

103. Det er alene den sidste "pind" om ikke at søge at fastholde henviste klienter, der er konkurrenceretligt problematisk. Bestemmelsen svarer til en lignende bestemmelse i Tandlægeforeningens etiske regler, som Tandlægeforeningen gav tilsagn om at ændre således, at tandlægerne fremover blot skal tage hensyn til en evt. behandlingsplan fra den henvisende tandlæge.²⁹

104. DDD har i sit høringssvar på klagepunktsmeddelelsen anført, at bestemmelsen om loyalitet ved henvisning af patienter hverken har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen,

- fordi hensynet bag bestemmelsen er at sikre den enkelte dyrlæge de bedste muligheder for at fremme dyrs sundhed, trivsel og velfærd, som ville være udsat for en reel risiko, hvis bestemmelsen ikke fandtes;

²⁹ Jf. omtalen under meddelelser fra direktøren på rådsmødet den 19-12-2012.

- fordi alternativet til at sikre, at dyrene kan tages under øjeblikkelig behandling af en dyrlæge ville være, at der indgås skriftlige underleveranceaftaler fra gang til gang, hvilket ville være upraktisk og indebære en risiko for, at der slet ikke sker henvisning;
- fordi bestemmelsen må bedømmes på samme måde som Vestre Landsrets bedømmelse af ens priser for vagtkonsultationer hos medlemmerne af Aarhus Dyrlægevagt, hvor landsretten frifandt de deltagende dyrlæger for at have samordnet deres priser i strid med konkurrencelovens § 6;³⁰
- fordi bestemmelsen ingen indflydelse har på kundernes valg af dyrlæge, da en kunde til enhver tid frit vil kunne fortsætte eller på ny opsøge henvisningsdyrlægen.

105. Herudover har DDD bemærket, at Tandlægeforeningens tilsagn vedrører en helt anden branche og derfor ikke kan udgøre et fortolkningsbidrag til DDD's etiske kodeks, især fordi dyrlægers henvisning af dyr til behandling adskiller sig ved, at der indgår et tidskritisk element i behandlingen.

106. DDD's hensigt om at sikre dyrenes sundhed, trivsel og velfærd gennem den mest optimale behandling er i sagens natur et prisværdigt formål, der ikke i sig selv er konkurrencebegrænsende. Imidlertid er det ikke parternes subjektive hensigt med aftalen, der er afgørende for, om aftalen er egnet til at begrænse konkurrencen. Afgørende er derimod dens objektive formål, der bedømmes ud fra aftalens indhold, hvilken sammenhæng den gælder i, og parternes faktiske adfærd på markedet.³¹

107. Der kan i den forbindelse henvises til Konkurrenceankenævnets kendelse i sagen om ejendomsmæglerbranchens samordnede adfærd over for Boliga.dk,³² hvor ankenævnet udtalte følgende:

"En samordnet praksis kan antages at have et konkurrencebegrænsende formål i strid med konkurrencelovens § 6, selvom den ikke udelukkende har til formål at begrænse konkurrencen, men også forfølger andre, lovlige formål".

108. Dertil kommer, at bestemmelsen efter styrelsens opfattelse også skal ses i sammenhæng med det øvrige indhold af DDD's etiske principper og etiske kodeks, der indeholder en række andre bestemmelser, som må anses for fuldt til-

³⁰ VL-dom af 19-05-201 – Anklagemyndigheden mod Abild Dyreklinik mfl.

³¹ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3), punkt 22.

³² Konkurrenceankenævnets kendelse af 16-11-2012 – Dansk Ejendomsmæglerforening mfl. mod Konkurrencerådet.

strækkelige til at varetage DDD's angivne formål med bestemmelsen, jf. følgende bestemmelser om, at det anses for god etik,

At dyrlægen skal kende sine kompetencer og alene tilbyde ydelser og bruge de metoder, denne er kvalificeret til i kraft af uddannelse og erfaring.

At henvise patienter, hvor dyrlægens faglige udvikling gennem efteruddannelse, underbygget erfaring og personlig styrke ikke kan sikre arbejdet udført på et tilstrækkeligt højt niveau.

At undlade at påtage sig opgaver, som man ikke har de fornødne færdigheder til at udføre.

At henvise opgaver, som man ikke har tilstrækkelig erfaring, efteruddannelse og personlig styrke til at udføre.

109. I øvrigt vil en adfærd, hvor en dyrlæge undlader at henvise til specialbehandling, alene for at undgå risikoen for at miste kunden, formentlig være i strid med dyrlægelovens § 8, om at: *"En dyrlæge er under udøvelsen af sin gerning forpligtet til at vise omhu og samvittighedsfuldhed."*

110. Styrelsen vurderer, at hensynet til dyrenes sundhed, trivsel og velfærd rigeligt tilgodeses ved disse bestemmelser, og at det objektive formål med den omhandlede loyalitetsbestemmelse er at hindre dyrlægerne i at overtage andre dyrlægers klienter ved aktivt at bruge kvalitet og kompetencer som konkurrenceparameter.

111. Styrelsen finder ikke, at Vestre Landsrets dom kan bruges som fortolkning i forhold til vurderingen af den omhandlede loyalitetsbestemmelse. I sagen med de århusianske dyrlægers samarbejde om på skift at påtage sig vagttjenesten uden for de normale åbningstider, lagde landsretten til grund for sin dom, at *"aftalen om vagtsamarbejdet i sig selv indebærer, at der ikke for så vidt angår vagttjenesteydelserne består nogen konkurrence mellem de tiltalte"*.

112. Det samme gør sig ikke gældende i forholdet mellem henvisende dyrlæger og henvisningsklinikker, idet henvisningsklinikker – ud over at påtage sig specialbehandlinger af henviste dyr – også fungerer som "almindelige" dyrlægeklinikker, som kunderne kan vælge at anvende som deres sædvanlige dyrlæge. Der vil dermed normalt være konkurrence mellem alle dyrlægeklinikker (inkl. henvisningsklinikker) om at tiltrække kunderne, en konkurrence, som imidlertid sættes ud af kraft med den omhandlede bestemmelse, fordi den forhindrer en henvisningsklinik i at markedsføre sig over for en bestemt kundegruppe.

113. Styrelsen er ganske vist enig med DDD i, at henvisningsbestemmelsen i det etiske kodeks efter sin ordlyd ikke fratager kunderne muligheden for selv at træffe et valg om at fortsætte hos eller på ny at opsøge henvisningsdyrlægen, da

den alene fastlægger, at en henvisningsdyrlæge ikke selv må forsøge at få de henviste kunder til at skifte.

114. Men bestemmelsen bør også ses i sammenhæng med dyrlægenes faktiske adfærd på markedet, og hvis dyrlægerne, som anført af DDD, erstatter bestemmelsen med bilaterale aftaler, vil også sådanne aftaler udgøre et konkurrenceretligt problem. Aftaler, der indeholder kundeklausuler, hvorefter en virksomhed ikke må hverve en anden virksomheds kunder, vil som udgangspunkt være omfattet af konkurrencelovens § 6, fordi de har samme konkurrencebegrænsende formål som en markeds- eller kundedelingsaftale.

115. Sådanne aftaler kan ikke som anført af DDD anses for en lovlig underleveranceaftale, der falder uden for forbuddet i konkurrencelovens § 6. Der kan i den forbindelse henvises til Kommissionens retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler. Retningslinjernes afsnit 4 omhandler produktionsaftaler, herunder horisontale underleveranceaftaler, dvs. aftaler mellem virksomheder, som opererer på samme produktmarked.

116. Ganske vist vil sådanne horisontale underleveranceaftaler, der indebærer en vis form for markedsdeling, under visse forudsætninger ikke blive anset for at have et konkurrencebegrænsende formål. Men det forudsætter bl.a., at aftalen alene vedrører *"den produktion, der berøres direkte af produktionsaftalen"*.³³ Det er ikke tilfældet med DDD's henvisningsbestemmelse, idet bestemmelsen og den måde, den praktiseres på, netop begrænser henvisningsklinikkers mulighed for at tilbyde andre ydelser, dvs. ydelser, der ligger uden for den aftale om behandling, som patienten er henvist til at få udført.

117. Herudover gælder reglerne for horisontale underleveranceaftaler kun for aftaler om *"produktion af et produkt"*, dvs. fremstilling af varer, hvilket ikke er tilfældet her, eller *"forberedelse af tjenesteydelser"*. Når aftalen vedrører tjenesteydelser, som der her er tale om, må der således ikke være tale om to aktører, som leverer samme tjenesteydelse, idet den ene aktør (underleverandøren) skal levere en ydelse, som alene tjener som forberedelse til den anden aktørs (ordregiverens) udbud af tjenesteydelser. Kommissionen har defineret begrebet *"forberedelse af tjenesteydelser"* således: *"aktiviteter i foregående omsætningsled med henblik på udbud af tjenesteydelser til kunder"*.³⁴

118. Ved eventuelle aftaler mellem dyreklinikker om ikke at overtage henviste klienter, vil der være tale om aftaler mellem konkurrerende klinikker, der befin-

³³ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 160.

³⁴ Kommissionens forordning 1218/2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af specialiseringsaftaler, artikel 1, litra g)-h).

der sig på samme omsætningstrin, om levering af en ydelse, der ikke kan anses for at tjene som forberedelse af den henvisende dyrlæges udbud af tjenesteydelser til sine kunder.

119. Som følge af en forbrugerklage, har styrelsen via henvisningsklinikernes offentligt tilgængelige oplysninger set på, hvordan de i praksis udmønter bestemmelsen om god henvisningsetik. Klagen gik ud på, at Odense Dyrehospital havde afvist at behandle en kat, fordi kunden inden for det seneste halve år havde været henvist af en anden dyrlæge til behandling af en anden kat. Som nedenstående uddrag af klinikernes henvisningspraksis viser, er det styrelsens opfattelse, at dyrlægernes udmøntning af god henvisningsetik allerede går videre end selve ordlyden af den omhandlede bestemmelse umiddelbart tilsiger:

Karlslunde Dyrehospital:

"Udover at passe vagt for egne klienters kæledyr er vi også altid parat til at hjælpe kæledyr, som normalt ikke kommer hos os. Vi har aftaler med mange dyreklinikker på Sjælland om at hjælpe deres klienters dyr uden for almindelig åbningstid. Vi vil snarest efter indlevering kontakte den sædvanlige dyrlæge for at orientere om forløbet, samt i fællesskab afgøre hvornår patienten skal henvises tilbage til den sædvanlige dyrlæge."

Odense Dyrehospital:

"Vores henvisningspolitik:

Vi gør opmærksom på, at henviste klienter og deres familiedyr ikke kan registreres som klienter på Odense Dyrehospital før et halvt år efter sidste henvisningskonsultation. Dette er af konkurrencemæssige hensyn."

Faxe Dyrehospital:

"Patienter, der henvises fra andre dyrlæger behandles i tæt samarbejde med den henvisende dyrlæge. Da disse patienter er henvist med et specifikt problem, er det kun behandlingen af dette, vi tager os af. Al anden behandling skal foretages af egen dyrlæge. Henviste patienter kan således ikke blive vaccineret eller modtage anden form for forebyggende behandling på Faxe Dyrehospital. ... Vi udfører kun det arbejde der specifikt er bedt om og hvis andet kommer på tale bliver det efter aftale med den henvisende dyrlæge. Klienten henvises altid tilbage til sædvanlig dyrlæge."

Aarhus Dyrehospital:

"En henvisning skal fastholde og øge den henvisende dyrlæges "good-will" hos klienten.

Aarhus Dyrehospitals kodeks for henviste patienter:

- *Efter henvisning bliver klienten nægtet adgang til at bruge Aarhus Dyrehospital fremover med mindre det er kontrol eller en ny henvisning.*
- *...*

Vejle Dyrehospital:

"Henvisningen foregår altid i tæt samarbejde med den/de henvisende dyrlæger. Vi varetager kun den/de arbejdsopgaver som den henvisende dyrlæge har bedt os om at udføre."

Familiedyrlægerne – Hobro Dyrehospital:

"Henvisningspraksis

...

For at sikre den bedst mulige behandling af henviste patienter garanterer vi:

- *Behandling foregår i tæt samarbejde med jer som henvisende dyrlæge*
- *Gode tilbagemeldinger*
- *Kollegial loyalitet*
- *..."*

Dyrenes Læge og Øjenklinik i Rødkærsbro:

"For henvisende dyrlæger

... På Dyrenes Læge og Øjenklinik udføres alene det arbejde, som er aftalt med henvisende dyrlæge ... I samråd med henvisende dyrlæge tilstræbes det, at patienten så hurtigt som muligt sendes tilbage til egen dyrlæge, så denne kan varetage det videre behandlingsforløb."

120. Som det fremgår af disse citater, er det i praksis ikke altid op til kunden selv at træffe sit valg, idet disse henvisningsdyrlæger bl.a. *"af konkurrencemæssige hensyn"* og *"kollegial loyalitet"* nægter at overtage henviste klienter, uanset klienten måtte ønske det.

121. Ser man bestemmelsen om god henvisningsetik i DDD's etiske kodeks i den sammenhæng, hvori den gælder, herunder medlemmernes faktiske adfærd, er det styrelsens vurdering, at den omhandlede bestemmelse objektivt set har kundedeling og dermed konkurrencebegrænsning som formål.

122. Desuden viser eksemplerne på henvisningsklinikkers udmøntning af, hvad foreningen har fastsat som god henvisningsetik, at bestemmelsen med en rimelig grad af sandsynlighed påvirker medlemmernes faktiske konkurrence om kunderne, idet den hæmmer de pågældende henvisningsklinikkers naturlige incitament til at øge deres omsætning og begrænser kundernes frie valg af dyrlæge.

123. Endelig bemærkes, at styrelsen ikke er enig med DDD i, at omstændighederne ved den her omhandlede henvisningsbestemmelse adskiller sig i så væsentligt omfang fra henvisningsbestemmelsen i Tandlægeforeningens etiske regler, at den konkurrenceretlige vurdering kan føre til noget andet resultat. Ganske vist er der, som anført af DDD, tale om to forskellige brancher. Men for både tandlægeforeningen og DDD er bestemmelsen begrundet i, at deres praktiserende medlemmer har en pligt til at henvise patienterne til behandlinger, som de ikke selv er kompetente til at udføre. Med hensyn til det tidskritiske element, som DDD peger på som særegent, når dyrlæger henviser dyr til behandling hos en kollega, vil der efter styrelsens opfattelse kunne opstå lige så akutte behov for øjeblikkeligt at blive henvist til den rette tandbehandling.

124. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at bestemmelsen i DDD's etiske kodeks om at undlade at søge at fastholde henviste klienter har såvel til formål som til følge at begrænse konkurrencen på det danske marked for dyrlægeydelser.

125. Det etiske kodeks for praksisetablering:

Det anses for god etik:

- *At afholde sig fra at skabe sig en praksis eller andre fordele på bekostning af en syg kollega.*
- *At være en regionalforening behjælpelig med at beskytte en syg kollegas praksis ved vikarhjælp mv.*
- *At undlade at nedsætte sig indenfor en geometrisk afstand af 15 km fra en afdød kollegas praksis' udgangspunkt, før pågældende praksis er solgt – dog længst 6 måneder.*

126. Bestemmelserne om, "at afholde sig fra at skabe sig en praksis eller andre fordele på bekostning af en syg kollega" og "at undlade at nedsætte sig indenfor en geometrisk afstand på 15 km fra en afdød kollegas praksis, før pågældende praksis er solgt – dog længst 6 måneder", har karakter af en aftale om kunde- eller markedsdeling.

127. Ifølge DDD har også disse bestemmelser til hensigt at sikre den enkelte dyrlæge de bedste muligheder for at fremme dyrs sundhed, trivsel og velfærd, et hensyn som efter DDD's opfattelse bedst varetages, når der mellem dyrlægerne eksisterer et socialt fællesskab og en gensidig tillid.

128. Styrelsen skal hertil bemærke, at der ikke er noget konkurrenceretligt problem i et socialt fællesskab og gensidig tillid, heller ikke når det gælder konkurrenters indbyrdes relationer.

129. Imidlertid kan ønsket om at fastholde et socialt fællesskab og gensidig tillid ikke udstrækkes så langt, at man gennem vedtagelser i brancheforeningsregi begrænser den enkelte erhvervsdrivendes ret til at træffe egne kommercielle beslutninger alene med det formål at beskytte bestemte kolleger mod konkurrence.

130. Ifølge de omhandlede bestemmelser skal DDD's medlemmer helt afholde sig fra at konkurrere om syge og afdøde kollegers kunder. Bestemmelserne er dermed i realiteten udtryk for såvel afsætningskontrol som kunde-/markedsdeling i givne situationer, og de er derfor objektivt egnede til at begrænse konkurrencen.

131. Der kan i den forbindelse henvises til rådets påbud til Foreningen Danske Revisorer,³⁵ ligesom det kan nævnes, at Den Danske Landinspektørforening og Rengøringsselskabernes Branche- og Arbejdsgiverforening efter afgivelse af tilsagn i henhold til konkurrencelovens § 16 a har ophævet lignende bestemmelser i deres kollegiale og etiske regler.³⁶

132. DDD har hertil bemærket, at disse brancher adskiller sig væsentligt fra dyrlægebranchen, hvor forholdene er anderledes og derfor ikke kan sammenlignes.

133. Styrelsen er naturligvis enig i, at der er tale om forskellige brancher med hver deres kendetegn, men i relation til de omhandlede bestemmelser er der efter styrelsens opfattelse ikke sådanne særlige omstændigheder forbundet med dyrlægebranchen, at det giver grundlag for en anderledes konkurrenceretlig vurdering.

134. På den baggrund er det styrelsens vurdering, at de to bestemmelser om praksisetablering i DDD's etiske kodeks objektivt set har til formål at begrænse konkurrencen.

4.3.3.1 Delkonklusion vedr. konkurrencebegrænsningskriteriet

135. Det er styrelsens vurdering,

- at bestemmelsen om ikke at søge at fastholde henviste klienter objektivt set har til formål og til følge at begrænse konkurrencen, og

³⁵ Konkurrencerådets afgørelse den 20-02-2013 i sagen om Foreningen Danske Revisorers kollegiale regler.

³⁶ Jf. orienteringen om tilsagnene fra Den Danske Landinspektørforening på rådsmødet den 26-09-2012 samt orienteringen om tilsagnene fra Rengøringsselskabernes Branche- og Arbejdsgiverforening på rådsmødet den 19-12-2012.

- at de to bestemmelser om en særlig adfærd i forbindelse med kollegers sygdom og død har som deres objektive formål at begrænse konkurrencen.

4.3.4 Mærkbar konkurrencebegrænsning

136. Det er endvidere en betingelse for anvendelse af forbuddet i konkurrencelovens § 6, at konkurrencebegrænsningen er mærkbar. Det vil sige, at en konkurrencebegrænsende aftale, vedtagelse eller samordnet praksis skal være egnet til at påvirke konkurrencen på det relevante marked i et vist omfang.

137. Hvorvidt en konkurrencebegrænsning er mærkbar, beror dels på en kvantitativ og dels på en kvalitativ vurdering.

138. Det kvantitative mærkbarhedskrav afhænger af virksomhedernes omsætning og/eller markedsandele og følger af konkurrencelovens § 7, jf. gennemgangen nedenfor under afsnit 4.4.

139. Det kvalitative mærkbarhedskrav følger af såvel dansk praksis som EU-praksis og betyder, at en aftale skal være egnet til at påvirke konkurrencen på markedet i et vist omfang. Det kvalitative mærkbarhedskrav supplerer således det kvantitative mærkbarhedskrav, og beror på en helhedsvurdering af den omtvistede aftale eller adfærds betydning for konkurrencen - set i den retlige og økonomiske kontekst, hvori den indgår.³⁷

140. Den kvalitative mærkbarhed vil bl.a. afhænge af konkurrencebegrænsningens art, herunder om samarbejdet efter sin karakter har til formål at begrænse konkurrencen, det pågældende markeds særlige kendetegn, om samarbejdet har en særlig stilling på en del af markedet, adgangsbarrierer til markedet, osv.

141. En alvorlig konkurrencebegrænsning vil være mere egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart end en mindre grov overtrædelse. Ved alvorlige konkurrencebegrænsninger gælder der således en generel formodning for mærkbarhed, og når det drejer sig om horisontale aftaler, ses kravet om kvalitativ mærkbarhed reelt ikke at være eksisterende, når først det er godtgjort, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen.

142. Imidlertid er det ikke en forudsætning for at statuere mærkbarhed, at der foreligger en hardcore begrænsning, ligesom det heller ikke er en forudsætning,

³⁷ Jf. f.eks. Retten i Første Instans' dom af 15. september 1998 i forenede sager T-374/94 m.fl., European Night Services m.fl. mod Kommissionen, præmis 136.

at aftaleparterne har en vis markedsstyrke, jf. Konkurrenceankenævnets kendelse i sagen om Møns Bank mfl.:³⁸

“... Uanset Lokalbankernes position i det sydsjællandske område er det imidlertid åbenbart, at deres samarbejde ikke på nogen måde kan få en betydning for konkurrencen, som giver grundlag for at anse samarbejdet for et kartel i klassisk forstand.

Der er heller ikke grundlag for at anse aftalerne om filialetablering i samarbejdsparternes hovedsædebyer og om kundeopsøgning for egentlige markedsdelingsaftaler – dertil spiller de landsdækkende banker og andre lokalbanker en alt for stor rolle på markedet, også selv om det anskues med hensyntagen til samarbejdets særlige position i det sydsjællandske.

Der er ikke i den påklagede afgørelse fornødent faktisk belæg for at antage, at samarbejdet mellem Lokalbankerne har haft konkurrencebegrænsende virkninger. Der er ikke i det fremkomne materiale og de på grundlag heraf af Konkurrencestyrelsen foretagne analyser og beregninger fornødent grundlag for at antage, at samarbejdet har medført højere priser og ineffektivitet i form af højere omkostninger.

Efter en samlet bedømmelse af samarbejdets karakter – en aftale om ikke at etablere sig i hinandens hovedsædebyer i forbindelse med en aftale om ikke aktivt at gå efter hinandens kunder i kombination med udveksling af informationer af relevans for den enkelte lokalbanks optræden på markedet – kan Ankenævnet tiltræde, at samarbejdet, selv om det ikke er i nærheden af et klassisk kartel eller en egentlig markedsdeling, må anses at have konkurrencebegrænsning som formål, og at kravet om mærkbarhed ud fra de bag forbudet i § 6, stk. 1, liggende hensyn må anses for opfyldt. Lovens forbud må forstås således, at der efter karakteren af det foreliggende samarbejde ikke, hvad mærkbarhed angår, skal andet og mere til end det foreliggende markeds særlige kendetegn og samarbejdets særlige stilling på en del af markedet for at anse samarbejdet for en ulovlig konkurrencebegrænsning. ...” [Styrelsens understregning].

143. Også ifølge domstolspraksis er det anerkendt, at det er karakteren af overtrædelserne, der er afgørende for, om en given konkurrencebegrænsning er kvalitativt mærkbar.

144. Der kan i den forbindelse henvises til Retten i Horsens dom i sagen mod foreningen Danske Kroer & Hoteller,³⁹ som omhandlede et forbud i foreningens vedtægter mod, at medlemmerne annoncerede med priser, der lå under foreningens mindstepriser. I denne sag fandt retten, "... at vedtagelsen på grund af den potentielle konkurrencebegrænsende effekt må ligestilles med en egentlig horisontal prisvedtagelse ...", og at: "... Det af forsvarerne anførte om afgræns-

³⁸ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. oktober 2007, Møns Bank m.fl.

³⁹ Dom af 4. oktober 2007, SS 785/2007.

ning af det relevante marked og mærkbarhed kan efter vedtagelsens karakter ikke tillægges betydning for sagens afgørelse".

145. Hvis en aftale ikke i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen, skal der være en rimelig grad af sandsynlighed for, at den har tilsvarende negative virkninger for konkurrenceparametrene på markedet, og i modsætning til aftaler, der har konkurrencebegrænsning som formål, spiller det i den sammenhæng en rolle, om aftaleparterne i kraft af deres markedsstyrke kan anvende aftalen til at påvirke konkurrencen i negativ retning.

146. DDD har anfægtet, at de omhandlede bestemmelser har nogen mærkbar påvirkning af konkurrencen og har om praksisetableringsbestemmelsen anført, at der kun findes 177 enkeltmandspraktiserende dyrlæger, og at det i sagens natur må være en begrænset andel af disse, der årligt rammes af kritisk sygdom eller dødsfald.

147. Med hensyn til DDD's etiske kodeks om ikke at søge at fastholde henviste klienter er det styrelsens vurdering, at bestemmelsen har konkurrencebegrænsning som sit objektive formål, hvilket i sig selv fører til, at mærkbarhedskriteriet er opfyldt, jf. ovennævnte praksis. Dertil kommer, at den faktiske adfærd hos henvisningsklinikkerne viser, at bestemmelsen i høj grad udmøntes på en sådan måde, at den potentielle konkurrencebegrænsende effekt må ligestilles med en egentlig horisontal kunde-/markedsdelingsaftale, og da vedtagelsen omfatter ca. 90 pct. af aktørerne på markedet, vil den også i kraft af foreningens markedsstyrke kunne påvirke konkurrencen mærkbart i en negativ retning.

148. For så vidt angår de omhandlede bestemmelser i DDD's etiske kodeks for praksisetablering, der omhandler medlemmernes adfærd i forbindelse med kollegers sygdom og død, bemærkes, at bestemmelserne ikke kun er rettet mod enkeltmandspraktiserende dyrlæger, og at de derfor også kan have en vis betydning i forbindelse med sygdom og dødsfald i klinikker med 2-3 tilknyttede dyrlæger. Ganske vist er der som anført af DDD tale om bestemmelser, som formentlig kun bliver bragt i anvendelse relativt få gange om året. Men der er ikke desto mindre også tale om bestemmelser, der objektivt set har til formål at begrænse konkurrencen. I overensstemmelse med ovennævnte praksis, og da vedtagelsen påvirker den konkurrencemæssige adfærd hos stort set hele den danske dyrlægestand, er det derfor styrelsens vurdering, at også disse bestemmelser opfylder mærkbarhedskriteriet i konkurrencelovens § 6.

4.3.4.1 Delkonklusion vedr. mærkbarhedskriteriet

149. De omhandlede bestemmelser er af en sådan karakter, at de har til formål, og for henvisningsbestemmelsens vedkommende desuden til følge, at begrænse konkurrencen mærkbart.

4.3.5 Konklusion vedr. § 6

150. Det er styrelsens vurdering,

- at PDA/DDD som branche- og interesseorganisation for privat praktiserende dyrlæger udgør en sammenslutning af virksomheder i konkurrencelovens forstand,
- at de omhandlede bestemmelser er en integreret del af del af DDD's vedtægter og etiske regelsæt, der er vedtaget af foreningens kompetente organer, hvormed bestemmelserne er omfattet af konkurrencelovens aftalebegreb, og
- at de omhandlede bestemmelser er af en sådan karakter, at de har til formål, og for henvisningsbestemmelsens vedkommende desuden til følge, at begrænse konkurrencen mærkbart.

4.4 BAGATELGRÆNSEN I KONKURRENCELOVENS § 7

151. Det følger af konkurrencelovens § 7, stk. 1, at visse konkurrencebegrænsende aftaler er undtaget fra forbuddet i § 6, hvis de deltagende virksomheder har

- 1) en samlet omsætning på under 1 mia. kr. og en samlet markedsandel for den pågældende vare eller tjenesteydelse på under 10 pct. eller*
- 2) en samlet årlig omsætning på under 150 mio. kr.*

152. Ved vurdering af brancheforeningsvedtagelser er det medlemmernes samlede omsætning og markedsandel, der skal lægges til grund for vurderingen.

153. De her omhandlede bestemmelser i DDD's etiske kodeks omfatter ca. 90 pct. af dyrlægebranchen, og med en samlet omsætning i dyrlægebranchen på mere en 2 mia. kr. ligger de deltagende virksomheder således både omsætnings- og markedsandelsmæssigt langt over bagatelgrænserne i konkurrencelovens § 7.

4.4.1 Konklusion vedr. konkurrencelovens § 7

154. Det er styrelsens vurdering, at bagatelgrænserne i konkurrencelovens § 7 ikke finder anvendelse, idet parternes samlede omsætning og markedsandel langt overstiger tærskelværdierne i § 7, stk. 1, nr. 1) og 2).

4.5 MULIG FRITAGELSE FRA FORBUDET I KONKURRENCELOVENS § 6

155. En aftale, vedtagelse eller samordnet praksis kan være fritaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, hvis aftalen mv. enten er omfattet af en gruppefritagelse eller opfylder betingelserne for en individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1.

4.5.1 Gruppefritagelse – konkurrencelovens § 10

156. For at lette administrationen og gøre det mere enkelt for virksomhederne at gennemskue, hvordan de kan tilrettelægge deres virksomhed uden at komme i konflikt med konkurrencereglerne, har EU Kommissionen udstedt en række gruppefritagelsesforordninger, hvor bestemte kategorier af konkurrencebegrænsende aftaler mv. under visse forudsætninger er fritaget fra forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1.

157. Det drejer sig kategorier af vertikale aftaler (herunder vertikale aftaler inden for motorkøretøjsbranchen) samt horisontale aftaler vedrørende forskning og udvikling, teknologioverførsel samt specialisering. Fælles for gruppefritagelserne er, at de omfatter kategorier af aftaler mellem virksomheder uden væsentlig markedsstyrke, hvor Kommissionen har fundet, at de samfundsøkonomiske fordele normalt vil være større end de ulemper, som konkurrencebegrænsningen medfører.

158. Gruppefritagelsesforordningerne gælder for aftaler med samhandelspåvirkning, men er alle implementerede via bekendtgørelser udstedt i medfør af konkurrencelovens § 10 til også at gælde rent nationale aftaler uden samhandelspåvirkning.

159. Den her omhandlede vedtagelse i form af DDD's etiske kodeks udgør en horisontal vedtagelse, der hverken vedrører forskning og udvikling, teknologioverførsel eller specialisering, og vedtagelsen er dermed ikke omfattet af nogen gruppefritagelse.

4.5.2 Individuel fritagelse – Konkurrencelovens § 8, stk. 1

160. En aftale, vedtagelse eller samordnet praksis, som omfattes af forbuddet i konkurrencelovens § 6, kan fritages, hvis den opfylder de fire betingelser, der er angivet i konkurrencelovens § 8, stk. 1.

161. De fire - kumulative - betingelser er, at den pågældende aftale, vedtagelse eller samordnede praksis:

- 1) bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,
- 2) sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,
- 3) ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og
- 4) ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

162. Det er virksomhederne, der har bevisbyrden for, at alle betingelserne i § 8, stk. 1, er opfyldt.

163. DDD har i høringssvaret anført, at de omhandlede bestemmelser opfylder kriterierne for en individuel fritagelse.

164. For så vidt angår bestemmelsen om loyalitet ved henvisninger finder DDD, at den *"bidrager til at styrke effektiviteten, idet den sikrer en adgang til hurtig og korrekt – og dermed forbedret – behandling af patienterne, hvilket kommer forbrugerne direkte til gode"*. Desuden mener DDD, at bestemmelsen *"er proportional, idet der uden bestemmelsen ikke ville ske henvisning af patienterne, og endelig giver bestemmelsen ikke mulighed for at udelukke nogen andre former for konkurrence"*.

165. Bestemmelserne om en særlig adfærd ved kollegers sygdom og død bidrager ifølge DDD til at styrke effektiviteten til gavn for forbrugerne, fordi de *"sikrer, at dyrlæger ikke afholder sig fra at etablere praksisser i geografiske områder, hvor der ikke er forretningsgrundlag for større dyreklinikker. Dette ville være tilfældet, hvis en enkeltmandspraktiserende dyrlæge, fx i et geografisk yderområde, risikerede at miste sit forretningsgrundlag ved kritisk sygdom"*. DDD finder desuden, at bestemmelserne er *"proportionale, da dyrlægerne uden bestemmelserne ville afholde sig fra at etablere praksisser som beskrevet ovenfor, og bestemmelserne giver ikke mulighed for at udelukke nogen andre former for konkurrence"*.

166. Styrelsen skal hertil bemærke, at selv om ingen aftale, vedtagelse eller samordnet praksis på forhånd er udelukket fra at kunne undtages fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, har det formodningen imod sig, at aftaler mv., der indebærer alvorlige konkurrencebegrænsninger, og hvor selve formålet er at begrænse konkurrencen, kan opfylde samtlige fire betingelser i § 8, stk. 1.

167. Dertil kommer, at det som nævnt påhviler parterne at bevise, at betingelserne er opfyldt, og om denne bevisbyrde kan der henvises til Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3):

"Ethvert forsøg på at retfærdiggøre en konkurrencebegrænsende aftale med påstande om, at den tager sigte på at sikre loyale konkurrenceforhold på markedet, er efter sin natur uden grundlag og må afvises.⁴⁰ Formålet med artikel 81 er at beskytte den effektive konkurrence ved at sikre, at markederne forbliver åbne og konkurrenceprægede. Det er en lovgivningsopgave at beskytte den

⁴⁰ Jf. fx sag T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO), præmis 298.

*loyale konkurrence under overholdelse af de forpligtelser, der følger af fællesskabsretten – det er ikke noget virksomhederne selv skal regulere.*⁴¹

168. DDD's etiske kodeks for henvisningsdyrlægers adfærd og den måde, som bestemmelsen udmøntes på, har både til formål og til følge at begrænse konkurrencen. Bestemmelsen er omfattet af kategorien "alvorlig konkurrencebegrænsning", idet den for det første regulerer, hvilke ydelser bestemte dyrlæger må afsætte til kunderne, og for det andet indebærer den en vis markeds- og kundedeling i givne situationer. Tilsvarende udgør det etiske kodeks for medlemmernes adfærd i forbindelse med kollegers sygdom og død en alvorlig konkurrencebegrænsning, idet bestemmelserne er udtryk for såvel afsætningskontrol som markeds- og kundedeling med det objektive formål at begrænse konkurrencen.

169. Det er styrelsens vurdering, at DDD ikke i tilstrækkelig grad har løftet bevisbyrden for, at de omhandlede bestemmelser reelt bidrager til fremme af effektiviteten eller den tekniske eller økonomiske udvikling, som forudsat i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1).

170. Det kan ikke afvises, at systemer, der sikrer hurtig og korrekt behandling af dyr, kan bidrage til at fremme effektiviteten, men grundlaget for at nå dette mål er efter styrelsens vurdering indeholdt i de øvrige bestemmelser om henvisning i det etiske kodeks og bestemmelserne i dyrlægelovens §§ 8 og 9. Derimod er det vanskeligt at se, at en bestemmelse, der begrænser en erhvervsdrivendes mulighed for at konkurrere på kvalitet og kompetencer, indeholder et særsærligt bidrag til at sikre hurtig og korrekt behandling med deraf følgende effektivitetsgevinster.

171. Styrelsen finder det heller ikke overbevisende, at dyrlæger skulle være mindre motiverede for at etablere praksis i yderområder, hvis der ikke fandtes bestemmelser, der forpligter medlemmerne til ikke at etablere sig eller konkurrere om kunderne i forbindelse med andre dyrlægers sygdom og død. Der er således tale om situationer, der formentlig ikke er hyppigt forekommende, og efter styrelsens opfattelse kan bestemmelsen om "fredning" i forbindelse med sygdom og død næppe udgøre en så afgørende faktor i forbindelse med en dyrlæges beslutning om at etablere sig, at det kan påvirke praksisdækningen i yderområder. Under alle omstændigheder kan det ikke være effektivitetsfremmende med vedtagelser, der begrænser medlemmernes mulighed for selv at træffe egne kommercielle beslutninger om, hvor og hvornår der er tilstrækkeligt grundlag for at søge kundekredsen udvidet eller at etablere ny praksis i et givet område.

172. Det er dermed også styrelsens vurdering, at der ikke er nogen effektivitetsgevinster, som kan komme forbrugerne til gode (konkurrencelovens § 8, stk.

⁴¹ Retningslinjernes punkt 47.

1, nr. 2). Tværtimod begrænser den måde, hvorpå flere henvisningsklinikker udmønter det etiske kodeks for henvisningsadfærd, forbrugerne i at vælge frit, og også bestemmelserne om adfærd ved kollegers sygdom og død begrænser kundernes valgmuligheder, fordi de reelt forhindrer dyrlægerne i, at give kunderne et godt tilbud og i at etablere ny praksis i området.

173. Styrelsen finder heller ikke, at de omhandlede bestemmelser er proportionale (konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3). Bestemmelsen om ikke at overtage henviste klienter, er unødvendig, da der findes en række andre konkurrenceretligt ubetænkelige bestemmelser i DDD's etiske kodeks og i lovgivningen, der forfølger det samme mål, og som må anses for fuldt tilstrækkelige til at sikre dyrene den mest optimale behandling. Med hensyn til bestemmelserne om at afstå fra almindelig konkurrencemæssig adfærd i forbindelse med kollegers sygdom og død, er det styrelsens vurdering, at det angivne formål om at vise særligt hensyn til syge kolleger og til dødsboer vil kunne opnås på en mindre indgribende facon, jf. også ovennævnte citat fra Kommissionens retningslinjer: *"Ethvert forsøg på at retfærdiggøre en konkurrencebegrænsende aftale med påstande om, at den tager sigte på at sikre loyale konkurrenceforhold på markedet, er efter sin natur uden grundlag og må afvises"*.

174. Styrelsen har ikke foretaget en nærmere undersøgelse af, om de omhandlede bestemmelser giver de privat praktiserende medlemmer af DDD mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende ydelser (konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 4). I lyset af DDD's organisationsprocent på omkring 90 kan det ikke udelukkes, men selv om det ikke er tilfældet, er det som nævnt en forudsætning for at opnå individuel fritagelse, at samtlige fire betingelser er opfyldt, og da hverken første, anden eller tredje betingelse vurderes at være opfyldt, kan det på den baggrund konkluderes at betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, ikke er til stede.

4.5.3 Konklusion vedr. muligheden for fritagelse

175. Det er styrelsens vurdering,

- at vedtagelse af de her omhandlede bestemmelser ikke falder ind under nogen af de gældende gruppefritagelser, og
- at vedtagelsen af de her omhandlede bestemmelser ikke opfylder betingelserne for at kunne opnå en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.

4.6 SAMLET KONKLUSION

176. Det er styrelsens samlede konklusion,

- at det relevante produktmarked i denne sag kan afgrænses til markedet for dyrlægeydelser, som defineret i dyrlægelovens § 2, stk. 1, nr. 1)-4),
- at det relevante geografiske marked kan afgrænses nationalt til Danmark, idet spørgsmålet om en eventuelt snævrere afgrænsning kan stå åbent, da det ikke har betydning for sagens udfald,
- at PDA/DDD som branche- og interesseorganisation for privat praktiserende dyrlæger udgør en sammenslutning af virksomheder i konkurrencelovens forstand,
- at de omhandlede bestemmelser er en integreret del af DDD's vedtægter og etiske regelsæt, der er vedtaget af foreningens kompetente organer, hvorved bestemmelserne er omfattet af konkurrencelovens aftalebegreb,
- at de omhandlede bestemmelser i DDD's etiske kodeks i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, har til formål og for henvisningsbestemmelsens vedkommende til følge at begrænse konkurrencen mærkbart på det danske dyrlægemarked,
- at parternes samlede omsætning og markedsandel overstiger 1 mia. kr. hhv. 10 pct., og at bagatelreglerne i § 7 dermed ikke finder anvendelse,
- at vedtagelsen af de her omhandlede bestemmelser ikke falder ind under nogen af de gældende gruppefritagelser til kategorier af aftaler, og
- at vedtagelsen af de her omhandlede bestemmelser ikke opfylder betingelserne for at kunne opnå en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.

5 AFGØRELSE

177. Det meddeles Den Danske Dyrlægeforening, at foreningen har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, gennem vedtagelsen af følgende regler i foreningens etiske kodeks:

Henvisning

Det anses for god etik:

...

- At undlade at søge at fastholde henviste klienter.

Praksisetablering

Det anses for god etik:

- At afholde sig fra at skabe sig en praksis eller andre fordele på bekostning af en syg kollega.

...

- At undlade at nedsætte sig indenfor en geometrisk afstand af 15 km fra en afdød kollegas praksis' udgangspunkt, før pågældende praksis er solgt – dog længst i 6 måneder.

178. Konkurrencerådet påbyder i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, Den Danske Dyr lægeforening senest 3 måneder efter Konkurrencerådets afgørelse at ophæve de i punkt 178 citerede bestemmelser.

179. Desuden påbyder Konkurrencerådet i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, Den Danske Dyr lægeforening at afstå fra aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der har samme eller tilsvarende formål eller følge som de i punkt 178 citerede bestemmelser.

180. Endelig påbyder Konkurrencerådet i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, Den Danske Dyr lægeforening senest 4 uger efter Konkurrencerådets afgørelse at orientere samtlige medlemmer om Konkurrencerådets afgørelse, herunder

- at de omhandlede bestemmelser er ugyldige, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 5, hvormed
- de omhandlede bestemmelser ikke længere kan eller må håndhæves, og
- medlemmerne frit kan overtage hinandens kunder, også når det gælder henviste klienter samt syge eller afdøde kollegers klienter.

181. Dokumentation for, at de omhandlede bestemmelser i Den Danske Dyr lægeforenings etiske kodeks er ophævet, skal fremsendes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen senest 2 uger efter, at ophævelsen formelt er gennemført.

182. Dokumentation for, at medlemmerne er orienteret om Konkurrencerådets afgørelse skal fremsendes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen samtidig med orienteringen af medlemmerne, dvs. senest 4 uger efter Konkurrencerådets afgørelse.