

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 9/12 2013 i sag nr. KL-3-2013

Den Danske Dyrlægeforening
(advokat Peter Stig Jakobsen)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Cecilie Sivertsen)

1. Resume af afgørelsen

Konkurrencerådet har den 29. maj 2013 truffet afgørelse om, at 3 bestemmelser i Den Danske Dyrlægeforenings (DDD) etiske kodeks udgør en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og at betingelserne for at kunne opnå en individuel fritagelse fra forbuddet efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, ikke er opfyldt.

DDD har indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Konkurrencerådets afgørelse.

2. Påstande

Den Danske Dyrlægeforening har principalt nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 29. maj 2013 skal ophæves, subsidiært at sagen skal hjemvises til Konkurrencerådet til fornyet behandling.

Konkurrencerådet har nedlagt påstand om, at afgørelsen af 29. maj 2013 skal stadfæstes.

3. Den påklagede afgørelse

Konkurrencerådets afgørelse af 29. maj 2013 omhandler 3 bestemmelser i Den Danske Dyr lægeforenings (DDD) etiske kodeks. Af afgørelsen af 29. maj 2013 fremgår følgende bl.a.:

”16. Det meddeles Den Danske Dyr lægeforening, 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 Dyr lægeforening 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 Dyr lægeforening 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 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.

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.”

4. Sagens faktiske omstændigheder

Følgende oplysninger om sagens omstændigheder fremgår af Konkurrencerådets afgørelse bl.a.:

DDD er faglig organisation for den danske dyrlægestand med ca. 2.500 erhvervsaktive medlemmer. 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 dyrlægepraksis og tegner ca. 90 pct. af samtlige praktiserende dyrlæger i Danmark.

DDD har en hovedbestyrelse, der vælges på DDD's generalforsamling. Herudover er der nedsat et Etisk Nævn, der også vælges direkte på generalforsamlingen.

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.

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".

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.

Af afgørelsen fremgår bl.a. også, at Konkurrencerådet på baggrund af en vurdering af markedsforhold har konkluderet, at det relevante produktmarked kan afgrænses til markedet for dyrlægeydelser, som defineret i dyrlægelovens § 2, skt. 1, nr. 1 - 4, og at det relevante

geografiske marked kan afgrænses nationalt til Danmark, idet spørgsmålet om en eventuel snævrere afgrænsning kan stå åbent, da det ikke har betydning for sagens udfald.

Konkurrencerådet har endvidere konkluderet, at de omtvistede regler i DDD's etiske kodeks ikke påvirker samhandlen mellem medlemsstaterne mærkbart, hvorfor forholdene skal behandles efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, og ikke efter traktatens konkurrenceregler.

Den Danske Dyr lægeforenings etiske kodeks

Den Danske Dyr lægeforening (DDD) har ud over foreningens vedtægter en række etiske principper, der er vedtaget af medlemmerne på DDD's generalforsamling den 7. oktober 2007.

Medlemmerne af DDD har endvidere pligt til at overholde et etisk kodeks, der er vedtaget af Etisk Nævn den 1. juli 2007 og godkendt af hovedbestyrelsen den 6. december 2007. Manglende overholdelse af det etiske kodeks kan efter § 4, stk. 6, medføre udelukkelse af DDD.

Under overskriften "Henvisning" beskrives det, hvad der anses for god etik i forbindelse med henvisning af dyr til specialbehandling og sidstnævnte pind er den i sagen omtvistede bestemmelse (i det følgende henvisningsbestemmelsen):

"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 special-viden 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 efter-behandling.
- At undlade at søge at fastholde henviste klienter (*omtvistet bestemmelse*)."

Ved vurderingen har styrelsen lagt vægt på 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 en henvisning bliver klienten nægtet adgang til at bruge Aarhus Dyrehospital fremover med mindre det er kontrol eller en nyhenvisning.
- ..."

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 Rødgersbro:

"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."

Under overskriften ”Praksisetablering” beskrives det, hvad der anses for god etik i forbindelse hermed og første samt sidstnævnte pind er de i sagen omtvistede bestemmelser (i det følgende bestemmelserne om praksisetablering):

”Det anses for god etik:

- At afholde sig fra at skabe sig en praksis eller andre fordele på bekostning af en syg kollega (*omtvistet bestemmelse*).
- 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 (*omtvistet bestemmelse*).”

5. Parternes argumenter

Den Danske Dyrlegeforening (DDD) har navnlig gjort gældende, at Konkurrencerådets afgørelse er truffet på et ufuldstændigt og uforsvarligt grundlag. Anvendelsen af konkurrencereglerne er derfor fejlagtig. Konkurrencerådet har ikke inddraget noget grundlag for at vurdere, om de tre bestemmelser begrænser konkurrencen, eller om bestemmelserne har til formål at begrænse konkurrencen. Der er således ikke foretaget en undersøgelse af, i hvilket omfang bestemmelserne anvendes, i hvilke sammenhænge de tre omtvistede bestemmelser gælder, eller en analyse af den faktiske situation sammenholdt med den kontrafaktiske situation uden bestemmelserne. En sådan analyse af de tre omtvistede bestemmelser ville vise, at der ingen eller en helt bagatelagtig forskel er mellem den faktiske situation og den kontrafaktiske situation.

De tre omtvistede bestemmelser i det etiske kodeks er ikke konkurrencebegrænsende. Ingen oplysninger i sagen eller andetsteds indikerer, at konkurrencen i dyrlægebranchen ikke udøves som almindelig effektiv konkurrence. Den enkelte dyrlægepraksis fastsætter sine kommercielle vilkår og udøver konkurrence på alle parametre. Det etiske kodeks forhindrer ikke de enkelte dyrlæger heri, og ingen af de tre bestemmelser angår kundedeling. De tre bestemmelser er alene udtryk for, hvad god kollegial adfærd er. Der er ingen afgørelser fra EU-Domstolen, EU-Retten, de danske domstole eller de danske konkurrencemyndigheder, som viser, at der efter praksis er grebet ind overfor bestemmelser svarende til de tre omtvistede bestemmelser i det etiske kodeks.

Henvisningsbestemmelsen har ikke til formål at begrænse konkurrencen. Henvisningsbestemmelsen er alene gældende i den situation, hvor en dyrlægepraksis ikke selv kan udføre den opgave, som henvisningen angår, og der er således ikke nogen konkurrencesituation mellem den henvisende og den henvisningsmodtagende dyrlægepraksis. Hensynet til korrekt behandling af det enkelte dyr er bærende. Baggrunden for bestemmelsen er, at overvejelser om at miste et kundeforhold ikke må hindre en nødvendig henvisning.

Konkurrencerådet har som den eneste begrundelse for, at henvisningsbestemmelsen har et konkurrencebegrænsende formål, henvist til de enkelte dyrehospitalers forretningspolitikker, som de fremgår på dyrehospitalernes hjemmesider. Konkurrencerådet har ikke godtgjort, at der er sammenhæng mellem de på de enkelte hjemmesider beskrevne politikker og det etiske kodeks. Der er ikke sproglig lighed mellem hjemmesidernes tekst og ordlyden af henvisningsbestemmelsen. Det skrevne på hjemmesiderne er udtryk for den enkelte praksis' politik og adfærd. Endvidere har DDD aldrig behandlet sager om dyrlæger, der ikke har overholdt henvisningsbestemmelsen.

Det er ikke godtgjort, at henvisningsbestemmelsen har til følge at begrænse konkurrencen. Afgørelsen indeholder hverken grundlag for eller egentlige analyser af, hvilken effekt henvisningsbestemmelsen måtte have. Et retvisende indtryk af henvisningsomfanget i praksis skal i første række baseres på en analyse af den segmentering, der findes indenfor dyrlægebranchen. En sådan analyse er nødvendig, da der ikke sker henvisninger mellem dyrlæger indenfor alle segmenter, og da omfanget af henvisninger indenfor disse segmenter er yderst begrænset.

På baggrund af oplysninger om henvisninger i praksis fordelt på de forskellige segmenter kan det udledes, at der for så vidt angår produktionsdyr, der udgør ca. 40 % af den samlede omsætning for de praktiserende dyrlæger, ikke sker henvisninger. For så vidt angår hobbydyr, som udgør ca. 20 % af den samlede omsætning for de praktiserende dyrlæger, sker der henvisning i ca. 0,2 % af sagerne, og kun ca. halvdelen vil kunne vælge den henvisningsmodtagne dyrlægepraksis som ny dyrlægeforbindelse. For så vidt angår smådyr, som udgør 40 % af den samlede omsætning for praktiserende dyrlæger, kan kun 0,5 % relateres til henviste patienter. Kun halvdelen af de henviste dyreejere ville i praksis kunne vælge den henvisningsmodtagende dyrlægepraksis som ny dyrlægeforbindelse.

Den samlede andel af omsætningen for praktiserende dyrlæger på kr. 2.282 mio., der kan relateres til henviste behandlinger, udgør dermed alene ca. 5,5 mio. kr. (1 mio. kr. + 4,5 mio. kr.) svarende til 0,24 % af den samlede omsætning, og kun halvdelen af denne omsætning – svarende til 2,75 mio. kr. eller 0,12 % af den samlede omsætning – kan potentielt være påvirket af henvisningsbestemmelsen. Uanset om man måtte lægge til grund, at en løbende omsætning hidrørende fra dyreejeren, herunder fra behandling af eventuelle andre dyr, som dyreejeren måtte eje udover det henviste dyr, ville være gennemsnitligt større end omsætningen fra den umiddelbart henviste behandling, er tallene under alle omstændigheder meget beskedne.

Når der ingen eller kun ringe påvirkning er af markedet, anvendes forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler ikke, jf. Kommissionens bagatelmeddelelse af 22. december 2001, og EU-Domstolens dom af 21. januar 1999 i de forenede sager C-215/96 og C-216/96, Carlo Bagnasco m.fl. mod BPN og Carige, præmis 33-34.

Ud fra en konkret vurdering af bestemmelsens sandsynlige konkurrenceskadelige virkning, kan henvisningsbestemmelsen ikke anses for at påvirke den faktiske eller potentielle konkurrence i en sådan grad, at det med rimelig grad af sandsynlighed kan ventes at få negative virkninger på det relevante marked.

Bestemmelserne om praksisetablering forhindrer ikke konkurrencen. Ved død og sygdom hos en enkeltmandspraktiserende dyrlæge vil den pågældende dyrlæge ikke selv kunne udføre opgaver for sine kunder, og disse må notorisk udføres af andre dyrlægepraksis. Bestemmelsernes indhold udgør således ikke en markedsdeling eller en begrænsning af afsætningen. Ud fra antallet af dyrlægepraksis, som drives som enkeltmandspraksis og uden ansatte dyrlæger, er bestemmelsernes rækkevidde begrænset til mindre end ét tilfælde pr. år. Indholdet og rækkevidden af bestemmelserne om praksisetablering viser klart, at man ikke bør eller skal karakterisere bestemmelserne som havende til formål at begrænse konkurrencen.

DDD har subsidiært gjort gældende, at betingelserne i fritagelsesbestemmelsen i konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldte, og at Konkurrencerådet ikke reelt har forholdt sig til, om betingelserne er opfyldt. Den meget beskedne rækkevidde af de tre omtvistede bestemmelser indebærer, at kravet til godtgørelse af effektivitetsfordele, proportionalitet mv. tilsvarende reduceres.

Henvisningsbestemmelsen bidrager til at styrke effektiviteten, idet den sikrer adgang til hurtig og korrekt – og dermed forbedret – behandling af patienterne, hvilket kommer forbrugerne direkte til gode. Bestemmelsen er proportional, idet der uden bestemmelsen ikke ville ske henvisning af patienter, og endelig giver bestemmelsen ikke mulighed for at udelukke nogen andre former for konkurrence.

De omtvistede bestemmelser om praksisetablering bidrager til at styrke effektiviteten, og fordelene herved kommer forbrugerne direkte til gode. Bestemmelserne sikrer således, at en dyrlæge ikke afholder sig fra at etablere en praksis i geografiske områder, hvor der ikke er forretningsgrundlag for større dyreklinikker. Dette ville være tilfældet, hvis en enkeltmands-praktiserende dyrlæge, f.eks. i et geografisk yderområde, risikerer at miste sit forretningsgrundlag ved kritisk sygdom. Bestemmelserne er proportionale, da dyrlægerne uden bestemmelserne ville afholde sig fra at etablere praksisser, og bestemmelserne giver ikke mulighed for at udelukke nogen andre former for konkurrence.

Konkurrencerådet har navnlig gjort gældende, at bestemmelsen i Den Danske Dyrlægeforenings (DDD) etiske kodeks om ikke at søge at fastholde henviste klienter har til formål og til følge at begrænse konkurrencen mærkbart i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og at bestemmelserne om praksisetablering i forbindelse med kollegers sygdom og død har til formål at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3.

Det har ikke betydning, at de tre omtvistede bestemmelser ikke er udformet som egentlige forbud til brancheforeningens medlemmer. En brancheforenings ensidige tilkendegivelser, anbefalinger, henstillinger mv. kan have til formål at begrænse konkurrencen, selvom de ikke er bindende, idet de af deres natur er egnede til at normere medlemmernes adfærd på nøjagtig samme måde som bindende krav, jf. f.eks. Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. november 2009, Dansk Transport og Logistik, pkt. 6.2-6.3, Kommissionens beslutning af 5. juni 1996 i sag IV/34.983, FENEX, betragtning 45-74 og Domstolens dom af 11. juli 1989 i sag 246/86, Belasco, præmis 15. Det afgørende er ikke, hvor forpligtende bestemmelserne er udformet, men om det, som bestemmelserne griber ind i, er centrale konkurrenceparametre, jf. Retten i Koldings dom af 6. september 2011 i sag nr. 1-4944/2010, ”Kartoffelavler-sagen”. Den normerende virkning af henvisningsbestemmelsen skærpes af, at bestemmelsen ikke blot er ensidigt udmeldt af DDD til medlemmerne, men at DDD’s medlemmer ved vedtagelsen af DDD’s vedtægter har overladt udformningen og vedtagelsen af henvisningsbestemmelsen til

DDD's hovedbestyrelse og det etiske nævn, og at en overtrædelse af bestemmelserne kan få alvorlige følger for det enkelte medlem.

Henvisningsbestemmelsen har til formål at begrænse konkurrencen, da den efter en konkret vurdering af den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori henvisningsbestemmelsen indgår, herunder medlemmernes faktiske adfærd, må anses for konkurrenceskadelig.

Markedsafgrænsningen indebærer, at de henvisende og de henvisningsmodtagende dyrlægeklinikker behandles som konkurrenter, jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, pkt. 10. Der består en reel konkurrencesituation mellem den henvisende og den henvisningsmodtagende dyrlægeklinik, da de henvisningsmodtagende dyrlægeklinikker – udover at påtage sig specialbehandlinger af henviste dyr – også fungerer som ”almindelige” dyrlægeklinikker. I en sådan konkurrencesituation skal konkurrencen ske ud fra normale konkurrenceparametre, således at de henvisningsmodtagende dyrlægeklinikker upåvirket og ud fra egne kommercielle overvejelser frit vælger, om de vil gøre en aktiv indsats for at overtage en henvist dyreejer som kunde. Formålet med henvisningsbestemmelsen er imidlertid at ”stække” denne aktive indsats.

Det har i den forbindelse *for det første* ikke betydning, at henvisningsbestemmelsen ikke er udformet som et egentligt forbud til brancheforeningens medlemmer, jf. ovenfor. *For det andet* har det ikke betydning, at bestemmelsen alene retter sig mod den aktive indsats, da en opdeling i hhv. aktiv og passiv indsats ikke er relevant i forhold til horisontale aftaler. Se Domstolens dom af 11. juli 1989 i sag 246/86, Belasco, præmis 26 og Kommissionens beslutning af 10. juli 1986 i sag IV/31.371, Asfaltpap, betragtning 51-52.

DDD's vedtagelse om, at medlemsvirksomhederne skal søge at undlade at fastholde henviste kunder, griber ind i et centralt konkurrenceparameter, og henvisningsbestemmelsen er således omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, på samme måde, som en kundedelingsaftale mellem de samme virksomheder ville være det.

Uanset henvisningsbestemmelsen i sig selv har til formål at begrænse konkurrence, har Konkurrencerådet, da der kan lægges vægt på dyrlægernes faktiske adfærd på markedet ved vurderingen af en aftales konkurrencebegrænsende formål, alligevel undersøgt dyrlægernes

adfærd, jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 81, stk. 3, (nu artikel 101, stk. 3), pkt. 22, og de forenede sager 96/82 mfl., Anseau-Navewa, præmis 23-25.

På baggrund af en samlet bedømmelse af sagens omstændigheder, og i mangel af anden logisk forklaring, foreligger den fornødne sammenhæng mellem indholdet af de enkelte klinikkers hjemmesider og henvisningsbestemmelsen i det etiske kodeks. En sådan sammenhæng skal ikke dokumenteres ved en egentlig henvisning til DDD's etiske kodeks fra den enkelte hjemmeside eller ved sproglig lighed mellem hjemmesidernes tekst og ordlyden af henvisningsbestemmelsen. Det væsentlige er, at der ikke er tvivl om, at budskabet på de pågældende hjemmesider er det samme som henvisningsbestemmelsen i det etiske kodeks, som medlemmerne er forpligtede til at overholde, jf. endvidere principperne i sag C-204/00 P, Aalborg Portland, præmis 57.

Henvisningsbestemmelsen har til følge at begrænse konkurrencen, da den efter en konkret vurdering af bestemmelsens sandsynlige konkurrenceskadelige virkninger må anses for at påvirke den faktiske eller potentielle konkurrence i en sådan grad, at det med en rimelig grad af sandsynlighed kan ventes at få mærkbare negative virkninger på det relevante marked.

Den faktiske og potentielle konkurrence påvirkes. Gennemgangen af 50 dyrlægeklinikkers hjemmesider viser, at 10 af disse dyrlægeklinikker fungerer som både henvisningsmodtagende dyrlægeklinikker samt som almindelige dyrlægeklinikker med egne patienter. Ud af de 10 henvisningsmodtagende dyrlægeklinikker er der 8 dyrlægeklinikker, der – om end med varierende formuleringer – klart tilkendegiver, at de vil undlade at søge at fastholde henviste klienter. Det må betegnes som en mærkbar effekt.

Henvisningsbestemmelsens konkurrencebegrænsende virkninger er derudover væsentligt forstærket ved, at flere af de henvisningsmodtagende dyrlægeklinikker i deres udmeldinger er gået væsentligt videre, end hvad selve ordlyden af henvisningsbestemmelsen umiddelbart tilsiger. Dette understøttes også af den forbrugerklage, der ligger til grund for afgørelsen.

DDD's bemærkninger om *mærkbarheden* af disse konkurrencebegrænsende virkninger, herunder at henvisningsomfanget skal baseres på den segmentering, der findes indenfor dyrlægebranchen, er åbenbart misvisende.

For det første er produktmarkedet i afgørelsen afgrænset til det samlede marked for dyrlægeydelser som defineret i dyrlægelovens § 2, stk. 1, nr. 1-4, hvilket skyldes, at der ikke er noget til hinder for, at de dyrlæger, der har specialiseret sig inden for bestemte kategorier, fx produktionsdyr, hobbydyr eller kæledyr, kan behandle eller rådgive om andre dyrearter. Endvidere er alle autoriserede dyrlæger i konkurrence med hinanden, jf. ovenfor. Det ville derfor være misvisende at basere vurderingen af henvisningsomfanget på den pågældende segmentering.

For det andet viser DDD's beregninger af andelen af den samlede omsætning ikke, i hvilken grad henvisningsbestemmelsen har påvirket konkurrencen mærkbart. Den reelle effekt af henvisningsbestemmelsen er, at den begrænser den konkurrence, der måtte udspille sig, *efter* den henviste behandling er fuldført. Henvisningsbestemmelsen udmøntes i høj grad på en sådan måde, at den potentielle konkurrencebegrænsende effekt må ligestilles med en egentlig horisontal kundedelingsaftale, og at bestemmelsen i kraft af DDD's markedsstyrke på hele det relevante marked vil kunne påvirke konkurrencen mærkbart i en negativ retning.

Bestemmelserne om praksisetablering har til formål at begrænse konkurrence, da bestemmelserne efter en konkret vurdering af deres formål og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori bestemmelserne indgår, må anses for konkurrenceskadelige.

Formålet med bestemmelserne om praksisetablering er at hindre den aktive indsats, da en dyrlæge, som følger DDD's etiske kodeks, begrænser sin indsats for at overtage en syg eller afdød kollegas kundekreds. Resultatet bliver, at de pågældende dyrlæger 'freder' konkurrenternes kunder. Bestemmelsen begrænser derfor den konkurrence, som der ellers ville have udspillet sig om disse kunder under normale markedsforhold.

DDD's vedtagelse om, at medlemsvirksomhederne skal afholde sig fra at skabe sig en praksis på bekostning af en kollegas sygdom eller død, er dermed omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1 på samme måde, som en kundedelingsaftale mellem de samme virksomheder ville være det. Det har ikke betydning, hvor mange tilfælde pr. år en sådan bestemmelse i praksis vil kunne finde anvendelse, jf. Domstolens dom af 13. december 2012 i sag C-226/11, Expedia, præmis 37.

Da bestemmelserne har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge, hvilke faktiske og potentielle følger bestemmelserne har for markedet. Det skal ej heller undersøges, om bestemmelserne mærkbart begrænser konkurrencen, jf. EU-Domstolens dom af 13. december 2012 i sag C-226/2011, Expedia-dommen. Expedia-dommen medfører endvidere, at Kommissionens meddelelse af 22. december 2001 om ”bagatelaftaler” bliver ændret.

Betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1, som overlader et vidt skøn til Konkurrencerådet, er ikke opfyldt.

Konkurrencerådet har opfyldt officialprincippet. En sag skal oplyses og undersøges i det omfang, det i det enkelte tilfælde er nødvendigt for at kunne træffe en forsvarlig afgørelse. Den konkrete sag er belyst via offentligt tilgængeligt materiale samt skriftlige indlæg fra DDD, ligesom DDD forud for afgørelsen har haft en meddelelse om betænkeligheder og klagepunktsmeddelelse i høring. Derudover er der afholdt møde med DDD. Sagen er dermed fuldt ud tilstrækkeligt oplyst, til at Konkurrencerådet har kunnet træffe en forsvarlig afgørelse.

6. Konkurrenceankenævnets begrundelse og resultat

Konkurrencelovens § 6, stk. 1, forbyder virksomheder m.v. ”at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen”. Dette forbud gælder efter stk. 3, også for ”vedtagelsen inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder”. DDD er interesseorganisation for den danske dyrlægestand. Af DDD’s vedtægter fremgår bl.a., at det overlades til Etisk Nævn at revidere og ajourføre DDD’s etiske kodeks, og at det etiske kodeks godkendes af DDD’s hovedbestyrelse. DDD’s etiske kodeks, der er vedtaget af Etisk Nævn den 1. juli 2007 og godkendt af Hovedbestyrelsen den 6. december 2007, er dermed en sådan vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder, som konkurrencelovens § 6, stk. 3, sigter til.

Spørgsmålet er herefter, om DDD’s vedtagelse af henvisningsbestemmelsen, hvorefter det bl.a. anses for god etik ”at undlade at søge at fastholde henviste klienter” og vedtagelsen af bestemmelserne om praksisetablering, hvorefter det anses for god etik ”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 af 15 km fra en afdød kollegas praksis’ udgangspunkt, før pågældende praksis er solgt – dog længst 6 måneder”, i DDD’s etiske

kodeks direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

For at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning som formål, skal der være fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger. Såfremt en vedtaget bestemmelse i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge, om bestemmelsen vil have negative virkninger for konkurrencen på det relevante marked til følge, og det kan ikke afvises, at bestemmelsen allerede efter sit formål vil kunne begrænse konkurrencen mærkbart.

Henvisningsbestemmelsen

En henvisningsmodtagende dyreklinik skal som følge af henvisningsbestemmelsen i det etiske kodeks begrænse sin indsats for at overtage den henviste dyreejer som kunde. Henvisningsbestemmelsen i det etiske kodeks griber således objektivt bedømt ind i de centrale konkurrenceparametre, som ellers vil blive resultatet af effektiv konkurrence. Konkurrenceankenævnet tiltræder dermed, at henvisningsbestemmelsen ifølge sin natur er egnet til at begrænse konkurrencen, og at henvisningsbestemmelsen derfor i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen.

Bestemmelserne om praksisetablering

Bestemmelser, hvorefter medlemmer skal afholde sig fra at konkurrere om syge og afdøde kollegaers kunder, hindrer indsatsen for at skabe en ny praksis og er i realiteten udtryk for såvel afsætningskontrol som kunde/markedsdeling. Bestemmelserne om praksisetablering er dermed objektivt egnede til at forhindre konkurrencen. Konkurrenceankenævnet tiltræder dermed, at bestemmelserne om praksisetablering ifølge deres natur er egnet til at begrænse konkurrencen, og at bestemmelserne om praksisetablering derfor i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen.

Tilstrækkeligt grundlag

Da de tre omtvistede bestemmelser objektivt set har til formål at begrænse konkurrencen, og konkurrencelovens § 6, stk. 1, derved er overtrådt, har Konkurrencerådet – ved belysning af sagen via offentligt tilgængeligt materiale, skriftlige indlæg fra DDD, afholdelse af møde med DDD og høring af DDD forud for afgørelsen blev truffet – tilstrækkeligt oplyst sagen, til at

Konkurrencerådet har kunnet træffe en forsvarlig afgørelse. Konkurrenceankenævnet tiltræder derfor, at Konkurrencerådet ikke har tilsidesat officialprincippet.

Konkurrencelovens § 8, stk. 1

Henvisningsbestemmelsen og praksisbestemmelserne er efter deres formål konkurrencebegrænsende, og DDD har ikke løftet sin bevisbyrde for, at de 4 kumulative betingelser i konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldt. Vedtagelsen af de tre omtvistede betingelser kan således ikke fritages fra forbuddet i § 6, stk. 1.

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 29. maj 2013 stadfæstes.

Palle Bo Madsen

Claus Berg

Birgitte Sloth

Christian Hjorth-Andersen

Jon Stokholm

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Konkurrenceankenævnet den 9/12 2013

Sign. af Erhvervsstyrelsen

Tina Delvig

Fuldmægtig