

Kiropraktorsagen - Højesterets dom af 23. januar 2015

Partner, advokat Peter Stig Jakobsen

Forhistorien...

- Konkurrencesituationen på kiropraktorbehandlingsmarkedet er "tung" som følge af bl.a. uddannelseskravet, ydernummersystem, offentlig prisfastsættelse mv.
 - I starten af 00'erne besluttede de to kiropraktorer efter inspiration fra udlandet en konkurrencestrategi indeholdende i) effektivisering af klinikdriften med delvist åbne og lukkede rum, ii) ansættelse af forholdsmæssigt meget andet personale, iii) specialisering på kunder med smerter fra gig, iv) aktiv markedsføring, v) anvendelse af tidlige og lange åbningstider og vi) erlæggelse af en meget stor flid fra indehavernes side mv.
 - Begge klinikker fik stor patienttilstrømning...
 - Dansk Kiropraktor Forening (DKF) reagerede med "rådsinspektion" og efterfølgende trusler om eksklusion – endte i ØLR I 2008 (dom 27. august 2008)
-

Tilskud til behandling

- Den enkelte borger har ret til kiropraktorbehandling
 - Borgerne vælger selv kiropraktor
 - For behandlinger hos en kiropraktor, der er tilsluttet landsoverenskomsten, gælder en fast pris for behandling for borgeren
 - Borgerens egenandel udgør ca. 82,4 % af prisen
 - Det offentlige tilskud afregnes af regionen direkte overfor den kiropraktor, der har forestået behandlingen
-

Landsoverenskomsten for kiropraktorer

- Indgået mellem Regionernes Lønnings- og Takstnævn (RLTN) og DKF – altså en offentlig og en privat part – jf. sundhedslovens § 227
 - Ud fra landsoverenskomsten er der nedsat såvel regionale samarbejdsudvalg (SU) og et Landssamarbejdsudvalg (LSU) – begge er paritetisk sammensat af off./priv.
 - Siden 2004 har landsoverenskomsten indeholdt en såkaldt **kontrolbestemmelse**, hvorefter (fra 2007) regionerne løbende opgør tilskud til kiropraktorbehandling med supplerende bestemmelse om, at hvis udbetalt tilskud pr. patient overstiger landsgennemsnittet tillagt 25 %, så skal det nærmere undersøges, hvorfor forbruget afviger
 - Det er anført, at kiropraktoren skal *høres*, og at det nærmere skal *undersøges*, hvorfor forbruget er afvigende
 - Resultatet af undersøgelserne kan være, at SU/LSU for kiropraktoren sætter en **højeste grænse** for tilskudsudbetaling – fx til landsgennemsnittet + 25 %
-

Den anfægtede afgørelse

- De to kiropraktorer overskred i 2007 landsgennemsnittet med 125 -175 %
 - SU foretog høring – de to kiropraktorer forklarede om de særlige forhold på deres klinikker – SU traf afgørelse om højstegrænse på landsgennemsnittet + 25 % (2008)
 - LSU stadfæstede afgørelsen således, at højstegrænsen kom til at gælde fra 1. april 2009 – LSU lagde vægt på:
 - ♦ "Stort antal patienter på klinikkerne"
 - ♦ "Omsætningsforholdene forekommer usædvanlige"
 - ♦ "Gennemsnitsudgiften pr. patient er usædvanligt høj"
 - Da de to kiropraktorer fortsat overskred landsgennemsnittet + 25 % i den efterfølgende periode, foretog Region Hovedstaden modregning i udbetaling af fremtidige patienttilskud
-

Domstolssagens hovedtemaer

- 1) Landsoverenskomstens procedurekrav ikke opfyldt, da der ikke var foretaget nogen undersøgelser (smh. U2001.1486 H)?
 - 2) Om der var fornødent grundlag for at træffe afgørelse om højstegrænse/ om der var fagligt belæg for de faktisk foretagne behandlinger?
 - 3) Bevisbyrdeforhold for grundlag for afgørelse og om givet en god nok forklaring?
 - 4) Tilstrækkelig hjemmel for, at LSU kan træffe afgørelser om højstegrænser?
 - 5) Habilitet i SU og LSU – DKF's forhold til de to kiropraktorer var "anstrengt"?
 - 6) Hvis som eksplicit udtalt af landsretten, at der ikke var grundlag for at antage, at der ikke skulle være fagligt belæg for de foretagne behandlinger, var fastsættelse af en højstegrænse så udtryk for en ulovlig markedsdeling mellem kiropraktorerne? Myndighedsudøvelse og KL §2? Samhandelspåvirkning? Virksomhedsbegrebet i relation til parterne i landsoverenskomsten? Pligt til tilsidesættelse af national regulering, som strider mod EU's konkurrenceregler?
-

Markedsdeling?

- Kiropraktorerne:
 - ♦ Når der antages at være faglig belæg for behandlingerne, bliver det offentlige ikke snydt til at udbetale for meget tilskud – tilskudsniveauet er det samme uanet om behandlingerne udføres hos en eller flere kiropraktorer
 - ♦ Når/hvis man i den situation alligevel sætter en højstegrænse for kiropraktor A, vil denne enten skulle arbejde delvist til nedsat honorar (82,4 %) eller – mere sandsynligt – kiropraktoren vil skrue ned for indsatsen og afvise at have for mange mere behandlingskrævende patienter, som så må behandles hos kiropraktor B => markedsdeling
 - ♦ Niels Fenger, EU-rettens påvirkning af dansk forvaltningsret (2010) p. 30-32 – direkte eller indirekte konkurrencebegrænsende bestemmelser i overenskomster indgået mellem det offentlige og en brancheorganisation rammes af konkurrencereglerne – ikke mindst når konkrete afgørelser kan træffes på en sådan måde, at den private part har bestemmende indflydelse
 - LSU: Ikke markedsdeling
 - ♦ kiropraktor kan bare arbejde til delvist nedsat honorar
 - Højesteret:
 - ♦ Siger ikke noget eksplicit om +/- markedsdeling
 - ♦ Men siger ikke, at der ikke er/kan være tale om markedsdeling, og bruger anden begrundelse for at komme udenom konkurrencereglerne
-

KL § 2

- Kiropraktorerne:
 - ♦ Landsoverenskomsten ikke en del af offentlig regulering, da indgået med en privat part (DKF)
 - ♦ Offentlig regulering omfatter love, bekendtgørelser, generelle budgetregler mv. – alle med det fællestræk, at det er reguleringer udstedt af det offentlige
 - ♦ At statens repræsentant i RLTN har vetoret ifm indgåelse af overenskomsten er uden betydning, når dette ikke gør sig tilfældet ved konkrete afgørelser om højstegrænser

 - LSU:
 - ♦ Landsoverenskomsten en del af offentlig regulering
 - ♦ Den tidligere ministergodkendelse af landsoverenskomster (før 2007)
 - ♦ RLTN – vetoret for statens repræsentant

 - Højesteret:
 - ♦ Landoverenskomstens takster og vilkår en del af offentlig regulering => + KL § 2
-

Samhandelspåvirkning?

- Kiropraktorerne:
 - ♦ DKF mere end 90 % af landets kiropraktorer og mere end 40 mio. euro i omsætning hos medlemmerne
 - ♦ Landsoverenskomst landsdækkende
 - ♦ Samhandelskriteriet opfyldt => + EU's konkurrenceregler
 - LSU
 - ♦ Danske forhold
 - ♦ EU's konkurrenceregler ikke anvendelige
 - Højesteret:
 - ♦ Udtalte sig ikke eksplicit herom
 - ♦ Men anvendte en anden begrundelse for ikke at anvende EU's konkurrenceregler
-

Myndighedsudøvelse?

- Kiropraktorerne:
 - ♦ Allerede fordi DKF som en privat part deltog i afgørelserne om højstegrænser ikke tale om myndighedsudøvelse
 - LSU:
 - ♦ Mente tale om myndighedsopgaver og påberåbte sig EU-Domstolens domme af 16/3-2004 (AOK), 4/7-2006 (FENIN) og 5/3-2009 (Kattner) kombineret med at aftalebegrebet ikke skulle være opfyldt...
 - Højesteret:
 - ♦ Landsoverenskomstens takster og vilkår en del af sundhedsreglerne
 - ♦ + myndighedsudøvelse og opgaver af almen samfundsmæssig karakter
 - ♦ EU's konkurrenceregler ikke være anvendelige
-

Tilsidesættelse af offentlig regulering?

- Kiropraktorerne:
 - ♦ Hvis tale om offentlig regulering, har myndigheder/domstole pligt til ikke at anvende disse regler, når indholdet strider mod konkurrencereglerne, jf. EU-Domstolen med 11 dommere i CIF-dommen af 9/9-2009: *"En national konkurrencemyndighed, der bl.a. har til opgave at kontrollere overholdelse af artikel 81 EF [nu TEUF artikel 101], og som behandler en sag vedrørende virksomheders adfærd, der strider mod artikel 81, stk. 1 EF, og som er pålagt eller begunstiges af en national lovgivning, der legitimerer eller forstærker virkningerne af denne adfærd, navnlig med henblik på prisfastsættelse eller markedsdeling, skal undlade at anvende denne nationale lovgivning"*
- LSU:
 - ♦ Mente ikke dommen "relevant"
- Højesteret:
 - ♦ Ingen præmisser herom...

Kontakt



Peter Stig Jakobsen
Partner, advokat · København

EU & Konkurrence

T +45 72 27 34 55

M +45 25 26 34 55

E ilp@bechbruun.com

København
Danmark

Aarhus
Danmark

Shanghai
Kina

T +45 72 27 00 00
www.bechbruun.com