

NOTAT

OM RETLIGE SPØRGSMÅL I FORBINDELSE MED NY STRUKTUR FOR DANSKE FYSIOTERAPEUTER

UDKAST

LIND Advokataktieselskab
Ved Vesterport 6, 2. sal
1612 København V
Telefon: +45 82 30 90 00
Fax +45 33 13 90 01
Mail: lind@lindlaw.dk
www.lindlaw.dk

CVR. 34 05 21 66
Bank: 5301-0428756

XX. april 2017

Jnr.: 35753160059

1. Problemstillingen

Danske Fysioterapeuter har anmodet om min vurdering af retlige spørgsmål vedrørende de modeller for ny struktur, som har været drøftet i Danske Fysioterapeuters Hovedbestyrelse.¹ Drøftelserne har, således som de er beskrevet for mig, navnlig afspejlet to ønsker:

- Dels et ønske om i højere grad at sikre ordnede ansættelsesforhold for ansatte fysioterapeuter på praksisområdet.
- Dels et ønske om at bevare én samlet forening for alle fysioterapeuter.

Det fremgår, at der ved "ordnede forhold" ikke blot sigtes til, at forholdene skal være undergivet en ordnet arbejdsretlig ramme, men også at der ønskes en sikring af de indholdsmæssige vilkår, herunder navnlig lønnen, på et rimeligt niveau.

Jeg er blevet bedt om at vurdere, om der er forhold i de drøftede modeller, som ud fra en juridisk vurdering giver anledning til opmærksomhed, herunder navnlig om der er konkurrenceretlige eller foreningsretlige problemstillinger.

2. Sammenfatning

Der er nogle indbyggede modsætninger imellem de ønsker, der er beskrevet i pkt. 1. Det skyldes, at en ordnet arbejdsretlig ramme for ansættelsesforhold normalt forudsætter, at vilkårene er fastsat ved en reel selvstændig interessevaretagelse på arbejdstager- og på

¹ Problemstillingen genfindes i andre professionsfag, f.eks. arkitekter, læger og tandlæger. Den er søgt håndteret på forskellig vis i disse fag. Som eksempler kan nævnes følgende:
- Danske Arkitekters Landsforbund blev i 2004 delt op i standsforeningen Akademisk Arkitektforening, fagforeningen Arkitektforbundet (nu FAOD) og Arbejdsgiverforeningen Danske Ark, hvoraf de to sidste (Arbejdsgiverforeningen i regi af DI) har indgået overenskomst. Disse foreninger er selvstændige og adskilte.
- Lægeforeningen giver derimod adgang til medlemskab for alle læger, men fungerer som en hovedforening bestående, for så vidt angår erhvervsaktive medlemmer, af tre foreninger: Foreningen af Yngre Læger, Praktiserende Lægers Organisation og Foreningen af Speciallæger og Forhandlingsberettigede Foreninger. Der indgås i et vist omfang overenskomster mellem Yngre Læger og PLO. Herudover eksisterer en arbejdsgiverorganisation for praktiserende læger, PLA, som har indgået overenskomst for lægesekretærer, sygeplejersker mv.
- Tandlægeforeningen organiserer alle tandlæger og indgår overenskomster både som arbejdsgiverorganisation i forholdet til klinikassistenter og som lønmodtagerorganisation i forhold til Kommunernes Landsforening. Der eksisterer herudover en faglig organisation for ansatte tandlæger, ATO, som også er overenskomstpart i forhold til Kommunernes Landsforening.

arbejdsgiversiden. Man kan med andre ord ikke bevare kontrollen med vilkårene og samtidigt opnå, at de er omfattet af almindelige arbejdsretlige- og ansættelsesretlige regler.

Modsætningerne har også til følge, at der vil være juridiske udfordringer ved to af de foreslåede modeller. Ingen af udfordringerne gør modellerne uigennemførlige, men de kan sætte grænser for, i hvor høj grad ønsket om at sikre ordnede og gode vilkår for de ansatte fysioterapeuter kan gennemføres.

I model 2 er det navnlig dobbeltheden i, at Danske Fysioterapeuter skal varetage arbejdstagerinteresser og samtidigt også være en organisation for arbejdsgivermedlemmer, som kan give anledning til tvivl om en overenskomsts arbejdsretlige status.

I model 3 er det navnlig indholdet i den påtænkte standardkontrakt og spørgsmålet om hvorvidt kontrakten skal være obligatorisk, der kan give udfordringer i forhold dels til konkurrenceretlige regler, dels i forhold til hvor intenst Danske Fysioterapeuter foreningsretligt kan styre arbejdsgivernes erhvervsudøvelse.

Ved model 1 består disse juridiske udfordringer ikke i samme grad. Modellen kan imidlertid aktualisere andre udfordringer. Dels vil ansættelsesvilkårenes indhold afhænge af de to foreningers forhandling. Der kan derfor ikke gives garantier for, at resultatet vil være "gode ansættelsesvilkår". Dels kan modellen på sigt indeholde en risiko for standsforeningens gennemslagskraft, herunder i forhold til medlemstal og forhandlingsretten vedrørende Praksisoverenskomsten.²

En gennemgående problemstilling i de tre modeller er spørgsmålet om de selvstændige indlejerers status. Indlejerne er selvstændigt erhvervsdrivende, hvilket dels gør, at deres forhold ikke kan reguleres ved kollektive overenskomster, dels gør at konkurrenceretlige regler sætter grænser for hvor detaljeret indlejerens vilkår kan reguleres f.eks. i en standardkontrakt. På nogle punkter kan indlejerers relation til klinikerne imidlertid sammenlignes med ansattes forhold til arbejdsgivere.

Skematisk kan fordele og ulemper ved de forskellige modeller opsummeres således:

	Model 1	Model 2	Model 3
Foreningsret	Ingen problemer	Ingen problemer	En standardkontrakt kan overskride grænserne for, hvad en forening kan pålægge sine medlemmer.
Arbejdsret	En overenskomst opnår status af egentlig	En overenskomsts arbejdsretlige status er	Der foreligger ingen

² Betegnelsen Praksisoverenskomsten anvendes som kort betegnelse for den overenskomst om almindelig fysioterapi, som efter Sundhedslovens § 227, stk. 1, er indgået mellem Danske Fysioterapeuter og Regionernes Løn- og Takstnævn. De detaljerede bemærkninger om Praksisoverenskomsten i afsnittene om de enkelte modeller finder tilsvarende anvendelse på de øvrige overenskomster, der er indgået med Nævnet.

	arbejdsretlig overenskomst.	tvivlsom.	overenskomst.
Konkurrenceret	Ingen problemer. Ansættelsesvilkår i overenskomster er ikke omfattet af konkurrenceloven.	Sandsynligvis ingen problemer. Hvis vilkår angår ansættelsesforhold er de ikke omfattet af konkurrenceloven.	Sandsynligvis ingen problemer. Hvis vilkår angår ansættelsesforhold er de ikke omfattet af konkurrenceloven.
Vilkår for indlejere	Håndteres ikke særskilt i modellen. Omfanget af "pro forma"-indlejere vil formentlig blive mindsket.	Håndteres ikke særskilt i modellen. Omfanget af "pro forma"-indlejere er vanskeligere at mindske end i model 1.	Håndteres ikke særskilt i modellen.
Praksisoverenskomsten	Der kan opstå konkurrence mellem standsforeningen og arbejdsgiverforeningen.	Der kan opstå konkurrence om forhandlingsretten mellem de to foreninger.	Ingen udfordringer.
Gennemslagskraft	Ikke sikkerhed for organisationsgrad, hvilket kan mindske overenskomstens dækningsområde. Kan modvirkes med kollektive kampskrift.	Ikke sikkerhed for organisationsgrad, hvilket kan mindske overenskomstens dækningsområde. Modvirkning med kollektive kampskrift er usikker.	Ingen udfordringer

3. De foreslåede modeller

Modellerne er beskrevet i flere notater udarbejdet af Danske Fysioterapeuters sekretariat. Min vurdering tager navnlig udgangspunkt i beskrivelsen i et notat af 22. marts 2017 med titlen "Ordrede forhold – de tre foreninger". Jeg er ikke bekendt med forslag til vedtægtsændringer, standardkontrakter eller tilsvarende. Vurderingen kan derfor ikke udtrykke en endelig afklaring af alle de retlige udfordringer de enkelte modeller vil indebære, da de valg, der træffes ved vedtægternes og standardkontrakternes konkrete udformning vil påvirke vurderingen.

Model 1 er beskrevet som en model hvorefter der etableres to nye foreninger – en arbejdsgiverforening og en arbejdstagerforening³ – mens Danske Fysioterapeuter omdannes til en form for standsforening, som skal varetage fagets almindelige standsinteresser. Der er efter det beskrevne ikke taget stilling til præcist hvilke af standsinteresserne, der skal varetages af hhv. arbejdsmarkedsforeningerne og standsforeningen. Der er ej heller taget stilling til hvem, der skal have ret til at forhandle Praksisoverenskomsten. Det er for mig oplyst, at det overvejes at lade medlemskab af standsforeningen være pligtmæssigt for medlemmer af arbejdsmarkedsforeningerne, men at dette ikke er afgjort.

Model 2 er beskrevet som en model, hvorefter der etableres en selvstændig arbejdsgiverforening for arbejdsgivermedlemmerne. Disse skal dog – ligesom indlejere og ansatte fysioterapeuter – stadig være medlemmer af Danske Fysioterapeuter, da Danske Fysioterapeuter også varetager fagets standsinteresser og med henblik på, at arbejdsgiverrepræsentanter skal deltage i det udvalg, der varetager forhandlingerne vedrørende Praksisoverenskomsten. Det er hensigten, at arbejdsgiverforeningen skal forhandle og indgå en overenskomst med Danske Fysioterapeuter vedrørende løn- og ansættelsesforhold for de ansatte fysioterapeuter på praksisområdet.

Model 3 er beskrevet som en model, hvorefter der etableres fraktioner hhv. for arbejdsgivere og for arbejdstagere inden for Danske Fysioterapeuter, der dermed fortsætter som én samlet organisation. Der skal ikke indgås overenskomster mellem arbejdsgiverfraktionen og arbejdstagerfraktionen. De to fraktioner skal i stedet forhandle en standardaftale/-kontrakt. Det er hensigten, at kontraktens udformning besluttet af hovedbestyrelsen, hvis der ikke mellem arbejdsgiverfraktionen og arbejdstagerfraktionen kan opnås enighed. Det er hensigten at standardkontrakten skal være bindende for medlemmerne.

3. Juridiske udfordringer i de tre modeller

Der gælder meget få almindelige lovregler for foreningens indretning. Udgangspunktet er derfor, bl.a. med baggrund i grundlovens § 78, at foreninger har ret til frit at indrette sin organisation og fastsætte bestemmelser om medlemmernes rettigheder og forpligtelser som man vil.

Som udgangspunkt kan Danske Fysioterapeuter derfor frit vælge hvordan man vil organisere sine medlemmer, herunder om man vil etablere flere foreninger, og hvilke rettigheder og pligter man vil tillægge/pålægge sine medlemmer, så længe der er tale om lovlige forhold.

Udover lovgivningsrammen begrænses foreningers adgang til at indrette sig, som de vil, af nogle almene retsgrundsætninger, blandt andet vedrørende saglighed, lighed og fri erhvervsudøvelse.

³ I den resterende del af notatet omtales de to foreninger sammen som "arbejdsmarkedsforeningerne".

Dette notat er koncentreret om de arbejdsretlige, foreningsretlige og konkurrenceretlige spørgsmål samt spørgsmålet om retten til at forhandle overenskomst med Regionernes Lønnings- og Takstnævn (i det følgende blot: Nævnet). Den praktiske gennemførelse af en ny struktur vil også rejse andre juridiske spørgsmål, herunder f.eks. om fordelingen af Danske Fysioterapeuters formue og øvrige rettigheder, om adgangen til at udpege repræsentanter i f.eks. i offentligretlige nævn og råd samt om Danske Fysioterapeuters medlemskab af andre organisationer. Disse juridiske spørgsmål angår imidlertid den praktiske gennemførelse af en ny struktur og spiller en underordnet rolle i forhold til valget af hvilken struktur der skal vælges. Disse spørgsmål omtales derfor ikke nærmere i dette notat.

Vurderingen af de foreslåede modeller i relation til de fremhævede retlige problemstillinger bliver gennemgået særskilt nedenfor i forhold til hver af modellerne.

3.1 Model 1 – Standsforening og arbejdsmarkedsforeninger

Foreningsretlige spørgsmål

Modellen indebærer ingen pligt for medlemmerne til at melde sig ind i arbejdsmarkedsforeningerne. De kan altså frit vælge, om de alene vil være medlemmer af standsforeningen, alene af den respektive arbejdsmarkedsforening eller både af standsforeningen og arbejdsmarkedsforeningen.

Det er imidlertid overvejet at lade medlemskabet af standsforeningen være en pligt for medlemmerne af arbejdsmarkedsforeningerne. En sådan forpligtelse vil i givet fald være en forpligtelse, der følger af arbejdsmarkedsforeningernes vedtægter. Som sådan vil denne forpligtelse kunne fjernes fra vedtægterne igen med foreningens vedtægtsændringsmajoritet.

Foreningsretligt er der ikke noget til hinder for, at man kan have pligt til tillige at være medlem af en anden forening, så længe dette andet medlemskab ikke indebærer forpligtelser, som foreningen ikke selv kunne have pålagt medlemmerne. Arbejdsgiverforeningen vil derfor kunne forpligte sine medlemmer til at være medlem af standsforeningen, mens denne modsat ikke vil kunne forpligte sine arbejdsgivermedlemmer til at være medlemmer af arbejdsgiverforeningen, da det vil indebære overenskomstmæssige forpligtelser, som standsforeningen i den foreslåede model ikke kan pålægge sine medlemmer.⁴

Adgangen til at drive fysioterapi-virksomhed, herunder med ydernummer efter Praksisoverenskomsten, er ikke og kan ikke betinges af medlemskab af Danske Fysioterapeuter (standsforeningen) eller arbejdsgiverforeningen, jf. sundhedslovens § 227, stk. 9-11. Der er altså heller ikke en "de facto"-forpligtelse til at være medlem af nogle af foreningerne.

⁴ En modificering af modellen hvorved arbejdsgiverne – formelt eller de facto – søges pålagt en pligt til at melde sig ind i arbejdsgiverforeningen, vil efter al sandsynlighed stride mod den negative foreningsfrihed, som er sikret bl.a. ved menneskerettighedskonventionen.

Foreningsretligt ser jeg derfor ikke problemer i modellen.

Arbejdsretlige spørgsmål

Da modellen etablerer reelt selvstændige arbejdsmarkedsforeninger vil de aftaler de indbyrdes indgår om løn- og ansættelsesvilkår have status af egentlige arbejdsretlige overenskomster.

Som nærmere uddybet nedenfor vedrørende model 2 er det en forudsætning for, at der bliver tale om en egentlig arbejdsretlig overenskomst, at de to foreninger reelt er uafhængige af hinanden. En forpligtelse i arbejdsmarkedsforeningernes vedtægter til at medlemmerne samtidigt at være medlem af standsforeningen, vil – selvom den foreningsretligt er uproblematisk – indebære en risiko for, at der vil kunne stilles spørgsmålstegn ved foreningernes indbyrdes uafhængighed.⁵ En pligt for medlemmerne af arbejdsmarkedsforeningerne til at bevare medlemskab af standsforeningen vil efter min vurdering næppe i sig selv være problematisk. Hvis der på andre punkter forekommer interesseforbindelse, f.eks. ved personsammenfald eller lignende, kan det pligtmæssige medlemskab af standsforeningen imidlertid i sammenhæng hermed være et element som taler for, at der ikke er tale om reelt uafhængige foreninger.

Som omtalt i nogle af de udkast jeg har modtaget fra Danske Fysioterapeuters sekretariat kan den frie adgang til at indmelde sig i arbejdsgiverforeningen eller lade være, have den følge, at det kun er få arbejdsgivermedlemmer, der træffer dette valg, med den virkning, at en overenskomst kun får en begrænset udbredelse. Hvis arbejdstagerforeningen får en høj organisationsgrad vil man dog kunne søge at udbrede overenskomstens dækningsområde ved anvendelse af kollektive kampskridt (strejke m.v.).

Konkurrenceretlige spørgsmål

Den regulering, der sker af løn- og ansættelsesforhold i en overenskomst, er konkurrenceretligt uproblematisk. Det skyldes, at "løn- og arbejdsforhold" er undtaget fra konkurrenceloven, jf. lovens § 3. Undtagelsen omfatter utvivlsomt bestemmelser om løn og arbejdsvilkår for ansatte i en kollektiv overenskomst.

Indlejere

Modellen indeholder ingen egentlige tiltag til håndtering af indlejerens forhold. Indgåelse af en egentlig kollektiv overenskomst på området må dog formodes at kunne begrænse tilfælde, hvor noget, der reelt er et ansættelsesforhold, formelt og aftalemæssigt håndteres som et indlejerforhold. Disse indlejere er ofte nyuddannede eller personer, der kommer fra et ordinært ansættelsesforhold og som derfor naturligt vil være medlemmer af arbejdstagerforeningen. Arbejdstagerforeningen vil kunne forfølge sådanne forhold ud

⁵ I Arbejdsrettens dom af 27. maj 2003, som også omtales i note 8, var det et argument imod, at der var tale om en kollektiv overenskomst, at de to kristelige arbejdsmarkedsorganisationer indtil få år før dommen var medlemmer af en samlende organisation. Det centrale i vurderingen er den reelle uafhængighed i interessevaretagelsen. En mindre indbyrdes forbundethed vil derfor næppe bevirke, at indgåede aftaler ikke anses som egentlige arbejdsretlige overenskomster. I Arbejdsretsdommen udtrykkes det således, at de to organisationer ikke var "... således forbundet...", at de ikke reelt varetog modstående interesser.

fra synspunkter om omgåelse af og brud på overenskomsten, hvis klinikejeren er medlem af arbejdsgiverforeningen.

Hvor indlejerforholdet er mere reelt kan forholdene i et vist omfang reguleres med standardkontrakter som i dag. Grænserne for sådanne kontrakters indhold er nærmere beskrevet vedrørende model 3 nedenfor. I model 1 vil det være naturligt, at egentlige indlejere er medlemmer af arbejdsgiverforeningen og at standardkontrakter udarbejdes i dette regi, i hvert fald hvis forhandlingsretten til Praksisoverenskomsten ligger i denne forening.

Praksisoverenskomsten

Det er ikke afklaret om Praksisoverenskomsten fremadrettet skal forhandles af og indgås med standsforeningen eller arbejdsgiverforeningen.

Hvis der mellem de tre foreninger er enighed om hvem, der varetager Praksisoverenskomsten vil dette være status, idet det ikke er muligt for Nævnet at pålægge de øvrige foreninger at indgå en alternativ aftale. En sådan enighed mellem foreningerne kan i et vist omfang fæstnes, f.eks. i en form for "bodelingsaftale" ved gennemførelsen af den nye struktur. På grund af foreningernes selvstændighed kan en sådan enighed imidlertid ikke fastholdes tidsubegrænset.

Der kan derfor være anledning til at overveje hvad der vil ske, hvis en af de øvrige foreninger på et tidspunkt ønsker at "overtage" forhandlingsretten til Praksisoverenskomsten. I praksis vil det formentligt være arbejdsgiverforeningen og standsforeningen der kan opnå forhandlingsretten.

Praksisoverenskomsten er indgået med hjemmel i Sundhedslovens § 227, stk. 1. Efter loven indgås sådanne overenskomster med "... organisationer af sundhedspersoner m.fl...". Loven indeholder ikke regler om hvilke organisationer sådanne aftaler skal indgås med. Det er derfor Nævnet, som har rådigheden over hvem man ønsker at indgå overenskomst med, så længe beslutningen følger almindelige forvaltningsretlige grundsætninger om saglighed, lighed m.v. I praksis vil Nævnet have et meget frit skøn i forhold til hvem man ønsker at indgå overenskomst med.

I normalsituationen må det formodes at nævnet ikke har interesse i at opnå en ny aftalepart. Det er i hvert fald erfaringen fra sager, hvor arbejdstagerorganisationer har forsøgt ad rettens vej at få pålagt myndigheder at forhandle overenskomster med dem.⁶ I en konfliktsituation, f.eks. svarende til den der forelå i 2013 mellem Praktiserende Lægers Organisation og Nævnet kan det stille sig anderledes. Hvis standsforeningen hidtil har haft forhandlingsretten og arbejdsgiverforeningen i en sådan situation tilbyder at indgå en overenskomst, vil der ikke retligt være noget til hinder herfor, da Praksisoverenskomsten kan opsiges med et simpelt varsel på 3 måneder, jf. overenskomstens § 53, stk. 2. I

⁶ Se f.eks. U.2000.321H, U.2002.796H, U.2009.2134/2H og U.2013.3306H og tildels U.2002.235H. I sidstnævnte afgørelse søgte Dansk Tandplejerforening uden held ad rettens vej at gennemføre et krav om overenskomst med det daværende Sygesikrings Forhandlingsudvalg.

modsatning til arbejdsretlige overenskomster forudsætter opsigelse af Praksisoverenskomsten ikke særlige frigørelsesskridt.

Opsummerende indebærer oprettelsen af arbejdsmarkedsorganisationer for fysioterapeuter ikke i en snæver retlig forstand en anden stilling i forhold til Praksisoverenskomsten. Eksistensen af flere foreninger for fysioterapeuter indebærer imidlertid en faktisk ændring, som kan resultere i konkurrence om forhandlingsretten.

3.2 Model 2 – Fællesforening og arbejdsgiverforening

Foreningsretlige spørgsmål

Modellen indebærer ingen pligt for arbejdsgivermedlemmerne til at melde sig ind i arbejdsgiverforeningen. De kan altså frit vælge, om de vil være medlemmer af arbejdsgiverforeningen, af fællesforeningen (Danske Fysioterapeuter), af begge eller af ingen af foreningerne.

Som beskrevet ovenfor vedrørende model 1 er der heller ikke en "de facto"-forpligtelse til at være medlem af fællesforeningen eller af arbejdsgiverforeningen.

Foreningsretligt er der dermed heller ikke noget problem i, at de fysioterapeuter, der vælger at melde sig ind i arbejdsgiverforeningen forpligtes af en overenskomst, som foreningen måtte indgå med fællesforeningen.

Den foreningsretlige lighedsgrundsætning vil dog formentligt indebære, at fællesforeningens dobbelte varetagelse af almene standsinteresser og snævre arbejdstagerinteresser, bør afspejle sig i forskellig i kontingentindbetaling eller tilsvarende foranstaltninger, som sikrer, at der ikke sker en væsentlig omfordeling af medlemmernes indbetalinger og fællesforeningens formue til arbejdstagersidens fordel.

Arbejdsretlige spørgsmål

Model 2 indebærer samme udfordringer som model 1 i forhold til spørgsmålet om hvor stor organisationsgraden bliver i arbejdsgiverforeningen. En beslutning hos fællesforeningen om at iværksætte konflikt vil imidlertid i model 2 være kompliceret af, at der kan blive tale om konflikt med fællesforeningens egne medlemmer. Der er risiko for, at man reelt får konflikten ind i foreningen fremfor at håndtere den i den sædvanlige arbejdsretlige ramme.

Arbejdsgivernes fortsatte medlemskab af fællesforeningen vil herudover indebære en usikkerhed om, hvorvidt den indgåede overenskomst er en kollektiv overenskomst i arbejdsretlig forstand. Som nævnt vedrørende model 1 følger det af arbejdsretlig praksis, at der skal foreligge to uafhængige organisationer til varetagelse af henholdsvis arbejdsgiver- og lønmodtagerinteresser, før der foreligger en kollektiv overenskomst i arbejdsretlig forstand.

Selvom arbejdsgiverforeningen er en selvstændig forening med egne vedtægter, ledelse og formue vil dette i den foreslåede model ikke være tilfældet for fællesforeningen. Modellen forudsætter nemlig, at arbejdsgiverne fortsat i meget høj grad skal være medlemmer af fællesforeningen. Selvom lønmodtagerinteressevaretagelsen i et vist omfang kan udskilles til særlige foreningsretlige organer, vil foreningen som sådan næppe være upåvirket af hensyntagen til arbejdsgivermedlemmerne, f.eks. i forhold til at indlede konflikt, anlægge voldgiftssager o.lign. På grund af foreningsretlige lighedsprincipper vil man også kunne komme i den situation, at det er et arbejdsgivermedlem, som er fællesforeningens formand under en konflikt.

Arbejdsretten har i dom af 28. april 1982 (AT 1982/36 (9524)) afvist, at en overenskomst indgået mellem Ansatte Arkitekters Råd og Praktiserende Arkitekters Råd, der hver især udgjorde medlemsorganisationer i det daværende Danske Arkitekters Landsforbund, var en kollektiv overenskomst i arbejdsretlig forstand. På samme vis afviste Højesteret i U1946.353H, at en overenskomst indgået mellem Kristelig Fagforening og Kristelig Arbejdsgiverforening, der dengang var underafdelinger af Kristeligt dansk Fællesforbund, udgjorde en overenskomst i arbejdsretlig forstand.⁸

Præcist hvilken grad af selvstændighed, der skal til for at der foreligger en overenskomst i arbejdsretlig forstand, kan ikke afgøres entydigt ud fra den foreliggende retspraksis, men den beskrevne model 2 indebærer en risiko for, at der ikke er den fornødne uafhængighed. Denne risiko ville næppe eksistere i model 1.

Det forhold, at en overenskomst ikke er en kollektiv overenskomst i arbejdsretlig forstand, betyder ikke at overenskomsten er uden virkning. Der vil i stedet være tale om en foreningsretlig beslutning/vedtagelse, hvis retsvirkninger kan pådømmes af domstolene.

Det er imidlertid væsentligt at være opmærksom på, at de almindelige arbejdsretlige regler og principper ikke finder direkte anvendelse på en sådan ikke-arbejdsretlig overenskomst. Der vil f.eks. ikke være konfliktret, bodssystem eller nogen af de øvrige arbejdsretlige sanktioner og systemer, som normalt sikrer overenskomsters overholdelse og videreførelse. Det må også forventes, at en arbejdsgivers forpligtelse efter en sådan ikke-arbejdsretlig overenskomst vil ophøre ved udmeldelse af arbejdsgiverforeningen, hvis vedkommende ikke på anden vis – f.eks. ved underskrift – har forpligtet sig til at følge overenskomsten. Retsstillingen ved en sådan ikke-arbejdsretlig overenskomst vil i realiteten komme til at minde om retsstillingen ved en obligatorisk standardaftale, som omtalt nedenfor vedrørende model 3.

Konkurrenceretlige spørgsmål

Hvis en overenskomst indgået mellem arbejdsgiverforeningen og fællesforeningen anses som en kollektiv overenskomst i arbejdsretlig forstand, er den regulering, der sker af løn-

⁸ Som beskrevet i note 1 er der på arkitektområdet siden da sket en opsplitning af organisationerne på arkitektområdet. Kristelig Arbejdsgiverforening og Kristelig Fagforening har i årenes løb udviklet sig til selvstændige organisationer, således at deres overenskomster nu anerkendes som egentlige overenskomster, jf. Arbejdsretens dom af 27. maj 2003, der også er nævnt ovenfor

forholdene i overenskomsten konkurrenceretligt uproblematisk, som beskrevet ovenfor om model 1.

Hvis overenskomsten mellem arbejdsgiverforeningen og fællesforeningen ikke anses som indgået mellem uafhængige parter og dermed ikke anses for en kollektiv overenskomst i arbejdsretlig forstand, er der en vis usikkerhed om hvorvidt den vil være omfattet af undtagelsen i konkurrencelovens § 3. Ingen af de tilfælde jeg har nævnt ovenfor, hvor overenskomster ikke blev anset som kollektive overenskomster i arbejdsretlig forstand, er mig bekendt blevet bedømt konkurrenceretligt. Der er derfor ikke sikre holdepunkter i retspraksis for, om undtagelsen i konkurrencelovens § 3 også gælder sådanne ikke-arbejdsretlige overenskomster.

For så vidt vil en ikke-arbejdsretlige overenskomst uændret angå løn- og arbejdsforhold, hvilket taler for at undtagelsen også finder anvendelse herpå.⁹ Konkurrencerådet har i en erklæring af 31. oktober 2001 udtalt, at de dele af DBUs standardspillerkontrakt, der angik løn- og arbejdsforhold, var undtaget fra lovens § 3. Samlet er der derfor mest, der taler for, at også en ikke-arbejdsretlig overenskomsts bestemmelser om løn- og arbejdsforhold er omfattet af undtagelsen fra konkurrenceloven.

Indlejere

Undtagelsesbestemmelsen i konkurrencelovens § 3 omfatter ikke aftaler om vilkår for selvstændigt erhvervsdrivende. I det omfang det også er hensigten, at indlejerens vilkår skal reguleres i en eller anden form for aftale mellem arbejdsgiverforeningen og fællesforeningen, vil en sådan aftale derfor være omfattet af konkurrenceloven. Om aftalen konkret er i strid med konkurrenceloven afhænger af aftalens specifikke indhold. En detaljeret beskrivelse af hvilke konkurrencebegrænsende aftaler, der er lovlige, ligger uden for rammerne af dette notat. Udgangspunktet er dog, at bestemmelser om priser (herunder vederlag til selvstændige) er ulovlige, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 1.

Hvis der er tvivl om hvorvidt aftaler er i strid med konkurrenceloven, kan man anmode Konkurrencerådet om en såkaldt ikke-indgrebserklæring efter lovens § 9. Rådet afgav f.eks. en sådan erklæring for så vidt angår de dele af DBUs spillerkontrakt, som ikke var omfattet af konkurrencelovens § 3.

I model 2 vil omgåelsesbetragtninger vedrørende "pro forma"-indlejerforhold i princippet kunne følges på samme måde som i model 1. Fællesforeningens dobbelte interessevaretagelse kombineret med usikkerheden om en overenskomsts arbejdsretlige status vil dog i praksis vanskeliggøre sådanne skridt.

⁹ Der er imidlertid forekommet at bestemmelser uden for kollektive overenskomster, som indholdsmæssigt kan ligne bestemmelser om lønforhold, er anset som omfattet af konkurrencelovens anvendelsesområde. I en kendelse af 27. december 1994 fandt Konkurrenceankenævnet, at prislister besluttet af Dansk Journalistforbund og Pressefotograførbundet for pressefotos fra freelancefotografer ikke var bestemmelser om løn- og arbejdsforhold. Det modsatte resultat nåede Konkurrenceankenævnet i en kendelse af 27. april 1999 vedrørende Dansk Journalistforbunds vejledende vilkår for freelancejournalistik, som også indeholdt timelønssatser. Disse vejledende vilkår var altså undtaget fra konkurrenceloven. I en afgørelse af 26. oktober 2005 fandt Konkurrencerådet, at Praktiserende Dyrlægers Arbejdsgiverforenings eneret til at forhandle aftaler med Fødevarerstyrelsen var omfattet af undtagelsen.

Praksisoverenskomsten

I forhold til spørgsmålet om hvorvidt der kan opstå konkurrence om forhandlingsretten til Praksisoverenskomsten er der ikke forskel på model 1 og model 2, da det i praksis er arbejdsgiverforeningen, der kan tænkes at have interesse i at forhandle overenskomsten.

Der henvises derfor til beskrivelsen vedrørende model 1 ovenfor.

En mulig forskel – af ikke-juridisk karakter – kan dog bestå i, at arbejdsgiverforeningens ønske om at overtage forhandlingsretten i model 2 kan blive forstærket af, at fællesforeningen ikke blot er en standsforening, men også en arbejdstagerforening og dermed en modpart til arbejdsgiverforeningen.

Risikoen for at arbejdsgiverforeningen på et tidspunkt får interesse i at overtage forhandlingsretten vil derfor formodentlig være større i model 2 end i model 1.

3.3 Model 3 – Én forening med fraktioner

Foreningsretlige spørgsmål

Det er foreningsretligt uproblematisk at oprette fraktioner efter medlemmernes erhvervs-mæssige status, og det er velkendt i mange faglige organisationer, at man har en faglig opdeling indenfor organisationen. Der er således ingen foreningsretlige problemer i, at arbejdsgivermedlemmer automatisk indmeldes i en arbejdsgiverfraktion og arbejdstagermedlemmer i en arbejdstagerfraktion, så længe der ikke sker en usaglig forskelsbehandling af de enkelte medlemmer og fraktioner. En sådan pligt-mæssig indmeldelse i en fraktion adskiller sig principielt set ikke fra en pligt-mæssig geografisk opdeling af medlemskredsen.

En pligt-mæssig anvendelse af en standardaftale kan indebære en begunstiging af arbejdstagersiden på bekostning af arbejdsgiversiden eller vice versa. Der vil også kunne rejses spørgsmål om hvorvidt, der på usaglig vis sker en begrænsning af medlemmernes frie erhvervsudøvelse.

I U 2009.248H¹⁰ tog Højesteret stilling til om DBUs standardspillerkontrakt var bindende for spillerne. Højesteret fandt at dette var tilfældet, da kontrakten ikke greb urimeligt ind i spillernes udøvelse af deres erhverv.

På den baggrund er det min vurdering, at der foreningsretligt kan udarbejdes en standardkontrakt, som medlemmerne af Danske Fysioterapeuter er forpligtet til at anvende.

¹⁰ Efter DBUs vedtægter gjaldt en standardspillerkontrakt for Spillerforeningens medlemmer. Spillerforeningen anlagde derfor sag mod Dansk Boldspil-Union blandt andet med påstand om, at spillerkontrakten ikke skulle være bindende for Spillerforeningens medlemmer. DBU blev frifundet. Landsretten henviste til, at man ikke fandt det godtgjort, at kontrakten pålagde spillerne restriktioner i deres frie erhvervsudøvelse, som på et foreningsretligt grundlag kunne begrunde, at spillerne ikke var forpligtet af kontrakten. Højesteret lagde i forlængelse heraf vægt på, at kontrakten tog hensyn til den overenskomst, som Spillerforeningen havde med Divisionsforeningen, og på at de konkrete indsigelser, som Spillerforeningen havde rejst imod kontrakten, angik bestemmelser, der ikke havde væsentlig betydning for medlemmernes udøvelse af deres erhverv og som ikke på en urimelig måde greb ind heri.

Det følger imidlertid modsætningsvist af DBU-dommens begrundelse, at en standardkontrakts konkrete indhold kan indebære urimelige indskrænkninger i medlemmernes frie erhvervsudøvelse. Retspraksis om sådanne foreningsbestemmelser er meget sparsom, og det er derfor vanskeligt præcist at afgrænse, hvilke standardbestemmelser medlemmerne foreningsretligt kan forpligtes til at følge.

Som modellen er beskrevet for mig, er tanken, at standardkontrakten skal indeholde – eller være ledsaget af – krav om et vist minimumsvederlag for de ansatte. En sådan bestemmelse regulerer et af de centrale elementer i ansættelsesforholdet væsentligt mere intensivt end det, der var tilfældet i relation til DBUs standardspillerkontrakt. Det er derfor min vurdering, at der er en risiko for, at et krav om en vis minimumsløn, som arbejdsgivermedlemmer er forpligtet til at efterleve, vil kunne blive tilsidesat som stridende mod grundlæggende foreningsretlige principper.

Med baggrund i den sparsomme retspraksis på området kan jeg ikke vurdere med nogen grad af sikkerhed, om en bestemmelse om minimumsløn i sidste ende vil blive tilsidesat af domstolene, men der er under alle omstændigheder en risiko for, at bestemmelsens berettigelse vil blive anfægtet, og at der dermed – i hvert fald i en vis periode – vil være en usikkerhed om standardkontrakten, hvilket vil modvirke ønsket om at skabe ordnede forhold.

Hvis standardkontraktens konkrete udformning gør, at den foreningsretligt kan være obligatorisk for medlemmerne, vil en manglende efterlevelse kunne sanktioneres på samme vis som øvrige foreningsretlige forpligtelser. Afhængigt af grovheden vil det i sidste ende kunne være med eksklusion.

I det omfang af standardaftalen er frivillig, ser jeg ingen foreningsretlige udfordringer heri.

Hvis den frivillige anvendelse af standardaftalen kombineres med forskellige former for ”præmiering” eller ”udskamning”, f.eks. i form af smiley-ordninger eller ”skamstøtter” vil frivilligheden kunne blive illusorisk. Negative markeringer vil formentligt kun kunne anvendes i et neutralt og begrænset omfang. Modsat vil de arbejdsgivere, der vælger at følge standardaftalen utvivlsomt være berettiget til at fremhæve dette, f.eks. i stillingsopslag. De vil også kunne tildeles særlige logoer eller lignende, som kan indsættes i stillingsopslag.

Arbejdsretlige problemstillinger

I model 3 indgås ikke overenskomst, hvorfor der ikke er nogle arbejdsretlige problemstillinger.

Konkurrenceretlige problemstillinger

Undtagelsen i konkurrencelovens § 3 vil, med udgangspunkt i de afgørelser der er nævnt ovenfor om model 2, navnlig erklæringen vedr. DBUs standardspillerkontrakt, formodentlig også betyde, at en standardkontrakt er undtaget fra loven.

Indlejere

En standardkontrakt for indlejere vil heller ikke i model 3 kunne undtages fra konkurrenceovens område, jf. bemærkningerne herom ovenfor vedrørende model 2, som tilsvarende vil være gældende for model 3.

Praksisoverenskomsten

Med fastholdelse af én samlet forening opstår der ikke spørgsmål om strid om forhandlingsretten til praksisoverenskomsten.

København den XX. april 2017

Asger Tue Pedersen

Mads Bendix Skelbæk-Knudsen