

NOTAT II

OM RETLIGE SPØRGSMÅL I FORBINDELSE MED NY STRUKTUR FOR DANSK FYSIOTERAPEUTER - LEJERNE

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

13. september 2017
Jnr.: 35753160059

1. Problemstillingen

Danske Fysioterapeuter har i forlængelse af mine tidligere notater¹ om retlige aspekter ved Danske fysioterapeuters nye struktur anmodet om et særskilt notat om lejernes status. Danske Fysioterapeuters nye struktur har bl.a. til hensigt at sikre ordnede ansættelsesforhold for ansatte fysioterapeuter på praksisområdet. Dette notat belyser retlige aspekter relation til en sikring af ordnede forhold for lejerne på området.

2. Lejerbegrebet

Begrebet "lejer" anvendes efter min erfaring i praksis blandt fysioterapeuter om flere forskellige typer af faste samarbejdsforhold mellem en klinikejer og en fysioterapeut ("lejeren"), der uden at være (med-)ejer eller klassisk ansat udfører fysioterapi på en klinik. Fælles for de samarbejdsforhold, hvor begrebet anvendes, er, at de indgåede kontrakter og/eller mundtlige aftaler udtrykkeligt eller implicit indeholder en intention om, at lejeren i ansættelses- og skatteretlig sammenhæng skal have status som selvstændigt erhvervsdrivende.

Som eksempler på sådanne samarbejdsforhold kan nævnes:

- Lejere, som lejer et lejerydernetnummer og praktiserer i overensstemmelse med de rettigheder og forpligtelser, der er fastsat i overenskomsten med Regionernes Lønning og Takstnævn (Praksisoverenskomsten)
- Lejere, der praktiserer på klinikker uden ydenummer

¹ Notat af 21. februar 2017, udkast af 5. april 2017 til notat og notat af 8. august 2017.

- "Skyggelejere", der praktiserer på klinikejerens eller andre lejeres ydernummer uden orientering af regionen

Sidstnævnte samarbejdsform betegnes lejlighedsvist som "konsulentaftale", "vikaraftale" eller lignende.

Et helt centralt spørgsmål i forhold til Danske Fysioterapeuters mulighed for at yde indflydelse på lejernes vilkår er, om lejeren ansættelsesretligt anses om selvstændig eller ansat.

Det skyldes at konkurrenceloven, som beskrevet i mine tidligere notater, har en undtagelse for løn- og arbejdsforhold, jf. lovens § 3. Dansk Fysioterapeuter har derfor samme adgang til at regulere vilkårene for de lejere, der reelt er ansatte, som man har til at regulere vilkårene for egentligt ansatte.

Advokat Asger Tue Pedersen har i februar 2014 sammen med revisor Helle Munch udarbejdet et notat til Danske Fysioterapeuter om afgrænsningen mellem egentlige lejere og lejere, der reelt er ansatte. Notatets beskrivelse af den ansættelsesretlige retstilstand gælder uændret i dag, hvorfor der ikke er nogen anledning til gentage beskrivelsen i nærværende notat. Jeg henviser i stedet til notatet fra 2014, der vedlægges. Yderligere et element i afgrænsningen af, om der er tale om et ansættelsesforhold eller ej, er substitutionsretten, dvs. om lejeren har ret til at lade en anden udføre arbejdet i sit sted, f.eks. ved sygdom.

Som det beskrives i notatet beror afgrænsningen af, hvornår der ansættelsesretligt foreligger et ansættelsesforhold, på en samlet vurdering af de aftalte kontraktvilkår og den måde, samarbejdet reelt er blevet praktiseret på. Det forhold, at der er tale om en samlet vurdering, betyder, at der ikke kan peges på ét kriterium, som er afgørende for, om en lejer anses som selvstændig eller ej. Det betyder også, at en lejer kan blive anset som ansat i nogle sammenhænge, f.eks. skatteretligt eller i forhold til praksisoverenskomsten, men som selvstændig i andre sammenhænge, f.eks. i forholdet til klinikejeren.

Med det forslag til arbejdsmarkedsmodel for Danske Fysioterapeuter, der er beskrevet over for mig, jf. notaterne nævnt i note 1, vil der i Danske Fysioterapeuters vedtægter blive stillet krav om, at vilkårene for ansatte fysioterapeuter som minimum lever op til vilkårene i en standardkontrakt, der skal forhandles på plads mellem sektionen for ansatte fysioterapeuter og arbejdsgiversektionen.

Medmindre der gøres en særskilt undtagelse for de lejere, der reelt er ansatte, vil disse lejere også være omfattet af forpligtelsen til at følge standardkontraktens vilkår. I de tilfælde, hvor en aftale om et lejerforhold forelægges for det Nævn, der påtænkes nedsat, vil Nævnet derfor skulle tage stilling til, om der reelt har været tale om et ansættelsesforhold. I så fald har kravet om at følge vilkårene i standardkontrakten for ansatte været tilsidesat og Nævnet kan derfor pålægge en sanktion for tilsidesættelsen.

For så vidt er der derfor allerede ved den beskrevne nye arbejdsmarkedsmodel taget højde for vilkårene for de lejere, der reelt er ansatte. Beskrivelsen i afsnit 3 og 4 angår derfor hovedsageligt de "egentlige" lejere, som er reelt selvstændige.

Da aftaler om lejerforhold typisk ikke vil indeholde bestemmelser om, at tvister skal behandles af Nævnet, vil indbringelse for Nævnet dog kun ske, hvis der er krav herom i Danske Fysioterapeuters vedtægter og parterne er medlemmer af Danske Fysioterapeuter.

Hvis standardkontrakten for ansatte og/eller en vejledning hertil kommer til at indeholde en beskrivelse af, hvornår der foreligger et ansættelsesforhold, er det nærliggende at tro at Nævnet i sine afgørelser vil lægge vægt herpå. Der vil derfor sandsynligvis være et vist rum for at påvirke afgrænsningen af lejerbegrebet gennem standardkontraktens udformning og vejledningen hertil. Man kan eksempelvis forestille sig, at vejledningen til standardkontrakten for ansatte fysioterapeuter forudsætter, at vilkårene skal anvendes på alle fysioterapeuter, hvis arbejdsforhold lejer op til nogle nærmere angivne kriterier, herunder nogle af de, der nævnes i afsnit 2 i Asger Tue Pedersens notat fra 2014. Man kan også forestille sig, at vejledningen forudsætter, at vilkårene omfatter alle, der i henholdt til arbejdsløshedslovgivningen anses som lønmodtagere.

3. Konkurrenceretlige problemstillinger

Som nævnt i ovenstående afsnit er aftaler mellem, eller regler for, reelt selvstændigt erhvervsdrivende fuldt ud omfattet af konkurrencelovens regler.

En central bestemmelse i konkurrenceloven er lovens § 6, der som udgangspunkt indeholder et forbud mod aftaler, der har til formål eller følge at begrænse konkurrencen. Et kerneeksempel på konkurrencebegrænsende aftaler er aftaler om ensartede købs- og salgspriser, herunder priser for tjenesteydelser.

Som beskrevet i mit udkast af april 2017 til notat har jeg forstået det sådan, at de "ordnede forhold", Danske Fysioterapeuter gerne vil sikre på praksisområdet, er vederlagsforholdene. Det vil imidlertid ikke være muligt at regulere vederlagsforholdene for så vidt angår reelt selvstændige. Det har konkurrencemyndighederne fastslået flere gange, f.eks. i forhold til vejledende takster for privatpraktiserende psykologer, for arkitekter og for tandlæger. Der er med andre ord ikke mulighed for, at Danske Fysioterapeuter kan fastsætte regler for minimumsvederlaget til de lejere, der helt reelt er selvstændigt erhvervsdrivende. Det gælder uanset om vederlagsfastsættelsen er vejledende eller obligatorisk og om der er tale om en fast takst, et minimumsvederlag eller et maksimalvederlag. Også andre typer af standardbestemmelser, der reelt har til formål at mindske priskonkurrencen, vil normalt være i strid med konkurrenceloven. Det kan også være i strid med konkurrencereglerne at udveksle prisoplysninger, herunder af statistisk art, via Danske Fysioterapeuter. Lovligheden beror på en samlet vurdering af, om oplysningerne

kan opfattes som vejledende for prisfastsættelsen for lejerne. I den vurdering indgår bl.a. alderen på de oplyste priser og detaljeringsgraden af prisoplysningerne, herunder om det f.eks. er muligt geografisk at opdele statistikkerne. En mere detaljeret beskrivelse af hvilke prisoplysninger af statistisk art, der kan gives af brancheforeninger, findes i en vejledning fra Konkurrencestyrelsen.²

Konkurrenceloven giver i relation til andre aftalevilkår visse muligheder for at fastsætte ensartede vilkår, herunder ved vejledende standardkontrakter, der regulerer andet end prisfastsættelsen. Efter en meget simpel tommefingerregel vil standardkontrakter, der ikke indeholder talangivelser typisk være lovlige, mens standardkontrakter, der indeholder talangivelser vil være ulovlige. I Danske Fysioterapeuters eksisterende vejledende standardaftale om leje af praksisret findes en regel om et loft på 30 timer for lejerens produktion. En sådan bestemmelse i en standardkontrakt vil som udgangspunkt stride mod denne tommefingerregel. Da reglen afspejler regler i praksisoverenskomsten vil den dog formentligt være lovlig. Så længe de eksisterende vejledende standardaftaler om leje af praksisret bevares som vejledende, dvs. ikke-bindende for medlemmerne, vil de formentligt kunne opretholdes. En indgående beskrivelse af hvilke muligheder, der findes for at fastsætte yderligere ensartede vilkår inden for konkurrencelovens rammer, forudsætter en særskilt konkurrenceretlig vurdering fra en specialist i konkurrenceret. Det er imidlertid vanskeligt på et abstrakt og generelt niveau at beskrive hvilke typer af ensartede vilkår, der vil kunne fastsættes inden for konkurrencelovens rammer. Det skyldes også, at de enkelte vilkår spiller sammen i forhold til en vurdering af deres konkurrencebegrænsende effekt. I hvert fald vil der blive tale om en omfangsrig og omkostningsfuld redegørelse, der reelt kan få karakter af en "Lærebog i Konkurrenceret".³

Jeg anbefaler derfor, at der først indhentes en konkurrenceretlig specialistvurdering, når Danske Fysioterapeuter har afklaret sine ønsker til en regulering af lejernes vilkår, herunder navnlig i lyset af, at det ikke vil være muligt at regulere vederlagsvilkårene. Dermed kan en konkurrenceretlige specialistvurdering mere specifikt vurdere om, og i givet fald hvordan, en regulering kan ske.

4. Øvrige muligheder

Selvom det, jf. foregående afsnit, ikke er muligt at regulere lejernes vederlagsmæssige vilkår inden for konkurrencelovens regler, vil der være andre tiltag, som indirekte kan understøtte lejernes vilkår.

² Vejledning af december 2014: Informationsaktiviteter i brancheforeninger, side 37-39. Vejledningen er fremsendt sammen med dette notat og kan findes på: <https://www.kfst.dk/media/1727/20141210-informationsaktiviteter-brancheforeninger.pdf>

³ En lidt nærmere beskrivelse af de elementer, der indgår i vurderingen af, om standardvilkår er i strid med konkurrenceloven, findes på side 48-51 i den vejledning, der er nævnt i note 2.

De tiltag, der nævnes i dette afsnit er eksempler. Der kan tænkes andre indirekte påvirkninger af vilkårene.

i. Indirekte påvirkning fra vilkårene fra ansatte fysioterapeuter

Den sikring af vilkårene for de ansatte fysioterapeuter, der søges opnået ved den foreslåede nye arbejdsmarkedsmodel og standardkontrakten for ansatte, må formodes indirekte at påvirke vederlagsvilkårene for de egentlige lejere. Det skyldes, at lejernes samlede økonomiske vilkår ud fra en markedsmæssig betragtning må forventes at komme til at afspejle det løft i aflønningsvilkårene for de ansatte fysioterapeuter, som er et mål for den nye arbejdsmarkedsmodel. Modsat kan øgede omkostninger til egentligt ansatte også tænkes at motivere klinikejere til i højere grad at forsøge at indgå lejer-aftaler fremfor ansættelsesaftaler. Et sådant løft vil derfor formentligt skulle understøttes af, at sager om lejerforhold, der reelt er "camouflerede" ansættelsesforhold, i højere grad indbringes for Nævnet, end det aktuelt sker for domstolene. Det er nærliggende at tro, at udbredelsen af sådanne "proforma-lejeaftaler" vil blive mindsket, hvis Nævnet i sin praksis skrider ind over for sådanne lejeaftaler, som stridende imod vedtægternes krav om at følge standardkontrakten, jf. også afsnit 2.

ii. Indirekte påvirkning fra Praksisoverenskomstens vilkår

I nogle af de retsafgørelser der findes om lejere på fysioterapi-området, er det blevet tillagt vægt, at praksisoverenskomsten giver mulighed for, at fysioterapeuter kan yde behandling med selvstændigt lejerydernetnummer. Praksisoverenskomstens indretning har derfor en indirekte betydning for, hvornår en lejer anses som reelt selvstændigt erhvervsdrivende. Formodentligt spiller overenskomsten derfor en vis rolle for udbredelsen af lejer-aftaler inden for erhvervet. Hvis overenskomstens indretning i relation til lejere ændres, vil dette derfor kunne have en indirekte indflydelse på udbredelsen af anvendelsen af lejer-aftaler.

Det er også klart, at nogle af de aftaler, der i dag indgås på om lejer-forhold, ikke stemmer overens med overenskomstens vilkår. Det kan f.eks. gælde de såkaldte "skyggelejerforhold" og situationer, hvor fysioterapeuter igennem en årrække ansættes som "vikarer" uden dispensation efter praksisoverenskomstens § 31, stk. 2. Hvis sådanne aftaler i højere grad indbringes for regionerne og de samarbejdsorganer, der er aftalt med regionerne, må det formodes, at der vil ske en begrænsning i udbredelsen af de lejer-aftaler, der ikke er reelle, hvilket alt andet lige vil afspejle sig i mere ordnede forhold for de tilbageværende reelle lejere.

Også praksisoverenskomstens indhold påvirker lejernes vilkår. Ifølge anmærkning til den gældende overenskomsts § 22, stk. 1, er lejeren forpligtet til at afmelde ydernetnummeret med løbende måned plus 6 måneders varsel. Det betyder i praksis, at lejere normalt vil have et tilsvarende opsigelsesvarsel i forholdet til klinikejeren. En sådan bestemmelse er for så vidt konkurrencebegrænsende i strid med konkurrenceloven. Højesteret har imidlertid i U.2015.1330H fastslået, at bestemmelser i Regionernes Lønnings- og Takstnævns

overenskomst for kiropraktorer er en direkte eller nødvendig følge af den offentlige regulering på området i form af bl.a. sundhedslovens § 227 og regionslovens § 37 og derfor undtaget fra konkurrenceloven, jf. dennes § 2, stk. 2.

I det omfang der på andre punkter kan indføres bestemmelser eller anmærkninger om lejernes vilkår i praksisoverenskomsten vil der derfor være en vis mulighed for ad den vej at bidrage til ordnede forhold på området.

iii. Vedtægtsmæssig regulering af adgangen til at etablere selvstændig virksomhed som lejer

Uanset at konkurrenceloven sætter grænser for, hvilke regler der kan fastsættes for lejernes vederlag, er det i retspraksis anerkendt, at en faglig organisation har en berettiget interesse i at sikre, at de minimumsvilkår, der gælder for ansættelser, ikke omgås ved at lade en ansat overgå til en status som selvstændig lejer.

Højesteret fastslog i U2002.74/2H, at Dansk Frisør & Kosmetiker Forbund havde en anerkendelsesværdig interesse i at håndhæve en vedtægtsbestemmelse om, at Forbundets medlemmer ikke uden Forbundets godkendelse måtte forpagte frisørforretninger eller leje betjeningspladser. Ifølge bestemmelsen forudsatte godkendelse, at medlemmerne kunne opnå et afkast, der oversteg den overenskomstmæssige aflønning. I den konkrete sag tilsidesatte Højesterets flertal dog den bøde, som et medlem var blevet pålagt for at undlade at opnå Forbundets godkendelse. Det skyldtes, at man ikke fandt, at der var risiko for, at aftalen trådte i stedet for et ansættelsesforhold.

Med baggrund i denne afgørelse kan man argumentere for at det i Danske Fysioterapeuters vedtægter kan kræves, at ansatte fysioterapeuter, der ønsker at etablere selvstændig virksomhed som lejer, får godkendt deres lejeraftaler af Danske Fysioterapeuter.

Det er imidlertid vigtigt at være opmærksom på, at forholdene for Danske Fysioterapeuter på flere punkter adskiller sig fra de forhold, som blev bedømt i den nævnte sag. Dels organiserer Dansk Frisør & Kosmetiker Forbund ikke frisører, der er arbejdsgivere. Den sanktion, der var pålagt, gjaldt derfor alene lejeren og ikke udlejeren. Dels skulle forbundets vedtægter beskytte rettigheder i egentlige kollektive overenskomster, mens der på praksisområdet jo ikke er nogen kollektiv overenskomst for ansatte fysioterapeuter. Det er derfor ikke givet, at resultatet fuldstændig kan overføres på Danske Fysioterapeuter.

Hertil kommer, at det konkurrenceretlige spørgsmål i den ovennævnte sag kun sporadisk blev omtalt. I det omfang, Danske Fysioterapeuter ønsker at overveje en vedtægtsmæssig regulering svarende til den Dansk Frisør & Kosmetiker Forbund har, anbefaler jeg derfor, at der på dette punkt udarbejdes en konkurrenceretlig specialistvurdering.

Den sag, der forelå for Højesteret, angik alene spørgsmålet om et medlems overgang fra status som ansat til lejer og begrundelsen knytter sig netop til en beskyttelse af ansættelsesmæssige rettigheder. Der vil derfor næppe kunne opstilles et krav om, at allerede

etablerede selvstændige lejere skal have godkendt nye eller ændrede lejekontrakter af Danske Fysioterapeuter.

København, den 13. september 2017



Mads Bendix Skelbæk-Knudsen
advokat