

Kendelse

i

Faglig Voldgift

(FV 2010.0208)

Foreningen af Speciallæger

(advokat Peter Breum)

mod

Regionernes Lønnings- og Takstnævn

(advokat Morten Ulrich)

afsagt den 26. juni 2012

1. Indledning

Denne sag angår, om Region Hovedstadens beslutning om, at vaginalcytologiske undersøgelser (undersøgelser for livmoderhalskræft) med virkning fra den 1. september 2009 blev flyttet fra praktiserende speciallæger til regionens sygehusvæsen, indebærer, at Region Hovedstaden skal betale godtgørelse til praktiserende speciallæger i medfør af bestemmelsen i speciallægeoverenskomstens § 18, stk. 3.

Parternes tvist herom er indbragt for en faglig voldgiftsret med direktør Kasper Axel Nielsen og afdelingschef Mads Lythje (valgt af Foreningen af Speciallæger) samt direktør Signe Friberg Nielsen og direktør Else Hjort (valgt af Regionernes Lønnings- og Takstnævn) som medlemmer og med undertegnede højesteretsdommer Poul Søgaard som opmand.

2. Parternes påstande

Klager, Foreningen af Speciallæger, har nedlagt påstand om, at Regionernes Lønnings- og Takstnævn tilpligtes at anerkende, at der skal betales erstatning i henhold til overenskomstens § 18 i forbindelse med hjemtagelse af vaginalcytologiske undersøgelser fra privatpraktiserende speciallæger til Patologiafdelingen ved Herlev Hospital.

Indklagede, Regionernes Lønnings- og Takstnævn, har nedlagt påstand om frifindelse.

3. Speciallægeoverenskomsten

I Overenskomst om speciallægehjælp mellem Foreningen af Speciallæger (FAS) og Regionernes Lønnings- og Takstnævn (RLTN) af 2008 hedder det bl.a.:

”§ 18. Reduktion i antallet af praksis

Stk. 1

Regionen kan beslutte at reducere antallet af fuldtids-, deltid- og 3-timerspraksis under Overenskomst om speciallægehjælp i henhold til en samlet planlægning for tilrettelæggelsen af den ambulante speciallægebetjening i regionen. Regionen kan endvidere beslutte en reduktion, før der er foretaget en samlet planlægning for tilrettelæggelsen af den ambulante speciallægebetjening i regionen, når den samlede kapacitet inden for specialet i regionen klart overstiger det aktuelle og forventede behov eller på grund af strukturelle eller andre forhold.

...

Stk. 2

Reduktion af antallet af praksis, jf. stk. 1, kan ske ved en speciallæges naturlige afgang eller efter nærmere aftale mellem regionen og speciallægen. ...

Stk. 3

Ved reduktion i antallet af praksis i henhold til regionens beslutning herom yder regionen speciallægen en godtgørelse for det tab, der påføres ved, at praksis ikke kan videreføres eller overdrages efter overenskomstens regler. ...

...

§ 30. Speciallægenes henvisningsret

...

Stk. 3

Regionen kan, efter drøftelse i samarbejdsudvalget, træffe bestemmelse om, at patologiske undersøgelser og/eller EEG-undersøgelser skal finde sted i regionens sygehusvæsen, og at speciallægen ikke kan lade de nævnte undersøgelser foretage hos praktiserende speciallæger i patologisk anatomi og/eller speciallæger i neurologi.

...”

4. Baggrunden for sagen

Spørgsmålet om hjemtagelse til det daværende Københavns Amt af speciallægeydelsen ”Vaginalcytologiske undersøgelser – ydelsesnr. 2126” blev drøftet på bl.a. forhandlingsmøder mellem Sygesikringens Forhandlingsudvalg og Foreningen af Speciallæger den 14. marts og den 24. juni 2005 samt den 21. februar 2006. I referatet af mødet den 24. juni 2005 hedder det bl.a.:

”Det er FAS’ opfattelse, at en hjemtagelse af en del af ydelserne inden for speciallægepraksis må opfattes som en delvis nedlæggelse, som udløser en godtgørelse for mistet fremtidig indtjening og goodwill. I modsat fald vil som praktiserende speciallæge skulle risikere at tåle, at praksis med tiden efter ”salamimetoden” nedlægges helt, uden at man modtager godtgørelse efter de gældende regler herom.

Efterfølgende har Københavns Amt meddelt, at der ikke vil ske en hjemtagning for nuværende ...

FAS ønsker imidlertid en principiel drøftelse af problemstillingen, idet situationen kan opstå igen på et senere tidspunkt. Det er FAS’ forslag, at der i Speciallægeoverenskomstens § 18 indføres en bestemmelse, hvoraf det fremgår, at en hjemtagelse, som medfører en ikke uvæsentlig omsætningsnedgang for en praksis, er at ligestille med en delvis nedlæggelse af praksis, hvorfor de gældende regler udbetaling af godtgørelse også finder anvendelse i disse situationer.

Hans Jørgen Holm [Sygesikringens Forhandlingsudvalg] tilkendegav, at emnet må medtages ved de næste overenskomstforhandlinger, men at man, såfremt der opstår konkret anledning hertil, må bringe spørgsmålet op mellem parterne.”

I referatet af forhandlingsmødet den 21. februar 2006 hedder det bl.a.:

”FAS har nu via Danske Patologers Organisation modtaget Københavns Amts rapport ”Forebyggende undersøgelse for livmoderhalskræft – forslag til den fremtidige indsats”, hvoraf det blandt andet fremgår, at en iværksættelse af rapportens anbefalinger vil medføre en besparelse i udgifterne til patologisk speciallægepraksis på kr. 2.086.862 ... Amdsrådet har vedtaget de af rapportens anbefalinger, som skal medvirke til denne besparelse.

Som tidligere anført er det FAS’ opfattelse, at en hjemtagelse af en del af ydelserne inden for speciallægepraksis må opfattes som en delvis nedlæggelse, som udløser godtgørelse for mistet fremtidig indtjening og goodwill. ...

På den baggrund ønskede FAS en drøftelse af sagen.

Peter Haahr [FAS] forespurte, om udvalget ikke kunne blive enige om, at der i overenskomsten er hjemmel til at give de berørte patologer en godtgørelse.

Det kunne SFU ikke erklære sig enig i, da man først ønskede at sende sagen til udtalelse i Københavns Amt og eventuelt tage sagen op på et senere forhandlingsmøde.”

Sygesikringens Forhandlingsudvalg forelagde herefter ved brev af 3. marts 2006 sagen for Københavns Amt, som ved brev af 5. maj 2006 – uden at tage stilling til spørgsmålet om godtgørelse – oplyste, at ”der endnu ikke er truffet politisk beslutning om hjemtagelse af de vaginalcytologiske undersøgelser, som berører de privatpraktiserende patologer”.

Af et notat af 5. januar 2009 til Samarbejdsudvalget for Speciallæger i Region Hovedstaden fremgår, at Regionsrådet den 28. oktober 2008 havde vedtaget Speciallægepraksisplan 2008-2011 for Region Hovedstaden. Beslutningen indbefattede en opgaveoverflytning af vaginale cytologiske undersøgelser (ydelse 2126) fra privat praktiserende patologer til hospitalsregi (Herlev Hospital), og beslutningen havde baggrund i Sundhedsstyrelsens anbefalinger fra 2007 om screening for livmoderhalskræft. Samarbejdsudvalget tiltrådte på sit møde den 18. februar 2009 flytningen af undersøgelserne og foreslog, at man imødekom patologernes anmodning om, at flytningen først skete pr. 1. september 2009. Dette forslag blev fulgt.

I brev af 2. juni 2009 til Region Hovedstaden anførte Foreningen af Speciallæger bl.a., at hjemtagelsen af ydelse 2126 indebar en reduktion af omsætningen i patologisk speciallægepraksis – baseret på tallene for 2008 – på omkring 3,1 mio. kr. svarende til gennemsnitsomsætningen for knap 2 af regionens ydernumre, og at hjemtagelsen derfor efter foreningens opfattelse var omfattet af overenskomstens § 18.

Region Hovedstaden svarede ved brev af 11. juni 2009, at sagen efter regionens opfattelse ikke var omfattet af overenskomstens § 18 om reduktion i antallet af praksis, men udelukkende var en sag omfattet af overenskomstens § 30, stk. 3, der som en særlig bestemmelse for patologi måtte anses at have forrang for den generelle bestemmelse i § 18. I brevet blev det oplyst, at antallet af vaginalcytologiske undersøgelser i speciallægepraksis i Region Hovedstaden i 2008 var 24.787 ydelser udført af 12 forskellige patologipraksis. Antallet havde været faldende gennem perioden fra 2004, hvor der blev udført 35.611 ydelser.

På et forhandlingsmøde den 19. juni 2009 mellem Foreningen af Speciallæger og (nu) Regionernes Lønnings- og Takstnævn gentog foreningen sit synspunkt om, at fjernelsen af ydelsesnr. 2126 fra speciallægepraksis måtte sidestilles med en reduktion i antallet af praksis, som berettigede til godtgørelse efter overenskomstens § 18, stk. 3. Regionernes Lønnings- og Takstnævn tilsluttede sig Region Hovedstadens opfattelse, hvorefter beslutningen om opgaveflytning havde hjemmel i overenskomstens § 30, stk. 3, og at § 18 ikke kunne anvendes i den konkrete situation. Af mødereferatet fremgår, at parterne drøftede sagen uden at nå til enighed, og at foreningen tog forbehold for at videreføre sagen.

Der er fremlagt talmæssige oplysninger om bruttoomsætningen hos de privat praktiserende speciallæger i patologi i Region Hovedstadens område for årene 2003-2010. Det fremgår heraf, at en række af speciallægerne har haft stigende bruttoomsætning også efter bortfald af ydelsesnr. 2126, mens nogle få har oplevet stagnerende eller let faldende bruttoomsætning. Regionernes Lønnings- og Takstnævn ser dette som udtryk for, at speciallægerne har kunnet substituere bortfaldet af ydelsesnr. 2126 med andre ydelser. Speciallægeforeningen har hertil anført, at det ikke er muligt at substituere med andre ydelser, idet speciallægernes omsætning er helt afhængig af antallet af henvisninger; stigningen i bruttoomsætning, der bl.a. må antages at skyldes den øgede opmærksomhed på prostatakræft, ville være kommet uafhængigt af bortfaldet af ydelsesnr. 2126.

5. Tidligere sag

Klager har fremlagt et protokollat af 1. juli 2003 mellem Sygesikringens Forhandlingsudvalg og Foreningen af Speciallæger om udførelse af varicekirurgi i ortopædkirurgiske speciallægepraksis. Det hedder heri:

”Parterne er enige om, at praktiserende ortopædkirurger, som kan dokumentere kontinuerligt at have udført varicekirurgi – herunder særligt Stella venosa-operationer i et større omfang, pr. den 01-09-2003 kan fortsætte med varicekirurgi på særlige betingelser.

Varicekirurgi i ortopædkirurgisk speciallægepraksis finder sted på de vilkår og til de honorarer, der til enhver tid er gældende for det kirurgiske speciale. Således friholdes ydelserne fra omsætningsgrænserne også for ortopædkirurger. Ordningen er personlig og kan ikke videreføres ved overdragelse af praksis. Det forudsættes, at duplexscanning foretages af operatøren selv.

...

Parterne er enige om, at ved praksisoverdragelse udbetales godtgørelse i henhold til overenskomstens bestemmelser om nedlæggelse af praksis for den del af den sygesikringsrelaterede omsætning, der vedrører den moderniserede varicekirurgi.”

Den her citerede del af protokollatet er gengivet i 2008-overenskomsten i tilslutning til dennes § 30.

6. Sagens behandling

Voldgiftsforhandling er afholdt den 6. juni 2012. Der blev herunder afgivet forklaring af speciallæge i patologi Anders Glenthøj, teamchef i Region Hovedstaden Frank Poulsen og overlæge i Sundhedsstyrelsen Ole Andersen. Sagen blev herefter procederet af advokat Peter Breum for klager og advokat Morten Ulrich for indklagede.

Der kunne under voteringen ikke blandt de af parterne valgte medlemmer af voldgiftsretten opnås enighed om eller flertal for en afgørelse. Afgørelsen træffes derfor af opmanden. Der var enighed om, at afgørelsen kan træffes ved kendelse uden fuldstændig sagsfremstilling og uden gengivelse af forklaringerne og proceduren. Parternes hovedsynspunkter gengives dog i kort form nedenfor.

7. Parternes hovedsynspunkter

Klager har navnlig gjort gældende, at Region Hovedstadens hjemtagelse af de vaginalcytologiske undersøgelser fra de privat praktiserende speciallæger i patologi til regionens hospitalsvæsen udgør en delvis nedlæggelse af praksis, som er omfattet af overenskomstens § 18.

Formålet med denne bestemmelse er at beskytte de speciallæger, som har foretaget investeringer i apparatur og har store driftsomkostninger, i tilfælde, hvor beslutninger truffet af regi-

onen medfører væsentlige ændringer i indtægtsgrundlaget, som gør det vanskeligt eller umuligt at sælge praksis. Dette formål vil blive tilsidesat, hvis der ikke ydes godtgørelse efter overenskomstens § 18, stk. 3, i den foreliggende situation, hvor den næststørste af i alt 5 særydelser blev frataget speciallægerne. Den omstændighed, at nogle af de berørte speciallæger havde stigende omsætning efter hjemtagelsen af ydelsen er uden betydning for spørgsmålet om godtgørelse, idet stigningen skyldes andre forhold end bortfaldet af ydelsen.

Efter klagers opfattelse viser protokollatet af 1. juli 2003, at overenskomsterne da var enige om, at overenskomstens § 18 skulle forstås i overensstemmelse med klagers påstand i denne sag.

Overenskomstens § 30, stk. 3, giver hjemmel til regionens hjemtagelse af patologiske undersøgelser. Men det bestrides, at bestemmelsen indskrænker speciallægernes ret til godtgørelse efter § 18, stk. 3.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at overenskomstens § 18, stk. 3, efter sin klare ordlyd alene hjemler krav på godtgørelse, når der træffes beslutning om nedlæggelse af praksis. Bestemmelsen hjemler ikke krav på godtgørelse i forbindelse med regionens hjemtagelse af en ydelse, og speciallægeforeningens ønske om at indføre en sådan hjemmel i bestemmelsen er ikke blevet imødekommet. Bestemmelsen i § 30, stk. 3, forudsætter, at der kan træffes beslutning om hjemtagelse af patologiske ydelser. Heller ikke reale grunde taler for at side stille hjemtagelsen af en enkelt ydelse med en beslutning om reduktion af antal praksis. Generelt har speciallægerne i patologi uanset hjemtagelsen haft stigende omsætning, og der er intet grundlag for at antage, at hjemtagelsen af ydelsen udgør en omgåelse af overenskomstens § 18, stk. 3.

Det bestrides, at protokollatet af 1. juli 2003, der er udtryk for et forlig i en helt konkret situation, skulle være et fortolkningsbidrag til overenskomstens § 18, stk. 3.

8. Opmandens bemærkninger og afgørelse

Bestemmelsen i speciallægeoverenskomstens § 18, stk. 1, omhandler regionens adgang til at beslutte at reducere antallet af speciallægepraksis. § 18, stk. 3, omhandler speciallægens ret til godtgørelse for det tab, der i forbindelse med en beslutning om reduktion i antallet af praksis påføres speciallægen ved, at praksis ikke kan videreføres eller overdrages. Efter sin ordlyd angår bestemmelsen om godtgørelse derimod ikke den situation, at regionen beslutter at hjemtage en ydelse, der hidtil har været varetaget af speciallæger, til varetagelse af regionens hospitalsvæsen, når en sådan beslutning om hjemtagelse ikke tillige indebærer en reduktion i antallet af praksis.

Det fremgår af oplysningerne i sagen, at Foreningen af Speciallæger i 2005 og 2006 flere gange bl.a. under forhandlingsmøder med det daværende Sygesikringens Forhandlingsudvalg gav udtryk for den opfattelse, at hjemtagelse af en speciallægeydelse til hospitalsvæsenet måtte betragtes som en delvis nedlæggelse af praksis med ret til godtgørelse efter overenskomstens § 18, stk. 3, og fremsatte ønske om, at en bestemmelse herom blev indsat i overenskomsten. Dette ønske er imidlertid ikke blevet imødekommet, hverken af Sygesikringens Forhandlingsudvalg eller af dettes afløser, Regionernes Lønnings- og Takstnævn, og ingen af disse offentlige overenskomstparter har under forløbet erklæret sig enig i foreningens opfattelse.

På denne baggrund må en afgørelse til fordel for klagers påstand forudsætte, at hjemtagelse af ydelsen vaginalcytologiske undersøgelser ganske må sidestilles med en reduktion i antallet af praksis, eller at regionens beslutning om hjemtagelse af ydelsen indebærer en omgåelse af overenskomstens § 18, stk. 3.

Det bemærkes, at protokollatet af 1. juli 2003, som indeholder en forligsmæssig aftale i en konkret situation, ikke kan antages at være udtryk for en fælles opfattelse af fortolkningen af § 18, stk. 3, i en situation som den foreliggende, jf. herved de foran nævnte bemærkninger om forhandlingsforløbet i 2005-2006.

Hjemtagelsen af vaginalcytologiske undersøgelser har direkte hjemmel i overenskomstens § 30, stk. 3. Denne bestemmelse, der angår speciallægers henvisningsret, jf. overskriften til § 30, henviser ikke til § 18, stk. 3, men kan heller ikke antages at afskære en speciallæge fra retten til godtgørelse, hvis betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt.

De fremkomne oplysninger om betydningen for speciallægepraksis af hjemtagelsen af vaginalcytologiske undersøgelser giver efter opmandens bedømmelse ikke grundlag for ganske at sidestille hjemtagelsen med en beslutning om at reducere antallet af praksis. Det gælder, uanset om den efterfølgende omsætningsstigning for en række af de berørte praksis skyldes, at disse har formået at substituere den bortfaldne ydelse med andre ydelser, således som indklagede har anført, eller om omsætningsstigningen på andre ydelser skyldes forhold, der er uafhængige af bortfaldet af vaginalcytologiske undersøgelser, således som klager har anført.

Der er heller ikke påvist noget grundlag for, at hjemtagelsen af undersøgelserne skulle indebære en omgåelse af overenskomstens § 18, stk. 3. Formålet med hjemtagelsen kunne ikke være opnået ved at foretage en reduktion i antallet af praksis, og hjemtagelsen kan ikke anses som led i en udhuling af de enkelte speciallægepraksis i den hensigt at undgå betaling af godtgørelse.

Efter det anførte tages indklagedes påstand om frifindelse til følge.

Thi bestemmes:

Regionernes Lønnings- og Takstnævn frifindes.

Hver part bærer egne sagsomkostninger og betaler halvdelen af udgiften til opmanden.

København, den 26. juni 2012

Poul Søgaard