

Helse- og omsorgsdepartementet

Postboks 8011 Dep
0030 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2008/895
MAB EICE 553.1

Dato: 28.05.2009

Konkurranseloven § 9 første ledd bokstav e – påpekning av konkurransebegrensende forhold – ordningen med offentlig driftstilskudd og refusjon for fysioterapeuter

1. Innledning

Konkurransetilsynet skal i henhold til konkurranseloven¹ § 9 første ledd føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markeder, herunder påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter, jf. bestemmelsens bokstav e.

Konkurransetilsynet har tidligere påpekt uheldige sider ved regelverket knyttet til offentlige driftstilskudd og refusjon, jf. høringsuttalelser til Arbeids- og administrasjonsdepartementet av 28. april 1998 og 26. februar 2003, samt i rapporten ”Frie yrker – friere konkurranse?”² Den senere tid har det videre fremkommet indikasjoner på at måten avtale- og regelverket har vært praktisert på, har forsterket de uheldige konkurransemessige sider ved ordningen for driftstilskudd til privatpraktiserende fysioterapeuter. Det vises i denne forbindelse blant annet til Dagens Næringslivs artikler om dette 30. august 2008 og påfølgende dager.

På denne bakgrunn har Konkurransetilsynet foretatt en nærmere vurdering av de konkurransemessige sider ved ordningen, herunder er både regelverket, avtaleverket og praktiseringen av dette gjennomgått. I denne forbindelse er det innhentet opplysninger fra Helse- og omsorgsdepartementet som ansvarlig departement og fra interesseorganisasjonene for fysioterapeuter i Norge.³ Det er avholdt to møter med Helse- og omsorgsdepartementet, hvor representanter fra KS deltok på det ene og Fornyings- og administrasjonsdepartementet på det andre.

Konkurransetilsynet har funnet at det er sider ved ordningen som gir svak konkurranse. Det er særlig prosessen for tildeling av driftstilskudd og at disse gis på ”livstid”, samt de plikter som legges på nyetablerte fysioterapeuter, som bidrar til dette.

Den svake konkurransen medfører en betydelig risiko for at kvaliteten på fysioterapitjenestene ikke blir så god som den kunne ha vært ut fra de offentlige midlene som benyttes på feltet.

¹ Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

² Se side 51

³ Norsk Fysioterapeutforbund (NFF), Privatpraktiserende Fysioterapeuters Forbund (PFF) og Norsk Manuellterapeutforening

Konkurransetilsynet bemerker at det er lignende ordninger for avtalespesialister (legespesialister og psykologer)⁴ og fastleger. I denne omgang har imidlertid Konkurransetilsynet kun valgt å se på ordningen for fysioterapeuter. Flere av de forholdene som det redegjøres for her vil imidlertid også kunne gjøre seg gjeldende for de andre ordningene.

2. Det viktigste regel- og avtaleverket

Kommunehelsetjenesteloven⁵ § 2-1 fastslår at enhver har rett til nødvendig helsehjelp i den kommune der han eller hun bor eller midlertidig oppholder seg. Det er kommunene som skal sørge for at retten til nødvendige helsetjenester, herunder fysioterapi, oppfylles, jf. kommunehelsetjenesteloven § 1-1. Etter § 1-3 tredje ledd kan kommunen organisere disse tjenestene ved å ansette personell i kommunale stillinger eller ved å inngå avtaler med privatpraktiserende helsepersonell.

Den som vil drive privat praksis som fysioterapeut må ha avtale med kommunen dersom utgifter til helsehjelp helt eller delvis skal kunne godtgjøres av det offentlige, jf. kommunehelsetjenesteloven § 4-1. Kommunene inngår på denne bakgrunn avtaler om driftstilskudd med privatpraktiserende fysioterapeuter. Driftstilskuddet utgjør et fast årlig tilskudd. Til gjengjeld påtar fysioterapeuten seg visse forpliktelser, herunder at det ytes fysioterapitjenester til innbyggerne i kommunen. Ordningen skal således ivareta kommunens plikt til å yte helsetjenester uten at det ansettes fysioterapeuter.

Det er antatt at avtaler om driftstilskudd for fysioterapeuter er såkalte tjenestekonsesjonskontrakter som ikke er omfattet av reglene om offentlige anskaffelser.⁶

Folketrygdloven⁷ gir rett til refusjon for fysikalsk behandling ved sykdom. Ordningen innebærer at det offentlige dekker en del eller hele kostnaden ved behandlingen, jf. forskrift om stønad til dekning av utgifter til fysioterapi § 1.⁸ I henhold til forskrift om rett til trygderefusjon for leger, spesialister i klinisk psykologi og fysioterapeuter⁹ § 1 ytes kun refusjon dersom vedkommende yrkesutøver har avtale med kommunen om driftstilskudd.

Norsk Fysioterapeutforbund (NFF) har inngått en rammeavtale (ASA 4313) med KS som regulerer fysioterapeutenes rettigheter og plikter ved en driftsavtale. Rammeavtalen gjelder for alle kommuner med unntak av Oslo. Oslo kommune har utarbeidet en egen avtale som skiller seg fra rammeavtalen. Det er den enkelte kommune som skal utlyse og tildele en ledig driftsavtale. Driftsavtalen som inngås mellom kommunen og den enkelte fysioterapeut er en standardavtale basert på rammeavtalen. Fysioterapeuter uten medlemskap i NFF vil også normalt være bundet av ASA 4313 ved inngåelse av den individuelle standardavtalen.

Som utgangspunkt skal det inngås en 100 prosent driftshjemmel dersom det ikke skal drives på deltid. Det har imidlertid etablert seg en praksis hvor kommunene deler opp en driftsavtale i flere mindre driftshjemler, selv om intensjonen er at fysioterapeutene skal jobbe full tid. Ved å splitte opp driftshjemler får kommunene et økt tilbud av fysioterapeuter med refusjonsrett, uten å måtte øke utgiftene til driftstilskudd. En slik mulighet for oppsplitting er også anerkjent i rammeavtalen, men det kan ikke tildeles mindre enn 20 prosent andel (i den nye avtalen for 2009 er grensen satt til 40 prosent).

Rammeavtalen har regler om prosessen for tildeling av driftsavtale og vilkårene i en slik avtale. Det kreves blant annet at en ledig driftsavtale lyses ut ved samme gruppepraksis/institutt som der den fratredende fysioterapeuten hadde sin praksis og at gjenværende fysioterapeuters uttalelse skal tillegges stor vekt (jf. avtalens pkt. 6.2). Videre fremgår det at en driftsavtale ikke skal være

⁴ Se for eksempel: SNF-rapport nr. 25/06 Konkurransen i spesialisthelsetjenesten?

⁵ Lov av 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene

⁶ Se brev av 16. mars 2003 fra Nærings- og handelsdepartementet til Oslo kommune. Uttalelsen gjelder den tidligere forskrift av 15. juni 2001 nr. 616, men uttalelsen antas å være relevant også for gjeldende forskrift av 7. april 2006 nr. 402. Se også lov av 16. juli 1999 nr. 69

⁷ Lov av 28. februar 1997 nr. 19

⁸ Forskrift av 19. juni 2008 nr. 627

⁹ Forskrift av 19. juni 2008 nr. 500

tidsbegrenset, men at den kan sies opp med 6 måneders varsel dersom saklig grunn foreligger (jf. avtalens pkt. 20).

Det er også begrensninger på fysioterapeuters muligheter til å velge å gå ut av en gruppepraksis ved å flytte til nye lokaler (jf. avtalens pkt. 11). Det går videre frem at det ikke kan kreves egenandeler ut over det som er fastsatt av staten (jf. avtalens pkt. 13). I tillegg er det regler for salg av virksomhet tilknyttet en driftsavtale, herunder at tidligere innehaver kan kreve at ny fysioterapeut må kjøpe "virksomheten" (jf. avtalens pkt. 7). Det er også detaljerte regler for hva som skal betales ved overdragelsen, herunder for utstyr og goodwill.

NFF inngår også årlig en annen rammeavtale med staten og KS (ASA 4303). Denne regulerer blant annet takstene for behandling og størrelsen på driftstilskuddet. Disse fastsettes på bakgrunn av en takstbruksundersøkelse, oppgjørene i offentlig sektor, samt offentlige beregninger av kostnads- og prisutvikling. Avtaler og samordnet opptreden som er nødvendige for disse forhandlingene er unntatt fra konkurranseloven §§ 10 og 11, jf. forskrift om unntak fra konkurranseloven for samarbeid mv. mellom visse grupper privatpraktiserende leger, psykologer og fysioterapeuter.¹⁰ Den offentlige refusjonen fastsettes ensidig av staten. Pasientens egenbetaling (egenandelen) er differansen mellom den fremforhandlede taksten og den offentlige refusjonen.

3. Nærmere om de konkurransemessige sider ved ordningen

Utgangspunktet for vurderingen

Som redegjort for ovenfor skal kommunene sørge for at innbyggerne gis nødvendige fysioterapitjenester. I stor utstrekning oppfyller kommunene dette ansvaret ved å inngå driftstilskuddsavtaler med privatpraktiserende fysioterapeuter. For å sikre at det ytes best mulige fysioterapitjenester til innbyggerne er det viktig at det er virksom konkurranse i markedet.

Fysioterapeuter med driftstilskudd vil i liten grad oppleve konkurranse fra fysioterapeuter uten slik avtale ettersom det bare er de førstnevnte som kan kreve offentlig refusjon. Det er derfor viktig at det legges til rette for velfungerende konkurranse både ved tildeling av driftstilskudd og mellom fysioterapeutene med driftstilskudd.

Ettersom den maksimale prisen på tjenesten er fastsatt ved avtale, jf. ovenfor, vil det først og fremst være tjenestens kvalitet som vil kunne bli svekket som følge av dårlig konkurranse. Konkurransetilsynet vil i det følgende vise at tildelingen av driftstilskudd og de plikter som legges på nyetablerte medfører lite fungerende konkurranse og dermed risiko for dårlig tjenestekvalitet.

Tildeling av driftstilskudd

Etter kommunehelsetjenesteloven § 4-2 er det kommunen som skal utlyse og tildele en ledig driftsavtale til den fysioterapeut som er "faglig best skikket". Etter rammeavtalen skal ledig driftsavtale lyses ut ved samme institutt/gruppepraksis som tidligere fysioterapeut var tilknyttet og gjenværende fysioterapeuters uttalelse skal tillegges stor vekt ved utvelgelsen. I praksis kan det se ut til at tildelingsprosessen i en del kommuner i stor grad har vært overlatt til de gjenværende fysioterapeuter i instituttet/gruppepraksisen.¹¹

Den innflytelse gjenværende fysioterapeuter gis ved tildelingen av driftstilskuddet kan medføre at konkurransen ikke blir reell. Ettersom de etablerte har egeninteresse i hvem som tildeles driftstilskuddet, er det risiko for at andre hensyn enn pasientenes og det offentliges interesser i å ha en best mulig fysioterapitjeneste vektlegges. Slik rammeavtalen i dag er formulert synes det dessuten å være åpnet for å vektlegge slike andre hensyn ved at det skal legges vekt på "saklige kriterier" som ikke bare skal omfatte faglig kompetanse og erfaring, men også samarbeidsevner og evne til å drive privat praksis mv.

¹⁰ Forskrift av 25. juni 2004 nr. 987

¹¹ Se nyhetsartikkel fra NFF: <http://www.fysioterapeuten.no/xp/pub/venstre/nyheter/369081> og <http://www.fysioterapeuten.no/xp/pub/venstre/nyheter/367977>, samt artikkel fra DN: <http://avis.dn.no/artikler/avis/article8514.ece> og innlegg i Kommunal Rapport: <http://www.kommunal-rapport.no/index.asp?id=11101604&subid=0>

Rammeavtalen fastslår at en driftsavtale som utgangspunkt ikke skal være tidsbegrenset, men gis i praksis til fysioterapeuten på "livstid" (dvs. inntil vedkommende er 70 år). En tildeling vil altså gi fysioterapeuten en årlig støtte til drift inntil vedkommende går av med pensjon. Per i dag utgjør et 100 prosent driftstilskudd 250 500,- kroner uavhengig av hvor i landet praksisen er. Er tildelingen gjort direkte til et institutt/selskap, vil driftstilskuddet normalt kunne beholdes så lenge selskapet består. Driftsavtalen kan etter rammeavtalen sies opp med 6 måneders varsel. Etter det Konkurransetilsynet har brakt på det rene gjøres dette imidlertid i praksis svært sjelden og det er få eksempler på oppsigelse som følge av dårlig kvalitet.

Ettersom det ikke synes å være effektive kontroll- og sanksjonsmekanismer som kan sørge for en løpende oppfølging av kvaliteten på tjenestene og en eventuell "utsiling" av fysioterapeuter som leverer dårlig kvalitet, er det særlig uheldig at driftsavtalene gis på ubegrenset tid. Dette kommer i tillegg til at det altså kan reises tvil om konkurransen ved tildeling er reell.

Selv om fysioterapeutene vil ha et visst behov for langsiktighet og forutberegnelighet ved etablering av en praksis, er det vanskelig å se at dette nødvendigvis gjør en "livsvarig" rett. Under enhver omstendighet bør det etableres rutiner for avdekking og sanksjonering av dårlig kvalitet.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning kan kvaliteten best sikres ved at det legges til rette for reell konkurranse ved tildeling av driftsavtalene og at disse tildeles for et begrenset tidsrom. Dette vil gi de etablerte en større oppfordring til å levere løpende god kvalitet ettersom de med jevne mellomrom vil bli utfordret av nye fysioterapeuter som vil etablere seg. Samtidig oppnås det større sikkerhet for at de best skikkede får driftstilskudd og refusjonsrett.

Plikter for nyetablerte

Etter dagens ordning foreskriver rammeavtalen at en nyetablert må starte opp i den praksis som den fratredende fysioterapeuten var tilknyttet. Videre har den fratredende fysioterapeuten krav på å få solgt sitt gamle utstyr og "goodwill" til den som vil starte opp. Den nyetablerte kan således ikke velge å starte opp i annet lokale eller velge å kjøpe annet utstyr enn forgjengerens.

Rammeavtalen stiller opp detaljerte regler for hvordan prisen på praksisen skal fastsettes og det synes ikke å være rom for at forgjengerens "goodwill" ikke har verdi. Ettersom tildeling av en driftsavtale gir store økonomiske fordeler, samt at det er knapphet på slike avtaler, har salgsværdien på "praksisen" ofte blitt svært høy. Det er indikasjoner på at det har forekommet omsetning til priser langt over hva rammeavtalen foreskriver.¹²

Ettersom driftstilskuddet er knyttet til instituttet/gruppepraksisen og de etablerte deltagerne er gitt innflytelse på tildelingsprosessen, vil disse vanligvis ha en sterk forhandlingsposisjon ved inngåelsen av avtaler med den nyetablerte. Dette vil kunne gi incentiver til å stille urimelige krav både hva gjelder vederlaget for praksisen og øvrige vilkår for tilknytning.

Ovennevnte vil bidra til å vanskeliggjøre muligheten for nye fysioterapeuter til å starte opp konkurrerende virksomhet til de etablerte. Det vil videre være uheldig for utviklingen i bransjen at nyetablerte blir påtvunget den gamle praksisen, og således ikke kan velge å starte opp med nytt utstyr i lokaler etter eget valg. Reglene i rammeavtalen som gir uttaleleserett for gjenværende fysioterapeuter og stiller krav om samtykke ved uttreden medfører en ytterligere etableringshindring.

Det kan også stilles spørsmål ved rimeligheten av at en praksis, som i stor grad er opparbeidet og har fått sin verdi på bakgrunn av et offentlig driftstilskudd og offentlig refusjonsrett, skal kunne selges av den privatpraktiserende.

¹² Selv om partene ved uenighet på eget initiativ kan kreve at en nemnd avgjør overdragelsesvilkårene, har dette ikke vist seg å utgjøre et effektivt hinder for en regelstridig praksis. Endringer i den nye rammeavtalen fra 2009 vil kunne redusere muligheten for en slik uheldig praksis i fremtiden. Der finnes imidlertid ingen offentlig kontrollinstans som på en effektiv måte kan påse at partene følger disse reglene

4. Oslo kommune

Oslo kommune, som ikke er bundet av rammeavtalen, har utarbeidet en egen standardavtale om driftstilskudd for fysioterapeuter som synes å avhjelpe mange av de forhold som er påpekt ovenfor. Denne synes å legge til rette for driftsavtaler av kortere varighet.

Videre ser det ut til at Oslo kommune nå bare inngår driftsavtaler med den enkelte privatpraktiserende fysioterapeut, og ikke med selskaper/institutter. Det stilles heller ikke krav i standardavtalen til at nye fysioterapeuter må kjøpe forgjengerens utstyr og goodwill eller at man må starte opp i den samme praksis. De etablerte fysioterapeuter i en gruppepraksis eller et institutt synes heller ikke å ha rett til innflytelse ved tildeling av driftstilskudd.

5. Avsluttende merknader - forslag

Etter Konkurransetilsynets vurdering viser ovennevnte forhold at det bør gjøres endringer i regel- og avtaleverket for på en bedre måte sikre fysikalske tjenester av god kvalitet fra fysioterapeuter med offentlig driftstilskudd og refusjonsrett.

Viktigst synes det å være at avtaler om driftstilskudd bør gis for tidsbegrensede perioder, og at det bør gjennomføres en reell konkurranse ved ny tildeling. På denne måten kan det skapes større sikkerhet for at det ytes behandling av god kvalitet.

Videre bør det vurderes å fjerne de bindinger til eksisterende institutt/gruppepraksis som rammeavtalen i dag legger på en fysioterapeut som ønsker å inngå driftsavtale. Kravet om at nyetablering må skje i samme institutt/gruppepraksis og kravet den avtroppende fysioterapeut har på å få selge sin praksis bør fjernes. Den nyetablerte bør etter konkurransetilsynets vurdering selv få velge lokale og om utstyr etc. skal kjøpes av den avtroppende eller av andre. På denne måten kan det i større grad oppnås en reell konkurranse lokalt mellom dem som yter fysioterapitjenester med refusjonsrett.

Det bør også vurderes å la størrelsen på driftstilskuddet bli fastsatt ved den enkelte tildeling. Dette kan gjøres ved at størrelsen på driftstilskudd som kreves for å oppfylle driftsavtalen kan gjøres til et av tildelingskriteriene.

Konkurransetilsynet ber på denne bakgrunn om en redegjørelse fra Helse- og omsorgsdepartementet for hvordan de konkurransemessige hensyn ved ordningen for driftstilskudd og refusjon for fysioterapeuter vil bli ivaretatt. Det bes særlig opplyst om eventuelle tiltak og regelendringer også vil bli gjort for de tilsvarende ordningene for fastleger, psykologer og avtalespesialister.

Konkurransetilsynet vil kunne bistå ved utarbeidelsen av et nytt regelverk på dette området.

Det bes om svar innen 15. august 2009.

Med hilsen

Jostein Skaar (e.f.)
avdelingsdirektør

Jostein H. Solberg
seksjonsleder

Kopi til:

Fornyings- og administrasjonsdepartementet Postboks 8004 Dep. 0030 Oslo