

## Protokoll

# KOPI

### for Nasjonal Tvisteløsningsnemnd for Privat Fysioterapivirksomhet i Kommunal Helsetjeneste

Nemdsleder: Sørenskriver Stein Husby

Sak nr.: 3/2012

Saksøker:

Prosessfullmektig:

Saksøkt:

Prosessfullmektig:

Saken gjelder: Kompensasjon ved flytting av avtalehjemmel.

År 2013 den 6. september ble det utsendt slik

#### Nemdsavgjørelse:

I

#### Innledning

I stevningen er det angitt at saken gjelder økonomisk kompensasjon for flytting av avtalehjemmel. Under nemndleders bemerkninger er det nærmere redegjort for hva nemndsbehandlingen i realiteten skal behandle.

II

#### Sakens faktum

Ved ekspedisjon av 20. november 2012 oversendte Norsk Fysioterapeutforbund til nemdsleder stevning datert 20. november s.å fra advokat.

#### I stevningen er det anført:

sa den 20. oktober 2012 opp sin 100 % avtalehjemmel for fysioterapi med [redacted] kommune. Han hadde hatt hjemmelen siden 1999, og utøvde den på [redacted]. Etter hovedregelen i ASA 4313 punkt 11, skulle hjemmelen

videreføres på dette instituttet. Det skjedde ikke. Kommunen flyttet den, noe som har utløst tvist om hvem som har plikt til å yte vederlag for praksisen.

Kommunen, som også delte hjemmelen i to, mener at de nye hjemmelshaverne skal betale. mener på sin side at kommunen har betalingsplikten siden hjemmelen ble flyttet. Korrespondanse mellom partene har ikke ført fram, og ser seg derfor nødt til å bringe saken inn for nemnd for å få slått fast kommunens forpliktelse.

samtykker i at nemnda kan settes med lederen alene, jf. retningslinjene for nemndsbehandling punkt 6. Han vil senere i saken ta stilling til om det skal begjæres muntlige forhandlinger, jf. retningslinjenes punkt 8.5.»

Oppsigelsen fra lyder:

«Jeg meddeler herved at jeg går av med pensjon med virkning f.o.m. , Jeg vil gjerne benytte anledning for å takke dere for et godt samarbeid.»

Etter dette lyste kommune – ved intern utlysning – ledig 50 % driftsavtale som fysioterapeut med angivelse av hvilke kompetanseområder man ønsket. Nærmere lokalisasjon ble ikke angitt og søknadsfristen ble satt til 1. juli s.å. Det skjedde videre en tilsvarende ekstern utlysning med søknadsfrist 5. mars.

Etter oppsigelsen var sendt, hørte ikke noe fra kommunen før han i mai 20 mottok et brev hvor det framgikk at hjemmelen var flyttet og delt, og at var tildelt en 50 % hjemmel hver.

I brev av 7. mai fra kommunen til heter det:

«Etter en samlet vurdering av sakens art, søkerens kvalifikasjoner og skikkethet for stillingen gjøres det følgende vedtak:

- tildeles 50 % driftsavtale som skal utøves ved
- tildeles 50 % driftsavtale som skal utøves ved

Overdragelsesdato er satt til 01.07.20 »

Før disse kan inngå driftsavtale med kommunen må de involverte parter ha sluttforhandlet og signert overdragelsesavtale. Jeg ber derfor deg som avtroppende ta initiativ til disse forhandlinger.

Overtagende parter har frist til å inngå skriftlig avtale med kommunen til 23.06.20 slik at tilskudd fra kommunen kan iverksettes 01.07.20

Ingen av de to nye innehaverne hadde bruk for inventar og utstyr. krevde dem derfor, i tråd med kommunens instruks, bare for hver sin halvpart av verdien av opparbeidet praksis. Totalverdien var fastsatt til kr. 144 366 basert på inntektene i årene 2009-2011.

betalte sin andel, etter at det 21. juni ble inngått overdragelsesavtale med

nektet å betale, og hevdet at kommunen hadde betalingsforpliktelsen. Hun henvendte seg til Norsk Fysioterapeutforbund (NFF), som støttet hennes oppfatning.

er enig i at det er kommunen, og ikke de nye innehaverne, som skal yte ham vederlag. Han henvendte seg derfor også til NFF, som 6. juli 2012 tilskrev kommunen på hans vegne.

I bevet heter det bl.a.:

#### «Vedrørende driftstilskudd til

Det vises til tildeling av driftstilskudd som tidligere var tilhørende fysioterapeut. Undertegnede bistår i forbindelse med avklaring av vederlag i henhold til ASA 4313 (rammeavtale mellom KS og Norsk Fysioterapeutforbund (NFF) om drift av privat fysioterapivirksomhet som del av den kommunale helsetjenesten).

#### Kort om sakens bakgrunn

Da sa opp sitt 100 % driftstilskudd, valgte kommune å dele dette driftstilskuddet opp i to 50 % tilskudd. kommune kunngjorde i januar 2012 et 50 % driftstilskudd for oppjustering i henhold til forskrift av 16. desember 2012 nr. 1392 om oppjustering av driftsavtale for fysioterapeuter. Det fremkommer av kunngjøringsteksten at driftstilskuddet ikke hadde noen bestemt lokalisering.

#### Nærmere om sakens rettslige side

har krav på vederlag i henhold til ASA 4313. Spørsmålet i denne saken er hvem som har krav på å betale dette. Det anføres at kommune har den rettslige plikten til å betale dette vederlaget med hjemmel i ASA 4313 punkt 11 første ledd og punkt 12. I og med at lokaliseringen av driftstilskudd ikke ble videreført, er dette å anse som en innløsning i henhold til ASA 4313 punkt 12.»

Kommunen avviste kravet og anførte i brev av 27. august s.å. til NFF bl.a.:

#### Sakens bakgrunn

«Hva gjelder sakens bakgrunn vises det til dine beskrivelser i ditt brev av 6. juli 2012. kommune ønsker imidlertid å komme med visse presiseringer:

Deres klient sa opp sin driftsavtale den 17. oktober 2012. Bakgrunnen for dette var at han nå skal gå av med pensjon. Han meddelte i samtale med kommunen at lokaler og utstyr etc. ikke skulle følge avtalehjemmelen som han fratrær.

Allerede den 10. november 2012 mottok kommunen søknad fra om økning av driftsavtale fra 40 til 100 %.

Ved oppsigelse av sin praksis ble det i drøftinger med kommunalsjef 30. november 2012 og i samarbeidsutvalget 12.12.2012 konkludert med følgende:

- Kommunen har ikke friske midler til å innfri sin søknad
- Kommunen bør vurdere om det er mulighet til i ASA 4313 å benytte ledig tilskudd, siden dette ikke er tilknyttet et praksissted, finne en løsning for
- Hvis det er mulig bør tilskuddet da deles i 2 hjemler på 50 % og foreta en intern utlysning og tilsetting før resterende avtale lyses ut eksternt.

Dette ble diskutert med og han hadde ingen innvendinger mot dette.

Kommunen drøftet i samarbeidsutvalget 12. desember 20... kommunens praksis og det var mulig å løse problemstillingen rundt uønsket redusert avtalehjemmel ved å foreta en intern utlysning og tilsetning på 50 % av tilskuddet. Det kom ikke frem noen innvendinger mot kommunens forslag. Kontaktperson for NFF bekreftet at kommunen i så fall først måtte foreta en intern utlysning før resterende 50 % avtale ble eksternt utlyst/tilsatt, så lenge ASA 4313 ble fulgt.

### Konklusjon ble da følgende:

1. At kommunen lyste ut internt 50 % fysioterapi med avtale (januar 20...)
2. Stillingsannonser med tanke på behov og kompetansekrav skal være det samme for begge utlysningene eksternt og internt og tilsetning vil skje i samsvar med ASA 4313.
3. Etter endt saksbehandling vil kommunen lys ut resterende 50 % driftsavtale for samlokalisering.

har i saken utarbeidet følgende notat:

### Fortløpende notat for oppfølging av sak:

- Ved den interne søknadsfristens utløp 16.1.20... var det 1 søker, som etter intervju ble funnet kvalifisert for tilskuddet
- Det ble skrevet protokoll og vedtak. ble muntlig kontaktet om vedtaket og ble samtidig orientert om at kommunen ville sende ut skriftlig tilbud når eksternt tilsetning var avsluttet. Kommunen lyste ut eksternt medio februar 20... 50 % tilskudd med søknadsfrist 5.3.20...
- Ved søknadsfristens utløp var det 15 søkere
- Etter en samlet vurdering av søkerens kvalifikasjoner og egnethet til å drive privat praksis ble tildelt det øvrige 50 % av sin driftsavtale.
- Tilbudsbrev om hjemmel samt orienteringsbrev om vedtak til fratrede fysioterapeut ble sendt ut 7.5.
- Medio juni mottok kommunen melding fra at han var ferdig forhandlet med ønsket betenkningstid på krav han hadde lagt fram. Han orienterte samtidig om at
- 22.6. mottok undertegnede en telefon fra der hun mente at kommunen skulle løse inn hennes andel av opparbeidede praksis. Kommunen ber henne sende en skriftlig klage til kommunen hvor hun spesifiserer sin klage og henviser til avtaleverket slik at kommunen kan behandle hennes klage
- Kommunen mottar en skriftlig henvendelse fra NFF på vegne av, der det vises til pk 7.1 i ASA 4313
- Kommunen bekrefter i brev form 27.6.20... at oppgjør mellom fratrede og tiltrede fysioterapeut ikke har noe med kommunen å gjøre
- inngikk skriftlig avtale med kommunen 29.6.
- Kommunen mottok brev fra NFF 6.7. der det vises til forskrift om oppjustering av driftstilskudd datert 16.12.20... hvor de mener kommunen har innløst tilskuddet siden det ikke lyses ut ved samme lokalisering.

### Sakens rettslige side

kommune avviser at de er forpliktet til å betale vederlag i henhold til ASA 4313.

Undertegnede kan ikke se at det er hjemmel for dette i ASA 4313 punkt 11 første ledd og punkt 12.

Det har aldri vært kommunens hensikt at avtalehjemmelen skal innløses. Det har vært sitt eget ønske å beholde lokaliseringen samt inventar og utstyr. Dette fordi han skal fortsette sin virksomhet i helprivat regi. Det fremkommer heller ikke av kommunens utlysning at dette er tale om noen innløsning av avtalehjemmel.

Det fremkommer også av stillingsannonansen at stillingen var 50 % driftsavtale som en ville tilby til en fysioterapeut som allerede hadde redusert avtale med kommunen. Det fremkommer ingenting i utlysningen som skulle tilsi innløsning av hjemmel.

Fra sin side har det også vært klart at hun ikke ønsket å overta lokaliseringen til , men fortsette i sin nåværende lokalisering og videreføre sin praksis. Det vises også til at hun allerede i 2010 søkte om utvidelse av hjemmel.

Kommunen har også hele tiden hatt en åpen dialog med og det har aldri vært uttalt noe uklarhet mellom kommunen og da han hele tiden har vært klar på at han ønsker å beholde sin praksis i privat regi etter at han går av med pensjon.

Etter dette finner jeg det klart at det foreligger særlige grunner som tilsier at hjemmelen skulle fastsettes ved en annen lokalisering. Dette var innforstått fra alle parter.

Kommunen tillater seg også å bemerke at en finner noe underlig at NFF først bistår i forhold til hennes ønske om ikke å betale ut for hans opparbeidede praksis som følge at hun har takket ja til tildelingen, samt bistår i den saken som nå reises av

Etter dette anmoder kommune at saken nå endelig finner sin løsning mellom og »

Etter dette engasjerte advokatfirmaet i , som 10. oktober s.å. tilskrev kommunen:

« kommune: Flytting av avtalehjemmel.  
**Betalingskrav. Prosessvarsel. Dokumentinnsyn.**

## 1. Innledning

Vi bistår fysioterapeut i anledning økonomisk oppgjør etter kommunens deling og flytting av hans 100 % avtalehjemmel.

## 2. Kort om faktum

ble i 1999 tildelt en 100 % avtalehjemmel. Den 17. oktober 20 sa han opp hjemmelen fordi han skulle pensjonere seg.

kommune valgte – i strid med hovedregelen i ASA 4313 punkt 11 – å dele avtalehjemmel i to 50 % hjemler, og lyse disse ut hver for seg uten tilknytning til

hans institutt. Dette skjedde uten at han var orientert, og uten at han fikk mulighet til å uttale seg.

Den ene hjemmelen ble lyst ut eksternt og tildelt mens den andre ble lyst ut internt i kommunen og tildelt

Verdien av opparbeidet praksis ble satt til kr. 144 366. har betalt halvparten av dette beløpet. nekter derimot å betale sin halvpart fordi betalingsforpliktelsen ligger hos kommunen. Kommunen nekter også å betale, og mener det er opp til fysioterapeutene å komme til enighet seg i mellom.

Kommunen begrunner sitt standpunkt med blant annet at «Det har aldri vært kommunens hensikt at avtalehjemmelen skal innløses.», jfr. brev av 27. august 2012 til Norsk Fysioterapeutforbund. Kommunen påstår videre at meddelte at lokaler og utstyr ikke skulle følge avtalehjemmelen, og at han «... hele tiden har vært klar på at han ønsker å beholde sin praksis i privat regi etter han går av med pensjon».

kjenner seg ikke igjen i denne fremstillingen. Hans ønske har vært at hjemmelen skulle utlyses på hans institutt og at ny hjemmelsinnehaver skulle kjøpe hans praksis på ordinært vis. Det er imidlertid riktig at han har gitt uttrykk for at han kunne tenke seg å fortsette med noe behandling uten avtalehjemmel, men dette var tenkt løst direkte med den nye terapeuten. Det har altså ikke på noe tidspunkt vært mening å videreføre praksisen uten avtalehjemmel.

### 3. Sakens rettslige side

ASA 4313 punkt 7.1 sikrer den som avvikler fysioterapipraksis med tilknyttet avtalehjemmel rett på vederlag for inventar, utstyr og opparbeidet praksis. Videreføres hjemmelen på samme institutt, påligger plikten til å yte vederlag den nye hjemmelsinnehaveren. Innløses hjemmelen påligger vederlagsplikten kommunen, det samme gjelder dersom kommunen benytter seg av adgangen til å flytte hjemmelen, jf ASA 4313 punkt 11 første ledd og punkt 12.1 og 12.2.

I dette tilfelle er det klart at kommunen har flyttet hjemmel. De nye hjemmelsinnehaverne har ikke overtatt noen del av praksis, og har ikke plikt til å yte vederlag til ham. Kommunens flytting av hjemmelen har dermed fratatt muligheten til å overdra praksisen slik ASA 4313 punkt 7.1 gir adgang til. Det følger direkte av ASA 4313 punkt 11 at kommunen da har plikt til å kompensere hans tap.

Kommunens anførsel om at den ikke har hatt til «hensikt» å innløse hjemmelen endrer ikke dette. Det avgjørende er at hjemmelen er flyttet, hvilket altså utløser plikt for kommunen til å yte vederlag som om det forelå innløsning. Denne plikten kan kommunen ikke velte over på andre. Vi har imidlertid registrert at kommunen i brev av 7. mai 20 til , skriver at de nye hjemmelshaverne ikke kan inngå driftsavtaler med kommunen før det foreligger signerte overdragelsesavtaler mellom fysioterapeutene. Dette er ikke riktig. Kommunen plikter snarest mulig etter tildelingen å tilby en driftsavtale til den nye hjemmelsinnehaveren, som har to måneder på seg til å akseptere tilbudet, jf ASA 4313 punkt 6.2 fjerde ledd. Dette gjelder uavhengig om fysioterapeutene har blitt enige seg i mellom om deres økonomiske mellomværende.

fastholder etter dette at kommunen plikter å yte vederlag til ham.

Enhetsleder har laget et notat i saken. Dette er vedlagt brevet i bilag 1. Det fremkommer blant annet av notat følgende:

*«I samtale med fratrede fysioterapeut meddelte han at lokaler og utstyr han hadde benyttet i sin praksis, ikke skulle følge avtalehjemmel som han fratrer.*

*Kommunen har hele tiden hatt en åpen dialog med og det har aldri vært uttalt noen uklarheter mellom kommunen og , da det har vært hans ønske å beholde lokalene og utstyret fordi han ønsket å drive en helprivat praksis på deltid nå når han går av med pensjon.»*

I tillegg til dette, har også opplyst i brev av 26. september 2012 at han ønsker å fortsette sin fysioterapivirksomhet. Dette fra i .

Brevet er vedlagt i bilag 2. Dette er opplysninger som nå kommer med, som står helt i motstrid med det som nå fremkommer i deres brev. Dette er noe påfallende.

Det er derfor etter kommunens syn, på det rene at det aldri har vært kommunens hensikt å innløse avtalehjemmelen da ville fortsette sin virksomhet i helprivat regi. Dette har vært klar på hele tiden.

Undertegnede mener også at det er noe underlig at kommer med en helt annen forklaring nå, enn han har gjort tidligere. Etter at det viste seg at ikke har ønsket å betale til han, snur seg nå mot kommunen og krever at kommune skal betale vederlag til han. Dette oppfattes som noe underlig, og ikke særlig troverdig.

Hva gjelder øvrige faktiske og rettslige anførsler, vises det til vårt forrige brev av 27. august 2012. Det gjentas at det aldri har vært kommunens hensikt å innløse hjemmelen. Dette ble også gjort oppmerksom på fra kommunens side.

Deres fremsatte krav avvises derfor av kommune.

Vedlagt er for øvrig de øvrige etterspurte dokumenter i saken som undertegnede har i sin besittelse hva gjelder deres klient.»

**Bilag 2** i ovennevnte brev av 26. september 2012 fra lyder:

«Fortsetter som fysioterapeut uten driftstilskudd fra kommunen  
Jeg informerer at jeg ønsker å drive med fysioterapivirksomhet uten kommunal støtte ved , f.o.m 01.10.2012. Eventuell adresseendring i fremtiden blir informert.»

I stevningen heter det i anledning ovennevnte:

«**Bilag 10** Brev fra kommunen med vedlegg

Selv om en eventuell aksept fra er uten betydning for kommunens erstatningsplikt, bemerkes at det ikke er riktig at aksepterer flytting og deling av hjemmelen, slik

#### 4. Betalingskrav

Kommunen bes innen to uker fra dags dato innbetale kr. 72 183 til vår klientkonto. Innbetalingen merkes «sak [redacted]».

Forsinkelsesrenter blir tillagt fra forfall til betaling skjer.

#### 5. Prosessvarsel

Dersom kommunen unnlater å betale innen angitt frist, vil [redacted] bringe saken inn for tvisteløsningsnemnd, jfr. ASA 4313 punkt 12.3. Kommunen plikter å medvirke til nemndsbehandlingen.

Det tas forbehold om å utvide betalingskravet til også å gjelde verdien av inventar og utstyr, som ville blitt overdratt nye hjemmelsinnehaver dersom hjemmelen hadde blitt utlyst på instituttet.

#### 6. Dokumentinnsyn

Vi ber om at alle dokumenter knyttet til [redacted] oppsigelse, kommunens deling og flytting av hjemmelen oversendes snarest. Det samme gjelder dokumentene knyttet til utlysning og tildeling av de to halve hjemlene. Innsynsbegjæringen gjelder også ikke dokumentførte dokumenter og e-poster.»

Kommunen avviste kravet i brev av 2. november 2011. Kommunen hevder at [redacted] muntlig ble informert om flyttingen og delingen, og at han skal ha akseptert dette. Den hevder også at han skal ha gitt uttrykk for et ønske om å beholde utstyret og lokalene for videre drift uten hjemmel.

##### Brevet lyder:

«Undertegnede viser til deres brev av 1. oktober 20[redacted]. Det vises også til vårt brev av 27. august 20[redacted]. Våre anførsler der opprettholdes uten unntak. Deres anførsler endrer ikke på kommunens syn på saken.

##### Sakens faktum:

[redacted] kommune er ikke enig i dine beskrivelser av faktum hva gjelder [redacted] og hans planer for videre drift på sitt institutt. Deres klient har aldri sagt til kommunen at han ønsker at ny hjemmelsinnehaver skulle kjøpe hans praksis på ordinært vis.

Ved oppsigelsen kommuniserte [redacted] først at hans leieavtale gikk ut 30.6. [redacted] og at det dermed ikke ville bli videreført noe fysioterapivirksomhet i disse lokalene og at utstyret var så gammelt at han ikke så det som hensiktsmessig at noen skulle overta dette. På kommunens spørsmål til [redacted] om det da ville si at kommunen hadde et tilskudd som i praksis kunne samlokaliseres i sammen med de øvrige instituttene i kommunen, hadde han ingen innvendinger til dette. I senere samtaler med [redacted] kom det fram at han hadde tenkt å drive helprivat som fysioterapeut i perioder av året når han var i Norge. Kommunen orienterte han da om at han i så fall skriftlig måtte melde inn sin virksomhet.

kommune hevder. Han ble som nevnt først kjent med flyttingen da han mottok kommunens brev inntatt som bilag 4. Inntil da hadde han sett for seg at hjemmelen skulle videreføres på hans institutt og at en vanlig overdragelse skulle finne sted, jf. også vårt brev av 10. oktober 20... til kommunen, bilag 9.»

Kommunens avvisning ble videre kommentert fra advokat ... i brev av 11. november:

«Innledningsvis finner vi grunn til å bemerke at det ikke er noe motstrid mellom innholdet i vårt brev og det faktum at ... har startet opp praksis i privat regi, slik kommunen skriver. Tvert om er det helt i tråd med det som er sagt, nemlig at han ønsket å drive noe virksomhet også etter instituttet var overdratt. Vi kan derfor ikke se at det er noe «påfallende» ved dette. Det å drive videre i redusert omfang og i privat regi, er selvsagt ikke ensbetydende med at han ikke ønsket å selge virksomheten knyttet til avtalehjemmelen.

En gjennomgang av dokumentene i saken, viser at det ikke finnes noen skriftlig dokumentasjon på at ... ble orientert om konklusjonen fra møtene med kommunalsjef og samarbeidsutvalget. Heller ikke er det dokumentasjon på at «... han hadde ingen innvendinger...» mot denne. Slike sentrale opplysninger skal foreligge skriftlig, noe som er kommunen som forvaltningsorgan sin oppgave å sørge for. Det er dessuten et spørsmål om beslutning om ikke å videreføre hjemmelen på instituttet, skulle skjedd ved enkeltvedtak. Uansett er det store svakheter ved kommunens saksbehandling på dette punkt.

Det framstår som noe uklart hvilken betydning kommunen tillegger ... angivelige manglende innvendinger mot flyttingen. Vi antar at kommunen ikke mener at han med det skal ha oppgitt det økonomiske kravet ASA 4313 gir ham. Det ville i så fall vært helt uforenlig med at kommunen forutsatte at de nye hjemmelshaverne måtte inngå kjøpsavtale med ... før kommunal driftsavtale kunne inngås, noe som bekrefter at kommunen var innforstått med at ... hadde sitt krav i behold.

Spørsmålet er derfor bare hvem som har betalingsforpliktelsen. Svaret kan leses direkte utt av ASA 4313 punkt 11, som plasserer den hos kommunen. Om kommunen hadde til hensikt å innløse eller ikke, er irrelevant. Det er også irrelevant hvorvidt ... hadde innvendinger til kommunens flytting eller ikke. Heller ikke hans ønske om å drive noe praksis som pensjonist har betydning. Kravet på kompensasjon for praksisen opparbeidet under driftsavtalen med kommunen er i behold uansett.

For at betalingsforpliktelsen skulle kunne plasseres hos ny hjemmelshaver, må hjemmelen videreføres på samme sted som før. Videre må det være noe i praksisen som vedkommende kan dra nytte av, typisk pasientlister, gode kontorrutiner, innarbeidet institutt mv. Kort og godt skal det betales for fordelene av å komme til «dekket bord». Siden hjemmelen var flyttet, fantes det ikke lenger noe «dekket bord» å komme til. Følgelig er det heller ingenting å betale for, med mindre kommunen – mot formodning – skulle mene at ny hjemmelshaver skal betale ... for selve hjemmelen.

Sakens kjerne kan etter dette oppsummeres veldig kort. Flyttingen medførte at ny hjemmelshavers plikt til å kjøpe ... praksis bortfalt. ASA 4313 punkt 11 pålegger kommunen å kompensere tapet som dette påførte ham. Vi kan ikke se dette er særlig komplisert, og saken vil nå bli brakt inn for nemnd.»

Avslutningsvis i stevningen heter det:

### «3. Sakens rettslige side

ASA 4313 punkt 7.1 sikrer tidligere hjemmelssinnehaber rett til å kreve overdratt praksisen til ny innehaver dersom hjemmelen videreføres på samme institutt. Ny innehaver har en korresponderende plikt til å kjøpe denne. Kjøpeplikten strekker seg imidlertid ikke lenger enn til det ny hjemmelshaver kan nyttiggjøre seg, jf. ASA 4313 punkt 7.1 annet ledd og nemndsavgjørelser 6. januar 2011 og 17. januar 2012.

Hovedregelen er at en ledig hjemmel skal utlyses på samme institutt, med mindre særlige grunner tilsier en annen lokalisering, jf. ASA 4313 punkt 11. Benytter en kommune seg av retten til å flytte en ledig hjemmel, fratas tidligere hjemmelshaver muligheten til å overdra praksisen til den nye. For å unngå at tidligere innehaver påføres et økonomisk tap, er kommunen pålagt plikt til å yte vedkommende erstatning, jf. ASA 4313 punkt 11 første ledd og punkt 12.1 og 12.2

Det er uomtvistet at kommunen har flyttet [redacted] hjemmel. Plikten til å yte ham vederlag påhviler derfor kommunen. Dette følger direkte av ASA 4313 punkt 11. Kommunenes Sentralforbund (KS) fastslår det samme i sine kommentarer til ASA 4313, hvor det framgår at

*«KS vil sterkt frarå at kommunen i forbindelse med utlysning/rekruttering åpner for en annen lokalisering. Dette vil kunne svekke fratreddende fysioterapeuts rettigheter til overdragelse etter punkt 7, og kommunen kan dermed få et erstatningskrav mot seg»*

Kommunens begrunnelse for ikke å betale er, etter det vi forstår, at den ikke har hatt til «hensikt å innløse hjemmelen». Til dette bemerkes at [redacted] ikke på noe tidspunkt har anført at hjemmelen er innløst. Derimot er det anført at den er flyttet, hvilket framstår som en vitterlig kjensgjerning. Konsekvensen av dette er at hans rett til å kreve overdratt praksisen til de nye hjemmelshaverne bortfalt, og at kommunen pådro seg erstatningsansvar.

Kommunen synes også å antyde at [redacted] frasa seg retten til å kreve vederlag siden han ønsket å drive videre. Dette er i så fall et forfeilet utgangspunkt. Det er ikke noen motstrid mellom det å selge praksisen knyttet til avtalehjemmelen og videre drift i helprivat regi. Slik partene har innrettet seg, er det uansett slik at kommunen på tidspunkt for flyttingen ikke kan ha ment at [redacted] hadde frasagt seg vederlagsretten. Hadde den ment det, ville den klart nok ikke stilt som krav at de nye hjemmelshaverne skulle kjøpe hans praksis.

Kommunens krav om enighet om overdragelsene er for øvrig uten rettslig grunnlag. Det er ikke anledning til å stille som vilkår for inngåelse av driftsavtale at fysioterapeutenes mellomværende er i orden. Tvert om er systemet slik at kommunen ikke skal blande seg inn i dette, og det er forbud mot forhandlinger om overdragelsesvilkår før avtalehjemmelen er tildelt, jf. ASA 4313 punkt 7.1 sjette og sjuende ledd.

Uten at det har betydning for kommunenes forpliktelse, tilføyes at kommunens saksbehandling av flyttespørsmålet er mangelfull og uforsvarlig. Flyttevedtaket virket bestemmende på [redacted] rett til å kreve overdragelse etter ASA 4313 punkt 7.1. Det er derfor et spørsmål om det skulle skjedd som enkeltvedtak. I alle tilfelle skulle det vært en skriftlig prosess som involverte [redacted] og ga ham mulighet til å ivareta hans interesser undervis.

#### 4. Bevisførsel

Dersom det skal avholdes muntlige forhandlinger, vil [redacted] føre fysioterapeutene og [redacted] som vitner. De skal forklare seg om tildelingsprosessen og deres kontakt med kommunen.

Det tas forbehold om også å føre enhetsleder [redacted] kommune, som vitne

#### 5. Sakskostnader

[redacted] krever seg tilkjent sakskostnadene.

Han er villig til å stille et passende beløp som garanti for nemndas kostnader.

#### 6. Påstand

Med forbehold om ytterligere anførsler og bevis, nedlegges slik

##### Påstand:

1. [redacted] kommune er pliktig til å betale [redacted] erstatning etter ASA 4313 punkt 11, jf. punkt 12.
2. [redacted] tilkjennes sakskostnadene.»

Den nedlagte påstand er en fastsettelsespåstand for kommunenes ansvar, noe nemndsleder påpekte overfor advokatene i saken i skriv av 13. desember 2012.

[redacted] kommune v/advokat [redacted] avga 30. januar 20 [redacted] tilsvar i saken.  
Herfra hitsettes:

« [redacted] kommune samtykker i at nemnda kan settes med kun lederen til stede, jf. retningslinjene for nemndsbehandling pkt. 6

Undertegnede forutsetter at det skal avholdes muntlige forhandlinger.

##### Faktum i saken:

Hva gjelder faktum i saken, vises det til advokat [redacted] merknader. [redacted] kommune har imidlertid noen tilføyelser hva gjelder faktum.

Det er riktig at [redacted] kommune flyttet avtalehjemmelen. Bakgrunnen for dette var imidlertid at saksøker selv ønsket dette. Han formidlet til kommunen at han hadde sagt opp leieforholdet til sine lokaler, og at han skulle fortsette i helprivat regi uten driftstilskudd. Saksøker hadde således et ønske om at hjemmelen skulle flyttes. [redacted] kommune fikk ikke noe inntrykk av at saksøker ønsket at flere fysioterapeuter skulle arbeide på samme institutt. Dette vil enhetsleder [redacted] forklare seg om under forhandlingene i nemnda. Nemnda tilbys derfor som vitne:

- Enhetsleder [redacted]

Det er også slik at saksøker aksepterte en flytting av hjemmelen, samt oppdeling av denne. [redacted] vil også forklare seg om dette.

Det er heller ikke riktig at det ikke var noen dialog mellom kommunen og saksøker mellom oppsigelsen og mai 20 . Det var en god del muntlig kontakt mellom partene. Dette vil også forklare seg om.

Pr. dags dato, driver saksøker helprivat fysioterapi i samme lokaler som tidligere. Disse lokalene ligger i , samme adresse som han oppgir i denne sak. Det er således derfor slik at det ikke er noen goodwill å overta etter saksøker. Saksøker provoseres til å legge frem pasientlister, samt regnskapstall for hele 2011 og 2012. Det provoseres også fremlagt en leiekontrakt som viser lokalets størrelse etc.

Det provoseres også opplyst om og når saksøker har tilbakebetalt penger til , som han har sagt at han skal gjøre.

Siden det ikke er noen goodwill å overta etter saksøker, og han fremdeles har mye av de samme pasientene, må kommunens erstatningsplikt reduseres vesentlig, om kommunen blir pålagt et erstatningsansvar.

### Sakens rettslig side

kommune erkjenner at kommunen i realiteten har flyttet en avtalehjemmel. Og således i utgangspunktet er pliktig til å betale en erstatning til saksøker. Men, siden det neppe er tale om noe økonomisk tap, og det uansett ikke er overført noen goodwill, er kommunen i utgangspunktet ikke erstatningspliktig.

Subsidiært, om kommunen må betale erstatning er spørsmålet imidlertid hvor høy denne erstatningen i så fall skal være, og saksøker må etter kommunens syn, kunne påvise et økonomisk tap. I utgangspunktet mener kommunen at kommunens erstatningsplikt bortfaller, da det ikke er tale om noen overført goodwill i saken. Spørsmålet er om saksøker i realiteten er blitt påført et økonomisk tap, som er et vilkår for erstatningsplikt. Dette må dokumenteres fra saksøker. Så langt er dette ikke gjort.

kommune mener at når saksøker nå driver helprivat virksomhet, er goodwill redusert betraktelig, og det blir spørsmål om hva og egentlig har overtatt. De har etter kommunens syn kun overtatt en hjemmel, og ikke noen praksis. Praksisen har saksøker selv beholdt. Siden saksøker har valgt å fortsette å drive sin virksomhet, driver han dermed ut sitt eget krav, slik at kommunens erstatningsansvar blir minimalt.

Vitnene og må forklare seg om eventuell goodwill de har overtatt fra saksøker. Dette reguleres av ASA 4313 pkt. 12, og det blir et spørsmål om kompensasjonens størrelse om disse anses å ha overtatt noen goodwill. Det er etter kommunens syn her tvisten nå står. kommune mener etter dette at om kommunen blir erstatningspliktig, så er det størrelsen på erstatningen som kommune mener at nemnda skal ta stilling til, jf ASA 4313 pkt. 12.3. Denne kan settes lik 0, og kommunen fritas således for erstatningsplikt.

Hva gjelder dokumentasjon for at saksøker forsetter i privat regi, vises det hans brev av 26. september som er vedlagt stevningen.

Hva gjelder beløpets størrelse, vises det til at saksøker også har erkjent at de som har overtatt hjemmelen, ikke har tatt over noe, og således ikke skal betale. Det vises til brev av 11. november 20 fra advokat . Dette må også kunne overføres til forhold til

kommunens erstatningsplikt. Om kommunen skal utbetale erstatning her, må beløpet være minimalt, og nærmest lik kr. 0,-.

Hva gjelder kommunens saksbehandling, erkjennes det at denne har vært noe misvisende. Det i seg selv gir uansett ingen grunnlag for erstatning.

#### Påstand:

1. Prinsipalt: [redacted] kommune frifinnes for erstatningsansvar.
2. Subsidiært: [redacted] kommune er pliktig til å betale [redacted] erstatning etter ASA 4313 pkt. 11, jf pkt. 12 med et beløp oppad begrenset til kr 144 466,-.
3. [redacted] kommune tilkjennes sakskostnadene i saken.»

I prosesskriv av 13. mars s.å. ga advokat [redacted] følgende bemerkninger til tilsvaret.

#### 1. "Saksøkers bemerkninger til tilsvaret

Saksøker registrerer at saksøkte nå erkjenner at det foreligger flytting med tilhørende plikt for kommunen til å yte erstatning, jf. ASA 4313 punkt 11 første ledd og punkt 12.1 og 12.2. Partene har således nå sammenfallende oppfatning av denne delen av faktum og de rettslige implikasjoner det har.

Saksøkte krever seg likevel frifunnet fra erstatningsansvaret. Etter det vi forstår, baseres dette på at saksøker angivelig skal ha tilkjennegitt et «ønske» om at hjemmelen skulle flyttes. Dette er ikke riktig. Saksøker hørte ingenting fra kommunen fra han sa opp hjemmelen til han fikk beskjed om overdra den til [redacted] og [redacted] med en halvpart hver. Følgelig har han ikke akseptert flytting, deling og heller ikke «ønsket» at det skulle skje.

Frifinnelsespåstanden synes også å være basert på at det «... uansett ikke er overført noen goodwill...». Saksøkte har rett i at det ikke ble overført noen goodwill. Saksøkte synes imidlertid ikke å ha forstått årsaken til at det ikke skjedde, som nettopp var kommunens flytting av hjemmelen. Flyttingen medførte at hjemmelen ikke ble lyst ut på saksøkers institutt. Hadde den blitt det, kunne saksøker krevd at den som fikk hjemmelen skulle kjøpe inventar, utstyr og opparbeidet praksis, jf. ASA 4313 punkt 7.

Saksøkte tilkjennegir videre at det «... blir et spørsmål om hva [redacted] og [redacted] egentlig har overtatt...». Dette er et fullstendig forfeilet utgangspunkt. [redacted] og [redacted] har nemlig ikke overtatt noe som helst fra saksøker, og var heller ikke forpliktet til å gjøre det. Grunnen er, for å gjenta det, at hjemmelen ble flyttet og delt før utlysning, hvilket medførte at retten og plikten til å overdra praksis slik den fremkommer i ASA 4313 punkt 7, bortfalt.

Poenget er, som allerede nevnt, at dersom hjemmelen ikke hadde blitt flyttet, ville saksøker kunne krevd at den nye hjemmelsinnehaveren skulle kjøpe inventar, utstyr og opparbeidet praksis slik ASA 4313 punkt 7 gir han rett til. Denne muligheten forsvant da kommunen flyttet hjemmelen, det var da ingen ny hjemmelshaver som saksøker kunne kreve skulle kjøpe hans virksomhet. Det er nettopp i disse tilfellene – hvor det altså ikke er mulighet til å gjennomføre en overdragelse mellom tidligere og ny hjemmelsinnehaver – at reglene om kommunens erstatningsplikt skal anvendes for å bøte på det økonomiske tapet saksøker ellers ville lidt.

Kommunens standpunkt synes også å bygge på at det ikke «... var noen opparbeidet praksis å overdra...» til [redacted] og [redacted]. Det er riktig at saksøker ikke hadde noe å overdra til de to fysioterapeutene, men dette skyldes altså ene og alene flyttingen av hjemmelen som fratok saksøker retten til å kreve overdragelse.

Det er imidlertid ikke riktig at saksøker ikke hadde en praksis å overdra overhodet, hvis saksøkte skulle mene det. Saksøker hadde en fullt operativ praksis med tilhørende lokaliteter og pasientlister som en hjemmelsinnehaver kunne nyttiggjort seg. Saksøkers plan om å drive noe praksis i helprivat regi som pensjonist endrer ikke dette, det avgjørende er at det var en etablert praksis med tilhørende pasienter tilknyttet hjemmelen. Den nye fysioterapeuten ville med andre ord sluppet å begynne helt fra start, og kommet til «dekket bord». Denne verdien fikk ikke saksøker realisert på grunn av kommunens flyttebeslutning.

Saksøkte synes også å være av den oppfatning at saksøker ikke har lidt noe økonomisk tap. Det er i så fall heller ikke riktig. Det er åpenbart at han har lidt et økonomisk tap fordi han ikke fikk overdratt virksomheten sin til en fysioterapeut som skulle drive hjemmelen hans videre. Forhandlingene med [redacted] og [redacted] viste at de to var villig til å betale kr. 144 366 for opparbeidet praksis. Det finnes ingen grunn til å anta at en som skulle drevet instituttet videre ikke ville betale det samme, og beløpet må derfor legges til grunn som saksøkers tap. I tillegg kommer verdien på inventar og utstyr, som er taksert til kr. 15 000. Totalt tap er da kr. 159 366.

Taksten fremlegges som

**Bilag 1:** Takst fra [redacted] 21. februar 20[redacted]

Til saksøkers provokasjoner kan følgende opplyses:

- Saksøker har ikke betalt tilbake pengene mottatt fra [redacted]. Dette vil skje når nemndas avgjørelse foreligger.

**Bilag 2:** Brev til [redacted] 20. november 20[redacted]

- Lokalene var på 110 kvm og tilpasset instituttets behov.

**Bilag 3:** Leiekontrakt 8. mars 1999

- Det er ikke riktig at saksøker driver fysioterapivirksomhet i samme lokalene som han utøvet hjemmelen i, slik kommunen hevder i tilsvaret. Instituttet er stengt helt ned.
- Pasientlistene er undergitt taushetsplikt og kan ikke fremlegges.
- Regnskapsopplysningene som er relevante for fastsettelsen av verdien av opparbeidet praksis er inntatt i stevningens bilag 5.

Avslutningsvis nevnes at saksøker er overrasket og skuffet over at kommunen bestrider forhandlingsresultatet som fysioterapeutene fremforhandlet. Forhandlingene og den etterfølgende betalingen fant sted etter et urettmessig pålegg fra kommunen, og det var å forvente at saksøkte ikke så sent i saken sådde tvil om en verdifastsettelse som den selv

fremtvang. Forholdet er et av flere eksempler på at kommunens opptreden ikke har den ryddighet som man med rimelighet må kunne forvente av et offentlig organ.

Et annet eksempel på uryddigheten er saksøktes stadige henvisninger til de angivelige samtalene med saksøker hvor både flytting og deling av hjemmelen skal ha blitt diskutert, akseptert og nå også «ønsket». Problemet med dette er at saksøker verken snakker eller forstår norsk godt nok til at slike samtaler er mulig å gjennomføre på forsvarlig vis. Dette ga kommunens saksbehandler en sterk oppfordring til å kommunisere skriftlig med saksøker, hvis det nå var kontakt mellom partene slik det hevdes fra saksøkte.

Kommunens forhold i det hele tatt bærer bud om flere alvorlige mangler ved saksbehandlingen både hva det gjelder prosess og innhold, hvilket selvsagt er bekymringsfullt.

### **3. Endring av påstand**

Saksøker anla saken som et fastsettelsessøksmål i tillit til at kommunen ville legge til grunn beløpet fysioterapeutene hadde fremforhandlet når nemnda hadde slått fast erstatningsplikten. Siden det nå viser seg at det ikke var grunnlag for denne tilliten, må påstanden endres slik at nemnda utmåler erstatningsbeløpet.

Saksøker legger derfor ned følgende endrede

#### **Påstand:**

1. [redacted] kommune betaler til [redacted] kr. 159 366, med tillegg av lovens forsinkelsesrenter fra forfall til betaling skjer.
2. [redacted] tilkjennes sakskostnadene.»

Bilag 2 i nevnte prosesskriv lyder:

#### **«Tilbakebetaling av oppgjør for fysioterapipraksis**

Vi viser til dagens telefonsamtale.

[redacted] er villig til å betale tilbake beløpet du har betalt han for opparbeidet praksis, jf avtale 21. juni 2012.

Tilbakebetaling forutsetter at tvisteløsningsnemnda gir han medhold i at kommunen er betalingspliktig.

Det er tatt ut stevning til nemnda, og vil komme tilbake til deg så snart avgjørelse derfra foreligger.»

I nytt prosesskriv av 13. mai fra advokat [redacted] heter det:

«Vi viser til saksøktes tilsva 30. januar 20 [redacted] og vårt prosesskrift 13. mars 20 [redacted], som står ukommentert fra saksøkte.

Saksøker ønsker fortgang på saken og foreslår derfor at nemnda avgjør saken skriftlig. Saken synes å egne seg godt for skriftlig behandling siden saksøkte har erkjent at det foreligger flytting med tilhørende plikt for kommunen til å erstatte saksøkers tap. Dett eneste nemnden

trenger å ta stilling til er om flyttingen har medført tap for saksøker og hvor stort dette tapet eventuelt er.

Hva gjelder spørsmålene økonomisk tap, viser saksøker til hva som tidligere er anført. Det tilføyes at siden praksisen som var tilknyttet avtalehjemmelen ble avviklet for en god stund siden og lokalene nå er disponert til andre formål, er det ikke mulig for saksøkte å etablere et prosedabelt grunnlag for å kreve at nemnda skal legge til grunn en annen verdi en det fysioterapeutene fremforhandlet seg i mellom. Forhandlingsresultatet er selvsagt uansett det beste beviset for hvilken verdi praksisen hadde den gang. Det finnes overhode ingen grunn til å hevde at de tre fysioterapeutene tok feil, ei heller at en som skulle drevet instituttet videre ikke ville betale det samme. Nemnda må derfor legge til grunn dette beløpet som saksøkers tap, med tillegg av verdien på inventar og utstyr, til sammen kr. 159 366.

Vi er som det fremgår av forrige prosesskrift forundret over kommunens håndtering av denne saken. Den har så langt ikke opptrådt slik en forventer av et offentlig organ. Vi henstiller derfor nå kommunen om ikke å vidløftiggjøre saken ytterligere, men heller bidra til at den nå kan finne sin løsning på en kostnadseffektiv måte. Det dreier seg tross alt om et relativt beskjedent beløp for kommunens del. Kommunen bes derfor om å samtykke til skriftlig behandling.»

I prosesskriv av 21. juni har advokat  
kommune:

anført følgende på vegne av

## 1. «Innledning

Det vises til saksøkers prosesskrift av 13. mars og 13. mai 2014. Jeg har overtatt saken fra som er i permisjon.

## 2. Saksøktes bemerkninger til de to siste prosesskrift

Saken gjelder tolkning av ASA 4313 punkt 12.2

Av denne fremgår at kommunen skal «kompensere det økonomiske tap fratredende fysioterapeut lider ved ikke å kunne overdra sin praksis etter punkt 7.»

Vilkårene for kompensasjon etter punkt 12.2 er etter denne sides oppfatning ikke oppfylt.

Det anføres fra kommunens side prinsipielt at saksøker her ikke oppfyller vilkåret om «økonomisk tap».

Det anføres subsidiært at saksøker her ikke kan betraktes som «fratredende fysioterapeut». Det vises til at det ikke foreligger noen mulighet for overdragelse av praksis etter punkt 7 i og med at saksøker hadde planer om å fortsette sin virksomhet i samme lokaler og med de samme pasienter.

Atter subsidiært anføres det at det økonomiske tap er lik null eller meget beskjedent, hensett til saksøkers gjennomførte planer om fortsettelse av virksomheten.

## 2.1 Vilkåret om økonomisk tap

Det anføres fra kommunens side prinsipalt at saksøker ikke oppfyller vilkåret om økonomisk tap. Saksøker hadde lenge før hjemmelen ble overdratt planer om å fortsette sin virksomhet som fysioterapeut fra sine egne lokaler og sine gamle pasienter. Han fortsatte dermed virksomheten som et «going concern».

Det er her tilstrekkelig av saksøker fortsatte sin virksomhet en dag ut over den dato han hadde satt som pensjonsdato, 1. juli 2010.

At han ut over høsten 2010 eventuelt hadde planer om å være borte fra klinikken i perioder har i denne sammenheng ingen betydning. Dette er hans eget valg.

Det finnes i det fremlagte materiale i saken omfattende dokumentasjon på at saksøker hadde planer om å fortsette virksomheten, og at han også fortsatte virksomheten utover høsten 2010.

Det vises her først til bilag 2 til bilag 10 til stevningen, brev fra saksøker til [redacted] i [redacted] kommune av 26. september 2010. Her fremgår at saksøker: «Fortsetter som fysioterapeut uten driftstilskudd fra kommunen.» Videre fremgår at: «Jeg informerer at jeg ønsker å drive med fysioterapivirksomhet uten kommunal støtte ved [redacted] f.o.m. 01.10.2010. Eventuell adresseendring i fremtiden blir informert.»

Saksøker fortsatte dermed virksomheten i alle fall en dag fra 1. oktober 2010.

Det vises videre til bilag 1 til bilag 10 til stevningen, notat av 17. juli 2010 fra enhetsleder [redacted] kommune. Her fremgår innledningsvis at kommunen mottok oppsigelse fra saksøker 17. oktober 2010 med opplyst fratredelse 1. juli 2010. Det fremgår videre at: «I samtale med fratrede fysioterapeut meddelte han at lokaler og utstyr han hadde benyttet i sin praksis ikke skulle følge avtalehjemmelen som han fratrer.» Nederst på side 2 i notatet fremgår at: «Kommunen har hele tiden hatt en åpen dialog med [redacted] og det har aldri vært uttrykt noe uklarhet mellom kommunen og [redacted] da det har vært hans eget ønske å beholde lokalene og utstyret fordi han ønsket å drive en helprivat praksis som fysioterapeut på deltid når han går av med pensjon.»

Saksøker ønsket som man ser å beholde lokaler og utstyr for å drive virksomheten videre som privat praksis. Dette gjelder da selvsagt også saksøkers pasienter.

Det vises videre til bilag 9 til stevningen, brev fra advokat [redacted] til kommunen av 10. oktober 2010. Her uttales blant annet øverst på side 2: «Det er imidlertid riktig at han har gitt uttrykk for at han kunne tenke seg å fortsette med noe behandling uten avtalehjemmel, men dette var tenkt løst direkte med den nye terapeuten.» Litt lenger nede på side 2 uttales at: «De nye hjemmelsinnehaverne har ikke overtatt noen del av [redacted] praksis, og har ikke plikt til å yte vederlag til ham.»

Saksøker ønsket altså å fortsette virksomheten. Og de nye hjemmelsinnehaverne overtok intet av saksøkers praksis, slik at han kunne fortsette sin virksomhet, i samme lokaler, med samme utstyr og med samme pasientgruppe.

Det vises også til bilag 11 til stevningen, brev fra advokat [redacted] til kommunen av 11. november 2010. Her uttales blant annet øverst på side 1: «...det ikke er noe motstrid mellom

innholdet i vårt brev og det faktum at [redacted] har startet opp praksis i privat regi, slik kommunen skriver. Tvert om er det helt i tråd med det som er sagt, nemlig at han ønsket å drive noe virksomhet også etter instituttet var overdratt. ... Det å drive i redusert omfang og i privat regi, er selvsagt ikke ensbetydende med at han ikke ønsket å selge virksomheten knyttet til avtalehjemmelen.»

Det bekreftes her blant annet at saksøker ønsket å drive virksomheten videre etter at instituttet var overdratt.

Det antas på denne bakgrunn at saksøker fortsatte virksomheten fra 1. juli 20[redacted], og det antas at han fortsatte virksomheten som et «going concern», med de samme pasienter og fra samme lokaler.

Han har dermed ikke lidt noe økonomisk tap etter punkt 12.2.

## **2.2 Vilkåret om fratreddende fysioterapeut etter punkt 12.2**

I og med at saksøker ønsket å fortsette sin virksomhet som beskrevet kan det heller ikke sies at han oppfyller vilkåret om «fratreddende fysioterapeut» som overdra(r) sin praksis etter punkt 7.»

Vilkårene i punkt 7.1 om samtidig overdragelse av fysioterapivirksomheten kunne her ikke oppfylles av saksøker fordi han ønsket å fortsette sin praksis som beskrevet ovenfor.

Det vises her til at punkt 7.1 forutsetter at virksomheten overdras fullt ut gjennom at eksisterende innehaver fratrer.

Her vises blant annet til at punkt 7.1 gjelder «overdragelser». Videre brukes i første ledd begrepet «når vedkommende avslutter sin virksomhet». Annet ledd bruker begrep som «ny fysioterapeut», «eksisterende innehaver», «fratreddende og tiltredende fysioterapeut,» og «ny praksisinnehaver». Videre fremgår det at prisen mellom fratreddende og tiltredende fysioterapeut skal «omfatte verdien av inventar og utstyr etter takst». Inventar og utstyr skal altså gå med i overdragelsen.

Hertil kommer at det av punkt 11 fremgår at den ledige avtalehjemmel som hovedregel skal utlyses «ved samme institutt.» Dermed vil både inventar og utstyr samt de aktuelle lokaler bli brukt av ny hjemmelsinnehaver.

Av punkt 7.1 tredje ledd fremgår at overdragelse av virksomheten gir «krav på vederlag for verdien av praksisen som er opparbeidet på grunnlag av driftsavtalen». Dette forutsetter da at praksisen reelt sett overdras, herunder lokaler, inventar/utstyr samt pasientgruppen tilknyttet praksisen.

Eksisterende innehaver kan dermed ikke fortsette sin virksomhet, slik saksøker her hadde planer om, og som han gjennomførte fra 1. juli 20[redacted].

At de to nye hjemmelsinnehaverne ikke overtok noe fra saksøker fremgår av fremstillingen ovenfor under punkt 1.

har også bekreftet skriftlig at hun ikke fikk overdratt noe av praksisen til saksøker.

**Bilag 1:** Brev fra [redacted] til [redacted] kommune av 25. august 201 [redacted]

De to nye hjemmelsinnehavere og enhetsleder [redacted] må forklare seg om disse forhold, alternativt ved å avgi skriftlige forklaringer dersom saken skal behandles skriftlig.

Saksøker er på denne bakgrunn ikke «fratredende fysioterapeut» etter punkt 12.2.

Vilkårene i punkt 12.2 er dermed heller ikke på dette punkt oppfylt.

### **2.3 Intet eller meget beskjedent økonomisk tap**

Atter subsidiært anføres det at saksøker ikke har hatt noe økonomisk tap. Det vises her igjen til at saksøker hadde planer om å fortsette virksomheten, og at han fortsatte virksomheten.

At han velger å ha perioder med opphold i driften er hans eget valg. Han har dermed ikke hatt noe tap som følge av de perioder han ikke driver virksomheten.

Det er det konkrete økonomiske tap ved ikke å kunne overdra praksisen i samsvar med punkt 7 som er temaet etter punkt 12.2 første ledd. At saksøker og de nye hjemmelsinnehavere ble enige om et standard 20 % vederlag etter punkt 12.2 annet ledd har i denne forbindelse ingen betydning. Dette sier intet om at saksøker har hatt et økonomisk tap når han hadde planer om å fortsette virksomheten, og fortsatte denne i samsvar med sine planer.

Det er her under enhver omstendighet saksøker som må føre bevis for at han har hatt et økonomisk tap, og han må også føre bevis for størrelsen av dette. Slikt bevis er ikke ført.

Saksøker må på denne bakgrunn, for å oppfylle sin bevisbyrde, fremlegge full dokumentasjon på det tap han mener å ha hatt. Dette antas kanskje å kunne belyses blant annet gjennom fremleggelse av regnskap for virksomheten for 2010, 2011 og 2012. Videre kan saksøkers selvangivelser for disse år kanskje belyse noe her.

### **3. Bevisførsel og spørsmål om muntlige forhandlinger**

Saksøker må som nevnt dokumentere et eventuelt økonomisk tap.

De tre vitenene må forklare seg, eventuelt gjennom skiftelige erklæringer, jf punkt 8.3 annet ledd bokstav b, jf punkt 8.5 annet ledd.

Av hensyn til sakens begrensede omfang antas det at den bør avgjøres på grunnlag av skriftlig behandling, jf punkt 8.4. Her vises også til punkt 8.3 om at det blant annet ønskes en rask og kostnadseffektiv behandling, noe som også fremgår av formålsregelen i punkt 2 i retningslinjene.

### **4. Endring av påstand**

Med forbehold om ytterligere anførsler og bevis nedlegges følgende endrede

### Påstand:

1. Prinsipalt: ..... kommune frifinnes.
2. Subsidiært: ..... kommune er pliktig til å betale erstatning etter ASA 4313 pkt. 11, jf pkt. 12 med et beløp oppad begrenset til kr. 159 366
3. .... dekker alle kostnadene til nemnda, jf retningslinjene punkt 12.
4. .... kommune tilkjennes egne sakskostnader i saken, jf retningslinjene punkt 12.»

I prosesskriv av 9. juli gjør advokat ..... gjeldende:

«Vi viser til saksøktes prosesskrift 21. juni 20... og nemndens e-post i går hvor eventuelle bemerkninger fra saksøkers side ble utbedt.

Saksøktes prosesskrift gjentar i stor grad kommunens argumentasjon fra tilsvaret 30. januar 2013. Tilsvaret ble kommentert herfra i prosesskrift 13. mars 20...

Kommunens atferd og prosesskrifter viser at den fremdeles misforstår ASA 4313 på vesentlige punkter. Mye kunne vært sagt og skrevet om dette, men vi nøyer oss med å vise til våre tidligere prosesskrifter. Det skal likevel påpekes at kommunens utlegning om betydningen av at saksøker ønsket å drive noe helprivat praksis videre er åpenbar uriktig. Fortsatt virksomhet i helprivat regi griper ikke inn retten til å kreve overdragelse av praksisen tilknyttet avtalehjemmelen prissatt etter de kriterier ASA 4313 gir.

Kommunens resonnement forutsetter for øvrig at alle pasientene saksøker hadde skulle – og ville – følge med over i helprivat praksis. Det er selvsagt ikke tilfelle. De måtte i så fall ha akseptert å betale hele regningen selv, fremfor bare å betale en egenandel til en terapeut med hjemmel. Saksøker så fram til rolige dager som pensjonist hvor han kunne ha noen få behandlinger innimellom, men ikke i en skala som ville kunne konkurrert med de som skulle kjøpt praksisen han hadde opparbeidet under avtalehjemmelen. Overdragelse av denne praksisen satte kommunen imidlertid en effektiv stopper for ved å dele og flytte hjemmelen slik at saksøker ikke fikk noen å overdra til.

Etter vår mening kan kommunen bebreides for slett saksbehandling helt fra hjemmelen ble lyst ut og frem til saken slik den står i dag. Saksøker burde sluppet en slik prosess på tampen av sin yrkeskarriere. En ryddig opptreden fra kommunen ville sørget for dette. I stedet har kommunen benektet at det foreligger flytting etter ASA 4313, forsøkt å velte eget betalingsansvar over på andre og vidløftiggjort saken for nemnden.

Kommunens forhold har påført saksøker betydelige advokatkostnader. Inkludert forventet etterarbeid har det medgått 41 timer til saken, hvilket gir et salær stort kr. 90 200 eks.mva. Medregnet merverdiavgift er beløpet kr. 112 750, som kreves dekket av kommunen i sin helhet.

Nemnden bes nå om ta saken opp til avgjørelse. Det er nå enighet om hva erstatningsbeløpet skal være, ref. punkt 2 i saksøktes endrede påstand, hvilket medfører at nemnden ikke trenger å gjøre en nærmere vurdering av dette.»

I avsluttende innlegg av 15. juli fra [redacted] heter det:  
«Det vises til saksøkers prosesskrift av 9. juli 2013.

Saksøkers prosessfullmektig kan neppe ha lest prosesskriftet av 21. juni 2013, skikkelig hvis man mener at det gjentar argumentasjonen fra tilsvaret. Hva saksøkersiden mener om misforståelse av ASA 4313 skal jeg unnlate å kommentere.

Jeg kan ikke se at det fremkommer noen vesentlig nytt i prosesskriftet av 9. juli. Saksøker gjør blant annet intet forsøk på å dokumentere det økonomiske tap han mener han har hatt. Jeg minner her igjen om at det er saksøker som har bevisbyrden på dette punkt.

For øvrig synes saksøker å ønske både å få full erstatning/vederlag for den praksis han har drevet samtidig som han fortsatte samme praksis fra de samme lokaler, med det samme utstyr og med de samme pasienter. Dette kan slik kommunen ser det ikke aksepteres. Jeg viser her til begrunnelsen i blant annet prosesskriftet av 21. juni 2013.

Ut fra en samlet vurdering mener denne side at saken er tilstrekkelig belyst fra vår side, og den kan dermed avgjøres slik den nå foreligger.

Hva gjelder saksomkostninger synes saksøkers omkostningskrav på kr 112 750 å ligge tre ganger så høyt som det som er nødvendig og rimelig i en sak av denne karakter. Å bruke 41 timer på en slik sak er godt i overkant. Dersom saksøker har brukt 41 timer på arbeidet med saken bør timeprisen halveres fra kr. 2 200 til kr. 1 100. Alternativt fikk saksøker med en timepris på kr 2 200 sørge for å bruke halvparten av tiden på jobben. Kr. 1 100 er for øvrig en normal og fornuftig timepris for advokatarbeid, noe man ikke kan si om kr. 2 200 pr time.

Fra denne side har det medgått til sammen 28 timer arbeid med saken, timepris kr. 1 100, totalt omkostningsbeløp kr. 30 800. Beløpet kreves dekket av motparten, jf punkt 3 i påstanden.

#### **Nemndleders bemerkninger**

Saken skal avgjøres med basis i ASA 4313 for perioden 2011- 2012.

Det fremgår av fremstillingen foran at det har vært uenighet mellom partene om hvordan nærværende sak skal rubriseres rettslig og konsekvensene av dette.

Det er derfor på sin plass med enkelte presiseringer:

Avtalehjemmelen er en del av kommunens fysioterapitjeneste etter helse- og omsorgstjenesteloven og kan ikke selges/omsettes/overdras av den enkelte fysioterapeut når vedkommende avslutter sin virksomhet. Et driftstilskudd kan følgelig ikke overdras jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 siste punktum. Driftstilskuddet er kommunens eiendom. Det er selve fysioterapivirksomheten – det vil si inventar og utstyr og kompensasjon for å komme til et innarbeidet institutt, jf ASA pkt. 7.1 annet, tredje og femte avsnitt – som kan overdras.

Partene ved en overdragelse er tiltredende og fratredende fysioterapeut. Vedkommende kommune har således ikke partsstatus i tilknytning til en overdragelse.

Forhandling om avtalevilkår skal først skje etter at det er truffet vedtak om tildeling av avtalehjemmel til ny praksishaver og driftsavtale er inngått jf. ASA 4313 punkt 6.2 sjette ledd.

Det må videre presiseres at det økonomiske oppgjøret mellom fratreddende og tiltredende fysioterapeut er kommunen uvedkommende.

Videre skal kommunen ved kunngjøring av ny driftsavtale angi lokaliseringen. Ved ledighet i tidligere opprette avtalehjemmel skal denne utlyses ved samme institutt, med mindre særlige grunner tilsier at kommunen fastsetter en annen lokalisering, jf ASA 4313 pkt. 11. Dersom kommunen benytter seg av adgangen til å endre lokalisasjonen, har fysioterapeuten rettigheter etter ASA 4313 pkt. 12, dvs. kompensasjon ved at avtalehjemmelen innløses.

Når det i korrespondansen mellom advokatene er benyttet formuleringen flytting av avtalehjemmelen, innebærer dette i realiteten en innløsning. Terminologien er imidlertid uten betydning for sakens utfall. Det er uomtvistelig at det foreligger en innløsning i denne saken.

Etter ASA 4313 pkt. 12 plikter kommunen da å dekke dokumenterte tap tidligere hjemmelsinnehaver lider ved ikke å kunne selge inventar og utstyr. I rammeavtalen mellom KS og Norsk Fysioterapeutforbund (NFF) er det i NFFs kommentarutgave til avtalen uttrykt som følger:

*«Kommentar: Innløsning innebærer at kommunen tar tilbake en ledig driftstilskuddshjemmel mot å erstatte det økonomiske tap vedkommende innehaver påføres ved ikke å kunne kreve overdragelse etter reglene i punkt 7.1. Innløsning kan kun være aktuelt ved ledighet i en driftsavtale».*

I stevningen har advokat [redacted] anført bl.a. følgende:

«ASA 4313 punkt 7.1 sikrer tidligere hjemmelsinnehaver rett til å kreve overdratt praksisen til ny innehaver dersom hjemmelen videreføres på samme institutt. Ny innehaver har en korresponderende plikt til å kjøpe denne. Kjøpsplikten strekker seg imidlertid ikke lenger enn til det ny hjemmelshaver kan nyttiggjøre seg, jf. ASA 4313 punkt 7.1 annet ledd og nemndsavgjørelser [redacted] og [redacted].»

Hovedregelen er at en ledig hjemmel skal utlyses på samme institutt, med mindre særlige grunner tilsier en annen lokalisering, jf. ASA 4313 punkt 11. Benytter en kommune seg av retten til å flytte en ledig hjemmel, fratas tidligere hjemmelshaver muligheten til å overdra praksisen til den nye. For å unngå at tidligere innehaver påføres et økonomisk tap, er kommunen pålagt plikt til å yte vedkommende erstatning, jf. ASA 4313 punkt 11 første ledd og punkt 12.1 og 12.2.»

Ovennevnte gir uttrykk for korrekt lovanvendelse.

Spørsmålet i denne saken er om det foreligger noe økonomisk tap og eventuelt størrelsen på dette økonomiske tapet. I foreliggende sak oppstår imidlertid spørsmålet hvordan [redacted] har forholdt seg i forhold til kommunen – og betydningen av [redacted] uttalelser.

I stevningen gjøres det gjeldende at [redacted] ikke var kjent med delingen av driftshjemmelen før han mottok kommunens brev av 7. mai.

I nevnte brev av 7. mai 20[redacted] er det imidlertid uttalt innledningsvis:  
«Viser til tidligere samtale med deg vedrørende saksgang og tildeling av ditt 100 % tilskudd som du fratrer 30.6.»

Det vises også til kommunens opplysning i brev av 27. august 20 til NFF, referert foran side 3. Det er således på det rene at kommunen påpekte at hadde meddelt at han ville fortsette sin virksomhet uten driftshjemmel før det var oppstått noen tvist i saken om betaling fra og eller om det forelå innløsning av driftshjemmelen.

Videre fremgår det av notat datert 20. desember 20 fra at ved oppsigelse av driftshjemmel ble det ført drøftinger med kommunesjef 30. november og med samarbeidsutvalget 12. desember om hvordan den ledige hjemmel skulle disponeres, nemlig deling i to hjemler på 50 %. I notatet står det at fratrede fysioterapeut ble orientert om dette av kommunen og at han ikke hadde innvendinger mot dette.

I samme notat står det også innledningsvis følgende:

«Følgende har sagt opp sin driftsavtale:

17.10. mottok kommunen oppsigelse fra fysioterapeut med fratrede 1.7.20. Han har drevet 100 % som solopraksis i med

I samtale med fratrede fysioterapeut meddelte han at lokaler og utstyr han hadde benyttet i sin praksis ikke skulle følge avtalehjemmelen som han fratrede.»

I senere notat fra av 17. juli 20 – etter at NFF gjorde henvendelse til kommunen – heter det:

«Kommunen har hele tiden hatt en åpen dialog med og det har aldri vært uttalt noe uklarhet mellom kommunen og da det har vært hans eget ønske å beholde lokalene og utstyret fordi han ønsket å drive en helprivat praksis som fysioterapeut på deltid nå han nå går av med pensjon.

Det har i hele prosessen vært en åpenhet om premissene knyttet til de ulike valg, utlysning og tilsetning og saksbehandling rundt dette hvor samarbeidsutvalget og kontaktperson for fysioterapeuter med avtale har vært involvert og orientert. Kommunen mener derfor å ha vært ryddig i denne prosessen og fulgt de føringer og avtaleverk som ligger til grunn og finnes derfor ikke noe grunnlag for kravet NFF framstiller på vegne av »

Det er videre fra kommunen opplyst at enhetsleder orienterte om at han skriftlig måtte melde fra om sin virksomhet dersom han hadde tenkt å drive helprivat som fysioterapeut i perioder av året når han var i Norge.

I brev av 26. september 20 forholdt saksøker seg til dette:

Fortsetter som fysioterapeut uten driftsavtale fra kommunen

«Jeg informerer at jeg ønsker å drive med fysioterapivirksomhet uten kommunal støtte ved f.o.m 01.10. Eventuell adresseendring i fremtiden blir informert.»

De opplysninger/anførsler som kommer med i ettertid står således i motstrid til materialet fra kommunen som i tid ligger forut for tidspunktet da det oppsto tvist.

Etter dette finner retten godtgjort at kommunens faktiske fremstilling er korrekt.

Det er videre på det rene at saksøkeren senere har drevet sin virksomhet i de samme lokaler - og med samme utstyr. Dette underbygges ved at pasientlistene heller ikke ble overlevert [redacted] og [redacted]. Pasientlistene er heller ikke overlevert [redacted] eller [redacted] har således «sittet» hele tiden med lokalet, inventar og goodwill – in casu - pasientlistene. Det er det siste som vil – sammen med lokalet – skape en «flying start» for en tiltredende fysioterapeut ved å kunne gå inn i en løpende virksomhet.

ASA 4313 kan ikke sees å regulere direkte den situasjon som foreliggende sak, nemlig at driftshjemmelen opphører ved fylte 70 år, men at yrkesutøveren fortsetter i samme lokaler uten driftshjemmel – og uten at noe overdras til en annen fysioterapeut.

Det står selvsagt fysioterapeuten fritt å fortsette sin næringsvirksomhet uten driftshjemmel, men det vil formentlig være en fremmed tanke at han i en slik situasjon skal kunne kreve erstatning av [redacted] kommune. Erstatningssummen etter ASA 4313 punkt 11 første ledd jf. punkt 12 må etter dette settes til kr 0.

Advokat [redacted] har oppsummert dette slik i siste prosesskriv av 15. juli 2017:

«For øvrig synes saksøker å ønske både å få full erstatning/vederlag for den praksis han har drevet samtidig som han fortsetter samme praksis fra de samme lokaler, med det samme utstyr og med de samme pasienter. Dette kan slik kommunen ser det ikke aksepteres. Jeg viser her til begrunnelsen i blant annet prosesskriftet av 21. juni 2017.»

Det er på det rene at kommunens behandling av saken ikke har vært forbilledlig ved at enhetsleder oppfordret saksøker og de to fysioterapeuter som var tildelt hver sin 50 % driftshjemmel å gå i dialog om avtale om overdragelse. Oppfordringen kan vanskelig forklares på annen måte enn at enhetsleder ikke hadde fattet systemet og de rettslige problemstillinger i ASA 4313. Det kan synes som om det er denne uheldige intervensjon som har kastet blå i øynene på [redacted] og som har skapt forventning om betaling.

Men ut fra det faktum som legges til grunn for nemndsavgjørelsen, kan dette neppe skape noe rettskrav for saksøkeren – verken overfor kommunen eller [redacted].

Etter dette er nemndsleders oppfatning at [redacted] kommune må frifinnes.

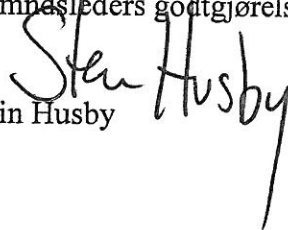
#### **Ad saksomkostninger**

Ved voldgift er det voldgiftslovens saksomkostningsregler som får anvendelse. Regelsettet her er mer smidig enn etter tvisteloven. Saken har reist prinsipielle spørsmål som tidligere ikke er behandlet i nemndspraksis. Kommunen har vunnet frem med sin prinsipale påstand, men har likevel «rotet til» saken slik det fremgår av den faktiske fremstilling. Etter dette finner nemndsleder at hver av partene må bære sine saksomkostninger. Partene er etter voldgiftsloven solidariske ansvarlig overfor nemndsleder for dennes salær.

**Slutning:**

1. ~~Sak~~ kommune frifinnes
2. Hver av partene bærer sine saksomkostninger
3. Partene er solidarisk ansvarlig for nemndsleders godtgjørelse.

Stein Husby

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Stein Husby', written over the printed name.