

PROTOKOLL
FOR
NASJONAL TVISTENEMND FOR SELVSTENDIGE NÆRINGSDRIVENDES
FYSIOTERAPIVIRKSOMHET

Den 7. mars 2022 ble det avsagt avgjørelse i nasjonal tvistenemnd for selvstendige næringsdrivendes fysioterapivirksomhet.

Sak nr. 2/2021

Nemndas sammensetning:

Lagdommer Mats W. Ruland, nøytral leder

Saksøker: A

Prosessfullmektig: B

Saksøkt: C kommune

Prosessfullmektig: D

Saken gjelder: Tvist om innløsning av avtalehjemmel og rett til erstatning

Tvistenemndas avgjørelsesgrunnlag:

Partene har sendt inn stevning, tilsvær samt ett prosesskriv hver. Tvistenemnda har fått fremlagt følgende dokumentasjon:

- Avtaler om driftshjemmel
- Vedtak om tildeling av driftshjemmel
- Korrespondanse
- Saksprotokoll Utvalg og helse
- Krav om innløsning av deltidshjemmel
- Svar fra kommunen

- Beregning av økonomisk tap
- Protokoller SU-møter

Partene har bedt om at saken avgjøres skriftlig av tvistenemndas leder alene.

avgjørelse:

Sakens bakgrunn

A (A) har hatt individuell avtale om driftshjemmel med C kommune siden 26. juni 2008. Praksisen har siden 2008 vært drevet gjennom et enkeltpersonforetak og har vært knyttet til E. Tre andre fysioterapihjemler er også lokalisert ved instituttet. Avtalen var opprinnelig en 50 % driftshjemmel, som ble økt til 58,34 % ved avtale i 2009. Etter søknad fikk A tildelt 100 % driftshjemmel ved vedtak fra kommunen 23. oktober 2018. Ny avtale mellom A og kommunen ble inngått 19. februar 2019. A mottok driftstilskudd med virkning fra 1. desember 2018. Driftshjemmelen på 100 % ble knyttet til E.

I etterkant av at A ble tildelt 100 % avtalehjemmel har det vært kontakt mellom A og kommunen rundt den tidligere avtalehjemmelen på 58,34 %.

Den 19. august 2020 vedtok kommunen å lyse ut hjemmelen som A tidligere hadde hatt, og denne hjemmelen ble lyst ut 22. desember 2020 med søknadsfrist 12. januar 2021. Det har ikke vært forhandlet om vederlag mellom A og fysioterapeuten som ble tildelt hjemmelen på 58,34 %.

A fremmet 29. august 2021 krav om erstatning for økonomisk tap til C kommune og hevdet at kommunen reelt hadde innløst deltidshjemmelen da den ikke ble lyst ut igjen i 2018. Kommunen avviste As krav 24. september 2021. A varslet kommunen 7. oktober 2021 om at han ville kreve nemndsbehandling. Krav om nemndsbehandling ble sendt tvistenemnda 9. november 2021. Nemnda påla A å reise sak innen 1. desember 2021. Stevningen i saken ble gitt inn 29. november 2021. Kommunen tok til motmæle i tilsvaret datert 17. desember 2021.

Partenes anførsler:

A har i hovedtrekk anført:

Kommunen har plikt til å tilby nødvendig helse- og omsorgstjeneste herunder fysioterapi, jf. helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-1 og 3-2. Dette kan kommunen oppfylle ved ansettelse eller ved å inngå avtale om driftshjemmel med næringsdrivende fysioterapeuter. Ordningen med kommunale driftshjemler er regulert i ASA 4313.

Etter ASA 4313 pkt. 6.1 første avsnitt skal kommunen når den blir kjent med at det vil bli ledighet i en avtalehjemmel «uten unødig opphold kunngjøre avtalehjemmelen, med mindre kommunen treffer beslutning om innløsning av avtalehjemmelen etter reglene i punkt 12». Dette innebærer at kommunen enten kan lyse ut hjemmelen for å rekruttere fratredende fysioterapeuts etterfølger, eller den kan innløse hjemmelen. C kommune lyste ikke ut 58,34 % uten unødvendig opphold da det ble klart at den ble ledig i 2018.

Kommunens beslutning om å ikke lyse ut den ledige hjemmelen fratok A muligheten til å utøve sin rett til å overdra praksisen til en tiltredende fysioterapeut etter ASA 4313 punkt 7.1. C kommunes beslutning om ikke å lyse ut den ledige hjemmelen innebar derfor i realiteten en innløsning, jf. ASA 4313 pkt. 12. Kommunens handlemåte i denne saken utløser derfor en rett for A til å motta kompensasjon fra C kommune for innløsning, jf. ASA 4313 pkt. 12.2, jf. pkt. 7.

Verdien av en opparbeidet praksis (goodwill) er i stor grad ferskvare fordi det etter noe tid uten aktivitet i praksisen vil være liten drahjelp for en tiltredende fysioterapeut. Avtaler og systemer vil etter hvert ligge brakk og pasienter vil etter kort tid finne andre fysioterapeuter. Dette er begrunnelsen for at kommunen må velge mellom å lyse ut eller innløse en hjemmel ved ledighet, jf. pkt. 6.1 første avsnitt. Kommunen må bære ansvaret for sitt valg, også når valget tas ved passivitet fra kommunens side. Etter praksis fra tvistenemnda reduseres verdien av goodwill kraftig selv etter korte opphold i praksisen. Avgjørelsene fra nemnda viser at det er vesentlig for fratreddende at det er kontinuitet i praksisen for å unngå at den taper seg i verdi. Partene i ASA'en har sett denne problemstillingen og derfor avtalt at kommunen må velge mellom utlysning eller innløsning. Da kommunen valgte å la være å lyse ut den ledige hjemmelen valgte kommunen innløsning.

Dersom kommunen velger å ikke lyse ut hjemmelen «uten unødig opphold» taper fratreddende fysioterapeut muligheten til å selge en aktiv praksis, slik han har rett til etter ASA 4313 pkt. 7.1. Dette gjelder selv om kommunen to år senere valgte å lyse ut hjemmelen på ny. Da ny fysioterapeut tiltrådte hjemmelen 1. september 2021 hadde praksisen på det tidspunktet ikke lenger noen verdi som A kunne kreve vederlag for. Dersom hjemmelen hadde blitt lyst ut da det ble klart at den ble ledig i 2018/2019 ville situasjonen vært en helt annen.

Ved innløsning av hjemmel taper fysioterapeuten sin rett til å overdra praksisen han har bygd opp. Dersom kommunen velger å løse inn, skal den kompensere fysioterapeuten det tapet han lider ved ikke å kunne overdra hjemmelen, jf. ASA 4313 pkt. 12.2.

A har lidt et tap ved ikke å kunne overdra 58,34 % hjemmelen som ble ledig da han ble tildelt 100 % hjemmelen. Kommunen må bære risikoen for valget om ikke å lyse ut avtalehjemmelen, og må derfor dekke As økonomiske tap. Utstyret A hadde i praksisen har han kunnet nyttiggjøre seg, og dette inngår ikke i det økonomiske tapet.

Det økonomiske tapet er beregnet i tråd med bestemmelsene i ASA 4313 pkt. 12.2 andre avsnitt til 182 767 kroner. Beløpet er beregnet på grunnlag av mottatt driftstilskudd, trygderefusjon og egenandel som er avkortet i samsvar med hjemmelens omfang.

Dersom A hadde fått muligheten til å overdra hjemmelen til tiltredende i 2018 ville han kunnet overdra en hjemmel i full drift som ville oppfylt momentene om er lagt til grunn for beregningen av goodwill til 20 % av grunnlaget etter ASA 4313 pkt. 7.1 Momentene er bekreftet gjennom tvistenemndas praksis. Det er stor sannsynlighet for at A kunne krevd goodwill beregnet til 20 % av grunnlaget, og derfor er det rimelig at kommunens kompensasjon ved innløsning også beregnes til 20 % av grunnlaget. Kommunen har ved sin opptreden fratatt A muligheten til å utøve sine rettigheter etter ASA 4313 pkt. 7.1, noe som er kritikkverdig. Kommunen må selv bære risikoen for manglende kunnskap om regelverket.

Ordlyden «uten unødig opphold» i ASA 4313 pkt. 6.1 første avsnitt åpner for en avgrenset adgang til å utsette utlysningen av ledig driftshjemmel. Ordlyden alene gir signal om en streng vurdering av hva som kan begrunne oppholdet, jf. «unødig» og oppholdet må være av begrenset varighet. Begrepet må tolkes i lys av fratreddende fysioterapeuts rett til å kreve vederlag for den opparbeidede praksisen knyttet til hjemmelen (goodwill). Oppholdet kan ikke være så langt at det krenker fysioterapeutens rett etter ASA 4313 pkt. 7.1. Partenes intensjon ved inngåelse av ASA 4313 har vært å sikre en rimelig balanse mellom hensynet til kommunens behov for å områ seg ved utlysning, og fratreddendes rett til å kreve vederlag for praksisen som er bygget opp knyttet til hjemmelen. Partenes intensjon må tillegges stor vekt ved tolkningen av ASA 4313.

Koronapandemien har ingen relevans for spørsmålene saken gjelder, og hjemmelen ble ledig ett år før pandemien oppstod. Bevisene fremlagt av kommunen gir ikke holdepunkter for at utsettelsen av utlysningen skjedde «uten ugrunnet opphold». Det var forutsigbart at tidsforløpet ville føre til at fratreddende fysioterapeuts rettigheter etter ASA 4313 pkt. 7.1 ville bli redusert eller falle bort, og dermed være i strid med ASA 4313 pkt. 6.1. Kommunen skulle derfor ha innløst hjemmelen for så sikre seg nødvendig tid til å gå gjennom tjenesten uten å krenke As rettigheter etter pkt. 7.1. Kommunen bærer risikoen for tidsbruken. A er påført et økonomisk tap som kommunen er forpliktet til å erstatte etter ASA 4313 pkt. 12.2.

Kommunens intensjon om ikke å innløse hjemmelen er uten betydning for saken så lenge kommunens sendrektighet i utlysningsprosessen i realiteten innebærer en innløsning. Dokumentasjonen viser at kommunens primære hensikt var å spare penger ved å utsette utlysningen. Administrasjonen har i et brev selv gitt uttrykk for at hjemmelen var innløst. Dette viser at det har vært uklart hvilke hensikter kommunen hadde med hjemmelen da den ble ledig. Kommunen innløste i realiteten hjemmelen da den ikke ble lyst ut, og A kunne derfor ikke kreve overdragelse av praksisen etter ASA 4313 pkt. 7.1. På denne måten har kommunen brutt ASA'en og påført A et økonomisk tap som de er forpliktet å erstatte etter ASA 4313 pkt. 12.2.

A er fratreddende i relasjon til deltidshjemmelen han fratrådte 30. november 2018, jf. ASA 4313 pkt. 12.2. Begrepet fratreddende er gjennomgående brukt som betegnelse på en fysioterapeut som har hatt en avtale om driftshjemmel med en kommune, og hvor denne avtalen avsluttes i samsvar med rammeavtalen. Fysioterapeuten kan også være fratreddende i relasjon til kommunen, eller en tiltredende fysioterapeut når han inngår ny avtale om driftshjemmel med samme kommune. Posisjonen som fratreddende er ikke relativ til betingelsene knyttet til en ny hjemmel som vedkommende har inngått avtale om. Der er derfor ikke avgjørende for As krav om innløsningserstatning at han har inngått ny avtale om driftshjemmel med C kommune. Det er heller ikke avgjørende at forrige innehaver av As 100 % hjemmel ikke krevde overdragelse av A. Slik A oppfatter det, skyldes manglende krav fra forrige innehaver blant annet at denne hjemmelen også ble holdt tilbake av kommune og ikke lyst ut «uten unødig opphold».

Avgjørende er at A ikke har hatt reell mulighet til å kreve overdragelse fra en tiltredende fysioterapeut for driftshjemmelen på 58,34 %. Når det ikke foreligger noen overdragelse av hjemmelen skyldes det at kommunen ikke lyste den ut da den ble ledig. A er uansett «fratreddende» etter ASA 4313 pkt. 12.2.

A har lidt økonomisk tap ved at han ikke kunne kreve overdragelse av praksisen fordi hjemmelen ikke ble lyst ut da den ble ledig. Kommunen er pliktig til å dekke dette tapet. Tapet som skal

erstattes etter ASA 4313 pkt. 12.2 er det tapet A har lidt ved ikke å kunne overdra praksisen til en tiltredende fysioterapeut i forbindelse med overgang til ny hjemmel. Han skal stilles om han kunne overdratt praksisen knyttet til hjemmelen på det tidspunktet denne driftshjemmelen ble ledig. Dette tilsvarer en godt drevet praksis som da var i full drift med aktive pasientlister med videre.

Kommunens anførsel om at tapet ikke er dokumentert kan ikke føre fram. Dette er en kontrafaktisk tilnærming til problemstillingen. Hva forhandlingene mellom A og tiltredende fysioterapeut ville ha blitt, dersom hjemmelen hadde blitt lyst ut da den ble ledig er et hypotetisk spørsmål. Det ville ha hengt sammen med de konkrete forhandlingene som da ville blitt gjennomført. As krav er derfor basert på kriteriene for fastsettelse av vederlag for opparbeidet praksis etter ASA 4313 pkt. 7.1 og praksis fra tvistenemnda. En veldrevet praksis i universelt utformede lokaler, løpende avtaler, lisenser og rutiner i praksisen, pasienter i behandling og på venteliste, samarbeid med annet helsepersonell i kommunen med videre. Dersom hjemmelen hadde blitt lyst ut i 2018 ville disse momentene ha bidratt til at en tiltredende fysioterapeut «kommet til dekket bord» og ville hatt inntjening fra dag én.

I denne sammenheng er det heller ikke relevant at A ikke betalte goodwill til tidligere innehaver av 100 % hjemmelen han overtok. Dette er et annet avtaleforhold som må bedømmes isolert, og som ikke er en del av denne saken. A mottok ikke krav om vederlag fra fratredende. Hjemmelen ble lyst ut uten adresse. Dette ville uansett ikke hatt betydning for forhandlingene mellom A og en tiltredende fysioterapeut i As tidligere 58,34 % hjemmel. For en fratredende er spørsmålet om goodwill knyttet til den hjemmelen som blir ledig, helt uavhengig av en eventuell ny hjemmel fysioterapeuten overtar. Dette er også bakgrunnen for at forhandlinger om goodwill mellom fratredende og tiltredende er kommunen uvedkommende, jf. ASA 4313 pkt. 7.1 sjuende avsnitt.

A fastholder at han har lidt et økonomisk tap ved å ikke kunne overdra praksisen knyttet til den tidligere hjemmelen. Erstatningen etter ASA 4313 pkt. 12.2 beregnes på samme måte som vederlag for opparbeidet praksis, jf. pkt. 7.1.

A har lagt ned slik påstand:

1. Prinsipalt: C kommune betaler til A NOK 182 767, med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
2. Subsidiært: C kommune betaler til A et beløp fastsatt etter nemndas skjønn, begrenset oppad til NOK 182 767, med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
3. C kommune betaler alle nemndas sakskostnader.

C kommune har i hovedtrekk anført:

Kommunen er ikke forpliktet til å betale saksøker vederlag i henhold til ASA 4313.

Avtalehjemmelen er en del av kommunens fysioterapitjeneste etter helse- og omsorgsloven og kan ikke selges/omsettes/overdras av den enkelte fysioterapeut når vedkommende avslutter sin virksomhet, jf. ASA 4313 pkt. 7.1. Et driftstilskudd er kommunens eiendom og kan derfor ikke overdras, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 siste punktum. Det er selve

fysioterapivirksomheten som en fratreddende fysioterapeut kan krave vederlag for, det vil si inventar og utstyr og kompensasjon for å komme til et innarbeidet institutt, jf. ASA 4313 pkt. 7.1 og som kan overdras. Partene ved en overdragelse er tiltredende og fratreddende fysioterapeut. Vedkommende kommune har derfor ikke parts-status i tilknytning til en overdragelse.

Forhandlingene om avtalevilkår skal først skje etter at det er truffet vedtak om tildeling av avtalehjemmel til ny praksishaver og driftsavtale er inngått. Det økonomiske oppgjøret mellom fratreddende og tiltredende fysioterapeut er kommunen uvedkommende. Det vises til tvistenemndas avgjørelse 3/2012 s. 22 der dette tydelig fremkommer: «Videre skal kommunen ved kunngjøringen av ny driftsavtale angi lokaliseringen. Ved ledighet i tidligere opprettet avtalehjemmel skal denne utlyses ved samme institutt, med mindre særlig grunn tilsier at kommunen fastsetter en annen lokalisering. Dersom kommunen benytter seg av adgangen til å endre lokalisasjon, har fysioterapeuten rettigheter etter ASA 4313 pkt. 12, det vil si kompensasjon ved at avtalehjemmelen innløses.

Det har aldri vært kommunens hensikt at avtalehjemmelen skal inndras eller innløses. A kan ikke sies å være «fratreddende» etter ordlyden i ASA 4313 pkt. 12.2 og de situasjoner som denne bestemmelsen er ment å omfatte. Det forelå ingen overdragelse av hele eller deler av praksisen når saksøker fortsetter sin virksomhet i de samme lokalene med de samme pasientene. A fikk tildelt en fristilt 100 % hjemmel og måtte heller ikke betale noe for denne.

Kommunen mener at utlysningen av den ledige avtalehjemmelen 22. desember 2020 ikke innebærer at kommunen må tre inn i det kravet A kunne ha fremmet mot innehaver av ny avtalehjemmel. Det vises til ASA 4313 pkt. 6.1: «Når kommunen blir kjent med at det vil bli ledighet i en avtalehjemmel skal kommunen uten unødig opphold lyse ut avtalehjemmelen, med mindre kommunen treffer beslutning om innløsning av avtalehjemmelen etter reglene i pkt. 12.»

Kommunen mener den ledige hjemmelen ble utlyst uten unødig opphold. Tidsforløpet var påkrevd for å få en god oversikt over kommunens nåværende og fremtidige behov ut fra de oppgaver kommunen er pålagt å løse. 'Dette kan ikke anses om «unødig opphold», men påkrevd for en helt nødvendig og grundig gjennomgang av fysioterapibehovet framover. En slik gjennomgang må påregnes å ta noe tid. Kommunen må til enhver tid vurdere om fysioterapitilbudet oppfyller og dekker de endrede oppgaver som tillegges kommunens samlede helse- og omsorgstilbud. Dette fordi kommunens ansvarsområde er i stadig endring. Både krav til kvalifikasjoner og sentrale arbeidsoppgaver vil kunne bli endret ved nye utlysninger. Kommunen utlyste ledig driftshjemmel så snart det ble avklart hvilke kompetansebehov kommunen hadde framover. Dette må klart ligge innenfor kommunens handlingsrom som oppdragsgiver. Det er ikke riktig som anført av A at kommunen ikke hadde til hensikt å lyse ut ledig driftshjemmel.

Subsidiært anføres at det ikke foreligger noe økonomisk tap som kan kreves kompensert. Det økonomiske tapet må være null eller meget beskjedent, tatt i betraktning at A verken hadde utgifter da han fikk tildelt 100 % avtalehjemmelen, samt at han kunne fortsette egen virksomhet på samme sted med samme pasientliste og utstyr. Han har ikke blitt påført noe økonomisk tap som kan kreves erstattet fra kommunen.

Kommunen fastholder at den ledige hjemmelen på 58,34 %. ikke ble innløst og ble utlyst uten unødig opphold. Av denne grunn foreligger det ikke betalingsplikt fra kommunen til A. Kommunen bestrider anførselen om at hjemmelen i realiteten ble innløst.

Hjemmelen ble stående ubesatt og var fortsatt knyttet til E fram til kommunen hadde fått administrativt avklart innholdet i stillingsbeskrivelsen i ny utlysningstekst. Dette kunne først gjøres etter en grundig kartlegging av kommunens konkrete behov i tiden framover. Først da dette var avklart var det mulig å utlyse stillingen. Dette ligger klart innenfor kommunens handlingsrom. Tidsbruken var nødvendig, og dette understøttes av bevisene i saken.

Kommunen fastholder at A ikke har lidt noe økonomisk tap og at kommune ikke er pliktig å betale vederlag for goodwill. A fortsetter ved samme behandlingssted med en 100 % avtalehjemmel, med samme pasientlister, lokaler inventar og utstyr. Det er ikke utløst noe rettskrav fra A mot kommunen i dette tilfellet.

C kommune har lagt ned slik påstand:

1. C kommune frifinnes.
2. Hver av partene bærer egne saksomkostninger.
3. Partene er solidarisk ansvarlige for nemndsleders godtgjørelse.

Twistenemndas vurdering

Innledning

Twistenemnda har kommet til at C kommune må frifinnes for kravet om erstatning. Etter nemndas syn har ikke kommunen noen plikt til å innløse avtalehjemmelen etter ASA 4313 pkt. 12 da A ikke var fratreddende fysioterapeut. Nemnda mener A heller ikke har lidt noe økonomisk tap som kan kreves erstattet etter ASA 4313.

Rettslig utgangspunkt

Twistenemndas saklige kompetanse er gitt ASA 4313 pkt. 23.2 der det står:

Nemnda avgjør tvister etter rammeavtalen punkt 8 og vedtak om innløsning etter punkt 12 med bindende virkning for partene.

Problemstillingen i saken er om C kommune reelt har innløst As praksis slik at A kan kreve kompensasjon etter ASA 4314 pkt. 12. I denne bestemmelsen står det:

12.1 Innløsning

Ved ledighet i individuell avtale kan avtalehjemmelen innløses. Før eventuell innløsning skal kommunen vurdere det samlede omfang av fysioterapitjenester sett i forhold til det totale helsetjenestetilbudet i kommunen. Kommune skal ta stilling til eventuell innløsning innen rimelig tid.

Ved innløsning av avtalehjemmel i gruppepraksis skal uttalelse fra de øvrige i gruppepraksisen foreligge før saken behandles endelig.

Kommunen skal innhente uttalelse fra samarbeidsutvalget/kontaktperson for de selvstendig næringsdrivende fysioterapeutene før innløsning besluttet.

12.2. Kompensasjon for økonomisk tap

Ved innløsning av avtalehjemmel skal kommunen kompensere det økonomiske tap fratredende fysioterapeut lider ved ikke å kunne overdra sin praksis etter punkt 7. Tap på utstyr utover det som trengs innen kommunehelsetjenesten dekkes ikke.

Fysioterapeut som har drevet praksisen mer enn 3 år har rett til godtgjørelse for opparbeidet praksis med inntil 20 % av gjennomsnittlig trygderefusjon, egenandeler og driftstilskudd de 3 siste år. Fratredende fysioterapeut har krav på vederlag for verdien av praksisen som er opparbeidet selv om vedkommende har drevet praksisen kortere enn i 3 år, dersom det ble betalt slikt vederlag da fysioterapeuten selv overtok praksisen

12.3 Tvist om kompensasjon

Tvist om retten til økonomisk kompensasjon i forbindelse med innløsning av avtalehjemmel, herunder kompensasjonens størrelse, avgjøres ved nemndsbehandling etter reglene i kapittel 3.

Blir kommunen og fysioterapeuten ikke enige om kompensasjon innen 1 måned etter at innløsning er besluttet, fastsettes vilkårene ved nemndsbehandling. Begge parter plikter å medvirke til nemndsbehandling.

Nemnda tar i sin vurdering utgangspunkt i disse bestemmelsene i ASA 4313. Nemnda bemerker at ASAens bestemmelse om innløsning i pkt. 12.2 er parallell til bestemmelsen om vederlag ved overdragelse av fysioterapivirksomhet i pkt. 7.1. Det er en indre sammenhengen mellom pkt. 7.1 og pkt. 12.2. Formålet med denne parallelliteten er at en fratredende fysioterapeut ikke skal komme dårligere økonomisk ut dersom kommunen velger å innløse en avtalehjemmel enn det fratredende fysioterapeut kunne krevd i vederlag fra tiltredende fysioterapeut ved overdragelse av en praksis. Det fremgår uttrykkelig av pkt. 7.1 at det er overdragelse av praksis (salg) som utløser rett til vederlag. Tilsvarende er det etter pkt. 12.2 kun ved innløsning av avtalehjemmel at fratredende fysioterapeut vil ha rett til kompensasjon fra kommunen. Driftstilskuddet tilhører imidlertid kommunen og kan ikke overdras.

Spørsmålet om avtalehjemmelen reelt er innløst av kommunen

A har anført at kommunen reelt har innløst den gamle avtalehjemmelen han hadde ved ikke å lyste den ut igjen før etter vel to år.

Nemnda mener klart at kommunen ikke har innløst As tidligere avtalehjemmel, og han har derfor ikke krav på kompensasjon fra kommunen. Det er flere forhold som viser dette.

For det første peker nemnda på at kommunen ikke har fattet vedtak om innløsning. Selv om fraværet av et formelt vedtak ikke er avgjørende mener nemnda dette må tillegges stor vekt. Det kan tenkes situasjoner der manglende utlysningen av en avtalehjemmel kan medføre av kommunen plikter å betale kompensasjon til fratredende fysioterapeut. Dette er ikke tilfellet i denne saken. Fraværet av et formelt fattet tilsier her at kommunen ikke har innløst den gamle avtalehjemmelen på 58,34 %.

For det andre viser nemnda til at det kun er fratredende fysioterapeut som kan kreve kompensasjon eller vederlag etter ASA 4313 pkt. 7.1 og 12.2. Det er overdragelsen av en praksis, eller manglende mulighet til å overdra praksisen på grunn av innløsning av avtalehjemmelen, som gir rett til vederlag eller kompensasjon - som er den aktuelle kravsformen i denne saken. Etter nemndas vurdering har ikke A vært fratredende fysioterapeut da han fikk tildelt ny avtalehjemmel

på 100 %. Det er opplyst for nemnda at A hele tiden har drevet, og fortsatt driver, praksisen ved det samme instituttet, i de samme lokalene, med de samme pasientene og med det samme utstyret og inventaret. Den eneste «endringen» som har i As praksis er at han etter søknad fikk tildelt en 100 % avtalehjemmel i oktober 2018, etter at han tidligere hadde en avtalehjemmel på 58,34 %. Det er ingen opplysninger i saken som tilsier at A i 2018 hadde til hensikt å selge sin praksis, og at handlinger eller unnlatelser fra kommunen har fratatt han denne muligheten. Praksisen som danner grunnlag for kompensasjon eller vederlag har vært uendret. Det eneste som har endret seg er størrelsen på driftstilskuddet. En endring i størrelsen på driftstilskuddet medfører ikke at A blir fratredende fysioterapeut. Driftstilskuddet tilhører kommunen, og kan ikke omsettes. Nemnda bemerker også at en økning i driftstilskuddet trolig vil ha en positiv verdi for praksisen.

For det tredje viser nemnda til at A hele tiden har hatt og fortsatt har muligheten til å overdra sin praksis. Det har ikke vært noe ved kommunens handlemåte som har forhindret han fra dette. Det er ingen opplysninger i saken om at det har vært avbrudd i As praksis eller at denne har vært påvirket på noen verdiforringende måte som følge av kommunens håndtering av den eldre avtalehjemmelen på 58,34 %.

Nemnda understreker at det er verdien av praksisen som kan gi grunnlag for vederlag fra tiltredende fysioterapeut. Tap av denne verdien av praksisen kan tilsvarende gi grunnlag for kompensasjon når kommunen ved innløsning gjør at fratredende fysioterapeut ikke kan overdra praksisen. Ingen av disse situasjonene har inntrådt i denne saken. As praksis har bestått uendret, med unntak av størrelsen på avtalehjemmelen som har økt.

For det fjerde viser nemnda til at kommunens tidsbruk i denne konkrete saken er uten betydning. Tidsbruken har ikke påvirket As posisjon. Han har kunnet fortsette i sin virksomhet som før uten avbrudd i inntekter, og har hele tiden hatt full mulighet til å overdra praksisen om han ønsket dette. At kommunen brukte nærmere to år på å lyse ut hans gamle avtalehjemmel har ikke påvirket As posisjon.

Uten at det har betydning for resultatet i denne saken bemerker nemnda at for en fysioterapeut som reelt er fratredende, vil en saksbehandlingstid fra kommunens side på nærmere to år for å lyse ut en avtalehjemmel trolig gi rett til kompensasjon fra kommunen. Et så langt avbrudd i praksisen vil med all sannsynlighet redusere verdien av praksisen ved at kundemassen vil være borte. Kommunen er nærmest til å bære risikoen for saksbehandlingstiden da det kun er kommunen som reelt har mulighet til å påvirke denne.

Nemnda mener det må være uten betydning for resultatet at kommunen valgte å tildele A et ledig driftstilskudd på 100 %, og senere lyste ut det gamle driftstilskuddet på 58,34 %. Som en alternativt framgangsmåte kunne kommunen økt As driftstilskudd fra 58,34 % til 100 %. Ved den andre framgangsmåten er det åpenbart at A ville vært utelukket fra et krav på kompensasjon. Nemnda mener As rettslige posisjon i denne saken må være helt lik, uavhengig av hvilken framgangsmåte kommunen har benyttet. Det er kun størrelsen på As driftstilskudd som har endret seg, ikke hans mulighet til å kreve vederlag for praksisen.

Nemnda mener det er uten betydning for saken hvilke ord og uttrykk kommunen har brukt i intern saksbehandling rundt den eldre avtalehjemmelen. Det reelle må være avgjørende, og verken faktisk eller rettslig foreligger det en innløsningssituasjon der A har vært fratredende

fysioterapeut. A har hele tiden hatt mulighet til å overdra sin praksis, og det eneste som har endret seg er at størrelsen på hans avtalehjemmel har økt.

Nemnda har kommet til at kommunen ikke innløst avtalehjemmelen. C kommune må derfor alene på dette grunnlag.

Vurderingen av om A har lidt et økonomisk tap

Etter ASA 4313 pkt. 12.2 er må det foreligge et økonomisk tap for at fratredende fysioterapeut skal ha krav på kompensasjon fra kommunen. A har etter nemndas syn ikke sannsynliggjort noe økonomisk tap. Tvert imot har praksisen hans vært i drift hele tiden med den samme kundemassen, jf. nemndas merknader over. Verdien av praksisen er fullt ut i behold, og han har hele tiden hatt muligheten til å overdra praksisen. Driftstilskuddet er i tillegg økt, noe som normalt er gunstig for verdien og i hvert fall ikke negativt. Når det ikke foreligger noe økonomisk tap er det heller ikke grunnlag for krav om økonomisk kompensasjon etter ASA 4313 pkt. 12.2.

Som nevnt over mener nemnda det A reelt krever kompensasjon for er den eldre avtalehjemmelen. Denne tilhører kommunen, kan ikke omsettes og gir ikke grunnlag for kompensasjon.

Konklusjon

Nemnda mener argumentasjonen og det angivelige økonomiske tapet er oppkonstruert, og at det A reelt prøver å få kompensasjon for er det eldre driftstilskuddet.

Ingen av vilkårene for å kreve økonomisk kompensasjon er oppfylt og C kommune frifinnes derfor.

Sakskostnader og dekning av kostnadene til nemnda

Nemnda har kommet til at C kommune skal frifinnes og kommunen har vunnet saken. C kommune har lagt ned påstand om at hver av partene bærer egne sakskostnader for nemnda. Partene har fri rådighet på dette punktet, og påstanden tas til følge.

Partene er solidarisk ansvarlige overfor nemnda for nemndas utgifter i saken, og pro rata ansvarlige overfor hverandre, jf. ASA 4313 punkt 23.1 andre ledd og voldgiftsloven § 39. Nemnda har adgang til å pålegge den ene parten å erstatte den annen parts andel av nemndas utgifter etter de sakskostnadsregler som gjelder for nemnda. Kommunen har ikke krevd at nemnda skal ta stilling til fordelingen av kostnadene til nemnda, jf. voldgiftsloven § 40. Nemnda har derfor kommet til at partene skal dekke utgiftene til nemnda med en halvpart hver. Nemndas godtgjørelse settes til 26 400 kroner. Beløpet forfaller til betaling en måned etter at avgjørelsen er avsagt, jf. voldgiftsloven § 39.

Slutning:

1. C kommune frifinnes.
2. Hver av partene bærer egne sakskostnader.
3. A og C kommune dekker utgiftene til tvistenemnda på 26 400 –
tjusekstusenfirehundre – kroner med en halvpart hver. Partene er solidarisk
ansvarlige for nemndas godtgjørelse.

Mats Wilhelm Ruland