

PROTOKOLL

FOR

NASJONAL TVISTENEMND FOR SELVSTENDIGE NÆRINGSDRIVENDES FYSIOTERAPIVIRKSOMHET

Den 25. november 2020 ble det avsagt avgjørelse i nasjonal tvistenemnd for selvstendige næringsdrivendes fysioterapivirksomhet.

Sak nr. 4/2020

Nemndas sammensetning:

Lagdommer Mats W. Ruland, nøytral leder

Saksøker: A

Saksøkt: B

Saken gjelder: Tvist om vederlag for opparbeidet praksis (goodwill).

avgjørelse:

Sakens bakgrunn

Sakens parter, A og B, har begge jobbet ved W fysioterapi i X. Klinikken ble etablert i 2010 ved at totalt fem fysioterapeuter gikk sammen og bygde opp klinikken. Selskapsformen som ble valgt var et DA, det vil si et selskap med delt ansvar.

B og en annen fysioterapeut hadde drevet praksis sammen ved U fysioterapi siden 1992, og begge hadde 100 % driftstilskudd. A kom fra stiling som leder for fysioterapeutavdelingen ved X sykehus. Alle fysioterapeutene investerte like store summer for innkjøp av en del nytt utstyr i forbindelse med oppstart. De som hadde drevet praksis tidligere hadde også med seg noe utstyr til klinikken. B var sykemeldt den første perioden etter oppstart og A var vikar i hennes praksis, først med 100 % og deretter med 50 %. A dekket Bs driftsutgifter i perioden hun var sykemeldt. A fikk tildelt 50 % driftstilskudd fra kommunen i 2012.

Grunnet etterspørsel fra pasienter bygde fysioterapeutene opp en ny klinikk med treningsfasiliteter, og i 2015 ble W fysioterapi og trening AS etablert. I årene 2015/2016 kjøpte ytterligere to fysioterapeuter seg inn i klinikken. I 2017 ble As driftstilskudd fra kommunen økt til 60 %. Det ble samtidig investert i nytt utstyr ved klinikken der alle fysioterapeutene bidro med lik sum.

For å spre risikoen ble utstyret kjøpt og eid gjennom det opprinnelige selskapet, W fysioterapi DA (heretter DA). Det nye selskapet, W fysioterapi og trening AS (heretter AS) leide utstyret DAet. Utstyret i DAet er etter det opplyste nedskrevet med 10 % årlig. Inntektene fra treningssenterdelen i ASet har vært brukt til å redusere de faste utgiftene etter fratrukk av felleskostnader. Av denne grunn har den enkelte hatt moderate utgifter.

I klinikken har alle eierne eget behandlingsrom som de selv har utstyrt. I tillegg inneholder klinikken fellesarealer, pauserom, garderober, resepsjon og to treningsrom. A har fungert som daglig leder i klinikkene siden oppstart, og hun har vært kompensert 16 000 kroner årlig for føring av regnskap/årsoppgjør.

B ble rammet av hjerneslag i desember 2019, og av denne grunn ble hennes avtalehjemmel sagt opp fra nyttår 2019/2020. Kommunen tildelte A driftshjemmelen etter B 25. mars 2020. X kommune har lagt til grunn at tildeling av driftstilskudd ikke kan skje før prosessen mellom avtroppende og påtroppende fysioterapeut er avklart. Av denne grunn mottok ikke A driftstilskudd før 1. juni 2020.

I brev 22. mai 2020 fremmet B krav om vederlag for goodwill med 274 261 kroner. Vederlaget bygde på 20 % av gjennomsnittlig inntekt de siste tre år, inkludert inntjening fra sykevikar og ferievikar. A har avvist kravet, og partene har dermed ikke kommet til enighet. Saken ble deretter brakt inn for tvistenemnda.

Saken for nemnda gjelder kun krav om betaling for goodwill. Utstyr og inventar er eid av DAet. Nemnda har fått opplyst at det pågår en parallell prosess med alle deltakerne med å løse ut B av DAet.

Grunnet helsetilstanden har Bs datter, C, opptrådt som fullmektig for B.

Twistenemndas avgjørelsesgrunnlag:

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

- Prosesskriv fra partene
- Utdrag av e-post korrespondanse
- Takst fysioterapeut og takstmann Erik Frøland

Partenes anførsler:

A har i hovedtrekk **anført:**

A har siden tildelingen arbeidet noe ut over hjemmelstørrelsen sin. Ut fra årsrapportene til kommunen er det innrapportert 10 – 20 % arbeid ut over deltidshjemmelen. Hennes årlige inntekt (refusjoner og egenandeler) har vært 423 651 kroner i 2017, 506 612 kroner i 2018 og 516 102 kroner i 2019. I tillegg kommer 60 % driftstilskudd som utgjør ca. 260 000 kroner årlig.

Alle ved klinikken har eget behandlingsrom de selv har utstyrt. I tillegg er der fellesarealer ved klinikken. A har fungert som daglig leder ved klinikken siden oppstart, og hun blir årlig kompensert med 16 000 kroner for føring av regnskap/årsoppgjør. Hun har også drevet utadrettet virksomhet på vegne av hele klinikken. Til månedlige styremøter har hun utarbeidet sakliste, informert de øvrige eierne om den økonomiske situasjonen og skrevet referat. A har også hatt kontakt med huseier ved behov, og sittet i kommunens SAMU i ca. 7-8 år og representert klinikken i dette forumet.

A skal ikke betale fullt ut goodwill, da hun ikke overtar noe fra Bs praksis. A har opparbeidet egen praksis, har sitt eget kontor med nødvendig utstyr. De har allerede felles journalsystem og felles fasiliteter for pasienter. A er spesialist i idrettsfysioterapi og ortopedisk fysioterapi og innehar en annen pasientgruppe enn B. Av denne grunn overtar hun heller ingen pasientlister. A har foreslått at tvisten løses i mekling med hjelp fra NFF, noe B har avslått.

A har deltatt i etableringen av klinikken på lik linje med B og de øvrige deltakerne. Hun overtar ikke noe etter B, men viderefører sin egen praksis med en større avtalehjemmel. A har ikke overtatt Bs kontor, utstyr, journaler eller pasientlister. Avgjørende for om hun vil motta goodwill når praksisen avsluttes vil være hvem som overtar praksisen. Dette må vurderes i hver enkelt sak. Påstanden om at A uansett vil «få» goodwill stemmer ikke med regelverket som styrer praksis.

Driftsmodell er ikke relevant ved beregningen av goodwill. A har ikke fremhevet egen innsats på slik måte at det må få konsekvenser for goodwill.

A har ikke lagt ned noen formell påstand. Det fremgår av prosesskrivene at hun mener det ikke skal betales vederlag for goodwill.

B har i hovedtrekk anført:

B krever betaling for «ordinær» goodwill etter ASA 4313 pkt 7.1 som hjemler fratredende fysioterapeuts krav på vederlag for verdien av praksisen. Det er ikke noe grunnlag for at det ikke skal tilkjennes vederlag for goodwill. Kravet må forstås i lys av faktum i saken. Dersom A selv skulle bestemme seg å slutte ved klinikken kan hun selv kreve goodwill. Det vil hun kunne få uten å selv ha betalt «inngangsbilletten». Hun vil dermed realisere verdier som B har vært med på å skape, men hun vil ikke «innrømme» B samme ordning når hun forlater yrket. Vanlig praksis er at avtroppende fysioterapeut får 20 % av inntektene siste tre år, inkludert inntektene fra vikar.

Kravet er på 274 261 kroner, som er 20 % av snitt siste tre år inkludert vikarinntekter. B og D drev eget institutt før W Fysioterapi ble startet, og utstyr fra denne klinikken ble med over i den nye og fungerte i en oppstartsfasen. Deler av utstyret er erstattet, mens noe er fortsatt i bruk. Det var meningen at dette utstyret skulle kompenseres. Utstyret hadde utvilsomt betydelig verdi og det er tale om 100 000 kroner for Bs del.

A har hatt betydelig nytte av B og Ds gode rykte og renommé fra deres etablerte praksis. I oppstartsfasen nøt hun godt av å kunne bruke utstyret som ble tatt med inn i den nye praksisen, og som det ble lovet kompensasjon for. Dette bør være med i betraktningen. W fysioterapi var en forlengelse av U fysioterapi, og denne verdien var en viktig del av «startkapitalen» til W fysioterapi. Denne verdien lå i bunnen og utgjorde en meget viktig del av det å komme til «dekket bord», som A kom til i 2010/2011. B har et rettmessig krav på å få dette med seg når hun må forlate organisasjonen som følge av sykdom. Kravet om betaling av vederlag for goodwill med 20 % er rimelig.

Driftsmodellen gjør at ASet går med underskudd. Husleien har derfor blitt satt opp betraktelig, noe som vil føre til et betydelig bedre resultat med sju leietakere. Utstyret avskrives årlig og fremstår derfor som en kostnad i regnskapet.

Hadde Bs tilskudd blitt tildelt til en utenforstående fysioterapeut hadde trolig ikke betaling for goodwill vært et tema. I tillegg kan man regne med at tilskuddet A hadde fra før (60 %) utlyses og tildeles andre. Hun vil i så fall få goodwill for sin del.

Fysioterapeut F kjøpte seg inn i W for 3-4 år siden. Inngangsbilletten han måtte betale for sin 1/7 var 500 000 kroner. At F måtte betale 500 000 kroner for sin del gjør at B med all rimelighet må kunne regne med å få igjen samme beløp når hennes andel skal kjøpes ut. Dette forslaget er blankt avslått av W fysioterapi AS. Hadde det vært en annen person

utenfor klinikken som fikk tilskuddet og ønsket å kjøpe seg inn hadde det ikke vært samme problemstilling. Prosessen om goodwill ville vært mye enklere. Nå sitter B igjen nesten uten noe for aksjene, samtidig som A påstår hun ikke overtar noen verdi, selv om hun har overtatt fulle pasientlister. B har jobbet mye over mange år og hadde mange kunder, også ut over det hun var forpliktet til ut fra driftstilskuddet. Uttalelse fra vikar E må tolkes som at A fikk Bs pasientliste når hun fikk tilskuddet og da overtok noen fra disse listene.

B har bidratt med vedlikehold ved instituttet. Det oppfattes som urimelig når A argumenterer for at hennes innsats for fellesskapet ved bedriften har vært av en slik karakter at det må få betydning for det økonomiske oppgjøret for B. As innsats har ikke vært ut over det andre har gjort og kan ikke tillegges vekt som verdireducerende for Bs økonomiske oppgjør.

Kravet på goodwill er lavt anslått ut fra hva som er mulig å dokumentere. De reelle inntektene har trolig vært høyere enn det som er estimert for nemnda.

C har også vært i kontakt med NFF, men de har ikke kunnet bistå med mekling siden begge parter er medlemmer i NFF.

B har ikke utformet noen formell påstand, men det fremgår avslutningsvis i tilsvaret at hun krever betaling for goodwill med 274 261 kroner som er 20 % av gjennomsnittlig inntekt siste tre år.

Tvistnemndas merknader

Innledning

Problemstillingen i saken er hvor mye som skal betales i vederlag for verdien av fysioterapipraksisen (goodwill) til B. Vederlag for utstyr/inventar er ikke brakt inn for tvistnemnda.

B har i sine prosesskriv omtalt tvist med de andre deltakere i DAet om utløsning fra selskapet, herunder husleiekraft og uenighet om verdsettelse. Nemnda bemerker at det ikke er fremmet krav om betaling for utstyr. Dette fremgår uttrykkelig av tilsvaret og Bs prosesskriv. Tvist rundt utløsning fra DAet og husleie ligger utenfor nemndas kompetanse. Nemnda har derfor valgt å ikke gjengi anførselene rundt dette og behandler heller ikke disse spørsmålene.

Tvistnemnda har kommet til at A må frifinnes for kravet om betaling av vederlag for verdien av praksisen.

Rettslig utgangspunkt

Tvistnemndas saklige kompetanse står i ASA 4313 pkt. 23.2. Denne bestemmelsen viser videre til tvister etter rammeavtalen punkt 8 og vedtak om innløsning etter punkt 12. Nemndas vedtak er bindende for partene.

Relevant for denne saken er ASA 4313 punkt 8 «Tvist om overdragelse» der det står:

Tvist om vilkårene for overdragelse av fysioterapivirksomhet etter punkt 7 og 9 avgjøres ved nemndsbehandling etter reglene i punkt 23. Nemndas kompetanse omfatter ethvert tvistesporsmål i tilknytning til vilkårene for overdragelsen, herunder tvist om rett og plikt til å overdra virksomheten, hvilke eiendeler som er omfattet av overdragelsen, verdsettelsen, betalingsvilkår, overtakelsestidspunkt, mv.

Blir fratredende og tiltredende fysioterapeut ikke enige om overdragelsesvilkårene innen 1 måned etter at ny driftsavtale er inngått, skal vilkårene fastsettes ved nemndsbehandling. Begge fysioterapeutene plikter å medvirke til nemndsbehandling og er bundet av nemndas avgjørelse.

Fysioterapeuter som krever nemndsbehandling skal varsle motparten med 3 ukers varsel i rekommandert sending.

Hovedspørsmålet i saken gjelder uenighet om det skal betales i vederlag for verdien av praksisen (goodwill).

Krav på vederlag for verdien av praksis (goodwill) er regulert i ASA 4313 punkt 7 tredje ledd der det står:

Fysioterapeut som krever overdragelse av virksomheten har også krav på vederlag for verdien av praksisen dersom vedkommende har drevet praksis med kommunal driftsavtale i mer enn tre år.

Det følger direkte av ordlyden at utgangspunktet etter ASA 4313 er at det skal betales vederlag for verdien av praksisen, forutsatt at fratredende fysioterapeut oppfyller tidskravet på tre år. I denne saken er tidskravet oppfylt. ASA 4313 punkt 7 femte ledd setter en øvre ramme for hvor mye som kan kreves i vederlag for praksisen:

Dersom det skal ytes vederlag for verdien av praksis, kan dette ikke avtales høyere enn 20 prosent av gjennomsnittlig trygderefusjon, egenandel og driftstilskudd de siste tre år før vedtak om tildeling av avtalehjemmel til ny praksisinnehaver. Trygderefusjon, egenandeler og kommunale driftstilskudd som er utbetalt direkte til godkjent vikar inngår i beregningsgrunnlaget.

Det er ikke adgang til å avtale andre former for godtgjørelse/kompensasjon enn det som fremgår av rammeavtalen. Partene kan heller ikke forhandle om overdragelsesvilkår før kommunen har foretatt tildeling av avtalehjemmelen og ny driftsavtale er inngått. Eventuell avtale om overdragelsesvilkår inngått før tildelingen er ikke bindende for partene, jf. ASA 4313 punkt 7 sjettede ledd.

Goodwill

Goodwill er en immateriell eiendel eller merverdi. Begrunnelsen for at det kan kreves vederlag for overtakelse av praksis (goodwill) er at fratredende fysioterapeut har lagt til rette for at tiltredende fysioterapeut får en «drahjelp» i form av inntjening umiddelbart fra oppstart, i motsetning til en praksis som må bygges opp fra bunnen av uten et etablert kundegrunnlag. Dette vil typisk være når tiltredende fysioterapeuts praksis får en «flying start» ved å kunne nyttiggjøre seg ulike elementer fra praksisen til fratredende fysioterapeut.

I kommentarene til ASA 4313 er det nevnt flere momenter som er relevante ved vurderingen av om det skal betales for verdien av praksisen (goodwill) og størrelsen på vederlaget. Momenter som skal vektlegges er kontinuitet i praksisen, type praksis (gruppe eller solo), innarbeidede kontorrutiner, opplært personell, attraktiv beliggenhet, funksjonelle og universelt utformede lokaler, driftsresultat, omfang av overførbare pasientlister, samarbeidsavtaler, systemer i praksisen (f. eks. journalsystemer), overførbare husleieavtaler og andre avtaler. Verdien av driftstilskuddet skal ikke inngå i beregningen av verdien av praksisen.

Ved vurderingen av om det skal betales vederlag for goodwill og eventuelt vederlagets størrelse, tar nemnda utgangspunkt i ASA 4313 og kommentarene til ASA 4313, jf. ovenfor. Nemnda bemerker at grensen på 20 % i ASA 4313 punkt 7 femte ledd er den øvre grensen for hva som kan kreves i vederlag. Fastsettelsen av størrelsen på vederlaget må bygge på en konkret helhetsvurdering for den enkelte praksis.

Vurderingen av goodwill

Saken er særegen ved at tiltredende og fratredende fysioterapeut har vært tilknyttet samme institutt. I denne saken må dette faktiske forholdet gis avgjørende betydning for vederlaget for goodwill.

Etter det opplyste har B drevet praksis siden 1992, og avtalehjemmelen A er tildelt skriver seg dermed fra en nærmere 30-årig praksis. Kundegrunnlaget er oppgitt å være godt, og det er ingen opplysninger om avbrudd i praksisen. Instituttet, som begge er tilknyttet, fremstår som veletablert, godt utstyrt, velrennomert og det er tale om en større gruppepraksis. Ut fra de opplysningene nemnda har fremstår driftskostnadene som lave, der den enkelte fysioterapeut oppnår en stordriftsfordel ved å være tilknyttet instituttet. Nemnda mener det er særlig positivt for goodwillen at instituttet eier eget treningsstudio. For øvrig er det noe sparsomt med detaljerte opplysninger om instituttet. De opplysningene nemnda faktisk har fått er forhold som tilsier at praksisen til B har en betydelig goodwill, som det i utgangspunktet skal betales vederlag for etter ASA 4313.

Som nevnt ovenfor er det særegne i denne saken at både fratredende (B) og tiltredende (A) fysioterapeut alt jobber ved samme institutt. Instituttet er bygd opp av begge, i fellesskap

med de andre som jobber der. Nemnda legger til grunn at begge har vært aktive i dette arbeidet, og begge har vært med å dekke kostnadene til oppbyggingen av instituttet på lik linje. A nyter alt i dag godt av verdien (goodwillen) av å være tilknyttet instituttet, og denne verdien har hun vært med å bygge opp og bekoste selv. Det eneste som er endret er at kommunen har økt avtalehjemmelen hennes fra 60 % til 100 % ved at hun er tildelt avtalehjemmelen etter B.

Bs kunde-/pasientlister har en verdi som generelt kan gi grunnlag for betaling av goodwill. Slikt faktum er i denne saken, der begge er tilknyttet samme institutt og A ikke har overtatt noen pasienter etter B, gir ikke kunde-/pasientlistene noe grunnlag for å tilkjenne vederlag.

Nemnda mener at A ikke tilføres noen ytterligere «verdi» ved at hun er tildelt avtalehjemmelen etter B. Nemnda mener dette må være avgjørende. A får ikke nyttiggjort seg noen elementer fra Bs praksis. Hun kan ikke overta kontor, systemer mv. Dette i motsetning til om en fysioterapeut hadde kommet inn utenfor instituttet. Verdien av driftstilskuddet skal ikke inngå i beregningen av verdien av praksisen, jf. nemndas merknader ovenfor. I denne situasjonen mener nemnda det ikke er grunnlag for at A skal betale vederlag for goodwill til B, og det vil fremstå som urimelig om hun skal måtte betale et slikt vederlag.

B har vist til at hun ved etableringen av instituttet i 2010/2011 blant annet hadde med seg ekstra utstyr/inventar inn til klinikken, og at hun kom fra en etablert og renommert praksis. I oppstartsfasen kom dette A og de øvrige fysioterapeutene til gode. Nemnda bemerker at dette er et faktisk forhold som ligger ca. 10 år tilbake i tid, og som primært er relevant for fordelingen av kostnader innad ved klinikken i oppstartsfasen. De faktiske forhold rundt dette er dårlig dokumentert for nemnda. Det er opplyst at ikke noe ble avtalt mellom partene den gang. Alt det vesentlige av dette utstyret er for lengst avskrevet og det er anskaffet nytt utstyr som alle ved klinikken har vært med å dekke, også B og A. Prinsipielt mener nemnda at ved fastsettelsen av vederlag for goodwill må uansett forholdene på overdragelsestidspunktet være avgjørende. De forhold B har vist til ligger så mange år tilbake i tid at det ikke kan tillegges vekt ved vurderingen av vederlag for goodwill.

Nemnda ser at tildelingen av driftstilskuddet til A slår negativt ut for B. Dersom driftstilskuddet ble tildelt en annen fysioterapeut som ikke var tilknyttet klinikken ville B kunne fått vederlag for verdien av goodwillen. Nemnda har forståelse for at resultatet kan oppleves som urimelig. Resultatet nemnda har kommet til avviker også fra utgangspunktet i ASA 4313. Nemnda mener dette ikke kan være avgjørende. En løsning der tiltredende fysioterapeut må betale vederlag for goodwill uten å få tilført noen «verdi» vil ikke være i tråd med intensjonen bak bestemmelsene i ASA 4313. Den helt grunnleggende forutsetningen for å tilkjenne vederlag for goodwill er ikke oppfylt.

Nemnda bemerker for øvrig at en ikke ubetydelig del av verdiene i klinikken ligger i DAet. B har fortsatt sin eierandel i DAet, og er etter det opplyste i prosess med de øvrige eierne for å

bli løst ut. Ved å bli løst ut mottar hun verdien av sin andel i selskapet. De uheldige følgene av at driftstilskuddet er tildelt A vil derfor ikke fullt ut materialisere seg. Dette er også et moment nemnda mener er relevant.

Etter en samlet vurdering har nemnda kommet til at A må frifinnes for kravet om betaling av vederlag for verdien av goodwill.

Dekning av kostnadene til nemnda

A har fått medhold i sin påstand og har etter nemndas syn vunnet saken. Ingen av partene har vært bistått av advokat og det er derfor ikke grunnlag for å tilkjenne noen av dem sakskostnader.

Nemnda har adgang til å pålegge den ene parten å erstatte den annen parts andel av nemndas utgifter etter de saksomkostningsregler som gjelder for nemnda.

Saken har reist et prinsipielt spørsmål, og begge parter har hatt god grunn til å få prøvd saken for nemnda. Av denne grunn mener nemnda at partene skal dekke utgiftene til tvistenemnda med en halvpart hver. Nemndas godtgjørelse settes til 18 000 kroner. Beløpet forfaller til betaling en måned etter at avgjørelsen er avsagt, jf. voldgiftsloven § 39.

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.

Slutning:

1. A frifinnes for kravet om betaling av vederlag for verdien av praksisen.
2. A og B betaler utgiftene til tvistenemnda med 18 000 – attentusen – kroner innen 1 – en – måned fra avsigelsen av denne avgjørelsen. Partene er solidarisk ansvarlige for utgiftene til tvistenemnda.

Mats Wilhelm Ruland