

PROTOKOLL

FOR

NASJONAL TVISTENEMND FOR SELVSTENDIGE NÆRINGSDRIVENDES FYSIOTERAPIVIRKSOMHET

Den 22. desember 2020 ble det avsagt avgjørelse i nasjonal tvistenemnd for selvstendige næringsdrivendes fysioterapivirksomhet.

Sak nr. 5/2020

Nemndas sammensetning:

Lagdommer Mats W. Ruland, nøytral leder

Saksøker: A

Prosessfullmektig: Advokat Pål Remman
Advokatfirma Remman AS
Haxthausens gate 6a
0263 OSLO

Saksøkt: B

Prosessfullmektig: Advokatfullmektig Lars Engebretsen v/advokat Morten Bjerkhaug
Norges Fysioterapiforbund
Postboks 147 Sentrum
0102 Oslo

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

avgjørelse:

Sakens bakgrunn

A har drevet fysioterapi praksis med 100 % driftstilskudd i Y kommune (før kommunesammenslåing tidligere X kommune) i ca. 10 år ved Å fysioterapi. Hun sa opp avtalehjemmelen med kommunen 26. februar 2020. Y kommune utlyste avtalehjemmelen med søknadsfrist 5. mai 2020, og oppstartdato var angitt til 1. september 2020. Av utlysningsteksten fremgår at kommunen søkte særskilt etter fysioterapeut med kompetanse og erfaring innen allmenn fysioterapi, spesielt i forhold til barn. B søkte på avtalehjemmelen 4. april d.å. og ble tildelt avtalehjemmelen 5. juni d.å. B har drevet praksis i ca. 10 år ved Æ fysioterapi som ligger ca. 150 meter fra Å fysioterapi. B har tidligere hovedsakelig drevet uten avtalehjemmel og i perioder som vikar i driftshjemmel. Hun inngikk avtale om driftshjemmel med Y kommune 2. juni d.å.

Partene har ikke kommet til enighet om betaling av goodwill og overtakelse av husleiekontrakt.

Den 1. september d.å. startet B opp med behandling i driftshjemmelen, fortsatt lokalisert ved Æ fysioterapi.

A krevde nemndsbehandling i skriv til nemnda 16. august d.å.

Twistenemndas avgjørelsesgrunnlag:

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

- Div. korrespondanse mellom partene
- Div. korrespondanse V eiendom
- Utlysningstekst fra kommunen
- Korrespondanse med kommunen
- Søknad om driftstilskudd fra A (2009)
- Utskrift fra hjemmeside
- Framleiekontrakt og addendum
- Bilder av lokalene
- Utskrift fra Brønnøysundregistrene
- Goodwilloppstilling
- Omsetningsrapporter
- Inntektsregnskap for årene 2017-2019
- Framleieavtale
- Skjerm bilde fra kompensasjonsordningen.no
- E-poster fra U kommune
- Utskrifter av sms mellom partene

Partenes anførsler:

A har i hovedtrekk anført

As goodwill-beregning er dels basert på hennes erverv av samme praksis i 2009, der prinsippet om 20 % ble praktisert slik at 20 % er tallet dersom praksisen er velfungerende og tilrettelagt avtalehjemmel der avtroppende fysioterapeut har relevante pasientlister. Dels er kravet basert på eget erverv av hjemmel høsten 2019 i U kommune (forhandlinger med enke med full anerkjennelse av goodwillstatning. A betalte da et beløp nær tilsvarende beløpet som nå kreves.

Følgende parametere er hensyntatt av A ved vurderingen: godt innarbeidet praksis basert på allmennfysioterapi, fulle pasientlister og drift av virksomheten fra oppstart til i dag, unntatt perioden med covid 19. Alle pasienter er overførbare. Skybasert pasientsystem som er lett tilgjengelig, kontinuitet i praksisen, gode lokaler med oversiktlig utleier og avklaring av framleiebetingelser i overgangsperiode. Lokalene har beliggenhet midt i Æ sentrum med legekontor i samme bygg og nabobygget. Bygget bærer preg av å være et «helsehus». Lokalene er funksjonelle og lyse, med direkte inngang fra parkering. Husleieavtalen var overførbar. Det er god plass til å lage ekstra rom for kollega hvis ønskelig. Lokalene har nye gulv og parkeringsplass er inkludert i husleie. Utstyret er tilbudt overdratt men det ønsket ikke B. Dette er ikke en del av tvisten for nemnda.

Det er tale om overdragelse av full omsetning som danner grunnlag for beregningen. A har hatt en 100 % hjemmel som har vært drevet i over 10 år. Inntektene har vært offentlig tilgjengelige via [selskapsnavn]s regnskaper.

Regelverket som danner grunnlaget for kravet er ASA 4313. Kravet på goodwill framgår av rammeavtalen pkt. 7.1. Det fremgår av rammeavtalen pkt. 7.1 sammenholdt med pkt. 1.4 at basis for goodwillberegningen er avtalen fysioterapeuten har med kommunen.

As interesser etter regelverket synes i svært begrenset grad å ha blitt ivaretatt. Kommunen har ventet med utlysningen i tre-fire måneder, og har kun i begrenset grad lyst ut stillingen. A har blitt stilt i en situasjon hvor overtagende ikke vil forholde seg formelt til leiekontrakten, og har heller ikke i utgangspunktet anerkjent pasientgrunnlaget B ønsker å overta. A mener dette forhold må avklares mellom B og kommunen, og dette forholdet kan ikke virke inn på tvistenemndas objektive vurdering av grunnlaget for goodwillstatning.

A inngikk forlengelse av leieavtalen den 14. januar 2020 etter samråd med kommunen for å sikre at ny fysioterapeut skulle kunne starte/overta og derved få en flyng start.

Kommune har avklart at det i utlysningsteksten kun er presisert «ønsket kompetansebehov», men basert på fysioterapeut med alminnelig kompetanse.

Det opprinnelige kravet for nemnda er nedjustert. Det er gjort en ny beregning der alle pasienter fra U er tatt ut, og der beregningen for perioden for Covid-19 re medtatt.

Ordlyden i ASA 4313 for 2019/2020 innebærer at nemnda har kompetanse til å ta stilling til spørsmålet om videreføring av leieforholdet er direkte relatert til praksis. Det vises til ASA 4313 pkt. 8. At leieforhold er relevant fremgår av ordlyden i punkt 9. Pkt. 9 knytter seg til nedtrapping og ikke direkte til overdragelse. I denne saken har kommunen insistert på at saksøkte sørget for at lokalene var tilgjengelig for ny fysioterapeut. Det fremgår av ASA 4313 at den som har fått hjemmelen må søke om flytting før dette kan gjennomføres. I dette ligger en klar forutsetning om at hjemmelen ved overdragelsen er knyttet til leiekontrakten. ASA 4313 pkt. 11 innebærer også at det er lagt opp til at hjemmelen er knyttet til den lokalitet som overdragende fysioterapeut har benyttet. Dersom ny hjemmelshaver ikke er forpliktet til å overta husleiekontrakten vil dette i realiteten innebære at overdragende fysioterapeut finansierer overtagende fysioterapeut, og goodwill-erstatningen vil kunne gå til dekning av eksisterende husleiekontrakt overdragende part har. Lokalene er tilgjengelige og leieavtalen kan overdras umiddelbart.

A har gjort en ny beregning av grunnlaget for goodwill. Kravet reduseres med ca. 8 000 kroner til 348 775 kroner. Ved beregningen er det tatt hensyn til at støtteordningen som følge av Covid-19 er tatt ut. All omsetning fra U er også tatt ut. A startet ikke praksis i U før 1. januar 2020, og B har fått feil opplysninger fra kommunen.

Videreføring av leiekontrakten var en forutsetning fra kommunen. Det var lagt opp til en sømløs overgang til ny avtale for B. I e-post 24. juni ble B bedt om å bestemme seg for hvilken leieløsning hun velger slik at de kunne starte kontraktsarbeidet. A purret på svar 11. juli d.å. Først 13. juli svarte B at hun ikke godtok As krav på goodwill eller «overdragelse av leiekontrakt eller utstyr i eksisterende lokaler». I henvendelse fra B 16. august ba hun om å få oversendt pasientlister, og avklaring om leiekontrakt var ikke et tema. Slik avklaring søkte B direkte med utleiер og kommunen. Den 19. august d.å. bekreftet kommunen at flytting av hjemmelen ikke var aktuelt. Det er ikke korrekt at A ikke har lagt til rette for overføring av lokalene. Kommunen er blitt forledet til å iverksette flytting av hjemmelen. A har vært klar på at de som de facto driver virksomhet i lokalene også må ta ansvar for kostnadene. B kunne enkelt gitt en erklæring eller bekreftelse på om hun overtok forpliktelsene knyttet til leieobjektet. Det har ikke fra A vært stilt krav om at goodwillberegningsskonflikten skulle ha vært avklart før lokalene ble gjort tilgjengelig. Det følger for øvrig av ASA 4313 pkt. 9 bokstav g sammenholdt med bokstav h at det ved nedtrapping skal betales forholdsmessig leie for lokalene. B har også fått direkte tilbud fra V eiendom om leiekontrakt, uten å vise vilje til å tre inn.

Bs atferd tilsier at goodwillberegningen ikke skal reduseres.

Lokalene har beste plassering midt i sentrum av Æ, er funksjonelle og universelt utformet. Det kan enkelt settes opp lettvegg for å sikre venterom. Utstyret i lokalene er nytt og innkjøpt for å sikre pasientene treningsfasiliteter, og er ikke anskaffet for kun å drive manuellterapeutisk virksomhet. At B ikke ønsker å overta utstyr kan ikke redusere

goodwillberegningen. Det må legges til grunn ved goodwillberegningen at hjemmelen som overføres er alminnelig praksis.

A har hatt godt samarbeid med leger, kommunen og sykehus, og har sittet i samarbeidsutvalget. Hun har hatt fulle pasientlister. En fungerende solopraksis skal ikke redusere grunnlaget for goodwillberegningen.

A har nedlagt slik **påstand**:

1. B betaler til A goodwill erstatning med kroner 348.775 med tillegg av forsinkelsesrenter fra 14 dager etter tvistenemndas avgjørelse.
2. B overtar leiekontrakt og pålegges å dekke leie for lokalene fra og med 1. september 2020.
3. B betaler sakens omkostninger.

B har i hovedtrekk **anført**:

ASA 4313 pkt. 7.1 femte avsnitt angir «gjennomsnittlig trygderefusjon, egenandel og driftstilskudd de siste tre år før vedtak om tildeling av avtalehjemmel til ny praksisinnhaver» som grunnlag for beregning av goodwill. Dette er ment å avgrense mot andre typer inntekter hjemmelsinnehaver kan ha. Hvordan praksisen formelt er organisert kan ha betydning i denne sammenheng, og ordlyden bidrar til å sette klare grenser for hvilke inntekter som skal regnes med.

A har i oppsettet for beregning av goodwill stipulert med inntekter for mars og april 2020, baser på gjennomsnittet av inntektene i januar, februar og mai. ASA 4313 åpner ikke for en slik beregningsmodell, det er bare faktiske inntekter som skal tas med. Dersom det skal betales goodwill for overtakelse av praksisen må inntektene for mars, april og mai 2020 korrigeres, slik at det bare er trygderefusjon, egenandel og driftstilskudd som inngår. A mottok 79 713 kroner fra Skatteetatens kompensasjonsordning for mars og april, men ASA 4313 åpner ikke for at slike inntekter skal regnes med i grunnlaget for goodwillberegningen. Risikoen for unntaksmåneder ligger på avtroppende fysioterapeut.

A har begrunnet beregningen av goodwillkravet ut fra underlaget vedlagt stevningen. Tallene er hentet ut fra hennes journalsystem ProMed, som er et mye brukt journalsystem av fysioterapeuter. Journalsystemet er skybasert og kan brukes fra flere lokaliteter. Oppgavene inneholder ikke informasjon om hvilken praksis inntektene er knyttet til, og det er ikke mulig å fastslå om de oppgitte tallene er knyttet til driften av driftshjemmelen som B har overtatt. A har i perioden november 2019 til 31. august 2020 hatt to ulike driftshjemler for fysioterapi, en 100 % hjemmel i Y kommune og en hjemmel i U kommune. Hun tiltrådte 50 % driftshjemmel i U kommune 1. november 2019 og denne økte til 100 % fra 1. januar 2020. U kommune har i e-post opplyst at de ikke er kjent med at det er tatt inn vikar i As praksis.

Vikar må godkjennes av kommunen, og det må derfor legges til grunn at A selv har praktisert hjemmelen både i U kommune og Y kommune samtidig. For at det skal betales vederlag for goodwill for hjemmelen i Y kommune må A legge fram relevant dokumentasjon som viser at grunnlaget bare knytter seg til inntekter fra praksisen i Æ. Dokumentasjonen bør om mulig bekreftes av revisor. Basert på erfaring fra andre sammenlignbare praksiser virker tallene A har lagt fram høye.

Vilkåret for å kunne kreve goodwill er oppfylt ved at A har drevet praksis i mer enn tre år. Goodwillen er knyttet til merverdien av praksisen ved overdragelsen, og det er ikke relevant hvor mye praksisen ble verdsatt til for elleve år siden. Det er også irrelevant hvordan praksisen A overtok i U i 2019 ble verdsatt. ASA 4313 gir rammene for beregningen av goodwill.

Praksisen har vært drevet og opparbeidet over tid ved samme adresse siden 2010. Regnskapsoppstillingen viser god inntjening, forutsatt at inntektene bare kan knyttes til praksisen i Æ. Inntektsoppsettet må dokumenteres og eventuelt nedjusteres.

Lokalene er lett tilgjengelig, har parkeringsmuligheter og tilfredsstillende kravene til universell utforming. Utstyr som ikke skal overtas er fjernet fra lokalene. Dette kan ikke bidra til å trekke goodwillsummen oppover. Husleieavtalen var overførbar. B har ikke fått detaljer til husleieavtalen og A har på denne måten ikke medvirket til å overføre leieforholdet. Dette må føre til en nedjustering av kravet. B kommer ikke til «dekket bord».

Flere momenter taler for en nedjustering av goodwill. Praksis er solopraksis, og det gir ingen merverdi at det er legepraksis, foterapeut og apotek i andre lokaler i nabolaget. Det er ikke opplyst at det finnes overførbare kontorrutiner eller andre rutiner som påtroppende kan nyte godt av, eller opplært personell. Der er ikke venterom for pasienter, men direkte adgang til treningsrom. Lokalene ligger på gateplan med innsyn utenfra. Det er tale om en alminnelig forretningsgård med blandede leietakere.

Lokalene er funksjonelle til As praksis, men i utlysningsteksten er det forutsatt at hjemmelen skal spesielt rettes mot barn og unge. Dette stiller andre krav til lokalene enn en praksis som hovedsakelig retter seg mot manuellterapi for voksne. Fysioterapi for barn og unge baserer seg i stor grad på fysisk utfoldelse og lek i rommet. Plass til å springe og hoppe, ballspill og annen lekorientert trening er derfor av betydning. B driver en praksis basert på mer aktiv tilnærming til pasientbehandling, inkludert gruppebehandling. Lokalene har ikke plass til slik aktivitet i dag og har heller ikke mulighet for tilrettelegging. Lokalene er i liten grad egnet til den praksisen som skal utøves i driftshjemmelen, noe som tilsier reduksjon i goodwillbeløpet.

Kommunen har endret målretting av hjemmelen. Dette er et moment som begrenser verdien av pasientlister, og bør føre til en reduksjon av goodwill. B har henvendt seg til A flere ganger før tiltredelsesdatoen med forespørsel om overføring av pasientlister. A har ikke svart på disse henvendelsene. Gjennom fagansvarlig i kommunene har B fått opplyst at A

ikke vil overlevere pasientlister før hun har fått oppgjør på goodwill i samsvar med sitt opprinnelige krav. Manglende tilgang til pasientlister er et vesentlig moment i vurderingen av goodwill og taler for en kraftig reduksjon i goodwillsummen. B har vært henvist til å skaffe seg pasienter på egen hånd og har ikke fått den drahjelpen hun kunne fått dersom A hadde lagt til rette for overdragelsen. Videre har B observert at A etter 1. september fortsatt tar imot pasienter i lokalene til Å fysioterapi. Istedenfor å overføre pasienter til B har hun fortsatt å behandle dem i egen praksis. En videreføring av praksisen bidrar ytterligere til å hindre at B får den «flying start» hun kunne fått dersom A hadde medvirket til overdragelsen. B har bekreftet i brev 4. september d.å. at hun fortsatt driver praksis i Æ. Dette synes å være et brudd på forutsetningene rundt ordningen for goodwill i ASA 4313.

Det er ingen kjente samarbeidsavtaler, eventuelt er de ikke gjort tilgjengelig for B. A har videresendt informasjon utvekslet i forhandlingene mellom partene til andre fysioterapeuter i kommunen. Denne atferden fremmer ikke henvisning av pasienter fra andre

Det er ikke kjent om det finnes overførbare systemer i praksisen, og disse er i alle fall ikke gjort tilgjengelig for B. B har i stedet måtte sørge for å ha nødvendige systemer selv til oppstart i hjemmelen.

B har ikke fått tilgang til husleieavtalen som angir de vilkår hun er forutsatt å påta seg gjennom framleieavtalen. Framleieavtalen viser kun de vilkår som er fastsatt i en annen avtale. Disse måtte framlegges slik at B kunne ta stilling til dem før avtaleinngåelsen. E-poster viser at B har forsøkt å skaffe seg informasjon for å kunne ta stilling til leievilkårene. A svarte ikke på henvendelsen før i brev 4. september d.å. og heller ikke da fikk B innsyn i vilkårene for leieforholdet. B har måttet sikre at hun kunne oppfylle driftsavtalen med kommunen ved å utøve hjemmelen fra Æ fysioterapi, i alle fall i en overgangsperiode. Dette for ikke å komme i mislighold overfor kommunen. Av hensyn til forutsigbarhet har hun søkt om å få flytte driftsavtalen, og hun venter på svar fra kommunen. Et overførbart leieforhold har stor verdi ved overdragelse av praksis. A må gi den informasjon B etterspurte for å kunne ta stilling de konkrete vilkårene i leieavtalen og framleieavtalen. A har ikke bidratt til en smidig overføring, og B har blitt forhindret til å overta leieforholdet. Dette må få konsekvenser for beregningen av goodwillen.

B har ikke kunnet nyttiggjøre seg verdien av den opparbeidede praksisen. Det er en rekke momenter som taler for helt bortfall eller kraftig reduksjon av praksisen. Grunnleggende har A ikke medvirket til overføringen av praksisen, og dette har medført at B ikke har fått drahjelp ved oppstart i hjemmelen. Det er skjerpene at A ikke har svart på Bs henvendelser og dermed ikke har medvirket til å gjennomføre reelle forhandlinger om overdragelsen.

Nemnda kan ikke ta stilling til spørsmål om husleieforhold. Dette er feil forståelse av ASA 4313. Pkt. 8 får ikke anvendelse på husleieforhold. ASA 4313 åpner også for unntak, for eksempel ved at kommunen kan innvilge at påtroppende fysioterapeut får flytte praksisen. Pkt. 8 må leses i sammenheng med pkt. 11. Når kommunen har myndighet til å definere

lokalisering av hjemmelen vil det skape konflikt mellom reglene dersom nemnda kunne ta stilling til husleieforhold knyttet til hjemmelen. Videre følger det direkte av helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-1 og 3-2 at det er kommunen som avgjør hvordan helsetjenesten i kommunen skal organiseres. Dette gjelder også plassering og organisering av kommunens fysioterapitjeneste, jf. ASA 4313 pkt. 1.3. En utvidelse av nemndas kompetanse vil gripe inn i kommunens skjønn i spørsmålet om lokalisering. Kommunen har nå vedtatt at praksisen skal utøves fra Æ fysioterapi, og ikke fra lokalene der A har utøvd sin praksis. Dersom nemnda skulle kunne ta stilling til husleieforhold, ville det i mange tilfeller involvere parter som ikke var part i tvisten for nemnda, part i avtaleforholdet mellom kommunen og påtroppende eller av- og påtroppende.

Dette syn er lag til grunn i tidligere praksis fra nemnda. As anførsel rundt ASA 4313 punkt 9 er feil forståelse av ASAen. Denne bestemmelsen kommer ikke til anvendelse i denne saken.

B bestrider at hun er forpliktet til å betale noen form for goodwill til A. De fremlagte omsetningsrapportene gir ikke oversikt over hvor behandlingen er utført, noe som var Bs spørsmål. Det må antas at A har utført behandling i U, og listene er ikke egnet til å avklare hvilke av behandlingene som gjelder praksisen i Æ, og som eventuelt danner grunnlag for beregning av goodwill. Det er vesentlig å knytte inntektsgrunnlaget til rett praksis.

I den nye beregningen fra A er ikke inntektene fra Kompensasjonsordningen trukket fra i oppsettet. A mottok 79 713 kroner fra staten og disse skal trekkes fra grunnlaget.

Det er trukket fra to måneders driftstilskudd, uten at det er klart hva dette skyldes. Dersom A mottok driftstilskudd for mars og april 2020 skal driftstilskuddet ikke trekkes fra. Dersom hun ikke mottok driftstilskudd for disse to månedene, er det rett at dette beløpet er trukket fra. Det knytter seg usikkerhet til de fremlagte tallene for 2020.

B har kun fått fremlagt et utkast til framleieavtale med A, som ikke inneholder noen opplysninger om betingelser ut over en henvisning til hovedleieavtalen. ASA 4313 legger ikke opp til at avtroppende fysioterapeut skal fortsette å stå som leietaker til lokalene, og framleie til påtroppende fysioterapeut og kanskje beregne seg fortjeneste fra framleietaker. Forutsetningen er at påtroppende fysioterapeut gis anledning til å overta selve hovedleieforholdet, og ikke er forpliktet til å bli framleietaker. Påtroppende fysioterapeut er ikke forpliktet til å tre inn i verken framleieforholdet eller hovedleieforholdet. Leieforhold faller uansett utenfor nemndas kompetanse. B har ikke fått hovedleieavtalen fra V eiendom eiendom heller.

Det var ikke aktuelt for B å tre inn i en leieavtale hun ikke kjente betingelsene til. As opptreden er ikke et forsøk på en «sømløs» overgang slik det hevdes. Det er ikke korrekt at B stilte som betingelse at goodwill-oppgjøret skulle være avklart for eventuelt å tre inn i leieforholdet. A har unnlatt å medvirke til forhandlinger med B.

Vedlagt sms-utveksling viser at det er feil at B ikke svarte på As sms slik det hevdes. Det er ikke korrekt at flytting ikke var aktuelt 19. august d.å. Det korrekte er at kommunen ikke hadde tatt initiativ til å flytte hjemmelen, og at avtroppende dermed ikke kan rette krav om innløsning mot kommunen. B hadde en oppfatning av at lokalene ikke var godt egnet for hennes praksis med mange gruppebehandlinger og forutsatt innretning mot barn og unge. Kommunen vurderte at hun kunne fortsette å ta imot pasienter i Æ fysioterapi dersom det ble nødvendig for å ivareta pasientenes behov. Utlysningen av hjemmelen viser at kommunen har lagt vekt på behandling av barn og unge. Dette bekreftes også i brev fra kommunen. Hjemmelen var definert annerledes da A ble tildelt den.

B søkte kommunen om flytting av hjemmelen 1. september d.å. Dette var avtalt dato for overtakelse av hjemmelen. På dette tidspunkt hadde hun ikke fått svar på sine henvendelser om hovedleieavtalen eller pasientlister. Korrespondansen mellom B og kommunen, og mellom B og V eiendom viser at B var innstilt på å gå inn i leieforhold i Å fysioterapi, helt fram til kort tid før overtakelsen. As atferd gjorde at B til slutt søkte om og fikk innvilget å flytte praksisen til et annet institutt.

A har ikke hatt noe samarbeid med andre aktuelle samarbeidspartnere slik det hevdes. Dette bekreftes blant annet av kommune-fysioterapeut W i avdeling for forebygging og rehabilitering i kommunen. Der er ikke noe grunnlag for samarbeid som B kan bygge videre på.

B har inntrykk av at det fortsatt er drift i praksisen i Å fysioterapi. Med refusjonsrett knyttet til driftshjemmelen i U kan A drive konkurrerende virksomhet til B i Æ. Dette står i skarp kontrast til forutsetningene for å kunne kreve goodwill. Pasientlister er heller ikke overført. Dette har trolig påført B et tap ved at pasienter som ellers ville gått til behandling hos henne har blitt behandlet hos A. B har ikke kommet til dekket bord, og har blitt motarbeidet av A. Dette må få som følge at A ikke får rett til goodwill, og uansett at en eventuell goodwill må settes lavt.

B har nedlagt slik **påstand**:

1. Prinsipalt: B frifinnes for krav om goodwill fra A. Subsidiært: Goodwill settes til et lavt beløp nemnda etter sakens forhold finner rimelig.
2. B skal ikke betale for eller overta noe utstyr fra A.
3. B frifinnes fra krav om å overta eller tre inn i As leieforhold av noen art.
4. A betaler alle sakens omkostninger.

Tvistnemndas merknader

Innledning

Hovedproblemstillingen i saken er hvor mye som skal betales i vederlag for verdien av fysioterapipraksisen (goodwill) til A.

A har også fremmet krav om at B overtar leiekontrakt og pålegges å dekke leie for lokalene fra og med 1. september 2020. B har bestridt at nemnda har kompetanse til å ta stilling til dette spørsmålet.

B har lagt ned påstand om at hun fritas for å betale eller overta utstyr fra A.

Nemnda har kommet til at B skal betale vederlag for goodwill til A med 100 000 kroner.

Videre har nemnda kommet til at kravet om overtakelse av leiekontrakt og pålegg om dekning av husleie fra og med 1. september d.å. må avvises da nemnda ikke har kompetanse til å avgjøre dette spørsmålet.

Til slutt mener nemnda at kravet om fastsettelsesavgjørelse på at B skal fritas for å betale eller overta utstyr må avvises. Nemnda mener B ikke har rettslig interesse i å få nemndsavgjørelse for dette kravet da A ikke har krevd betaling for inventar/utstyr.

Rettslig utgangspunkt

Twistenemndas 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 tvistes spørsmål 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.

Kravet om betaling for goodwill

Hovedspørsmålet i saken gjelder, som nevnt over, uenighet om det skal betales 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 sjette ledd.

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.

Som nevnt over har nemnda kommet til at B skal betale goodwill med 100 000 kroner.

Innledningsvis bemerkes at nemnda har forholdsvis få konkrete opplysninger om As praksis. Dette gjelder opplysninger som belyser hvilken goodwill B kunne nytt godt av og som ville gitt henne drahjelp. De manglende opplysningene rundt praksisen får noe betydning for nemndas avgjørelse.

Nemnda har fått opplyst at A har drevet praksis i 10 år fra de samme lokalene. Lokalene er sentralt beliggende i Æ. Nemnda har ingen opplysninger om avbrudd i praksisen. Ut fra opplysningene nemnda har fremstår praksisen som solid, med god kontinuitet. Dette er alle forhold som er positive eller verdifremmende ved fastsettelsen av goodwill.

Nemnda kommenterer lokalene særskilt. Lokalene ligger på bakkeplan, med parkeringsmuligheter rett utenfor. Lokalene tilfredsstillter kravene til universell utforming. Nemnda har fått fremlagt et utvalg av bilder, og disse underbygger at lokalene er lyse, tidsriktige, har gode lysforhold og har god standard. Etter nemndas syn fremstår lokalene som av bedre standard enn gjennomsnittet av saker som behandles av nemnda. Nemnda mener dette er forhold som i utgangspunktet er verdifremmende ved fastsettelsen av goodwill. Nemnda kommenterer imidlertid overtakelse av husleieavtale nærmere nedenfor. B har også innvendt at lokalene er uegnet til den type praksis som skal utøves fra driftshjemmelen, og at dette tilsier reduksjon i goodwillbeløpet. Nemnda mener lokalene vurdert ut fra bildene er åpne og romslige, og at praksisen uten nevneverdige vansker må kunne utøves fra lokalene. Nemnda mener det ikke er sannsynliggjort at lokalene i seg selv tilsier noen reduksjon i goodwillbeløpet.

As praksis har etter nemndas vurdering hatt god omsetning, som igjen underbygger et godt kundegrunnlag. Omsetningstallene nemnda har fått opplyst for de siste tre årene ligger over gjennomsnittet for saker som har vært behandlet i nemnda de senere årene. Godt kundegrunnlag er en viktig parameter for umiddelbar inntjening ved oppstart, og er positivt ved verdsettelsen av goodwill. B har stilt spørsmål ved riktigheten av den opplyste inntjeningen de siste månedene i 2019, samt om omsetningen i månedene mars – mai 2020 må korrigeres. Bakgrunnen for anførselen er at B har hatt driftshjemmel både i U kommune og Y kommune denne perioden, og at kun inntektene for praksisen i Æ er relevant for beregningen av goodwill. Videre har B vist til at A ikke hadde inntekter i mars – mai og at hun derfor har lagt til grunn et gjennomsnitt av disse månedene for foregående år. Dette er det ikke adgang til. På bakgrunn av anførselene har A revidert og nedjustert kravet noe. B har innvendt til den reviderte beregningen at inntektene fra Kompensasjonsordningen ikke er trukket ut av goodwillberegningen. Tvistenemnda bemerker at det ikke er mulig å etterprøve den fremlagte dokumentasjonen.

Nemnda er enig med B i at det er noe usikkerhet knyttet til omsetningen fra perioden november 2019 – mai 2020, og at inntektene fra Kompensasjonsordningen må trekkes ut. Nemnda mener inntektsbortfall som følge av Koronapandemien vil påvirke goodwillen

negativt. Samtidig viser inntektene de foregående år at As praksis har hatt god inntjening, som underbygger god pasienttilgang. Dette gjelder perioden før A ble tildelt driftshjemmel i U kommune. Dokumentasjonen fremlagt for nemnda tilsier samlet at praksisen har hatt god pasienttilgang og inntjening. Som nevnt er dette et moment som må veie tungt ved fastsettelse av vederlag for goodwill.

Nemnda er ikke kjent med at det forelå samarbeidsavtaler ved instituttet, og det er heller ikke opplyst om systemer, rutiner og tilsvarende som kan overføres med unntak av ProMed. Rundt disse forhold er saken dårlig opplyst for nemnda. Etter nemnda syn reduserer dette verdien av goodwillen. Det er også tale om overdragelse av en solopraksis. I denne saken får ikke dette siste momentet særlig betydning sett hen til den gode inntjeningen A har hatt.

Det er to forhold nemnda mener må få betydning for vederlaget for goodwill. Det første er omstendighetene rundt overføring av husleieavtalen. Nemnda legger til grunn at husleieavtalen kunne overføres. Dette er etter nemndas syn verdifremmende. Avtalehjemmelen var knyttet til praksisen i Å fysioterapi, og i utgangspunktet var avtalehjemmelen som B ble tildelt lokalisert til dette instituttet. Det er en presumpsjon for at det er positivt for tiltredende fysioterapeut å kunne starte opp ved et veletablert institutt. I denne saken mener nemnda A ikke har lagt til rette for overføring av leieforholdet. B har gjentatte ganger bedt om å få leiekontrakten fra A, men har kun fått en framleieavtale som ikke angir leievilkårene. Da B tok direkte kontakt med V eiendom for å få leieavtalen ble hun henvist tilbake til A. Nemnda mener B ikke fikk reell mulighet til å ta stilling til leieavtalen. Det er av vesentlig betydning for en næringsdrivende å kjenne til de leievilkår hun forplikter seg til. Enhver næringsdrivende har behov for å ha kontroll over sine utgifter og hvilke andre forpliktelser hun er bundet av. Dokumentasjonen fremlagt for nemnda viser at B flere ganger ba om å få leieavtalen. Nemnda mener A burde håndtert dette annerledes og umiddelbart gitt B tilgang til/innsyn i leiekontrakten. Av disse grunner har ikke B ønsket å forplikte seg til å overta lokalene, noe nemnda har forståelse for. Først på et sent tidspunkt hadde B en reell mulighet til å overta lokalene ved direkte kontakt med utleier. På dette tidspunkt hadde hun alt søkt kommunen om å få flytte avtalehjemmelen til Æ fysioterapi, noe hun senere er innvilget. Disse omstendighetene reduserer verdien av goodwillen.

Forholdet er imidlertid nyansert. Dokumentasjonen gir grunn til å stille spørsmål ved om B i det hele tatt ønsket å overta leieforholdet ved Å fysioterapi. Den reserverte eller negative holdningen kan til dels tilskrives at B ikke fikk innsyn i leieavtalen. Samtidig viser dokumentasjonen at B uavhengig av tilgangen til leiekontrakten ikke har ønsket å tre inn i leieforholdet i hvert fall sommeren 2020. Nemnda viser her blant annet til Bs brev 1. juli d.å. der hun skriver:

Brukerne jeg overtar fra deg vil følges opp ved Æ fysioterapi hvor det er etablerte lokaler og det foreligger investeringer i utstyr. Det er ikke aktuelt med en overdragelse av leiekontrakt eller utstyr i eksisterende lokaler.

Bs eget forhold gjør at omstendighetene rundt overføring av leiekontrakten ikke kan medføre at goodwillen faller helt bort. Etter nemndas syn er begge parter her å bebreide.

Det andre forholdet er overføring av pasientlister. B har ved flere anledninger etterspurt As pasientlister, men har ikke fått overført disse. Som nevnt over er pasienttilgangen av stor betydning for inntjeningen. Den manglende overføringen av pasientlistene gjør at B har fått mindre inntjening enn hun kunne fått dersom listene ble overført umiddelbart ved overdragelsen. For at tiltredende fysioterapeut skal få en «flying start» bør listene overføres umiddelbart. Det er i slike tilfeller verdien av goodwillen kan utnyttes. Dette må gjelde uavhengig av om partene har kommet til enighet om vederlaget for goodwillen. Nemnda mener den manglende overføringen av pasientlistene i denne saken reduserer verdien av goodwillen det skal betales vederlag for. Nemnda legger til grunn at A overfører pasientlistene til B umiddelbart.

B har anført ytterligere momenter som taler for at goodwillen skal falle bort eller i det minste er verdireducerende. Det er anført at kommunen målrettet har endret avtalehjemmelen og dette reduserer verdien av As pasientliste. Etter nemndas syn kan anførselen ikke føre fram. Nemnda legger til grunn at det er samme «type» avtalehjemmel, men at det for Bs del i tillegg var etterspurt spesiell kompetanse rettet mot barn og unge. Det er ingen opplysninger om at hjemmelen for eksempel utelukkende var rettet mot barn og unge. Nemnda mener As pasientliste har verdi for B ved at det vil gi henne generell pasienttilgang.

Videre har B vist til at det var begrenset med utstyr ved Å fysioterapi. Etter nemndas syn kan dette ikke tillegges vekt. B har uttrykkelig gitt uttrykk for at hun ikke ønsket å overta As utstyr, noe A har akseptert. Tvist rundt inventar/utstyr er ikke brakt inn for nemnda som uenighetspunkt. At det var lite/begrenset med utstyr ved klinikken får av denne grunn ingen betydning for spørsmålet om vederlag for goodwill. Det er også anført fra B at A har fortsatt å drive virksomhet fra lokalene i Æ i direkte konkurranse med B. Dette er bestridt av A. Nemnda kan ikke se at det er sannsynliggjort at A fortsatt driver fysioterapivirksomhet i Æ. Bs anførsel er ikke underbygget av andre bevis enn en påstand, og anførselen kan derfor ikke føre fram.

Etter en samlet vurdering har nemnda kommet til at vederlaget for goodwill må settes til 100 000 kroner. Ved avgjørelsen legges særlig vekt på at det er tale om overdragelse av en langvarig praksis med svært god inntjening. Hovedreglene etter ASA 4330 er også at det skal betales vederlag ved overdragelse. Som verdireducerende legges særlig vekt på manglende overføring av kundelister og at det er begrenset med andre verdier som overføres ved overdragelsen. Nemnda understreker at A plikter å overføre pasientlister mv. og henvise tidligere pasienter til B.

Krav om overtakelse av husleiekontrakt og dekning av husleie

Nemnda har ovenfor redegjort for dens saklige kompetanse. Kompetansen er begrenset og er uttømmende angitt i ASAens pkt. 8 første ledd slik:

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.

Denne saken gjelder overdragelse av fysioterapivirksomhet etter pkt. 7. Det er ikke tale om en overdragelse i form av nedtrapping etter pkt. 9. Ordlyden i pkt. 9 er ikke relevant for nemndas vurdering i denne saken.

Ordlyden i pkt. 8 angir hvilke type tvistesporsmål kompetansen omfatter. Kompetansen omfatter ethvert tvistesporsmål i tilknytning til vilkårene for overdragelsen. Eksemplene på tvistesporsmål som angis er rett og plikt til å overdra virksomheten, hvilke eiendeler som er omfattet av overdragelsen, verdsettelsen, betalingsvilkår og overtakelsestidspunkt. «Eksemplene er ikke uttømmende angitt jf. ordlyden «mv».

Tvist rundt plikt til å overta husleieavtale og krav om å betale husleie er ikke nevnt i oppregningen. Nemnda mener denne form for krav skiller seg fra de «typekrav» som åpenbart ligger innenfor nemndas kompetanse som i hovedsak knytter seg til verdsettelse av goodwill, overdragelse av fysiske objekter (hvilke gjenstander som omfattes av overdragelsen) og rene betalingsvilkår. Dersom nemnda legger til grunn en vid tolkning av uttrykket «hvilke eiendeler som er omfattet av overdragelsen» kan muligens husleiekontrakter omfattes. Sammenhengen i bestemmelsen tilsier imidlertid at ordet «eiendeler» sikter til fysiske gjenstander i form av inventar og utstyr i praksisen. Dette taler for at tvist rundt plikt til å overta husleiekontrakter ligger utenfor nemndas kompetanse.

Videre viser nemnda til kommentarene til ASA 4313 pkt. 7 der det står:

Tiltredende har både rett og plikt til å overta/betale for:

Inventar og utstyr

+

Verdien av praksisen (goodwill)

Nemnda mener dette underbygger at nemnda ikke har kompetanse til å pålegge tiltredende fysioterapeut å overta huseleiavtale og betale husleie fra et bestemt tidspunkt. Nemnda mener kommentarene til ASA 4313 må veie tungt som rettskilde.

Videre mener nemnda at sammenhengen i ASA'en og sammenhengen mellom ASA'en og helse- og omsorgstjenesteloven viser at dette spørsmålet ligger utenfor nemndas

kompetanse. Etter ASA pkt. 11 er det kommunen som vedtar lokalisering av hjemmelen, ikke nemnda. Det følger videre av helse- og omsorgstjenesteloven at §§ 3-1 og 3-2 at det er kommunen som avgjør organiseringen av helsetjenesten. Dette omfatter også organisering av kommunens fysioterapitjeneste, se § 3-2 andre ledd og ASA 4313 punkt 1.3.

Sammenhengen mellom regelverkene taler med styrke for at nemndas kompetanse ikke kan være i strid med kommunens lovbestemte rett og plikt til ensidig å fastsette lokalisering. I denne saken har Y kommune bestemt at praksisen nå skal utøves ved Æ fysioterapi. Dersom nemnda skulle kunne bestemme dette spørsmålet med bindende virkning for partene vil nemnda gripe inn i kommunal myndighetsutøvelse på tvers av demokratiske prosesser.

Dersom nemnda skulle ta stilling til spørsmålet om plikt til å overta/tre inn i husleieavtaler ville dette gripe inn i rettsstillingen til tredjepart; gårdeier/utleier. Dette er tredjeparter som ikke har posisjon som part i saken, og som nemnda åpenbart heller ikke har kompetanse til å binde eller forplikte. Dette viser isolert sett at spørsmålet må ligge utenfor nemndas saklige kompetanse.

Nemnda har derfor kommet til at kravet om overtakelse av husleieavtale og betaling av husleie må avvises.

Kravet må eventuelt forfølges for de alminnelige domstolene.

Krav om frifinnelse for betaling og overtakelse av utstyr

B har lagt ned påstand om at hun ikke skal betale for eller overta noe utstyr fra A. Etter nemndas syn er spørsmålet reelt ikke brakt inn for nemnda. A har ikke krevd at B skal overta og betale for utstyret/inventaret. Tvert imot viser underbygger sakens dokumenter at partene har vært enige om dette. B har gitt uttrykkelig uttrykk for dette syn overfor A, og A har akseptert dette. Nemnda kan ikke se at kravet til aktualitet er oppfylt for B, da det er tale om et hypotetisk krav. Hun har derfor ikke noen rettslig interesse i å få nemndsavgjørelse for denne påstanden. Kravet må derfor avvises.

Dekning av kostnadene til nemnda

Ingen av partene har fått medhold i sine påstander og ingen av dem har derfor vunnet saken. Nemnda har derfor kommet til at hver av partene må bære egne 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.

Da ingen av partene har vunnet saken pålegges de å dekke nemndas utgifter med en halvpart hver. Nemndas godtgjørelse settes til 22 000 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. B betaler 100 000 - etthundretusen – kroner til A som vederlag for goodwill innen to uker fra forkynnelsen av denne nemndsavgjørelsen.
2. Krav om overtakelse av husleiekontrakt og dekning av husleie, samt krav om fastsettelsesdom på frifinnelse for betaling og overtakelse av utstyr avvises.
3. A og B betaler utgiftene til tvistenemnda med 22 000 – tjuetotusen – kroner innen 1 – en – måned fra avsigelsen av denne avgjørelsen. Partene er solidarisk ansvarlige for utgiftene til tvistenemnda.

Mats Wilhelm Ruland