

STEIGEN KOMMUNE Servicekontoret	
Løpenr.: 194	Saksbeh. TSKP
16 JAN 2018	
Ar/saksnr. 17/1066	Dok.nr. 11
Ark.kode	G27
Gradering	
Kopli til:	

Steigen kommune
Rådhuset
8281 LEINESFJORD

Att:

Vår ref.:
20170649

Deres ref.:

Ansvarlig advokat:
Øyvind Kraft

E-post:
Oyvind.kraft@wla.no

Sted/ Dato:
Oslo, 10. januar 2018

KLAGE FRA FYSIOTERAPEUT TORGEIR NILSEN PÅ VEDTAK FATTET AV STEIGEN KOMMUNE 20.12.2017 OM OPPSIGELSE AV DRIFSAVTALE MELLOM TORGEIR NILSEN OG STEIGEN KOMMUNE OM UTØVELSE AV PRIVAT FYSIOTERAPI MED RETT TIL KOMMUNALT DRIFTSTILSKUDD

I. INNLEDNING

Vi representerer fysioterapeut Torgeir Nilsen.

Fysioterapeut Torgeir Nilsen har 07.01.2009 inngått avtale om privat fysioterapivirksomhet med 100% driftstilskudd med Steigen kommune.

Ved kommunens brev av 20.12.2017 er driftsavtalen sagt opp i sin helhet. Nilsen har i samme brev fått tilbud om inngåelse av en ny avtale med redusert driftstilskudd fra 01.07.2018.

På vegne av fysioterapeut Torgeir Nilsen påklages kommunens vedtak av 20.12.2017 hva gjelder oppsigelsen av driftstilskuddet til rette klageinstans i kommunen.

Kommunens vedtak av 20.12.2017 synes å være basert på vedtak i kommunestyret 14.12.2017. Vi mener at det er kommunens vedtak av 20.12. som er oppsigelsen. Hvis det allikevel skulle være slik at det er kommunestyret som ved sitt vedtak av 14.12.2017 har fattet vedtaket om å si opp driftsavtalen påklages med dette kommunestyrets vedtak til fylkesmannen.

Oppsigelse av avtaler om driftstilskudd har både en forvaltningsrettslig og en kontraktsmessig (formuesrettslig) side. Disse går delvis over i hverandre når det gjelder spørsmålet om det foreligger saklig grunn for oppsigelse mv.

Wahl-Larsen Advokatfirma AS

Nedenfor under pkt. II behandler vi først den rent forvaltningsrettslige siden av saken hva gjelder saksbehandlingen i kommunen. Under pkt. III behandler vi deretter den kontraktsmessige siden av saken, hvor også forvaltningsrettslige elementer kommer inn. Under pkt. IV foretar vi en oppsummering og konkluderer.

II. DET ER BEGÅTT SLIKE SAKSBEHANDLINGSFEIL ETTER FORVALTNINGSLOVEN AT OPPSIGELSEN MÅ ANSES UGYLDIG OG OPPHEVES

Det er fastslått av Høyesterett at tildeling og oppsigelse av driftsavtaler er enkeltvedtak etter forvaltningsloven, jf. blant annet Høyesteretts dom av 22.10.2009. Dette innebærer at forvaltningslovens bestemmelser kommer til anvendelse for klagesaken.

I hht. forvaltningslovens § 24 skal enkeltvedtak begrunnes. Selve vedtaket er ikke begrunnet, men det er vist til kommunestyrets vedtak av 14.12.2017.

Kommunestyrets vedtak er heller ikke begrunnet, men som underlag for kommunestyrets vedtak ble det fremlagt en saksutredning fra rådmannen. Basert på en konkret vurdering av behovet for fysioterapitjenester i kommunen tilrådde rådmannen at avtalen med Torgeir Nilsen ble opprettholdt. Kommunestyret fattet imidlertid vedtak om at «*Det gis tilskudd til fysioterapeut på 50% f.o.m. 01.07.2018*». Det fremgår ikke om kommunestyrevedtaket også innebærer en oppsigelse av avtalen, eller at avtalen måtte sies opp.

Den eneste begrunnelsen som er gitt i forbindelse med kommunestyrets vedtak er m.a.o. en begrunnelse for ikke så si opp driftsavtalen. Det foreligger ingen begrunnelse for hvorfor rådmannens tilråding ikke ble fulgt. På denne bakgrunn konkluderer vi med at vedtaket om oppsigelse ikke er begrunnet i samsvar med forvaltningsloven, hvilket er en saksbehandlingsfeil.

Det følger videre av forvaltningsloven at før vedtaket ble fattet skulle saken være så godt opplyst som mulig, jf. forvaltningslovens § 17.

Det fremgår av protokollen fra møtet mellom rådmannen og Nilsen 19.12.2017 at et brev fra Nilsen av 06.11.2017 ble vedlagt saksframlegget. Det er uklart om dette skjedde i tilstrekkelig god tid før møtet, men det er uansett ikke begrunnet hvorfor vedtaket ble fattet, når både innholdet i brevet fra Nilsen og rådmannens saksanlegg tilsa at driftsavtalen ikke skulle sies opp.

I hht. forvaltningslovens § 16 skulle Nilsen blitt varslet før vedtaket ble fattet og gitt anledning til å uttale seg innen en nærmere angitt frist. Det ble ikke gjort.

På bakgrunn av ovenstående anføres at vedtaket er ugyldig og må oppheves pga. saksbehandlingsfeil. Vi viser spesielt til at kommunen ikke gjorde alle de vurderingene den var forpliktet til hva gjelder behov for fysioterapi i kommunen, kommunens lovbestemte forpliktelser til å sørge for tilstrekkelig tilbud om fysioterapi til befolkningen og alternative

muligheter for innsparinger. Før kommunen kunne beslutte innsparinger på fysioterapi var den forpliktet til å foreta vurderinger om det heller kunne spares inn på andre områder, særlig gjelder dette områder hvor kommunen ikke har lovbestemte plikter til å opprettholde et tilstrekkelig tilbud. Det fremgår av forvaltningslovens § 41 at et vedtak blir ugyldig pga. saksbehandlingsfeil når feilene kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Det må være klart at disse feilene kan ha virket inn på vedtaket, når alle relevante opplysninger ikke er frembragt, innhentet og vurdert.

III. DET FORELIGGER IKKE SAKLIG GRUNN FOR OPPSIGELSE, VERKEN BASERT PÅ FORVALTNINGSRETTSLIG ELLER AVTALERETTSLIG GRUNNLAG

Når oppsigelsen må kjennes ugyldig pga. saksbehandlingsfeil er det i utgangspunktet unødvendig å drøfte om kommunen i det hele tatt har saklig grunn for oppsigelse. For fullstendighetens skyld vil vi allikevel anføre og begrunne at det uansett saksbehandling ikke er saklig grunn for oppsigelse.

Avtaleforholdet reguleres i tillegg til forvaltningsretten av ASA 4313. Det følger av pkt. 20 i ASA 4313 at avtalen er tidsbegrenset, og at oppsigelse fra kommunens side må være saklig begrunnet.

I hht. pkt. 20 i ASA 4313 skal kommunen før oppsigelse sende forhåndsvarsel til fysioterapeuten med innkalling til drøftelsesmøte. Noen slik innkalling til drøftelsesmøte er ikke sendt, og det er heller ikke avholdt noe drøftelsesmøte. Det eneste møtet som er avholdt er et orienteringsmøte 19.12.2017 hvor Nilsen ble orientert om kommunestyrets vedtak og om at det ville bli sendt en oppsigelse. Det er ikke avholdt noe drøftelsesmøte etter ASA 4313. At det avholdes drøftelsesmøte er et kontraktsrettslig vilkår for at en oppsigelse kan være gyldig. Manglende forhandlingsmøte innebærer derfor at klagen må tas til følge og vedtaket oppheves.

Nilsen anfører videre at oppsigelsen ikke er saklig begrunnet, og at den derfor er ugyldig og må trekkes tilbake.

Det fremgår ikke direkte av ordlyden i ASA 4313 hva som ligger i begrepet «*saklig begrunnet*» i pkt. 20 i ASA 4313. Dette innebærer at andre relevante tolkningsmomenter enn bare ordlyden må vurderes. Det er forholdene på avtaletidspunktet som er avgjørende for fortolkningen, da det er disse som er avtalens «forarbeider» og som avtaleforholdet er basert på.

Da avtalen ble inngått gjaldt kommunehelsetjenesteloven av 1982. Det er m.a.o. denne loven og forarbeidene til denne loven som er driftsavtalens «forarbeider» og som avtalen må fortolkes på bakgrunn av. Det forhold at kommunehelsetjenesteloven senere er opphevet og erstattet av helse- og omsorgstjenesteloven har ingen rettslig betydning for avtaler inngått basert på kommunehelsetjenesteloven.

Det forelå to lovproposisjoner til kommunehelsetjenesteloven, Ot. prp. nr. 36 (1980-1981) og Ot. prp. nr. 66 (1981-1982). Fra den første proposisjonen hitsettes om forslaget til § 4-2 om private avtaler:

«Kravet om saklig oppsigelsesvern skal beskytte den private part. Han skal ikke tvinges til å opphøre med sin virksomhet uten at kommunen har saklige grunner, jf. arbeidsmiljølovens § 60».

Etter regjeringsskiftet høsten 1981 fremmet den nye regjeringen lovsaken på ny i Ot. prp. nr. 66, og det første utkastet til § 4-2 ble endret for å styrke de privatpraktiserendes stilling sett i forhold til det første lovutkastet. I proposisjonen er dette på side 16 annen spalte blant annet begrunnet med at *«Hensynet til de privatpraktiserende og deres framtid var langt mindre ivaretatt i lovutkastet enn kommunenes handlefrihet».*

Fra proposisjonen hitsettes videre:

«At kommunene må sikres rett til å utforme en helsetjeneste som de overlates ansvaret for, må veies mot hensynet til at yrkesutøvere i privat praksis i dag, og nye som kommer til i framtida, må kunne føle seg sikre på at det som bygges opp av dem ikke kan settes strek over ved et kommunestyrevedtak. Ellers er det vanskelig å se at man legger forholdene til rette slik at den private driftsform sikres som et reelt alternativ.»

På side 17 første avsnitt uttales:

«Men når en yrkesutøver først er etablert som privatpraktiserende, enten ved reformens innføring eller kommer til senere, bør vedkommende kunne føle seg trygg på å kunne drive sin praksis så lenge vedkommende selv finner det ønskelig. Dersom vedkommende ikke er i stand til å oppfylle sin oppgave, enten det nå skyldes sykdom eller andre forhold stiller det seg naturligvis annerledes.»

Dette viser at lovgiver la til grunn at når det først er inngått avtale med private er det bare svært begrenset adgang til å si den opp av kommunen pga. forhold på kommunens side. Loven var basert på at kommunene måtte planlegge nøye både behov og utforming når det ble inngått avtaler med private, og være innforstått med at det vil være vanskelig å få sagt opp slike avtaler når de først er inngått.

I denne saken er det for øvrig ikke bortfall av behov for fysioterapi som er bakgrunnen for oppsigelsen. Det kan være grunnlag for oppsigelse hvis det er overkapasitet på fysioterapi, slik at kommunen betaler for tjenester den ikke har behov for for å oppfylle lovkravet til fysioterapi. I denne saken er det det motsatte som er tilfelle. Det er betydelig større behov for fysioterapitjenester til befolkningen enn det er inngått avtale om. Da foreligger ikke saklig grunn for oppsigelse.

I den grad det er nødvendig med innsparingstiltak i kommunen må det bero på en grundig

vurdering, hvor både kommunens, fysioterapeutens og pasientenes hensyn må hensyntas og veies opp mot hverandre. I slike tilfeller må kommunen prioritere innsparingstiltak som ikke går ut over lovpålagte oppgaver som fysioterapi, og også lovpålagte oppgaver må vurderes opp mot hverandre. Noen slik vurdering er ikke gjort, og er i alle fall ikke tatt med som begrunnelse for oppsigelsen. Heller ikke Nilsens virksomhet og hans økonomiske tap pga. oppsigelsen er vurdert på noen som helst måte. Dette innebærer at oppsigelsen ikke er saklig begrunnet.

Eventuell dårlig kommuneøkonomi ikke er saklig grunn for oppsigelse i denne saken.

Det følger av helse- og omsorgstjenestelovens § 3-1 om kommunens overordnede ansvar for helse- og omsorgstjenester at kommunen skal sørge for at personer som oppholder seg i kommunen tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester. Fysioterapitjenester omfattes av denne plikten, jf. lovens § 3-2, 2. ledd. Det følger videre av bestemmelsen at kommunen plikter å sørge for at tjenestens omfang og innhold er i samsvar med krav fastsatt i lov eller forskrift.

Med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven ble det 01.09.2017 gitt forskrift om funksjons- og kvalitetskrav for fysioterapeuter med kommunal driftsavtale.

Det fremgår av § 3 i denne forskriften at kommunen skal sørge for at personer som oppholder seg i kommunen tilbys nødvendig medisinsk habilitering og rehabilitering og at

«Kommunen skal sørge for et tilstrekkelig antall fysioterapeuter.»

Det følger videre av forskriftens § 5 at

«Kommunen skal sørge for et forsvarlig tilbud av fysioterapitjenester, og at fastsatte kvalitets- og funksjonskrav til tjenestetilbudet overholdes.»

Rådmannen har i saksutredningen til kommunestyret redegjort for den faktiske situasjonen om fysioterapi i kommunen. Det fremgår der at kommunen bare har en driftsavtale med privatpraktiserende fysioterapeut, i tillegg til en kommunalt ansatt fysioterapeut som primært brukes til kommunale oppgaver. Det uttales at det er lite realistisk at fysioterapitilbudet etter helse- og omsorgstjenesteloven kan dekkes opp bare gjennom en kommunal stilling, og at et slikt omfang på tjenesten neppe kan sies å være «tilstrekkelig antall fysioterapeuter». Det fremgår videre at det er lange ventelister og at flere som har behov for fysioterapi kan bli gående uten behandling.

Riktignok er det fattet vedtak om å opprette en ny 50% driftsavtale, men tilbudet i kommunen vil allikevel ikke vil oppfylle kommunens forpliktelser til å tilby fysioterapi til de som oppholder seg i kommunen, slik den er forpliktet til etter helse- og omsorgstjenesteloven med forskrift.

Sett hen til de lange ventelistene må det antas at kommune heller ikke oppfylte den lovbestemte plikten før oppsigelsen. Det er dermed ekstra graverende at det tilbudet som faktisk eksisterer blir ytterligere redusert.

På bakgrunn av ovenstående konkluderer vi med at oppsigelsen ikke er saklig begrunnet, fordi den ulovlig reduserer det lovbestemte tilbudet kommunen er forpliktet til å gi befolkningen, og som heller ikke var tilstrekkelig før oppsigelsen.

Det anføres videre at oppsigelsen også er usaklig basert direkte på avtaleforholdet mellom kommunen og Torgeir Nilsen.

Som nevnt ovenfor er det et vilkår for oppsigelse fra kommunens side at oppsigelsen er saklig begrunnet, jf. pkt. 20 i ASA 4313.

Oppsigelsen medfører et inntektsbortfall for Nilsen ved at driftstilskuddet på kr. 421.020,- (pr. 01.07.2017) bortfaller. Han har fått tilbud om en ny driftsavtale med 50% driftstilskudd, men det er irrelevant for nærværende klage i og med at det i så fall vil bli et nytt avtaleforhold. For det tilfelle at det inngås ny avtale med 50% driftstilskudd vil for øvrig det medføre bortfall av inntekter med kr. 210.510,-, til tross for at han fortsatt vil bidra til å oppfylle kommunens lovbestemte forpliktelser, men nå uten vederlag. Det vil ikke være mulig for Nilsen å kompensere inntektsbortfallet med å ta høyere egenandeler av pasienter som behandles utenfor det timetallet som følger av avtalen, fordi det i hht. § 7 i forskrift om funksjons- og kvalitetskrav for fysioterapeuter med kommunal driftsavtale er forbudt for fysioterapeuter med driftsavtale å ta høyere egenandeler eller pasientbetaling enn det som følger av forskrift om stønad til dekning av utgifter til fysioterapi m.m.

Virkingen av oppsigelsen er m.a.o. at kommunen får «gratis» fysioterapitjenester fra Nilsen, noe som i seg selv er sterkt urimelig.

Hvis kommunen ville skjære ned på hjemmelen måtte det evt. skje på bakgrunn av forhandlinger om revisjon av avtalen i hht. pkt. 22. Kommunen har imidlertid ikke krevd revisjon.

Det følger av rettspraksis at det skal svært mye til for at en driftsavtale skal kunne sies opp basert på svak kommuneøkonomi.

I Nordhordland tingretts dom av 03.08.2004 ble delvis oppsigelse av avtale om driftstilskudd pga. dårlig kommuneøkonomi kjent ugyldig. De forholdene vi har påpekt ovenfor ble tillagt avgjørende vekt, og retten skriver også at «*mangelen på klar heimel til å ta hensyn til svak kommuneøkonomi i realiteten (kan) brukast som argument for at det er snevre grenser for å legge vekt på det som grunn til oppseiing.*»

I dommen vises også til at dersom fysioterapeuter som sies opp skal kompensere redusert driftsavtale med intensivert drift, vil det i realiteten medføre at han får mindre betalt pr.

pasient, sett i forhold til hva han skulle ha hatt, og at kommunen slipper sin del av finansieringen for disse pasientene.

Vi hitsetter videre fra dommen:

«Uansett meiner retten at korkje vilkåra til sakshandsaming i khtl/ASA-avtaler mv. eller i fvl. var oppfylde slik ---- kommunen gjorde det her, og som stikkord krevst det nok meir konkret vurdering enn det som er mogeleg i samband med handsaming av årsbudsjett som det vart gjort her. Som det følgjar av drøftinga over, er det mange kryssande omsyn, og ein god del uklare reglar og nokså motstridande interesser mellom kommunen og dei private drivarane.»

«Kommunen avgjorde i realiteten reduksjonen i samband med budsjettvedtaket, og der var kommuneøkonomien det sentrale, og det er ikkje opplysningar som tyder på at kommunen der vurderte alle dei sidene som dei etter drøftinga ovanfor skal gjere før dei gjer slike vedtak etter khtl. Kommunen har då ikkje vurdert vedtaket grundig nok m.a. i hve til om dei hadde sakleg grunn etter ASA 4313 § 8.3, og før vedtaket vart gjort var det neppe noka vurdering av dei forvaltningsrettslege problema retten har vore inne på.»

På samme måte som i nærværende sak hadde kommunen ikke foretatt noen konkret vurdering og avveining av de kryssende interessene, og det førte til at oppsigelsesvedtaket ble kjent ugyldig.

Vi vedlegger dommen til orientering.

Bilag 1: Nordhordland tingretts dom av 03.08.2004

Spørsmål om oppsigelse av driftsavtale pga. kommunens økonomi ble også behandlet i en dom avsagt av Asker og Bærum tingrett 16.11.2004, hvor oppsigelsene ble kjent ugyldige, og hvorfra hitsettes.

"I forhold til det anførte om Bærum kommunes økonomi, legger retten til grunn det opplyste om behovet for innsparinger som ikke er ubetydelige. Retten kan likevel ikke se at det foreligger tungtveiende allmenne hensyn som gjør det nødvendig å gå til det skritt kommunen har gjort.»

Vi hitsetter videre fra dommen:

«Dersom en ser nærmere hen til hensynet til den private part, uttales det hos Jan Fritjof Bernt, Avtaler med stat og kommune, 1981, side71:

*Flytter vi dernest søkelyset over på den private parts egen situasjon, er det opplagt at han vil ha et vesentlig og legitimt behov for å kunne stole på at det offentlige ikke "velter spillet" for ham etter å ha forespeilet ham visse fordeler og forutsetninger for den virksomhet han har satt i gang. **Det er klart at det ville stride fundamentalt mot de***

rettssikkerhetsidealer moderne forvaltningsrett bygger på, om det offentlige fritt og ubundet skulle kunne omgjøre tidligere løfter og vedtak. Fysioterapeutene har innrettet seg i tillit til de gitte driftstilskudd. Den enkelte privatpraktiserende har hatt en forventning om tilsvarende tilskudd også i fremtiden. Fysioterapeutenes innrettelseshensyn må etter rettens vurdering ha særlig stor vekt. Dette fremkommer også i kommunehelsetjenestelovens forarbeider.

Det forhold at lovgiver har villet gi fysioterapeutene vern mot oppsigelse grunnet kommunens forhold, ble bestyrket av vitneprov fra en tidligere medarbeider i Sosialdepartementet som arbeidet med den aktuelle lovgivning under kommunehelsetjenestelovens tilblivelse. Man har også ønsket å gi fysioterapeuter med rett til avtale et særlig vern, jf. Sosialdepartementets brev av 4. mars 1985 i klage om avtalevilkår for fysioterapeuter i Østre Toten, og samme departements brev av 12. februar 1991 til Norske Fysioterapeuters Forbund. Det fremholdes her at fysioterapeuter med rett til avtale, er gitt et særlig vern som ikke kan settes tilside av en avtalebestemmelse.

For den enkelte saksøker står således hensynet til stabilitet og trygghet sentralt. Det å miste en mindre andel av driftstilskuddet er ikke av liten økonomisk betydning. Beløpet varierer for de ulike saksøkerne, men det reelle tap er høyere enn selve driftstilskuddstapet. For et fullt driftstilskudd vil det kunne beløpe seg til ca kr 30 000 - kr 40 000 pr år. I tillegg fører det til utrygghet i forhold til den fremtidige økonomiske situasjon. Fysioterapeutene har heller ikke mulighet til å kompensere i tilskuddsbortfallet ved å ta høyere egenandel fra pasientene. Inntektene er strengt regulert, mens utgiftene som følger en praksis gjerne ligger fast.

Bærum kommunes delvise oppsigelser av avtaler om driftstilskudd til saksøkerne kjennes etter dette ugyldige."

(Våre understrekninger)

Det fremgår av dommen at det skal svært mye til før en avtale kan sies opp, og at det i alle fall må foretas en konkret vurdering av konsekvensene av en oppsigelse for fysioterapeuten. Det er ikke gjort i nærværende sak, hvilket innebærer at oppsigelsen ikke er saklig begrunnet.

Spørsmålet om en kommunes adgang til å si opp driftsavtaler ble også behandlet i Frostating lagmannsretts dom av 13.05.2005, hvorfra hitsettes:

«Flertallet tar i utgangspunkt i at kommunens økonomi ikke vil være et relevant moment ved fastsettelsen av det minimumstilbud innbyggerne har krav på etter kommunehelsetjenesteloven. Etter at denne minstestandarden er passert er det til en viss grad opp til kommunen og de politiske prioriteringer å avgjøre hvilket nivå tjenestetilbudet skal ligge på. Her kan også kommunens økonomiske ressurser tillegges vekt.

Den andre modifikasjonen i kommunens handlefrihet er knyttet til situasjonen etter at driftsavtalene er inngått. I denne fasen er det ikke bare innbyggernes behov som har betydning, men også det faktum at det er inngått forpliktende avtaler med næringsdrivende fysioterapeuter som har innrettet seg etter, og disponert i tillit til, at avtalene skal holdes. Også for denne gruppen må det være plass for oppsigelse dersom forholdene for fortsatt virksomhet har endret seg vesentlig. I Ot. prp. nr. 66 (1981-82) nevnes det betydelige endringer i behovet eller personlige forhold hos fysioterapeuten. Videre omtales kommunens frihet til å inndra praksisen dersom den blir ledig. Derimot nevnes ikke at økonomiske hensyn og politiske prioriteringer kan gi grunnlag for oppsigelse. Tvert imot fremhever forarbeidene hensynet til den andre avtalepart og behovet for trygghet som sentrale forutsetninger bak omleggingen.

Etter flertallets oppfatning må kravet til saklig grunn i overenskomsten mellom KS og NFF tolkes med bakgrunn i lovgivers forutsetninger da kommunehelsetjenesteloven ble vedtatt. Flertallet vil ikke utelukke at endringer i kommunens økonomi i særlige tilfelle kan gi grunnlag for å si opp eller endre inngåtte driftsavtaler. Det følger imidlertid av de momenter som er nevnt i lovens forarbeider at denne adgang må være meget snever.»

IV. OPPSUMMERING OG KONKLUSJON

På bakgrunn av ovenstående konkluderes med at det er begått slike brudd på saksbehandlingsbestemmelsene i forvaltningsloven at klagen må gis medhold og vedtaket oppheves, jf. forvaltningslovens § 41.

Det konkluderes videre med at det ikke foreligger saklig grunn for oppsigelse verken etter forvaltningsretten eller ASA 4313 og at også dette må medføre at klagen må gis medhold ved at vedtaket oppheves.

Med vennlig hilsen
WAHL-LARSEN ADVOKATFIRMA AS



Øyvind Kraft
Advokat (H)

**Nordhordland tingrett - TNOHO-2004-7922**

Instans	Nordhordland tingrett - Dom
Dato	2004-08-03
Publisert	TNOHO-2004-7922
Stikkord	Kontraktsrett. Helserett. Forvaltningsrett.
Sammendrag	Grunnet svak kommuneøkonomi hadde kommune ensidig redusert driftsavtale med fire fysioterapeuter. Deloppsigelsen kjent ugyldig.
Saksgang	Nordhordland tingrett TNOHO-2004-7922.
Parter	Norsk Fysioterapiforbund (advokat Bjørn Bråthen) mot --- kommune (Advokatfirma Stiegler ANS v/ advokat Karsten Solberg).
Forfatter	Helge Lillebø.

Innholdsfortegnelse**Nordhordland tingrett - TNOHO-2004-7922****Innholdsfortegnelse**

Saka gjeld kommunal driftsavtale for fysioterapi.

Saksøkarane er fysioterapeutar med privatpraksis gjennom driftsfellesskapet --- Fysioterapi, som held til på --- i ---. Alle fire hadde driftsavtaler med 100 % tilskot med --- kommune etter kommunehelsetenestelova av 19 11 1982 nr. 66 -khtl- § 4-1.

Økonomien i --- kommune var så dårleg at det måtte gjerast store innsparingar i dei kommunale utgiftene frå budsjettåret 2003, og kommunestyret i --- vedtok 18 12 2002 budsjett der det m.a. skulle sparast utgifter for ein driftsheimel med private fysioterapeutar (ca. kr 205.000,-). Administrasjonen fekk oppdraget med å avgjere korleis innsparinga i avtalene med fysioterapeutane skulle skje, t.d. seie opp avtalen med ein, dele likt eller på annan måte. Kommunen ved helseleiar vedtok 17 02 2003 å redusere kvar av dei fire driftsavtalene med 25 % rekna frå 01 08 03. Dei fire protestere mot avgjerda, og grunna sider i sakhandsaminga, gjorde kommunen 09 09 03 nytt subsidiært vedtak med same innhald og grunngjeving som det første, men slik at tidspunktet for reduksjonen vart utsett. Det er opplyst at reduksjonen vart gjennomført frå 01 09 2003 med til saman kr 17.120,- pr mnd, dvs. at den månadlege reduksjonen vart kr 4.280,- for kvar av dei fire.

Dei fire stemna kommunen for retten med påstand om at oppseiinga/ reduksjonen er ugyldig. Hovudelementet er at kommunen ikkje hadde høve til einsidig oppseiing, men det er også merknader til sakhandsaminga. --- kommune kravde frifinning. Norsk Fysioterapiforbund har sagt hjelpeintervensjon, og har same grunngjeving som saksøkarane.

I hovudføreavinga høyrde retten forklaringar frå saksøkarane, ordførar og sektorsjef for helsetenester i --- kommune, frå ein representant for hjelpeintervenienten og frå eit vitne som tidlegare var generalsekretær for hjelpeintervenienten. Det var dessutan ein god del dokumentasjon.

Om bakgrunnen for saka elles, vert det vist til at etter khtl. § 1-3 skal kommunen syte for fysioterapiteneste, og kan organisere dette ved tilsette fysioterapeutar, ved avtale med privatpraktiserande etter khtl. § 4-1, eller ved kombinasjon. I --- har kommunen organisert fysioterapitilbodet ved driftsavtalene med desse fire private, og ved to kommunalt tilsette fysioterapeutar. Der ei kommune nyttar privatalternativet, er det avtale mellom kommunen og den einskilde som regulerer vilkåra, men i avtaletolkinga er det fleire andre moment. Av

førearbeida til lova går det fram at det berre var dei generelle rammene som vart fastsette i lova, og etter Ot.prp.nr.66 (1981-1982) side 17 skulle innhaldet i slike driftsavtaler elles baserast på at

«Staten, Norske Kommuners Sentralforbund ... og Norske Fysioterapeuters Forbunds bør utarbeide standardformer for avtale, men detaljer må kunne utformes ved forhandlinger mellom den enkelte kommune og den privatpraktiserende. De bør kunne gi rom for lokale varianter som tar vare på særregne forhold i de enkelte kommuner.»

Det er inngått to slike standardavtaler. Dei må formelt takast med i den einskilde avtale, men etter det som vart opplyst er standardavtalene følgde i dei fleste einskildavtaler, og det er iallfall semje om at det er gjort her. Den eine standardavtalen, ASA 4303, regulerer økonomidelen med takstar, kor stort driftstilskotet er (kr 205.440,- pr. 01 07 2003) m.v. og vert revidert årleg. Den andre, ASA 4313, er «Avtale mellom Kommunenes Sentralforbund og Norske Fysioterapeuters Forbund om drift av privat praksis for fysioterapeuter etter lov om helsetjenesten i kommunene, herunder drift av selskap.» Denne regulerer kontraktstilhøvet til kommunene, og vert revidert sjeldnare enn tariffdelen. Partane er samde om at vilkåra i den avtalen gjeld her, men dei er usamde om innhaldet. Usemja gjeld spesielt § 8 om «Varighet og oppsigelse av individuelle avtaler og selskapsavtale», m.a. oppseiingsklausulen i 8.3, som er slik:

«Oppsigelse kan fra kommunens og fysioterapeutens/ selskapets side finne sted med minimum 6 måneders varsel. Ved fysioterapeutens/ selskapets oppsigelse kan kortere frist avtales. Kommunens oppsigelse må være saklig begrunnet.»

Eit sentralt element i denne saka er tolkinga av innhaldet i «saklig begrunnet.»

Driftsavtale med kommune har spesielt verknad for finansieringa av fysioterapidrift, ved at ca 40 % av inntekta er driftstilskot frå kommunen, ca. 20 % refusjon frå folketrygda og 40 % er eigenandel frå pasienten. Ein fysioterapeut kan i prinsippet drive privat uten driftsavtale med kommune, men i praksis er det vanskeleg fordi pasienten då må betale alt, sidan terapeuten ikkje har rett til driftstilskot og pasienten heller ikkje får refusjon frå folketrygda.

Saka her gjeld både tolking av kva høve ei kommune har til einsidig oppseiing og sider av sakshandsaminga i slike saker. For B er det dessutan spørsmål om kor langt føreretten i khtl. § 7-1 for den som dreiv før lova tok til å gjelde, rekk.

Saksøklarane og hjelpeintervenienten meiner at det er fleire prinsipale grunnlag som kvart for seg fører til at kommunen sitt reduksjonsvedtak ikkje er gyldig. Retten har full prøvingskompetanse for alle dei relevante spørsmåla.

Standardavtalen har reglar om revisjon av avtale, men dei kan ikkje nyttast her sidan dei gjeld ved endring i t.d. opningstid, lokalisering etc. Om kommunen vil skjere ned på heimelen utan semje frå motparten, måtte den iallfall ha kravd saka handsama av nemnd etter § 9 i standardavtalen. Sidan det ikkje er heimel til å justere avtalen på den måten kommunen gjorde her, er det nok til at deloppseiingane vert ugyldige.

B har spesielt oppseiingsvern fordi han kjem inn under overgangsregelen i khtl. § 7-1 for dei som dreiv som fysioterapeutar ved lovendringa. Om ein ser § 7 i samanheng hadde dei ikkje berre rett til å få avtale, men ein absolutt rett til å halde fram til dei var 70 år. Det følgjer både av lovførearbeida både då lova vart vedteken, Ot.prp.nr.36 (1980-1981), 66 (1981-82) og av Ot.prp.nr.42 (85-86) side 2 om endringar i khtl. KS har i rundskriv A3/03 uttalt seg i same retning. Det vert difor konkludert med at den som hadde rett til avtale etter khtl. § 7-1, slik B har, berre kan seiast opp etter subjektive sider hjå han, og ikkje av slike grunnar som kommunen her hadde.

Uansett er det her ikkje slike saklege grunnar at avtaler etter khtl. § 4-1 jfr. standardavtalen § 8-3 kan seiast opp. Etter det opphavlege lovutkastet; ot.prp. 36 (80-81), skulle det vere tidsavgrensa avtaler, m.a. for at kommunen skulle ha høve til å vurdere organisering av helsetenestene på nytt med visse mellomrom, men dette vart endra seinare av omsynet til trongen den private hadde for planlegging og vite kva han hadde i framtida. I forvaltningspraksis har ein halde seg til denne forståinga, t.d. står det i KS-rundskriv at avtalene som hovedregel ikkje er avgrensa i tid.

Det er mange reelle omsyn som gjer at nivået for det som er sakleg grunn i standardavtalen § 8.3 må vere høgt. Det gjeld private næringsdrivande med kostbare investeringar; mellom ½ og 1 mill kr i oppstart, og langvarige husleigekontraktar, der 10 år er vanleg. Delvise oppseiingar er vanskelege fordi det ikkje er enkelt å endre kostnadane, og t.d. vil husleiga gjerne vere den same. Det må også takast omsyn til at kommunalt driftstilskot i realiteten berre var ein måte å endre den offentlege betalinga på.

Det har vidare vore semje om at fullt driftstilskot i røynda skal svare til vanleg full arbeidsdag. Ordninga er slik at 25 % reduksjon i driftstilskotet tyder at arbeidsdagen skal reduserast like mykje og det vert då tilsvarende mindre betaling frå folketrygda og frå pasientar. Dei økonomiske konsekvensane er difor langt større enn sjølv reduksjonen i driftstilskotet.

Også i rettspraksis er det lagt til grunn høgt krav til sakleg grunn.

Det er kommunen som har provbøra for at vilkåra er oppfylde, og --- kommune har ikkje gjort det. Rett nok var den kommunale økonomien vanskeleg, men det burde ha vore vurdert meir om konsekvensane enn det vart gjort. T.d. såg det opphavleg ut til at det kunne verte ca kr 37 mill. i underskot i 2003, medan sluttresultatet vart ca. 2, 7 millionar, og ein såg betringa alt i 2. tertial 2003. Då oppseiingane vart gjennomførde i september 2003 var situasjonen ein anna enn i november/ desember 2002 då vedtaka som førde til oppseiing vart gjorde. Det vert også vist til ymse investeringar og tilsettingar kommunen ikkje plikta i same tidsrommet. Kommunen burde også ha vurdert konsekvensane betre. Det var for lite fysioterapitilbod frå før, og når det vart meir redusert fører det t.d. til at personar må gå lenger sjukmelde før dei får naudsynt behandling. Det gjeld også kommunalt tilsette, og det kan då tenkjast at kommunen til og med taper på reduksjonen.

Det må også takast omsyn til konsekvensane for kvar enkelt av fysioterapeutane. Det er ein detaljert gjennomgang om økonomien til kvar einskild, og der konsekvensen m.a. er utsetting av investeringar og oppussing både privat og i arbeidet, og dels må dei tære på oppspart kapital.

Dei fire meiner såleis at oppseiingane er ugyldige. Dei har skadebotkrav på den summen kommunen ikkje har betalt i driftstilskot, til saman kr 17.120,- pr. måned frå kommunen reduserte driftstilskotet 01 09 2003 til domstidspunktet for kvar.

Det vert kravd mellombels åtgjerd etter tvfbl. kap 15, då det er naudsynt for å unngå vesentleg skade/ulempe ved at inntektsbortfallet gjer at dei ikkje får investert det dei må og dei andre negative ulempe det har for partane. Det er ikkje ulemper for kommunen, og i tillegg vert det vist til at KS har rådd til at kommunar ikkje reduserar eller stansar betalinga før det er endeleg avgjort at oppseiinga er gyldig.

Påstanden deira er:

» I hovedsaken:

1. --- kommunes 25 % reduksjon av avtale om privatpraksis med påfølgende reduksjon av driftstilskudd pr. 01.09.03 for A, D, C og B, er ugyldig.
2. --- kommunes vedtak om oppsigelse av avtalen om privatpraksis datert 09.09.03 av A, D, C og B, er ugyldig.
3. --- kommune dømmes til å betale saksøkernes tap som følge av oppsigelsene, fastsatt etter rettens skjønn.

I begjæring om kjennelse/midlertidig forføyning:

1. --- kommunes vedtak om reduksjon av A, D, C og Bs driftsavtaler pr 01.09.03, gis oppsettende virkning fram til rettskraftig dom foreligger.
2. --- kommunes vedtak av 09.09.03 vedr. oppsigelse av avtale om privatpraksis for A, D, C og B, er ugyldig.

I begge saker:

1. --- kommune dømmes til å betale sakens omkostninger .»

--- **kommune** viser til den «håplause» kommunale økonomien som var årsaka til at ein måtte spare. Det var ein manko på kr 17,4. millionar, innsparingane har ført til at ca. 10 % av kommunalt tilsette har slutta, og det er i det heile få eller ingen anna kommune som måtte gjere så store inngrep som ---. Trass i nedskjeringane er det framleis fare for underskot på mellom 5 og 10 millionar kr. i år.

Kommunen sin økonomi ga grunn til å seie opp tilsette, og dette vart akseptert av tilsette og arbeidstakarorganisasjonane, slik at det ikkje vart naudsynt med «formell» oppseiing av dei som måtte slutte.

I standardavtalen § 8.3 om oppseiingar er det ikkje føringar om innhaldet i «sakleg grunn». Der kommunane har sakleg grunn til å seie opp tilsette etter aml. § 60 bør det også vere høve til deloppseiing av driftsavtale med helsepersonell, og truleg er det lettare med slik deloppseiing.

Rett nok er det lovpålagd oppgåve å syte for fysioterapitilbod, men kommuneøkonomien har betydning for nivået. Det er naudsynt hjelp ein har krav på etter khtl., og resten avheng av den kommunale økonomien. Det

vert vist til Ot.prp.nr.36 (1980-1981) og til drøftinga på side 122 i same proposisjonen om pasienten sitt rettskrav.

Kommunane si oppseiing må vere sakleg grunna, og det kan dei vere også dersom dei berre kjem av årsaker hjå kommunen. Dette følgde av utkastet til § 4-1 i ot.ptp nr. 36, og jamvel om det i ot. prp. nr. 66 (1981-82) vart gått vekk frå detaljreguleringa, følgjer det m.a. av drøftinga på side 16 at det framleis kunne takast slike kommunale omsyn.

Spesielt for B meiner kommunen at hans avtale ikkje er uoppseielig berre fordi han kjem inn under overgangsregelen i khtl. § 7-1. Han hadde krav på å få avtale, den skulle i utgangspunktet vere tidsuavgrensa, men det tyder ikkje at den var uoppseielig. Kommunen er samd i Inderøy tingretts si vurdering i dom av 31 03 2004 i liknande sak med Steinkjer kommune.

Kommunen meiner at det ikkje er slik at den interesseavveginga det etter aml. skal vere ved oppseiingar, skal gjelde tilsvarande her. Etter lovteksten er det ikkje slik binding, men jamvel om det er slik samanheng, vil interesseavveginga her lande i kommunen sin favør. Dom i Rt-1999-1672 (Bansi) må forståast slik at retten ikkje kan prøve kommunane si vurdering av korleis den skal organisere dette.

Det er feil rettsbruk når saksøkarane meiner at kommunen ikkje hadde spart nok på andre felt. Poenget må vere at --- kommune hadde sakleg og akutt trong for innsparing. Saksøkarane har også sterkare økonomisk ryggrad enn det mange andre av dei som vart råka av den kommunale innsparinga hadde. Subsidiært må det også kunne leggst vekt på at saksøkarane har høve til å kompensere ved å arbeide meir. Kommunen tilbød dei også førerrett til ei av dei kommunale stillingane som vart ledig.

Vilkåra for mellombels åtgjerd er ikkje til stades. For det første er det aktuelt berre dersom saksøkarane får medhald i realiteten, men heller ikkje då er det sikringsgrunn etter tvfbl. § 15-2. At KS rår til at oppseiingsvedtak får oppsettande verknad, tyder ikkje at dei meiner at det skal vere det.

Kommunen si påstand er slik:

«I hovedsaken: --- kommune frifinnes.

I saken som gjelder midlertidig forføyning: Begjæringen forkastes.

I anledning hovedsaken og saken om midlertidig forføyning:

A, D, C og B dømmes til, in solidum, å betale saksomkostninger til --- kommune, med tillegg av rente som er fastsatt i forsinkelsesrentelovens § 3, 1. ledd, første punktum fra forfall til betaling finner sted.»

Retten ser saka slik:

Saka gjeld spørsmålet om --- kommune hadde rett til å endre avtalene slik dei har gjort, uten semje frå motpartane. Problemet kan delast i ein materiell del med kor langt kommunen har rett til å gjere det, og ein sakshandsamingsdel om kor vidt reglane om sakshandsaminga i slike tilfelle er følgde. Retten meiner at oppseiingane iallfall er ugyldige på grunn av feil i sakshandsaminga fordi kommunen ikkje gjorde alle dei vurderingane den skulle før vedtaket vart gjort. Strengt tatt treng retten då ikkje ta stilling til om kommunen hadde høve til oppseiing i det heile, men fordi krava til sakshandsaming her heng meir saman med det materielle innhaldet i avtaler og regelverk enn på mange andre område av forvaltningsretten, finn retten grunn til å gå nokså grundig inn på slike sider også.

I vurderinga av kor langt kommunen har kompetanse til å endre avtale uten semje frå motparten, er ordlyden i dei einskilte avtalene mellom partane til vanleg det viktigaste tolkingsmomentet, men her kjem det meir i bakgrunnen for andre moment, som bakgrunnen for avtaler med private i helseretten, skrankane som står i khtl. og andre reglar, og der er også element av generelle problem det ofte er ved avtaler i forvaltninga. Retten finn difor grunn til å nemne litt om slik generell bakgrunn før drøftinga av dei konkrete avtalene her.

Ordninga med driftsavtaler kom inn i kommunehelsetenesta i samband med den store omlegginga på 1970- og 80-talet i delinga av ansvar, oppgåver og finansiering mellom ymse forvaltningsnivå i helsetenesta. Omlegginga var i stor grad delegering av statlege oppgåver til fylkes- og primærkommunen, og dessutan fekk kommunane ansvaret for nokre oppgåver som det før ikkje var noko spesielt forvaltningsorgan som hadde ansvaret for. Før omlegginga var det ikkje spesielle avtaler for drift av fysioterapi, eller noko offentleg organ som hadde ansvar for at det var fysioterapitilbod i den einskilte kommune. Ved sida av endringa av dette ansvaret, vart det også endring av finansieringa for fysioterapeutar som dreiv privat. Før lova fekk dei refundert 60 % frå folketrygda og 40 % var betaling frå pasienten. Etter khtl. vart det endring i den offentlege delen ved at folketrygda berre skulle dekke 19,8 %, medan 40,2 % kom frå kommunen gjennom driftstilskot. Kommunane får dekkja driftstilskotet gjennom det vanlege rammetilskotet. Ein fysioterapeut kan som nemnt

drive privatpraksis utan å ha driftsavtale med ei kommune, men i praksis er det lite aktuelt fordi han då ikkje har rett til kommunalt driftstilskot og pasienten heller ikkje får refusjon frå folketrygda jf ftrl. § 5-8.

Etter khtl. § 1-3 kan kommunen organisere helsetenestene dei er pålagde enten ved å tilsette personell i kommunale stillingar eller ved å gjere avtaler med helsepersonell om privat drift. Slike avtaler kan generelt vere uklare på mange felt, t.d. kva type regelsett sider skal vurderast etter. Det er generelt vanskar av den type som professor Woxholth i Avtalerett skildrar slik i kap 10 «Offentlige avtaler»:

«Når det offentlige (stat eller kommune) inngår avtaler kan disse dels være formuesrettslige og falle inn under avtaleloven ... Men avtalene kan også skille seg vesentlig fra formuesrettslige avtaler, fordi det gjelder verdier som ikke er gjenstand for vanlig omsetning. Den sistnevnte type avtaler varierer i innhold, og det gjør også de rettslige problemene knyttet til dem. Et fellestrekk er at offentligrettslige -særlig forvaltningsrettslige - regler og prinsipper vil utgjøre en vesentlig del av rammeverket for slike avtaler. På den annen side vil formuesrettslige synspunkter ikke prinsipielt være irrelevante. For enkelte offentlige avtaler vil formueretten være uten betydning, men for mange av dem vil både formuesrettslige og offentligrettslige synspunkter måtte tas i betraktning. Hvor meget som skal trekkes inn av formuesrettslige betraktninger, vil likevel kunne være tvilsomt og omstridt. Formuesrettslige idealer om avtalefrihet kan på dette området komme i konflikt med offentligrettslige prinsipper om utøvelsen av forvaltningsmyndighet ...»

Vurderingar i dette grenselandet mellom vanlege formuesrettsavtaler og forvaltningsavtaler er sentrale for kor langt kommunen kan gå i å endre avtalene på eiga hand. Eigentleg går vurderinga av det som kan kallast formuesrettsdelen og forvaltningsdelen over i kvarandre her. Til dømes er det i lovførearbeida moment der forvaltningsrettslege prinsipp er bakgrunnen for korleis sider i den privatrettslege/ formuesrettslege delen har vorte utforma. Samanhengen vert også komplisert av andre årsaker. Som døme kan visast til spørsmålet om det avgrensa høvet til omgjering av forvaltningsvedtak i fvl. § 35 har sjølvstendig betydning ved sida av den retten kommunen har høve til å seie opp eller redusere driftsavtale etter ASA 4313 § 8.3. Det er såleis ei totalvurdering av dei momenta som partane har vist til, men jamvel om avtale- og forvaltningsdelane glir over i kvarandre, meiner retten at det lettast oversikta om drøftinga vert delt skjematisk i ei vurdering etter vanlege tolkingsprinsipp for kontrakter i privat- og formueretten, og ei anna vurdering etter forvaltningsretten, m.a. om avtalen også fyller vilkåra for å være enkeltvedtak i forvaltningslova (fvl). Drøftinga nedanfor må sjåast i denne samanhengen.

I tolkinga av innhaldet i avtaler i formueretten, er ordlyden i avtalen gjerne det viktigaste tolkingsmomentet, men det er ikkje særleg rettesnor her fordi avtalene er korte og stort sett viser til standardavtalen, eller har brukt den som mal. Desse ASA-avtalene er det viktigaste tolkingsmomentet, men punktet om oppseiing er heller ikkje klart etter ordlyden der. Ein må difor også sjå på andre tolkingsmoment som lova, lovførearbeid og anna bakgrunn for at det vart naudsynt med slike avtaler, partsforståing, forvaltnings- og rettspraksis mv. Skjematisk kan det vere enklast å sjå på korleis ordninga opphavleg synes å ha vore tenkt i samband med at lova vart vedteken, og så sjå på om det har vore endringar seinare, den eine eller den andre vegen.

Som nemnt var det i det opphavlege forslaget, Ot.prp.nr.36 (1980-1981), framlegg om tidsavgrensa avtaler «for at kommunen ikke skal bindes på for lang sikt.» Etter § 4-2 i det utkastet kunne også avtaler som ikkje var tidsavgrensa seiast opp, men det måtte vere sakleg grunn. Det var vist til nivået i aml. § 60 ved oppseiing i arbeidstilhøve, og det var som døme vist til at det ikkje var sakleg grunn for oppseiing at kommunen ville gå over frå avtaler med private til berre kommunalt tilsette, eller å seie opp avtale med ein eldre fordi ein yngre var meir effektiv.

Ot.prp.nr.36 vart ikkje handsama i Odelstinget, og Sosialdepartementet kom med nytt framlegg i Ot.prp.nr.66 (81-82). Endringa der var nok mykje politisk grunna, men var også resultat av reaksjonar frå interesseorganisasjonar osv. Framlegget skilde seg frå det første ved at avtaler med private ikkje skulle vere tidsavgrensa, og det følgjer at lovgjevvar var klar over at dette førte til at kommunen ikkje sto så fritt til å bestemme alle sider ved drifta som i det første utkastet. På side 16 i proposisjonen står det såleis at:

«Departementet finner at det er sterke grunner for å omvurdere forutsetningene som ble lagt til grunn ved utformingen av Kap. 4 i lovutkastet i Ot.prp.nr.36 (1980-1981).

At kommunene må sikres rett til å utforme en helsetjeneste som de overlates ansvaret for, må veies mot hensynet til at yrkesutøverne i privat praksis idag, og nye som kommer til i framtida må kunne føle seg sikre på at det som bygges opp av dem ikke kan settes strek over ved et kommunestyrevedtak. Ellers er det vanskelig å se at man legger forholdene til rette slik at den private driftsform sikres som et reelt alternativ.»

Det som står vidare, viser at kommunen sin revisjonsadgang i første rekke skulle vere når praksisavtale vart ledig, og at omsynet til den private part gjorde at:

«... når en yrkesutøver først er etablert som privatpraktiserende, enten ved reformens innføring eller kommer til senere, bør vedkommende kunne føle seg trygg på å kunne drive sin praksis så lenge vedkommende selv finner det ønskelig.»

Departementet meinte at det nærare innhaldet burde klarleggast ved standardavtaler mellom interesseorganisasjonane, men at detaljar også kunne utformast i avtalene mellom den einskilde kommune og den private. Det nemnde viser likevel at utgangspunktet var at lovgjevar då meinte at når det først var gjort avtale med private, var det avgrensa høve til å seie opp, eller revidere, avtale uten semje mellom partane. Det var spesielt aktuelt med endring dersom den private ikkje oppfylte sin del av avtalen, men om han gjorde det, var det primært innløyning når den private sa opp, som var aktuelt. Som døme er det i Ot.prp.nr.66 side 16 nemnt at dersom ein i ei bykommunen ønskte å flytte ein praksis frå bykjerne til drabantby, kunne det skje ved innløyning når ein sentrumspraksis vart ledig og at kommunen så gjorde avtale om ny praksis i bydel.

Alt i alt var nok ordninga etter Ot.prp.nr.66 slik at kommunene måtte planlegge nøye både trong og utforming før det vart laga avtale med private, og at det vart vanskeleg med endringar utan semje når det først var gjort avtaler. Men nøyaktig kor langt høvet til endringar utan semje gjekk, var uklart. Dels skulle som nemnt detaljane regulerast i avtaleformene; ASA-avtaler og avtalene mellom den einskilde kommune og part, men i tillegg var nok både dei nemnde politiske omsyna og «aktiv lobbyisme», slik vitnet Rostvaag som då var generalsekretær i Fysioterapiforbundet forklarte, slik at det var sider som vart meir intensjonar. Dels kunne det også vere målmedvite at ein let vere å fastsette detaljane nøye fordi det var ei omfattande reform der mange sider måtte «gå seg til» etter kvart, både fordi det var vanskeleg å sjå kva vanskar som kunne dukke opp, og for den del at der ikkje vart vanskar med ein del av det ein trudde kunne verte problem. Det var også andre grunnar som kunne gjere det vanskeleg å få reglane konkrete nok, som at tilhøva varierte frå kommune til kommune, og at det kunne vere andre omsyn som kom inn der det var full driftsavtale enn der det berre var deltid ned mot 20 %. Etter retten sitt syn kan difor detaljar i dei opphavlege lovførearbeida mv. ha noko mindre vekt som rettskjelde enn det som ofte er vanleg.

I ASA 4313 er det som nemnt teke inn reglar om oppseiing, men heller ikkje der er det særleg avklaring på problemet om kommunen kan seie opp driftsavtale, heilt eller delvis, grunna svak økonomi. Retten meiner at avtale ikkje berre kan seiast opp i den private sine tilhøve, men at det også kan gjerast med grunnlag i andre sider. Det kan t.d. tenkjast at i ei utkantkommune var det avtale etter den opphavlege trongen, men at det vert overkapasitet etter kvart som folketallet vert redusert. Kommunen kan ikkje ha plikt til då å halde på overkapasiteten til det måtte komme oppseiing frå ein av dei som hadde avtale om drift. Men jamvel om oppseiing ikkje berre treng grunnast i tilhøve hjå den private part, vert ikkje det særleg avklarande for det konkrete problemet her; om og eventuelt i kva grad, kommunen kan seie opp grunna dårleg kommuneøkonomi. KS meiner i rundskriv at det er høve til oppseiing grunna økonomien, men at det er usikkert kor langt det rekk, og KS har skissert vilkår som

«... at kommunen kan dokumentere andre innsparingstiltak, vidare at kommunene til tross for oppsigelsen ikke har vesentlig svakere fysioterapidekning enn sammenliknbare kommuner. Andre elementer vil kunne være at fysioterapi står i en særstilling ved å være en lovfestet tjeneste, at den enkelte utøver kan ha investert store beløp i sin praksis, at vedkommende kan ha inngått langsiktige kontrakter om lokalleie, at vedkommendes praksis kan være spesielt tilrettelagt for funksjonshemmede, at vedkommende pga personlige forhold ikke vil kunne etablere seg på nytt osv. Innsparingstiltak som utelukkende rammer gruppen privatpraktiserende fysioterapeuter vil vanskelig kunne betegnes som saklige.»

Av desse momenta er saksøklarane i denne saka sin økonomi, investeringar i lokale og driftsutstyr mv. så gjennomsnittlege at konsekvensane for dei korkje er betre eller verre enn for andre med tilsvarande praksis og avtaler. Sagt på ein annan måte, så har slike moment meir innverknad som tolking av i kva grad det er høve til endring enn at det er så særeigne tilhøve her at det skil seg frå det ein må rekne med er tilfellet for andre som får redusert driftstilskotet

Det var lagt fram statistikkar for fysioterapidekninga for fleire kommuner, og partane er usamde både om kva som er relevant samanlikningsgrunnlag og om korleis --- kjem ut. Etter rettens sitt syn er ikkje avviket så stort at det har nemnande vekt i vurderinga her. Dersom det er avvik, er det etter retten sitt syn så lite at ein må spalte meir opp for å ha sikre konklusjonar, til dømes kor mange i --- som nyttar fysioterapeutar i nabokommuner i staden for, osb.

Partane er usamde om nivået for «saklig begrunnet» i ASA 4313 er det same som nivået for tilsvarende uttrykk som er vilkår for oppseiing i aml. § 60. Der er som nemnt moment som tyder på at ein opphavleg meinte nivået skulle vere likt, jfr. Ot.prp.nr.36 (1980-1981) side 165 og formuleringar i tidlegare standardavtaler, men etter retten sitt syn vert det uansett noko avgrensa rettleiing ved slik samanlikning, sidan det er så pass stor skilnad på å vere sjølvstendig næringsdrivande og tilsett arbeidstakar.

Om rettskjeldemomentet forvaltningspraksis vart det opplyst at det er først i dei seinare få åra at kommuner har vurdert å betre økonomien ved å seie opp avtaler om privat helsedrift etter khtl. § 4-1, og at det berre er nokre få som har gjort det. Jamvel om ikkje alle sider vart så godt klarlagde, meiner retten at dette tyder på at kommunene meinte avtaleverket var slik at avtale ikkje kunne seiast opp med grunnlag i svak kommuneøkonomi. Dei tilfella der det er oppseiing av fysioterapiavtaler, har fysioterapeutane gått til sak, men det er ikkje rettskraftig avgjerd i noka av dei. I sak med Steinkjer kommune fekk fysioterapeutane medhald, men den dommen er anka. Det er elles ikkje særleg rettspraksis om spørsmål som tangerar problemet her. Partane var ein god del inne på Bansi-dommen i Rt-1999-1672, men etter retten sitt syn løyser ikkje den problemet her. Dels var tilhøva andre der, og dels er det usemje om kor langt dommen rekk, slik det er vist til i drøftinga frå universitetsstipendiat Johan Greger Aulstad i artikkel i tidsskriftet Jussens Venner nr. 2/ 2004 om «Saksbehandling og omgjøring av avtaler som er enkeltvedtak», m.a. på side 75 flg.

Etter retten sitt syn kan mangelen på klar heimel til å ta omsyn til svak kommuneøkonomi i realiteten brukast som argument for at det er snevre grenser for å legge vekt på det som grunn til oppseiing. Det er ikkje noko nytt at kommuneøkonomien kan vere svak, og det var ikkje ukjent då lova vart vedteken heller. Dersom det var eit sentralt moment, ville det truleg ha vorte omtala meir. Det som er nemnt framanfor frå lovførearbeida tyder på at lovgjevar meinte at kommunene måtte ta slike omsyn før dei gjorde avtalane, eller eventuelt når det vart ledige driftsavtaler. Etter retten sitt syn er det heller ikkje noko som tyder på at partane har avtalt endringar her i standardavtalene m.v.

Finansieringsordninga for fysioterapidrift talar etter retten sitt syn mot at det er høve til oppseiing frå kommunen på den måten det skjedde her allereie fordi det grip inn i funksjonsdelinga og finansieringsordninga, og dermed bakgrunnen for reformene i helsevesenet. Som nemnt skal kommunen dekke ca. 40 % ved driftsavtalen, knapt 20 % er refusjon frå Folketrygda og 40 % er eigendel frå pasientane. Etter standardavtalen pkt. 7.11 kan ikkje fysioterapeuten krevje eigendelar ut over satsar som er fastsette av Staten, og etter ftrl. § 5-8 skal refusjonen der «... ytes etter fastsatte satser.» Dersom fysioterapeuten skal kompensere redusert driftsavtale med intensivert drift, vil det i realiteten føre til at han får mindre betalt pr. pasient; og det fører også til at kommunen slepp sin del av finansieringa for desse pasientane. Dette, saman med drøftinga i lovførearbeidet om funksjonsdelinga mellom ymse forvaltningsnivå, gjer at i vurderinga av konsekvensen av redusert driftsavtale kan ein ikkje berre sjå på reduksjonen i tilskot frå kommunen, men at det i realiteten er tale om tilsvarende reduksjon i heile drifta, slik saksøkarane har vist til. Det vil då lettare mangle sakleg grunn enn der parten kan auke innteninga frå andre felt i staden for.

Partane var inne på om kommunen hadde redusert utgiftene på andre felt mykje nok eller ikkje, men etter retten sitt syn kjem det meir i bakgrunnen slik saka er her. Om fast tilsette var oppsagde eller dei sa opp sjølve fordi alternativet var å verte oppsagde, har etter retten sitt syn mindre interesse. Samanlikninga er heller ikkje avgjerande alt fordi at vilkåra for å seie opp tilsette jfr. aml. § 60 mv ikkje treng vere dei same som å seie opp avtaler. Men i det heile er det ikkje berre spørsmål om kvar det er ønskjeleg å spare inn, men også kvar kommunen har høve til å gjere det. Det kan tenkjast at t.d. avtaler gjer at det ikkje kan sparast der skadeverknadane vert minst. Som skjematisk og banalt døme kan visast til at kommunen sjølv sagt ikkje kan nekte å betale for varekjøp berre fordi den kommunale økonomien er dårleg, men at den må la vere å gje tilskot den ikkje er bunden til, same kor ønskjeleg det måtte vere av andre årsaker. Jamvel om resultatet kan vere negativt både for kommunen og andre som vert råka, gjeld prinsippet om at der ei lov fører til uheldig resultat, må lova endrast, og ikkje bortfortolkast.

Jamvel om partane ikkje var inne på det, nemner retten at den generelle heimelen for avtalerevisjon i avtalelova § 36 kan tenkjast å ha interesse, direkte eller indirekte. Der det er slik revisjonsheimel, kan det vere mindre grunn til å «strekke» andre tolkingsmoment for mykje berre for å finne heimel til avtaleendring som kan ha gode grunnar for seg. Men tilhøvet til forvaltningsretten kan likevel komplisere momentet sidan avtalelova etter § 41 berre gjeld «... paa formuerettens omraade.»

Spesielt for B meiner saksøkarane at han ikkje kjem inn under oppseiingsklausulen i ASA 4313 fordi fysioterapeutar som dreiv då khtl. vart sett i kraft ikkje kunne seiast opp etter overgangsregelen i khtl. § 7-1. Av lovførearbeida følgjer klart det partane er samde om; at kommunene ikkje kunne nekte å inngå avtale med dei som dreiv då. Dersom det var mange nok som dreiv frå før i ei kommune, ville det i realiteten føre til at

kommunen ikkje hadde noko val i korleis drifta skulle vere, sidan trongen vart fylt av dei som hadde rett til avtale. Men retten kan ikkje sjå heimel for at desse ikkje kunne seiast opp i det heile. I det nemnde sitatet frå Ot.prp.nr.66 side 16, som er teke inn framanfor på side 9 i dommen, tyder likestillinga mellom dei som dreiv før og som kjem til seinare, at det ikkje var skilnad i oppseiingsvernet. Det er heller ikkje noko i avtalene som klarlegg dette. Etter retten sitt syn er der såleis ikkje noko absolutt oppseiingsvern for dei som kjem inn under overgangsregelen i khtl. § 7-1. Ei anna sak er at det i praksis nok skal mykje til for at heil eller deloppseiing av avtale med ein som har drive så lenge kan seiast å vere sakleg grunna etter standardavtalen § 8.

Som konklusjon meiner retten at etter tolking av dei «formuesrettslege» momenta har kommunen høve til å seie opp, eller krevje revidert, avtaler også grunna kommunale tilhøve, men at det er snevert høve til det, og at det ikkje er klårt om, og kor langt det kan gjerast med grunnlag i kommunal økonomi. Men det er som nemnt berre ei delvurdering, og etter retten sitt syn må spørsmålet som nemnt også sjåast i samanheng med det ein kan kalle den forvaltningsrettslege tolkinga, og retten kjem i det følgjande inn på det.

Som nemnt vil prinsipp i forvaltningslova komme inn i tolkinga. Om det systematiske her, kan det også visast til den nemnde framstillinga av universitetsstipendiat Johan Greger Aulstad om «Saksbehandling og omgjøring av avtaler som er enkeltvedtak.» Problemet der kan vere at om kommunen har gjort avtale som fyller vilkåra for å vere enkeltvedtak etter fvl., kan den lova sette grenser for oppseiing, sidan det kan vere tale om å omgjere forvaltningsvedtak til skade for part. Der er skrankar i fvl. både for kor langt det er materielt høve til omgjøring, og også reglar om sakhandsaminga. Det var m.a. slik moment som gjorde at kommunen her sa opp avtalen to gonger.

I fvl. § 2 a er vedtak definert som «. avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer» og etter § 2 b er det enkeltvedtak når vedtaket «... gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer.» Etter framstillinga om ordninga i khtl. om avtaler om privat drift, er det etter retten sitt syn ikkje tvil om at slike avtaler er «... utøving av offentlig myndighet» og at dei konkrete avtalene saka gjeld også er enkeltvedtak.

Når det formelt er tale om omgjøring av enkeltvedtak, så er det for det første snevre grenser for høve til slik omgjøring etter fvl. § 35. Vilråa i dei fleste av omgjeringsalternativa som er nemnde der, er ikkje til stades her. Ein mogeleg heimel kunne vere siste avsnitt i § 35 om at avgrensinga i omgjeringsadgangen ikkje gjeld der «... endringsadgangen følger av annen lov, av vedtaket selv eller av alminnelige forvaltningsrettslige regler .», og konkret omgjøring med grunnlag i det som i Eckhoff/ Smith Forvaltningsrett i kap 20 avsnitt V er kalla omgjøring med grunnlag i uskrivne reglar m.v, og der det vert lagt vekt på interesseavveging, spørsmålet om misleghald frå den private, om den private har gjort store investeringar, innretta seg etter vedtaket osv. Men etter retten sitt syn er det heller ikkje her grunnlag for omgjøring, og det allereie fordi det i realiteten er same moment som er relevante i «formuesdelen» som i opprekninga hjå Eckhoff/ Smith om kva som kan grunne omgjøring. Som det er nemnt framanfor var det både i førearbeida til khtl og andre rettskjelder drøfta kva vekt like omsyn skulle ha, og det må gå framom dei generelle prinsippa i fvl. Som nemnt er det i ASA 4313 reglar om oppseiing av driftsavtale, og mykje kan tale for at omgjeringshøvet etter fvl. § 35 iallfall ikkje går lenger enn det som er fastsett i ASA-avtalen, slik at vurderinga kan verte mykje lik for forvaltningsdelen og for «privatdelen.»

Jamvel om det er høve til omgjøring av forvaltningsvedtak til skade for part, er det klare reglar om sakhandsaminga der det er einskildvedtak T.d. er det etter fvl. § 3 jfr. kap IV-VI krav til både saksførebuinga og sjølve vedtaket, som at saka er så godt opplyst som mogeleg før vedtaket vert gjort osv. Dei vilråa var ikkje oppfylte, og som døme er det nok å vise til at det ikkje ein gong er klårt om skrivet frå dei fire saksøklarane om mogeleg nedskjering var lagt fram for kommunestyret i det heile før vedtaket 18 12 2002 om nedskjeringa.

Retten meiner såleis at formues- og forvaltningsdelen av tolkinga sjåast i samanheng. Det er t.d. slik at forvaltningsretten har interesse som sjølvstendig tolkingmoment, men også slik at forvaltningsretten er viktig bakgrunn for den «formuesrettslege» tolkinga nemnt framanfor, både ved at det vert meir avklarande når det vert sett i samanheng, og at tolkingmoment som kunne vere mangelfulle ved ei isolert formuesrettsleg vurdering, fell på plass når det vert supplert med forvaltningsretten. Den snevre heimelen for kommunen til å seie opp som følgjer av Ot.prp.nr.66, kan seiast å samsvare bra med prinsippa i forvaltningsretten om omgjøring av enkeltvedtak.

Som konklusjon meiner retten at det ikkje er klårt kvar grensa går for kommunen sitt høve til å seie opp, heilt eller delvis, slike driftsavtaler, jamvel om mykje tyder på at det er snevrare enn kommunen meiner her.

Uansett meiner retten at korkje vilkåra til sakshandsaming i khtl/ ASA-avtaler mv. eller i fvl. var oppfylde slik --- kommune gjorde det her, og som stikkord krevst det nok meir konkret vurdering enn det som er mogeleg i samband med handsaminga av årsbudsjett som det vart gjort her. Som det følgjer av drøftinga over, er det mange kryssande omsyn, og ein god del uklare reglar og nokså motstridande interesser mellom kommune og dei private drivarane. Det er avtalen med kvar einskild som må seiast opp, heilt eller delvis, og kommunestyret hadde her ikkje ein gong vurdert kven eller kva som skulle seiast opp, men berre at det skulle sparast så og så mykje på avtalene om fysioterapidrift. I det heile synes vurdering av avtalerevisjon på det grunnlag det er tale om her og partane ikkje er samde, å høve best med den tvistehandsaminga som står i § 9 i ASA 4313. Kommunen avgjorde i realiteten reduksjonen i samband med budsjettvedtaket, og der var kommuneøkonomien det sentrale, og det er ikkje opplysningar som tyder på at kommunen der vurderte alle dei sidene som dei etter drøftinga ovanfor skal gjere før dei gjer slike vedtak etter khtl. Kommunen har då ikkje vurdert vedtaket grundig nok m.a. i høve til om dei hadde sakleg grunn etter ASA-4313 § 8.3, og før vedtaket vart gjort var det neppe noka vurdering av dei forvaltningsrettslege problema retten har vore inne på. At det vart meir klargjering etter at det kom inn advokatar på begge sider kan så vere, men etter retten sitt syn var saka då så fastlåst at partane ikkje har vurdert slik dei ville ha gjort t.d. ved tvist etter ASA 4313 § 9.1.

Oppseiingane er dermed ugyldige.

Saksøkarane har kravd skadebot, som i realiteten er etterbetaling av det reduserte driftstilskotet frå 01 09 2003 til ut juni 2004. Retten meiner at når oppseiingane vert sette til side, har dei krav på slik etterbetaling. Summen er samla kr 17.120 pr. mnd. i til saman 10 månader, dvs. kr 4.280,- pr. måned for kvar av dei, til saman kr 42.800,-.

Saksøkarane har kravd mellombels åtgjerd om at --- kommune skal betale fullt driftstilskot fram til det er rettskraftig avgjerd i hovudsaka. Kravet er sannsynleggjort etter tvfbl. § 15-6, men etter retten sitt syn er der ikkje sikringsgrunn etter tvfbl. § 15-2. Dei vil få betalinga om dommen vert rettskraftig, og etter retten sitt syn vil ikkje ulempene eller skadane med å vente vere vesentlege, slik kravet er framstilt i Falkanger m.fl. Tvangsfullbyrdsloven II, side 1044 flg.

Sakskostnadane skal vurderast kvar for seg for hovdesak og kravet om mellombels åtgjerd, jf. m.a. Rt-1993-1131. I hovudsaka ser retten ikkje grunn til å gjere unntak frå hovedregelen i tvml. § 172, slik at saksøkarane for dekka sakskostnadane i hovudsaka. Advokat Bråthen har levert kostnadsoppgåve på til saman kr 174.408, der kr 165.000,- er salær, og av det gjeld kr 11.000,- kravet om mellombels åtgjerd. Oppgåva vert lagt til grunn. Heller ikkje for saka om mellombels åtgjerd ser retten grunn til å gjere unntak frå hovedregelen i tvml. § 172 jfr. tvfbl. § 3-3. --- kommune får då tilkjent sakskostnader for den delen, og utgiftene der er advokat Solberg sitt salær på kr 10.000,- for denne delen av saka. Summen vert lagt til grunn. Slik tilhøva er her meiner retten at det må kunne settast ei sakskostnadsavgjerd, og der dei kr 10.000,- går til frådrag i det saksøkarane får tilkjent, i staden for å ha separate slutningar for kvar sak.

Slutning i orskurd og dom:

1. Kravet frå A, D, C og B om mellombels åtgjerd vert ikkje teke til følgje.
2. --- kommune sine oppseiingar av høvesvis 17 02 2003 og 09 09 2003 med oppseiing/ 25 % reduksjon av avtale om privatpraksis i fysioterapi med A, D, C og B, og med tilhøyrande reduksjon av betaling av driftstilskot, er ugyldige.
3. --- kommune betalar skadebot til A, D, C og B med 42.800,- -førtitotusenåttehundre- kroner til kvar av dei. Oppfyllingsfristen er 2 -to- veker frå forkynning av dommen.
4. --- kommune betalar innan 2 -to- veker frå forkynning av dommen sakskostnader til A, D, C og B med 153.408,- -eithundreogfemtiretusenfirehundreogåtte- kroner.