



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 8. juni 2020 av Høyesterett i avdeling med

dommer Erik Møse
dommer Kristin Normann
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Kine Steinsvik

HR-2020-1193-A, (sak nr. 19-179445SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 7. oktober 2019

A (advokat Silje Elisabeth Stenvaag – til prøve)

mot

Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet (Regjeringsadvokaten
v/advokat Jørgen Aandal Vangsnes)

S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Steinsvik:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder gyldigheten av Trygderettens kjennelse om avslag på krav om arbeidsavklaringspenger etter folketrygdloven. Spørsmålet er om vilkåret i § 11-5 om at medlemmet har fått «arbeidsevnen nedsatt», stiller krav til varigheten av den nedsatte arbeidsevnen.
- (3) A er født 00.00.1991. Våren 2016 fullførte hun høyere utdanning ved Høgskolen i X. Hun jobbet samtidig deltid på Y i en ti prosent stilling.
- (4) Den 6. juni 2016 fikk hun akutte smerter i ryggen. I legeerklæring samme dag fikk hun diagnosen lumbago med isjialgi. Med et kortere opphold var A sammenhengende sykmeldt fra stillingen på Y frem til 18. september 2016.
- (5) I MR-undersøkelse 21. juli 2016 ble det påvist skiveprolaps uten nerverotpåvirkning eller spinal stenose. Det ble ikke gjennomført noen behandling av ryggplagene. A opplyste i møte med Nav 16. august 2016 at hun hadde vært hos fysioterapeut én gang. Hun hadde der fått øvelser hun kunne gjøre hjemme og blitt informert om at det ikke var nødvendig med fysioterapi med mindre hun ønsket det spesielt.
- (6) I vedtak 18. august 2016 avsto Nav Z As krav om arbeidsavklaringspenger etter folketrygdloven § 11-13, jf. § 11-5. Avslaget var begrunnet i at A ikke hadde fått arbeidsevnen nedsatt med minst halvparten i forhold til ethvert yrke. Etter klage ble vedtaket opprettholdt av Nav Klageinstans med den begrunnelse at den nedsatte arbeidsevnen ikke var av «en viss varighet».
- (7) A fremsatte også krav om sykepenger, men kravet ble avslått under henvisning til at inntektsvilkåret for rett til sykepenger i folketrygdloven § 8-3 andre ledd ikke var oppfylt.
- (8) Hun anket vedtaket om avslag på arbeidsavklaringspenger til Trygderetten som 4. mai 2018 avsa kjennelse med slik slutning:
- «1. NAV Klageinstans' vedtak av 31. mai 2017 stadfestes.
 2. Sakskostnader erstattes ikke.»
- (9) Trygderetten fant at det hadde skjedd en tilfriskning av As plager relativt kort tid etter at hun fremsatte krav om arbeidsavklaringspenger, og at hun deretter gjenopptok sitt arbeid. Ut fra dette mente Trygderetten at den nedsatte arbeidsevnen var av forbigående art og dermed ikke hadde hatt den nødvendige varigheten som folketrygdloven § 11-5 forutsetter. Kjennelsen ble avsagt med forenklet grunngivning i medhold av trygderettsloven § 21 tredje ledd.
- (10) A brakte Trygderettens kjennelse inn for lagmannsretten for rettslig prøving, jf. trygderettsloven § 26 første ledd. Borgarting lagmannsrett avsa 7. oktober 2019 dom med slik slutning:

- «1. Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet frifinnes.
2. Sakskostnader for lagmannsretten tilkjennes ikke.»

- (11) Lagmannsretten la i likhet med Trygderetten til grunn at vilkåret om nedsatt arbeidsevne innebærer at nedsettelsen ikke må være rent forbigående, men ha en viss varighet. As arbeidsevne ble ansett nedsatt med minst halvparten i sykmeldingsperioden fra 6. juni til 18. september 2016, men lagmannsretten la til grunn at hun var arbeidsfør fra 18. september. Perioden var ikke tilstrekkelig til å fylle vilkåret om at den nedsatte arbeidsevnen må være av en viss varighet.
- (12) A har anket dommen til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse. Saken står i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten. Høyesterett har behandlet saken ved fjernmøte, jf. midlertidig forskrift 27. mars 2020 nr. 459 om forenklinger og tiltak innenfor justissektoren for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19 § 2 og midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv. § 3.

Partenes syn på saken

- (13) Ankende part – A – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (14) Vilkåret om nedsatt arbeidsevne i folketrygdloven § 11-5 kan ikke tolkes slik at det gjelder et særskilt krav til varigheten av den nedsatte arbeidsevnen. En slik tolkning har ikke støtte i ordlyden, og trygderettspraksis gir klare holdepunkter for at det ikke gjelder et varighetskrav.
- (15) Uttalelsene i forarbeidene om at rent forbigående nedsettelse av arbeidsevnen ikke gir rett til arbeidsavklaringspenger, knytter seg til situasjoner med dagligdagse og forbigående sykdomstilstander, der det ikke er grunn til å sette i verk arbeidsrettede tiltak. Det er heller ikke grunnlag for å skille mellom tilfeller med og uten forutgående sykdomsperiode.
- (16) Folketrygdloven § 11-13 tredje ledd gir ikke støtte for at det gjelder et varighetskrav på seks måneder, slik staten anfører.
- (17) Arbeidsevnen må under enhver omstendighet ikke være nedsatt med halvparten i hele perioden.
- (18) Vurderingen av om vilkårene for rett til arbeidsavklaringspenger er oppfylt, må skje med utgangspunkt i forholdene på søknadstidspunktet og ut fra en prognose om utviklingen i arbeidsevnen. Ved klagebehandling og rettslig prøving kan ikke den etterfølgende faktiske utviklingen tas i betraktning. Det avgjørende er om prognosen var forsvarlig da den ble foretatt.
- (19) As arbeidsevne var nedsatt i en slik grad på grunn av ryggplagene at hun oppfylte vilkårene i § 11-13 første ledd, jf. § 11-5. Dette gjelder selv om det oppstilles et krav om seks måneders varighet.

- (20) A har lagt ned slik påstand:
- «1. Trygderettens kjennelse av 4. mai 2018 er ugyldig.
 2. A tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten med kr. 107 500.»
- (21) Ankemotparten – *staten ved Arbeids- og velferdsdirektoratet* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (22) Rett til arbeidsavklaringspenger forutsetter at perioden med nedsatt arbeidsevne er av en viss varighet. Verken prognosen på søknadstidspunktet eller den etterfølgende utviklingen tilsa at As ryggplager ville få en slik varighet. Kravet til varighet gjelder generelt og uavhengig av om det er behov for arbeidsrettede tiltak. Trygderettspraksis gir ikke grunnlag for en annen løsning.
- (23) Unntaksregelen i § 11-13 tredje ledd underbygger at den nedsatte arbeidsevnen ikke kan være rent forbigående. Bestemmelsen tilsier at § 11-13 første ledd, jf. § 11-5 må tolkes slik at det i utgangspunktet gjelder et varighetskrav på seks måneder.
- (24) Vilkårene i folketrygdloven § 11-5 er lovbundet, og domstolene har full kompetanse ved prøvingen. Dette gjelder også prognoser som inngår i rettsanvendelsen. Etterfølgende bevis som kaster lys over forholdene på søknadstidspunktet, kan tas i betraktning, herunder bevis som kaster lys over riktigheten av prognosen.
- (25) Staten ved Arbeids- og velferdsdirektoratet har lagt ned slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
 2. Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet tilkjennes saksomkostnader for lagmannsretten og Høyesterett.»

Mitt syn på saken

Innledning

- (26) Spørsmålet i saken er om vilkåret i folketrygdloven § 11-5 om at medlemmet har fått «arbeidsevnen nedsatt», stiller krav til varigheten av nedsettelsen som inngangsvilkår for rett til arbeidsavklaringspenger.
- (27) Før jeg ser nærmere på dette tolkningsspørsmålet, redegjør jeg for rammene for domstolskontrollen og vurderingstidspunktet for faktum. Partene er her uenige om Trygderetten kunne legge vekt på den etterfølgende utviklingen i helsetilstanden ved klagebehandlingen av saken.
- (28) Reglene om arbeidsavklaringspenger i folketrygdloven kapittel 11 ble endret ved lov 16. juni 2017 nr. 43, som trådte i kraft 1. januar 2018. Henvisningene i det følgende er derfor til loven slik den lød før lovendringen.

Rammene for domstolskontrollen og ankebehandlingen i Trygderetten

- (29) Domstolene prøver lovligheten av Trygderettens kjennelser, jf. trygderettsloven § 26 tredje ledd.
- (30) Vilkårene for arbeidsavklaringspenger i folketrygdloven § 11-13 første ledd, jf. §§ 11-5 og 11-6 er lovbundne, og det gjelder derfor i utgangspunktet ingen begrensninger i prøvingsadgangen. I den utstrekning vilkårene for rett til ytelsen gir anvisning på medisinskfaglige vurderinger, må domstolene imidlertid utvise tilbakeholdenhet med å overprøve Trygderettens vurderinger, sml. blant annet HR-2018-2344-A avsnitt 26 og Rt-2012-1810 avsnitt 37.
- (31) I vår sak innebærer vilkåret i § 11-5 om at medlemmet må ha fått arbeidsevnen nedsatt, at det må foretas en prognose for den fremtidige utviklingen av arbeidsevnen. Så langt denne prognosen gjelder den fremtidige sykdomsutviklingen, må domstolene altså være varsomme med å sette Trygderettens vurderinger til side.
- (32) Lovligheten av Trygderettens kjennelser prøves med utgangspunkt i faktum på vedtakstidspunktet, likevel slik at domstolene har anledning til å legge vekt på etterfølgende bevis som kaster lys over forholdene på vedtakstidspunktet. På trygderettsområdet er den sentrale avgjørelsen om dette inntatt i Rt-2007-1815 avsnitt 33–34. Det samme gjelder ved prøvingen av andre forvaltningsvedtak, jf. plenumsavgjørelsene i Rt-2012-1985 avsnitt 81 og Rt-2015-1388 avsnitt 69 og 211.
- (33) Når det gjelder klagebehandling i forvaltningen, er utgangspunktet imidlertid det motsatte. Klageinstansen prøver alle sider av saken og kan ta hensyn til nye omstendigheter, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd, jf. folketrygdloven § 21-1. Også etter trygderettsloven § 19 skal Trygderetten behandle en ankesak på grunnlag av den skriftlige fremstillingen som partene har gitt og sakens øvrige opplysninger. Trygderettsloven § 20 første ledd slår videre fast at retten kan prøve «alle sider av saken».
- (34) Trygderettens kompetanse som klageorgan er nærmere klargjort gjennom avgjørelsen i Rt-2008-688. Saken gjaldt vedtak om opphør av uførepensjon og reiste spørsmål om en forverring av helsetilstanden i tidsrommet etter fylkestrygdekontorets vedtak i saken kunne vektlegges ved Trygderettens klagebehandling. Trygderetten hadde lagt til grunn at den etterfølgende forverringen ikke kunne trekkes inn, men eventuelt gi grunnlag for å fremsette nytt krav, jf. avsnitt 29. Om Trygderettens kompetanse ved behandlingen av saken heter det i avsnittene 46 og 47:

«Eg kan ikkje sjå at det ligg føre vektige grunnar som talar for at Trygderetten, ulikt det som meir allment gjeld for andre forvaltningsorgan, ikkje skal ha plikt til ei fullstendig prøving av dei faktiske tilhøva på vedtakstidspunktet. Som det går fram av § 19 første ledd, jf. også Rt-2007-1815, skal prøving skje på grunnlag av opplysningane i saka for Trygderetten på dette tidspunktet. Plikta etter § 15 til sjølv å opplyse saka kan likevel ikkje forståast slik at Trygderetten av eige tiltak utan vidare skal undersøkje om tilhøva har endra seg etter vedtaket i underinstansen. Dersom det kjem nye opplysningar som går ut over det Trygderetten naturleg bør ta stilling til som ankeinstans, har Trygderetten etter § 21 fjerde ledd kompetanse til å oppheve underinstansen si avgjerd og heimvise saka til ny behandling. Av omsyn til

samanhengen minner eg om at det eg her har sagt ikkje gjeld der ein privat part har sett fram det som er eit nytt eller eit anna krav.

Eg er såleis komen til at Trygderetten tolka lova feil. Trygderetten skulle ved prøvinga av saka ha teke omsyn til også nye faktiske omstende i høve til dei som låg føre då underinstansen gjorde sitt vedtak.»

- (35) Trygderetten har altså full kompetanse ved prøvingen av saken og skal bygge på de faktiske forholdene på vedtakstidspunktet. Jeg kan ikke se grunner til å gjøre unntak fra dette i situasjoner der de rettslige vilkårene for en ytelse etter folketrygdloven er formulert slik at det må gjøres en fremtidsrettet vurdering, eller stilles prognoser for fremtidig utvikling. I saker der Nav avslår et krav om ytelser basert på at vilkårene ikke er oppfylt, må Trygderetten derfor ved ankebehandlingen ta selvstendig stilling til om vilkårene er oppfylt, basert på de faktiske forholdene når Trygderetten behandler saken. Dette må også gjelde der Trygderetten på grunn av saksbehandlingstiden må ta stilling til om medlemmet fra et tidligere tidspunkt oppfylte vilkårene for en ytelse, typisk fra det tidspunktet kravet ble fremsatt.
- (36) Dette innebærer i vår sak at Trygderetten, ved vurderingen av om A oppfylte vilkåret om nedsatt arbeidsevne i § 11-13 første ledd, jf. § 11-5, kunne legge vekt på utviklingen i As helsetilstand etter at Nav traff vedtak om avslag og frem til Trygderetten behandlet saken.
- (37) Jeg går med dette over til å vurdere om Trygderettens kjennelse er basert på riktig tolkning og anvendelse av vilkåret om nedsatt arbeidsevne i folketrygdloven § 11-5.

Stiller folketrygdloven § 11-5 krav om at den nedsatte arbeidsevnen må være av en viss varighet?

Rettslige utgangspunkter – lovens ordlyd

- (38) På det tidspunktet A fremsatte krav om arbeidsavklaringspenger, fremgikk det av folketrygdloven § 11-13 første ledd at arbeidsavklaringspenger «gis til medlem som har fått sin arbeidsevne nedsatt (jf. § 11-5) med minst halvparten, og som fyller minst ett av vilkårene i § 11-6». Lovens øvrige grunnvilkår om forutgående medlemskap i folketrygden, alder mv. er ikke omtvistet.
- (39) Folketrygdloven § 11-5 om nedsatt arbeidsevne lød slik:

«Det er et vilkår for rett til ytelser etter dette kapitlet at medlemmet på grunn av sykdom, skade eller lyte har fått arbeidsevnen nedsatt i en slik grad at vedkommende hindres i å beholde eller skaffe seg inntektsgivende arbeid.

Når det vurderes om arbeidsevnen er nedsatt i en slik grad at vedkommende hindres i å beholde eller skaffe seg inntektsgivende arbeid, skal det blant annet legges vekt på helse, alder, evner, utdanning, yrkesbakgrunn, interesser, ønsker, muligheter for å gå tilbake til nåværende arbeidsgiver, arbeidsmuligheter på hjemstedet og arbeidsmuligheter på andre steder der det er rimelig at vedkommende tar arbeid.»

(40) Etter § 11-6 første ledd gjaldt videre vilkår om behov for bistand:

«Det er et vilkår for rett til ytelser etter dette kapitlet at medlemmet for å skaffe seg eller beholde arbeid som han eller hun kan utføre

- a) har behov for aktiv behandling,
- b) har behov for arbeidsrettet tiltak, eller
- c) etter å ha prøvd tiltak etter bokstavene a eller b fortsatt anses å ha en viss mulighet for å komme i arbeid, og får oppfølging fra Arbeids- og velferdsetaten.»

(41) Ordlyden i § 11-5 første ledd stiller ikke uttrykkelige krav til varigheten av den nedsatte arbeidsevnen. Det fremgår imidlertid at arbeidsevnen må være nedsatt «i en slik grad at vedkommende hindres i å beholde eller skaffe seg inntektsgivende arbeid». I dette ligger etter mitt syn at ikke enhver nedsettelse av arbeidsevnen grunnet sykdom omfattes. Kravet om at nedsettelsen må hindre medlemmet i å beholde eller skaffe seg inntektsgivende arbeid, trekker i retning av at kortvarige og forbigående nedsettelser av arbeidsevnen faller utenfor. Også i uttrykket «har fått» i § 11-5 ligger det et signal om at vurderingen av arbeidsevnen ikke skal være et øyeblikksbilde.

(42) Videre trekker formuleringen av vilkåret om behov for bistand i § 11-6 i retning av at det stilles visse krav til varigheten. Ved forbigående nedsettelser av arbeidsevnen vil iverksettelse av «aktiv behandling» eller «arbeidsrettet tiltak» med sikte på å få medlemmet i arbeid sjelden være aktuelt.

(43) Etter mitt syn er det naturlig å se vilkårene i § 11-5 og § 11-6 i sammenheng. Foreligger det allerede på søknadstidspunktet behov for aktiv behandling for å bedre arbeidsevnen eller behov for arbeidsrettede tiltak, vil konklusjonen lett kunne bli at nedsettelsen også har tilstrekkelig varighet etter § 11-5. Men vurderingen må skje konkret, og ikke ethvert behov for behandling for sykdom tilsier at arbeidsevnen er nedsatt i slik grad at vilkåret i § 11-5 er oppfylt.

(44) Staten har vist til bestemmelsen i § 11-13 tredje ledd og har anført at denne bestemmelsen gir holdepunkter for et varighetskrav på seks måneder.

(45) Bestemmelsen i § 11-13 tredje ledd regulerer adgangen til å gi arbeidsavklaringspenger i inntil seks måneder til personer som tidligere har mottatt denne ytelsen, eller som har mottatt sykepenger i en viss periode, og som igjen blir arbeidsuføre uten å ha opparbeidet rett til sykepenger. På nærmere vilkår kan det i slike tilfeller gis arbeidsavklaringspenger «selv om nedsettelsen av arbeidsevnen antas å være rent forbigående», jf. § 11-13 tredje ledd bokstav a og b. Jeg kan ikke se at unntaksbestemmelsen i tredje ledd kaster nevneverdig lys over tolkningen av inngangsvilkåret for arbeidsavklaringspenger i § 11-13 første ledd, jf. § 11-5 for medlemmer som ikke tidligere har mottatt arbeidsavklaringspenger eller sykepenger.

Uttalelser i lovforarbeidene ved innføringen av ordningen med arbeidsavklaringspenger

- (46) Arbeidsavklaringspenger kom inn i folketrygdloven som ny trygdeytelse ved endringslov 19. desember 2008 nr. 106, som trådte i kraft 1. mars 2010. Stønadsformen avløste da de tre tidligere trygdeytelsene rehabiliteringspenger, attføringspenger og tidsbegrenset uførestønad, og var ment å være en ny og forenklet tidsbegrenset inntektssikring, jf. Ot.prp. nr. 4 (2008–2009) side 7 og 11. Målgruppen for den nye ytelsen var i hovedsak den samme som for ytelsene som ble avløst, jf. side 31.
- (47) Under redegjørelsen for gjeldende rett i proposisjonen på side 18 fremgår det at det for attføringspenger og tidsbegrenset uførepensjon tidligere gjaldt et krav om at arbeidsevnen måtte være «varig nedsatt». Et tilsvarende krav gjaldt ikke for rett til rehabiliteringspenger, men denne ytelsen ble først gitt etter at retten til sykepenger var oppbrukt eller vedkommende hadde vært arbeidsufør i 52 uker uten rett til sykepenger.
- (48) I det forutgående høringsnotatet foreslo departementet at begrepet «varig nedsatt» ikke skulle brukes for midlertidige ytelser, og at arbeidsavklaringspenger skulle kunne gis til personer «som har fått sin arbeidsevne nedsatt i en slik grad at vedkommende hindres i å skaffe seg eller beholde inntektsgivende arbeid», jf. proposisjonen side 19. I høringsnotatet på side 13 er omfanget av nedsettelsen nærmere utdypet. Det heter her:

«For å nå målet om å få flere i arbeid er det viktig at en kommer raskt i gang med nødvendig bistand. Det er likevel ikke meningen at den nye ytelsen skal sikre inntekt for personer som i dag ikke kan få sykepenger eller rehabiliteringspenger. Arbeidsavklaringspenger bør etter departementets syn fortsatt forbeholdes personer som har mer enn rent forbigående problemer med å komme i arbeid. Det vil ikke være nødvendig å sette i gang arbeidsrettede tiltak dersom nedsettelsen av evnen til å utføre inntektsgivende arbeid er rent forbigående. For personer som har prøvd medisinsk behandling og/eller arbeidsrettet tiltak og fortsatt anses å ha en viss mulighet for å komme i arbeid, vil nedsettelsen åpenbart ikke være rent forbigående.»

- (49) I proposisjonen på side 19 fremgår det at høringsinstansene støttet hovedinnretningen i den foreslåtte bestemmelsen, herunder at «arbeidsevnen skal være nedsatt og at nedsettelsen skal ha en viss varighet». Om virkeområdet for den nye ytelsen uttaler departementet deretter følgende på side 20:

«Arbeidsavklaringspenger bør etter departementets syn forbeholdes personer som har mer enn rent forbigående problemer med å komme i arbeid. Det vil ikke være nødvendig å sette i gang arbeidsrettede tiltak dersom nedsettelsen av evnen til å utføre inntektsgivende arbeid er rent forbigående.»

Departementet mener at det ikke skal være helsetilstanden i seg selv, men konsekvensene av denne, dvs. nedsettelsen av evnen til å utføre inntektsgivende arbeid, som skal være av en viss varighet. Vurderingen må dermed baseres på en forventning om hvordan arbeidsevnen vil utvikle seg et stykke fram i tid. En søker som får en kortvarig og akutt sykdom som fører til at søkeren faller ut av arbeid og forventes å få varige problemer med å vende tilbake, vil dermed kunne fylle dette vilkåret. Det samme vil være tilfelle når det forventes at personens helsetilstand vil bli forverret, eller det forventes at videre arbeid i opprinnelig stilling i seg selv vil bidra til å forverre helsetilstanden. Hvis personen derimot vil kunne gjenoppta arbeidet etter en sykdomsperiode, vil vilkåret ikke være oppfylt.»

- (50) Slik jeg leser dette, presiserer departementet her vilkåret om at arbeidsevnen må være nedsatt i slik grad at vedkommende hindres i å beholde eller skaffe seg inntektsgivende arbeid. Personer som har «rent forbigående» problemer med å komme i arbeid, omfattes ikke. Det klargjøres videre at det er nedsettelsen av arbeidsevnen – ikke nødvendigvis helsetilstanden i seg selv – som skal være «av en viss varighet», og at personer som vil kunne gjenoppta arbeidet etter en sykdomsperiode, ikke vil oppfylle vilkåret.
- (51) Både ordlyden og forarbeidene trekker etter mitt syn i retning av at nedsettelsen av arbeidsevnen må være av en *viss varighet* før inngangsvilkåret i § 11-5 anses oppfylt, selv om det altså ikke kreves at arbeidsevnen er *varig nedsatt*. Hvorvidt arbeidsevnen er nedsatt i tilstrekkelig grad, beror ellers på en bred og sammensatt vurdering etter § 11-5 andre ledd, der forholdene ved helsetilstanden er utgangspunktet, men ikke alene avgjørende.
- (52) Løsningen som kan utledes av ordlyden og forarbeidene er for øvrig også lagt til grunn i Navs rundskriv R11-00 til folketrykloven kapittel 11, slik det lød på vedtakstidspunktet.

Praksis fra Trygderetten

- (53) Ankende part har særlig fremhevet praksis fra Trygderetten til støtte for at § 11-5 ikke stiller krav til varigheten av den nedsatte arbeidsevnen.
- (54) Avgjørelser fra Trygderetten kan ha rettskildemessig vekt i den utstrekning de «har gitt seg utslag i en fast og konsistent praksis», jf. HR-2019-2193-A avsnitt 51 med henvisning til Rt-2005-1757.
- (55) Trygderetten har i flere avgjørelser lagt til grunn at § 11-5 ikke oppstiller krav til varigheten av den nedsatte arbeidsevnen. Felles for de fleste av avgjørelsene er at medlemmet har hatt en forutgående sykdomsperiode som har medført nedsettelse av arbeidsevnen. I flere av sakene er kravet om arbeidsavklaringspenger kommet i forlengelsen av utløpet av perioden for sykepenger. Trygderetten har i disse sakene sett hen til den forutgående perioden ved vurderingen av vilkåret om nedsatt arbeidsevne i § 11-5, for eksempel i TRR-2013-1304. I enkelte andre avgjørelser er det uttalt at det ikke gjelder et varighetskrav for bortfall av arbeidsevnen der medlemmet må ha aktiv behandling før arbeidet kan gjenopptas, jf. blant annet TRR-2013-2893 og TRR-2016-3333.
- (56) Problemstillingen i vår sak er en noe annen ved at det ikke er snakk om å vurdere betydningen av en forutgående sykdomsperiode, men om det som inngangsvilkår for arbeidsavklaringspenger gjelder et selvstendig krav om at nedsettelsen av arbeidsevnen må være av en viss varighet der medlemmet ikke har noen aktuell forutgående sykdomsperiode av betydning for arbeidsevnen.
- (57) Det foreligger enkeltavgjørelser som kan tyde på at Trygderetten heller ikke i disse tilfellene mener at det kan stilles krav til varigheten, se for eksempel TRR-2014-279, men jeg kan ikke se at det foreligger noen fast og konsistent praksis med et slikt innhold, som kan tillegges selvstendig rettskildemessig vekt ved tolkningen.

Sammenfatning

- (58) Etter mitt syn gir gjennomgangen av rettskildene grunnlag for følgende oppsummering:
- (59) Inngangsvilkåret i folketrygdloven § 11-5 om at medlemmet må ha fått arbeidsevnen nedsatt i en slik grad at vedkommende hindres i å beholde eller skaffe seg inntektsgivende arbeid, innebærer samtidig et krav om at nedsettelsen må forventes å få en viss varighet. Utover dette er det ikke grunnlag for å oppstille bestemte krav til varigheten som vilkår for arbeidsavklaringspenger. Vurderingen må skje ut fra forholdene på søknadstidspunktet, men ved fortsatt saksbehandling i forvaltningen – også for Trygderetten – er den etterfølgende utviklingen i arbeidsevnen av betydning.
- (60) En rent forbigående nedsettelse av arbeidsevnen faller utenfor. Vilkåret vil heller ikke være oppfylt der medlemmet forventes å gjenoppta arbeidet etter en kortere sykdomsperiode. Inngangsvilkåret i § 11-5 må for øvrig ses i sammenheng med vilkårene om behov for bistand i § 11-6, og om det allerede på søknadstidspunktet fremstår klart at medlemmet har behov for aktiv behandling for å bedre arbeidsevnen, eller behov for arbeidsrettede tiltak. Hvorvidt arbeidsevnen er nedsatt i tilstrekkelig grad, beror for øvrig på en bred og sammensatt vurdering etter § 11-5 andre ledd, der forholdene ved helsetilstanden er utgangspunktet, men ikke alene avgjørende.

Den konkrete vurderingen i vår sak

- (61) Trygderetten la i begrunnelsen for avslaget avgjørende vekt på den tilfriskningen som skjedde hos A «relativt kort tid» etter at hun fremsatte krav om arbeidsavklaringspenger, og at den nedsatte arbeidsevnen derfor måtte «sies å ha vært av forbigående art». Nedsettelsen hadde dermed, etter Trygderettens syn, ikke den nødvendige varigheten som § 11-5 forutsetter. For øvrig sluttet Trygderetten seg i det vesentlige til den begrunnelsen som klageinstansen hadde gitt ved oversendelsen av saken.
- (62) I begrunnelsen fra Nav Klageinstans ble det også lagt avgjørende vekt på at lengden av sykmeldingsperioden på litt over tre måneder medførte at varigheten av den nedsatte arbeidsevnen var for kort til at arbeidsavklaringspenger kunne innvilges.
- (63) Etter mitt syn har både Trygderetten og Nav Klageinstans dermed tatt et for snevert utgangspunkt ved vurderingen av om vilkårene i § 11-13, jf. §§ 11-5 og 11-6 er oppfylt. Som jeg har redegjort for, må inngangsvilkåret i § 11-5 blant annet ses i sammenheng med medlemmets behov for bistand etter § 11-6. Noen slik vurdering har verken Trygderetten eller Nav Klageinstans foretatt. Om vilkårene i § 11-6 var oppfylt i As tilfelle på søknadstidspunktet, og den eventuelle betydningen av dette, ble heller ikke belyst under ankeforhandlingen. Selv om Høyesterett formelt har full kompetanse ved overprøvingen av Trygderettens kjennelse, har jeg ut fra dette kommet til at kjennelsen er ugyldig og saken undergis ny behandling.

Sakskostnader

- (64) A har vunnet saken og har i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd krav på erstatning for sakskostnader. Det foreligger ikke tungtveiende grunner som gjør det rimelig å fritta staten helt eller delvis fra erstatningsansvaret, jf. § 20-2 tredje ledd. A er innvilget fri sakførsel for Høyesterett, og påstanden om sakskostnader er begrenset til påløpte sakskostnader for lagmannsretten. For lagmannsretten er det krevd dekket sakskostnader med 107 500 kroner. Kravet tas til følge, jf. tvisteloven § 20-9 andre ledd. Saken er gebyrfri, jf. rettsgebyrloven § 10 nr. 9.

Konklusjon

- (65) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Trygderettens kjennelse er ugyldig.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler staten ved Arbeids- og velferdsdirektoratet til A 107 500 – etthundreogsyvtusenfemhundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen.

- (66) Dommer **Arntzen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (67) Dommer **Normann:** Likeså.
- (68) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (69) Dommer **Møse:** Likeså.
- (70) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Trygderettens kjennelse er ugyldig.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler staten ved Arbeids- og velferdsdirektoratet til A 107 500 – etthundreogsyvtusenfemhundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen.