

Erstatning for tapte sykepenger som inaktiv grunnet feil veiledning fra Nav

23.6.2022 (2022/1379)

Saken gjelder erstatning for tapte sykepenger som inaktiv etter folketrygdloven § 8-47, på grunn av feil veiledning fra Nav. Klageren hadde fått beskjed fra Nav om at han hadde sykepengerrettighetene sine i behold frem til sluttvederlaget fra hans tidligere arbeidsgiver utløp. Dette var feil, og klageren fikk derfor avslag på søknad om sykepenger. Klageren fikk også avslag på krav om erstatning.

Ombudet er kommet til at Nav har lagt til grunn feil beviskrav i erstatningsavgjørelsen. Beviskravet i slike saker er sannsynlighetsovervekt. Klagerens begrensede muligheter til å sikre bevis fra den aktuelle perioden bør også inngå i bevisvurderingen. Videre har ombudet kommet til at det foreligger ansvarsgrunnlag, da bruddet på veiledningsplikten var et markert avvik fra de krav klageren kan stille til Nav, jf. skadeerstatningsloven § 2-1. Når det gjelder det økonomiske tapet har ombudet lagt til grunn at klageren kunne mottatt sykepenger som inaktiv samtidig som han mottok sluttvederlag fra sin tidligere arbeidsgiver.

Ombudet har bedt Arbeids- og velferdsdirektoratet om å behandle saken på nytt i tråd med ombudets uttalelse. Ombudet har også bedt direktoratet om å endre rundskrivet om erstatning, slik at det blir tydelig at beviskravet for erstatning for tapte stønadsrettigheter er

sannsynlighetsovervekt – og ikke «utvilsomt» – slik rundskrivet nå gir inntrykk av.

Sakens bakgrunn

A (heretter «klageren») er representert ved advokat Espen Låhne Smedsrud. Klageren jobbet tidligere for X (heretter «selskapet»), i en stilling som krevde mye reising. På grunn av kronisk sykdom kunne ikke klageren fortsette i jobben, og han inngikk derfor en sluttavtale med selskapet 16. september 2019. Sluttavtalen fritok klageren for arbeidsplikt fra 1. oktober 2019 og ut oppsigelsestiden på tre måneder, altså til 31. desember 2019. Etter årsskiftet skulle klageren motta et sluttvederlag tilsvarende fire og en halv måneders ordinær fastlønn. Sluttvederlaget skulle utbetales i månedlige rater i henhold til vanlige lønnsutbetalingsrutiner. Sluttvederlaget var skattepliktig for klageren, men det skulle ikke beregnes feriepenger eller være pensjonsgivende.

Klageren tok kontakt med Nav 19. september 2019, for å avtale et møte hvor han kunne diskutere veien videre etter sluttavtalens utløp. Det ble først avtalt et møte 27. september, men dette ble utsatt. Det ble avholdt møte mellom klageren og en ansatt i Nav 11. oktober 2019. Av møtereferatet datert 16. oktober 2019 fremgår følgende:

«Du lurte på om du har sykepengerrettigheter eller må søke arbeidsavklaringspenger hvis du blir syk i perioden og du har sluttpakke. Du fikk informasjon at dette er vurdert av NAV arbeid og Ytelser. NAV A&Y tar i betraktning om hva slags sluttpakke du har. Får du månedslønn eller får du engangs utbetaling? Alt må dokumenteres til NAV når du søker om ytelse fra NAV. Hvis du blir sykemeldt før 150520 og arbeidsgiver sender inntektsmelding (inntektsopplysninger) har du samme rettigheter som du har nå. For å ha sykepengerrettigheter må du være i arbeid fire uker før sykdommen inntreffer. Hvis du blir sykemeldt etter 150520 må du søke om krav på sykepenger – midlertidig ute av inntektsgivende arbeid. [...] Hvis du har flere spørsmål om sluttvederlag og ytelse fra NAV må du kontakte NAV Arbeid og Ytelser.»

Neste gang klager var i kontakt med Nav var 22. april 2020. Han fikk svar 18. mai 2020, og deretter utfyllende svar 26. mai 2020. Han fikk her veiledning om sykepenger som inaktiv etter folketrygdloven § 8-47.

Klager ble 14. mai 2020 sykemeldt, og søkte om sykepenger for perioden 14. til 31. mai 2020. Søknaden ble avslått i vedtak 9. juni 2020, fordi klageren ikke oppfylte kravene om forutgående arbeid i folketrygdloven §§ 8-2 og 8-15. I vedtak 11. februar 2021 stadfestet Nav Klageinstans avslaget, og viste til at heller ikke sykepenger som inaktiv etter folketrygdloven § 8-47 var aktuelt. Avgjørelsen ble ikke anket til Trygderetten. Fra 16. juni 2020 mottok klageren dagpenger.

Samtidig som sykepengevedtaket ble påklaget, fremmet advokaten også krav om erstatning for tapte stønadsrettigheter på grunn av feil veiledning fra Nav, jf. skadeerstatningsloven § 2-1. Det økonomiske tapet ble anført å være differansen mellom dagpenger og sykepenger. Nav

Klageinstans avslø kravet om erstatning 13. april 2021. I avgjørelsen skriver klageinstansen at veiledningen som ble gitt i møtet 11. oktober 2019 ikke var riktig, og at man i en slik situasjon skal kunne stole på at den veiledningen man får fra Nav er korrekt. Avslaget ble imidlertid begrunnet med at det ikke forelå økonomisk tap:

«I erstatningskravet sier du at du er påført et økonomisk tap i form av tapte sykepenger som en følge av den feilen NAV har begått. Vi har forståelse for at du har innrettet deg etter den veiledningen du fikk og det er selvfølgelig svært beklagelig at veiledningen du fikk fra NAV ikke var i tråd med regelverket om rett til sykepenger. Det er imidlertid slik at det å gå glipp av en stønad du uansett ikke har rett til ikke utgjør et økonomisk tap som kan kreves erstattes.»

Advokaten klaget erstatningsavgjørelsen inn for Sivilombudet. Ombudet ba først klageren om å ta kontakt med Nav på nytt, da erstatningskravet og Nav Klageinstans' avgjørelse ikke berørte sentrale spørsmål i saken. Advokaten forespørse om ny behandling ble avvist i avgjørelse 8. oktober 2021. Nav Klageinstans begrunnet dette med at det ikke var dokumentert et økonomisk tap. Advokaten brakte så saken inn for Sivilombudet på ny.

Våre undersøkelser

Vi fant grunn til å undersøke saken med Arbeids- og velferdsdirektoratet. I brev 10. februar 2022 redegjorde vi for saken og våre foreløpige vurderinger, og stilte direktoratet flere spørsmål.

Vi spurte først om det er de trygdeytelser klageren ville hatt krav på 11. oktober 2019 eller senere dersom han hadde fått korrekt veiledning, som er utgangspunktet for fastsettelsen av hans økonomiske tap. Til dette svarte direktoratet at det kun var i tilknytning til sykepengerrettigheter Nav hadde brutt veiledningsplikten etter forvaltningsloven § 11, og det derfor kun var denne trygdeytelsen som var aktuell ved vurderingen av erstatningskravet.

Vi spurte videre om fra hvilken dato klageren ikke oppfylte vilkårene i henholdsvis folketrygdloven §§ 8-2 første ledd første punktum (opptjenings tid) og 8-15 andre ledd første punktum. Direktoratet svarte at § 8-2 omhandler krav til opptjenings tid, og at man for å ha rett til sykepenger må ha vært i arbeid minst fire uker umiddelbart før man blir arbeidsufør. Klager mottok sykepenger til 30. september 2019 og hadde dermed opptjenings tid. Arbeidsforholdet ble imidlertid endret ved at han ble fritatt for arbeidsplikten fra 1. oktober 2019, og etter 14 dager forelå avbrudd etter § 8-15. Dersom han hadde blitt sykemeldt fra 16. oktober 2021 hadde ikke § 8-2 vært oppfylt.

Deretter spurte vi om klageren ville hatt krav på sykepenger som inaktiv etter folketrygdloven § 8-47 fra og med 1. januar 2020, forutsatt at han ble sykemeldt og ble ansett som arbeidsufør. Til dette svarte direktoratet at dersom fastlegen hadde sykemeldt klager og han var å anse som arbeidsufør, kunne han hatt rett til sykepenger etter folketrygdloven § 8-47, men ikke helt til 14./15. mai 2020. Fristen etter denne bestemmelsen begynte å løpe 1. oktober 2019 og varte i seks måneder. Førøvrig vil sykepengeperiodens lengde være begrenset etter folketrygdloven § 8-12.

Vi spurte så om hvilket beviskrav som gjelder i en sak om erstatning for tapte stønadsrettigheter. Direktoratet svarte at utgangspunktet er at skadelidte har bevisbyrden for at erstatningsvilkårene er oppfylt. I erstatningssaker kan ikke Nav bruke folketrygdlovens hjemmel for innhenting av dokumentasjon, da den kun gjelder i stønadssaker. Det kreves i utgangspunktet sannsynlighetsovervekt for å anse at saksforholdet er bevist, noe som innebærer 50,1 prosent sannsynlighet, jf. bl.a. Høyesteretts dom gjengitt i Rt. 1992 s. 64. Hovedregelen er at det skal foretas en fri bevisvurdering. Dersom det er sannsynlighetsovervekt for at ansvarshendelsen var en nødvendig betingelse for skaden anses beviskravet oppfylt. Det nærmere innholdet i beviskravet må fastsettes ved tolkning av rettskildene på det aktuelle området.

På eget initiativ foretok også direktoratet en vurdering av om vilkårene for erstatning var oppfylt i den aktuelle saken. Direktoratet kom til at det ikke var sannsynliggjort at klager ville ha fylt vilkårene for sykepenger etter folketrygdloven §§ 8-3 og 8-4 i den aktuelle perioden. Vilkaene om økonomisk tap og årsakssammenheng var derfor ikke oppfylt.

Avslutningsvis spurte vi om Nav har en plikt til på eget initiativ å undersøke hvilket økonomisk tap deres feilaktige veiledning har påført en som krever erstatning. Direktoratet svarte at skadelidte har bevisbyrden for sine påstander, og at Nav forholder seg som utgangspunkt derfor til de tapspostene som er anført i erstatningskravet. Direktoratet tolket klagerens erstatningskrav slik at tapet først har oppstått etter utløpet av sluttpakken 15. mai 2020. Direktoratet mente imidlertid det var mest riktig å se på seks månedersperioden hvor sykepenger kunne ha blitt gitt etter folketrygdloven § 8-47, altså seks måneder fra 1. oktober 2019. I denne perioden er det kun sykepenger fra 1. januar 2020 som er aktuelt. Det var ikke godtgjort inntektstap etter § 8-3 i oppsigelsestiden frem til 31. desember 2019. Dagpenger var ikke aktuelt før etter utløpet av sluttpakken.

Sivilombudets syn på saken

1. Hva Sivilombudet skal uttale seg om

Spørsmålet i saken er om klageren hadde krav på erstatning for tapte stønadsinntekter, som følge av veiledningen han mottok fra Nav i møtet 11. oktober 2019. For at Nav skal være erstatningsansvarlig må tre hovedvilkår være oppfylt: Det må ha oppstått en skade (økonomisk tap), det må foreligge et ansvarsgrunnlag på Navs side og det må være årsakssammenheng mellom disse.

I vurderingen av om vilkårene for erstatning er oppfylt oppstår en rekke underspørsmål. I denne uttalelsen tar ombudet stilling til noen, men ikke alle av disse spørsmålene. I punkt 2 tas det stilling til beviskravet i slike saker. I punkt 3 tas det stilling til om det foreligger ansvarsgrunnlag i denne saken. I punkt 4 tas det stilling til et spørsmål om tolkingen av folketrygdloven § 8-47 om sykepenger for inaktive, noe som vil ha betydning for utmålingen av økonomiske tapet. I punkt 5 knyttes noen bemerkninger til bevisbyrden.

2. Beviskrav i saker om erstatning for feil veiledning fra Nav

Ombudet har undersøkt om Nav Klageinstans brukte rett beviskrav da klagerens erstatningskrav ble avslått.

Det alminnelige beviskravet i sivile saker, herunder også erstatningsretten, er sannsynlighetsovervekt, jf. f.eks. Høyesteretts dom med referanse HR-2019-1225-A avsnitt 73. Også i forvaltningssaker som gjelder krav om sykepenger har Høyesterett uttalt at det vanlige kravet til sannsynlighetsovervekt gjelder, jf. HR-2019-2336-A avsnitt 31. Det er unntak fra det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt som krever et rettslig grunnlag, se f.eks. Rt. 1999 s. 14 på s. 25 og Hagstrøm og Stenvik, Erstatningsrett (2. utg. 2019) s. 429. Nav Klageinstans har ikke lagt til grunn det alminnelige beviskravet i denne saken.

I den første erstatningsbeslutningen 13. april 2021 avslo Nav Klageinstans kravet om erstatning fordi «at det å gå glipp av en stønad du uansett ikke har rett til ikke utgjør et økonomisk tap som kan kreves erstattes». I beslutningen nevnes ikke noe om hvilket beviskrav som er lagt til grunn.

I omgjøringsbeslutningen 8. oktober 2021, hvor beslutningen om å avvise erstatningskravet ble opprettholdt, skriver imidlertid Nav Klageinstans følgende:

«Det økonomiske tapet som eventuelt kan erstattes i tilfeller hvor du har innrettet deg etter feilaktig utsagn fra NAV, er påløpte utgifter, tapte inntekter og tapte stønadsrettigheter som du utvilsomt hadde krav på.»

Formuleringen «tapte stønadsrettigheter som du utvilsomt hadde krav på», synes å være hentet fra Navs rundskriv *Vedlegg 1 til ftrl kap 21: Erstatning (V1-21-00)*. I rundskrivet er det under overskriften «Hva kan det økonomiske tapet være?» listet opp forskjellige tapsposter som kan kreves erstattes. En av de opplistede mulige tapspostene er:

«tapte stønadsrettigheter som vedkommende *utvilsomt* hadde krav på /se Rt-2002-1331)» (kursivering i original).

Andre tapsposter som er listet opp er blant annet «tapt arbeidsinntekt», «tapte renteinntekter» og «flytteutgifter». Rundskrivet nevner ikke ordet «utvilsomt» i tilknytning til de andre tapspostene.

Formuleringene i omgjøringsbeslutningen og rundskrivet tyder på at Nav legger til grunn at man bare kan få erstatning for tapte stønadsrettigheter dersom det er «utvilsomt» at man hadde krav på dem. Dette synes som et langt høyere beviskrav enn sannsynlighetsovervekt, og nærmer seg det strafferettslige kravet om at skyld skal være bevist utover enhver rimelig og fornuftig tvil.

Rundskrivet viser til høyesterettsdommen Rt. 2002 s. 1331, ofte omtalt som «Abrahamsen». Ombudet kan ikke se at dommen gir grunnlag for et skjerpet beviskrav. Faktum var slik at den private part hadde unnlatt å søke hjelpestønad på grunn av misvisende veiledning fra trygdemyndighetene. Spørsmålet for Høyesterett var om folketrygdloven § 22-13 sjette ledd (nå syvende ledd) stengte for at man kunne få erstatning etter skadeserstatningsloven § 2-1 i tillegg til etterbetaling av ytelsen. Flertallet i Høyesterett kom til at bestemmelsen ikke innebar noen slik begrensning. Det var på forhånd enighet om at de private partene ville hatt krav på

trygdeytelsene dersom de hadde søkt, og dette var ikke tema for Høyesterett. Man kan slik sett si at den private part i den konkrete saken «utvilsomt» hadde krav på stønaden, men dommen gir ingen holdepunkter for et skjerpet beviskrav. Ordet «utvilsomt» er heller ikke brukt i dommen.

Lovgiver ville det annerledes enn Høyesterett, og innførte i 2009 folketrygdloven § 22-17 b om forholdet mellom etterbetaling og erstatning. I forarbeidene er det eksplisitt nevnt at «[d]en opninga for erstatning som eit fleirtal i Høgsteretten etablerte i Abrahamsen-saka [...] fell bort med endringsforslaget», se Ot.prp. nr. 76 (2007–2008) s. 62. Det ble imidlertid presisert at situasjoner som faller utenfor ordlyden i § 22-17 b kan gi grunnlag for erstatning, og at et «praktisk tilfelle er saker der feilinformasjon frå etaten fører til at ein ikkje tener opp rett til ei yting», jf. s. 63. Saken her faller utenfor ordlyden i § 22-17 b da denne saken ikke gjelder «etterbetaling».

I svaret på vår undersøkelse har også Arbeids- og velferdsdirektoratet lagt til grunn at beviskravet i Navs erstatningssaker er sannsynlighetsovervekt. Direktoratet kommenterte imidlertid ikke formuleringen i rundskrivet i svaret hit.

Beviskravet i erstatningssaker for tapte stønadsrettigheter på grunn av feil veiledning fra Nav er sannsynlighetsovervekt. Det er altså tilstrekkelig at den som krever erstatning kan påvise at det er mer sannsynlig at han ville ha oppfylt vilkårene for den aktuelle stønaden i den aktuelle tidsperioden, enn at han ikke ville det.

Nav Klageinstans har etter dette lagt til grunn feil beviskrav i vurderingen av klagerens erstatningskrav. Denne feilen tilsier at erstatningskravet bør vurderes på nytt.

Videre mener ombudet at Nav har angitt et uriktig beviskrav for tapte stønadsrettigheter i rundskrivet om erstatning (V1-21-00). Arbeids- og velferdsdirektoratet bes derfor endre rundskrivet på dette punkt.

3. Ansvarsgrunnlag

Det mulige ansvarsgrunnlaget for Nav er skadeserstatningsloven § 2-1. Etter bestemmelsen er arbeidsgiver ansvarlig for skade som en arbeidstaker volder forsettlig eller uaktsomt ved utføringen av arbeid. I vurderingen av aktsomhet skal det tas hensyn til «om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt».

Navs veiledningsplikt er regulert i forvaltningsloven § 11, jf. folketrygdloven § 21-1. Formålet med veiledningen er å gi parter og andre interesserte adgang til å ivareta sine interesser på best mulig måte. Veiledningsplikten omfatter både det å gi svar på konkrete forespørsler fra borgere og å gi opplysninger av eget tiltak. Omfanget av veiledningen må tilpasses forvaltningsorganets situasjon og kapasitet til slik virksomhet.

I samtalen 11. oktober 2019 fikk klageren beskjed om at han ville ha samme sykepengerrettigheter frem til 15. mai 2020, så lenge arbeidsgiver ville sende inn inntektsmelding. Dette er positivt feil, og klart under de krav klageren «med rimelighet kan stille til» Nav. Frem til 31. desember 2019 mottok klageren ordinær lønn (uten arbeidsplikt), og han hadde følgelig ikke et tap av pensjonsgivende inntekt som er et vilkår for sykepenger etter

folketrygdloven § 8-3. Fra 15. oktober 2019 oppfylte han heller ikke kravet i § 8-15 om at arbeidsforholdet ikke må avbrytes midlertidig i mer enn 14 dager.

Siden klageren ikke på noe tidspunkt hadde rett til ordinære sykepenger, har han heller ikke lidt noe økonomisk tap ved å miste denne retten.

Deretter blir spørsmålet om det også var uaktsomt at klageren ikke ble veiledet om adgangen til å søke om sykepenger som inaktiv etter folketrygdloven § 8-47.

Denne bestemmelsen regulerer sykepenger for såkalte inaktive. Sykepengene utmåles til 65 prosent av sykepengegrunnlaget, og ytes fra den 15. dagen etter tidspunktet for sykemelding. Det følger av § 8-47 første ledd bokstav a at «paragrafen gjelder for yrkesaktive medlemmer som på sykmeldingstidspunktet midlertidig har vært ute av inntektsgivende arbeid i mindre enn en måned, og som fremdeles er ute av inntektsgivende arbeid». Av fjerde ledd fremgår det at «[d]ersom et medlem mottar eller har mottatt sluttvederlag eller etterlønn i forbindelse med opphør av et arbeidsforhold, utvides fristen i første ledd til seks måneder».

I den første erstatningsavgjørelsen 13. april 2021 skriver Nav Klageinstans at de

«ser at [klageren] har fått beskjed av veileder fra hos NAV at du beholder retten til sykepenger dersom du blir sykemeldt før 15. mai 2020. Som saken om sykepenger viser var ikke dette riktig da du nå har fått avslag på sykepenger fra 14. mai 2020. Du har gitt en del konkret informasjon om saken din og veileder tar ikke noen forbehold når du informeres om rettighetene dine. Du skal i en slik situasjon kunne stole på at den veiledning du får fra NAV er korrekt».

Etter ombudets mening synes dette langt på vei som en innrømmelse av ansvar, selv om det ikke uttales med rene ord. I omgjøringsavgjørelsen 8. oktober 2021 presiserer imidlertid Nav Klageinstans at de ikke har foretatt en vurdering av de øvrige vilkårene for erstatning, da vilkåret om økonomisk tap ikke ble ansett å være oppfylt. I svaret på ombudets undersøkelse skriver direktoratet at etter deres «vurdering ble ikke vilkårene for sykepenger formildet til klager i tilstrekkelig grad, slik at veiledningsplikten må anses være brutt etter forvaltningsloven § 11». Direktoratet presiserer så at det ikke foreligger ansvarsgrunnlag for tapte dagpenger og arbeidsavklaringspenger. Sammenholdt synes det som om direktoratet erkjenner ansvarsgrunnlag for tapte sykepengerrettigheter.

Reglene om sykepenger er i kjerneområdet for Navs virksomhet. Ifølge Navs rundskriv *Vedlegg 1 til ftrl kap 21: Erstatning* (V1-21-00), stilles det i slike tilfeller «strenge krav til aktsomhet» ved veiledningen. Selv om sykepenger som inaktiv etter folketrygdloven § 8-47 ikke er en like vanlig ytelse som ordinære sykepenger, er det etter ombudets syn klart at også dette faller inn under Navs primære ansvarsområde. Klageren hadde opplyst om at han mottok sluttpakke, og veilederen hadde derfor en oppfordring til å veilede om sykepenger som inaktiv etter folketrygdloven § 8-47. Det er her også av betydning at veilederen ikke uttrykte noen tvil knyttet til om klageren ville ha sykepengerrettighetene sine i behold frem til 15. mai 2020.

Skadelidtes medvirkning kan til en viss grad hensyntas i aktsomhetsvurderingen. I etterkant er det tydelig at klager ville vært best tjent med å spørre Nav om ytterligere veiledning også etter

møtet 11. oktober 2019. De uforbeholdne uttalelsene om sykepengerrettigheter var imidlertid ikke egnet til å gi klageren noen oppfordring til å ta initiativ til slik ytterligere veiledning. I denne perioden hadde også klageren lønn i oppsigelsestiden og deretter sluttpakken, slik at hans økonomiske situasjon heller ikke ga oppfordring til å kontakte Nav.

Etter ombudets syn innebærer både den feilaktige veiledningen knyttet til ordinære sykepenger, og den manglende veiledningen om sykepenger som inaktiv, at det foreligger ansvarsgrunnlag etter skadeerstatningsloven § 2-1.

4. Det økonomiske tapet

Det økonomiske tapet skal utmåles slik at den skadelidtes stilles økonomisk som om den skadevoldende hendelsen tenkes borte, jf. f.eks. Rt. 2005 s. 65 avsnitt 45 til 46. Som Nav har påpekt i sine erstatningsavgjørelser i denne saken kan man ikke få erstatning for stønadsrettigheter man uansett aldri ville hatt krav på. I perioden fra 1. oktober 2019 til 31. desember 2019 mottok klageren fortsatt «pensjonsgivende inntekt» og tapsvilkåret i folketrygdloven § 8-3 var som nevnt ikke oppfylt. Fra 1. januar 2020 oppfylte klageren heller ikke lenger vilkåret om å ha «vært i arbeid i minst fire uker umiddelbart før han eller hun ble arbeidsufør» i § 8-2, og arbeidsforholdet var uansett avbrutt etter § 8-15. I den aktuelle perioden har klageren altså aldri hatt krav på sykepenger etter de ordinære reglene for arbeidstakere.

Sammenligningsgrunnlaget blir derfor den situasjon klageren ville vært i dersom han under møtet 11. oktober 2019 ble veiledet om muligheten til å søke sykepenger som inaktiv etter folketrygdloven § 8-47. Det må vurderes om klageren ville oppfylt vilkårene for sykepenger som inaktiv fra og med 1. januar 2020, og i så fall i hvor lang tid. Beviskravet er sannsynlighetsovervekt, jf. punkt 2 over.

Et rettslig spørsmål er om klageren kunne motta sykepenger samtidig som han mottok sluttvederlag fra sin tidligere arbeidsgiver i månedlige rater i perioden 1. januar 2020 til 15. mai 2020.

Av § 8-47 femte ledd fremgår det at det er et vilkår for rett til sykepenger etter denne paragrafen «at medlemmet kan godtgjøre inntektstap og har et sykepengegrunnlag som minst svarer til grunnbeløpet». Ombudet legger til grunn at dette tapsvilkåret må tolkes likt som det alminnelige tapsvilkåret for sykepenger i folketrygdloven § 8-3. I Navs rundskriv til folketrygdloven § 8-3 (R08-00) står det:

«I de tilfeller det er på det rene at etterlønn eller sluttvederlag ville blitt utbetalt uavhengig av om vedkommende starter i nytt arbeid i løpet av etterlønnperioden, kan sykepenger utbetales samtidig som det utbetales etterlønn eller sluttvederlag.»

Den samme forståelsen er lagt til grunn i Trygderettens kjennelse 4. desember 2013 (TRR-2012-2422) og i Fougner m.fl., Omstilling og nedbemanning (3. utg. 2016) s. 368.

Etter ombudets syn må klagerens sluttavtale med selskapet punkt 7 og 9 tolkes slik at det er på det rene at sluttvederlaget ville blitt utbetalt uavhengig av om klageren fant seg nytt arbeid i denne perioden, så lenge ikke det nye arbeidet var for det samme selskapet. Dette har også

direktoratet lagt til grunn i sitt svar til ombudet. Det kan altså se ut som at klageren kunne motta sykepenger (som inaktiv) samtidig som han fikk sluttvederlag fra sin tidligere arbeidsgiver.

Ombudet vil understreke at det ikke er tatt stilling til alle spørsmålene som oppstår i tilknytning til en eventuell utmåling av det økonomiske tapet. Ett av flere spørsmål som oppstår er om klageren kan sannsynliggjøre at han oppfylte sykdomsvilkåret i den aktuelle perioden.

5. Kort om bevisbyrden

Utgangspunktet i erstatningsretten er at den som krever erstatning har bevisbyrden for å sannsynliggjøre sitt krav. På samme måte er det den som krever sykepenger som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt, jf. nevnte HR-2019-2336-A avsnitt 32. Av samme doms avsnitt 35 fremgår følgende:

«Utgangspunktet også i trygdesaker er at de tidsnære bevisene har størst vekt [...]. Men dersom Nav har forsømt sin utredningsplikt, må det tas hensyn til dette i tråd med prinsippet om at tvilen normalt vil gå ut over den som skulle eller burde ha sikret bevis i saken.»

I den konkrete saken kom Høyesterett til at Nav ikke hadde brutt utredningsplikten, og uttalelsen ble derfor ikke nærmere klargjort. Ombudet mener uansett at de samme hensyn i stor grad gjør seg gjeldene i en sak som denne – hvor Nav har forsømt sin veiledningsplikt.

I folketrygdloven § 8-47 om sykepenger for inaktive er det også gitt særlige regler om bevis i syvende ledd:

«Medlemmet blir regnet som arbeidsufør tidligst fra det tidspunktet han eller hun søkte lege (sykmeldingstidspunktet). Det kan gjøres unntak fra denne bestemmelsen dersom medlemmet har vært forhindret fra å søke lege og det er godtgjort at han eller hun har vært arbeidsufør fra et tidligere tidspunkt.»

Det vil være vanskelig for klageren å fremlegge tidsnære bevis knyttet til sin sykdomssituasjon i januar 2020. På dette tidspunktet hadde klageren innrettet seg etter den feilaktige veiledning fra Nav, og han hadde derfor ingen oppfordring til å sikre bevis. Han mottok også på denne tiden sluttpakke fra sin arbeidsgiver, og hadde slik heller ikke et presserende behov for å motta offentlig støtte.

Etter ombudets syn bør disse betraktningene inngå i Navs bevisvurdering knyttet til om klageren er blitt påført et økonomisk tap som følge av Navs veiledning.

6. Oppsummering

Ombudet er kommet til at Nav i møtet 11. oktober 2019 skulle veiledet klageren om muligheten til å søke om sykepenger som inaktiv fra og med 1. januar 2020. Den manglende veiledningen var et tilstrekkelig avvik fra de krav som stilles til Navs veiledning etter forvaltningsloven § 11, til at det foreligger ansvarsgrunnlag etter skadeerstatningsloven § 2-1.

Når det gjelder det økonomiske tapet har ombudet kommet til at klagerens sluttavtale med sin tidligere arbeidsgiver må tolkes slik at den kunne gitt ham krav på sykepenger som inaktiv etter folketrygdloven § 8-47 samtidig som han mottok sluttvederlag fra 1. januar 2020. Ombudet har imidlertid ikke tatt stilling til alle spørsmål knyttet til hvilket økonomisk tap klageren har krav på å få erstattet.

Ombudet har videre pekt på at Navs feilaktige veiledning har gjort det vanskelig for klageren å sikre tidsnære bevis knyttet til om han oppfylte vilkårene for sykepenger som inaktiv etter folketrygdloven § 8-47 i perioden fra 1. januar 2020, og at dette bør få betydning for bevisvurderingen.

Konklusjon

Sivilombudet er kommet til at Nav Klageinstans har anvendt feil beviskrav da klagerens krav om erstatning ble avslått. Beviskravet i saker som gjelder erstatning for tapte stønadsrettigheter på grunn av feil veiledning fra Nav er sannsynlighetsovervekt, slik som hovedregelen også er i resten av erstatningsretten. Ombudet ber om at Arbeids- velferdsdirektoratet sørger for at saken blir behandlet på nytt, og i tråd med det som fremgår ovenfor. Det vil være hensiktsmessig om klagerens advokat presiserer erstatningskravet før det behandles på nytt.

Videre ber ombudet Arbeids- og velferdsdirektoratet endre rundskrivet om erstatning, som gir inntrykk av at man bare kan få erstatning for tapte stønadsrettigheter som man «utvilsomt» hadde krav på.

Ombudet ber om å bli orientert om utfallet av den nye behandlingen innen 15. september 2022.

23.6.2022 (2022/1379)