



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 11. desember 2019 av Høyesterett i avdeling med

dommer Erik Møse
dommer Ragnhild Noer
dommer Henrik Bull
dommer Knut H. Kallerud
kst. dommer Tone Sverdrup

HR-2019-2336-A, (sak nr. 19-077805SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 15. mars 2019

A (advokat Silje Elisabeth Stenvaag – til prøve)

mot

Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet (Regjeringsadvokaten
v/advokat Siri Kristin Kristiansen)

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

- (1) Dommer **Noer**: Saken gjelder avslag på krav om sykepenger. Spørsmålet er om arbeidstakeren var arbeidsufør som følge av sykdom, jf. folketrygdloven § 8-4.
- (2) A, som er født i 1986, ble 11. desember 2013 sykmeldt i fire uker fra sitt arbeid som pleieassistent. Det var As fastlege, dr. B, som fylte ut sykmeldingsskjemaet. Bs sykmelding etterfulgte en tidligere fem dagers sykmelding og hadde virkning fra 14. desember 2013 til 12. januar 2014. Hoveddiagnosen ble satt til «Lumbago med isjialgi L86» og bidiagnosen til «Anorektal fistel D95». Sykmeldingen ble seinere forlenget av fastlegen med en måned av gangen i nesten ett år, fram til 1. desember 2014, i hovedsak uten noen endring i angivelsen av diagnoser.
- (3) Nav X avslo As krav om sykepenger i vedtak 7. april 2014. Etter klage fra A opphevet Nav Klageinstans 25. februar 2015 vedtaket fra Nav X og hjemviste saken til ny behandling. I vedtak 7. juli 2015 godkjente Nav X den forutgående fem dagers sykmeldingen, men fastholdt avslaget på krav om sykepenger fra 14. desember 2013 til 12. januar 2014. Vedtaket ble stadfestet av Nav Klageinstans 9. oktober 2015. Avslaget har konsekvenser også for As rett til sykepenger for de etterfølgende sykeperiodene, på grunn av vilkåret om opptjeningstid.
- (4) A anket avgjørelsen. Trygderetten, som var satt med et juridisk kyndig og et medisinsk kyndig medlem, avsa 31. mars 2017 kjennelse (TRR-2016-1667) med slik slutning:
- «1. Vedtak truffet av NAV Klageinstans den 9. oktober 2015 stadfestes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke.»
- (5) A reiste sak for Borgarting lagmannsrett om gyldigheten av kjennelsen. Lagmannsretten avsa 15. mars 2019 dom med slik slutning:
- «1. Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet frifinnes.
2. Sakskostnader for lagmannsretten tilkjennes ikke.»
- (6) Dommen er avsagt under dissens. Flertallet på to dommere mente at det ikke var dokumentert at As helseplager, verken hver for seg eller samlet, klart hadde forårsaket en funksjonsnedsettelse som gjorde ham arbeidsufør på tidspunktet for sykmeldingen. Mindretallet på én dommer mente at Trygderettens avgjørelse led av slike feil at den var ugyldig, blant annet på grunn av seinere bevis som kastet lys over situasjonen på sykmeldingstidspunktet.
- (7) A har anket til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.
- (8) For Høyesterett har partene innhentet skriftlig erklæring fra professor dr.med. Jon Arne Søreide, spesialist i generell og gastroenterologisk kirurgi. I tillegg er det innhentet erklæringer fra de legene som forklarte seg som vitner for lagmannsretten.
- (9) Den ankende part, A, har i korte trekk gjort gjeldende:

- (10) A var arbeidsufør på det aktuelle tidspunktet og hadde krav på sykepenger. Han hadde ryggsmarter og sekresjon fra en abscess/byll i lysken. Dette er heller ikke bestridt av Trygderetten.
- (11) Det er en sterk faktisk presumsjon for arbeidsuførhet når det er gitt sykmelding fra lege. Arbeidstakers beviskrav er da oppfylt med mindre det foreligger særlige forhold som gir grunnlag for å trekke sykmeldingen i tvil. Arbeidstakeren må kunne stole på at legen gjør nødvendige undersøkelser og har et holdbart grunnlag for sitt standpunkt når det gis sykmelding. Pasienten har normalt ikke forutsetninger for å overprøve legens vurderinger og vil ikke i ettertid kunne klare å bevise sykdom på sykmeldingstidspunktet hvis legeerklæringen settes til side. Under forutsetning av at det er gitt korrekte opplysninger til legen, er det derfor en presumsjon for at legens vurdering er riktig.
- (12) Nav burde her ha innhentet ytterligere opplysninger. Når det ikke er gjort, kan det ikke brukes mot A at det er få opplysninger i journalen. Prinsippet om at begivenhetsnære bevis har størst vekt, må modereres når en part har forsømt sin plikt til å innhente bevis. Også tidsbruken i saken er et selvstendig bidrag til at saken var dårlig opplyst.
- (13) Det er i strid med likhetsprinsippet i Grunnloven § 98 når As sykmelding settes til side, mens de fleste lignende sykmeldinger gir grunnlag for sykepenger uten overprøving fra Navs side.
- (14) A har lagt ned slik påstand:
- «1. Trygderettens kjennelse av 31. mars 2017 kjennes ugyldig.
 2. A tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett.»
- (15) Ankemotparten, *staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet*, har i korte trekk gjort gjeldende:
- (16) At arbeidstakeren har skaffet seg sykmelding, medfører ikke omvendt bevisbyrde. Det er fremdeles slik at den som krever sykepenger, må sannsynliggjøre at vilkårene er oppfylt. Arbeidstakeren har sammen med sin lege best mulighet for å dokumentere tilstanden.
- (17) Det er viktig at regelverket gjør Nav i stand til å slå ned på misbruk og feilaktige utbetalinger. Norge har ifølge nettstedet Faktisk.no verdens høyeste sykefravær. Forskning indikerer at fastlegeordningen har bidratt til at legene i større grad har blitt pasientens advokater framfor å være portvoktere for fellesskapets velferdsordninger. Det må da ikke innføres særregler på dette området, for eksempel om omvendt bevisbyrde, som svekker Navs kontrollmuligheter.
- (18) Legen må kontrollere at det pasienten oppfatter som sykdom, tilfredsstillers lovens krav til sykepenger. Det vil normalt være grunn til å legge stor vekt på legens sykmelding. Men dette må vurderes konkret og vil bero på sykmeldingens kvalitet.
- (19) A har ikke sannsynliggjort at han fylte vilkårene for sykmelding. Det kan videre stilles spørsmål ved om dr. Bs sykmelding er uttrykk for en selvstendig, konkret og aktuell vurdering av A. Sykmeldingen bygger uansett ikke på et forsvarlig grunnlag. Verken abscessen eller ryggplagene ga grunnlag for arbeidsuførhet, heller ikke samlet sett.

(20) Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet har lagt ned slik påstand:

«Anken forkastes.»

(21) *Mitt syn på saken*

(22) Jeg har kommet til at anken må forkastes. Etter mitt syn er det ikke grunnlag for å sette til side Trygderettens konklusjon om at det ikke var sannsynliggjort arbeidsuførhet på grunn av sykdom i den aktuelle perioden.

(23) *Rettslige utgangspunkter*

(24) Etter trygderettsloven § 26 tredje ledd kan domstolene fullt ut prøve lovligheten av Trygderettens kjennelser. Det skal imidlertid utvises en viss forsiktighet ved prøvingen av Trygderettens medisinsk- og attføringsfaglige vurderinger, jf. blant annet HR-2018-2344-A avsnitt 26 og Rt-2012-1810 avsnitt 37.

(25) Vilkårene for å få sykepenger går fram av folketrygdloven § 8-4. Første ledd lyder slik:

«Sykepenger ytes til den som er arbeidsufør på grunn av en funksjonsnedsettelse som klart skyldes sykdom eller skade. Arbeidsuførhet som skyldes sosiale eller økonomiske problemer o.l., gir ikke rett til sykepenger.»

(26) Partene er enige om at kravet om sykdom er oppfylt, og at det er klar årsakssammenheng dersom øvrige vilkår er oppfylt. Spørsmålet i saken er altså bare om A var *arbeidsufør* på grunn av sykdom.

(27) Formålet med sykepenger er å gi kompensasjon for bortfall av arbeidsinntekt for yrkesaktive personer som ikke kan arbeide på grunn av sykdom eller skade, jf. § 8-1. Det er et krav at arbeidsuførheten dokumenteres med legeerklæring, jf. § 8-7 første ledd. Legeerklæringen skal ta utgangspunkt i en funksjonsvurdering, jf. § 8-7 tredje ledd. Legen skal derfor alltid vurdere om arbeidstakeren kan være i arbeid eller arbeidsrelatert aktivitet på tross av sykdommen.

(28) Det er sikker rett at Nav kan overprøve legens sykmelding, jf. eksempelvis HR-2018-2344-A. Selv om den vanlige oppfatningen er at det er legen som «sykmelder», så er altså legens sykmelding formelt sett bare en sakkyndig uttalelse til en søknad om sykepenger.

(29) Ulike forhold kan gjøre at Nav setter i gang nærmere undersøkelser av om vilkårene for sykepenger er oppfylt. Det kan være at trygdemyndighetene har mistanke om at arbeidstakeren har gitt uriktige opplysninger til legen om sin arbeidsevne. Men også der trygdemyndighetene mener legens vurdering er feil eller arbeidsuførheten for dårlig dokumentert, kan det gi grunnlag for nærmere undersøkelser. Jeg viser til Navs rundskriv R08-00, der det gis følgende eksempler i kommentarene til folketrygdloven § 8-4 første ledd:

«Når det foreligger en attest fra lege, kan NAV i de fleste tilfeller legge til grunn at medlemmet fyller lovens vilkår om arbeidsuførhet som klart skyldes sykdom. Omstendighetene kan imidlertid være slik at NAV ikke uten videre kan anse vedkommende for å fylle de medisinske vilkårene, selv om det foreligger en attest.»

Forhold som kan gjøre at NAV bør undersøke saken nærmere kan f.eks. være at pasienten ofte skifter lege eller sykmeldingsperioden synes lang i forhold til diagnosen. Kommer sykmeldingen i forbindelse med særlige omstendigheter som f.eks. permittering, oppsigelse, konkurs, livskriser, familieproblemer eller før en ferie e.l., er det særlig grunn til å undersøke nærmere.»

- (30) A har som nevnt gjort gjeldende at det er en sterk presumsjon for arbeidsuførhet når det er gitt legeerklæring med sykmelding, og at beviskravet er oppfylt så fram det ikke er særlige forhold som tilsier en annen konklusjon.
- (31) Jeg er enig i at en legeerklæring normalt er tilstrekkelig til at arbeidstakeren har sannsynliggjort at vilkårene for sykepengen er oppfylt, og at Nav da kan konstatere arbeidsuførhet. Men rettslig sett står Nav fritt til å vurdere spørsmålet ut fra alle forhold i saken. Det gjelder ingen særlige regler om bevisføringsplikt eller tvilsrisiko på dette området. Ved avgjørelsen av om arbeidstakeren er arbeidsufør, skal trygdemyndighetene dermed bygge på det faktum som alt i alt finnes å være mest sannsynlig, jf. HR-2018-2344-A avsnitt 34.
- (32) Som ellers i forvaltningssaker er det den som søker om et gode, som må sannsynliggjøre sitt krav og dokumentere at vilkårene for ytelsen er oppfylt. Hvor stor vekt Nav da skal legge på legens sykmelding i den samlede avveiningen, vil blant annet avhenge av kvaliteten på det arbeidet som er foretatt. Det må kreves at sykmeldingen bygger på en konkret og faglig forsvarlig vurdering av pasientens tilstand opp mot kravene i folketrygdloven § 8-4. Legen må kontrollere at det pasienten oppfatter som sykdom, tilfredsstillende lovens krav og klart fører til arbeidsuførhet for vedkommende. Også graden av arbeidsuførhet og eventuell restarbeidsevne må avklares. Jeg viser til helsepersonelloven § 4, som slår fast at legens arbeid skal utføres i samsvar med faglig forsvarlighet, og til samme lovs § 15 om at den som utsteder attest, erklæring og lignende, skal være varsom, nøyaktig og objektiv.
- (33) Jeg legger til at dette er et område som har hatt stor oppmerksomhet over mange år. Sykefraværet i Norge er høyt, og det er viktig at trygdemyndighetene har effektive kontrollmuligheter.
- (34) A har videre anført at de tidsnære bevisene i saken er for sparsomme til å kunne tillegges avgjørende vekt. Siden det etter hans syn var Nav som skulle sørget for at saken var bedre utredet, kan man ikke legge til grunn til skade for ham at det ikke er mer dokumentasjon fra søknadstidspunktet.
- (35) Utgangspunktet også i trygdesaker er at de tidsnære bevisene har størst vekt. Jeg viser til HR-2018-2344-A avsnitt 39–42 med henvisning til Rt-1998-1565 (nakkesleng I). 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. Dette kommer jeg tilbake til. Jeg nevner imidlertid her at hvis legens undersøkelser eller journalnotater er mangelfulle, hører det normalt til Navs utredningsplikt å be legen om å gi flere opplysninger. Slik utfyllende informasjon vil ha større bevisverdi enn forklaringer som gis lang tid seinere, etter at Nav har avslått kravet på sykepengen og konflikten er et faktum.

- (36) *Bakgrunnshistorie*
- (37) A arbeidet fra 2005/2006 som pleieassistent ved Paulus sykehjem og ved Oppsalhjemmet. Samlet stillingsprosent var nærmere 110 prosent. I tillegg tok han ekstravakter. Det går fram av attest fra Paulus sykehjem fra 2006 at han var dyktig i arbeidet, og at han det første året ikke hadde noe sykefravær.
- (38) Fra om lag 2010 økte As sykefravær. Den 30. april 2012 ble han sykmeldt av sin fastlege med abscess/furunkel som hoveddiagnose og myalgi interkostalt (brystvegg smerter) som bidiagnose. Sykmeldingen ble forlenget en rekke ganger, med varierende diagnoser, blant annet nakkesyndrom (L83), anorektal fistel (D95), lumbago med isjialgi (L86) og analfistel (K60.3).
- (39) Det er her hensiktsmessig med en kort forklaring av noen av de medisinske uttrykkene som brukes i saken.
- (40) En *abscess/furunkel* er en byll under huden som skyldes infeksjon av bakterier. Den kan være rød, varm og øm, og kan medføre feber og nedsatt allmenntilstand.
- (41) En *anorektal fistel* eller *analfistel* er en kanal som har dannet seg mellom innsiden av endetarmen og huden rundt endetarmsåpningen. Den kan gi lokale smerter og være plagsom på grunn av væske fra åpningen og kan medføre feber og nedsatt allmenntilstand. Både abscesser og fistler behandles kirurgisk og medikamentelt, men en fistel er langt mer komplisert å håndtere enn en abscess.
- (42) Jeg nevner at *lumbago* er smerter i korsryggen hvor det ikke er påvist underliggende sykdommer eller skader i ryggen. Ved *isjialgi* eller isjias er hovedsymptomet smerter i korsryggen som stråler ned i låret og eventuelt ut i foten. En *spinal stenose* er en innsnevring av ryggkanalen som blant annet kan føre til isjiaslignende symptomer.
- (43) Sykmeldingen av A i april 2012 varte i nesten ett år, til 19. april 2013. Han ble operert for anorektale fistler i januar og februar 2013. Inngrepet var vellykket, og det er seinere ikke dokumentert slik sykdom hos A.
- (44) Arbeidsgiver og Nav tok flere ganger i den ett år lange sykmeldingsperioden opp med A og fastlegen et ønske om å tilrettelegge arbeidet slik at han kunne starte med gradert sykmelding. Det ble holdt flere møter om dette. A ga imidlertid beskjed om at det ikke var aktuelt å komme tilbake før han var helt frisk. Et forsøk på gradert sykmelding ble oppgitt etter kort tid.
- (45) I sluttrapporten om avklaring av arbeidsevnen fra februar 2013 heter det at arbeidsgiver «har forsøkt en rekke tilnæringsmåter for å få A tilbake i gradert jobb», og at «jobben ikke er fysisk tung fordi det benyttes en rekke hjelpemidler for å avhjelpe tungarbeidet». I referat fra sykefraværssamtale mellom A og arbeidsgiver og representanter fra Nav i mars/april 2013 sies det:

«Det har vært mye dialog med NAV i siste året, både NAV og arbeidsgiver har satt spørsmålsteget på sykemelding. Det har vært to dialogmøter i regi av NAV.

[A] sier at han kommer tilbake til arbeidet etter maksdatoen og er helt frisk.»

- (46) A gikk altså tilbake i full jobb fra 19. april 2013. Avbrutt av tre korte sykmeldinger og pappapermisjon i to og en halv måned til 12. november 2013, var han i arbeid ved de to sykehjemmene i om lag et halvt år.
- (47) I tillegg arbeidet han dette halvåret også deltid som renholder. Stillingsprosenten er ikke opplyst, men samlet inntekt fra dette var 124 000 kroner.
- (48) *Sykmeldingen av A fra 9. desember 2013 til 12. januar 2014*
- (49) A oppsøkte Aker legevakt i Oslo den 8. desember 2013. Han hadde en abscess i venstre lyske som ble tømt for puss. Legen skrev ut antibiotika, og A ble sykmeldt i fem dager til 13. desember, med beskjed om at han på grunn av smittefare ikke skulle oppsøke sykehjemmene. Det ble ikke tatt bakterieprøve av abscessen. A fikk instruks om å ta kontakt dersom tilstanden ble verre eller endret seg. Behandlende lege krysset av i sykmeldingsskjemaet for at han ville være arbeidsfør igjen etter de fem dagene.
- (50) Tre dager seinere, den 11. desember 2013, gikk A til dr. B, som hadde vært hans fastlege siden 1. mars 2012. Fastlegen fylte ut sykmeldingsattest hvor A ble sykmeldt 100 prosent i fire uker. Som nevnt var hoveddiagnosen lumbago med isjialgi og bidiagnosen var anorektal fistel.
- (51) Journalnotatet fra besøket hos fastlegen lyder slik:
- «Han er igjen plaget med sekresjon fra anorektal fistel. Han mener det er smittefare og ber derfor om sm [sykmelding]. Han har mere vondt i ryggen og ber om smertestillende, venter på time hos spesialist. Han ber om smertestillende.»**
- (52) Fastlegen skrev ut resept på smertestillende tabletter Pinex Forte 500 mg. Han henviste i tillegg A til spesialist for «residiv anorektal fistel».
- (53) Journalen viser altså at A ba om sykmelding på grunn av fistel og ryggvondt. Det er imidlertid vanskelig ut fra journalen å se hva som var legens vurdering av tilstanden. Jeg tilføyer her at fastlegen ikke gjorde noen undersøkelse av A under legebesøket. Verken ryggen eller abscessen ble kontrollert. Legen tok heller ikke bakterieprøve av abscessen. I lagmannsretten opplyste han at As sykehistorie med rennende fistler og kroniske ryggplager, sammenholdt med hans opplysninger ved konsultasjonen, var grunnlaget for å sykmelde ham.
- (54) A oppsøkte legevakten en gang til i sykmeldingsperioden, den 22. desember 2013. Foranledningen var «akutt øvre luftveisinfeksjon». Legen noterte at A hadde en «fistel i ve. lyske og perineum [området mellom de ytre kjønnsorganene og endetarmsåpningen] hvor det har vært sekresjon til tross for å være nøye med grønnsåpevannbehandling». Det ble tatt streptokokkprøve som var negativ, og A fikk beskjed om å kontakte fastlegen ved behov.
- (55) A var også to ganger hos fastlegen i sykmeldingsperioden. Det går fram av journalen at han var bekymret for renning fra abscess perinatalt, og at han ventet på time til fysikalsk behandling og kirurg. Det er ikke notert noe ytterligere om ryggplager.

- (56) Da As faste arbeidsgivere mottok sykmeldingen, sendte de brev til Nav og bestred det medisinske grunnlaget for den. Både i brevet fra Oppsalhjemmet av 16. desember 2013 og i skrivet fra Paulus sykehjem av 19. desember går det fram at sykehjemmene hadde vært i kontakt med A. Han opplyste da at han var plaget med hemorroider/fistel/verkebyll, og at han var sykmeldt på grunn av økt risiko for infeksjon. Begge institusjoner stilte seg kritiske til dette. De viste til egne sykehjemsleger som mente det ikke var noen slik fare, og at A kunne komme tilbake på jobb.
- (57) Brevene fra de to arbeidsgiverne og kjennskap til saken fra tidligere gjorde at Nav satte i verk undersøkelser.
- (58) Den første sykmeldingen på fem dager som ble gitt på Aker legevakt 8. desember, ble etter hvert godtatt av Nav. Det er den etterfølgende sykmeldingen i fire uker fra fastlegens side som ikke er godkjent. Jeg nevner her at sykmelding normalt ikke skal skrives ut for mer enn to uker, jf. Navs rundskriv R08-00 i kommentarene til folketrygdloven § 8-7 første ledd. Også lengden på sykmeldingen bidro til Navs initiativ i saken.
- (59) *Abscess/fistel*
- (60) Spørsmålet er altså om A var arbeidsufør i den aktuelle sykmeldingsperioden.
- (61) Det går fram av de tidsnære bevisene i saken at det A kom til fastlegen for den 11. desember 2013, primært var abscessen i lysken/perineum som han var blitt behandlet for på legevakten tre dager tidligere. Diagnosen anorektal fistel, som ble satt i journalen, er altså misvisende. Det A hadde på dette tidspunktet, var en abscess i lysken. A fikk seinere diagnosen hidrosadenitt, som er en kronisk betennelse i svettekjertler som kan gi denne typen byller.
- (62) Seinere i forløpet ble A utredet for nye abscesser i lysken med tanke på mulig operasjon. Abscessene gikk imidlertid etter hvert over slik at dette ikke ble nødvendig, jf. notat fra Oslo universitetssykehus av 23. september 2014, der det heter:
- «Pasienten forteller at han har gått på flere antibiotikakurer etter at han fikk hidrosadenitt venstre lyske i desember 2013. Etter at han begynte å vaske området med grønnsåpe har han ikke vært plaget. Ved undersøkelse har pasienten dype hudfolder i lyskene som sannsynligvis disponerer for hudinfeksjoner. I venstre lyske er det helt oppåfallende forhold. Huden har normalt utseende uten fistelganger eller misfarging, ikke ømhet eller palpable kjertler.»**
- (63) De tidsnære bevisene viser at det var *smittefare* knyttet til abscessen i venstre lyske – i dokumentene også kalt fistel – som var hovedgrunnlaget for sykmeldingen. A selv opplyste dette, blant annet i møte med Nav 30. januar 2014. Møtet førte for øvrig til at fastlege B tok kontakt med smittevernoverlegen i Oslo, som ifølge B uttalte at «det ikke er helt opplagt at det ikke foreligger noen smittesituasjon», men ellers ikke kom med noen definitiv avklaring.
- (64) Trykderetten konkluderte med at en eventuell smittefare ikke gjorde A arbeidsufør:
- «Det foreligger ikke dokumentasjon på påvist smittefare fra sekret eller puss fra fistel etter 12. desember 2013, da A var under behandling med antibiotika, og det er heller ikke nedlagt forbud mot at han arbeider ved sykehjem, jf. folketrygdloven § 8-4 andre ledd bokstav f.»**

- (65) Trygderettens konklusjon støttes av det sakkyndige vitnet for Høyesterett, professor dr.med. Jon Arne Søreide, som er oppnevnt i fellesskap av partene i saken. Basert på den forutsetning at abscessen var tømt for puss og dekket med kompresser, at A hadde fått en ti dagers antibiotikakur, og at han hadde vært sykmeldt i fem dager, vurderer professor Søreide forholdet slik:

«Slik jeg oppfatter problemstillingen beskrevet i dette spørsmålet, er dette en rutinesituasjon som skal kunne takles fortløpende på ethvert sykehjem – uten at det er å betrakte som en ‘risikosituasjon’ verken for den ansatte pleiemedhjelpere, eller for pasienten. Vanlige prinsipper for god hygiene (bl.a. håndvask) må selvsagt følges.»

- (66) Også rådgivende overlege for Nav, dr. Stein Nilsen, er av samme oppfatning, og uttaler i sin skriftlige forklaring for Høyesterett:

«En abscess i lysken vil oftest inneholde bakterier som normalt finnes på huden hos de fleste friske personer (hvite og gule stafylokokker, eller corynebakterier som er vanlig forekommende i f.eks. akneelementer (kviser)). Slike bakterier har generelt lav smittefare. Så lenge abscessen er dekket av bandasje og klær og en følger vanlige hygieniske tiltak etter bandasjeskift og toalettbesøk, og vanlige smitteforebyggende tiltak ved stell av pasienter iakttas (god håndvask, desinfeksjonssprit, bruk av hansker etc.), vil slike tilstander vanligvis ikke representere smittefare.»

- (67) Jeg nevner avslutningsvis at spørsmålet også er berørt i Helsedirektoratets symmelderveileder av 11. april 2016. Her heter det på side 76 blant annet at sykmelding kan være nødvendig i inntil sju dager ved abscess i hud (S10) «ved sterke smerter eller når arbeidet ikke kan tilrettelegges.»

- (68) *Ryggsmertene*

- (69) Når det gjelder As ryggplager, så ble disse i liten grad nevnt som årsak til sykmeldingen under forvaltningsbehandlingen.

- (70) Fastlegen, dr. B, ble i brev fra Nav av 16. januar 2014 bedt om utfyllende medisinske opplysninger om As diagnoser. Han sendte da bare inn kopi av en MR-undersøkelse fra 3. oktober 2012 som dokumentasjon for ryggplagene. Denne undersøkelsen viste moderat spinal stenose.

- (71) A ble på initiativ fra Nav undersøkt av spesialist i fysikalsk medisin og rehabilitering dr. Robin Holtedahl, jf. spesialisterklæring av 3. mars 2014. Dette er den eneste undersøkelsen av ryggen som er dokumentert i perioden etter sykmeldingen. Holtedahl fant ikke tegn til annet enn muskulære ryggmerter. Rådgivende overlege dr. Stein Nilsen skriver i sin erklæring til Høyesterett om ryggsmertene:

«Det viktigste funnet ved denne undersøkelsen [MR fra 2012] var et prolaps i korsryggen i nivå L4/5 som kunne gi trykk på nerveroten L5, og derved ha muligheten til å forårsake isjas. Et slikt funn på MR uten samtidige opplysninger om pasientens symptomer og funn ved undersøkelse av ryggen har liten verdi når det gjelder å dokumentere nedsatt arbeidsevne på grunn av ryggmerter, og særlig når funnet er av eldre dato. Prolaps er en alminnelig tilstand i befolkningen som ikke nødvendigvis forårsaker isjas. Det er mulig at pasienten på den tiden bildene ble tatt hadde utstrålende smerter fra rygg til høyre bein på grunn av dette prolapsset, såkalt isjalg. Svært ofte vil slike prolapsgradvis skrumpe og trekke seg sammen, slik at det ikke lenger trykker på nerveroten, og pasienten får mindre smerter eller blir helt bra. Et funn av prolaps og mulig

nerverotpåvirkning i mars 2012 kan altså alene ikke si noe om pasientens tilstand og eventuelt nedsatte arbeidsevne i desember 2013.»

- (72) Både den sakkyndige som så på saken under forvaltningsbehandlingen, og Navs rådgivende lege konkluderer altså med at det ikke var dokumentert ryggsmarter som gjorde A arbeidsufør. Bortsett fra notatet i journalen om at han hadde vondt i ryggen og fikk smertestillende for dette, er det som nevnt lite i den tidsnære dokumentasjonen som tyder på ryggsmarter av et slikt alvor at det tilsa sykmelding. Heller ikke er det notert noe om oppfølging av ryggplagene. Muskulære smerteplager fra ryggen er en tilstand som ofte varierer i styrke, og hvor det er viktig å oppmuntre til aktivitet og bevegelse. Som forklart av Navs rådgivende overlege dr. Nilsen vil langvarig sykmelding ofte gjøre mer skade enn nytte. Men i journalen sies det likevel ikke noe om oppfølging av ryggplagene ut over at det gis smertestillende.
- (73) *Utredningsplikten*
- (74) A anfører at Nav forsømte sin plikt til å sørge for at saken ble godt nok utredet under forvaltningsbehandlingen. Det kan da ikke brukes mot ham at det er sparsomt med tidsnær dokumentasjon om hans tilstand og sykdommer, hevder han.
- (75) Jeg er i og for seg enig i at saken kunne vært bedre opplyst under forvaltningsbehandlingen, ved at As tilstand var blitt grundigere beskrevet og vurdert. Men jeg kan ikke se at Nav har forsømt sin utredningsplikt.
- (76) A og fastlegen ble allerede i desember 2013 klar over at arbeidsgiverne ikke aksepterte sykmeldingen. Fastlegen ble dessuten bedt om å gi en medisinsk begrunnelse for diagnosene i brev fra Nav i midten av januar 2014. Og den 30. januar ble det holdt møte mellom A, Nav, arbeidsgiverne og fastlegen, hvor A stilte med egen advokat. Nav sendte i tillegg saken til rådgivende overlege i februar og ba dessuten om spesialistutredning fra dr. Holvedahl.
- (77) Det ble altså gjort ulike forsøk på å få saken bedre opplyst fra Navs side. A og fastlegen hadde på sin side fra tidlig i forløpet en sterk oppfordring til å sikre ytterligere bevis for arbeidsuførheten. Dette ble ikke fulgt opp i nevneverdig grad. Jeg kan da ikke se at mangelen på tidsnær dokumentasjon for uførheten her kan føre til at tvilen kommer A til gode.
- (78) *Andre årsaksforklaringer*
- (79) Jeg nevner avslutningsvis at A har vist til at han kom til Norge som asylsøker fra Sri Lanka, og at han er diagnostisert med posttraumatisk stresslidelse (PTSD) etter blant annet å ha vært utsatt for tortur i hjemlandet. Dette gjorde ham arbeidsufør uavhengig av smittefaren, er hans syn. Det er videre nå anført at det vesentlig var ryggsmertene som var årsaken til sykmeldingen.
- (80) Opplysningene om PTSD er ikke nevnt i journalen fra legebesøket eller i referatet fra møtet som ble holdt med Nav i januar 2014. Heller ikke er det holdepunkter for at fastlegen tok dette opp muntlig med Nav. Det er altså ingen tidsnær dokumentasjon for aktive PTSD-symptomer eller andre psykiske problemer som påvirket arbeidsevnen i 2013. A hadde dessuten allerede arbeidet i flere år, og også langt over full stilling i perioden mellom de to sykmeldingene i 2013, uten at dette da var tatt opp. Selv om PTSD etter

omstendighetene selvsagt kan påvirke arbeidsevnen, finner jeg det vanskelig å legge vekt på dette når det først tas opp så lang tid etterpå.

- (81) Heller ikke opplysningene om at ryggproblemene var hovedgrunnen til sykmeldingen, gjenspeiles i den tidsnære dokumentasjonen. Blant annet viser arbeidsgivernes referat fra samtaler med A og referatet fra dialogmøtet i januar 2014 som nevnt at det man var opptatt av, var arbeidsuførhet som følge av fistel/abscess og smittefaren fra denne.
- (82) Jeg finner det da forsvarlig å se bort fra disse anførselene, som altså står i motstrid til det som følger av den tidsnære informasjonen.
- (83) *Brudd på likhetsprinsippet*
- (84) Ankende part har også anført at Trygderettens avgjørelse er i strid med prinsippet om at alle er like for loven, jf. Grunnloven § 98.
- (85) Dette kan ikke føre fram. Det at Nav som den store hovedregel legger til grunn at sykmelding fra lege er tilstrekkelig til å innvilge sykepenger, kan ikke føre til at Nav ut fra et likhetsprinsipp plikter å tildele sykepenger i alle tilfelle der den trygdede har fått sykmelding. Det er ikke tvilsomt at Nav her hadde saklig grunnlag for å undersøke sykmeldingen nærmere.
- (86) *Konklusjon*
- (87) Den tidsnære dokumentasjonen viser at sykmeldingen av A var begrunnet med abscess og ryggmerter. De medisinske sakkyndiges vurdering er at disse sykdommene ikke ga tilstrekkelig grunnlag for arbeidsuførhet, slik tilstanden er beskrevet i journalen, og ut fra de øvrige opplysningene i saken. Jeg har ikke funnet grunnlag for å overprøve denne konklusjonen, og har etter dette kommet til at det ikke er feil ved Trygderettens kjennelse. Anken må da forkastes.
- (88) Staten har ikke krevd dekning av sakskostnader for Høyesterett.
- (89) Jeg stemmer for denne

DOM :

Anken forkastes.

- (90) Dommer **Bull:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (91) Kst. dommer **Sverdrup:** Likeså.
- (92) Dommer **Kallerud:** Likeså.
- (93) Dommer **Møse:** Likeså.

(94) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.