



Frostating lagmannsrett - LF-2011-149343

Instans	Frostating lagmannsrett - Dom
Dato	2012-04-18
Publisert	LF-2011-149343
Stikkord	Folketrygdloven § 12-5.
Sammendrag	En 58 år gamle kvinne fikk avslag på sønad om uføreytelse. Saken ble bragt inn for Trygderetten. Kvinnen fikk ikke medhold og anket til lagmannsretten. Et flertall kom til at staten måtte frifinnes idet det ble lagt til grunn at det ikke var gjennomført nødvendig attføring/arbeidsrettede tiltak. Mindretallet kom til at det forelå åpenbare grunner som tilsa at ytterligere attføring/arbeidsrettede tiltak fremsto som ikke hensiktsmessig.
Saksgang	Trygderetten TRR-2010-1910 - Frostating lagmannsrett LF-2011-149343 (11-149343FØR-FROS). Anke til Høyesterett ikke tillatt fremmet, HR-2012-1401-U.
Parter	A (Advokat Øyvind Miller) mot Arbeids- og velferdsdirektoratet (Advokat Stig Norby).
Forfatter	Lagdommer Hans O. Kveli. Lagdommer Knut Røstum. Lagdommer Marit Forsnes.

Saken gjelder spørsmålet om A har krav på uføreytelse etter folketrygdloven kapittel 12.

Sakens forhistorie i hovedtrekk:

A (A) er født 0.0.1951. Hun er utdannet sykepleier med videreutdanning innen nevrokirurgi og anestesi. I tillegg har hun videreutdanning innen økonomi, helsefag og homeopati. Hun har hatt sitt arbeid på sykehus og sykehjem. Fra 2004 har hun drevet egen klinikk som homeopat.

Den 25. april 2006 pådro A seg en yrkesskade i forbindelse med arbeid som sykepleier ved X Bo- og aktivitetssenter. I forbindelse med to forskjellige episoder samme dag ble hun påført store smerter i ryggen. Den første episoden gjaldt forsøk på å hindre at en stor og tung pasient falt. Den andre episoden gjaldt bistand til en pasient med pustebesvær og hvor det var nødvendig å heve brystet.

A fortsatte i arbeid en tid etter hendelsen, men ble sykmeldt 7. juni 2006. I den første sykmeldingen er det angitt følgende diagnose: «Ryggsyndrom uten smerteutstråling».

NAV godkjente 19. desember 2006 skaden som yrkesskade. I forbindelse med behandlingen av søknaden om yrkesskade uttalte overlege Per Haavaldsen den 12. desember 2006 følgende:

«Det synes vel rimelig her å godkjenne dette som en yrkesskade, og det jeg ville anbefale å godkjenne er en skivebetinget ischias, det er en pen overensstemmelse her mellom hennes subjektive plager og de billedmessige funn.

Hun er etter eget utsagn ryggfrisk fra tidligere.

Jeg ser gjerne at vi snakkes før du fatter vedtak.»

Som grunnlag for overlege Haavaldsens uttalelse forelå uttalelse fra Capito Røntgen:

«Degenerative forandringer i virvelcorpora, mellomvirvelskiver og bueledd som beskrevet. Det er venstresidig framinalt prolaps skiven under L1 og skiven under L2 med mulig rotaffeksjon. Recesstenose med venstreovervekt nivå skiven under L4 kan affisere venstre L5-rot.»

Det forelå også en uttalelse fra As fastlege, Øystein Skaar. Her heter det:

«Aktuelt:

Ja, hun har ryggproblemer, både når hun sitter lenge i ro og når hun anstrenger seg. Ustrålende smerter ned i begge ben, mest ve. i laterale de lav låret, ned til ankelen. Ischialgi.

Hun har mer smerter dagen etter anstrengelse. Hun får også kvalme i fm med, og etter, anstrengelse.

Hun bruker lite medisiner, men tar ibus og pinex f ved spesielle anledninger.

Hun har startet med svømmetrening, i regi av «Blekkspruten» i Mjøndalen. Foreløpig en gang per uke.

Hun har vært hos fysiot, men fikk lite ut av det.

Hun har meldt seg på Pilates, ryggtreningsopplegg, med oppstart 0611 Det er et tremåneders aspekt ved dette opplegget.

Hun driver forskjellig egentrening. (bevegelse til musikk, dans)

Går turer to ganger en halv time, daglig.

Aromaterapi gir god avspenning, en gang ukentlig.

Nei, det er ikke mulig å anslå varigheten av fraværet.

Hun kan fungere i sitt arbeid som homeopat, når hun kan sytre arbeidet selv, og hun har trappet kraftig ned på aktiviteten.

I den andre jobben, på sykehjemmet, er hun ikke ansatt, men har hatt «løse vakter», (tilkallingsvikar) dvs. arb.g. føler nok ikke ansvar for å tilrettelegge.

Gradert sykmelding kan ikke benyttes i denne jobben.»

A fikk høsten 2006 en ny jobb ved Kongsberg legesenter, men kunne ikke starte i arbeidet da hun var sykmeldt. Etter å ha vært sykmeldt i ett år, ble hun innvilget rehabiliteringspenger i 104 uker, forlenget med ytterligere 4 uker. Etter søknad av 18. november 2009 ble attføringspenger innvilget.

I rehabiliteringsperioden ble det forsøkt et opphold ved Hokksund Kurbad. Hun møtte der 19. juni 2007. Etter noen dager ble oppholdet avbrutt. På grunn av dette avbrudd ble utbetaling av rehabiliteringspenger stanset for en kort periode.

Den 12. mars 2008 ble det av NAV utarbeidet en handlingsplan. Fra denne siteres følgende:

«Bakgrunn:

A driver betydelig egentrening, mosjon og øvelser. Hun går også på Pilates og driver vanntrening. Hun går også til fysikalsk behandling og har nylig byttet behandler. Fastlege skriver i sin erklæring at hun har blitt bedre, spesielt i fht. styrke og kondisjon, men at hun trenger mer tid før hun er klar for å trappe opp jobbingen ytterligere.

Hun innvilges 90% rehabiliteringspenger fom 29.02.08 tom maxdato for rehabiliteringspenger etter 52 uker, ca. 24.05.08. Det er viktig at hun gir beskjed dersom hun trapper opp jobbingen på klinikken. Hun skal kontakte veileder på Nav i månedsskiftet mars/april for å avtale tid for samtale om veien videre.»

Ny handlingsplan ble utarbeidet 24. juni 2008. Fra denne siteres:

«.....

Individuelt mål:

Målet er å trappe opp arbeidet på klinikken så mye hun klarer, eventuelt forsøke om hun kan klare annet arbeid bedre. Vurdere om dette må kombineres med en gradert uføreytelse.

.....

.....

Hun jobber nå på klinikken sin, hvor hun har mulighet til å legge opp arbeidsdagen etter formen. Arbeidsstillingen er også varierende og dette er gunstig for ryggen hennes. A vil forsøke å trappe opp arbeidsbelastningen til høsten for å se hvordan dette går.

Hun innvilges, på bakgrunn av ovennevnte, rehabiliteringspenger etter en uføregrad på 90% til maxdato på rehabiliteringspenger etter 104 uker. Det er viktig at hun melder ifra til NAV innen den 15 i den måneden hun planlegger å trappe opp arbeidsbelastningen og leverer sykemelding på ny uføregrad, slik at rehabiliteringspengene kan graderes riktig. Det blir nødvendig med en samtale på nyåret -09 for en vurdering på hvordan det går og om ytterligere yrkesrettede tiltak skal settes i gang.

.....

.....

A kontakter veileder på NAV for å avtale tidspunkt for oppfølgingssamtale.»

I løpet av vinteren og våren 2009 arbeidet A 5-10 % i sin egen klinikk. Hun følte etter hvert at helsesituasjonen utviklet seg slik at heller ikke dette arbeid lot seg gjennomføre. Hun valgte derfor å søke om uføreytelse. Rent faktisk avsluttet hun sitt arbeid i egen klinikk 1. juli 2009.

Til forberedelsen av søknaden om uføreytelse innhentet A uttalelse fra fastlege Skaar, ortoped Berg og spesialist i ortopedisk kirurgi Geir Histøl.

Bergs uttalelse lyder slik:

«Ovennevnte har henvendt seg hit i forbindelse med uføresøknad. Hun fremviser en Legeerklæring fra dr Skaar datert 23.03.09 angående søknad om tidsbegrenset uførestønad. Hun har også dokumentasjon fra sin fysioterapeut.

Det dreier seg om ryggproblematikk som har vart over flere år, og har ført til en delvis arbeidsuførhet.

Ut ifra den medfølgende dokumentasjon og den klinikk pasienten frembyr, er det ikke noe å operativt inngrep som kan anbefales for å bedre hennes funksjonsnivå. Det er derfor fysikalsk behandling som er det alternativet som kan hjelpe henne til å bedde funksjonene. Hun gjennomgår for tiden omfattende slik

behandling, og jeg ser ikke at det er noen annen behandling som kan bedre dette noe, og jeg anser da at en tidsbegrenset gradert uførestønning kan være riktig for denne pasienten.»

Histøls uttalelse av 10. mai 2009 lyder slik:

«Vurdering

Pasienten pådro seg akutte ryggsmarter med irradierende smerter til venstre underekstremitet i forbindelse med sitt arbeid som sykepleier ved et sykehjem i april 2006. Det er utfylt og rettidig sendt skademelding til NAV. Denne er ikke vedlagt, men er referert til i notatet fra NAV datert 11. desember 2006.

I henhold til dr. Øystein Skaar, har pasienten siste om lag 15 år ikke vært sykmeldt for ryggsmarter. Hun har heller ikke gjennomgått ryggskade i den samme perioden. Pasienten angir også at hun tidligere stort sett har vært frisk og at hun ikke kan erindre at hun har hatt ryggplager.

Debut av aktuelle ryggsmarter med utstråling til underekstremitet debuterte akutt i forbindelse med de nevnte skadeepisodene i april 2006. Etter dette har hun hatt kontinuerlige plager. De initiale smertene er moderert. De vedvarende plagene har variert noe i intensitet og utbredelse, men har hele tiden vært lokalisert til lenderygg. Den varierende smertekomponenten har vært den irradierende komponenten som i hovedsak rammer venstre underekstremitet/glutealregion og høyre underekstremitet.

Det er utført røntgen- og MR undersøkelse knappe 4 måneder etter skadeepisodene. Dette viste spondylose thoracalt og prolaps i 2 nivåer (L1/L2 og L2/L3) med mulig rotaffeksjon av L1- og L2-røttene, samt recesstenose i nedre lenderygg med mulig affeksjon av venstre L5-rot.

Ut fra gjennomgang av vedlagte dokumenter, finner undertegnede det meget sannsynlig at det er sammenheng mellom symptomene som ble utløst av skadeepisodene i april 2006, hennes vedvarende rygg-/underekstremitetsplager i tiden etter og hennes nåværende plager.

Radiologisk forelå det manifest degenerative forandringer i thoracalryggen. Imidlertid har pasienten tidligere ikke hatt symptomer fra ryggen tidligere. Anamnestisk er det også sannsynlig sammenheng mellom samme skade og hennes irradierende smerter til venstre underekstremitet.

Forslag til fastsettelse av medisinsk invaliditetsgrad

Det vises til Sosial- og helsedepartementets invaliditetstabell fra 1997. Det vises til punkt 2.3.2 (Moderat nedsatt funksjon i korsryggen med middels sterke smerter og nedsatt bevegelighet). Medisinsk invaliditetsgrad anslås på bakgrunn av dette til 15 % for hennes rygg-/ischialgiforme smerter.»

Søknad om uføreytelse ble sendt inn 2. juli 2009.

I forbindelse med behandlingen av nevnte søknad og også spørsmål om menerstatning innhentet NAV ytterligere uttalelser fra fastlege Skaar, rådgivende overlege Per Haavaldsen og koordinerende lege i NAV Buskerud Jarl Jønland.

Fra overlege Haavaldsens uttalelse av 24. juli 2009 siteres følgende:

«Jeg har gått gjennom denne omfangsrike saken, og jeg husker den også godt fra tidligere behandlingsomganger.

Søkeren er en 58 år gammel kvinne med ischialgiske ryggplager, betinget av 2 gjennomgåtte traumer i 2006, godkjent som yrkesskader. Hun har fått menerstatning etter disse etter en medisinsk invaliditetsgrad på 15%.

Hun har etter sin skade hatt intermitterende lumbago/ischialgiske plager fra ryggen. Hun er senest undersøkt av ortoped i mai 2009. Det er intet i den foreliggende medisinske dokumentasjon som skulle tilsi at søkeren grunnet sine ryggplager, skulle ha fått sin arbeidsevne redusert med over 50%, og således skulle fylle betingelsene for tilståelse av en uføreytelse.

Attføring er ikke forsøkt, og det foreligger etter mitt skjønn i denne saken intet grunnlag for å fravike kravet til attføring, så som søkeren er en meget vel utdannet og kvalifisert person med tanke på utnyttelse av arbeidsevne i ulike situasjoner, som også fremgår av vedlagte arbeidsevnevurdering.

Ovenstående vurdering er gjort med henblikk på søkerens ryggglidelse.

Det fremgår i korrespondansen fra søkeren i forbindelse med saksbehandlingen at hun er meget frustrert. Dette kan vel til en viss grad være forståelig. Hennes uttalelser, ordvalg og fremstilling av egen sak, kan tyde på en mental ubalanse. Om dette er riktig og bidrar til en mulig nedsettelse av arbeidsevnen anses uavklart, og er ikke ivare tatt i min vurdering.»

Fra fastlege Skaars uttalelse av 11. september 2009 siteres følgende:

«Hun har søkt tidsbegrenset uføretrygd.

Jeg kan ikke se at det har noen hensikt å sette henne på attføring nå. Dette ettersom hun er utredet og forsøkt attført i lengre tid og på flere måter og på flere steder/institusjoner. Det er ikke påvist restarbeidsevne. Hun må bruke nesten hele dagen på vedlikeholdstrening.

Hun er tilstrekkelig utredet fysisk og psykisk til at vi kan vurdere uføresøknaden.

Hva behandling angår, er det mest snakk om vedlikeholdstrening nå, neppe behandling med tanke på full restitusjon.

Hun makter ikke å jobbe på klinikken i Drammen. Hun er for svak fysisk til å kunne drive en slik virksomhet. (Hun har kun jobbet 5% av full stilling de siste årene)

Jeg kan ikke se at hun har noen restarbeidsevne nå.

Den medisinske tilstanden forklarer bortfallet av arbeidsevnen.

Det viser seg at hun har basalcellecarcinom på thorax, behandlet hos hudlege, og dette forhindrer henne i bassengtrening.»

Fra overlege Jønlands uttalelse av 19. november 2009 siteres følgende:

«Spesialist i ortopedi, Geir Histøl, avgir en god erklæring datert 10.05.09 der han konkluderer med en sammenheng mellom skadeepisodene i april 2006 og nåværende ryggplager. Han foreslår den medisinske invaliditetsgrad satt til 15%.

Jeg er enig i den vurdering som dr. Histøl har gjort.

Hun har fått innvilget menerstatning i gruppe 1.

Det beskrives i saken ikke påvisbar sykdom eller senfølge av skade med kliniske funn som kan forklare en uførhet ut over dette. Ved undersøkelse av hennes fastlege; Skaar; den 11.06.08 ble ryggen vurdert med normale akser og helt uten påvisbare tegn til sykdom eller skadefølge.

Siste gang hennes rygg er beskrevet undersøkt i denne saken er av dr. Histøl i mai i år. Han beskriver smerter i korsryggen med noe inkonstante utstrålende smerter til begge underkstremiteter og lett kraftreduksjon i en ankel. Han finner ingen andre nevrologiske utfall eller atrofier. Nervestrekkttest er negativ, så det er ikke tegn til noe prolaps som presser på nerveroten nå.

Disse funn kan neppe forklare mer enn 15-20% redusert arbeidsevne til et høvelig og tilpasset virke.»

Fra tilleggsuttalelse fra overlege Jønland av 27. november 2009 siteres følgende:

«Dr. Skaar ber meg i dag skrive et lite tillegg til min uttalelse datert 19 11 09 og sende dette til de 3 ovennevnte.

I min uttalelse har jeg kun tatt hensyn til de opplysninger som foreligger i den mappe jeg fikk meg forelagt fra Nav Kongsberg. Opplysningene synes meget utfyllende.

Det skal bemerkes at dr. Skaar har skrevet relativt utfyllende og meget ærlige attester i saken helt i tråd med de krav som stilles til legeerklæringer. Attestene er til sammen utfyllende og fullstendige hva gjelder somatiske symptomer og funn. Dette kommer tydelig frem når dette settes sammen med spesialisterklæringen fra dr. Geir Histøl som også er godt kjent for å skrive meget gode attester. Det er ingen påfallende mangler ved noen av legeerklæringene.

Det virker på meg som om dr. Skaar på en god og ordentlig måte tar hånd og verner om sin pasient i tråd med god legeskikk. Han har skrevet om de elementer han mener er relevante i saken.»

NAV forvaltning, Buskerud, fattet 14. oktober 2009 vedtak om avslag på søknad om uføreytelse.

Søknad om yrkesrettet attføring ble, som tidligere nevnt, underskrevet den 18. november 2009 og innvilget 20. november 2009.

Det ble fremmet klage over vedtaket om ikke å innvilge søknaden om uføreytelse. Klageinstans stadfestet den 21. mai 2010 vedtaket gjort av NAV Forvaltning, Buskerud.

Den 2. juli 2010 ble det fremmet klage til Trygderetten som 18. februar 2011 (TRR-2010-1910) avsa kjennelse hvor det påklagede vedtak ble stadfestet.

A fremmet stevning til Frostating lagmannsrett 26. august 2011. Tilsvar ble gitt av staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet.

Hovedforhandling ble holdt i Trondheim tinghus 22. og 23. mars 2012. A avga partsforklaring. Det ble hørt ett vitne. Det ble foretatt dokumentasjon slik rettsboken viser.

A har i hovedsak gjort gjeldende:

Hensynet til statens økonomi har ført til at NAV praktiserer folketrygdloven § 12-5 for strengt. Det henvises i denne sammenheng til uttalelser fra Sivilombudsmannen.

I denne sak foreligger det klare holdepunkter, det vil si åpenbare grunner, som tilsier at ytterligere attføring ikke fremsto som hensiktsmessig.

Forholdet skal vurderes ut fra det som var situasjonen den 18. februar 2011, det vil si tidspunktet for Trygderettens kjennelse.

På grunnlag av uttalelser fra Berg og Histøl må det konstateres at A ikke har mulighet til å bli attført som sykepleier. Hva annet kunne være aktuelt? Det har aldri NAV vært i stand til å fremme forslag om.

A var selv innstilt på attføring ved etter hvert å utvide sitt arbeid i egen klinikk. Dette ble forsøkt over 2 ½ år, men ble umulig på grunn av ryggproblemene. Da hun måtte avslutte egen klinikk, kom NAV ikke med noe konkret forslag til hva som kunne være aktuell attføring. Dette var ikke så overraskende. Etter As oppfatning var det eneste aktuelle alternativet allerede utprøvet.

Fastlege Skaars uttalelse av 11. september 2009 bekrefter at As oppfatning var riktig. Heller ikke etter nevnte uttalelse fra fastlegen har NAV fremmet forslag til aktuell attføring.

At det ikke fantes alternativer med hensyn til attføring viser bevisførselen om at hun i den aktuelle periode ikke en gang var i stand til å gjøre enkelt husarbeid.

Attføring er i seg selv ikke noe mål. Attføring må ha en hensikt.

Trygderettens kjennelse bygger på feil faktum. Det er lagt til grunn en uriktig rettsanvendelse og det foreligger saksbehandlingsfeil.

Vedrørende faktum:

A hadde en restarbeidsevne tilsvarende tilnærmet 0. Det er riktig at hun hadde gode kvalifikasjoner, men det finnes ikke arbeid som er så lite belastende at A kunne fungere.

Det måtte fremstå som klart at arbeidsrettede tiltak fremsto som urealistisk.

Rettsanvendelsen:

Trygderetten har tolket folketrygdloven § 12-5 for strengt. Blant annet har ikke As alder blitt tatt i betraktning.

Trygderetten har uttalt at det ikke kan utelukkes at A kan utføre mindre fysisk belastende arbeidsoppgaver. Dette er feil. Det er det mest sannsynlige faktum som skal legges til grunn.

Trygderetten har lagt til grunn at det ikke foreligger en objektiv vurdering av funksjonsevnen i egen virksomhet. For det første er dette faktisk galt. Uansett foreligger det feil rettsanvendelse når NAV ikke sørger for å innhente slik objektiv vurdering.

Endelig har Trygderetten uttalt at det hadde vært ønskelig med en arbeidsplassvurdering av fysioterapeut. Hvis dette er tilfelle foreligger det saksbehandlingsfeil ved at utredningsplikten ikke er oppfylt fra NAVs side.

Det anføres at «NAV-legene» Haavelsen og Jønland ikke er objektive. Det henvises til fremlagt uttalelse av lege Ove Hærland.

A har påberopt seg flere avgjørelser fra rettspraksis som støtte for sitt syn. I tillegg er det påberopt diverse avgjørelser fra Trygderetten.

A har nedlagt slik påstand:

- «1. Trygderettens kjennelse av 18.02.2010 i sak 10/01910 oppheves.
 - 2. Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet dømmes til å betale A saksomkostninger for lagmannsretten.»
- Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet har i hovedsak anført:

Det er gyldigheten av Trygderettens kjennelse av 18. februar 2011 som skal prøves.

De aktuelle lovbestemmelser er folketrygdloven § 12-5 og § 12-7.

Anvendelsen av de nevnte lovbestemmelser er et rettsanvendelsesskjønn der lagmannsretten har full prøvelsesrett. Lagmannsretten kan også prøve om Trygderetten har lagt til grunn riktig faktum. Det er dog grunn til å vise tilbakeholdenhet med å fravike Trygderettens vurderinger, jf Rt-2007-1815.

Det er situasjonen på tidspunktet for Trygderettens kjennelse som skal bedømmes. Beviskravet er sannsynlighetsovervekt.

Statens hovedanførsel er at A ikke har gjennomført den arbeidsavklaring (attføring) som loven krever for å få innvilget uføreytelse. Hennes arbeidsevne er uansett ikke redusert med så mye som 30 %.

Det avgjørende er om det foreligger «åpenbare grunner» som tilsier at attføring ikke er hensiktsmessig.

Hovedhensynet bak bestemmelsen i folketrygdloven § 12-5 er at ingen skal oppnå uføreytelse hvis et eller annet arbeid er mulig. Bestemmelsen skal tolkes strengt.

I tilfelle med yrkesskade, slik som i denne sak, skal i følge folketrygdloven § 12-7 jf § 12-18 inntektsevnen være redusert med minst 30 % for at uføreytelse skal kunne innvilges. Det er i tilfelle A som må sannsynliggjøre en større reduksjon i arbeidsevnen.

Kravene både i folketrygdloven § 12-5 og § 12-7 jf § 12-18 må være oppfylt for at uføreytelse skal kunne gis.

Trygderetten bygget på riktig faktum, og det foreligger ikke feil rettsanvendelse eller saksbehandlingsfeil.

Det er ikke dokumentert alvorlig ryggskade. Etter opphold på Hokksund Kurbad ble det konkludert med at det ikke forelå arbeidsmessige begrensninger.

Fastlege Skaar har ved flere anledninger uttalt seg om bedring.

Handlingsplan 1 og 2 forutsatte opplegg for å kunne arbeide igjen.

I et møte den 26. mai 2008 ble det forutsatt opptrapping av arbeid i egen klinikk. Rehabilitering og attføring kan og skal behandles parallelt.

Uttalelser fra NAV-legene viser at det var muligheter for attføring og at arbeidsevnen ikke var redusert med så mye som 30 %. Det var A selv som bestemte seg for at attføring ikke var mulig. Det henvises til uttalelse hun ga i sitt brev av 13. juli 2009 (11 dager etter søknad om uføreytelse). Hennes subjektive oppfatning kan ikke legges til grunn.

Når NAV ikke kunne foreslå aktuell attføring før juli 2009 så skyldtes det at A var sykmeldt og var under rehabilitering. Etter at A søkte uføretrygd har hun selv ikke vært villig til attføring.

A var 58 år da Trygderetten fattet sin avgjørelse. Hun hadde følgelig mange yrkesaktive år igjen. Hun hadde en yrkesutdanning som gjorde henne attraktiv i arbeidsmarkedet.

I denne sak er attføring ikke prøvd. Det er først etter at dette er prøvd at det kan bringes på det rene om tilstrekkelig restarbeidsevne er til stede eller ikke.

Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet har nedlagt slik påstand:

- «1. Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet frifinnes.
- 2. Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet tilkjennes sakens omkostninger.»

Lagmannsretten skal bemerke:

Temaet i ankesaken er om det foreligger åpenbare grunner som tilsier at attføring av A ikke er hensiktsmessig, jf. folketrygdloven § 12-5.

Lagmannsretten kan prøve lovligheten av Trygderettens avgjørelse, jf. trygderettsloven § 23. Prøvingen gjelder et rettsanvendelsesskjønn, der lagmannsretten som utgangspunkt har full kompetanse. Der det er tale om faglige vurderinger innenfor attføring og medisin bør imidlertid domstolene være varsomme med å overprøve Trygderetten, jf. Rt-2007-1815 avsnitt 39.

Utgangspunktet for prøvingen er faktum slik det forelå da underinstansen fattet sitt vedtak. Det kan imidlertid også tas hensyn til nye faktiske forhold i den utstrekning dette kaster lys over situasjonen på vedtakstidspunktet, jf. Rt-2008-688. I denne saken er det ingen uenighet knyttet til hvilket faktum som skal inngå i vurderingen. Uenigheten gjelder derfor bedømmelsen av dette faktum opp mot folketrygdlovens kriterier.

Folketrygdloven § 12-5 fikk ved lovendring 17. desember 2004 følgende ordlyd:

«Det er et vilkår for rett til ytelser etter dette kapitlet at vedkommende har gjennomgått hensiktsmessig behandling for å bedre arbeidsevnen. Med mindre åpenbare grunner tilsier at attføring ikke er hensiktsmessig, kan ytelser etter dette kapitlet bare gis dersom vedkommende har gjennomført eller har forsøkt å gjennomføre et individuelt og hensiktsmessig attføringsopplegg uten at inntektsevnen er bedret.

Når det skal avgjøres om et behandlings- eller attføringstiltak er hensiktsmessig, legges det vekt på alder, evner, utdanning, yrkesbakgrunn og arbeidsmuligheter. Det skal også legges vekt på om vedkommende kan få arbeid dersom han eller hun pendler eller flytter.

Når det fremmes krav om ytelser etter dette kapitlet skal det dokumenteres at funksjonsevnen har vært vurdert av lege eller annet fagpersonell.»

Fra 1. mars 2010 lyder § 12-5 første ledd andre punktum:

«Med mindre åpenbare grunner tilsier at arbeidsrettede tiltak ikke er hensiktsmessige, kan ytelser etter dette kapitlet bare gis, dersom vedkommende har gjennomført eller har forsøkt å gjennomføre individuelle og hensiktsmessige arbeidsrettede tiltak uten at inntektsevnen er bedret.»

Folketrygdloven § 12-7 har regler om fastsettelse av uførhetsgrad for yrkesaktive. Bestemmelsens første og annet ledd lyder:

«Det er et vilkår for rett til ytelser etter dette kapitlet at evnen til å utføre inntektsgivende arbeid (inntektsevnen) er varig nedsatt med minst halvparten.

Ved vurderingen av hvor mye inntektsevnen er nedsatt (hvor høy uføregraden er) skal inntektsmulighetene i ethvert arbeid som vedkommende nå kan utføre, sammenlignes med de inntektsmulighetene som vedkommende hadde før sykdommen, skaden eller lytet oppstod. Når inntektsmulighetene vurderes, skal det legges vekt på alder, evner, utdanning, yrkesbakgrunn, arbeidsmuligheter på hjemstedet og arbeidsmuligheter på andre steder der det er rimelig at vedkommende tar arbeid. Det skal tas hensyn til all pensjonsgivende inntekt når inntektsevnen vurderes.»

Vilkårene for uføreytelse som følger av ovennevnte bestemmelser må alle være oppfylt. Dette gjelder både lovens krav om attføring og kravet til nedsatt arbeidsevne.

Trygderetten kom i sin kjennelse til at attføringsvilkåret i trygderettsloven § 12-5 ikke var oppfylt. Trygderetten stadfestet derfor vedtak truffet av NAV Klageinstans Øst om ikke å innvilge uføreytelse.

Ved vurderingen av lovligheten av denne avgjørelsen har lagmannsretten delt seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet, lagdommerne Knut Røstum og Marit Forsnes, har kommet til at det ikke er grunnlag for å oppheve Trygderettens avgjørelse.

Flertallet tar utgangspunkt i at kravet til attføring i folketrygdloven § 12-5 ble skjerpet ved lovendringen i 2004. Som påpekt av Høyesterett i Rt-2010-113 medførte de skjerpede krav at alle aktuelle tiltak må være forsøkt. Det kreves således klare holdepunkter for å konstatere at arbeidsrettede tiltak ikke er hensiktsmessig.

For å vurdere om attføring er mulig vil det vanligvis være påkrevet med en arbeidsevnevurdering i samråd med NAV. Alle som har fått sin inntektsevne redusert har plikt til å medvirke til en slik vurdering. Det er således ikke opp til hver enkelt arbeidstaker å ta standpunkt til hva som kan være aktuelle attføringstiltak.

Det er i denne saken ingen uenighet om at A i april 2006 pådro seg en ryggskade under arbeidet på sykehjemmet. Denne skaden ble senere godkjent som yrkesskade.

Skaden er i følge spesialisterklæring av 10. mai 2009 fra overlege Histøl vurdert til 15 % medisinsk invaliditet. Temaet i trygdesaken er derfor i hvilken utstrekning denne invaliditet påvirker As arbeidsevne.

A påbegynte 19. juni 2007 et opphold på Rehabiliteringssenteret Hokksund Kurbad. Her skulle det gjennomføres ulike behandlingsopplegg under oppsyn av sykepleier, fysioterapeut og lege. A avbrøt imidlertid oppholdet etter noen dager, da hun selv mente hun ble verre i løpet av oppholdet.

I epikrisen utarbeidet av overlege Christos Glavas etter oppholdet på Hokksund er det gitt følgende vurdering datert 2. juli 2007:

«Pas. fikk veiledning og terapeutisk intervensjon basert på europeiske retningslinjer i forhold til ryggsmarter. Vi tenker at hun ikke har innsikt etter denne anbefalingen, og foretrekker å avbryte oppholdet. Fra en kort evaluering som vi har hatt i løpet av perioden hun var her og klinisk us., kan man si at pas. etter hvert ikke kommer til å ha begrensninger i forhold til arbeidslivet.

Naturligvis er dette basert på observasjon i løpet av en kort periode pga. avbrytelse av oppholdet etter pasientens ønske.»

Denne vurdering viser at det var betydelig uenighet mellom A og medisinsk ansvarlig ved Rehabiliteringssenteret om nytten av oppholdet og de arbeidslivsbegrensninger som forelå. A fremsatte da også i ettertid sterk kritikk mot NAV både når det gjaldt det praktiske opplegg og personalets kvalifikasjoner.

Etter dette oppholdet ble det ikke gjennomført ytterligere tiltak i regi av NAV. Det ble imidlertid utarbeidet handlingsplaner som forutsatte videre opptrening for om mulig å bedre funksjonen. Samtidig ble det utbetalt rehabiliteringspenger. Den eneste yrkesrettede utprøving som A gjennomførte var en begrenset videreføring av sin praksis som homeopat i egen klinikk. Denne praksisen opphørte imidlertid i juli 2009.

Retten til rehabiliteringspenger utløp 22. mai 2009 - to år etter at sykmeldingsperioden var utløpt. A underskrev 2. juli 2009 en søknad om tidsbegrenset uførestønad - en ordning som senere ble erstattet med arbeidsavklaringspenger. Den 13. juli 2009 skrev A et brev til NAV Kongsberg der hun under henvisning til allerede inngitt uføretrygdsøknad ba om at denne søknaden ble behandlet. Avslutningsvis i brevet heter det:

«2 Jeg har ikke søkt attføring og skal heller ikke gjøre det, noe jeg også har sagt før. Jeg har alt for friskt i minnet at dere truet og lurte meg med Hokksund Kurbad. Dere skal ikke få ta det siste av førligheten min også. Dere sendte meg dit og hadde jeg ikke selv hatt styrke nok til stoppe i tide, så hadde det gått riktig ille. Dere klarte den gang bare å sette med tilbake helsemessig noen måneder, men den erfaringen holder. Jeg har svært lite å gå på og skal ikke være med på flere eksperiment. Dere holder fortsatt på med true og lure taktikken deres. Dersom jeg ikke gjør som dere sier så tar dere pengene! Fy for en ondskap, og dere er lønnet for å jobbe med syke mennesker. Jeg har søkt 100% tidsbegrenset uføretrygd og det er det som er aktuelt. Jeg skal ikke tvinges til å for eksempel som forespeilet, sortere klær på Fretex, rake i parker eller lignende Bare glem det.

28 Gjør jobben deres og sørg for at jeg får penger fram til dere får behandlet uføretrygdsøknaden min. Dere) får finne andre å eksperimentere med heretter.»

Det er flertallets inntrykk at A ikke har vært villig til å medvirke til arbeidsutprøving på et bredere grunnlag enn arbeidsforsøk i egen næring. Det foreligger ingen entydige medisinske eller attføringsfaglige uttalelser som tilsier at en nærmere utredning eller utprøving av hennes restarbeidsevne vil være åpenbart uhensiktsmessig. De to rådgivende overleger som har uttalt seg i trygdesaken har da også anbefalt at arbeidsavklaring forsøkes. Først når dette er gjort er det mulig å vurdere i hvilken grad inntektsevnen er varig nedsatt.

Trygderetten - sammensatt av medisinsk og attføringskyndig rettsmedlem - uttalte følgende i sin avgjørelse:

«Det synes klart at A har begrensninger i mulighetene for å utføre arbeid som operativ sykepleier i institusjon. Men hun har gode kvalifikasjoner som retten ikke vil utelukke kan nyttes til å utføre mindre fysiske belastende arbeidsoppgaver. Før det fastsettes en varig uføregrad bør hennes inntektsmuligheter derfor utredes nærmere i et helsetilpasset arbeid. Retten er på dette grunnlag enig med ankemotparten i at attføringsvilkåret ikke er oppfylt. Selv om A nå er 59 år og har en lang yrkeskarriere bak seg, praktiseres attførings- eller arbeidsavklaringsvilkåret strengt. Det vises til Høyesteretts dom av 10. februar 2010.»

A har anført at det ikke er skissert et konkret attføringsopplegg av NAV. Flertallet har en viss forståelse for at NAV på dette punkt burde vært mer konkret under oppfølgingen av A. Flertallet kan imidlertid ikke se at dette

forhold har betydning for gyldigheten av Trygderettens avgjørelse. Flertallet viser til Rt-2010-113 avsnitt 83 der det heter:

«Når Trygderetten hadde konstatert at det ikke var tilstrekkelig klart at attføringsmulighetene var utprøvd, var vilkårene for å tilstå uførepensjon for tiden ikke oppfylt. Vurderingen av hvilke konkrete muligheter som foreligger, vil da være neste steg i saken, men dette hører det under attføringsmyndighetene å vurdere i første omgang.»

Etter dette kan ikke flertallet se at det er grunnlag for å sette til side Trygderettens vurdering av om attføringsvilkåret i folketrygdloven § 12-5 er oppfylt. Staten må derfor frifinnes.

Mindretallet, lagdommer Hans O Kveli, har kommet til at Trygderettens avgjørelse må oppheves.

Spørsmålet blir om det pr 18. februar 2011 forelå åpenbare grunner som gjorde at attføring/ytterligere attføring ikke var hensiktsmessig. Det er uansett et vilkår for tilståelse av uføreytelse at arbeidsevne er redusert med mer enn 30 %.

Det presiseres at det foreligger et krav om «åpenbare grunner» både når det ikke er gjort forsøk på attføring og der noe er forsøkt men blitt avsluttet, jf Rt-2010-113.

Mindretallet har kommet til at A hadde krav på uføreytelse og at Trygderettens kjennelse av 18. februar 2011 derfor må oppheves som ugyldig.

Det er på det rene at A den 25. februar 2006 pådro seg en skade i ryggen i forbindelse med sitt arbeid som sykepleier, og at hun var sykmeldt fra den 7. juni 2006 og i ett år. Senere ble det innvilget rehabiliteringspenger uten at det er dokumentert annen form for behandling enn et opphold på Hokksund Kurbad i 2007, og en betydelig egentrening. I løpet av perioden 2006 til og med 2008 fremgår det klart av både legeerklæringer og eget utsagt fra A at det er grunn til optimisme med hensyn til forbedring av helsesituasjonen og mulighetene for å øke arbeidsomfang.

Mindretallet legger til grunn at både A selv og NAV i løpet av 2007 og 2008 så det slik at videre arbeid som sykepleier ikke lenger var aktuell, men at arbeid i egen klinikk fremsto som realistisk. Dette ble da også utprøvet, og intensjonen til alle var nok at dette skulle økes etter hvert.

Mindretallet kan vanskelig se at det var mulig å tenke seg andre alternativer med hensyn til tilrettelagt arbeid enn arbeid i egen klinikk. Der hadde hun mulighet til å tilpasse arbeidsdagens lengde og i betydelig grad også innholdet av arbeidsoppgavene.

For mindretallet synes det relativt klart at det ikke fantes andre realistiske alternativer å utføre seg til. Det bemerkes at dette også må ha vært oppfatningen hos NAV. Det er på det rene at andre alternativer aldri ble foreslått. Staten har her anført at alternative forslag aldri ble fremmet fordi A var under rehabilitering. Denne anførsel kan ikke ha noe for seg fordi staten også med styrke har fremhevet at behandling med rehabilitering og attføring bør og kan gå parallelt.

Ut over vinteren/våren 2009 så A selv at hun ikke lenger var i stand til å arbeide videre i egen klinikk, selv om arbeidsomfanget kun utgjorde 5-10 % av full stilling. Hun la ned virksomheten den 1. juli 2010. Den 2. juli 2010 fremmet hun søknad om uføreytelse.

Mindretallet er enig med staten i at A ikke ut fra sin subjektive oppfatning kan bestemme at ytterligere attføring ikke er aktuelt. Imidlertid finner mindretallet ut fra bevisførselen at A vinteren og våren 2009 helsemessig var så dårlig at hun ikke maktet selv de enkleste arbeidsoppgaver i hjemmet. Dette støtter As oppfatning om at hun ikke var i stand til å arbeide i egen klinikk og heller ikke noe annet sted. Avgjørende for mindretallet er imidlertid fastlege Skaars uttalelse datert 11. september 2009. Han uttalte her at det ikke har noen hensikt å sette A på attføring nå. Dette fordi hun var utredet og forsøkt utført i lengre tid. Han uttalte at det ikke er påvist restarbeidsevne. Endelig anførte fastlege Skaar at A var for svak fysisk til å drive videre sin egen klinikk i Drammen.

Nevnte uttalelse viser at As egen oppfatning hadde rot i en reell situasjon.

Ved vurderingen vektlegges også noe at det via bevisførselen synes å fremgå at A frem til 2006 var en særdeles arbeidsglad person, og det fremstår som noe uforståelig at hun frivillig slåss for en lav uføreytelse i forhold til et godt betalt arbeid i sitt yrke.

Mindretallet legger til grunn at A motvillig underskrev søknad om attføringspenger. Mindretallet legger til grunn at denne kom i stand med bistand fra NAV for at A skulle ha noe økonomi frem til endelig avgjørelse av

uføresaken. Det faktum at attføringspenger ble innvilget to dager etter at søknad var fremmet støtter denne oppfatning.

Mindretallet vil også bemerke at heller ikke NAV, i tiden etter at søknad om uføreytelse var fremmet, har vært i stand til å presentere et konkret forslag til aktuell attføring.

Endelig vektlegges at A var 58 år på det tidspunkt Trygderettens vedtak forelå. Alderen i seg selv gjør det ytterligere vanskelig med en mulig attføring. Dette selv om A har en utdanning som gjør at hun ville vært attraktiv i yrkeslivet.

Det fremstår for mindretallet som uklart hvor alvorlig ryggskaden opprinnelig var. Det henvises til uttalelser særlig fra Haavaldsen og Jønland. Imidlertid gikk det over 3 år fra skaden skjedde til A valgte å søke uføreytelse. I løpet av denne perioden og videre frem til Trygderettens avgjørelse har situasjonen utviklet seg slik at det åpenbart ikke fantes hensiktsmessige attføringstiltak og at restarbeidsevne var redusert til tilnærmet null, jf.- drøftelsen foran.

Etter mindretallets syn må derfor Trygderettens kjennelse oppheves.

Sakskostnader:

Staten har vunnet saken og har derfor som utgangspunkt krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd jf. første ledd. Lagmannsrettens dom avsies med dissens, og flertallet har vært i tvil for så vidt gjelder spørsmålet om attføringsvilkåret i folketrygdloven § 12-5 er oppfylt. Flertallet har derfor kommet til at tungtveiende grunner gjør det rimelig å fritta A for kostnadsansvaret, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Hver av partene må derfor dekke egne kostnader for lagmannsretten.

Mindretallet finner på bakgrunn av sitt resultat at A må tilkjennes sakskostnadene, men at kostnadsbeløpet må reduseres, da salærkravet fra advokat Miller er for høyt.

Etter dette avsies dom i samsvar med flertallets konklusjon.

Domsslutning:

1. *Staten frifinnes.*
2. *Hver av partene dekker egne sakskostnader for lagmannsretten.*