



Gulating lagmannsrett - Dom. - LG-1997-498 - RG-1998-1518 (237-98)

Instans	Gulating lagmannsrett – Dom.
Dato	1998-02-09
Publisert	LG-1997-498 – RG-1998-1518 (237-98)
Stikkord	Rett til sykepenger, anke over Trygderettens avslag (førsteinssak). Trygderettsloven § 23. Arbeidsmiljøloven § 61. Folketrygdloven (1966) § 3-5 og § 3-18. Tvistemålsloven § 213.
Sammendrag	Administrerende direktør ved bedriftens avdelingskontor i Norge ble sagt opp og krevde forhandlinger om oppsigelsen, samtidig som han varslet at han ønsket å fortsette i stillingen etter arbeidsmiljøloven § 61 nr 4. Bedriften gjorde det imidlertid klart at han ikke var ønsket på arbeidsstedet i oppsigelsestiden, og oppholdt seg derfor ikke på arbeidsstedet fram til oppsigelsestiden utløp 31.03.93. Han ble sykmeldt 26.03.93 og krevde sykepenger, men kravet ble avslått av Trygderetten. Hans anke til lagmannsretten ble ikke gitt medhold, idet det ble lagt til grunn at han ikke arbeidet i annens tjeneste da han ble sykmeldt, jf folketrygdloven § 3-5 nr 1 sammenholdt med § 3-5 nr 3.
Saksgang	Trygderetten TRR-1994-2836 – Gulating lagmannsrett LG-1997-498 A.
Parter	Ankende part: Jacob R. Osmundsen (Prosessfullmektig: Advokat Åshild Vistnes van der Veen). Ankemotpart: Rikstrygdeverket (Prosessfullmektig: Advokat Morten Goller).
Forfatter	Førstelagmann Fanebust. Ekstraordinær lagdommer Ekeberg. Byrettsdommer Vold.

Innholdsfortegnelse

Gulating lagmannsrett - Dom. - LG-1997-498 - RG-1998-1518 (237-98).....	1
Innholdsfortegnelse.....	2

Saken gjelder prøving av kjennelse avsagt av Trygderetten 05.12.96 vedrørende rett til sykepenger, og er fremmet direkte for lagmannsretten i medhold av [lov 16.12.1966 nr. 9 § 23](#) annet ledd. Nevnte kjennelse gjaldt et vedtak om avslag på krav om sykepenger som opprinnelig var truffet av trygdekontoret, men som var stadfestet av Rikstrygdeverket ved kjennelse 12.07.94.

Ved Trygderettens kjennelse ble anken avvist når det gjaldt det faktiske grunnlag, men for øvrig ble Rikstrygdeverkets kjennelse stadfestet. Saksomkostninger for Trygderetten ble ikke tilkjent.

Den tvist som foreligger til prøving, har sin bakgrunn i en direktørstilling som den ankende part, som er født i 1952, tidligere hadde i Mannesmann Handel AG, ved bedriftens avdelingskontor i Norge med kontorsted i Stavanger. Han ble sagt opp i brev av 18.09.92, men aksepterte ikke oppsigelsen. I brev av 25.09.92 krevde han derfor forhandlinger etter [arbeidsmiljøloven § 61](#) nr 2. Han varslet samtidig at han ønsket å fortsette i stillingen etter samme lov [§ 61](#) nr 4.

Arbeidsgiver ønsket ikke at den ankende part skulle møte på kontoret etter oppsigelsen, og dette ble det sagt fra om i oppsigelsesbrevet. For å hindre den ankende part i å få tilgang til lokalene, ble også dørlåsene skiftet ut. Etter dette holdt den ankende part seg borte fra kontoret i den tid forhandlingene varte. Forhandlingene ble avsluttet 31.03.93. Den ankende part fikk samme dag utstedt bekreftelse fra bedriften, der det var inntatt opplysning om at han hadde vært tilsatt fra 01.05.85 og til nevnte dato, samt hvilke arbeidsoppgaver han hadde hatt. Videre ble det opplyst at han had to leave our company due to the closure of our Stavanger local delegation office.

Den ankende part ble sykmeldt fra sin stilling i Mannesmann Handel AG 26.03.93, men mottok underretning fra Stavanger Trygdekontor, datert 10.06.93, om at hans krav om sykepenger var avslått. Som begrunnelse for dette ble det vist til at vilkårene for sykepenger etter [folketrygdloven § 3-18](#) ikke var til stede. Dette er nærmere begrunnet slik i Trygdekontorets avslagsbrev: Hovedvilkår for rett til sykepenger etter denne paragraf [§ 3-18](#) er at den trygdede kan dokumentere tapt arbeidsinntekt på grunn av sykdom. Videre må vedkommende ha vært ute av inntektsgivende arbeid i mindre enn 3 måneder før arbeidsuførheten inntrådte. Likt med arbeid anses tidsrom hvor det mottas sykepenger, fødselspenger og ledighetstrygd.

Vi har fått opplyst fra Deres arbeidsgiver Mannesmann Handel at De ikke har vært i arbeid der siden august 1992, men har mottatt lønn t.o.m. 310393. Deres sykemelding er fra 260393.

Etter at vedtaket var påanket til Rikstrygdeverket, ble det tatt opp til ny prøving ved Stavanger Trygdekontor, som ikke fant grunnlag for å omgjøre avslaget. Saken ble etter dette ekspedert til Rikstrygdeverket, som stadfestet trygdekontorets avslag som nevnt innledningsvis. Etter anke til Trygderetten ble Rikstrygdeverkets kjennelse stadfestet som også nevnt innledningsvis.

Ankeforhandling ble holdt 28.01.98. Den ankende part møtte og ga forklaring. Ankemotparten var representert ved Kjersti B. Hasfjord, som fikk følge forhandlingene etter [tvistemålsloven § 213](#) annet ledd. Det ble foretatt bevisføring og dokumentasjon for øvrig slik det går fram av rettsboken.

Den ankende part har for lagmannsretten vist til at han, etter å ha blitt sagt opp, krevde å få stå i stillingen, samtidig som det ble forhandlet om lovligheten av oppsigelsen etter arbeidsmiljøloven regler. Med utgangspunkt i dette forhandlet man om en løsning fram til utløp av oppsigelsestiden 31.03.93. Mens forhandlingene pågikk, fikk den ankende part utbetalt lønn, og arbeidsplikten bestod også i dette tidsrom. Den eneste endring i forhold til tidligere var at han fikk beskjed om ikke å møte på arbeidsstedet, noe som hadde sammenheng med den mediaoppmerksomhet som bedriften var utsatt for og ønsket om å avlede denne ved at den ankende part holdt seg borte fra arbeidsstedet. Han stod imidlertid til disposisjon for arbeidsgiver fram til han fratrådte. Han utførte også arbeid i dette tidsrom, ved at han hadde løpende kontakt med bedriftens klienter og ukentlig kontakt med bedriftsledelsen i Tyskland.

Det konkluderes med at den ankende part var i stilling fram til han ble sykmeldt 26.03.93, selv om han ikke var på kontoret etter at han var sagt opp. Hvis han hadde fått medhold i den oppsigelsessak han hadde tatt initiativ til, ville arbeidsforholdet måtte anses løpende. Det er ingen grunn til å behandle dette annerledes fordi saken ble løst i minnelighet og den ankende part avstod fra å møte på kontoret etter oppsigelsen og mens forhandlingene pågikk i forståelse med arbeidsgiver. Arbeidsforholdet bestod i arbeidsrettslig henseende til 31.03.93, og dette må det tas utgangspunkt i i forhold til [folketrygdloven § 3-5](#) nr 1 og [§ 3-5](#) nr 3. Vilkåret om at man arbeider i

annens tjeneste var etter dette oppfylt. I denne henseende må trygdemyndighetene i det vesentlige være bundet av den avtale som foreligger mellom partene i arbeidsforholdet.

Den ankende part har etter dette krav på sykepenger i henhold til sykmeldingen. Det bestrides i denne forbindelse også at kravet faller bort fordi han ikke var på kontoret etter at han var sagt opp. Den situasjon som foreligger i nærværende tilfelle, reguleres ikke av [folketrygdloven § 3-5](#) nr 3, og lovforarbeidene gir heller ikke støtte for det standpunkt ankemotparten inntar. Det må således legges til grunn at arbeidsforholdet har bestått uavbrutt, og det er derfor ikke tale om noe midlertidig avbrudd som reguleres av den nevnte bestemmelse. Den ankende part mener at lagmannsretten kan avsi dom for at han har rett til sykepenger siden det er tale om et lovbundet vedtak. Subsidiært kreves det avslag som er gitt, opphevet, og det legges ned slik påstand:

Prinsipalt: Jakob R. Osmundsen tilkjennes sykepenger i henhold til sykemelding av 26. mars 1993.

Subsidiært: Trygderettens kjennelse av 5. desember 19096 i ankesak nr. 2836/94 oppheves.

I alle tilfelle: Staten v/Rikstrygdeverket tilpliktes å erstatte Jakob R. Osmundsen omkostninger forbundet med anke til rikstrygdeverket, anke til trygderetten og stevning for retten.

Ankemotparten bemerker innledningsvis at trygdesaken har versert i nærmere fem år, og det er først nå det blir anført at den ankende part har utført arbeid i den tid som gikk fra han ble sagt opp og til han fratrådte med endelig virkning 31.03.93. At den ankende part skal ha utført arbeid i det nevnte tidsrom, fremtrer som lite sannsynlig og kan derfor ikke legges til grunn. Det vises i denne forbindelse til at det var et meget vanskelig klima mellom partene, at den ankende part var anmeldt og hadde sittet i varetekt, samt at han senere er dømt for sitt forhold.

Når det gjelder den rettslige vurdering, anføres det at den ankende part da han ble sykmeldt, ikke arbeide[t] i annens tjeneste, jf [folketrygdloven § 3-5](#) nr 1. I alle tilfelle forelå det et midlertidig avbrudd av mer enn 14 dagers varighet, og det følger derfor også av [§ 3-5](#) nr 3 at kravet om sykepenger ikke kan føre fram. Det understrekes her at det som er avgjørende i forhold til begge de aktuelle bestemmelser, er om arbeidstaker faktisk utfører arbeid, ikke om arbeidsforholdet rettslig sett består. Dette fremkommer når bestemmelsene leses i sammenheng og i lys av lovforarbeidene. En slik løsning er også lagt til grunn både administrativt og i Trygderettens praksis. Den har også reelle grunner for seg. Det er således forutsetningen at sykepenger skal komme i stedet for lønn, og hvis den ankende part gis medhold i sin forståelse av loven, ville dette medføre at han under gitte forutsetninger kunne kreve både lønn og trygd.

Ankemotparten anfører etter ovenstående at den ankende part ikke arbeidet i annens tjeneste da han ble sykmeldt, siden han ikke hadde arbeidsplikt og ikke var ønsket på arbeidsstedet. Han stod fritt til å søke annen stilling, og selv om han hadde rett til å stå i den stilling han hadde, gjorde han intet for å håndheve sin rett for så vidt. Dersom den ankende part skulle få medhold, kan dette ikke gi grunnlag for annet enn å oppheve Trygderettens avgjørelse. Lagmannsretten har således ikke anledning til å innvilge sykepenger, slik den ankende part har krevd, bl.a. fordi sykmeldingen ikke er fremlagt og lagmannsretten derfor ikke kan vurdere om søknaden om sykepenger for øvrig fyller vilkårene etter loven. Ankemotparten legger etter dette ned følgende påstand:

Staten v/Rikstrygdeverket frifinnes og tilkjennes saksomkostninger.

Lagmannsretten skal bemerke at det etter [folketrygdloven § 3-5](#) nr 1 er avgjørende om den som fremsetter krav om sykepenger, arbeider i annens tjeneste. Det er på det rene at den ankende part ble sagt opp 18.09.92, altså mer enn et halvt år før han ble sykmeldt 26.03.93. I dette forholdsvis lange tidsrom var han ikke på sitt arbeidssted selv om han hadde krevd forhandlinger og rett til å stå i stilling etter [arbeidsmiljøloven § 61](#) nr 2 og 4. Dette hadde sin bakgrunn i at det i oppsigelsesbrevet het at arbeidsgiver ønsker ikke at De vender tilbake til kontoret i oppsigelsesperioden, og det ble også skiftet lås i kontorlokalene for å sikre at den ankende part ikke fikk tilgang til disse. Den situasjon som med dette var etablert, varte fram til utløp av oppsigelsestiden 31.03.93. Partene inngikk da avtale om en minnelig ordning, og etter det den ankende part opplyser, innebar denne at han fikk utbetalt en erstatning på kr 1 million.

Den ankende part har anført at han utførte arbeid for bedriften etter at han var sagt opp og fram til han ble sykmeldt, bl.a. behandlet han telefonhenvendelser fra forretningsforbindelser og han hadde ukentlig kontakt med bedriftsledelsen i Tyskland. Slik han fremstiller det, ble han således nektet å oppsøke kontorlokalene for å avlede uønsket mediaoppmærksomhet og derav følgende uro blant kundene etter at det var blitt kjent at det

forelå mistanke om økonomiske uregelmessigheter. Retten finner ikke å kunne bygge på den ankende parts opplysninger her.

Det er således på det rene at den ankende part ble varetektsfengslet og senere domfelt for sitt forhold, og de tiltak bedriften satte i verk, ved å gjøre det klart at han var uønsket på arbeidsstedet og endatil skiftet dørlåser der, tyder ikke på at det var noe slikt samarbeidsklima mellom partene som den ankende part har prøvd å beskrive. I den utstrekning den ankende part fikk telefonhenvendelser fra forretningsforbindelser og holdt kontakt med bedriftsledelsen, fremtrer dette for lagmannsretten heller ikke som uttrykk for annet enn naturlige konsekvenser av at han som nøkkelperson var satt ut av tjeneste med øyeblikkelig virkning og både bedriften og kundene måtte gjøre det beste ut av den situasjon som forelå. Slik lagmannsretten ser det, må det legges til grunn at det som ble etablert ved oppsigelsen 18.09.92, var en situasjon der den ankende part fortsatt mottok lønn, men ikke hadde plikt til å utføre arbeid, og om han hadde møtt opp og prøvd å få utføre de oppgaver som lå til stillingen, måtte han regnet med å bli avvist. Det må kunne legges til grunn at han var klar over dette, bl.a. fordi han nøyde seg med å kreve å få stå i stillingen, men ikke tok skritt for å følge dette opp mht rett til å utføre arbeid.

Med ovenstående som faktisk utgangspunkt for den rettslige vurdering som retten skal foreta i forhold til [folketrygdloven § 3-5](#) nr 1 og [§ 3-5](#) nr 3, blir spørsmålet om det i kravet om at man arbeider i annens tjeneste ligger et krav om at arbeid rent faktisk skal utføres, ut over det som er beskrevet av den ankende part og som etter lagmannsrettens oppfatning ikke er uttrykk for annet enn en helt naturlig minimumskommunikasjon i den situasjon som forelå. Slik lagmannsretten ser det, må dette spørsmål besvares bekreftende, slik ankemotparten har anført.

Lagmannsretten peker i denne forbindelse på at den trygderettslige vurdering på dette punkt ikke nødvendigvis blir den samme som den arbeidsrettslige. At et arbeidsforhold består f.eks. fordi en arbeidstaker hevder sin rett til å stå i stilling, trenger derfor ikke innebære at han arbeider i annens tjeneste etter [folketrygdloven § 3-5](#) nr 1, jf [§ 3-5](#) nr 3. Når arbeidstaker får utbetalt lønn, men ikke utfører arbeid ut over det tilfeldige minimum som er beskrevet ovenfor, kan det ikke være slik at vilkårene for å få utbetalt sykepenger er til stede etter loven, når lovreglene leses i sammenheng og i lys av lovforarbeidene i [Ot.prp.nr.19 \(1989-90\)](#) 8-9.

Det kan på dette punkt vises til at det i den nevnte odelstingsproposisjon er understreket at [folketrygdloven § 3-5](#) nr. 3 bruker ordet avbrudd i arbeidsforhold og ikke opphør av arbeidsforhold nettopp for å unngå det som betegnes som arbeidsrettslige misforståelser. I odelstingsproposisjonen heter det videre at det ville stride mot prinsippene i sykepengeordningen og trygdemyndighetenes kontroll hvis retten til sykepenger som arbeidstaker skulle opprettholdes i det tidsrom arbeidstaker faktisk ikke er i arbeidsgiverens tjeneste, selv om partene selv anser arbeidsforholdet formelt for å bestå under et midlertidig avbrudd. At det arbeidsrettslig sett består et arbeidsforhold, er derfor klart nok ikke avgjørende på dette punkt.

Av odelstingsproposisjonen går det ellers fram at det ikke er naturlig å anse lovbestemt eller overenskomstbestemt ferie som noe avbrudd i arbeidsforholdet, og det samme gjelder lovlig sykefravær i et bestående arbeidsforhold. Motsetningsvis skal imidlertid bedriftspermitteringer og andre permisjoner, f.eks. etter arbeidsmiljøloven ved barns sykdom, regnes som avbrudd etter loven dersom avbruddet varer mer enn 14 dager. Retten til sykepenger skal likevel ikke falle bort ved sykdom som nevnt eller i en del andre tilfeller dersom det foreligger rett etter folketrygdloven til dagpenger under arbeidsløse, fødselspenger, omsorgspenger ved adopsjon eller sykepenger ved barns sykdom. Slik lagmannsretten ser det, må det ligge nær å anta at lovgiver – hvis man skulle valgt en løsning for den type tilfeller som foreligger til avgjørelse i nærværende sak men som ikke er nevnt i lovforarbeidene, at arbeidstaker ikke utfører arbeid ut over det tilfeldige minimum som nevnt men får lønn fra arbeidsgiver – måtte ha kommet til at det forelå avbrudd etter [§ 3-5](#) nr 3. Dette er således den løsning som synes å passe best innenfor det spekter av eksempler som nevnes i forarbeidene i [Ot.prp.nr.9 \(1989-90\)](#) 8-9.

Denne løsning, at en arbeidstaker som får lønn uten å utføre arbeid ikke har rett til sykepenger dersom det avbrudd som derved etableres varer mer enn 14 dager, har også støtte i den praksis som foreligger. Lagmannsretten viser for så vidt til Rikstrygdeverkets kjennelse 27.02.96 i ankesak 94/11902, som synes å være nokså parallell til nærværende sak. Denne saken gjaldt en arbeidstaker som ikke hadde vært i arbeid siden 23.12.93, selv om hun mottok lønn til og med 11.02.94. Hun ble suspendert 10.01.94 og mottok samtidig underretning om avskjed. Hun ble ikke tilkjent sykepenger i henhold til sykmelding som var datert 19.01.94, altså etter at hun var meddelt suspensjon og avskjed, men innenfor det tidsrom hun fortsatt oppebar lønn. Videre kan vises til kjennelser avsagt av Trygderetten 20.02.97 i ankesak 2149/94 og Rikstrygdeverket

06.02.96 i ankesak 94/10942. Selv om disse avgjørelser ikke er helt parallelle, gir de en viss støtte for det syn ankemotparten har gjort gjeldende og som lagmannsretten kan slutte seg til.

Det følger av ovenstående at ankemotparten må bli å frifinne. Spørsmålet om saksomkostninger må vurderes med utgangspunkt i [tvistemålsloven § 172](#), og lagmannsretten finner ikke grunn til å fravike hovedregelen i bestemmelsens første ledd. Den ankende part må derfor pålegges å erstatte ankemotpartens saksomkostninger for lagmannsretten. Ankemotpartens prosessfullmektig har levert omkostningsoppgave for kr 29234, hvorav kr 20.000 gjelder salær og det øvrige dekning av utgifter. Oppgaven legges til grunn, og omkostninger tilkjennes med kr 29234.

Slutning:

- 1. Staten v/Rikstrygdeverket frifinnes.*
- 2. I saksomkostninger til Staten v/Rikstrygdeverket betaler Jakob R. Osmundsen kr 29.234 – tjuenitusen to hundre og trettifire – innen 2 – to – uker fra dommen er forkynt.*

Ved domsavsigelsen er saken behandlet etter reglene i [tvistemålsloven § 153](#) 3. og følgende punktum.