



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 2. juli 2021 av Høyesterett i storkammer med

dommer Hilde Indreberg
dommer Bergljot Webster
dommer Wilhelm Matheson
dommer Aage Thor Falkanger
dommer Ragnhild Noer
dommer Henrik Bull
dommer Ingvald Falch
dommer Espen Bergh
dommer Cecilie Østensen Berglund
dommer Borgar Høgetveit Berg
dommer Kine Steinsvik

HR-2021-1453-S, (sak nr. 20-046393STR-HRET)

Påtalemyndigheten

(setteriksadvokat Henry John Mæland)

mot

A

(advokat Anders Morten Brosveet
advokat John Christian Elden)

Møter i saken:

Staten v/Arbeids- og sosialdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Pål Wennerås)

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

(1) Dommer **Steinsvik:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder en gjenåpnet straffesak om trygdebedrageri hvor tiltalte ble dømt for å ha fortiet at han oppholdt seg i Italia uten godkjenning fra Nav i perioder mens han mottok arbeidsavklaringspenger.
- (3) Spørsmålet er om domfellelsen var uriktig fordi folketrygdlovens vilkår om opphold i Norge var i strid med EØS-regelverket.

Straffesaken mot A

- (4) A ble 18. februar 2016 tiltalt for forsettlig grovt bedrageri, jf. straffeloven 1902 § 271, jf. § 270 første ledd nr. 1, jf. andre ledd.
- (5) Grunnlaget var at han i tidsrommet 19. mai 2010 til 31. oktober 2012 hadde forledet ansatte i Nav til å utbetale 309 458 kroner i arbeidsavklaringspenger, ved at han unnlot å opplyse om at han i perioder oppholdt seg i utlandet uten at dette var godkjent av Nav. Tiltalen bygget på at A av denne grunn ikke hadde krav på arbeidsavklaringspenger, og at staten dermed var påført et tap eller fare for tap.
- (6) A fikk i november 2008 innvilget rehabiliteringspenger på grunn av sviktende helse og overtallighet på arbeidsplassen. Ved en lovendring som trådte i kraft 1. mars 2010, ble ordningen med rehabiliteringspenger erstattet av arbeidsavklaringspenger. A gikk over på denne ytelsen og beholdt den frem til han ved Navs vedtak 1. november 2012 ble innvilget uførepensjon.
- (7) I den perioden tiltalen gjelder, la tingretten til grunn at A hadde til sammen 14 opphold i Italia, de fleste med en varighet på tre eller fire uker.
- (8) A var gjort kjent med kravet om opphold i Norge som vilkår for arbeidsavklaringspenger. Han var videre gjort kjent med at han måtte melde fra om opphold i utlandet, og eventuelt søke om godkjenning på forhånd dersom han ønsket å beholde arbeidsavklaringspengene under midlertidige opphold i utlandet. Ved to av reisene til Italia søkte A på forhånd Nav om godkjenning. Begge søknadene ble innvilget. Han verken søkte om godkjenning eller opplyste Nav om de øvrige 12 oppholdene.
- (9) Som ledd i oppfølgingen fra Nav gjennomførte A arbeidsutprøving i form av et arbeidskonsept med salg av annonser, som han selv hadde utviklet. A førte opp timer han hadde arbeidet i meldekortene til Nav. Han førte også opp noen timers arbeid under ett av oppholdene i Italia.
- (10) Under hovedforhandlingen i tingretten la aktor ned påstand om dom for grovt uaktsomt grovt bedrageri, og ved Nedre Telemark tingretts dom 4. mars 2016 ble A dømt for overtredelse av straffeloven 1902 § 271 a, jf. § 270 første ledd nr. 1, jf. § 271 til fengsel i

75 dager. Tingretten fant det bevist at A hadde opptrådt grovt uaktsomt og la følgende til grunn:

«Det er et vilkår for rett til arbeidsavklaringspenger at man oppholder seg i Norge, jf. folketrygdloven § 11-3. NAV kan gjøre unntak fra oppholdsvilkåret for en begrenset periode dersom utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføringen av aktivitetsplanen. Retten kan ikke se at tiltalte var i god tro når han oppholdt seg i utlandet uten å melde fravær eller søke om unntak fra oppholdsvilkåret.»

- (11) A anket dommen. Anken var begrenset til å gjelde straffutmålingen. Ved Agder lagmannsretts dom 12. desember 2016 ble straffen satt til samfunnsstraff i 45 timer med en gjennomføringstid på 90 dager, subsidiært 45 dager fengsel. Lagmannsretten la vekt på at A kunne ha søkt om unntak fra oppholdskravet, og at «det reelle tapspotensialet» for staten ville ha vært mindre dersom søknadene hadde blitt innvilget.
- (12) Påtalemyndigheten anket straffutmålingen videre til Høyesterett. Anken ble henvist til ankeforhandling. Under behandlingen i Høyesterett var hovedspørsmålet om det var riktig å redusere straffen til samfunnsstraff fordi A etter søknad kunne ha fått tillatelse til å oppholde seg i utlandet. Forsvarerens disposisjon fra forhandlingene er fremlagt i forbindelse med Høyesteretts behandling nå. I sin argumentasjon for at lagmannsrettens straffutmåling var riktig, viste forsvareren i hovedsak til rettskilder som gjaldt forståelsen av folketrygdloven. Han var imidlertid også inne på spørsmålet om EØS-retten kunne ha betydning ved vurderingen, og viste i den sammenheng til Agder lagmannsretts dom i LA-2014-141843 som gjaldt oppholdskravet ved mottak av dagpenger ved arbeidsløshet anvendt på grensearbeidere og forholdet til forordning 1408/71.
- (13) Høyesterett avsa sin dom 15. mars 2017, HR-2017-560-A. Dommen bygget på at det måtte utvises tilbakeholdenhet med å legge stor vekt på hypotetiske, alternative hendelsesforløp ved straffutmålingen, slik lagmannsretten hadde gjort. Tingrettens dom på fengsel i 75 dager ble stadfestet.
- (14) *Lovanvendelsen under skyldspørsmålet*, nærmere bestemt om oppholdskravet i folketrygdloven § 11-3 kunne være i strid med EØS-regelverket, og at A i så fall ikke kunne dømmes for trygdebedrageri, ble ikke problematisert under behandlingen av straffesaken, verken for Høyesterett eller de lavere instansene.
- (15) A sonet den idømte straffen i perioden 5. januar til 21. mars 2018.

Omleggingen av Navs praktisering av folketrygdlovens oppholdskrav ved reiser i EØS-området

- (16) Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger, heretter omtalt som forordning 883/2004 eller trygdeforordningen fra 2004, ble innlemmet i EØS-avtalen med virkning fra 1. juni 2012. Forordningen erstattet da den tidligere rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 av 14. juni 1971 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet med senere endringer, heretter omtalt som forordning 1408/71 eller trygdeforordningen fra 1971. Denne forordningen ble en del av norsk rett ved ikrafttreddelsen av EØS-avtalen 1. januar 1994.

- (17) Som jeg kommer tilbake til, ble ikke kravet om opphold som vilkår for arbeidsavklaringspenger etter folketrygdloven § 11-3 endret da trygdeforordningen fra 2004 ble gitt virkning i Norge fra 1. juni 2012.
- (18) I perioden juni 2017 til sommeren 2018 avsa Trygderetten flere avgjørelser der Navs vedtak om å stanse eller kreve tilbake ytelser ved midlertidige opphold i andre EØS-land ble opphevet. Opphevelsene var begrunnet enten med at Nav ikke hadde vurdert forholdet til forordning 883/2004 artikkel 21, eller med at Nav hadde bygget på feil forståelse av forordningen, jf. blant annet avgjørelsene i TRR-2016-2497 og TRR-2017-1058 med videre henvisninger. Artikkel 21 regulerer rett til kontantytelser for medlemmer av en trygdeordning i en EØS-stat, som «bor eller oppholder seg» i en annen EØS-stat. Nav endret ikke praksis som følge av avgjørelsene fra Trygderetten. Avgjørelsene ble heller ikke anket til lagmannsretten etter trygderettsloven § 26.
- (19) Etter at Trygderetten i forbindelse med behandlingen av ytterligere en ankesak i november 2018 varslet at den vurderte å forelegge spørsmålet om forståelsen av artikkel 21 for EFTA-domstolen, tok Nav opp spørsmålet med Arbeids- og velferdsdirektoratet, som igjen koblet inn Arbeids- og sosialdepartementet. Nav endret høsten 2019 praksis og la til grunn at forordning 883/2004 artikkel 21 ga rett til ytelser også ved midlertidige opphold i andre EØS-land.
- (20) Regjeringen oppnevnte 8. november 2019 et uavhengig granskningsutvalg, ledet av professor Finn Arnesen, som fikk som mandat å foreta en fullstendig gjennomgang av praktiseringen og håndteringen av EUs trygdeforordning. Som ledd i mandatet skulle utvalget også vurdere om praksis før 2012 måtte gjennomgås.
- (21) Granskningsutvalget avga 4. mars 2020 en delutredning om de rettslige spørsmålene knyttet til oppholdskrav og reiser i EØS-området. Utvalget overleverte deretter 4. august 2020 utredningen NOU 2020: 9 Blindsonen – Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholdskrav ved reiser i EØS-området.
- (22) I delutredningen konkluderte granskningsutvalget enstemmig med at det etter 1. juni 2012 hadde vært i strid med EØS-regelverket å nekte blant annet arbeidsavklaringspenger utelukkende med den begrunnelse at mottaker befinner seg i en annen EØS-stat. Utvalget konkluderte videre enstemmig med at også praksis før 2012 måtte gjennomgås. Et mindretall la til grunn at det siden 1. januar 1994 hadde vært i strid med reglene om fri bevegelighet for tjenester i EØS-avtalen å nekte denne typen ytelser utelukkende på grunn av opphold i en annen EØS-stat. De øvrige tok ikke stilling til spørsmålet. I utredningen sto et flertall bak konklusjonen om EØS-strid siden 1994, jf. NOU 2020: 9 side 47. Granskningsutvalget understreket samtidig at den endelige avklaringen av sakens EØS-rettslige spørsmål ligger til domstolene.
- (23) Som følge av Navs endrede praksis ble det høsten 2019 iverksatt gjennomgang av forvaltningssaker der det var krevd tilbakebetaling av blant annet arbeidsavklaringspenger på grunn av opphold i andre EØS-land etter 1. juni 2012. Riksadvokaten iverksatte arbeid med å vurdere gjenopptakelse av straffesaker der mottakere av blant annet arbeidsavklaringspenger i samme periode kunne ha blitt straffedømt med urette.

Begjæringen om gjenåpning av straffesaken mot A og den videre saksgangen

- (24) I brev 27. november 2019 ble A orientert om at Nav hadde behandlet tidligere vedtak om feilutbetaling og tilbakekreving på nytt. Det fremgikk at vedtaket var omgjort for perioden etter 1. juni 2012. Det ble videre opplyst at perioden før 1. juni 2012 kunne bli vurdert senere, men at rettstilstanden på dette punktet foreløpig var uavklart. Nav orienterte også Sør-Øst politidistrikt om den nye forvaltningsmessige behandlingen av saken.
- (25) Gjenopptakelseskommisjonen besluttet 19. mars 2020, etter begjæring fra både A og påtalemyndigheten, at Høyesteretts dom 15. mars 2017, HR-2017-560-A, skulle gjenåpnes.
- (26) Saksforberedende dommer i Høyesterett, som forutsatte at lovanvendelsen under skyldspørsmålet ville bli prøvd utenfor anken, besluttet å innhente en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. I anmodningen, utarbeidet på bakgrunn av et omforent forslag fra aktor og forsvarer, ble det stilt 16 spørsmål om forholdet mellom EØS-retten og oppholdskravet i folketrygdloven § 11-3 og praktiseringen av dette. Spørsmålene omhandler perioden både før og etter 1. juni 2012.
- (27) EFTA-domstolen avga sin uttalelse 5. mai 2021, se sak E-8/20. A omtales her som N. EFTA-domstolens avgjørelse er truffet etter to runder med skriftlige innlegg samt muntlig høring hvor partene i straffesaken, den norske staten, Europakommisjonen og ESA ga uttrykk for sitt syn. I korthet går domstolens svar ut på at både EØS-avtalen artikkel 36 og trygdeforordningen fra 2004 artikkel 21 utelukker en regulering som medfører at retten til å beholde arbeidsavklaringspenger ved opphold i en annen EØS-stat begrenses til fire uker i året og er betinget av forhåndsgodkjenning. Jeg kommer nærmere tilbake til betydningen av uttalelsen, hvordan EFTA-domstolen begrunner sitt syn og hva som kan utledes av uttalelsen.
- (28) I medhold av domstolloven § 5 fjerde ledd, jf. § 6 andre ledd første punktum ble det 11. mai 2021 besluttet at saken skal avgjøres av Høyesterett i storkammer. Sammensetningen av storkammeret er avgjort ved loddtrekning blant de dommere som ikke er ansett inhabile eller fritatt, jf. forretningsorden for Høyesterett i storkammer, fastsatt 12. desember 2007 i medhold av domstolloven § 8. Blant annet er dommerne som deltok ved den tidligere pådømmelsen av As sak, herunder justitiarius, inhabile, jf. beslutning 18. mai 2021, HR-2021-1051-F.
- (29) Staten ved Arbeids- og sosialdepartementet ble ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 25. mai 2021, HR-2021-1107-U, gitt tillatelse til å opptre i saken etter analogi fra tvisteloven § 30-13 første ledd. Statens innlegg under ankeforhandlingen var begrenset til betydningen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse for folketrygdlovens regler om aktivitetsplikt for den som mottar arbeidsavklaringspenger.
- (30) Saken er for Høyesterett behandlet ved fjernmøte, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv. § 3.

Partenes syn på saken

- (31) Både påtalemyndigheten og forsvarerne har lagt ned påstand om at A skal frifinnes.

- (32) *Påtalemyndigheten* har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (33) A ble domfelt for å ha oppholdt seg i Italia mens han mottok arbeidsavklaringspenger uten at han meldte fra til Nav eller søkte om godkjenning av utenlandsoppholdene.
- (34) I tråd med EFTA-domstolens uttalelse må det legges til grunn at det var i strid med EØS-regelverket å frata A arbeidsavklaringspengene under oppholdene i Italia. Navs anmeldelse og den senere domfellelsen, tok utgangspunkt i at en person som har oppholdt seg midlertidig i en annen EØS-stat, av den grunn ikke hadde krav på arbeidsavklaringspenger. Dette var en uriktig rettsoppfatning.
- (35) For den del av tiltalen som gjaldt perioden etter 1. juni 2012 fulgte dette av forordning 883/2004 artikkel 21.
- (36) As tilfelle var ikke omfattet av reguleringen i tidligere trygdeforordning 1408/71. Kravet om opphold i Norge innebar imidlertid en ulovlig restriksjon i strid med bestemmelsen om fri bevegelse for tjenester i EØS-avtalens hoveddel artikkel 36, og det får avgjørende betydning for perioden før 1. juni 2012.
- (37) EØS-retten innebar at A hadde rett til å beholde arbeidsavklaringspengene under oppholdene i Italia, og han har dermed ikke skaffet seg noen «uberettiget vinning», som er et vilkår for straff etter straffeloven 1902 § 270 første ledd nr. 1.
- (38) Domfellelsen av A var dermed basert på uriktig lovanvendelse under skyldspørsmålet, og Høyesterett må, utenfor anken, avsi frifinnende dom.
- (39) Fordi grunnlaget for tiltalen i dette tilfellet var at A oppholdt seg i utlandet uten å melde fra til Nav eller søke Nav om godkjenning, var det – sett bort fra EØS-retten – korrekt å anvende straffeloven 1902 § 270 første ledd nr. 1. Dommen kan derfor ikke oppheves fordi forholdet skulle ha vært bedømt etter § 270 første ledd nr. 2.
- (40) *Forsvarerne* har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (41) Høyesterett må prøve tingrettens lovanvendelse utenfor anken. Rettssikkerhetshensynene bak straffeprosessloven § 342 andre ledd nr. 1 innebærer en plikt til å prøve lovanvendelsen under skyldspørsmålet der det oppstår spørsmål om denne er korrekt, selv om en anke er begrenset til andre ankegrunner.
- (42) A må frifinnes fordi vilkåret om «uberettiget vinning» i straffeloven 1902 § 270 første ledd ikke er oppfylt. Begrepet viser til sivilrettslige regler – i dette tilfellet trygdereglene – og det avgjørende som utelukker straffansvar, er at A var berettiget til å motta arbeidsavklaringspenger etter EØS-regelverket.
- (43) Arbeidsavklaringspenger er en kontantytelse under sykdom og reguleres derfor av forordning 883/2004 og den tidligere forordning 1408/71.
- (44) EØS-avtalen artikkel 36 medfører videre at det allerede fra avtalens ikrafttredelse 1. januar 1994 har vært i strid med EØS-regelverket å nekte arbeidsavklaringspenger til personer som ikke er økonomisk aktive, utelukkende med den begrunnelse at de oppholder seg i en annen EØS-stat. Vilkårene i folketrygdloven § 11-3 innebærer restriksjoner på den frie

bevegelse som ikke kan rettferdiggjøres og derfor er i strid med EØS-retten. A arbeidet for øvrig under ett av oppholdene i Italia og faller derfor også inn under EØS-avtalen artikkel 28 om fri bevegelse for arbeidstakere for dette oppholdets del.

- (45) Tingretten har dømt A for grovt uaktsomt grovt bedrageri, jf. straffeloven 1902 § 271 a, jf. § 270 første ledd nr. 1, jf. § 271. Siden meldekortene fra A ble behandlet maskinelt, er ikke vilkårene for straffansvar i § 270 første ledd nr. 1 oppfylt. De elektroniske meldekortene etterspurte ikke eventuelle opphold i utlandet, og heller ikke § 270 første ledd nr. 2 om databedrageri er derfor anvendelig. Denne lovanvendelsesfeilen tilsier under enhver omstendighet opphevelse av dommen.
- (46) *Staten ved Arbeids- og sosialdepartementet* er gitt tillatelse til å opptre i saken etter analogi fra tvisteloven 30-13 første ledd og har særlig fremhevet:
- (47) Folketrygdloven § 11-3 tredje ledd om unntak fra plikt for den som mottar arbeidsavklaringspenger til å oppholde seg i Norge inneholder en tidsbegrensning, et krav om at utenlandsopphold må være forenlig med aktivitetsplikt og oppfølging samt et krav om tillatelse etter søknad.
- (48) EFTA-domstolen har ved sin drøftelse ikke vurdert vilkåret om aktivitetsplikt atskilt fra kravet om søknad og tillatelse. Den rådgivende uttalelsen kan ikke forstås slik at EFTA-domstolen har gitt anvisning på at et krav om aktivitetsplikt, som vilkår for arbeidsavklaringspenger, generelt er uforenlig med EØS-regelverket. De materielle vilkårene for ytelsen kan Norge som kompetent stat fastsette nasjonalt. EØS-regelverket er kun til hinder for ytterligere vilkår eller særvilkår ved utenlandsopphold, herunder avslag på arbeidsavklaringspenger utelukkende fordi mottaker oppholder seg i en annen EØS-stat.

Mitt syn på saken

Sakens spørsmål og den videre drøftelsen

- (49) Straffeloven 1902 § 270 første ledd setter som vilkår for straff at gjerningspersonen må ha skaffet seg eller andre en «uberettiget vinning». For at det skal foreligge trygdebedrageri, må A derfor ha mottatt ytelser fra Nav som han ikke hadde krav på.
- (50) Hvorvidt A hadde rett til å få utbetalt arbeidsavklaringspenger under oppholdene i Italia, beror på om oppholdskravet i folketrygdloven § 11-3 og praktiseringen av dette var i overensstemmelse med EØS-regelverket.
- (51) Utenlandsoppholdene som dannet grunnlaget for tiltalen, strakk seg fra mai 2010 til oktober 2012, og omfatter således perioden både før og etter at den någjeldende trygdeforordningen – forordning 883/2004 – trådte i kraft som del av EØS-avtalen.
- (52) I det følgende skal jeg først redegjøre for mitt syn på rettstilstanden etter 1. juni 2012. Her står forordning 883/2004 artikkel 21 helt sentralt.
- (53) Deretter vil jeg drøfte rettstilstanden før 1. juni 2012. Hovedspørsmålene i den forbindelse er om oppholdskravet var i strid med den tidligere trygdeforordningen – forordning 1408/71 – eller med reglene om fri bevegelse for tjenester i EØS-avtalen artikkel 36.

- (54) Før jeg går inn på de EØS-rettslige spørsmålene skal jeg si noe om Høyesteretts kompetanse i saken, og om betydningen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. Jeg skal også gi en oversikt over folketrygdlovens regler om arbeidsavklaringspenger, så langt disse er av betydning for den EØS-rettslige vurderingen.

Høyesteretts kompetanse til å prøve ankegrunner utenfor anken etter straffeprosessloven § 342 andre ledd

- (55) Skyldspørsmålet i saken ble endelig avgjort ved tingrettens dom. Anken fra A til lagmannsretten gjaldt straffutmålingen, og det samme gjorde påtalemyndighetens senere anke til Høyesterett.
- (56) Det følger av straffeprosessloven § 342 første ledd at ankedomstolen, når den ikke skal prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, er bundet av de ankegrunnene som er angitt i anken. Bestemmelsen i andre ledd inneholder imidlertid viktige unntak fra dette, og i § 342 andre ledd nr. 1 fremgår det at retten uansett ankegrunn «kan ... prøve om straffelovgivningen er riktig anvendt».
- (57) Prøvingen av ankegrunner utenfor anken kan skje etter initiativ fra retten selv, eller spørsmålet kan tas opp av partene før eller under ankeforhandlingen. Det hindrer ikke Høyesteretts prøving av lovanvendelsen at denne ankegrunnen ikke har vært behandlet av lagmannsretten, jf. avgjørelsen i Rt-2003-179 avsnitt 6, som er fulgt opp i en rekke senere avgjørelser.
- (58) Etter ordlyden i § 342 andre ledd nr. 1 «kan» retten prøve lovanvendelsen uansett ankegrunn. Loven gir altså anvisning på en skjønnsmessig vurdering. Høyesterett har derfor i utgangspunktet ingen plikt til å prøve lovanvendelsen utenfor anken. Jeg viser som eksempel til avgjørelsen i HR-2020-2136-A avsnitt 52, der det ikke var tilstrekkelig grunn til å prøve en anførsel om foreldelse av et mindre forhold i en omfattende sak om seksuelle overgrep mot barn over internett. At det må foretas en konkret vurdering, har blant annet sammenheng med systemet for ankeprøving i straffeprosessloven § 323. I Rt-2011-514 avsnitt 29 er det uttalt at den konkrete vurderingen etter § 342 andre ledd «i alle fall ikke [kan] være mindre streng enn ved en ordinær ankeprøving etter § 323».
- (59) Det er hensynet til å oppnå et materielt riktig resultat som ligger til grunn for adgangen til å prøve ankegrunner utenfor anken. De grunnleggende rettsikkerhetsgarantiene som skal sikres gjennom ankesystemet kan derfor, ut fra de konkrete omstendighetene i saken, medføre at ankedomstolen ikke kan unnlate å prøve om straffelovgivningen er riktig anvendt. Et klart eksempel vil være tilfeller der retten kommer i tvil om vilkårene for straffansvar er oppfylt. I en slik situasjon må prøving skje for å unngå uriktige domfellelser.
- (60) Denne saken er i så måte illustrerende; hadde lagmannsretten eller Høyesterett blitt klar over at oppholdskravet i folketrygdloven § 11-3 kunne være i strid med EØS-regelverket, og at opphold utenlands i så fall ikke kunne danne grunnlag for domfellelse for trygdebedrageri, måtte spørsmålet ha blitt prøvd, uansett ankegrunn.

- (61) Dette har også støtte i EØS-retten selv. På sivilrettens område har EU-domstolen flere ganger uttalt at der nasjonale domstoler *kan* gå utenfor partenes påstandsgrunnlag, *skal* de også gjøre det, så langt saken gjelder anvendelsen av EU-regler. På tilsvarende måte antar jeg at der ankedomstolen i straffesaker *kan* prøve lovanvendelsen utenfor ankegrunnen, *skal* den også gjøre det, dersom det oppstår tvil om det vil stride mot EØS-retten å anvende straff på forholdet.
- (62) Ved behandlingen av saken nå må Høyesterett på denne bakgrunn ta stilling til om domfellelsen av A bygde på feil lovanvendelse. Det er uten betydning at påtalemyndighetens anke over lagmannsrettens dom i sin tid bare gjaldt straffutmålingen.

Betydningen av EFTA-domstolens rådgivende tolkningsuttalelse

- (63) Når en norsk domstol i en sak må ta stilling til tolkningen av en EØS-rettslig bestemmelse, kan den forelegge tolkningsspørsmålet for EFTA-domstolen, jf. domstoloven § 51a. EFTA-domstolen kan ved slike foreleggelse «gi rådgivende uttalelser om fortolkningen av EØS-avtalen», jf. Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) artikkel 34 første ledd.
- (64) EFTA-domstolens tolkningsuttalelser er ikke formelt bindende. Den nasjonale domstolen må derfor ta selvstendig stilling til hvordan EØS-retten skal forstås og anvendes i den konkrete saken. Ved tolkningen av EØS-retten må den nasjonale domstolen imidlertid legge «stor vekt på hva EFTA-domstolen har uttalt om hvordan EØS-retten skal forstås», jf. HR-2016-2554-P *Holship* avsnitt 77. Om bakgrunnen for dette heter det i samme avsnitt i dommen:

«Formålet med EFTA-domstolen er ifølge fortalet til ODA blant annet 'å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i nevnte avtale, og å nå frem til lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltagere med hensyn til de fire friheter og konkurransevilkårene'. Nasjonale domstoler må derfor normalt følge EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten og kan ikke fravike en tolkningsuttalelse av EFTA-domstolen uten at det foreligger 'særlige grunner', se Rt-2013-258 avsnitt 93–94 med henvisning til plenumsdommen i Rt-2000-1811 på side 1820. For at EFTA-domstolen skal fylle den rolle som den er tiltenkt, kan domstolens forståelse av EØS-retten følgelig ikke fravikes uten at det foreligger gode og tungtveiende grunner for det.»

- (65) EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten kan altså ikke fravikes uten at det foreligger «gode og tungtveiende grunner for det». Om den nærmere kompetansefordelingen mellom EFTA-domstolen og den nasjonale domstolen heter det videre i avsnitt 78:

«Det EFTA-domstolen skal uttale seg om i rådgivende tolkningsuttalelser, er tolkningen av EØS-retten, se ODA artikkel 34 første ledd. Bevisbedømmelsen hører under de nasjonale domstolene. Det samme gjelder i utgangspunktet den konkrete subsumsjon, men her går det ikke noe skarpt skille. Hvor langt EFTA-domstolen vil gå i å utpensle EØS-retten i detalj i en tolkningsuttalelse, beror blant annet på de spørsmål som den nasjonale domstol har stilt, og hvor detaljert faktum er angitt i spørsmålsskriftet.»

- (66) Mange EØS-rettslige regler er etter sin art skjønnsmessige eller har karakter av generelle prinsipper. Ved tolkningen og anvendelsen av de grunnleggende frihetene i EØS-avtalens hoveddel står eksempelvis vurderinger av om restriksjoner er egnede, nødvendige og forholdsmessige, sentralt. Oppgaven for EFTA-domstolen vil da være å gi presiserende retningslinjer for anvendelsen av den EØS-rettslige regelen, og herunder klargjøre hvilke momenter som skal inngå og vektlegges. Bevisbedømmelsen og den konkrete avgjørelsen av om en nasjonal bestemmelse eller regulering er forenlig med EØS-retten, ligger til den nasjonale domstolen. I den grad EFTA-domstolen – for eksempel ut fra de spørsmålene den nasjonale domstolen har stilt – har foretatt mer konkrete vurderinger, vil dette kunne være til hjelp for den nasjonale domstolen, men slike uttalelser har isolert sett ikke den samme vekt som der domstolen direkte uttaler seg om forståelsen av EØS-retten. Dette følger allerede av at EFTA-domstolen i tolkningssaker som er forelagt av nasjonale domstoler verken tar stilling til faktum i saken eller innholdet i nasjonal rett.

Folketrygdlovens regler om arbeidsavklaringspenger

Bakgrunnen for regelverket

- (67) Arbeidsavklaringspenger kom inn i folketrygdloven som ny ytelse ved endringslov 19. desember 2008 nr. 106, som trådte i kraft 1. mars 2010. Stønadsformen avløste da de tre tidligere trygdeytelsene rehabiliteringspenger, attføringspenger og tidsbegrenset uførestønad, jf. Ot.prp. nr. 4 (2008–2009) side 8.
- (68) Lovendringen var et ledd i oppfølgingen av Nav-reformen fra 2006, som innebar en ny organisering av arbeids- og velferdsforvaltningen, se proposisjonen side 10. Målsettingen med reformen var at den nye forvaltningen over tid skulle bidra til et mer helhetlig og samordnet tilbud til dem som av ulike grunner ikke finner sin plass i arbeidsmarkedet.
- (69) For å tilpasse virkemidlene til den nye velferdsforvaltningen ble det i St.meld. nr. 9 (2006–2007) gitt en samlet vurdering av relevante virkemidler for den nye Arbeids- og velferdsetaten – Nav. Hovedmålet var «å legge fram forslag til strategier og tiltak for å styrke inkluderingen i arbeidslivet av personer i yrkesaktiv alder som har problemer med å få innpass i arbeidslivet, eller som er i ferd med å falle ut av det». For å nå dette målet ble det blant annet foreslått å etablere «en mer systematisk prosess for samhandling mellom bruker og etat (behovs- og arbeidsevnevurderinger) samt etablering av en enklere og mer arbeidsrettet, midlertidig inntektssikringsordning».
- (70) I stortingsmeldingen ble det gitt en rekke føringer for utformingen av den nye tidsbegrensede inntektssikringen. Jeg nevner særlig at målgruppen skulle være den samme som for de ytelsene som ble avløst. Også de dekket midlertidig tap i inntekt ved helseproblemer. Det skulle videre være «en tydelig kobling mellom livsoppholdsyttelsen og individuelt tilpassede krav til egenaktivitet med sikte på å komme i eller tilbake til arbeid», og med etablering av «flere reelle oppfølgings- og stoppunkter underveis», jf. gjengivelsen i proposisjonen på side 10.
- (71) Føringerne i stortingsmeldingen ble fulgt opp gjennom lovforslaget om arbeidsavklaringspenger. Formålet med ytelsen var å sikre inntekt for medlemmer mens de får aktiv behandling, deltar på et arbeidsrettet tiltak eller får annen oppfølging med sikte på å skaffe seg eller beholde arbeid, jf. folketrygdloven § 11-1.

Oversikt over vilkårene for rett til arbeidsavklaringspenger i tiltaleperioden

- (72) Reglene om arbeidsavklaringspenger har vært endret flere ganger etter ikrafttredelsen. Gjennomgangen i det følgende gjelder reglene slik de lød i den perioden som omfattes av tiltalen mot A. Vilkårene for arbeidsavklaringspenger er imidlertid langt på vei de samme i dag.
- (73) De to grunnleggende inngangsvilkårene for rett til arbeidsavklaringspenger fremgikk av § 11-5 om nedsatt arbeidsevne og § 11-6 om behov for bistand til å skaffe seg eller beholde arbeid. Folketrygdloven § 11-5 lød slik:
- «§ 11-5. Nedsatt arbeidsevne
- Det er et vilkår for rett til ytelse etter dette kapitlet at medlemmet på grunn av sykdom, skade eller lyte har fått arbeidsevnen nedsatt i en slik grad at vedkommende hindres i å beholde eller skaffe seg inntektsgivende arbeid.
- Når det vurderes om arbeidsevnen er nedsatt i en slik grad at vedkommende hindres i å beholde eller skaffe seg inntektsgivende arbeid, skal det blant annet legges vekt på helse, alder, evner, utdanning, yrkesbakgrunn, interesser, ønsker, muligheter for å gå tilbake til nåværende arbeidsgiver, arbeidsmuligheter på hjemstedet og arbeidsmuligheter på andre steder der det er rimelig at vedkommende tar arbeid.»
- (74) Vilkåret om behov for bistand til å skaffe seg eller beholde arbeid fulgte av § 11-6, som fastsatte at medlemmet måtte ha «behov for aktiv behandling» eller for «arbeidsrettet tiltak» for å ha rett til ytelsen. I tillegg gjaldt det vilkår om alder og forutgående medlemskap, som ikke er av betydning i vår sak.
- (75) Under stønadperioden var det et vilkår for rett til ytelsen at «medlemmet bidrar aktivt i prosessen med å komme i arbeid», jf. § 11-8. Nav hadde, som motstykke til medlemmets aktivitetsplikt, plikt til å gi jevnlig oppfølging etter § 11-11.
- (76) Bestemmelsen om oppfølging fra Nav må ses i sammenheng med bestemmelsen som ble innført parallelt i arbeids- og velferdsforvaltningsloven som ny § 14 a. Denne innførte på nærmere vilkår rett til en skriftlig arbeidsevnevurdering for medlemmer med behov for bistand for å komme i arbeid. Det fulgte av § 14 a tredje ledd første punktum at brukere som hadde fått fastslått et bistandsbehov, «har rett til å delta i utarbeidelsen av en konkret plan for hvordan de skal komme i arbeid (aktivitetsplan)». Etter fjerde ledd var Nav ansvarlig «for at vurderingene blir gjennomført, og at aktivitetsplanene blir utarbeidet».
- (77) Den løpende kontrollen med at vilkårene for ytelsen ble oppfylt, var ivaretatt gjennom regler om meldeplikt hver fjortende dag ved bruk av meldekort, oppmøte eller på annen måte, jf. § 11-7.
- (78) For øvrig gjaldt, som tidligere, folketrygdloven § 21-3 om medlemmets alminnelige opplysningsplikt, som blant annet fastsetter at enhver «som mottar en ytelse, plikter å underrette etaten om endringer i forhold som kan være avgjørende for om vedkommende fortsatt har rett til ytelsen».

- (79) A oppfylte meldeplikten gjennom bruk av meldekort, som ble sendt Nav elektronisk. Det er for øvrig fremlagt dokumentasjon for de aktivitetsplanene som var utarbeidet i perioden tiltalen omfattet.

Særlig om kravet til opphold i Norge – folketrygdloven § 11-3

- (80) I tillegg til inngangsvilkårene og reglene om oppfølging og kontroll, inneholdt folketrygdloven i § 11-3 et krav om opphold i Norge som vilkår for arbeidsavklaringspenger. Bestemmelsen lød i den aktuelle perioden slik:

«§ 11-3. Opphold i Norge

Det er et vilkår for rett til ytelser etter dette kapitlet at medlemmet oppholder seg i Norge.

Ytelser kan likevel gis til et medlem som i henhold til sin aktivitetsplan, jf. arbeids- og velferdsforvaltningsloven § 14 a, får medisinsk behandling eller deltar på et arbeidsrettet tiltak i utlandet.

Et medlem kan også få ytelser etter dette kapitlet i en begrenset periode under opphold i utlandet dersom det kan godtgjøres at utenlandsoppholdet er forenelig med gjennomføringen av den fastsatte aktiviteten, og ikke hindrer Arbeids- og velferdsetatens oppfølging og kontroll.»

- (81) I gjeldende § 11-3 er oppholdskravet videreført. I tredje ledd er det nå presisert at ytelsen kan gis under opphold i utlandet «i inntil fire uker per kalenderår», så fremt det godtgjøres at utenlandsoppholdet ikke er i strid med gjennomføring av fastsatt aktivitet mv.
- (82) Nav utarbeidet Rundskriv 11-00 ved vedtakelsen av folketrygdloven kapittel 11. I den versjonen som gjaldt fra 1. mars 2010, fremgikk følgende i den innledende omtalen av § 11-3:

«For å ha rett til arbeidsavklaringspenger og tilleggsstønader stilles det krav om opphold i Norge. Bakgrunnen for denne bestemmelsen er behovet for å kunne følge opp bruker i forhold til riktig ytelse og arbeidsrettet aktivitet og til enhver tid vite om vilkårene for rett til ytelsen er oppfylt.

Arbeidsavklaringspenger anses som en kontantytelse under sykdom i henhold til EØS-forordning 1408/71.

Det vises til EØS-avtalens trygdedel og tilhørende rundskriv, samt til trygdeavtaler Norge har med andre land og egne rundskriv om dette. Dersom det er motstrid mellom de norske reglene og bestemmelsene i trygdeavtaler, herunder EØS-avtalen, går avtalens regler foran, jf. ftrl. § 1-3.»

- (83) Rundskrivet omhandler deretter unntakene i § 11-3 andre og tredje ledd. Om utenlandsopphold som ikke følger av aktivitetsplanen, fremgikk følgende:

«I utgangspunktet er det ikke adgang til å oppholde seg i utlandet og samtidig motta arbeidsavklaringspenger og tilleggsstønader. Dersom bruker oppholder seg i utlandet og slikt sett ikke er tilgjengelig for NAV, medfører dette at ytelsen bortfaller i perioden.

Tredje ledd i bestemmelsen åpner opp for at det unntaksvis også kan gis ytelser i en *begrenset periode* under opphold i utlandet, eksempelvis ved midlertidige pauser mellom tiltak eller i ventetid på behandling/tiltak.

Det bør vanligvis ikke utbetales ytelser utover tidsrommet for en vanlig feriereise. Med vanlig feriereise menes en periode på inntil fire uker. Dette forutsetter imidlertid at det kan godtgjøres at utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføringen av den fastsatte aktiviteten, og ikke hindrer NAV's oppfølging og kontroll. Det sentrale element i denne sammenheng er at utarbeidingen eller gjennomføringen av aktivitetsplanen ikke påvirkes negativt av utenlandsoppholdet.

Bruker må *søke på forhånd* om tillatelse til å beholde ytelser under midlertidig opphold i utlandet. Bruker skal gis god og gjentatt informasjon om at man må oppholde seg i Norge for å ha krav på ytelser etter kap. 11 og at han eller hun må melde fra til NAV dersom han eller hun reiser til utlandet.»

- (84) Rundskrivet ble endret med virkning fra 1. juni 2012. I innledningen til § 11-3 ble det tatt inn følgende:

«I de tilfellene en bruker flytter til et annet EØS-land, kan vedkommende fortsatt anses for å være omfattet av norsk lovgivning (medlem i trygden) etter EØS-reglene. Arbeidsavklaringspenger kan derfor på visse vilkår eksporteres til et annet EØS-land. Forutsetningen er at vedkommende var i arbeid og medlem i folketrygden på tidspunktet arbeidsevnen ble nedsatt med minst halvparten (beregningstidspunktet).»

- (85) I tillegg til rundskrivet jeg nå har redegjort for, var det gitt egne rundskriv som omhandlet EØS-avtalens trygdedel, nærmere bestemt Rundskriv 40-00, som ble avløst av Rundskriv 45-00 fra 28. februar 2012.
- (86) Det fremgår av Rundskriv 40-00 punkt 11.3.2 at Nav tolket forordning 1408/71 slik at reglene på visse vilkår ga rett til å medta arbeidsavklaringspenger ved *flytting* til en annen EØS-stat, men ikke ved midlertidige *opphold*. Denne tolkningen ble ikke endret i det nye rundskrivet, Rundskriv 45-00, som ble gitt i forbindelse med gjennomføringen av forordning nr. 883/2004.
- (87) For medlemmer av folketrygden som var bosatt i Norge, ble det følgelig lagt til grunn at midlertidige opphold i et annet EØS-land var uttømmende regulert gjennom vilkårene i folketrygdloven § 11-3 andre og tredje ledd. Reguleringen her forutsatte opphold i Norge, men med to unntak: For det første opphold utenlands i samsvar med fastsatt aktivitetsplan etter andre ledd, og for det andre opphold etter søknad og tillatelse, og da for en begrenset periode, i praksis fastsatt innenfor rammene av normal ferietid. Midlertidige opphold utenfor aktivitetsplanen måtte forhåndsgodkjennes, og det måtte godtgjøres at oppholdet var forenlig med gjennomføringen av aktivitetsplanen, og heller ikke hindret Navs oppfølging og kontroll, jf. tredje ledd.

EØS-spørsmålene – rettslige utgangspunkter

- (88) EØS-avtalens hoveddel ble gjennomført i norsk rett gjennom vedtakelsen av EØS-loven av 27. november 1992 nr. 109, og har etter § 1 status som formell norsk lov. EØS-loven

§ 2 første punktum slår fast at EØS-regler som er gjennomført i norsk lov ved motstrid går foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Dette innebærer at EØS-avtalen artikkel 36 går foran folketrygdloven § 11-3 i den grad det er motstrid.

- (89) Etter folketrygdloven § 1-3 kan Kongen inngå gjensidige avtaler med andre land om rettigheter og plikter etter loven, og herunder gjøre unntak fra lovens bestemmelser. Forordning 883/2004 ble gjennomført i norsk rett ved forskrift om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen av 22. juni 2012 nr. 585. Forordningen har status som forskrift. I § 1 tredje ledd fremgår det at bestemmelsene i blant annet folketrygdloven skal «fravikes i den utstrekning det er nødvendig i henhold til bestemmelsene» i forordningen. Forordning 1408/71 ble gjennomført på samme måte med virkning fra EØS-avtalens ikrafttredelse. Dette innebærer at også forordningene går foran § 11-3 i den grad det er motstrid.
- (90) EØS-avtalen artikkel 29 gir anvisning på et trygderettslig vern som skal bidra til å sikre fri bevegelighet for arbeidstagere, selvstendig næringsdrivende og deres pårørende. Bestemmelsen pålegger EØS-statene blant annet en plikt til å legge sammen alle tidsrom som de enkelte nasjonale lovgivninger tillegger betydning for retten til ytelse og for beregningen av dem, samt å sørge for at ytelse utbetales uavhengig av i hvilken EØS-stat medlemmet er bosatt, i samsvar med regelverk inntatt i avtalens vedlegg VI. Trygdeforordningene inngår i dette vedlegget til EØS-avtalen.
- (91) I EFTA-domstolens rådgivende uttalelse avsnitt 46 og 47 er det fremhevet at forordningene må tolkes i lys av det overordnede formålet bak artikkel 29, som – innenfor EØS-avtalens ramme – er «å bidra til størst mulig bevegelsesfrihet».
- (92) Både den tidligere og någjeldende trygdeforordningen regulerer forholdet mellom EØS-statenes trygdeordninger. Formålet er å regulere hvilket lands trygdeordning som kommer til anvendelse, samt å sikre at opptjente trygderettigheter ikke går tapt for personer som benytter seg av retten til fri bevegelighet innenfor EØS-området.
- (93) Forordningene harmoniserer ikke medlemsstatenes trygdeordninger, verken med hensyn til innretning, medlemskap eller vilkår for å motta ulike trygdeytelser. EØS-statene står dermed i utgangspunktet fritt til å fastsette de nasjonale trygdeordningene og deres innhold. Forordningene inneholder likevel regler av betydning for adgangen til å begrense muligheten til å ta med seg trygdeytelser til en annen EØS-stat. Også annen EØS-rett legger rammer for den nasjonale trygdelovgivningen. Selv om trygdeområdet ikke er harmonisert, må EØS-statene respektere forordningene og øvrige EØS-rettslige regler.
- (94) Trygdekoordineringsreglene i forordning 883/2004 bygger på flere grunnleggende prinsipper. Sentralt er prinsippet om *likebehandling* som kommer til uttrykk i forordningen artikkel 4. Bestemmelsen er et utslag av det grunnleggende forbudet mot forskjellsbehandling i EØS-avtalen artikkel 4. Forordningen artikkel 4 slår fast at med mindre noe annet følger av forordningen, «skal personer som omfattes av denne forordning, ha de samme rettigheter og plikter etter en medlemsstats lovgivning som denne medlemsstats borgere». Videre står prinsippet om *eksportabilitet* sentralt. Prinsippet kommer blant annet til uttrykk i forordningen artikkel 7, som angir at «kontantytelser som utbetales etter en eller flere medlemsstaters lovgivning eller etter denne forordning, ikke [skal] reduseres, endres, midlertidig stanses, bortfalle eller beslaglegges som følge av at

mottakeren eller medlemmer av hans/hennes familie er bosatt i en annen medlemsstat enn medlemsstaten der institusjonen som har ansvar for å gi ytelsene, ligger.»

Rettstilstanden etter 1. juni 2012 – forordning 883/2004

Innledning

- (95) Som nevnt ble trygdeforordningen av 1971 avløst av forordning 883/2004. Den nye trygdeforordningen regulerer koordinering av trygdeordninger generelt. Personkretsen er utvidet og omfatter alle EØS-borgere, ikke bare personer som er eller har vært i økonomisk aktivitet som arbeidstakere eller selvstendig næringsdrivende, jf. artikkel 2. Som jeg kommer tilbake til, var dette annerledes i den tidligere forordningen fra 1971.
- (96) Forordning 883/2004 er derfor det naturlige utgangspunktet ved vurderingen av adgangen etter gjeldende rett til å motta arbeidsavklaringspenger under midlertidige opphold i andre EØS-land.

Artikkel 21 – problemstillingene

- (97) Forordning 883/2004 artikkel 21 nr. 1 første punktum lyder slik:
- «Artikkel 21 Kontantytelser
1. Et medlem i trygdeordningen og medlemmer av hans/hennes familie som bor eller oppholder seg i en annen medlemsstat enn den kompetente medlemsstat, skal ha rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon i samsvar med lovgivningen den anvender.»
- (98) Spørsmålene som Høyesterett har stilt til EFTA-domstolen om adgangen til å motta arbeidsavklaringspenger under opphold i en annen EØS-stat etter denne bestemmelsen, kan deles i tre kategorier:
- (99) For det første om arbeidsavklaringspenger er en ytelse ved sykdom, jf. forordning 883/2004 artikkel 3 nr. 1 bokstav a. Dette er en forutsetning for anvendelsen av artikkel 21.
- (100) For det andre om begrepet «oppholder seg i en annen medlemsstat» omfatter ethvert kortvarig opphold som ikke innebærer bosetting, og i tilfelle uavhengig av om sykdomsdiagnosen er stilt i hjemstaten før utreise.
- (101) For det tredje om vilkårene for arbeidsavklaringspenger i folketrygdloven § 11-3 første, jf. tredje ledd, er forenlige med artikkel 21. Bakgrunnen for spørsmålet er at selv om bestemmelsen gir medlemmet en rett til kontantytelser, skal dette skje «i samsvar med lovgivningen» som den kompetente institusjonen anvender. I dette tilfellet er det Nav som er den «kompetente institusjon». Spørsmålet i foreleggesskrivet er konkret om artikkel 21 kan tolkes slik at følgende vilkår i folketrygdloven § 11-3 kan opprettholdes:
- «- (i) At ytelsen bare kan gis i en begrenset periode, som i henhold til administrative rundskriv vanligvis ikke kan overskride fire uker per år, og

- (ii) Utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføring av fastsatte aktivitetsplikter, og ikke hindrer den kompetente institusjonens oppfølging og kontroll, og
- (iii) At vedkommende må søke og få tillatelse fra den kompetente institusjon (og kontroll av oppfylt søknadsplikt ved meldekort)»

(102) Før jeg går inn på disse spørsmålene og EFTA-domstolens uttalelse, minner jeg om at domfellelsen av A var begrunnet i at han, mens han mottok arbeidsavklaringspenger, oppholdt seg i perioder i Italia uten at han opplyste Nav om dette eller søkte Nav om forhåndsgodkjenning. Domfellelsen var ikke begrunnet i at utenlandsoppholdene var uforenlige med gjennomføringen av fastsatte aktivitetsplikter, eller at A hindret Navs oppfølging og kontroll.

Er arbeidsavklaringspenger en ytelse ved sykdom?

- (103) Forordning 883/2004 avdeling III gir særlige bestemmelser om ulike typer av ytelser og er delt inn i ni kapitler, som regulerer ulike kategorier ytelser etter årsak. Artikkel 21 er inntatt i kapittel 1 i avdeling III, som gjelder for «ytelser ved sykdom», samt ytelser ved svangerskap og fødsel. Ytelser ved uførhet og arbeidsløshet er regulert i kapitlene 4 og 6.
- (104) En forutsetning for anvendelse av artikkel 21 er altså at arbeidsavklaringspenger faller inn under det som i forordningens forstand er klassifisert som «ytelser ved sykdom», jf. artikkel 3 nr. 1 bokstav a. Forordningen artikkel 1 definerer ikke selv dette begrepet.
- (105) Forordningen skiller mellom kontantytelser og naturalytelser. Dette skillet reiser ingen problemer, siden arbeidsavklaringspenger er en økonomisk kompensasjon for manglende inntekt i form av faste utbetalinger til medlemmet.
- (106) Det er heller ingen tvil om at arbeidsavklaringspenger er en *trygdeytelse*. Det sentrale for om en ytelse som sådan faller inn under forordningens virkeområde, er ytelsens art, formål og vilkårene for å oppnå ytelsen, jf. EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 50. I avsnitt 51 er dette presisert slik at en ytelse «kan anses som en trygdeytelse dersom den gis uten noen individuell og skjønnsmessig vurdering av personlige behov, til mottakere på grunnlag av rettsstilling, og forutsatt at den er knyttet til en av risikoene som uttrykkelig er nevnt i artikkel 4 nr. 1 i forordning 1408/71». Artikkel 4 nr. 1 i forordning 1408/71 gjenfinnes som artikkel 3 nr. 1 i forordning 883/2004.
- (107) EFTA-domstolen har konkludert med at arbeidsavklaringspenger er en ytelse ved sykdom etter både gjeldende og tidligere trygdeforordning. Ved den nærmere klassifiseringen av ytelsen fremgår det av EFTA-domstolens tolkningsuttalelse at det sentrale er årsaken til at ytelsen gis, eller *hvilken risiko* ytelsen skal kompensere for, jf. særlig uttalelsen avsnitt 52.
- (108) Selv om klassifiseringen må skje etter EØS-rettslige kriterier, og den nasjonale karakteriseringen av ytelsen derfor ikke er avgjørende, nevner jeg at det ved innføringen av arbeidsavklaringspenger i folketrygdloven ble lagt til grunn av departementet at «arbeidsavklaringspenger vil bli ansett som en kontantytelse under sykdom i henhold til EØS-forordning 1408/71», jf. Ot.prp. nr. 4 (2008–2009) side 18. Norge har også, i alle fall i senere år, avgitt erklæringer i medhold av forordning 883/2004 artikkel 9 om at arbeidsavklaringspenger anses som kontantytelse under sykdom i henhold til artikkel 3 nr. 1 bokstav a.

- (109) I tråd med den tolkning EFTA-domstolen har gitt anvisning på, må det etter mitt syn legges til grunn at den norske ordningen med arbeidsavklaringspenger er en ytelse ved sykdom. Det avgjørende er at det grunnleggende inngangsvilkåret for arbeidsavklaringspenger i folketrygdloven § 11-5 er at medlemmet «på grunn av sykdom, skade eller lyte har fått arbeidsevnen nedsatt i en slik grad at vedkommende hindres i å beholde eller skaffe seg inntektsgivende arbeid». Ytelsen skal altså kompensere for risikoen ved inntektsbortfall som følge av sykdom.
- (110) Etter § 11-5 andre ledd skal det ved vurderingen av om arbeidsevnen er nedsatt riktignok gjøres en bredere vurdering, og ordningen er arbeidsrettet ved at det overordnede formålet er å få medlemmet i arbeid. Dette fratar likevel ikke ytelsen karakter av å være en midlertidig inntektssikring for medlemmer av trygden som har fått redusert arbeidsevnen på grunn av sykdom. Ytelsen er ikke en permanent uføreytelse og har heller ikke karakter av å være en ytelse ved arbeidsløshet, så lenge grunnen til inntektsbortfallet er at medlemmets arbeidsevne er nedsatt.
- (111) Klassifiseringen av «ytelser ved sykdom» i forordning 1408/71 ble ikke endret ved vedtakelsen av forordning 883/2004. Det må derfor legges til grunn at arbeidsavklaringspenger er en ytelse ved sykdom, både etter tidligere og någjeldende trygdeforordning. Ytelsen faller således inn under anvendelsesområdet for forordning 883/2004 artikkel 21.

Det nærmere virkeområdet for artikkel 21 – omfattes midlertidige opphold i annen EØS-stat?

- (112) Den tidligere forordning 1408/71 artikkel 10 – som gjaldt frem til 2012 – inneholdt en bestemmelse om opphevelse av bostedsvilkår for nærmere fastsatte trygdeytelser. Forordningen slo fast at disse ikke kunne «reduseres, endres, suspenderes, bortfalle eller beslaglegges som følge av at mottakeren er bosatt på territoriet til en annen medlemsstat». Ytelser ved sykdom, og følgelig arbeidsavklaringspenger, falt ikke inn under oppregningen av hvilke ytelser som var omfattet av 1971-forordningen artikkel 10.
- (113) I den någjeldende forordning 883/2004 er bestemmelsen videreført i artikkel 7. Virkeområdet er imidlertid utvidet til å omfatte alle «kontantytelser som utbetales etter en eller flere medlemsstaters lovgivning eller etter denne forordning». Bestemmelsen omfatter derfor nå også arbeidsavklaringspenger, som kontantytelse ved sykdom.
- (114) Forordning 883/2004 artikkel 7 innebærer derfor et forbud mot at ytelsen reduseres mv. som følge av at mottakeren er *bosatt* i en annen medlemsstat. Verken artikkel 7 eller den tidligere forordningen artikkel 10 regulerer imidlertid situasjonen der mottakeren av en kontantytelse *oppholder* seg i en annen EØS-stat, uten å bosette seg eller være bosatt der.
- (115) For kontantytelser ved sykdom følger det imidlertid av ordlyden i artikkel 21 at denne bestemmelsen gjelder tilfeller der et medlem av trygdeordningen «bor eller oppholder seg» i en annen medlemsstat enn trygdestaten. Den trygdede skal altså «ha rett til kontantytelser» fra den kompetente institusjon – her Nav – i samsvar med lovgivningen institusjonen anvender, også om vedkommende oppholder seg i utlandet.

- (116) Forordningen definerer i artikkel 1 bokstav j «bosted» som «stedet der en person til vanlig er bosatt». Begrepet «opphold» er i artikkel 1 bokstav k definert som «midlertidig bosted».
- (117) EFTA-domstolen har i sin uttalelse klargjort tolkningen av artikkel 21 på dette punkt. I avsnitt 133 uttales det at uttrykkene «bor» og «oppholder seg» i artikkel 21, når de sammenholdes med definisjonene i artikkel 1, må tolkes slik at bestemmelsen «omfatter et kortvarig opphold i en annen EØS-stat», og at opphold «omfatter både et kortvarig opphold og besøk av lengre varighet». Til støtte for sin konklusjon har EFTA-domstolen i tillegg til ordlyden vist til EU-domstolens dom 5. juni 2014 i sak C-255/13 I avsnitt 50. Denne dommen gjaldt spørsmålet om hvor langvarig et opphold kan være uten at medlemmet må anses som bosatt, jf. dommen avsnitt 53. EFTA-domstolen har i uttalelsen i vår sak videre vist til de ulike språkversjonene av definisjonene i artikkel 1. Domstolens konklusjon er at «uttrykket ‘oppholder seg’ i artikkel 21 nr. 1 i forordning nr. 883/2004 må forstås slik at det også omfatter kortvarige opphold i en annen EØS-stat som ikke utgjør ‘bosted’ etter artikkel 1 bokstav j i samme forordning, slik som i hovedsaken», jf. avsnitt 134.
- (118) Jeg nevner at også Arnesen-utvalget har lagt til grunn at begrepene «bosted» og «opphold» samlet må omfatte alle former for tilstedeværelse i et annet medlemsland, og at oppholdsbegrepet dermed også omfatter helt kortvarige opphold, jf. NOU 2020: 9 vedlegg 2 side 306–307.
- (119) EFTA-domstolen har i uttalelsen avsnitt 136 videre avvist at det er grunnlag for å begrense anvendelsen av artikkel 21 til situasjoner der *den medisinske diagnosen* stilles under oppholdet i en annen medlemsstat enn trygdestaten, og har på dette punktet vist til at bestemmelsen skal tolkes i samsvar med sin klare ordlyd.
- (120) Samlet må det ut fra dette legges til grunn at virkeområdet for forordning 883/2004 artikkel 21 omfatter både situasjoner der et medlem av trygden bor og oppholder seg i en annen medlemsstat, og at begrepene samlet dekker enhver tilstedeværelse i en annen EØS-stat. Retten til kontantytelser etter artikkel 21 gjelder uavhengig av om sykdommen er konstatert i den kompetente staten eller i bosteds- eller oppholdsstaten.
- (121) As opphold i Italia falt dermed inn under anvendelsesområdet for artikkel 21 nr. 1.

Adgangen til å stille vilkår for mottak av kontantytelser under sykdom ved reiser i EØS-området

- (122) Jeg har så langt konkludert med at forordning 883/2004 artikkel 21 omfatter arbeidsavklaringspenger etter folketrygdloven kapittel 11 fordi dette er en kontantytelse ved sykdom. Videre har jeg konkludert med at virkeområdet for artikkel 21 dekker enhver tilstedeværelse i en annen EØS-stat.
- (123) Spørsmålet i det følgende er hva som nærmere ligger i artikkel 21 når det fremgår at medlemmet skal ha «rett til kontantytelser fra den kompetente institusjonen i samsvar med lovgivningen den anvender».
- (124) Overordnet er spørsmålet her om artikkel 21 begrenser medlemsstatenes adgang til å knytte vilkår til mottak av kontantytelser under sykdom. Mer konkret er spørsmålet om vilkårene i

folketrygdloven § 11-3 første og tredje ledd helt eller delvis må settes til side grunnet EØS-rettslig motstrid.

- (125) Ordlyden i artikkel 21 gir isolert ikke noe sikkert svar på disse spørsmålene. Forordningens utgangspunkt er, som jeg har nevnt, at den ikke harmoniserer medlemsstatens trygdeordninger. Statene kan derfor i utgangspunktet selv bestemme vilkårene for å motta trygdeytelser. Samtidig er det klart at forordningens overordnede formål om koordinering av trygdeordninger for å sikre fri bevegelighet, vil kunne undergraves dersom bestemmelsen forstås som en ubetinget henvisning til den enkelte medlemsstats interne trygdelovgivning. I alle fall gjelder dette dersom bestemmelsen tolkes slik at den gir grunnlag for å stille vilkår som ikke er forenlige med annen EØS-rett, herunder reglene om fri bevegelighet. De formål som reglene om trygdekoordinering skal ivareta, trekker derfor klart imot en slik tolkning av artikkel 21. Utgangspunktet i forordningen selv er også at bestemmelser som fraviker prinsippet om at trygdeytelser kan eksporteres, skal tolkes strengt, jf. fortalen punkt 37.
- (126) EFTA-domstolen har på dette punkt konkludert med at artikkel 21 nr. 1 må tolkes slik at bestemmelsen utelukker vilkårene i folketrygdloven § 11-3.
- (127) Før jeg går nærmere inn på de enkelte delene av tolkningsuttalelsen, nevner jeg at Arnesen-utvalget i sin delutredning «Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området» har tatt følgende generelle utgangspunkt, jf. NOU 2020: 9 vedlegg 2 side 296:

«Selv om trygdeforordningene i prinsippet stiller medlemsstatene fritt i utformingen av nasjonale trygdeordninger, må ordningene like fullt ligge innenfor rammene av hva EØS-retten tillater. Dette innebærer blant annet at nasjonale trygderegler må tilfredsstillende de kravene som følger av de alminnelige reglene om fri bevegelighet for personer, varer, tjenester og kapital. I tillegg må de nasjonale trygdeordningene oppfylle trygdeforordningenes krav til hvilken betydning opphold i andre EØS-stater kan tillegges.»

- (128) Utvalgets konklusjon vedrørende tolkningen av artikkel 21 og adgangen til å stille vilkår for kontantytelser som begrenser muligheten til å motta slike ytelser ved opphold i en annen EØS-stat, er oppsummert slik i NOU 2020: 9 side 46:

«Som utvalget beskriver nærmere i delutredningen punkt 4.2.3, kan ordlyden forstås på to måter. Legger man vekt på at bestemmelsen henviser til nasjonal lovgivning ('rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon i samsvar med lovgivningen den anvender'), blir artikkel 21 i det vesentlige en henvisningsbestemmelse. Tar man utgangspunkt i ordene 'skal ha rett til kontantytelser', er det nærliggende også å lese en rettighet inn i bestemmelsen. Forstått i lys av EU-domstolens praksis og hensynet til å oppnå homogenitet mellom EØS-rett og EU-rett, fant utvalget i delutredningen at bestemmelsen bør forstås som en rettighetsbestemmelse.

Utvalget fant imidlertid ikke dekning for å forstå bestemmelsen slik at den er til hinder for ethvert vilkår som kan gjøre det vanskelig å reise utenlands. Slike vilkår må tilfredsstillende de krav EU- og EØS-retten stiller til hindringer for fri bevegelighet for personer. Det artikkel 21 er til hinder for, er at Nav nekter å utbetale kontantytelser under sykdom utelukkende med den begrunnelse at medlemmet oppholder seg i et annet EØS-land enn Norge.»

- (129) EFTA-domstolens tolkning av artikkel 21 og adgangen til å stille vilkår fremkommer i uttalelsens avsnitt 138 følgende.
- (130) For så vidt gjelder vilkåret om *opphold i Norge* i folketrygdloven § 11-3 første ledd, sammenholdt med tredje ledd, som fastsetter at ytelsen bare kan gis for en begrenset periode – i praksis fire uker – under opphold i utlandet, tar EFTA-domstolen utgangspunkt i forordningen artikkel 7 om opphevelse av bostedskrav, og uttaler følgende i avsnitt 139:
- «Et vilkår om opphold kan i praksis tilsvare et vilkår om vanlig bosted, særlig dersom vilkåret forutsetter lange perioder med opphold i den berørte EØS-stat og/eller vilkåret må være oppfylt så lenge den aktuelle ytelse utbetales. I slike tilfelle kan et krav om opphold tilsvare og utgjøre et bostedskrav etter artikkel 7 i forordning 883/2004 (jf. dommen i *Stewart* [EU-domstolens dom 21. juli 2011 i sak C-503/09], som omtalt over, avsnitt 73). EFTA-domstolen peker på at under omstendigheter slik som i hovedsaken, er et krav om opphold som utelukker rett til ytelser ved sykdom under kortvarige opphold i utlandet, faktisk betydelig mer inngripende enn et bostedskrav (se *Stig Arne Jonsson* [EFTA-domstolens dom 20. mars 2012, sak E-3/12], som omtalt over, avsnitt 69 til 74). Artikkel 7 fastsetter at EØS-statene ikke kan gjøre ytelsene betinget av bosted. Det følger av dette at en EØS-stat heller ikke kan gjøre slike ytelser betinget av kontinuerlig fysisk opphold.»
- (131) EFTA-domstolen konkluderer altså her med at et vilkår om kontinuerlig opphold i trygdestaten, og med en begrenset adgang til å gjøre unntak, i praksis tilsvare et bostedskrav. Dette kan faktisk være mer inngripende enn et bostedskrav. Et slikt vilkår for kontantytelser er derfor i strid med artikkel 7.
- (132) Domstolen uttaler videre i avsnitt 144 at et vilkår som gjør mottak av en kontantytelse betinget av fysisk opphold i den kompetente staten, er i strid med artikkel 21. I avsnitt 143 grunngis dette slik:
- «Artikkel 21 i forordning 883/2004 gir imidlertid ikke hjemmel til å gjøre unntak fra retten til fortsatt å motta trygdeytelser når medlemmet drar til en annen EØS-stat, slik uttrykt i den bestemmelse. Forutsatt at kriteriene for rett til ytelser i nasjonal lovgivning er oppfylt, kan artikkel 21 nr. 1, inklusive ‘i samsvar med lovgivningen den anvender’, ikke tolkes slik at en EØS-stat kan pålegge noen ytterligere vilkår, som å kreve at et medlem i trygdeordningen fysisk oppholder seg på dens territorium. En tolkning som åpner for at retten til ytelser etter artikkel 21 nr. 1 i forordning 883/2004 kan omgås av et krav om fysisk opphold på en EØS-stats territorium, vil gjøre nevnte bestemmelse formålsløs (jf. dommen i *Tolley* [EU-domstolens dom 1. februar 2017, sak C-430/15], som omtalt over, avsnitt 88).»
- (133) Slik jeg leser disse to avsnittene, tolker EFTA-domstolen artikkel 21 slik at dersom medlemmet oppfyller gjeldende vilkår for en kontantytelse etter trygdestatens interne lovgivning, kan det ikke stilles «ytterligere vilkår» for rett til utbetaling som følge av at medlemmet bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat.
- (134) Verken aktor eller forsvarerne har hatt innvendinger til EFTA-domstolens tolkning på dette punkt, og heller ikke jeg finner noen grunn til å fravike denne. Et vilkår om opphold i Norge for rett til ytelsen vil undergrave koordineringsreglens grunnleggende formål om å legge til rette for fri bevegelighet.

- (135) Basert på EFTA-domstolens tolkning av artiklene 7 og 21, må det ut fra dette legges til grunn at vilkåret om opphold i Norge, med adgang til å gjøre unntak for inntil fire uker i året, er i strid med forordning 883/2004, slik også EFTA-domstolen uttaler i avsnitt 145. Det er da ikke nødvendig å ta stilling til om oppholdskravet i folketrygdloven § 11-3 første ledd eventuelt også er i strid med andre EØS-rettslige regler.
- (136) Når det gjelder spørsmålene knyttet til de *øvrige vilkårene i § 11-3 tredje ledd*, fremgår EFTA-domstolens konklusjon i punkt 7 avslutningsvis i uttalelsen. Domstolen tolker artikkel 21 slik at denne bestemmelsen utelukker vilkår om
- «(ii) at det må godtgjøres at utenlandsoppholdet er forenlig med aktivitetspliktene og ikke hindrer den kompetente institusjons oppfølging og kontroll; og
 - (iii) at vedkommende må få tillatelse og overholde meldeplikten ved bruk av meldekort».
- (137) Begrunnelsen for denne konklusjonen gis i avsnittene 146 til 148. Det fremgår her at EFTA-domstolen ser vilkåret om godtgjøring av at utenlandsopphold er forenlig med aktivitetsplikter og vilkåret om tillatelse samlet, og som et krav om *forhåndsgodkjenning*.
- (138) Domstolen trekker i avsnitt 146 frem at slik vilkårene i § 11-3 tredje ledd er utformet, utgjør de reelt sett et «krav om å være fysisk til stede i Norge som den kompetente institusjon kan gi unntak fra etter søknad fra medlemmet i trygdeordningen». I avsnitt 147 heter det at artikkel 21 må tolkes slik at bestemmelsen «utelukker et krav om forhåndsgodkjenning», og at en annen tolkning «ville sett bort fra den ubetingede rett» som ligger i bestemmelsen. Endelig trekker domstolen frem at ordlyden i den tidligere forordning 1408/71 artikkel 22 nr. 1 åpnet for forhåndsgodkjenning av ytelser ved sykdom ved flytting, men at dette er endret i den nye forordningen.
- (139) Jeg forstår EFTA-domstolen slik at artikkel 21 utelukker vilkår om forhåndsgodkjenning som i folketrygdloven § 11-3 tredje ledd. Vilkaåret om forhåndsgodkjenning for et medlem av trygdeordningen som bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat, innebærer at det stilles «ytterligere vilkår» eller særvilkår forbundet med retten til å motta kontantytelse under opphold i en annen EØS-stat, i strid med utgangspunktet for tolkningen som EFTA-domstolen klargjør i avsnitt 143.

Oppsummering – rettsstilstanden etter 1. juni 2012

- (140) Det må etter dette legges til grunn at forordning 883/2004 artikkel 21, jf. artikkel 7 innebærer at et medlem av folketrygden ikke kan nektes rett til å motta arbeidsavklaringspenger alene med den begrunnelse at vedkommende bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat. Kravet om opphold i Norge i folketrygdloven § 11-3 første ledd er derfor i strid med forordning 883/2004 artikkel 21, jf. artikkel 7.
- (141) Artikkel 21 innebærer videre at det heller ikke kan stilles krav om forhåndsgodkjenning som i § 11-3 tredje ledd for å beholde arbeidsavklaringspenger under utenlandsopphold.
- (142) Det har vært reist spørsmål om EFTA-domstolens uttalelse må forstås slik at artikkel 21 også er til hinder for *aktivitetsplikt som materielt vilkår* for rett til

arbeidsavklaringspenger. Det siktes her til vilkåret i folketrygdloven § 11-8, som nå fremgår av § 11-7, om at medlemmet må bidra aktivt i prosessen med å komme i arbeid.

- (143) Jeg kan ikke se at EFTA-domstolens tolkning av artikkel 21 berører dette spørsmålet. Domstolen tar for det første utgangspunkt i at forordningen ikke harmoniserer vilkårene for trygdeytelser. Videre er det bærende resonnementet ved tolkningen av artikkel 21 i avsnitt 146 at forordningen ikke tillater at det stilles *ytterligere* vilkår for utenlandsopphold, sammenholdt med de vilkår som gjelder for medlemmer av trygden som bor og oppholder seg i den kompetente staten. Vilket om aktivitetsplikt, som gjelder generelt og uavhengig av hvor medlemmet bor eller oppholder seg, er dermed tillatt.
- (144) Om forordningen også stiller krav til hvilke aktivitetsplikter som kan stilles i det konkrete trygdetilfellet, altså krav til praktiseringen av vilkåret om aktivitetsplikt i § 11-8 i forbindelse med trygdemedlemmets ønske om utenlandsopphold, gir denne saken ikke foranledning til å gå nærmere inn på.

Rettstilstanden før 1. juni 2012

Problemstillingene

- (145) For perioden før 1. juni 2012 reiser kravet om opphold i Norge i folketrygdloven § 11-3 spørsmål under flere ulike EØS-rettslige grunnlag.
- (146) Frem til forordning 883/2004 ble innlemmet i EØS-avtalen, gjaldt forordning 1408/71, og jeg vil først se på anvendelsesområdet for denne, nærmere bestemt for artiklene 19 og 22.
- (147) Dersom denne forordningen ikke ga rett til å beholde arbeidsavklaringspenger under utenlandsopphold, er det likevel et spørsmål om reglene om fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel får betydning for oppholdsvilkåret i folketrygdloven § 11-3. Det sentrale rettsgrunnlaget her er reglene om fri bevegelighet for tjenester i EØS-avtalen artikkel 36.

Nærmere om anvendelsesområdet for forordning 1408/71 artiklene 19 og 22

- (148) Også ved vurderingen av reglene i forordning 1408/71 må det legges til grunn at arbeidsavklaringspenger er en ytelse ved sykdom. Det er derfor reglene i denne forordningen avdeling III kapittel 1 som er av interesse for en eventuell rett til å motta arbeidsavklaringspenger under midlertidige opphold i andre EØS-land.
- (149) Etter forordning 1408/71 artikkel 19 nr. 1 bokstav b hadde en arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende «som er bosatt på territoriet til en annen medlemsstat», rett til å motta kontantytelser «i henhold til den kompetente stats lovgivning».
- (150) EFTA-domstolen har ved tolkningen av denne bestemmelsen i avsnitt 63 og 64 lagt avgjørende vekt på ordlyden og konkluderer med at artikkel 19 må tolkes slik at «nevnte bestemmelse utelukkende [gjelder] situasjoner der et medlem i trygdeordningen, som søker den kompetente institusjon i en EØS-stat om ytelse ved sykdom, er bosatt i en annen

EØS-stat på søknadsdatoen». EFTA-domstolen henviser til EU-domstolens dom Tolley-saken, der tilsvarende tolkning er lagt til grunn i avsnittene 71 til 73.

- (151) Artikkel 22 regulerer ulike sider av et medlems opphold utenfor den kompetente stat. Den relevante delen av bestemmelsen er artikkel 22 nr. 1 bokstav b, som gir en arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som «etter å ha fått rett til ytelser som skal belastes den kompetente institusjon, får tillatelse av institusjonen til å reise tilbake til den medlemsstat på hvis territorium vedkommende er bosatt, eller til å flytte til en annen medlemsstats territorium.»
- (152) Heller ikke denne bestemmelsen er etter ordlyden anvendelig ved mer kortvarige opphold. EFTA-domstolen uttaler i avsnitt 67 at et medlem som tilbringer kortvarige opphold i en annen medlemsstat, «ikke tilhører de kategorier av personer som artikkel 22 nr. 1 bokstav b i forordning 1408/71 retter seg mot, da denne bestemmelse begrenser seg til retten til fortsatt å motta ytelser ved sykdom ved endring av bosted til en annen EØS-stat». Også på dette punkt har EFTA-domstolen vist til EU-domstolens dom i Tolley-saken, avsnitt 74.
- (153) På bakgrunn av ordlyden i artiklene 19 og 22 og EFTA-domstolens klare konklusjon vedrørende tolkningen av disse bestemmelsene må det legges til grunn at As midlertidige opphold i Italia mens han mottok arbeidsavklaringspenger fra Nav, ikke faller inn under virkeområdet for forordning 1408/71 artiklene 19 og 22.

Forholdet mellom trygdeforordningene og reglene om fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel

- (154) Jeg har allerede pekt på at andre EØS-regler enn reglene om trygdekoordinering i trygdeforordningene vil legge rammer for den nasjonale trygdelovgivningen, og at dette gjelder selv om trygdeområdet ikke er harmonisert.
- (155) At reglene om fri bevegelighet som bakgrunnsrett vil stå sentralt ved tolkningen av de enkelte bestemmelsene i forordningene, er på det rene. Det kan heller ikke være tvil om at reglene om fri bevegelighet kan komme inn som *selvstendige rettsgrunnlag* og dermed føre til at vilkår i nasjonal trygdelovgivning som er i strid med de grunnleggende frihetene i EØS-avtalens hoveddel, kan måtte settes til side, jf. EØS-loven § 2.
- (156) EFTA-domstolen har i forlengelsen av sin konklusjon om at forordning 1408/71 ikke er anvendelig i As situasjon, uttalt følgende om anvendelsen av reglene om fri bevegelighet, jf. avsnitt 68:

«Denne tolkning av forordning 1408/71 må forstås slik at den ikke berører den løsning som følger av at hoveddelen av EØS-avtalen muligens kan komme til anvendelse (jf. dommen i *von Chamier-Glisczinski* [EU-domstolens dom 16. juli 2009, sak C-208/07], som omtalt over, avsnitt 66). En konklusjon om at et nasjonalt tiltak ikke omfattes av virkeområdet for en bestemmelse i en rettsakt som er innlemmet i EØS-avtalen, i dette tilfelle artikkel 22 nr. 1 bokstav b, medfører ikke at nevnte tiltak unntas fra virkeområdet for EØS-avtalens hoveddel eller noen annen rettsakt som er innlemmet i EØS-avtalen (jf. dommen i *Elchinov*, C-173/09, [EU-domstolens dom 5. oktober 2010], avsnitt 38 og rettspraksis som det vises til der). Når henholdsvis artiklene 19 eller 22 ikke kommer til anvendelse på en situasjon som den hovedsaken gjelder, er følgelig ikke dette i seg selv til hinder for at den berørte person etter

EØS-avtalens hoveddel eller en annen rettsakt innlemmet i EØS-avtalen kan kreve å beholde retten til en kontantytelse ved sykdom under kortvarige opphold i en annen EØS-stat.»

- (157) Det er også en rekke avgjørelser fra EU-domstolen som viser denne sammenhengen mellom trygdeforordningene og de grunnleggende frihetene. Jeg viser til EU-domstolens dom 18. juli 2006 i sak C-406/04 *De Cuyper*, som gjaldt spørsmål om rett til å ta med ytelse under arbeidsledighet til en annen medlemsstat etter forordning 1408/71. EU-domstolen konstaterte at *De Cuyper* ikke var i en situasjon der forordningens bestemmelser om rett til eksport av ytelsen kom til anvendelse, jf. avsnitt 38. Domstolen gikk deretter videre til å vurdere om et bosettingskrav i belgisk lovgivning var forenlig med traktatsbestemmelsen om unionsborgerskap, jf. avsnitt 39. Tilsvarende gjelder utvilsomt for de tradisjonelle reglene om fri bevegelighet. Jeg viser for øvrig til Trygdekoordineringsutvalgets gjennomgang av forholdet mellom trygdeforordningene og hovedreglene om fri bevegelighet i NOU 2021: 8 punkt 2.4.

Var oppholdskravet i folketrygdloven § 11-3 i strid med EØS-avtalens regler om fri bevegelighet?

- (158) EFTA-domstolen er forelagt spørsmålet om rett til kontantytelser ved sykdom under midlertidige opphold i en annen EØS-stat faller inn under anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 28 eller artikkel 36. Bakgrunnen for spørsmålet om anvendelsen av artikkel 28, som gjelder fri bevegelighet for arbeidstakere, er at A under ett av oppholdene i Italia førte opp 66 timers arbeid i meldekortene til Nav. Partene er imidlertid enige om at hovedspørsmålet er knyttet til anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 36 om fri bevegelighet av tjenester, og jeg vil i det følgende vurdere dette.
- (159) Tjenestereguleringene utgjør ikke det sentrale rammeverket for regelverket om trygdekoordinering. Hovedmålet med koordineringsreglene i trygdeforordningene er å legge til rette for fri bevegelighet av personer, og ikke for fri tjenesteyting i EØS-området, jf. EØS-avtalen artikkel 29. Dette fremgår også av fortalen til forordning 883/2004 punkt 1.
- (160) EØS-avtalen artikkel 36 nr. 1 lyder slik:
- «Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.»
- (161) Som det fremgår er enhver restriksjon på den frie bevegeligheten av tjenester i utgangspunktet forbudt. A var ikke tjenesteyter under sine opphold i Italia. Det følger imidlertid av rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen at artikkel 36 og den tilsvarende bestemmelsen i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV) artikkel 56 også har en passiv side – en rett for mottakere av tjenester til å reise til en annen EØS-stat for å motta en tjeneste der, uten å bli hindret av restriksjoner. Jeg viser til EU-domstolens dom 31. januar 1984 i de forente sakene 286/82 og 86/83 *Luisi og Carbone*. Her la EU-domstolen til grunn at hjemstatsbegrensninger i italiensk rett vedrørende adgangen til å ta med valuta ut av landet var en restriksjon etter tjenestereguleringene. I avsnitt 16 heter det:

«Det følger heraf, at fri udveksling af tjenesteydelser omfatter frihed for modtagerne af tjenesteydelserne til at begive sig til en anden medlemsstat for at modtage en ydelse dér, og at de ikke herved kan hindres af begrænsninger, heller ikke for så vidt angår betalinger, samt at turister, kurrejsende og personer på studie- eller forretningsrejse må anses for modtagere af tjenesteydelser.»

- (162) EFTA-domstolen har lagt samme tolkning til grunn med henvisning til ytterligere retspraksis, og har klargjort at årsaken til oppholdet ikke er avgjørende for tolkningen, jf. uttalelsen avsnitt 77, der det heter:

«Når det gjelder en person som er forhindret fra å arbeide, som tilfelle er for mottakere av ytelser av den type saken gjelder, kan det være mange forklaringer på hvorfor de velger å oppholde seg i en annen EØS-stat. Under disse omstendigheter kan det imidlertid antas at en slik person vil motta tjenester i den EØS-stat han oppholder seg i.»

- (163) Domstolen bygger altså på en presumsjon for at en person som reiser til et annet EØS-land uten å benytte seg av reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende, vil motta tjenester, og at dette er tilstrekkelig til å falle inn under virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 36.

- (164) Den tolkningen av bestemmelsen som EFTA-domstolen her gir anvisning på, gir tjenestereguleringene et vidt anvendelsesområde. Den samsvarer imidlertid med tolkningen flertallet i Arnesen-utvalget la til grunn som sikker rett, jf. NOU 2020: 9 side 47 følgende. I likhet med EFTA-domstolen støtter utvalgets flertall seg i sin konklusjon også på EU-domstolens dom 20. april 2020 i sak C-897/19 PPU *straffesak mot I.N.*, der utlevering til Russland av en islandsk borger på ferie i Kroatia, falt inn under anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 36. I den saken var det, som utvalget peker på, heller ingen direkte sammenheng mellom den aktuelle restriksjonen og I.N.s økonomiske aktivitet som turist. Restriksjonen hadde imidlertid direkte konsekvenser for adgangen til å benytte tjenestetilbudet. Arnesen-utvalgets flertall trekker følgende konklusjon på side 48:

«Utvalgets flertall, leder Arnesen og medlemmene Strandbakken, Wærnes og Jendal, mener dermed det kan karakteriseres som sikker rett at tjenestereguleringene kommer til anvendelse der tjenestemottaker reiser til tjenesteyter og mottar tjenesten(e) der. Flertallet finner ingen holdepunkter i rettspraksis eller skreven EU- og EØS-rett for å anta at den omstendighet at restriksjonen det er tale om er bortfall av rett til kontantytelser under sykdom, medfører at tjenestereguleringene likevel ikke kommer til anvendelse.»

- (165) Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å fravike EFTA-domstolens tolking på dette punktet og legger til grunn at A under sine midlertidige opphold i Italia falt inn under anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 36 som tjenestemottaker.
- (166) Det er etter mitt syn da også uten videre klart at oppholdskravet slik det fulgte av folketrygdloven § 11-3 første, jf. tredje ledd utgjorde en *restriksjon* på retten til å motta tjenester i et annet EØS-land.
- (167) For at det skal foreligge en restriksjon, er det tilstrekkelig at oppholdskravet og kravet om forhåndsgodkjenning «forbyr, hemmer eller gjør utøvelsen av fri bevegelighet for tjenester

mindre interessant», jf. EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 79 med videre henvisning til rettspraksis.

- (168) Kravet om opphold i Norge innebar i praksis at A måtte frasi seg ytelsen dersom han ønsket å utøve sin frihet til å motta tjenester i Italia utover i en begrenset periode. Dette gjorde etter mitt syn i det minste utøvelsen av tjenestefriheten mindre interessant. Også isolert vurdert utgjorde kravet om forhåndsgodkjenning i § 11-3 tredje ledd en restriksjon. Et vilkår om forhåndsgodkjenning innebærer, som EFTA-domstolen har fremholdt, en tilleggsbyrde for personer som velger å oppholde seg i en annen EØS-stat, sammenholdt med dem som oppholder seg i Norge, jf. avsnitt 86.
- (169) Det avgjørende spørsmålet er ut fra dette om oppholdskravet og kravet til forhåndsgodkjenning i § 11-3 første, jf. tredje ledd kan *rettferdiggjøres*. Rettslig sett beror det på om restriksjonene er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, er egnet til å virkeliggjøre de formålene de forfølger og ikke går lenger enn nødvendig for å oppnå dette. Jeg viser til EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 91 og HR-2016-2554-P *Holship* avsnitt 97. Staten har bevisbyrden og må underbygge konkret at restriksjonene er begrunnet i legitime hensyn, er egnede og nødvendige.
- (170) Jeg ser først på om restriksjonene var begrunnet i *tvingende allmenne hensyn*. EFTA-domstolen har i avsnitt 96 gjengitt statens anførte legitime hensyn slik:
- «Når det gjelder hvilke grunner som kan rettferdiggjøre en restriksjon av ytelse av tjenester etter den lovgivning saken gjelder, anfører den norske regjering at det foreligger flere objektive grunner. Den nasjonale lovgivning er ment (i) å unngå risikoen for alvorlig undergraving av trygdeordningens økonomiske stabilitet, (ii) å unngå risikoen for misbruk av ytelse ved sykdom, (iii) å gjenspeile behovet for å kontrollere at kravene for å oppnå trygdeytelser er oppfylt, og (iv) å legge til rette for integrering av personer som står utenfor arbeidsmarkedet og for å fremme et høyt sysselsetningsnivå.»
- (171) I praksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen er det lagt til grunn at EØS- og EU-retten ikke kan påberopes for å muliggjøre svik eller misbruk, jf. EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 97 og EU-domstolens dom 22. november 2017 i sak C-251/16 *Cussens med flere* avsnitt 27. Hensynet til å unngå misbruk av trygdeytelser og til å føre kontroll med at mottakere av ytelse faktisk oppfyller de lovfastsatte vilkårene så langt disse vilkårene i seg selv ikke strider mot EØS-retten, er derfor hensyn som i prinsippet kan begrunne restriksjoner. Også hensynet til å unngå undergraving av trygdeordningens økonomiske stabilitet er i prinsippet et legitimt allment hensyn, jf. EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 97.
- (172) EFTA-domstolen legger videre til grunn at også det fjerde anførte hensynet – om å legge til rette for integrering av personer som står utenfor arbeidsmarkedet – utgjør et «legitimt mål for EØS-statenes sosial- eller sysselsetningspolitikk», jf. avsnitt 98. Tilsvarende er lagt til grunn av Arnesen-utvalget i delutredningen på side 39, der dette er begrunnet slik:
- «De betingelsene som knyttes til mottak av syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger er begrunnet i hensynet til å bringe personer tilbake til arbeidslivet og fremme full sysselsetting. Dette er hensyn som gjenfinnes i EØS-avtalens fortale og i avtalens del V. Hensynene er også godt i samsvar med bestemmelser i TEUF. Utvalget vil særlig fremheve TEUF artikkel 51, hvor varig høy sysselsetting uttrykkelig nevnes

blant de mål medlemsstatene og EU skal arbeide mot.»

- (173) I sin uttalelse går EFTA-domstolen også noe nærmere inn på betydningen av rene sysselsettingspolitiske hensyn i vurderingen av om restriksjoner i bevegelsesfriheten til personer som mottar kontantytelser ved sykdom, kan rettferdiggjøres. Slik jeg leser disse uttalelsene, gjelder de selve vurderingen av om restriksjonene kan rettferdiggjøres i lys av særtrekkene ved de konkrete restriksjonene i saken, altså et oppholds krav i kombinasjon med krav om forhåndsgodkjenning av utenlandsopphold, jf. særlig avsnitt 99 avslutningsvis og konklusjonen i avsnitt 106.
- (174) Jeg legger ut fra dette til grunn at vilkårene i folketrygdloven § 11-3 første, jf. tredje ledd, forfølger hensyn som EØS-retten generelt anerkjenner som legitime, og som derfor i utgangspunktet kan rettferdiggjøre restriksjoner i retten til fri bevegelse for tjenestemottakere.
- (175) Ved den konkrete vurderingen av om restriksjonene i dette tilfellet kan rettferdiggjøres, er imidlertid karakteren av de aktuelle restriksjonene etter mitt syn avgjørende for konklusjonen.
- (176) Et krav om opphold i Norge, med en svært begrenset adgang til å få forhåndsgodkjent unntak, kan ikke rettferdiggjøres med en generell henvisning til formålet om å unngå misbruk og sikre kontroll med at mottakere av kontantytelsen oppfyller vilkårene.
- (177) For det første er kontrollen med at medlemmet oppfyller vilkårene for ytelsen etter systemet i folketrygdloven i stor grad basert på egenrapportering gjennom meldeplikten i folketrygdloven § 11-7, nå § 11-10, og den alminnelige opplysningsplikten i § 21-3. Disse bestemmelsene gjelder uavhengig av hvor medlemmet oppholder seg, og de ivaretar derfor langt på veg trygdeforvaltningens kontrollbehov.
- (178) Restriksjonen er for det andre et særvilkår ved midlertidige opphold i utlandet som ikke gjelder tilsvarende ved reiser innenlands, og som for øvrig heller ikke gjelder for medlemmer av folketrygden som flytter til en annen EØS-stat. Selv om kontrollmulighetene vil kunne være dårligere der medlemmet oppholder seg i et annet EØS-land, er det etter mitt syn vanskelig å se en tilstrekkelig begrunnelse som kan rettferdiggjøre en så vidtrekkende restriksjon som den vi står overfor. Det er heller ikke påvist fra norske myndigheters side at oppholdsvilkåret var nødvendig for å kunne kontrollere at vilkårene for å få ytelsen er oppfylt.
- (179) Heller ikke hensynet til generelt å legge til rette for integrering av personer som står utenfor arbeidsmarkedet, kan rettferdiggjøre vilkårene i § 11-3 som nødvendige restriksjoner i tjenestefriheten.
- (180) De øvrige materielle vilkårene for arbeidsavklaringspenger gjelder uavhengig av hvor medlemmet oppholder seg, og det er ikke gitt noen tilstrekkelig overbevisende begrunnelse for at det av hensyn til integreringen i arbeidslivet var nødvendig at mottakeren oppholdt seg i Norge.
- (181) Jeg kan endelig slutte meg til EFTA-domstolens vurdering i avsnitt 125 om at det her ikke er tilstrekkelig underbygget at en rett til fortsatt stønad under midlertidige opphold i andre

EØS-land, uten krav om opphold og forhåndsgodkjenning, vil undergrave trygdeordningens økonomiske stabilitet.

- (182) For ordens skyld nevner jeg også følgende:
- (183) Slik folketrygdloven § 11-3 er bygget opp, er det en sammenheng mellom vilkårene om opphold i Norge og forhåndsgodkjenning. Etter mitt syn gir derfor ikke denne saken grunnlag for å vurdere generelt om et krav om forhåndsgodkjenning for lengre opphold borte fra hjemstedet, eventuelt bare lengre opphold i utlandet, utgjør en restriksjon som ikke i noe tilfelle vil kunne rettferdiggjøres og derfor være i strid med artikkel 36. Forholdet mellom EØS-retten og en slik regel, som altså ikke ville være knyttet til et generelt forbud mot opphold i utlandet, er nærmere drøftet i NOU 2021: 8 punkt 8.2.2.8.
- (184) I lys av konklusjonen om at vilkårene i folketrygdloven § 11-3 første, jf. tredje ledd utgjorde en ulovlig restriksjon i strid med EØS-avtalen artikkel 36, finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på om også EØS-avtalen artikkel 28 er anvendelig for en begrenset del av saken. Jeg kan imidlertid vanskelig se at en restriksjonsvurdering etter artikkel 28 ville adskille seg nevneverdig fra vurderingen etter artikkel 36 i dette tilfellet.

Den konkrete vurderingen av As sak

- (185) A ble dømt for å ha oppholdt seg i perioder i Italia uten at han opplyste Nav om dette eller søkte om forhåndsgodkjenning, og at han ved dette utsatte Nav for tap eller fare for tap fordi han fikk ytelser han ikke hadde krav på.
- (186) Oppholdskravet i folketrygdloven § 11-3 første, jf. tredje ledd var imidlertid i strid med EØS-regelverket i hele tiltaleperioden. Manglende overholdelse av dette kunne derfor ikke danne grunnlag for avslag på eller stans i utbetalingen av arbeidsavklaringspengene. A skaffet seg derfor ingen «uberettiget vinning» ved å motta ytelser fra Nav som han ikke hadde krav på. Dette vilkåret for straffansvar i straffeloven 1902 § 270 er derfor ikke oppfylt.
- (187) A skal etter dette frifinnes.
- (188) På bakgrunn av denne konklusjonen finner jeg ikke grunn til å gå inn på forsvarernes anførsler om at forholdet uansett ikke rammes av straffeloven § 270 første ledd nr. 1, fordi utbetalingen av arbeidsavklaringspengene skjedde maskinelt og på grunnlag av innsendte meldekort.

Avslutning

- (189) Gjennomgangen viser at oppholdskravet i folketrygdloven § 11-3 og trygdemyndighetenes praktisering av dette har vært i strid med EØS-regelverket i hele tiltaleperioden.
- (190) Navs krav om tilbakebetaling av ytelser som A mottok under oppholdene i Italia, var derfor ubegrunnet. Den påfølgende strafforfølgningen for trygdebedrageri hvilte videre på et sviktende rettsgrunnlag. Det er ingen tvil om at dette har hatt så vel økonomiske som personlige konsekvenser for A.

- (191) Straff er samfunnets strengeste reaksjon mot lovbrudd, og domstolene har et selvstendig ansvar for å påse at det foreligger rettslig grunnlag for straffansvar. I dette tilfellet må det erkjennes at de rettsikkerhetsgarantiene som skulle sikres ved domstolsbehandlingen av As sak, ikke fungerte godt nok når feilen i lovanvendelsen ikke ble fanget opp, heller ikke ved Høyesteretts behandling av saken i 2017.
- (192) Jeg stemmer for denne

D O M :

A, født 00.00.1951, frifinnes.

- (193) Dommer **Webster:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (194) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (195) Dommer **Falkanger:** Likeså.
- (196) Dommer **Noer:** Likeså.
- (197) Dommer **Bull:** Likeså.
- (198) Dommer **Falch:** Likeså.
- (199) Dommer **Bergh:** Likeså.
- (200) Dommer **Østensen Berglund:** Likeså.
- (201) Dommar **Høgetveit Berg:** Det same.
- (202) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (203) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

A, født 00.00.1951, frifinnes.