



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 16. februar 2023 av Høyesterett i avdeling med

dommer Kristin Normann
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Ingvald Falch
dommer Cecilie Østensen Berglund
dommer Kine Steinsvik

HR-2023-301-A, (sak nr. 22-121909STR-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 6. juli 2022

A (advokat Abdelilah Saeme – til prøve)

mot

Påtalemyndigheten (statsadvokat Ingrid Vormeland Salte)

Møter i saken:

Staten v/Arbeids- og inkluderingsdepartementet (Regjeringsadvokaten
v/advokat Torje Sunde)

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

(1) Dommer **Steinsvik:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder straff for trygdebedrageri. Tiltalte er domfelt for ikke å ha gitt opplysninger til Nav om at han oppholdt seg i Sverige i perioder mens han mottok dagpenger under arbeidsløshet.
- (3) Spørsmålet er om folketrygdlovens krav om opphold i Norge som vilkår for dagpenger, er i strid med EØS-retten. Saken gjelder også spørsmål om bevisavskjæring av fremlagte kontoutskrifter og lagrede opplysninger om tiltaltes IP-adresser.
- (4) A ble 00.00.2019 tiltalt for overtredelse av straffeloven 1902 § 271, jf. § 270 første ledd nr. 2 om grovt bedrageri og straffeloven 1902 § 166 om falsk forklaring til offentlig myndighet.
- (5) Grunnlaget var at han i perioden 4. juni 2012 til 11. mars 2014 hadde innlevert meldekort til Nav uten å opplyse om at han i flere perioder hadde oppholdt seg i utlandet, og ved det urettmessig hadde fått utbetalt 222 675 kroner i dagpenger.
- (6) Ved Asker og Bærum tingretts dom 26. august 2019 ble A funnet skyldig i grovt trygdebedrageri. Straffen ble fastsatt til fengsel i 60 dager. Tiltaleposten om falsk forklaring ble frafalt av aktor under hovedforhandlingen fordi forholdet var foreldet.
- (7) A anket dommen til lagmannsretten.
- (8) Høsten 2019 stilte påtalemyndigheten saken i bero grunnet behov for å avklare om oppholdskravet for dagpenger i folketrygdloven § 4-2 kunne være i strid med EØS-regelverket. Bakgrunnen var at det var avdekket at trygdemyndighetene hadde feilpraktisert Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger – trygdeforordningen – blant annet i saker om arbeidsavklaringspenger.
- (9) Borgarting lagmannsrett behandlet høsten 2020 en sak om trygdebedrageri av dagpenger etter manglende opplysninger om utenlandsopphold (LB-2019-159381). Lagmannsretten innhentet i den forbindelse en rådgivende tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen vedrørende om oppholdskravet i folketrygdloven § 4-2 er i strid med EØS-regelverket. Også Trygderetten anmodet samme høst EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse vedrørende oppholdskravets forenlighet med EØS-retten. Dette skjedde i en sak om tilbakebetaling av dagpenger etter opphold i utlandet (TRR-2019-2736).
- (10) EFTA-domstolen avsa 30. juni 2021 dom i begge de forelagte sakene, jf. sak E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* og E-15/20 *Straffesak mot P*. Domstolens svar på de forelagte spørsmålene, går i korthet ut på at det ikke er i strid med EØS-retten å oppstille et krav om at den som mottar dagpenger, må oppholde seg i Norge. Unntak gjelder for tilfellene som faller inn under reguleringen i trygdeforordningen artiklene 64, 65 og 65a. Jeg kommer nærmere tilbake til innholdet i de to rådgivende uttalelsene.

- (11) EFTA-domstolens konklusjon ble lagt til grunn av lagmannsretten i den forelagte saken, og dom ble avsagt 27. september 2021. Dommen ble ikke anket. Også Trygderetten la EFTA-domstolens tolkning til grunn.
- (12) Setteriksadvokaten besluttet deretter å igangsette sakene om dagpenger som var stilt i bero i påvente av rettslig avklaring. As anke ble oversendt Borgarting lagmannsrett ved statsadvokatens påtegning 21. desember 2021.
- (13) Borgarting lagmannsrett avsa 6. juli 2022 dom med slik domsslutning:
- «A, født 00.00.1958, dømmes for overtredelse av straffeloven (1902) § 271, jf. § 270 første ledd nr. 2 til fengsel i 60 – seksti – dager, som gjøres betinget med en prøvetid på 2 – to – år, jf. straffeloven (2005) § 34.»
- (14) Lagmannsretten la til grunn at oppholdskravet i folketrygdloven § 4-2 er i samsvar med EØS-retten, og at A hadde unnlatt å opplyse Nav om at han i flere perioder oppholdt seg i Sverige mens han mottok dagpenger. As begjæring om bevisavskjæring av fremlagte kontoutskrifter og lagrede opplysninger om IP-adresser, ble ikke tatt til følge i kjennelse avsagt under ankeforhandlingens første dag.
- (15) A har anket til Høyesterett over lovanvendelsen og saksbehandlingen. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 10. oktober 2022 ble anken over lovanvendelsen knyttet til om oppholdskravet i folketrygdloven § 4-2 er i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser, tillatt fremmet. Også anken over saksbehandlingen – spørsmålet om bevisavskjæring – ble tillatt fremmet.
- (16) Staten ved Arbeids- og inkluderingsdepartementet ble ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 29. november 2022 gitt tillatelse til å opptre i saken etter analogi fra tvisteloven § 30-13 første ledd.

Partenes syn på saken

- (17) A har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (18) Oppholdskravet i folketrygdloven § 4-2 er i strid med EØS-regelverket. A må derfor frifinnes. Han har ikke mottatt dagpenger som han ikke hadde krav på, ved å oppholde seg periodevis i Sverige i tiltaleperioden.
- (19) Trygdeforordningen innebærer ikke en uttømmende regulering av dagpengemottakeres rett til å oppholde seg i en annen EØS-stat, med den konsekvens at tjenestefriheten i EØS-avtalens hoveddel er tilsidesatt.
- (20) A, som var bosatt i Norge, oppholdt seg ikke i Sverige for å søke arbeid der. Han var heller ikke å anse som grensarbeider. Situasjonen faller derfor utenfor de tilfellene som reguleres av trygdeforordningen artiklene 64, 65 og 65a. Forordningens artikkel 63 fastsetter ikke mer enn at forbudet mot bostedskrav i artikkel 7 ikke gjelder i situasjonene som direkte reguleres av artiklene 64, 65 og 65a. Ved fastleggelsen av rekkevidden av artikkel 63 – unntaket fra utgangspunktet om at bostedskrav er forbudt –

kan artikkel 7 heller ikke tolkes utvidende til å omfatte ethvert opphold i annen EØS-stat. Artikkel 7 omfatter etter ordlyden bare opphevelse av bostedskrav.

- (21) Tilfeller som ikke er direkte regulert i trygdeforordningen, må vurderes opp mot reglene om fri bevegelighet. Disse utgjør et mulig selvstendig rettsgrunnlag for å motta dagpenger under opphold i annen EØS-stat. Kravet om opphold i Norge utgjør en vidtrekkende restriksjon som ikke kan rettferdiggjøres. Tiltaket er ikke egnet eller nødvendig for å sikre rask retur til arbeidsmarkedet. Mottakere av dagpenger må være reelle arbeidssøkere og vil stå under norsk arbeidsformidling. Heller ikke hensynet til å sikre Navs kontroll kan rettferdiggjøre restriksjonen.
- (22) EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i sakene E-13/20 og E-15/20 bygger på en uriktig forståelse av forordningen og kan ikke legges til grunn. Tolkningen har ikke støtte i ordlyden i artikkel 63 og er heller ikke forenlig med forordningens overordnede formål om å fremme retten til fri bevegelighet gjennom å koordinere trygdeordningene. Det foreligger derfor gode og tungtveiende grunner til å fravike tolkningsuttalelsene.
- (23) Lagmannsrettens kjennelse om å tillate de lagrede opplysningene om As IP-adresser og kontoutskrifter ført som bevis, er basert på feil lovanvendelse. Bevisene skulle ikke ha vært tillatt ført under ankeforhandlingen, og dommen må som følge av dette oppheves.
- (24) Forsvarer har lagt ned slik påstand:
- | | |
|--------------|--------------------------------|
| «Prinsipalt: | A frifinnes. |
| Subsidiært: | Lagmannsrettens dom oppheves.» |
- (25) *Påtalemyndigheten* har i hovedtrekk anført:
- (26) Oppholdskravet i folketrygdloven § 4-2 med de unntak som er fastsatt i dagpengeforskriften, er forenlig med EØS-regelverket. A har ved å oppholde seg i Sverige i flere perioder mens han mottok dagpenger og unnlate å opplyse Nav om dette, mottatt ytelser han ikke hadde krav på. Han var klar over vilkåret om opphold i Norge og skal da straffes for trygdebedrageri. Beløpets størrelse gjør at bedrageriet er grovt.
- (27) Ved vurderingen av sakens EØS-rettslige spørsmål må EFTA-domstolens tolkningsuttalelser tillegges stor vekt. Domstolens uttalelser om hvordan EØS-retten skal forstås kan bare fravikes dersom det foreligger gode og tungtveiende grunner for det.
- (28) EFTA-domstolens tolkning av trygdeforordningen er korrekt og i samsvar med praksis fra EU-domstolen. Lagmannsrettens lovanvendelse er derfor riktig. Trygdeforordningen del III kapittel 6 gir uttømmende bestemmelser om adgangen til eksport av ytelser ved arbeidsløshet. Forordningen regulerer dermed uttømmende når en arbeidsløs person som ønsker å benytte seg av retten til fri bevegelighet, samtidig har krav på å beholde dagpenger.
- (29) Artikkel 7 omfatter etter sikker praksis både forbud mot bostedskrav og mot oppholdskrav, og dette må også legges til grunn ved fastleggelsen av rekkevidden av artikkel 63.

- (30) Unntaket fra adgangen til eksport av dagpenger må ses i lys av den helt særskilte reguleringen av ytelser under arbeidsløshet som blant annet er begrunnet i sysselsettingspolitiske hensyn. Arbeidsløse er en del av arbeidsmarkedet og er i stand til å utføre arbeid. De skal derfor raskt reintegreres i arbeidsmarkedet og har en rekke plikter i den forbindelse, herunder plikt til aktivt å søke arbeid samt å være tilgjengelig for trygdemyndighetene. Også behovet for kontroll og hensynet til å hindre misbruk, spiller inn.
- (31) Verken retten til fri bevegelighet for arbeidstakere eller tjenestefriheten gir selvstendige rettsgrunnlag for rett til å eksportere dagpenger. Utenfor tilfellene der trygdeforordningen selv åpner for eksport, står medlemsstatene fritt til å stille krav om opphold og/eller bosted som vilkår for ytelsen.
- (32) Subsidiært, dersom forordningen suppleres av primærretten og oppholdskravet anses som en restriksjon på den frie bevegeligheten, er denne restriksjonen rettfærdiggjort.
- (33) Lagmannsretten har heller ikke begått saksbehandlingsfeil ved å tillate kontoutskrifter og lagrede opplysninger om As IP-adresser ført som bevis.
- (34) Påtalemyndigheten har lagt ned slik påstand:
- «1. Anken over lovanvendelsen forkastes.
 2. Anken over saksbehandlingen forkastes.»
- (35) *Staten ved Arbeids- og inkluderingsdepartementet*, som er gitt tillatelse til å opptre i saken etter analogi fra tvisteloven 30-13 første ledd, har særlig fremhevet:
- (36) Trygdeforordningen tillater medlemsstatene å ha nasjonale bosteds- og oppholdskrav som vilkår for dagpenger ved arbeidsløshet, jf. artikkel 63, jf. artikkel 7. Artiklene 64, 65 og 65a oppstiller tre unntak fra dette. Særreguleringen av tilfeller der statene må gjøre unntak fra bosteds- og oppholdskrav, er uttømmende.
- (37) EFTA-domstolen og lagmannsretten har korrekt lagt til grunn at reglene om fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel ikke supplerer forordningen gjennom å gi helt arbeidsløse som – uten å oppfylle vilkårene i artikkel 64 – ønsker å benytte seg av retten til fri bevegelighet, rett til å beholde dagpenger. At medlemmet drar til en annen EØS-stat uten at formålet er å søke arbeid, innebærer ikke at vedkommende faller utenfor forordningens regulering.

Mitt syn på saken

Sakens spørsmål og den videre drøftelsen

- (38) Straffeloven 1902 § 270 første ledd setter som vilkår for straff at gjerningspersonen må ha skaffet seg selv eller andre en «uberettiget vinning». Lagmannsretten la til grunn at A i perioden 4. juni 2012 til 11. mars 2014 oppholdt seg i Sverige i flere perioder på mellom tre og 42 dager uten å opplyse Nav om dette. Domfellelsen bygger på at manglende opplysninger om oppholdene i Sverige medførte at A uberettiget fikk utbetalt dagpenger med 222 675 kroner.

- (39) Skal A kunne straffes for trygdebedrageri, må han ha mottatt ytelser fra Nav som han ikke hadde krav på. Dette beror på om oppholdskravet i folketrygdloven § 4-2 er i strid med EØS-retten.
- (40) Sentralt står spørsmålet om trygdeforordningen uttømmende regulerer adgangen for en mottaker av dagpenger til å oppholde seg i utlandet, også omtalt som eksport av dagpenger, eller om A alternativt kan påberope seg reglene om fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel.
- (41) Før jeg går nærmere inn på de EØS-rettslige spørsmålene saken reiser, gir jeg en kort oversikt over folketrygdlovens regler om dagpenger ved arbeidsløshet. Anken over saksbehandlingen gjelder spørsmål om bevisavskjæring som jeg vil behandle til slutt.

Folketrygdlovens regler om dagpenger under arbeidsløshet

Formål og grunnvilkår

- (42) Folketrygdloven har regler om dagpenger under arbeidsløshet i kapittel 4. Formålet med dagpenger er å gi delvis dekning for bortfall av arbeidsinntekt ved arbeidsløshet, jf. folketrygdloven § 4-1.
- (43) Kapittel 4 oppstiller en rekke vilkår for retten til dagpenger, herunder i § 4-3 et vilkår om at medlemmet må ha tapt arbeidsinntekt og fått sin vanlige arbeidstid redusert med minst 50 prosent.
- (44) For å ha rett til dagpenger må medlemmet etter § 4-5 være «reell arbeidssøker». Etter bestemmelsens første ledd regnes som reell arbeidssøker «den som er arbeidsfør, og er villig til:
- a) å ta ethvert arbeid som er lønnet etter tariff eller sedvane,
 - b) å ta arbeid hvor som helst i Norge,
 - c) å ta arbeid uavhengig av om det er på heltid eller deltid,
 - d) å delta på arbeidsmarkedstiltak.»
- (45) Forskrift om dagpenger under arbeidsløshet 16. september 1998 nr. 890 § 4-1 presiserer kravene til aktiv arbeidssøking ytterligere. Det fremgår her at et medlem som mottar dagpenger, «skal drive aktiv arbeidssøking eller annen aktivitet for å komme i arbeid». Forskriftsbestemmelsen gir Nav hjemmel til å pålegge medlemmet å gjennomføre nærmere angitt aktivitet, og Nav kan kreve at gjennomført aktivitet dokumenteres.
- (46) Dersom vilkåret om å være reell arbeidssøker ikke overholdes, faller retten til dagpenger bort, jf. § 4-21. Retten til dagpenger faller på nærmere vilkår også bort i et begrenset tidsrom dersom medlemmet uten rimelig grunn nekter å motta tilbud om arbeid hvor som helst i landet eller nekter å delta på arbeidsmarkedstiltak, jf. § 4-20 første ledd. Det samme gjelder dersom medlemmet selv uten rimelig grunn unnlater å skaffe seg inntekt som arbeidstaker i stønadsperioden, jf. andre ledd. I perioder der den arbeidsledige ikke er tilgjengelig for arbeidsmarkedet, uavhengig av årsak, ytes det altså ikke dagpenger.

- (47) Dagpengeordningen skiller seg ved dette fra andre ytelser etter folketrygdloven ved å stille en rekke aktivitetskrav til stønadsmottakeren. Ytelsen er et viktig arbeidsmarkedspolitisk virkemiddel. Ordningen er utarbeidet med sikte på å legge til rette for rask retur til arbeidslivet, blant annet gjennom nivået på ytelsen, aktivitetskrav, mobilitetskrav og bestemmelsene om helt eller delvis bortfall, jf. NOU 2021: 8 *Trygd over landegrensene* punkt 8.16.1.

Særlig om kravet til opphold i Norge – folketrygdloven § 4-2

- (48) Folketrygdloven § 4-2 lyder slik:

«§ 4-2. Opphold i Norge
For å ha rett til dagpenger må medlemmet oppholde seg i Norge.

Departementet kan gi forskrifter om unntak fra kravet om opphold i Norge.»

- (49) Kravet om opphold i Norge har vært et vilkår for rett til dagpenger siden før ikrafttredelsen av EØS-avtalen. I NOU 1990: 20 *Forenklet folketrygdlov* på side 294 fremgår det at oppholdskravet er begrunnet i kontrollhensyn, og at retten til dagpenger er subsidiær sammenholdt med det primære formålet om å få medlemmet raskest mulig tilbake i arbeid:

«Hovedregelen om opphold her i landet har blant annet sammenheng med meldereglene og med kontrollproblemer dersom dagpenger skulle utbetales utenfor Norge. Bestemmelsen har også sammenheng med at retten til dagpenger skal være subsidiær i forhold til formidling av arbeid. Det blir ikke formidlet til nytt arbeid i utlandet.»

- (50) Begrunnelsen for at medlemmet må oppholde seg i Norge ved mottak av dagpenger, er således sammensatt. For det første bygger kravet på at opphold i Norge antas å gi bedre muligheter for å komme i arbeid enn om vedkommende oppholder seg utenlands. Nav vil på sin side ha bedre muligheter til aktivt å følge opp den arbeidsledige på egnet måte blant annet gjennom arbeidsmarkedstiltak. Oppholdskravet sikrer at medlemmet er tilgjengelig, og Nav kan dermed også lettere føre løpende kontroll med at vedkommende oppfyller vilkårene for ytelsen og dermed hindre misbruk.

- (51) Det er gitt flere unntak fra kravet om opphold i Norge gjennom reglene i dagpengeforskriften. Av betydning for vår sak nevner jeg særlig det tidligere kapittel 13 i forskriften, som ble tilføyd ved forskrift 22. juni 2012 med virkning fra 1. juni 2012. Kapitlet inneholdt unntak fra oppholdskravet for mottakere av dagpenger som omfattes av trygdeforordningen, jf. § 13-4 og § 13-9. Sistnevnte bestemmelse, som gjennomførte trygdeforordningens artikkel 64, lød frem til en forskriftsendring i 2022 slik:

«§ 13-9. (Eksport av dagpenger)

Helt arbeidsløse dagpengemottakere som søker arbeid i andre EØS-land eller Sveits, kan beholde norske dagpenger i inntil tre måneder såfremt de etter å ha blitt arbeidsledige har stått tilmeldt Arbeids- og velferdsetaten som reell arbeidssøker i minst fire uker før avreisen, med rett til dagpenger etter folketrygdloven kapittel 4.

Kravet om å være reell arbeidssøker må ha vært oppfylt i minst fire av de siste tolv ukene før avreise. Det kan gjøres unntak fra fireukerskravet i tilfeller der den

arbeidsløse skal følge ektefelle eller samboer til et annet EØS-land der denne har tatt arbeid.

For å få rett til dagpenger i hele tremånedersperioden, må medlemmet melde seg som arbeidssøker for arbeidsformidlingen i det landet han eller hun reiser til, og underkaste seg de kontroll- og oppfølgingsrutiner som gjelder der. Melding skal skje innen sju dager etter avreise fra Norge. Arbeids- og velferdsdirektoratet kan i unntakstilfeller forlenge sjudagersfristen.

Adgangen til å søke arbeid med dagpenger i andre EØS-land eller Sveits, er begrenset til én tremånedersperiode per stønadperiode.

Den som vender tilbake til Norge innen eller ved tremånedersperiodens utløp, kan fortsette dagpengeutbetalingen fra Norge, dersom de øvrige vilkårene for rett til dagpenger er oppfylt.»

- (52) Som ledd i oppfølgingen av Trygdekoordineringsutvalgets utredning i NOU 2021: 8 *Trygd over landegrensene*, er dagpengeforskriften kapittel 13 endret med virkning fra 1. juni 2022, da blant annet reglene i trygdeforordningen ble gjort til lov gjennom en ny bestemmelse i folketrygdloven § 1-3 a.
- (53) Dersom den arbeidsledige ønsker å benytte seg av retten til eksport av dagpenger i inntil tre måneder etter den tidligere § 13-9, nå forordningen artikkel 64, må vedkommende søke Nav om en såkalt «PD U2-attest». Dette er et dokument som utstedes av Nav, og som bekrefter at medlemmet beholder retten til dagpenger etter trygdeforordningen. Det er gitt regler om hvilke opplysninger som skal fremgå i Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 987/2009 av 16. september 2009 om fastsettelse av nærmere regler for gjennomføring av forordning (EF) nr. 883/2004 om koordinering av trygdeordninger (gjennomføringsforordningen) artikkel 55.

Reglene om opplysningsplikt og meldeplikt

- (54) Folketrygdloven § 21-3 første ledd pålegger den som mottar ytelser fra Nav opplysningsplikt. Første ledd andre punktum fastslår at stønadsmottaker «plikter å underrette etaten om endringer i forhold som kan være avgjørende for om vedkommende fortsatt har rett til ytelsen eller for å kunne kontrollere ytelsens størrelse».
- (55) For mottakere av dagpenger er opplysningsplikten presisert gjennom § 4-8, som pålegger medlemmet en særskilt meldeplikt overfor Nav hver fjortende dag. Nav kan også bestemme at medlemmet skal «møte utenom de fastsatte meldingsdagene», jf. tredje ledd. Melding gis ved innsending av meldekort som fylles ut og leveres elektronisk eller manuelt gjennom posten eller på annen måte. Meldekortet er en egenmelding, der medlemmet svarer på spørsmål om aktivitet og arbeid, fravær, sykdom mv. for den tilbakelagte meldeperioden, samt svarer på om han eller hun vil stå tilmeldt som reell arbeidssøker kommende periode. Opplysningene fra medlemmet danner grunnlaget for den etterskuddsvisе beregningen av dagpenger og den løpende kontrollen med at vilkårene er oppfylt. Nav orienteres videre om at medlemmet vil være arbeidssøkende og kreve dagpenger for kommende periode.

Er kravet om opphold i Norge som vilkår for dagpenger i strid med EØS-retten?

Problemstillingen

- (56) Anførselene fra A er at oppholdskravet i folketrygdloven § 4-2 er i strid med EØS-retten. A gjør ikke gjeldende at han med grunnlag i trygdeforordningen artiklene 64, 65 eller 65a hadde rett til eksport av dagpenger. For så vidt gjelder trygdeforordningen, er anførselen at artikkel 63 ikke begrenser As rett etter artikkel 7 til å reise utenlands med dagpenger.
- (57) Subsidiært anføres det at kravet om opphold i Norge i As situasjon innebærer en restriksjon i den frie bevegeligheten for tjenestemottakere etter EØS-avtalen artikkel 36, som ikke kan anses rettfærdiggjort.
- (58) Problemstillingene er ut fra dette for det første om forordningen artikkel 7, jf. artikkel 63 åpner for *opphold* i utlandet mens medlemmet mottar dagpenger. For det andre er spørsmålet om særreglene om ytelser ved arbeidsløshet i forordningen del III kapittel 6 *uttømmende* regulerer medlemsstatenes plikt til å forby oppholds- og bostedskrav, slik at statene kan fastsette oppholds- og bostedskrav i den nasjonale lovgivningen i tilfeller som ikke er særregulert i artiklene 64, 65 og 65a. Forsvarers subsidiære syn er at slike oppholds- og bostedskrav må prøves mot primærretten, nærmere bestemt reglene i EØS-avtalens hoveddel om fri bevegelse.

Trygdeforordningen – innledende oversikt og forrang

- (59) Dagpenger er en «ytelse ved arbeidsløshet» etter trygdeforordningen artikkel 3 nr. 1 bokstav h, jf. nå også folketrygdloven § 4-1 a. Sistnevnte bestemmelse, som trådte i kraft 25. november 2022, klargjør forholdet mellom folketrygdloven og bestemmelser om internasjonal trygdekoordinering. Det fremgår nå at bestemmelsene i kapittel 4 om dagpenger «skal fravikes i den utstrekning det er nødvendig av hensyn til relevante bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel, trygdeforordningen, gjennomføringsforordningen og bi- og multilaterale trygdeavtaler, se §§ 1-3 a og 1-3 b». Folketrygdloven § 1-3 a gjennomfører trygdeforordningen og gjennomføringsforordningen, og bestemmelsen fastslår at begge forordningene gjelder som norsk lov med de tilpasninger som følger av EØS-avtalen vedlegg VI, protokoll 1 og avtalen for øvrig.
- (60) Forordningen var tidligere gjennomført i norsk rett ved forskrift om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen av 22. juni 2012 nr. 585. Forordningen ble gitt status som forskrift. Paragraf 1 tredje ledd fastsatte at blant annet reglene i folketrygdloven skulle «fravikes i den utstrekning det er nødvendig i henhold til bestemmelsene» i forordningen. Forskriften om inkorporasjon trådte i kraft straks og ble gitt virkning fra 1. juni 2012. Dette innebærer at hele tiltaleperioden i vår sak ligger etter skjæringspunktet som ble valgt for gjennomføringen av trygdeforordningen i norsk rett.
- (61) I HR-2021-1453-S *Nav* behandlet Høyesterett i storkammer blant annet spørsmålet om folketrygdlovens krav om opphold i Norge som vilkår for arbeidsavklaringspenger, var i strid med trygdeforordningen artikkel 21, jf. artikkel 7. Arbeidsavklaringspenger er en ytelse ved sykdom og reguleres av forordningen del III kapittel 1. I dommens avsnitt 90 til 92 heter det følgende om trygdeforordningens rettslige grunnlag og formål:

«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 ytelser og for beregningen av dem, samt å sørge for at ytelser 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.

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’.

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.»

Forholdet mellom trygdeforordningen og reglene i EØS-avtalens hoveddel

- (62) I Nav-dommen avsnitt 93 fremgår det at verken den tidligere eller någjeldende trygdeforordningen *harmoniserer* medlemsstatenes trygdeordninger. EØS-statene står dermed i utgangspunktet fritt til å fastsette innholdet i de nasjonale trygdeordningene både med hensyn til innretning og øvrige vilkår for ulike ytelser. Dette er også forankret i forordningens fortale. Det heter her at det er «nødvendig å respektere særtrekkene i nasjonal trygdelovgivning», og at forordningen kun utarbeider «et system for koordinering», jf. fortalen punkt 4.
- (63) Trygdeforordningen inneholder likevel regler av betydning for adgangen til å begrense muligheten til å eksportere trygdeytelser til en annen EØS-stat. Og, som jeg straks kommer tilbake til, inneholder forordningen på dette punktet en ulik regulering av ulike typer av trygdeytelser. Også dette gjenspeiles i fortalen ved at det i punkt 13 er uttalt at koordineringsreglene må sikre at personer som flytter innenfor EØS-området, «beholder rettigheter og fordeler som er opptjent og under opptjening». Samtidig heter det i punkt 16:
- «Innenfor Fellesskapet kan det i prinsippet ikke forsvares at trygderettigheter skal gjøres avhengige av den berørte personens bosted. I enkelte tilfeller, særlig ved særlige ytelser knyttet til personens økonomiske og sosiale situasjon, kan bostedet likevel tas med i betraktningen.»
- (64) På det generelle plan legger altså EØS-retten rammer for den nasjonale trygdelovgivningen. I EFTA-domstolens uttalelse i sak E-13/20 avsnitt 39 klargjøres dette utgangspunktet slik:

«Etter EØS-avtalen artikkel 29 er hensikten med rettsaktene på trygdeområdet som er innlemmet i vedlegg VI til EØS-avtalen, å gjennomføre fri bevegelighet særlig for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende ved å sikre utbetaling av ytelser til personer som er bosatt på territoriet til en annen EØS-stat. Imidlertid medfører EØS-avtalen artikkel 29 koordinering i stedet for harmonisering av nasjonal lovgivning på dette område. EØS-retten svekker dermed ikke EØS-statenes myndighet til selv å organisere sine trygdeordninger. I fravær av harmonisering på EØS-nivå, er det opp til lovgiverne i den enkelte EØS-stat selv å fastsette vilkårene for rett til

trygdeytelser. EØS-statene må likevel overholde EØS-retten når de utøver denne myndighet (se sak E-2/18 Concordia, dom 14. mai 2019, avsnitt 43).»

- (65) Også i *fravær av harmonisering* på EØS-nivå må medlemsstatene altså overholde EØS-retten når de utøver myndigheten til å fastsette vilkårene for rett til trygdeytelser på nasjonalt nivå, herunder reglene om fri bevegelighet, jf. også EFTA-domstolens avgjørelse i E-8/20 *Nav* avsnitt 71 med videre henvisninger.
- (66) Det er ut fra dette sentralt å fastlegge rekkevidden av trygdeforordningens særregulering av ytelses ved arbeidsløshet, og i hvilken grad forordningens regulering må anses – helt eller delvis – å innebære en form for harmonisering av medlemsstatenes adgang til å oppstille bosteds- og oppholds krav.
- (67) Forholdet mellom reglene i EØS-avtalens hoveddel og sekundærretten reiser tidvis vanskelige spørsmål. I juridisk teori behandles problemstillingen blant annet av Haukeland Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave 2022, side 161. Forfatterne skriver her:

«Et spørsmål som tidvis byr på utfordringer, er om hovedreglene i TEUV og EØS-avtalen kan og skal gis selvstendig anvendelse på tiltak som oppfyller relevante krav i sekundærretten.

For spørsmål som ikke er regulert av de aktuelle sekundærrettsaktene, er det uten videre klart at svaret er ja. ...

Spørsmålet hvorvidt sekundærrett kan og må suppleres med grunnfrihetene, er vanskeligere i tilfeller hvor EU-lovgiver har regulert et spørsmål, men kanskje ikke uttømmende. I realiteten er dette et spørsmål om en rettsakt totalharmoniserer det aktuelle rettsspørsmålet, noe som må avgjøres ut fra en ordinær tolkning av den aktuelle bestemmelsen. I bekræftende fall er det hverken behov for eller anledning til direkte prøving opp mot primærretten. Dersom rettsakten 'bare' stiller minstekrav til medlemsstatene (minimumsharmonisering), er det klart at nasjonale tiltak som går utover minstekravene, må prøves opp mot relevant primærrett.»

- (68) Jeg slutter meg til denne tilnærmingen og viser også til redegjørelsen for forholdet mellom trygdeforordningen og EØS-rettens hovedregler om fri bevegelighet i NOU 2021: 8 *Trygd over landegrensene* punkt 2.4.3.
- (69) Vurderingen av om trygdeforordningen uttømmende regulerer adgangen for medlemsstaten til å fastsette bosteds- og oppholds krav som vilkår for dagpenger, beror således på en tolkning av de konkrete bestemmelsene i trygdeforordningen som omhandler adgangen til å fastsette slike krav, nærmere bestemt forordningens artikkel 63, jf. artikkel 7. Utgangspunktet må tas i ordlyden, men også formålet og sammenhengen med andre relevante bestemmelser i forordningen vil stå sentralt, her særlig artikkel 64.

EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i sakene E-13/20 og E-15/20 og betydningen av disse

- (70) Tolkningsspørsmålene denne saken reiser ble som nevnt forelagt for EFTA-domstolen i to saker høsten 2020. I begge foreleggelsene ble det stilt spørsmål om oppholds kravet i folketrygdloven § 4-2 er forenlig med EØS-regelverket. Borgarting lagmannsrett stilte i saken om trygdebedrageri for det første spørsmål om oppholds kravet, med de unntak som

er gitt i dagpengeforskriften, er forenlig med trygdeforordningen, særlig artiklene 4, 5 og 7, jf. kapittel 6. For det andre stilte lagmannsretten spørsmål om oppholdskravet, uavhengig av svaret på det første spørsmålet, utgjør en restriksjon i henhold til EØS-avtalens regler om fri bevegelighet, herunder artiklene 28, 29 og 36, og om en slik restriksjon i tilfelle kunne rettferdiggjøres. Lagmannsretten stilte endelig spørsmål om det er forenlig med EØS-retten, herunder dens generelle prinsipper, å ilegge en strafferettslig sanksjon for å ha gitt uriktige opplysninger til Nav om opphold i en annen EØS-stat.

- (71) EFTA-domstolens svar på spørsmålene fra lagmannsretten fremkommer av slutningen i sak E-15/20 og lyder slik:
- «1. Et vilkår om at den arbeidsløse må oppholde seg i den kompetente stat for å ha rett til en kontantytelse ved arbeidsløshet i tilfelle der vilkårene i artiklene 64, 65 eller 65a ikke er oppfylt, er forenlig med europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger.
 2. I andre tilfelle enn som uttrykkelig nevnt i forordning (EF) nr. 883/2004 artiklene 64, 65 og 65a, vil et vilkår om opphold i den kompetente EØS-stat for å ha rett til ytelser ved arbeidsløshet, ikke omfattes av EØS-avtalen artiklene 28, 29 og 36, og er ikke uforenlig med europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium.
 3. EØS-statene beholder myndighet til å bestemme om det kan ilegges strafferettslige sanksjoner for å ha oppnådd ytelser ved arbeidsløshet ved bevisst å fremlegge uriktige opplysninger. EØS-statene må imidlertid utøve denne myndighet i samsvar med EØS-retten og dens generelle prinsipper, herunder forholdsmessighetsprinsippet.»
- (72) Spørsmålene forelagt av Trygderetten i sak TRR-2019-2736 og EFTA-domstolens svar på disse var langt på veg likelydende. Uttalelsen i sak E-15/20 *Straffesak mot P* viser også for en stor del til premissene i sak E-13/20. De to uttalelsene må derfor ses i sammenheng.
- (73) På hovedspørsmålene som er reist i vår sak, konkluderte EFTA-domstolen altså sammenfatningsvis med at trygdeforordningen ikke forbyr bosteds- og oppholds krav ut over tilfellene i artiklene 64, 65 og 65a. Videre la domstolen til grunn at forordningen er uttømmende, slik at bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel artiklene 28, 29 og 36 ikke er anvendelige i et tilfelle som vårt.
- (74) Betydningen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser er fastlagt gjennom Høyesteretts praksis, senest i HR-2021-1453-S *Nav* avsnittene 63 til 66 med videre henvisninger. Det fremgår av dommens avsnitt 64, med henvisning til HR-2016-2554-P *Holship* avsnitt 77, at selv om EFTA-domstolens tolkningsuttalelser ikke er formelt bindende, må den nasjonale domstolen legge «stor vekt på hva EFTA-domstolen har uttalt om hvordan EØS-retten skal forstås». Om bakgrunnen for dette heter det:

«Formålet med EFTA-domstolen er ifølge fortalen 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.»

- (75) EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten kan altså ikke fravikes uten at det foreligger «gode og tungtveiende grunner for det», jf. også Nav-dommen avsnitt 65.
- (76) Det er uten betydning at tolkningsuttalelsene EFTA-domstolen har avgitt i sakene E-13/20 og E-15/20 ikke er innhentet direkte i forbindelse med behandlingen av saken her, så lenge spørsmålene er de samme. Foreleggelsene omhandler videre rene tolkningsspørsmål, og den kompetansefordelingen mellom EFTA-domstolen og den nasjonale domstolen som er omtalt i Holship-dommen avsnitt 78, reiser ikke problemer.
- (77) På denne bakgrunn går jeg over til å se nærmere på den tolkningen av EØS-retten som ligger til grunn for EFTA-domstolens konklusjoner, og om det er gode og tungtveiende grunner for å fravike denne, slik forsvarer gjør gjeldende.

Nærmere om tolkningen av trygdeforordningen artikkel 63, jf. artikkel 7

- (78) Jeg ser først på tolkningen av artikkel 63, som gir særlige bestemmelser om opphevelse av bostedskrav. Bestemmelsen står i del III, kapittel 6 om ytelser ved arbeidsløshet og lyder slik:

«Artikkel 63. Særlige bestemmelser om opphevelse av bostedskrav

I dette kapittel får artikkel 7 bare anvendelse på de tilfeller som er omhandlet i artikkel 64, 65 og 65a og innenfor de grenser som er fastsatt der.»

- (79) Trygdeforordningen artikkel 7 fastsetter alminnelige regler om opphevelse av bostedskrav. Det heter her at med mindre «det er fastsatt noe annet i denne forordning», skal kontantytelser som utbetales etter en medlemsstats lovgivning, «ikke 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».
- (80) Artikkel 7 inneholder altså et generelt forbud mot bostedskrav som vilkår for å motta kontantytelser. Bestemmelsen er et utslag av prinsippet om eksportabilitet. For ytelser ved arbeidsløshet følger det imidlertid direkte av artikkel 63 at artikkel 7 ikke fullt ut er gitt anvendelse. Utgangspunktet er etter ordlyden det motsatte – artikkel 7 får bare anvendelse på tilfellene i artiklene 64, 65 og 65a. Forordningen – som sådan – tillater derfor medlemsstatene å ha nasjonale bostedskrav for ytelser ved arbeidsløshet i andre tilfeller. Jeg kommer tilbake til betydningen av reglene i EØS-avtalens hoveddel.
- (81) Forsvarer har særlig vist til at artikkel 7 etter ordlyden bare gjelder endring i *bosted*, og at artikkel 63 dermed ikke regulerer adgangen til å *oppholde seg* utenlands med dagpenger. EFTA-domstolen uttaler følgende om dette i sak E-13/20 avsnitt 40:

«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 dersom 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 (jf. dommen i *Stewart*, C-503/09, EU:C:2011:500, avsnitt 73). EFTA-domstolen peker på at et krav om opphold faktisk er betydelig mer inngripende enn et bostedskrav (se sak E-3/12 *Stig Arne Jonsson*, Sml. 2013 s. 248, avsnittene 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 (se sak E-8/20 *Straffesak mot N*, dom 5. mai 2021, avsnitt 139.»

- (82) I avsnitt 42 uttaler domstolen videre at en tolkning av artikkel 7 hvor et krav om opphold ikke omfattes, «vil frata denne bestemmelse dens effektivitet».
- (83) Jeg legger denne tolkningen til grunn. En slik forståelse av artikkel 7 vil også gi best sammenheng med artikkel 64, som regulerer eksport av dagpenger ved opphold utenlands for jobbsøkere i inntil tre måneder. Det kan ikke være tvilsomt at medlemsstatene ikke kan fastsette oppholdskrav som undergraver retten til eksport etter denne bestemmelsen, under henvisning til at artikkel 63 bare forbyr endringer i bosted. Jeg har heller ikke funnet holdepunkter for at artikkel 7 kan tolkes slik at den utelukkende omfatter bostedskrav i artikkel 63s forstand, men ellers både bosteds- og oppholdskrav.
- (84) Forsvarer har særlig vist til at EFTA-domstolens tolkning ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til trygdeforordningens formål om å fremme fri bevegelighet og dermed ikke bør legges til grunn.
- (85) Jeg er ikke enig i det. Trygdeforordningen inneholder en særlig regulering av ytelser ved arbeidsløshet. Særreguleringen av i hvilke tilfeller artikkel 7 kommer til anvendelse, jf. artikkel 63, må ses i lys av dette. Den særstillingen ytelser ved arbeidsløshet har i trygdeforordningen, er basert på ytelsens spesielle karakter, noe også praksis fra EU-domstolen bekrefter, jf. avgjørelsen i C-406/04 *De Cuyper*, som jeg kommer tilbake til. Særtrekkene tillegges her stor betydning, riktignok i vurderingen av om et oppholdskrav som innebar en restriksjon, kunne rettferdiggjøres. Også generaladvokatens uttalelse i *De Cuyper* fremhever at ytelser ved arbeidsløshet opptar en særlig plass i sosiale sikringsordninger, jf. avsnitt 54 følgende. Jeg viser endelig til sak E-13/20 avsnitt 45, der EFTA-domstolen bygger på det samme.
- (86) Som jeg har redegjort for, har også den norske dagpengeordningen et sammensatt formål og en sentral plass som arbeidsmarkedspolitisk virkemiddel. Det sentrale – og det som skiller ytelser ved arbeidsløshet fra andre trygdeytelser – er at mottakere av dagpenger forutsetningsvis er arbeidsføre og dermed så raskt som mulig skal returnere til arbeidsmarkedet. Jeg nevner at den særstillingen arbeidsløshetsytelsene har i medlemsstatenes trygdeordninger, også synes å ligge til grunn for EU-kommisjonens syn på tolkningen slik dette fremkommer i det skriftlige innlegget til EFTA-domstolen i sak E-13/20. Kommisjonen argumenterer her for den løsningen EFTA-domstolen la til grunn. ESA tilkjennega et annet syn.
- (87) Jeg viser for øvrig også til den nevnte NOU 2021: 8 punkt 8.16 om EØS-rettens betydning for dagpengeordningen. I punkt 8.16.2.7 på side 190 fremgår følgende:

«Arbeidsløshetsytelsene har en særlig stilling i trygdesystemet og i trygdeforordningen, og er i all hovedsak unntatt fra eksport. Hovedregelen om eksportabilitet i trygdeforordningen artikkel 7 gjelder bare så langt noe annet ikke er fastsatt i forordningens øvrige bestemmelser, se generelt omtalen i punkt 5.6. For ytelsene ved arbeidsløshet fremgår det av artikkel 63 at artikkel 7 bare får anvendelse på de tilfeller som er omhandlet i artiklene 64 og 65, og innenfor de grenser som er fastsatt der.»

- (88) Forordningens overordnede formål om å fremme fri bevegelighet kan ut fra dette ikke begrunne å fravike EFTA-domstolens tolkning.
- (89) Slik trygdeforordningen artikkel 63 er formulert, må det etter mitt syn legges til grunn at det bare er i tilfellene omfattet av artiklene 64, 65 og 65a at bosteds- og oppholds krav er forbudt. Innenfor anvendelsesområdet for de nevnte bestemmelsene har stønadsmottakeren rett til å bosette eller oppholde seg i andre EØS-stater uten at ytelsen faller bort eller begrenses. I andre tilfeller enn de som omfattes av artiklene 64, 65 og 65a, tillater artikkel 63 på den andre siden medlemsstatene å fastsette bosteds- og oppholds krav for dagpenger i nasjonal lovgivning uten hinder av reglene i trygdeforordningen selv. Også på dette punkt er jeg derfor enig i den tolkning EFTA-domstolen har gitt anvisning på, jf. sak E-13/20 særlig avsnittene 41, 56 og 58.
- (90) Oppholdskravet i folketrygdloven § 4-2 er ut fra dette forenlig med trygdeforordningen og kommer til anvendelse der unntak ikke følger av dagpengeforskriften eller trygdeforordningen artiklene 64, 65 og 65a.
- (91) Det er uomtvistet at A ikke oppfyller vilkårene for å være grensearbeider, jf. artiklene 65 og 65a. Han har heller ikke benyttet seg av ordningen i artikkel 64, som på nærmere vilkår tillater eksport av dagpenger inntil tre måneder for arbeidsløse som søker arbeid i en annen EØS-stat, herunder vilkår om tilmelding til arbeidsformidlingen i oppholdsstaten medlemmet reiser til. Unntakene i dagpengeforskriften er heller ikke aktuelle.
- (92) Så langt konkluderer jeg derfor med at oppholdskravet i folketrygdloven § 4-2 er forenlig med trygdeforordningen og dermed gjaldt for A i tiltaleperioden. Jeg føyer til at lengden på As opphold i Sverige gjør at en eventuell nedre avgrensning mot helt kortvarige opphold, typisk ettermiddagsturer over grensen til en annen EØS-stat, ikke kommer på spissen.
- (93) Dette bringer meg over til spørsmålet om oppholdskravet likevel er uforenlig med EØS-retten fordi det strider mot reglene om fri bevegelighet.

Må kravet om opphold i Norge i tillegg prøves mot reglene om fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel?

- (94) Som nevnt har EFTA-domstolen i de to rådgivende uttalelsene i E-13/20 og E-15/20 gitt anvisning på at i andre tilfeller enn de som er nevnt i trygdeforordningen artiklene 64, 65 og 65a, vil et vilkår om opphold for rett til dagpenger ikke omfattes av reglene om fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel.
- (95) I vår sak er det særlig tjenestefriheten i EØS-avtalen artikkel 36 som er påberopt av A. Den faktiske situasjonen ligger nærmest forordningen artikkel 64, ved at A som helt arbeidsløs og bosatt i Norge, har reist til en annen EØS-stat mens han mottok dagpenger. Formålet

var imidlertid ikke å søke arbeid i Sverige, og den særlige adgangen til å eksportere ytelsen etter artikkel 64 er følgelig ikke benyttet. A faller derfor ikke inn under artikkel 64.

- (96) EFTA-domstolen tar i sak E-13/20 avsnitt 58 utgangspunkt i at trygdeforordningen artiklene 64 til 65a «regulerer uttømmende de eneste tre tilfelle der den kompetente EØS-stat har plikt til å la mottakere av ytelser ved arbeidsløshet beholde ytelsene selv om de har bosatt seg eller oppholder seg på territoriet til en annen EØS-stat». I avsnitt 59, som det også vises til i sak E-15/20 avsnitt 53, gis følgende begrunnelse:

«Forordningen artikkel 64 går lengre enn et enkelt tiltak for å koordinere nasjonale trygdlovninger, siden bestemmelsen gir rettigheter som EØS-borgerne ellers ikke ville ha hatt. Etter artikkel 64 er den arbeidsløse fritatt, på strenge vilkår og for et begrenset tidsrom, fra plikten til å stå til rådighet for arbeidsformidlingen i den kompetente stat. Denne bestemmelse fastsetter dermed et selvstendig sett med regler til fordel for arbeidstakere som krever ytelser av dem, som utgjør et unntak fra nasjonale rettsregler, og som må tolkes på en ensartet måte i alle EØS-stater. Det bør nevnes at EØS-avtalen artikkel 29 ikke forbyr lovgiveren fra å knytte vilkår til de rettigheter og fordeler den gir for å sikre fri bevegelighet for arbeidstakere, eller fastsette grenser for disse (jf. dommene i Testa m.fl., som omtalt over, avsnittene 5 og 14, og Gray, som omtalt over, avsnitt 10.»

- (97) Jeg forstår uttalelsen slik at de begrensningene som artikkel 63 gjør i anvendelsen av eksportabilitetsprinsippet i artikkel 7, uttømmende regulerer i hvilke tilfeller medlemsstatene må akseptere eksport av dagpenger. Siden artikkel 64 gir stønadsmottakeren rettigheter vedkommende ellers ikke ville ha hatt, ved å fritta fra plikten til å stå til rådighet for arbeidsformidlingen i hjemlandet, går bestemmelsen ut over å koordinere nasjonale trygdeordninger. Bestemmelsen gir stønadsmottakeren fordeler, som samtidig gjør unntak fra nasjonale regler, og som derfor må tolkes på samme måte i alle EØS-stater. Og dette underbygges av EØS-avtalen artikkel 29 ved at denne bestemmelsen åpner for at medlemsstatene kan knytte vilkår til rettigheter og fordeler de gir for å sikre fri bevegelighet.
- (98) Begrunnelsen som her gis for at oppholdskravet ikke må prøves mot reglene om fri bevegelighet, er relativt knapp. Standpunktet om at bosteds- og oppholdskrav – ut over tilfellene i forordningen artiklene 64, 65 og 65a – er tillatt, bygger også på en antitese fra ordlyden i artikkel 63, jf. artikkel 7. Direkte omhandler artikkel 63 bare rekkevidden av artikkel 7, med andre ord når bostedskrav – og innfortolket, oppholdskrav – er forbudt. EFTA-domstolens svar på spørsmålet om primærrettens anvendelse må imidlertid også leses i lys av domstolens tolkning av bestemmelsene i forordningen, der den nærmere begrunnelsen for at forordningen må anses uttømmende for eksportadgangen på dette området fremkommer.
- (99) Jeg nevner at de rådgivende uttalelsene på dette punktet har blitt kritisert i enkelte juridiske artikler, blant annet av Bekkedal og Andenæs i LoR 2022/3 side 145 *Er mottakere av dagpenger beskyttet av EØS-avtalens grunnleggende rett til fri bevegelighet?* Jeg nevner også den kjennelsen som Trygderetten avsa i saken etter foreleggelsen for EFTA-domstolen i E-13/20, jf. TRR-2019-2736. Trygderetten la EFTA-domstolens tolkning til grunn, men uttrykte tvil om forordningen berører EØS-statenes plikt til å overholde EØS-avtalens grunnleggende regler om fri bevegelighet, utenfor de tilfellene som dekkes av artikkel 63, jf. artikkel 7.

- (100) Forsvareren gjør gjeldende at det er tungtveiende grunner til å fravike EFTA-domstolens uttalelse om at primærretten ikke kommer til anvendelse, særlig under henvisning til de to dommene fra EU-domstolen i C-406/14 *De Cuyper* og C-228/07 *Petersen*. Begge avgjørelsene gjaldt reglene om ytelse ved arbeidsløshet i den tidligere trygdeforordningen. I de to sakene vurderte EU-domstolen også om de aktuelle ytelsene var å anse som «ytelser ved arbeidsløshet», siden de hadde særtrekk ved at mottakerne ikke var underlagt krav om å være tilgjengelig for arbeidsmarkedet i den kompetente staten.
- (101) De Cuyper-dommen gjaldt en belgisk statsborger som mottok arbeidsledighetsytelser fra Belgia. Belgisk rett krevde bosted i Belgia. Personer over 50 år kunne unntas fra vilkår om registrering som arbeidssøker og krav om å være tilgjengelig for arbeidsmarkedet. De Cuyper hadde fått et slikt unntak. Ved en kontroll ble det avdekket at De Cuyper var bosatt i Frankrike, og utbetalingen av ytelsen ble stanset med påfølgende krav om tilbakebetaling. Den belgiske domstolen forela saken for EU-domstolen. Spørsmålet som ble forelagt, var om artiklene 18 og 19 i EF-traktaten var «til hinder for en bestemmelse i national ret, som gjør udbetalingen af en ydelse som den i hovedsagen omhandlede betinget af, at den pågældende faktisk er bosiddende i vedkommende medlemsstat, når henses til, at ydelsen tildeles arbeidsløse over 50 år, som er fritaget for forpligtelsen til at være registreret som arbejdssøgende».
- (102) EU-domstolen vurderte først ytelsens karakter og fant at denne, til tross for særtrekkene, måtte anses som en ytelse ved arbeidsløshet. Ytelsen var dermed omfattet av anvendelsesområdet for den tidligere trygdeforordningen nr. 1408/71, selv om mottakeren var fritatt fra plikten til å la seg registrere som arbeidssøker, jf. avsnitt 34.
- (103) Deretter vurderte EU-domstolen forordningen. Den la for det første til grunn at artikkel 10 ikke omfattet ytelse ved arbeidsløshet. Artikkel 10 innebar følgelig ikke noe forbud mot «at lovgivningen i en medlemsstat gjør udbetalingen af en arbejdsløshedsydelse betinget af, at den pågældende har bopæl på denne stats område», jf. avsnitt 37. For det andre la EU-domstolen til grunn at det etter forordningen var «kun to situationer, hvor den kompetente medlemsstat er forpligtet til at give modtagerne af en arbejdsløshedsydelse mulighed for at være bosat på en anden medlemsstats område og dog bevare deres ret til ydelsen», nemlig situasjonene i artiklene 69 og 71, som svarer til gjeldende forordning artiklene 64 og 65. Domstolen uttalte så at det fremgikk av foreleggelsen at De Cuyper ikke ble omfattet av disse bestemmelsene.
- (104) EU-domstolen gikk etter dette videre og vurderte om bostedskravet, som ble funnet å utgjøre en restriksjon, kunne rettferdiggjøres etter primærretten. Dette ble besvart bekreftende, særlig ut fra kontrollhensyn, jf. avsnitt 47. Domstolen fulgte på dette punkt ikke Generaladvokatens forslag til avgjørelse. Forslaget gikk i retning av å anse forordningen som en uttømmende regulering av eksportadgangen som uten videre var forenlig med primærretten.
- (105) Avgjørelsen i C-228/07 *Petersen* gjaldt en tysk statsborger som arbeidet og bodde i Østerrike. Østerrikske myndigheter avslø Petersens søknad om uføretrygd, men tilkjente ham en ytelse som ble karakterisert som en arbeidsledighetsytelse som var en forskuddsyttelse for personer som hadde søkt uførepensjon. Også Petersen var unntatt fra kravet om å være arbeidssøker. Petersen varslet at han ville flytte til Tyskland og anmodet om fortsatt utbetaling. Dette ble avslått under henvisning til et nasjonalt bostedskrav.

- (106) EU-domstolen fulgte samme tilnærming som i *De Cuyper*. Etter å ha konstatert at Petersen ikke var omfattet av den tidligere forordningen artiklene 69 og 71, vurderte EU-domstolen om bostedskravet var forenlig med EF-traktaten artikkel 39 om fri bevegelighet for arbeidstakere. Ved den konkrete vurderingen konkluderte domstolen med at medlemsstaten ikke hadde godtgjort at bostedskravet var objektivt begrunnet og forholdsmessig.
- (107) De to avgjørelsene i *De Cuyper og Petersen* gjør det klart at primærretten – i situasjoner som faller utenfor trygdeforordningens regulering – etter omstendighetene kommer til anvendelse. Tilsvarende må gjelde etter gjeldende trygdeforordning 883/2004. EFTA-domstolens uttalelse i sak E-13/20 avsnitt 58 om at artiklene 64 til 65a uttømmende regulerer «de eneste tre tilfelle der den kompetente EØS-stat har plikt til å la mottakere av ytelser ved arbeidsløshet beholde ytelsene» ved opphold i andre EØS-stater, kan derfor ikke leses som en helt generell anvisning på at forordningens regulering i alle tilfeller må anses uttømmende. Vurderingen av om primærretten kommer til anvendelse må gjøres konkret. Det fremgår av avsnitt 52 i den rådgivende uttalelsen at domstolen har vurdert betydningen av avgjørelsene i *De Cuyper og Petersen*. Domstolen har ved denne vurderingen lagt vekt på særtrekkene ved at stønadsmottakerne ikke var underlagt kravet om å være tilgjengelig for arbeid. Etter EFTA-domstolens syn gjør dette at avgjørelsene må ses adskilt fra saker som gjelder ytelser til arbeidsløse som har plikt til å stå til rådighet for arbeidsmarkedet.
- (108) Selv om *De Cuyper og Petersen* viser at bosteds- og oppholds krav etter omstendighetene må prøves mot primærretten, er rekkevidden av de to dommene etter mitt syn usikker. Det er ikke grunnlag for å forstå dommene slik at de helt generelt fastslår at enhver situasjon der stønadsmottakeren ikke oppfyller vilkårene i artiklene 64, 65 og 65a, og ved det faller utenfor forordningens regulering, må prøves mot hovedreglene om fri bevegelighet. Som jeg kommer tilbake til, vil en slik forståelse heller ikke ivareta formålet bak trygdeforordningens særregulering.
- (109) Det foreligger også flere avgjørelser fra EU-domstolen som gir støtte for at særreguleringen av ytelser ved arbeidsløshet på enkelte punkter er uttømmende og dermed ikke suppleres av primærretten. Jeg viser her til avgjørelsen i sak C-551/16 *Klein Schiphorst*. Saken gjaldt en arbeidsledig som hadde benyttet seg av adgangen til eksport av en arbeidsledighetsytelse etter artikkel 64, men som ikke lenger oppfylte vilkårene fordi han hadde oppholdt seg som jobbsøker i utlandet ut over tidsgrensen på tre måneder, jf. artikkel 64 nr. 1 bokstav c. Myndighetene hadde avslått å forlenge fristen. EU-domstolen kom til at artikkel 64 ikke var til hinder for en nasjonal regel som påla trygdemyndighetene «princielt at afslå enhver ansøgning om forlængelse af perioden for eksport af arbejdsløshedsytelser ud over tre måneder, medmindre den omhandlede institution vurderer, at afslaget på denne ansøgning ville medføre et urimeligt resultat». Det uttales i avsnitt 53 at dette lå «inden for EU-rettens rammer». Det sentrale for vår del er at EU-domstolen ikke gikk videre og vurderte forholdet til primærretten, forutsetningsvis ut fra at retten til fri bevegelighet ikke kom supplerende inn.
- (110) Jeg nevner også avgjørelsen i de forente sakene C-41/79, 121/79 og 796/79 *Testa* med flere. Også denne avgjørelsen gjaldt oversittelse av tremånedersfristen i den tidligere artikkel 69 nr. 1 bokstav c. Saken gjaldt arbeidsløse under den tyske trygdeordningen som hadde benyttet retten til eksport for jobbsøkere, og som oppholdt seg i Italia. Etter utløpet av tremånedersfristen stanset tyske myndigheter utbetalingen av arbeidsløshetsytelsene. EU-domstolen uttaler i avsnitt 5 at for en arbeidsløs som benytter seg av retten til eksport i

forordning 1408/71 artikkel 69, er bestemmelsen et unntak fra den interne retts regler, «og den skal fortolkes ensartet i alle medlemsstatene, uanset hvordan de nationale lovgivninger om bevarelse eller fortabelse af retten til ydelser ved arbeidsløshed er indrettet». I avsnitt 14 fremhever domstolen videre at artikkel 69 «forbyder ikke fællesskabslovgiver at knytte betingelser til eller at sætte grænser for de rettigheder, som han giver med henblik på at sikre den frie bevægelighed for arbejdskraften». Heller ikke i denne avgjørelsen foretar EU-domstolen noen supplerende vurdering opp mot primærretten. Avgjørelsen bygger derfor på at arbeidsløshetsytelser ikke kan eksporteres ut over tilfellene som reguleres av forordningen.

- (111) Disse avgjørelsene trekker i retning av at situasjoner som «saklig sett» faller inn under særreguleringsens virkeområde – tidligere bestemmelsene i forordning 1408/71 artiklene 69 og 71, nå trygdeforordningen artiklene 64 og 65 – anses uttømmende regulert av forordningen. En arbeidsløs som ikke oppfyller de vilkår og begrensninger som oppstilles i de nevnte bestemmelsene om eksport av ytelser, kan ikke påberope primærretten som supplerende og selvstendig rettsgrunnlag. En slik tilnærming er også naturlig. Skulle reglene om fri bevegelighet komme inn som supplerende rettsgrunnlag i slike situasjoner, ville det bli lite igjen av de vilkår og begrensninger EU-lovgiveren har fastsatt gjennom særreguleringen.
- (112) Det er kanskje ikke uten videre klart hvordan As situasjon skal bedømmes i et slikt perspektiv. Han har reist ut av Norge i relativt lange perioder mens han har mottatt dagpenger, og har dermed rent faktisk «eksportert» ytelsen i den forstand at han har mottatt dagpenger under opphold i Sverige. Formålet med oppholdene var imidlertid ikke å søke jobb, og A benyttet seg ikke av retten i artikkel 64 til å oppholde seg utenlands med norske dagpenger i inntil tre måneder på de vilkår bestemmelsen oppstiller. Dette kan tilsi at hans situasjon faller utenfor virkeområdet for artikkel 64, og at A derfor er nærmere situasjonen i *De Cuyper* og *Petersen*. På den andre siden er en sentral del av begrunnelsen i de to avgjørelsene at *De Cuyper* og *Petersen* – i motsetning til A – ikke var forpliktet til å være tilgjengelig for arbeidsmarkedet, noe som er en vesentlig del av begrunnelsen for særreguleringen i artikkel 63 følgende.
- (113) Selv om artikkel 64 gjelder for arbeidsledige som reiser til andre EØS-land for å søke jobb, er det samtidig ingen tvil om at bestemmelsen inngår som en sentral del av reguleringen av medlemsstatenes forpliktelser til å tillate eksport av ytelser ved arbeidsledighet. Og utgangspunktet i artikkel 63 er at prinsippet om at ytelsen kan eksporteres er fraveket ut over tilfellene i artiklene 64, 65 og 65a. Dette trekker i retning av å anse forordningens særregulering som uttømmende for eksportadgangen i typiske normaltilfeller som den As situasjon representerer.
- (114) Overordnet er det etter mitt syn også naturlig å oppfatte de vilkår og begrensninger for eksportadgangen som EU-lovgiveren har fastsatt i artiklene 64, 65 og 65a, jf. artikkel 63, som uttrykk for en avveining av de hensyn som gjør seg gjeldende for ytelser ved arbeidsløshet, med den særstilling disse ytelsene har i EØS-retten. En supplerende anvendelse av reglene om fri bevegelighet i rene normaltilfeller vil kunne innebære at formålet bak særreguleringen ikke ivaretas.
- (115) Dette bringer meg tilbake til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse.

- (116) Jeg kan ikke se at rettspraksis fra EU-domstolen gir tilstrekkelig klare holdepunkter for å fravike EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten. Domstolen har avklart hvordan forholdet mellom trygdeforordningens regler i artiklene 64 til 65a og hovedreglene om fri bevegelighet skal forstås, og jeg har ikke funnet grunn til å fravike domstolens konklusjoner.
- (117) Jeg legger derfor til grunn at kravet i folketrygdloven § 4-2 om opphold i Norge som vilkår for dagpenger er forenlig med EØS-retten.
- (118) Lagmannsretten har følgelig ikke bygget på uriktig lovanvendelse ved domfellelsen av A for ikke å ha opplyst Nav om at han oppholdt seg i Sverige mens han mottok dagpenger.

Anken over saksbehandlingen – spørsmålet om bevisavskjæring

- (119) Under behandlingen for lagmannsretten krevde forsvareren avskjæring av to dokumentbevis fremlagt i saken, nærmere bestemt opplysninger om hvilke IP-adresser A hadde sendt inn de periodevise meldekortene fra, samt kontoutskrifter innhentet fra As bankforbindelse.
- (120) Bevisene ble ført for å underbygge at A hadde oppholdt seg i Sverige i perioder mens han mottok dagpenger, i strid med oppholdskravet i folketrygdloven § 4-2. Det fremgår av avgjørelsene både fra ting- og lagmannsrett at A under behandlingen av straffesaken ikke har bestridt at han oppholdt seg periodevis i utlandet.
- (121) Lagmannsretten avsa kjennelse under ankeforhandlingens første dag, der begjæringen om bevisavskjæring ikke ble tatt til følge. Lagmannsretten tok ikke endelig stilling til om bevisene var fremskaffet på utilbørlig måte, men mente at bevisene uansett skulle tillates ført.
- (122) De rettslige utgangspunktene for avskjæring av ulovlig ervervede bevis er klargjort i avgjørelsen i HR-2022-2420-A. Jeg viser til avsnitt 20 der det med henvisning til HR-2021-966-A uttales følgende:

«Som fremholdt i kjennelsen i Rt-2006-582 avsnitt 22 er det klare utgangspunktet i norsk rett at eventuelle feil ved innhenting av bevis ikke er til hinder for at beviset føres. I praksis benyttes det samme kriteriet i straffesaker som tvisteloven § 22-7 oppstiller for sivile saker: Retten kan 'i særlige tilfeller' nekte føring av bevis som er skaffet til veie 'på utilbørlig måte'. Om beviset skal føres, må avgjøres ut fra en bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning, jf. HR-2021-966-A avsnitt 21. I avsnitt 24 i denne avgjørelsen er vurderingstemaet oppsummert slik:

‘Ved vurderingen av om beviset skal nektes ført, må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelsen som ble begått ved innhenting av beviset. Videre har det betydning om den som satt med beviset, pliktet å utlevere dette. I tråd med blant annet verksbetjentdommen [Rt-1999-1269] må det dessuten vurderes om føring av beviset vil bli opplevd som en fortsatt rettskrenkelse. Etter omstendighetene vil det også kunne ha betydning om innhenting blir møtt med sanksjoner fra myndighetene. Andre relevante momenter er hvor viktig saken er, og hvor sentralt beviset er for oppklaringen av saken. I Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) er det på side 459

fremholdt at anvendelsen av § 22-7 'må holdes opp mot målet om å fremme sakens opplysning og sikre en riktig avgjørelse.'»

- (123) Jeg tar utgangspunkt i dette ved den konkrete vurderingen.
- (124) Når det gjelder lagringen av IP-adresser, er spørsmålet om Nav hadde tilstrekkelig klar hjemmel for lagring og oppbevaring i den tidligere bestemmelsen i personopplysningsloven § 8 bokstav f. Bestemmelsen fastsatte at personopplysninger «bare [kan] behandles» uten samtykke fra den registrerte eller hjemmel i lov, dersom «behandlingen er nødvendig for» at den behandlingsansvarlige «kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen». Nav har avsluttet praksisen med lagring av IP-adresser etter ikrafttredelsen av ny personopplysningslov, som gjennomførte EUs personvernforordning (GDPR), 20. juli 2018.
- (125) Påtalemyndigheten har anført at det er usikkert om Nav hadde rettslig grunnlag for laging og bruk av IP-adresser i den perioden tiltalen gjelder. For kontoutskriftene mener påtalemyndigheten at Nav hadde hjemmel for innhenting av opplysningene i folketrygdloven § 21-4.
- (126) Jeg finner ikke grunn til å ta endelig stilling til spørsmålet om bevisene er innhentet uten nødvendig lovhjemmel. Grunnen til det er at jeg, i likhet med lagmannsretten, mener at bevisene uansett må tillates ført. Ved den konkrete vurderingen av om bevisene skulle tillates ført uttalte lagmannsretten:

«Lagmannsretten viser til at dagpengemottakere har en plikt til å gi korrekte opplysninger til NAV, og IP-adressene og kontoutskriftene inneholder informasjon som er i kjernen av denne informasjonsplikten. Hvorvidt A oppholdt seg i utlandet mens han mottok dagpenger, og uten at dette ble opplyst til NAV, er egnet til å belyses ved informasjon fra IP-adressene og kontoutskriftene. Dette gjelder særlig når informasjon fra disse to bevisene ses i sammenheng med informasjon fra valutaregisteret, som NAV lovlig har innhentet, jf. valutaregisterloven § 6-1. Slik lagmannsretten ser det, er bevisene sentrale for oppklaring av saken og for at korrekt faktum blir lagt til grunn. Lagmannsretten viser også til at bevisene kan bidra til å oppklare en viktig sak. Saken dreier seg om misbruk av sentrale velferdsgoder som i vesentlig grad er basert på tillit til at brukerne gir en ærlig og riktig beskrivelse av sin økonomiske og sosiale situasjon.

Lagmannsretten kan ikke se at IP-adressene er innhentet på en særlig krenkende måte. Det samme gjelder kontoutskriftene, selv om krenkelsen her er noe mer alvorlig. Det vises til at kontoutskriftene inneholder betydelig overskuddsinformasjon om As privatliv. Dette gjelder ikke IP-adressene som kun gir uttrykk for øyeblikksbilder. Lagmannsretten kan ikke se at føring av bevisene vil bli opplevd som en fortsatt rettskrenkelse.»

- (127) Jeg er enig i denne vurderingen. Jeg er også enig med lagmannsretten i at en føring av bevisene ikke krenker Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8.

Konklusjon

- (128) Jeg har etter dette kommet til at oppholdskravet i folketrygdloven § 4-2 er forenlig med EØS-retten. Domfellelsen av A bygger derfor på korrekt lovanvendelse. Lagmannsretten har heller ikke begått saksbehandlingsfeil.
- (129) Anken fra A må derfor forkastes.
- (130) Jeg stemmer for denne

D O M :

Anken forkastes.

- (131) Dommer **Falch**:

Særmerknad

- (132) Jeg er kommet til samme resultat som førstvoterende. Med ett unntak slutter jeg meg også i det vesentlige til begrunnelsen.
- (133) For min del tar jeg ikke stilling til om EØS-avtalen artikkel 36 får anvendelse, da jeg er kommet til at oppholdsvilkåret i folketrygdloven § 4-2 under enhver omstendighet her er rettferdiggjort. Mitt syn er med andre ord at artikkel 36 uansett ikke ga A rett til å beholde dagpengene mens han oppholdt seg i Sverige.
- (134) Grunnen til at jeg ikke tar stilling til om EØS-avtalen artikkel 36 får anvendelse er i korthet denne:
- (135) Som førstvoterende har redegjort for, fastslo EFTA-domstolen i sakene E-13/20 og E-15/20 at i «andre tilfelle» enn de som er uttrykkelig nevnt i trygdeforordningen artiklene 64 til 65a, omfattes et vilkår om opphold for rett til dagpenger *ikke* av reglene om fri bevegelse i EØS-avtalens hoveddel – primærretten – herunder artikkel 36, se avgjørelsens slutninger punkt 2.
- (136) Domstolen begrunner overbevisende at de tilfellene som *er* uttrykkelig nevnt i trygdeforordningen artiklene 64 til 65a, er harmonisert på en slik måte at et nasjonalt oppholdsvilkår ikke reguleres av primærretten. Overbevisende fremgår det også at dette er de eneste tilfellene som uttømmende *pålegger* staten å la mottakerne beholde ytelsen ved midlertidige opphold i en annen EØS-stat, se særlig sak E-13/20 avsnittene 58 til 60.
- (137) Like lett er det imidlertid ikke å se begrunnelsen for at også *andre tilfeller* – altså de som *ikke* er nevnt i trygdeforordningen artiklene 64 til 65a – er harmonisert på en slik måte at primærretten ikke får anvendelse. Så langt jeg forstår trygdeforordningen, omfattes disse andre tilfellene bare av artikkel 63, jf. artikkel 7, som ikke totalharmoniserer reguleringen på EØS-nivå.

- (138) Jeg viser her til de avgjørelsene av EU-domstolen som førstvoterende har gjennomgått. I *De Cuyper* avsnittene 38 og 39 og *Petersen* avsnittene 40 til 43 kom domstolen til at den situasjonen de private partene befant seg i, «ikke er omfattet» av det som nå er trygdeforordningen artiklene 64 til 65a. I begge sakene brukte domstolen primærretten i EU. I *Klein Shiphorst* og *Testa* var situasjonen annerledes. Der var personene omfattet av de nevnte reglene i forordningen, og da brukte domstolen ikke primærretten.
- (139) Det er nærliggende å bedømme As tilfelle slik at også dette faller *utenfor* de nevnte artiklene 64 til 65a. Han reiste ikke til, og han oppholdt seg heller ikke i, Sverige for å søke arbeid der, jf. artikkel 64. Dette skulle da tilsi at primærretten får anvendelse i hans tilfelle.
- (140) Med den betydelige vekt som det skal legges på EFTA-domstolens uttalelser, er jeg likevel enig med førstvoterende i at det her ikke er tilstrekkelig grunn til å fravike domstolens tolkning. Men i motsetning til henne unnlater jeg – i fravær av nærmere utdyping, som domstolen så langt ikke har fått anledning til å gi – å ta stilling til om EØS-avtalen artikkel 36 får anvendelse eller ikke. For meg er dette ikke nødvendig.
- (141) *Dersom* As tilfelle bedømmes under EØS-avtalen artikkel 36, bygger jeg på at oppholdsvilkåret i folketrygdloven § 4-2 er en restriksjon på hans adgang til å motta tjenester i andre EØS-stater. Men denne restriksjonen mener jeg er rettfærdiggjort av de legitime formålene vilkåret bygger på.
- (142) Det fremgår av førstvoterendes gjennomgang av de norske reglene om dagpenger under arbeidsløshet at den som mottar slik ytelse, må være «reell» og «aktiv» arbeidssøker, må være villig til å ta i utgangspunktet «ethvert arbeid» hvor som helst i Norge, og må være villig til å delta på arbeidsmarkedstiltak. Dagpengeordningen skiller seg derfor fra andre trygdeytelser ved at den pålegger friske mottakere en rekke aktivitetskrav med sikte på raskest mulig retur til arbeidslivet.
- (143) Etter min mening er oppholdsvilkåret i § 4-2 et egnet og nødvendig middel for å sikre oppfyllelsen av dette legitime formålet med ytelsen. Sannsynligheten for rask retur til arbeidslivet svekkes dersom mottakeren oppholder seg utenfor Norge, det vil si utenfor det geografiske området der personen er aktiv arbeidssøker. I tillegg svekkes incentivene til å returnere til arbeidslivet dersom ytelsen beholdes ved opphold i EØS-stater med lavere levekostandsnivå enn Norge. Det er godt dokumentert at generøse ytelser kan påvirke jobbsøkeradferden og fører til lengre ledighetsperioder enn mindre generøse ordninger, se NOU 2019: 7 *Arbeid og inntektssikring – Tiltak for økt sysselsetning* punkt 5.3.
- (144) Også kontrollbehovet underbygger oppholdsvilkårets egnethet og nødvendighet. Dersom mottakeren av ytelsen oppholder seg i utlandet, svekkes Navs muligheter til å kontrollere at mottakeren fyller vilkårene, typisk kontrollere at personen ikke arbeider eller studerer. Nav har for eksempel ikke direkte tilgang til andre staters relevante elektroniske registre. Forespørsler til andre stater om opplysninger krever i praksis visse indikasjoner, herunder kunnskap om hvilken annen stat som kan være aktuell. For øvrig nøyer jeg meg med å vise til de betraktningene som fremgår av EU-domstolens avgjørelse i *De Cuyper* avsnittene 41 til 47.
- (145) Endelig nevner jeg at A selv ikke har oppgitt noen særskilt grunn for sine opphold i Sverige. Han reiste dit straks etter at han fikk innvilget dagpenger, og oppholdene varte til

dels i mange uker i strekk. De byrdene oppholdsvilkåret påførte ham, var derfor heller ikke uforholdsmessige.

- (146) Dommer **Østensen Berglund:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Steinsvik.
- (147) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (148) Dommer **Normann:** Likeså.
- (149) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.