



Trygderetten - Kjennelse - TRR-2019-2736

Instans	Trygderetten – Kjennelse
Dato	2021-12-21
Publisert	TRR-2019-2736
Stikkord	Dagpenger. Tilbakekreving. Opphold i EØS-land. Ftrl. § 4-2 og § 22-15. Femmedlemskjennelse. Enstemmig. Stadfestelse.
Sammendrag	<p>Tilbakekreving av dagpenger som var utbetalt under opphold i et annet EØS-land. NAV krevde tilbake dagpenger utbetalt i perioder mottakeren oppholdt seg i et annet EØS-land. NAV mente at den ankende part ikke hadde krav på ytelsen fordi vilkåret om opphold i Norge i folketrygdloven § 4-2 ikke var oppfylt i disse periodene. Den ankende part mente at vilkåret måtte settes til side fordi det var i strid med både forordning (EF) nr. 883/2004 (trygdeforordningen) og reglene om den frie bevegeligheten. Rettens administrator anmodet EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse, som ble avgitt i sak E-13/20. I LB-2019-159381 kom Borgarting lagmannsrett til at EFTA-domstolens uttalelse var i tråd med trygdeforordningens bestemmelser og rettspraksis fra EU-domstolen. Lagmannsretten var enig i EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten. Trygderetten hadde et annet syn på de EØS-rettslige spørsmålene, men med henvisning til lagmannsrettens avgjørelse kom retten likevel til at EFTA-domstolens forståelse burde legges til grunn.</p>
Saksgang	Ankenr: 19/02736
Parter	Ankende part: A. Prosessfullmektig: Advokatfirmaet Sulland AS. Ankemotpart: Arbeids- og Velferdsdirektoratet.
Forfatter	1. Øyvind Bø, rettens administrator, juridisk kyndig rettsmedlem 2. Astrid Lund-Andersen, juridisk kyndig rettsmedlem 3. Jostein Nordby, juridisk kyndig rettsmedlem 4. Leif Erlend Johannessen, juridisk kyndig rettsmedlem 5. Kim Holst-Larsen, juridisk kyndig rettsmedlem.
Sist oppdatert	2022-01-14

Saken gjelder: Forvaltningsmessige bestemmelser – tilbakekreving av feilaktig utbetaling, dagpenger – opphold i Norge.

KJENNELSE:

A, født [00.00.1975], er norsk statsborger. Han bodde og jobbet i Norge frem til november 2012, da han ble arbeidsledig. Fra 3. desember 2012 til 26. oktober 2014 mottok han dagpenger. Han var registrert med adresse hos familien i Norge fra januar 2013 til januar 2016, da han meldte flytting til [land innenfor EØS]. I flere perioder mens han mottok dagpenger oppholdt han seg i en leilighet han disponerte i [land innenfor EØS]. Partene er enige om at dette gjelder følgende perioder: 05.12.2012-11.12.2012, 05.01.2013-29.01.2013, 31.01.2013-18.02.2013, 28.02.2013-25.03.2013, 17.04.2013-21.05.2013, 18.07.2013-24.07.2013, 09.08.2013-20.11.2013, 05.12.2013-18.12.2013, 28.12.2013-05.02.2014, 17.02.2014-18.03.2014, 28.03.2014-14.04.2014, 24.04.2014-05.05.2014, 13.05.2014-21.05.2014 og 30.05.2014-26.10.2014. For øvrig oppholdt han seg i Norge. Han informerte ikke NAV om oppholdene i [land innenfor EØS].

Det var noe virksomhet i As enkeltmannsforetak mens han mottok dagpenger. Arbeid ble utført og ført på meldekortene i ukene 46/2013, 6/2014, 8/2014, 34/2014, 36/2014, og 42/2014. Totalt jobbet han 172,5 timer, som han løpende informerte NAV om. Av dette ble 157,5 timer utført i de periodene han oppholdt seg i [land innenfor EØS], mens resten av arbeidet ble utført i Norge. Alle oppdrag ble utført for norske oppdragsgivere.

I 2014 mottok NAV et anonymt tips om at A var i arbeid i [land innenfor EØS]. NAV Kontroll åpnet sak, og oppholdene i [land innenfor EØS] ble avdekket. NAV varslet A om saken, som umiddelbart bekreftet at han hadde oppholdt seg i [land innenfor EØS]. Den 28. august 2015 traff NAV Forvaltning [sted] vedtak om å kreve tilbake stønaden som var utbetalt i hele stønadsperioden, fra 2012 til 2014. A påklaget vedtaket, og i vedtak av 8. juni 2016 ble kravet redusert til de beløp A fikk utbetalt under oppholdene i [land innenfor EØS]. Etter dette utgjorde tilbakebetalingskravet kr 419 701, pluss et rentetillegg på 10 prosent etter folketrygdloven § 22-17a, kr 41 970. Saken førte også til at A ble domfelt for grovt uaktsomt grovt bedrageri i dom av Nedre Romerike tingrett den 11. desember 2018.

A påanket vedtaket av 8. juni 2016 først den 1. mars 2018. I kjennelse av 25. mars 2019 i sak TRR-2018-3261, kom Trygderetten til at anken skulle realitetsbehandles til tross for at ankefristen var oversittet. Saken ble sendt til NAV Klageinstans for ankeforberedelse før den igjen ble oversendt Trygderetten.

NAV Klageinstans har vurdert det påankede vedtaket på nytt i samsvar med trygderettsloven § 13, men har ikke funnet grunn til å endre vedtaket. NAV Klageinstans har forberedt saken for behandling i Trygderetten og har utarbeidet et oversendelsesbrev med en fremstilling av saksforholdet og partenes anførsler. Oversendelsesbrevet er datert 13. juni 2019.

Den ankende part fikk tilsendt kopi av oversendelsesbrevet med frist for å uttale seg, og kom med merknader i e-post av 7. juli 2019.

Ankesaken ble sendt til Trygderetten 2. august 2019. Retten mottok deretter merknader fra ankemotparten i brev av 17. desember 2019, 24. mars 2020, 29. mai 2020 og 26. juni 2020 og e-post den 28. august 2020. Prosessfullmektigen kom med merknader i brev av 28. januar 2020, 18. mai 2020 og 19. juni 2020, 10. august 2020 og 26. august 2020 og 7. september 2020.

Etter anmodning fra NAV Klageinstans besluttet Trygderettens leder den 29. juni 2020 at saken skulle behandles med fem rettsmedlemmer i henhold til trygderettsloven § 7 tredje ledd. Den 11. august 2020 ble saken overført fra NAV Klageinstans til Juridisk seksjon i Arbeids- og velferdsdirektoratet.

Den 9. september 2020 sendte rettens administrator en anmodning om rådgivende uttalelse til EFTA-domstolen. Anmodningen ble besvart av EFTA-domstolen i dom av 30. juni 2021 i sak E-13/20 *O v Arbeids- og velferdsdirektoratet* (EFTA-domstolens uttalelse). Samme dag avga EFTA-domstolen en rådgivende uttalelse til Borgarting lagmannsrett i sak E-15/20 *P*. Spørsmålene i denne saken var dels overlappende med spørsmålene i Trygderettens sak. Lagmannsrettens sak gjaldt en dagpengemottaker som var tiltalt for grovt bedrageri og falsk forklaring etter at han oppholdt seg i andre EØS-land i stønadsperioden. Borgarting lagmannsrett avsa dom i saken den 29. september 2021, se LB-2019-159381.

NAV og A har senere kommet med merknader til EFTA-domstolens uttalelse, i brev av henholdsvis 13. og 15. august 2021.

OBS. Dette er utdrag fra kjennelsen. Fullstendig tekst finnes på Lovdata.

Rettsens bemerkninger

Spørsmålet i saken

Tvistespørsmålet er om NAV kan kreve tilbake dagpengene som ble utbetalt til A i de periodene han oppholdt seg i [land innenfor EØS]. Vilkårene for tilbakekreving fremgår av folketrygdloven § 22-15, hvor første og fjerde ledd lyder:

«En utbetaling som Arbeids- og velferdsetaten, Helsedirektoratet eller organ underlagt Helsedirektoratet har foretatt til noen som ikke hadde krav på den, kan kreves tilbake dersom den som har fått utbetalingen (mottakeren) eller noen som opptrådte på vegne av mottakeren forsto eller burde ha forstått at utbetalingen skyldtes en feil. Det samme gjelder dersom vedkommende har forårsaket utbetalingen ved forsettlig eller uaktsomt å gi feilaktige eller mangelfulle opplysninger.

[...]

Det skal settes fram krav om tilbakebetaling etter første til tredje ledd med mindre særlige grunner taler mot det. Det legges blant annet vekt på graden av uaktsomhet hos den som kravet retter seg mot, størrelsen av det feilutbetalte beløpet, hvor lang tid det er gått siden utbetalingen fant sted og om feilen helt eller delvis kan tilskrives Arbeids- og velferdsetaten, Helsedirektoratet eller organ underlagt Helsedirektoratet. Tilbakebetalingskravet kan herunder settes til en del av det feilutbetalte beløpet. Når den som kravet retter seg mot har opptrådt forsettlig, skal krav alltid fremmes, og beløpet kan ikke settes ned.»

Bestemmelsen åpner for at NAV kan kreve tilbake ytelser som mottakeren ikke hadde krav på. Partene er enige om at A oppholdt seg i [land innenfor EØS] i de periodene saken gjelder. Ankemotparten mener at A ikke hadde krav på dagpenger fordi vilkåret i folketrygdloven § 4-2 ikke var oppfylt. Bestemmelsen lyder:

«For å ha rett til dagpenger må medlemmet oppholde seg i Norge.

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

Det er gitt unntak fra vilkåret i forskrift 19. september 1998 nr. 890 om dagpenger under arbeidsløshet (dagpengeforskriften), men ingen av disse er aktuelle i saken.

Det springende punktet er om oppholdskravet må settes til side fordi det er i strid med nasjonale bestemmelser som gjennomfører forpliktelser etter EØS-avtalen. Retten tar først stilling til dette spørsmålet. Deretter drøfter retten om skyldkravet er oppfylt, om kravet skal frafalles helt eller delvis etter bestemmelsen i fjerde ledd og om A skal ilegges rentetillegg etter folketrygdloven § 22-17a.

As rett til dagpenger – nærmere om de EØS-rettslige problemstillingene

A mener at oppholdskravet er i strid med bestemmelsene i europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger (forordningen). Formålet med forordningen er å koordinere trygdeordningene i EØS-statene og garantere at retten til fri bevegelse for personer kan utøves effektivt, jf. avsnitt 38 i EFTA-domstolens uttalelse. Forordningen gjelder som norsk forskrift og har forrang foran bestemmelsene i folketrygdloven, jf. folketrygdloven § 1-3 og forskrift 22. juni 2012 nr. 585 om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen § 1 første og tredje ledd. Det innebærer at vilkåret om opphold i Norge må settes til side dersom det er i konflikt med forordningens bestemmelser.

Forordningen inneholder ingen bestemmelser som uttrykkelig forbyr eller tillater vilkår om opphold for rett til kontantytelser ved arbeidsløshet i et tilfelle som det A befant seg i. Artikkel 7 fastsetter at kontantytelser som utbetales etter én eller flere EØS-staters lovgivning eller etter forordningen, ikke skal reduseres, endres, midlertidig stanses, bortfalle eller beslaglegges som følge av at stønadmottakeren er bosatt i en annen EØS-stat enn den staten der den institusjonen som er ansvarlig for å gi ytelsen ligger. Tatt på ordet gjelder bestemmelsen

kun nasjonale bostedskrav, men det kan reises spørsmål om den også rammer vilkår som stiller krav om opphold. Det følger av artikkel 63 at bestemmelsen får anvendelse på kontantytelser ved arbeidsløshet kun i de tilfellene som omfattes av artiklene 64, 65 og 65a. Det er ikke tvilsomt at dagpenger regnes som en kontantytelse ved arbeidsløshet. As opphold i [land innenfor EØS] faller ikke innenfor noen av de sistnevnte artiklene, og artikkel 7 kommer derfor ikke til anvendelse, selv om den skulle omfatte vilkår om opphold.

Forordningen artikkel 5(b) kodifiserer det generelle koordineringsprinsippet om likebehandling av faktiske forhold eller hendelser som finner sted i andre EØS-stater. Det kan reises spørsmål om stønadsmottakerens opphold i andre EØS-stater må likestilles med opphold i den staten ytelsen utbetales fra. I så fall må oppholdskravet i folketrygdloven § 4-2 anses for å være oppfylt, hvis bestemmelsen kommer til anvendelse.

For å få avklart om forordningen får betydning for EØS-statenes adgang til å stille vilkår om opphold for rett til kontantytelser ved arbeidsløshet for stønadsmottakere som befinner seg i samme situasjon som A, stilte rettens administrator følgende spørsmål til EFTA-domstolen:

«(1) Er det forenlig med bestemmelsene i forordning (EF) nr. 883/2004, herunder artikkel 5(b), at det i tilfeller hvor verken artikkel 64, 65 eller 65a kommer til anvendelse stilles som vilkår for rett til en kontantytelse ved arbeidsløshet at den arbeidsløse må oppholde seg i den kompetente stat?»

Forutsatt at forordningen ikke er til hinder for at vilkåret om opphold gjøres gjeldende overfor A, må retten ta stilling til om vilkåret er i strid med reglene om fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel. Bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov og går i tilfelle konflikt foran folketrygdlovens bestemmelser, jf. EØS-loven §§ 1 og 2. Dersom vilkåret er i strid med bestemmelsene i hoveddelen må det settes til side. I denne saken oppstår spørsmålet særlig i forhold til etableringsretten i artikkel 31 og tjenestefriheten i artikkel 36.

For å få avklart om reglene om fri bevegelighet kommer til anvendelse, og hvordan bestemmelsene eventuelt skal anvendes, stilte rettens administrator følgende spørsmål til EFTA-domstolen:

«(2) Kommer EØS-avtalen artikkel 36 til anvendelse ved midlertidige opphold i en annen EØS-stat som beskrevet i denne saken?

(3) Utgjør et vilkår som nevnt i spørsmål 1 en restriksjon av bevegelsesfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31 eller 36?

(4) Hvis ja, kan restriksjonen rettferdiggjøres på grunnlag av at

- opphold i den kompetente stat gir den arbeidsløse bedre incentiv og mulighet til å søke og finne en jobb;
- opphold i den kompetente stat sikrer at den arbeidsløse er tilgjengelig for arbeidsformidlingen, slik at denne (arbeidsformidlingen) kan kontrollere om den arbeidsløse oppfyller vilkårene for arbeidsløshetsytelsen;
- opphold i den kompetente stat gir arbeidsformidlingen bedre muligheter til å vurdere om den arbeidsløse får egnet oppfølging;
- oppholdskrav sikrer den sosiale trygdeordningens økonomiske likevekt.»

Til slutt stilte rettens administrator spørsmål om forholdet mellom oppholdsvilkåret og europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF (unionsborgerdirektivet), men slik saken står i dag er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette.

As rett til dagpenger – EFTA-domstolens fortolkning av EØS-retten

EFTA-domstolen ga følgende svar på spørsmålene knyttet til oppholdsvilkåret:

«1. Et vilkår om at den arbeidsløse må oppholde seg i den kompetente stat for å ha rett til en kontantytelse ved arbeidsløshet i tilfeller 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, herunder artikkel 5 bokstav b.

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 ytelse ved arbeidsløshet, ikke omfattes av EØS-avtalen artiklene 31 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.»

Artiklene 7, 63 og 64 til 65a i trygdeforordningen står sentralt i EFTA-domstolens uttalelse. I avsnitt 40 slår EFTA-domstolen fast at artikkel 7, som etter sin ordlyd kun gjelder bostedskrav, også forhindrer EØS-statene å gjøre ytelsene betinget av kontinuerlig fysisk opphold. Deretter uttaler domstolen:

«41 Forordningen avdeling III kapittel 6 inneholder særlige bestemmelser om ytelser ved arbeidsløshet. Det følger av forordningen artikkel 63 at for nevnte kapittels formål får artikkel 7 anvendelse bare på tilfelle omhandlet i artiklene 64, 65 eller 65a. Følgelig utgjør artikkel 63 et unntak fra hovedregelen i artikkel 7 og tillater EØS-statene å stille bostedskrav, herunder krav om opphold slik som i hovedsaken, for å ha rett til ytelser ved arbeidsløshet i tilfelle hvor verken artikkel 64, 65 eller 65a gjelder.

42 EFTA-domstolen peker på at en tolkning hvor et krav om opphold i en EØS-stat ikke omfattes av artikkel 7, ville frata denne bestemmelse dens effektivitet. At artikkel 7 også hindrer EØS-statene fra å gjøre slike ytelser betinget av fysisk tilstedeværelse, underbygges av at det følger av forordningen artikkel 63 at artikkel 7 bare får anvendelse på ytelser ved arbeidsløshet i tilfelle nevnt i artiklene 64, 65 og 65a. De nevnte artikler regulerer dermed uttømmende de tre tilfelle der den kompetente EØS-stat har plikt til å tillate mottakere av ytelser ved arbeidsløshet å bo eller oppholde seg på territoriet til en annen EØS-stat.»

EFTA-domstolen konkluderer med at artikkel 63 ikke bare regulerer anvendelsesområdet for artikkel 7, men at den også positivt tillater at det stilles krav om bosted eller opphold i de tilfeller som ikke omfattes av artiklene 64, 65 og 65a. Et vilkår om opphold i den kompetente staten er derfor forenlig med forordningen, herunder artikkel 5(b).

I punkt 2 i svaret konkluderer EFTA-domstolen med at artiklene 31 eller 36 i EØS-avtalens hoveddel ikke kommer til anvendelse på vilkåret om opphold. Domstolen begrunner dette som følger:

«58 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.

59 Forordningen artikkel 64 går lengre enn et enkelt tiltak for å koordinere nasjonale trygdelovgivning, 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).

60 Til slutt, når det gjelder retten til ytelser ved arbeidsløshet for arbeidstakere som søker arbeid i en annen EØS-stat enn der de sist arbeidet eller betalte trygdeavgift, har lovgiveren ansett det som nødvendig å gjøre en slik rett betinget av vilkår som er utformet for å oppmuntre slike personer til å søke arbeid i den EØS-stat der de sist hadde arbeid, for å få denne stat til å bære byrden med å betale ytelsene ved arbeidsløshet, og endelig for å sikre at disse ytelser bare gis til dem som faktisk søker arbeid (jf. dommen Gray, som omtalt over, avsnittene 12 og 13).

61 I lys av det ovenstående må svaret på spørsmål 2 til 4 og 6 bli at i andre tilfelle enn som uttrykkelig nevnt i forordningen 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 31 og 36. Ut fra de samme betraktninger omfattes dette vilkår ikke av direktiv 2004/38.»

EFTA-domstolen ga uttrykk for samme fortolkning i E-15/20 P, som ble nevnt innledningsvis.

Betydningen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse

Retten må ta stilling til om EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten skal legges til grunn i denne saken. I avsnitt 64 til 66 i storkammeravgjørelsen HR-2021-1453-S uttalte Høyesterett følgende om tyngden av en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen:

«(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 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.»

(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.»

Oppsummert er Høyesteretts syn at den nasjonale domstolen selv må ta stilling til hvordan EØS-retten skal forstås og anvendes i den konkrete saken. EFTA-domstolens uttalelse skal tillegges stor vekt.

Tolkningsuttalelser fra EFTA-domstolen kan ikke fravikes uten at det foreligger «særlige grunner» eller «gode og tungtveiende grunner for det».

Foreligger det gode og tungtveiende grunner for å fravike EFTA-domstolens fortolkning?

I LB-2019-159381 vurderte Borgarting lagmannsrett om det finnes grunner til å fravike EFTA-domstolens uttalelse. Lagmannsretten kom til at den er i samsvar med både forordningens bestemmelser og rettspraksis fra EU-domstolen. Følgelig ble EFTA-domstolens fortolkning lagt til grunn.

Retten vurderer de EØS-rettslige spørsmålene på en annen måte enn lagmannsretten.

Både EFTA-domstolen og lagmannsretten finner sterke holdepunkter i forordningen for at EØS-statene skal kunne oppstille vilkår om opphold for rett til arbeidsløshetsytelser utenfor de tilfellene som er særlig regulert i forordningen. Under sin drøftelse av forordningens betydning uttaler lagmannsretten:

«Etter lagmannsrettens vurdering gir ordlyden i artikkel 63 – sett i sammenheng med artikkel 7 – en klar forankring for at nasjonal lovgivning må kunne oppstille oppholdskrav for ytelser ved arbeidsløshet. Like klart er det etter ordlyden at nasjonal lovgivning ikke kan oppstille oppholdskrav som rokker ved den eksportabiliteten av dagpenger som er knesatt i unntakene i forordningen artikkel 64, 65 og 65a.»

Under sin drøftelse av betydningen av EØS-avtalens generelle regler om fri bevegelighet uttaler lagmannsretten:

«Etter lagmannsrettens vurdering gir ordlyden i forordning 883/2004 artikkel 63, jf. artikkel 64, 65 og 65a sett i sammenheng med artikkel 7, en klar forankring for at artiklene 64, 65 og 65a uttømmende regulerer de tilfellene der den kompetente EØS-staten plikter å la mottakeren av ytelser ved arbeidsløshet beholde ytelsen selv om vedkommende flytter eller oppholder seg på territoriet til en annen EØS-stat. Ordlyden gir etter lagmannsrettens syn ingen forankring for at det utover disse tilfellene er adgang til eksportabilitet av slike trygdeytelser.»

Under sin drøftelse av forordningenes betydning uttaler EFTA-domstolen:

«51 Som et resultat, og som den norske stat, Nederlands regjering og Kommisjonen anførte under rettsmøtet, er det klart når forordningen Artiklene 7 og 63 i tillegg til artikkel 64 nr. 1 leses i sammenheng, at retten til å beholde ytelser ved arbeidsløshet for en helt arbeidsløs person som reiser til en annen EØS-stat, kun er garantert når formålet er å søke arbeid der, og etter vilkårene nevnt i artikkel 64 nr. 1 (jf. dommen i *Klein Schiphorst*, som omtalt over, avsnitt 49).»

EFTA-domstolen konkluderer videre med at artiklene 64 til 65a uttømmende regulerer de tilfellene der statene plikter å la mottakere av ytelser som bosetter eller oppholder seg i andre EØS-stater beholde ytelser, slik at verken EØS-avtalen artikkel 31, artikkel 36 eller direktiv 2004/38 kommer til anvendelse.

Retten er enig i at artikkel 7 ikke kommer til anvendelse utenfor de tilfeller som omfattes av artiklene 64, 65 og 65a. Retten kan imidlertid ikke se at det er sterke holdepunkter i forordningen for at EØS-statene kan fastsette bosteds- og oppholdsvilkår uhindret av bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel.

Artikkel 63 lyder:

«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.»

Bestemmelsen angir hvilke tilfeller det absolutte forbudet mot bostedsvilkår i artikkel 7 skal gis anvendelse på. Etter sin ordlyd tar den ikke stilling til om slike vilkår er tillatt i andre tilfeller. Bostedsvilkår kan være i strid med øvrige bestemmelser i EØS-avtalen, men artikkel 63 tar ikke stilling til om disse bestemmelsene kommer til anvendelse. Om artikkel 63 leses i lys av forordningens formål, som utelukkende er å koordinere de nasjonale trygdeordningene, er det nærliggende å anta at bestemmelsen ikke berører statenes plikt til å overholde EØS-avtalens grunnleggende regler om fri bevegelighet når de utformer ytelsene, jf. fortalen avsnitt 4, avsnittene 53 til 56 i E-3/12 *Jonsson* og avsnitt 39 i EFTA-domstolens uttalelse.

Etter retten syn gir ikke artikkel 63, lest i lys av artiklene 64, 65 eller 65a, holdepunkter for at bostedsvilkår skulle være tillatt i tilfeller som faller utenfor bestemmelsenes anvendelsesområde. Artikkel 64 gir stønadsmottakerne rett til å knytte seg til arbeidsformidlingen i en annen EØS-stat og fritas fra en del av pliktene i den kompetente staten, mot at de underlegges forpliktelser i den staten de reiser til. Bestemmelsen regulerer ikke bare forholdet mellom stønadsmottakeren og den kompetente institusjon, men medfører også forpliktelser for myndighetene i vertsstaten. Artiklene 65 og 65a gjelder personer som var bosatt i en annen stat under siste arbeidsforhold. Slik retten forstår disse bestemmelsene, inneholder de regler for helt spesielle situasjoner. Verken artikkel 64, 65 eller 65a regulerer retten til fri bevegelighet for stønadsmottakere i sin alminnelighet. Det forhold at artikkel 63 gir forbudet i artikkel 7 anvendelse kun i disse særlige tilfellene taler derfor ikke i seg selv for at bostedsvilkår skulle være tillatt i sin alminnelighet, og under ingen omstendigheter gir bestemmelsene klare holdepunkter for at de sentrale og grunnleggende reglene om fri bevegelighet ikke skulle gjelde. Det er mer nærliggende å ta artikkel 63 på ordet, slik at forbudet mot bostedsvilkår gjelder disse

særlige tilfellene, men ikke ellers. Forstått på denne måten må EØS-statene fremdeles overholde EØS-retten når vilkårene for arbeidsløshetsytelsene fastsettes, jf. avsnitt 39 i EFTA-domstolens uttalelse.

Etter rettens syn står EFTA-domstolens uttalelse i et spenningsforhold til praksis fra EU-domstolen. EU-domstolen har avsagt flere dommer om artiklene 64, 65 og 65a i den nåværende trygdeforordningen og de forutgående artiklene i den forrige trygdeforordningen, forordning (EØF) nr. 1408/71. De forente sakene 41, 121 og 796/79 *Testa* gjaldt forståelsen av artikkel 69 i den tidligere trygdeforordningen, som er forløperen til artikkel 64 i dagens forordning. EU-domstolen uttalte:

«4 Etter artikkel 69 i forordning 1408/71 kan en arbeidsløs arbeidstager uten at miste retten til arbeidsløshedsytelser i den kompetente stat i en bestemt periode reise til en annen medlemsstat for at søge arbejde, uden at han behøver at stille sig til rådighed for arbeidsformidlingen i den kompetente stat, selv om en forpligtelse hertil måtte være fastsat i den nationale lovgivning.

5 Denne bestemmelse er ikke blot en foranstaltning til samordning af de nationale regler vedrørende social sikring. I forhold til den arbeidstager, der benytter sig af den, er bestemmelsen en selvstændig undtagelse fra den interne rets regler, og den skal fortolkes ensartet i alle medlemsstaterne, uanset hvordan de nationale lovgivninger om bevarelse eller fortabelse af retten til ydelser ved arbeidsløshed er indrettet.

[...]

Foreneligheten af artikkel 69, stk. 2, med artiklerne 48-51 i traktaten

12 Det er blevet gjort gældende, at såfremt artikkel 69, stk. 2, skal fortolkes således, som det er sket ovenfor, er den ugyldig, idet den da vil være uforenelig med traktatens bestemmelser om arbejdskraftens frie bevægelighed, især med artikkel 51, som pålægger Rådet at vedtage de foranstaltninger inden for området for social sikring, som er nødvendige for at gennemføre arbejdskraftens frie bevægelighed.

13 Som Domstolen allerede har fremhævet i dom af 20. marts 1979, sag 139/78, *Coccioli* mod *Bundesanstalt für Arbeit*, Sml. 1979, s. 991, giver artikkel 69 i forordning nr. 1408/71, som indrømmer en arbeidstager ret til at reise til en anden medlemsstat for at søge beskæftigelse dér, den arbeidstager, som udnytter bestemmelsen, en fordel fremfor den arbeidstager, som forbliver i den kompetente medlemsstat, for så vidt som førstnævnte arbeidstager i et tidsrum af tre måneder fritages for forpligtelsen til at stille sig til rådighed for den kompetente medlemsstats arbeidsformidling og til at underkaste sig den her gældende kontrol, selv om han skal tilmelde sig arbeidsformidlingskontorerne i den medlemsstat, han rejser til.

14 Den i artikkel 69 indeholdte ret til bevaring af ydelser ved arbeidsløshed medvirker derfor til at sikre arbejdskraftens frie bevægelighed i overensstemmelse med traktatens artikkel 51. Den omstændighed, at denne ret er begrænset i tid og undergivet visse betingelser kan ikke bevirke, at artikkel 69, stk. 2, er i strid med artikkel 51. Denne sidste bestemmelse 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.

15 Som del af en særordning, der indrømmer arbeidstagerne rettigheder, som de ellers ikke ville have, kan artikkel 69, stk. 2, ikke ligestilles med de bestemmelser, som blev kendt ugyldige af Domstolen i dommene af 21. oktober 1975, sag 24/75 *Petroni*, Sml. 1975, s. 1149 og af 13. oktober 1977, sag 112/76, *Manzoni*, Sml. 1977, s. 1647, i det omfang de medførte, at arbeidstagerne mistede fordelen efter den sociale sikring, som under alle omstændigheder tilkom dem efter lovgivningen i en enkelt medlemsstat.

16 Heraf følger, at artikkel 69, stk. 2, i forordning 1408/71 ikke er uforenelig med bestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed i Fællesskabet.»

EU-domstolen fokuserer på at artikkel 69 gir stønadsmottakerne en fordel, i form av en rett til å bli fritatt fra plikten til å stå tilmeldt arbeidsformidlingen og underlegge seg kontrollordningene i den kompetente staten, se i den sammenheng avsnitt 5 i den engelske og franske utgaven av dommen. Som en motytelse må vedkommende knytte seg til arbeidsformidlingen og kontrollordningene i en annen EØS-stat. Stønadsmottakeren velger selv om vedkommende ønsker å benytte seg av retten. EU-domstolen konstaterer at bestemmelsen fremmer den frie bevegelsen for arbeidstakere nettopp fordi den utelukkende er til stønadsmottakerens fordel. Domstolens

beskrivelse av bestemmelsen som en fordel, innebærer at den ikke begrenser stønadsmottakernes rett til fri bevegelighet. Den er i stedet en særordning som fremmer den frie bevegelighet utover det som følger av reglene for øvrig.

Denne forståelsen av artikkel 69 har EU-domstolen fastholdt i senere avgjørelser, se f.eks. avsnittene 17 til 19 i C-215/00 *Rydergård*. Artikkel 69 er i det vesentligste videreført i artikkel 64 i den nåværende forordningen, og rettspraksis knyttet til artikkel 69 har, der den passer, blitt lagt til grunn i saker som gjelder artikkel 64, jf. f.eks. avsnittene 35 og 45 i C-551/16 *Klein Schiphorst*.

EFTA-domstolens beskrivelse av artikkel 64 står i et spenningsforhold til EU-domstolens fortolkning. EFTA-domstolen viser riktignok til EU-domstolens uttalelse om at bestemmelsen fastsetter et sett med regler til fordel for arbeidstakere, men konkluderer deretter med at «retten til å beholde ytelser ved arbeidsløshet for en helt arbeidsløs person som reiser til en annen EØS-stat, kun er garantert når formålet er å søke arbeid der, og etter vilkårene nevnt i artikkel 64 nr. 1», jf. avsnitt 51 som er sitert ovenfor.

Mens EU-domstolen beskriver en fordel i form av en rett til å knytte seg til arbeidsformidlingen i et annet land, innebærer EFTA-domstolens fortolkning at retten til fri bevegelighet begrenses, til stønadsmottakernes ulempe, jf. avsnitt 45 i EFTA-domstolens uttalelse. En stønadsmottaker som reiser til en annen EØS-stat, men ikke ønsker å søke arbeid der, utelukkes fra å kreve at nasjonale vilkår om bosted og opphold skal settes til side på grunnlag av reglene om fri bevegelighet. Mens EU-domstolen betrakter retten etter artikkel 69 som en særordning som gjør unntak fra materielle vilkår i nasjonal rett, legger EFTA-domstolen til grunn at bestemmelsene regulerer retten til fri bevegelighet for stønadsmottakerne i sin alminnelighet.

Etter rettens vurdering står EFTA-domstolens uttalelse i et særlig spenningsforhold til to senere avgjørelser fra EU-domstolen. I C-406/14 *De Cuyper* var det tvist om en mottaker av en kontantytelse ved arbeidsløshet hadde rett til å beholde ytelsen selv om vedkommende hadde bosatt seg i et annet EU-land i strid med et nasjonalt bostedsvilkår. EU-domstolen konstaterte at situasjonen ikke var omfattet av den tidligere forordningens bestemmelser, og vurderte deretter om vilkåret var i tråd med den frie bevegeligheten for unionsborgere i artikkel 18 EF, jf. avsnittene 38 og 39. I forbindelse med den konkrete prøvingen uttaler domstolen at kontrollordninger kan begrunne mer restriktive tiltak for arbeidsløshetsytelser enn andre ytelser, jf. avsnitt 45. Selv om domstolen dermed anerkjenner at arbeidsløshetsytelser har visse særtrekk som kan begrunne mer restriktive tiltak, konkluderer den ikke med at vilkårene er unntatt fra nærmere prøving. Domstolen konkluderer heller ikke med at bostedsvilkåret kan rettferdiggjøres på grunnlag av et generelt prinsipp om at arbeidsløshetsytelser ikke kan eksporteres, slik generaladvokaten foreslo i avsnitt 119 i sin uttalelse. I stedet foretar domstolen en konkret prøving av om vilkåret kan rettferdiggjøres. EFTA-domstolens fortolkning innebærer derimot at forordningens regler stenger for en slik prøving, jf. særlig avsnitt 45 i EFTA-domstolens uttalelse. Også i C-228/07 *Petersen* anvendte EU-domstolen reglene om fri bevegelighet på et vilkår om bosted i en situasjon som ikke var omfattet av bestemmelsene i forordningen.

Slik EU-domstolen ordlegger seg, er det nærliggende å forstå disse avgjørelsene som eksempler på at forordningens bestemmelser suppleres av reglene om fri bevegelighet, jf. avsnitt 39 og 40 i C-406/04 *De Cuyper* og avsnittene 40 til 42 i C-228/07 *Petersen*. Også generaladvokat Mengozzi ser ut til å forstå avgjørelsene slik, jf. avsnitt 27 i hans uttalelse i C-551/16 *Klein Schiphorst*.

Denne forståelsen underbygges av at EU-domstolen har anlagt samme tilnærming til forordningens bestemmelser i andre saker. I C-158/96 *Kohl* kom domstolen til at et vilkår om forhåndsgodkjenning for å få refusjon for utgiftene til tannbehandling i et annet EU-land, måtte prøves mot tjenestefriheten selv om artikkel 22 i forordning (EØF) 1408/71 uttrykkelig tillot slike vilkår, jf. avsnitt 25. Det er sikker rett at også artikkel 20 i dagens forordning må suppleres med de grunnleggende reglene om fri bevegelighet. Også i C-3/08 *Leyman* anvendte EU-domstolen primærretten på en nasjonal regel som var tillatt etter den daværende trygdeforordningen. For øvrig supplerte også EFTA-domstolen artikkel 22 i forordning (EØF) 1408/71 med reglene i EØS-avtalens hoveddel i E-11/07 og E-1/08 *Rindal og Slinning*. Og i E-8/20 *N la* EFTA-domstolen til grunn at et oppholdskrav for en kontantytelse ved sykdom måtte prøves mot reglene om fri bevegelighet i et tilfelle som falt utenfor bestemmelsene i den tidligere trygdeforordningen, jf. avsnittene 68 og 70 flg. Artikkel 10 i den daværende forordningen, som er forløperen til artikkel 7 i dagens forordning, kom ikke til anvendelse.

EU-domstolens tilnærming er videre i samsvar med forordningens hjemmelsbestemmelse, som foreskriver koordinering og ikke harmonisering av EU-statenes lovgivning, jf. f.eks. avsnitt 41 i C-228/07 *Petersen* og E-3/12 *Jonsson* avsnitt 56.

Både EFTA-domstolen og Borgarting lagmannsrett peker på at C-406/04 *De Cuyper* og C-228/07 *Petersen* gjelder stønadsmottakere som ikke var forpliktet til å være tilgjengelig for arbeid. EFTA-domstolen uttaler at sakene derfor bør sees adskilt fra de situasjonene som omfattes av artikkel 64, hvor ytelsene ved arbeidsløshet er knyttet til den enkeltes plikt til å stå til rådighet for å besette stillinger på arbeidsmarkedet, jf. avsnitt 52.

Retten har vanskelig for å se at en slik sontring er forankret i forordningens bestemmelser. Artikkel 64 regulerer stønadsmottakerens rett til å velge å knytte seg til arbeidsformidlingen og kontrollordningene i en annen EØS-stat. Bestemmelsen inneholder ingen alminnelig regulering av den frie bevegelseheten for stønadsmottakere som er forpliktet til å stå til rådighet for å besette stillinger på arbeidsmarkedet.

Sontringen kan heller ikke begrunnes med at den er egnet til å identifisere saker som gjelder ytelser med særtrekk som kan begrunne mer restriktive tiltak, slik at den sikrer at disse sakene går klar av reglene om fri bevegelsehet. Retten peker i den sammenheng på at behovet for bosteds- og oppholdsvilkår ikke bare er avhengig av vilkårenes innhold og om det foreligger en generell plikt til å være tilgjengelig for arbeid, men også hva plikten faktisk går ut på og ikke minst hvordan den håndheves. I og med at det etter EFTA-domstolens forståelse ikke skal foretas en konkret prøving i disse sakene, er det en risiko for at det oppstilles bosteds- og oppholdskrav som ville ha blitt satt til side om de var underlagt den alminnelige proporsjonalitetsvurderingen. Motsatt kan det tenkes tilfeller hvor statene har et sterkere behov for restriktive tiltak, selv om stønadsmottakeren ikke er forpliktet til å være tilgjengelig for arbeid. Disse tilfellene vil underlegges en konkret prøving. For eksempel var ikke *De Cuyper* forpliktet til å stå til rådighet for å besette stillinger på arbeidsmarkedet, men han var like fullt forpliktet til å være tilgjengelig for landets trygdemyndigheter. EU-domstolen kom til at bostedsvilkåret var lovlig.

Sontringen kan etter rettens syn heller ikke begrunnes med at de to sakene gjaldt så spesielle eller atypiske tilfeller at de burde behandles på en spesiell måte. Som generaladvokat Geelhoed peker på i avsnitt 61 i sin uttalelse i C-406/04 *De Cuyper*, er det i flere land tradisjon for å unnta eldre personer på arbeidsløshetsytelser fra plikten til å gjøre seg tilgjengelig for arbeid. I C-406/04 *De Cuyper* beskriver heller ikke domstolen ytelsen som atypisk, jf. avsnittene 30 og 31, særlig i den engelske og franske utgaven av dommen.

Lagmannsretten vurderer om det er motstrid mellom EFTA-domstolens uttalelse og EU-domstolens avgjørelser i C-406/04 *De Cuyper* og C-228/07 *Petersen*. I den sammenheng viser lagmannsretten til at EU-domstolen ikke anvendte de generelle reglene om fri bevegelsehet i C-551/16 *Klein Schiphorst*. Saken gjaldt en stønadsmottaker som hadde dratt til et annet land for å søke arbeid på grunnlag av artikkel 64(1), men som oppholdt seg i landet utover grensen på tre måneder, jf. artikkel 64(1)(c). Lagmannsretten uttaler:

«Det sentrale etter lagmannsrettens vurdering er at EU-domstolen i denne saken ikke går videre og vurderer forholdet til de generelle regler om fri bevegelsehet. Slik lagmannsretten forstår EU-domstolens rettspraksis, er det ikke slik at domstolen går videre og vurderer de generelle regler om fri bevegelsehet i de tilfeller hvor den aktuelle mottakeren faller inn under og er dekket av forordning 883/2004 artikkel 64 til 65a, men i den konkrete sak ikke oppfyller de aktuelle vilkår som er knesatt i forordningen i de aktuelle artiklene. Samlet sett kan derfor lagmannsretten ikke se at det er grunnlag for å fravike den forståelse EFTA-domstolen har gitt uttrykk for opp mot *De Cuyper*- og *Petersen*-sakene, jf. siterte avsnitt 52 i E-13/20.»

Retten er enig med lagmannsretten i at reglene om fri bevegelsehet ikke kommer til anvendelse i tilfeller som er omfattet av forordningens bestemmelser. Det avgjørende spørsmålet er imidlertid hvilke tilfeller som er omfattet av artikkel 64.

Slik retten forstår EU-domstolens praksis, kommer artikkel 64 først til anvendelse når stønadsmottakeren benytter seg av den retten som bestemmelsen gir. Da trer vedkommende inn i den særordningen som bestemmelsen etablerer, og gir samtidig avkall på de alminnelige reglene for stønadsmottakere. I avsnitt 19 i de forente sakene 41, 121 og EU 796/79 *Testa* uttalte EU-domstolen:

«19 Ved bedømmelsen af, om artikel 69, stk. 2, kan krænke grundrettighederne, som således er sikret i Fællesskabets retsorden, må det først tages i betragtning, at den ved artikel 69 indførte ordning er fakultativ og kun finder anvendelse i det omfang, arbejdstageren anmoder derom; gør han dette, giver han afkald på de almindelige regler for arbejdstagere i den stat, i hvilken han er blevet arbejdsløs. De i artikel 69 omhandlede retsvirkninger af for sen tilbagekomst bliver bragt til arbejdstagerens kundskab, bl.a. ved hjælp af det forklarende cirkulære E 303/5, som er udfærdiget på hans sprog, og som

udleveres til ham af det kompetente arbejdsformidlingskontor, og det er derfor helt frivilligt og med viden om følgerne, at han undergiver sig ordningen i artikkel 69.»

Overført til dagens forordning innebærer det at en person som benytter seg av retten i artikkel 64, men overskrider tidsbegrensningen i artikkel 64(1)(c), fremdeles omfattes av bestemmelsen. Motsatt vil en person som reiser til et annet land uten å benytte seg av retten i artikkel 64 ikke omfattes av bestemmelsen. Etter rettens vurdering er derfor C-551/16 *Klein Schiphorst* i tråd med EU-domstolens tidligere praksis.

Ved vurderingen av hvordan EØS-retten skal forstås har EFTA-domstolens uttalelse stor vekt. Etter rettens vurdering svekkes uttalelsen av de forhold retten har pekt på ovenfor. Likevel har ikke retten kommet til at det er tilstrekkelige grunner til å fravike EFTA-domstolens uttalelse. I LB-2019-159381 sluttet Borgarting lagmannsrett seg til EFTA-domstolens fortolkning. Lagmannsrettens dom har prinsipiell betydning og bør tillegges betydelig vekt. Lagmannsretten innhentet en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, og i dommen behandler lagmannsrettens de EØS-rettslige spørsmålene inngående. I dommen drøftes de fleste av de forhold retten har pekt på ovenfor. Etter en samlet vurdering har retten derfor kommet til at den legger EFTA-domstolens uttalelse til grunn.

For ordens skyld bemerker retten at en annen forståelse av EØS-retten enn den EFTA-domstolen har kommet til, ikke nødvendigvis ville føre til at vilkåret i folketrygdloven § 4-2 måtte settes til side.

As rett til dagpenger under oppholdene i [land innenfor EØS]

Det følger av EFTA-domstolens fortolkning at vilkåret om opphold i Norge i folketrygdloven § 4-2 ikke er i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser. A oppfylte ikke vilkåret under oppholdene i [land innenfor EØS], og han oppfylte heller ikke vilkårene i noen av unntaksbestemmelsene. A hadde derfor ikke krav på dagpenger i de periodene saken gjelder.

Forholdet mellom folketrygdloven §§ 22-15 og 22-17a og Norges EØS-rettslige forpliktelser

I spørsmålsskriftet til EFTA-domstolen stilte rettens administrator følgende spørsmål:

«(5) Hvis vilkåret kan rettfærdiggjøres, er det forenlig med EØS-avtalen artikkel 31 og 36 at en person som har oppholdt seg i en annen EØS-stat enn den kompetente stat uten å oppfylle en plikt til å opplyse den kompetente institusjonen om oppholdet, kan bli pålagt å tilbakeføre ytelsen som derved er ulovlig ervervet etter nasjonal rett? Er det i så fall forenlig med EØS-avtalen artikkel 31 og 36 at vedkommende ilegges et rentetillegg på 10 prosent?»

EFTA-domstolens svar lyder som følger:

«3. EØS-statene beholder myndighet til å bestemme om ulovlig mottatte stønader og ytelser skal tilbakebetales. EØS-statene må imidlertid utøve denne myndighet i samsvar med EØS-retten og dens generelle prinsipper, herunder prinsippene om ekvivalens og effektivitet.»

Vurderingen av om tilbakebetalingsreglene er forenlige med de EØS-rettslige prinsippene må ta utgangspunkt i EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, herunder at retten til å beholde ytelser ved arbeidsløshet for en helt arbeidsløs person som reiser til en annen EØS-stat kun er garantert når formålet er å søke arbeid der og vilkårene i artikkel 64(1) er oppfylt, jf. avsnitt 51.

Ekvivalensprinsippet innebærer at reglene for tilbakebetalingskrav som skyldes feilutbetaling av dagpenger til personer som oppholder seg i andre EØS-stater ikke må være mindre gunstige enn reglene som regulerer lignende nasjonale situasjoner, jf. EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 64.

Retten bemerker at vilkårene for tilbakekreving av dagpenger er de samme i saker som knytter seg til vilkåret i folketrygdloven § 4-2 og saker som knytter seg til ett av de andre vilkårene for ytelsen. Retten er ikke kjent med at NAV praktiserer reglene annerledes i saker som har sitt utspring i utenlandsopphold. Trykderetten behandler jevnlig saker om tilbakebetaling av dagpenger der grunnlaget for kravet er at ett av de andre vilkårene ikke er oppfylt. Ekvivalensprinsippet er tilfredsstillt.

Videre uttaler EFTA-domstolen at tilbakebetalingsreglene ikke må gjøre det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve rettighetene som er gitt etter EØS-retten.

Retten bemerker at folketrygdloven § 22-15 første ledd andre punktum, som er aktuell i denne saken, krever at stønadsmottakeren har forårsaket utbetalingen ved forsettlig eller uaktsomt å gi feilaktige eller mangelfulle opplysninger. Dette innebærer at det ikke er så vanskelig for stønadsmottakeren å forutse sin rettsstilling at det blir praktisk umulig eller uforholdsmessig å utøve retten etter forordningen artikkel 64.

I brevet av 15. august 2021 viser A til anførslene i det skriftlige innlegget til EFTA-domstolen om at folketrygdloven §§ 22-15 og 22-17a strider mot det EØS-rettslige klarhetsprinsippet og forbudet mot dobbel strafforfølgning.

Når det gjelder forholdet til klarhetsprinsippet viser retten til at oppholdskravet fremgår utvetydig klart av folketrygdloven § 4-2. Det fremgår også at departementet kan gi forskrifter om unntak fra vilkåret, og disse kan uten store anstrengelser letes frem i dagpengeforskriften. Drøftelsen ovenfor har ikke avdekket at noen av bestemmelsene er i strid med EØS-avtalen. Det er klart at A ikke oppfyller noen av unntakene i forskriften. Han ble informert om oppholdsvilkåret i vedtaket av 3. januar 2013, og at mangelfulle opplysninger av betydning for retten til ytelsen kan føre til krav om tilbakebetaling. Etter rettens vurdering kunne A forutberegne sin rettsstilling og innrette seg deretter. Dersom han mente at informasjonen fra NAV og vilkåret i folketrygdloven § 4-2 var i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser, måtte han i så fall ta kontakt med NAV. Retten viser for øvrig til Borgarting lagmannsrett drøftelse under overskriften «Rettsikkerhetsprinsippet – herunder klarhetsprinsippet» i LB-2019-159381. På bakgrunn av As anførsler legger retten til at dagpengeforskriften § 13-3 ikke fremstår som et unntak fra folketrygdloven § 4-2.

Anførselen om dobbel strafforfølgning har sin bakgrunn i at A ble straffet for grovt uaktsomt grovt bedrageri som følge av å ikke opplyse om oppholdene i [land innenfor EØS]. Anførselen kan ikke føre frem. Retten viser Høyesteretts drøftelse i HR-2012-1228-A, hvor det ble konkludert med at rentetillegget ikke er en straffereaksjon etter EMK.

A har også anført at innsamlingen av bevisene i saken var i strid med EØS-rettslige personvernregler. Bevisene kunne derfor ikke brukes til å etablere et tilbakebetalingskrav, og kravet må av samme grunn bortfalle.

Bevisene har ingen betydning i saken. Kontrollsaken ble åpnet på bakgrunn av et anonymt tips om at A var i arbeid i [sted innenfor EØS]. Det samme fremgikk den gangen av As LinkedIn-profil. A har ikke bestridt at han oppholdt seg i [land innenfor EØS], og han har også forklart at han ikke forsøkte å legge skjul på dette. Partene er enige om hvilke perioder han oppholdt seg i [land innenfor EØS]. Det er ikke nødvendig for retten å ta stilling til om bevisene ble samlet inn i strid med personvernreglene.

[...]

Sakskostnader

Den ankende part har lagt ned påstand om at sakskostnader tilkjennes.

Hvis kjennelsen er til gunst for den ankende part, skal retten etter trygderettsloven § 29 pålegge ankemotparten helt eller delvis å erstatte de nødvendige utgifter som saken har medført for den ankende part (sakskostnader).

Da avgjørelsen i ankesaken ikke er til gunst for den ankende part, kan sakskostnader ikke tilkjennes.

Slutning:

1. Vedtak truffet av NAV Klageinstans den 8. juni 2016 stadfestes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke.