

NOU

Norges offentlige utredninger 2020:9

Blindsonen

Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholdskrav ved reiser i EØS-området



Norges offentlige utredninger 2020

Seriens redaksjon:
Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon
Teknisk redaksjon

1. Tjenester til personer med autismspekterforstyrrelser og til personer med Tourettes syndrom
Helse- og omsorgsdepartementet
2. Fremtidige kompetansebehov III
Kunnskapsdepartementet
3. Ny lov om universiteter og høyskoler
Kunnskapsdepartementet
4. Straffelovrådets utredning nr. 1
Justis- og beredskapsdepartementet
5. Likhhet for loven
Justis- og beredskapsdepartementet
6. Frie og hemmelige valg
Kommunal- og moderniseringsdepartementet
7. Verdier og ansvar
Finansdepartementet
8. Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2020
Arbeids- og sosialdepartementet
9. Blindsonen
Arbeids- og sosialdepartementet

Blindsonen

Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholdskrav ved reiser i EØS-området

Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 8. november 2019.
Avgitt til Arbeids- og sosialdepartementet og Justis- og beredskapsdepartementet
4. august 2020.

ISSN 0333-2306
ISBN 978-82-583-1451-3

DepMedia

Til Arbeids- og sosialdepartementet og Justis- og beredskapsdepartementet

Granskingsutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 8. november 2019 for ekstern gjennomgang av saken om feilaktig praktisering av adgangen til å motta sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger ved opphold i annet EØS-land.

Utvalget legger med dette frem sin utredning. Utredningen er ikke enstemmig.

Oslo, 4. august 2020

Finn Arnesen

Karin Fløistad

Asbjørn Strandbakken

Hanne Merete Jendal

Kristin Bugge Midthjell

Per Sanderud

Barbro Wærnes

Ingrid Hvidsten

Simon Torp

Kristian Brandt

Innhold

Del I	Innledning	11	5.1.2	Forholdet til tjenestereglene	42
			5.2	Begrunnelser for kravet om opphold	42
1	Om utvalget	13		Sykepenger	42
1.1	Oppnevning og mandat	13	5.2.1	Pleiepenger	42
1.2	Nærmere om utvalgets kompetanse og mandat	14	5.2.2	Arbeidsavklaringspenger	43
1.3	Særlig om habilitet	15	5.2.3	Særlig om behandlingen av forholdet til EØS-avtalen i forarbeidene til reglene om sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger	43
1.4	Andre undersøkelser tilknyttet utvalgets arbeid	16	5.2.4		
2	Utvalgets arbeid	17			
2.1	Rettslige rammer	17	5.3	EØS-rettens betydning for praktiseringen av kravet om opphold i Norge	44
2.2	Utvalgets arbeid med informasjonsinnhenting	18		Innledning	44
2.3	Utvalgets møter, arbeidsform og administrative forhold	20	5.3.1	Frem til 1. juni 2012, forordning 1408/71	45
2.4	Håndtering av dissenser	20	5.3.2	Etter 1. juni 2012, forordning 883/2004	45
2.5	Oversikt over utredningen	21	5.3.3	EØS-avtalens forbud mot restriksjoner på den frie bevegelse for personer	46
3	Sammendrag (norsk og engelsk)	22	5.4	Restriksjonsbegrepet	46
4	Om saken	30	5.4.1	Reglene om fri bevegelse for arbeidskraft, etablering og tjenester	47
4.1	Innledning	30	5.4.2	Passiv utveksling av tjenester	47
4.2	Oppholdskravet etter folketryktdoven, Navs praksis og forholdet til EØS-retten	30	5.4.3	Merknader fra medlemmene Fløistad, Midthjell og Sanderud ...	49
4.2.1	Generelt om oppholdskravet	30	5.4.4	Avslutning	49
4.2.2	Kort om Navs praksis frem til våren 2019	30	5.4.5	Sammenfatning	50
4.3	Særlig om straffesaker	31	5.5		
4.4	Trygderettens avgjørelser og Navs utredninger	32	6	EØS-rettslig vurdering fra utvalgsmedlemmene Fløistad, Sanderud og Midthjell	52
4.5	Praksisendring	32	6.1	Innledning	52
4.6	Økonomisk omfang	33	6.2	Merknader fra utvalgsmedlem Karin Fløistad	52
4.7	Utvalgets møter med berørte enkeltpersoner	34	6.2.1	Innledning	52
4.7.1	Om møtene	34	6.2.2	EØS-retten på trygdeområdet i 1994	53
4.7.2	Enkeltpersonenes opplevelser av kontakten med Nav	35	6.2.3	Utgangspunkter for forvaltningspraksis om kontantytelser ved sykdom	56
4.7.3	Nav og påtalemyndighetens oppfølging av sakene	36	6.2.4	Rundskriv om kontantytelser ved sykdom før 1. juni 2012	61
4.7.4	Omkostninger for den enkelte	36	6.2.5	Praksis fra Trygderetten	65
4.7.5	Utvalgets inntrykk	36	6.2.6	Forvaltningspraksis etter 1. juni 2012	67
			6.2.7	Oppsummering	73
Del II	Rettslige og organisatoriske utgangspunkter	39	6.3	Merknad fra utvalgsmedlem Per Sanderud	74
5	Rettslige utgangspunkter for utvalgets undersøkelser	41			
5.1	Innledning	41			
5.1.1	Utgangspunkter	41			

6.4	Merknad fra utvalgsmedlem Kristin Bugge Midthjell	74	8.3.8	Kort om samspeilet mellom enhetene i ytelseslinjen	95
6.4.1	Innledning	74	8.3.9	Kort om kunnskapsavdelingens rolle	96
6.4.2	Noen særlige innspill knyttet til forvaltningens praksis:	75	8.4	Arbeidsfordelingen i saker om utenlandsopphold for mottakere av kontantytelser	96
6.4.3	Særlig om vedlegg til rundskriv til folketrygdloven § 8-9	78	8.4.1	Innvilgelse av utenlands- opphold	96
6.4.4	Retten til fri bevegelse av tjenester	79	8.4.2	Avslag på søknad om utenlandsopphold	96
7	Normer og retningslinjer for gjennomføring av EØS-rett	81	8.4.3	Når brukeren ikke har søkt	96
7.1	Innledning	81	8.5	Aktørenes vurderinger av organisasjonsstrukturene	97
7.2	EØS-rettslige krav til gjennomføringen	81	8.6	Utvalgets vurderinger	97
7.3	Utredningsinstruks, lovteknikk og EØS-veilederen	82	8.6.1	Overordnet	97
7.3.1	Oversikt	82	8.6.2	Særlig om forholdet mellom resultatområdene og direktoratet	98
7.3.2	Departementenes ansvar	85	Del III	Utvalgets undersøkelser	101
7.3.3	Særlig om Utenriks- departementet, Justis- og beredskapsdepartementet og Finansdepartementets ansvar ved gjennomføring av EØS-forpliktelser i norsk rett	85	9	Arbeids- og sosial- departementets arbeid med gjennomføring og oppfølging av trygdeforordningene	103
7.4	Stortingets rolle	86	9.1	Innledning	103
7.5	Utvalgets vurdering	86	9.2	Gjennomføring av trygdeforordningene og øvrig EØS-rett	104
8	Organisatoriske forhold	87	9.2.1	Innledning	104
8.1	Overordnet om struktur, rettslige rammer og styringsdialog	88	9.2.2	Forordning 1408/71 og øvrig EØS-rett	104
8.1.1	Generelt om fordeling av ansvar og oppgaver	88	9.2.3	Forordning 883/2004	105
8.1.2	Styringsdialog	88	9.2.4	Foreleggelse for Lovavdelingen eller Rettsavdelingen	107
8.1.3	Annen kontakt	89	9.2.5	Oppsummering	107
8.2	Arbeids- og sosialdepartementet – organisering og ansvar	90	9.3	Andre lov- og utrednings- arbeider med tilknytning til forordningene	107
8.2.1	Generelt	90	9.3.1	Innledning	107
8.2.2	Velferdspolitisk avdeling	90	9.3.2	Behandling av EØS-rettens føringer i lovproposisjoner	107
8.2.3	Pensjonsavdelingen	90	9.3.3	Utredninger	109
8.2.4	Budsjett- og styrings- avdelingen	90	9.3.4	Oppsummering	109
8.3	Organiseringen av Arbeids- og velferdsetaten (Nav)	91	9.4	Styringsdialog og kontakt med etaten	110
8.3.1	Overordnet	91	9.4.1	Særlig om risiko og vesentlighet	110
8.3.2	Kort om tidligere organisering og endringer	91	9.4.2	Styring og faglig diskusjon	110
8.3.3	Direktoratet og linjene	91	9.4.3	Departementets forhold til etatens praksis	111
8.3.4	Nærmere om Ytelsesavdelingen og ytelseslinjen	94	9.5	Deltakelse i koordinerende organer	111
8.3.5	Særlig om Nav Klageinstans	94	9.5.1	Den administrative kommisjon	111
8.3.6	Særlig om Nav Arbeid og ytelser	95	9.5.2	EFTAs arbeidsgruppe for trygd ...	112
8.3.7	Særlig om Nav Kontroll	95			

9.5.3	Spesialutvalget for trygd	112	10.6	Utvalgets vurderinger	135
9.6	Regjeringsadvokatens		10.6.1	Innledning	135
	rådgivning	113	10.6.2	Gjennomføringen i 1994	135
9.6.1	Innledning	113	10.6.3	Arbeidet med ny forordning og feiltolking av begrepet «opphold»	136
9.6.2	Oppdrag som prosessfullmektig	113	10.6.4	Kvaliteten på rundskrivene	136
9.6.3	Rådgivningsoppdrag	113	10.6.5	Merknad fra enkeltmedlemmer ...	137
9.6.4	Saker for EFTA-domstolen	114			
9.6.5	Saker for EU-domstolen	114	11	Trygderettens rolle	138
9.7	Behandling i regjering	115	11.1	Innledning	139
9.8	Informasjon til Stortinget	116	11.2	Generelt om Trygderettens rolle og avgjørelser	139
9.9	Utvalgets vurderinger	117	11.2.1	Organisering og rettslige rammer	139
9.9.1	Innledning	117	11.2.2	Trygderettens avgjørelser	140
9.9.2	Utrednings- og gjennomførings- arbeid	117	11.2.3	Spørsmål til EFTA-domstolen	141
9.9.3	Departementets forhold til etatens praksis	118	11.2.4	Sammensetning av retten i den enkelte sak	141
9.9.4	Lovarbeid, EØS-kompetanse og organisering	118	11.2.5	Betydningen av Trygderettens avgjørelser	142
9.9.5	Løpende «overvåkning» av rettsutviklingen	119	11.2.6	Overordnet vurdering av Trygderettens rolle og ansvar	142
9.9.6	Merknad fra enkeltmedlemmer ...	120	11.3	Kontakten mellom Nav og Trygderetten	143
10	Arbeids- og velferdsetatens gjennomføringsarbeid	121	11.4	Nærmere om enkelte forhold ved arbeidet i Trygderetten	143
10.1	Innledning	121	11.4.1	Rekruttering og opplæring av dommere	143
10.2	Tolkning og praktisering gjennom rundskriv	122	11.4.2	Publisering av praksis	144
10.2.1	Innledning	122	11.4.3	Rutiner for kunnskapsdeling	144
10.2.2	Særlig om rundskriv som styringsinstrument	122	11.4.4	Bemanning, måling og forventninger til produksjon	145
10.2.3	Om utforming av rundskriv	123	11.5	Trygderettens praksis om oppholds krav etter folketrygdlovens regler om kontantytelser under sykdom og trygdeforordningen artikkel 21	145
10.2.4	Rundskrivenes rolle i saksbehandlingen	124	11.5.1	Generelt om materialet	145
10.2.5	Kort om rundskrivenes funksjon som orientering til allmenheten ...	125	11.5.2	Nærmere om stadfestelser av Navs vedtak frem til juni 2017	146
10.3	Rikstrygdeverkets arbeid med ikrafttredelsen av EØS-avtalen og forordning 1408/71	125	11.5.3	Tidligere korreksjoner av Navs praksis	148
10.4	Etatens arbeid med forordning 883/2004	126	11.5.4	Trygderettens praksis fra sommeren 2017	149
10.4.1	Kommunikasjon med departementet	126	11.5.5	«Sprikene» i Trygderettens praksis fra sommeren 2017	150
10.4.2	Internt forberedelsesarbeid	127	11.5.6	Intern diskusjon i Trygderetten ...	152
10.4.3	Utarbeidelsen av nye EØS-rundskriv i 2012	128	11.5.7	Hvorfor ble det ikke satt rett med fem dommere?	153
10.5	Særskilt om rundskriv og praksis	129	11.6	Navs håndtering av Trygderettens praksis om trygdeforordningen artikkel 21	154
10.5.1	Innledning	129	11.7	Spørsmålet om foreleggelse for EFTA-domstolen	155
10.5.2	Kort om rundskrivene under forordning 1408/71	129			
10.5.3	Rundskriv til de ulike ytelsene under forordning 2004/883	131			
10.5.4	Forståelsen av begrepet opphold i rundskrivet for øvrig	134			
10.5.5	Forholdet til etatens praksis	134			

11.8	Forsøk på avklaring ved søksmål for lagmannsretten	156	13	Juridisk grunnutdanning og trygderettslig forskning	184
11.9	Trygderettens vurdering av egen rolle i ettertid	157	13.1	Innledning	184
11.10	Utvalgets vurderinger	157	13.2	EØS- og trygderettens plass i masterstudiene i rettsvitenskap i dag	185
11.10.1	Trygderettens ansvar	157	13.3	Behandlingen av trygderettslige spørsmål i den EØS-rettslige pensumlitteraturen	187
11.10.2	Navs ansvar knyttet til Trygderettens kjennelser	158	13.4	Behandlingen av EØS-rettslige spørsmål i den trygderettslige pensumlitteraturen	188
11.10.3	Merknader fra enkelt-medlemmer	159	13.5	Behandlingen av kravet om opphold i Norge for rett til kontantytelser under sykdom i annen juridisk litteratur	189
12	Påtalemyndighetens og domstolenes håndtering	160	13.5.1	Innledning	189
12.1	Innledning	161	13.5.2	Monografier og lærebøker	189
12.1.1	Utvalgets mandat og opplegget	161	13.5.3	Antologier og artikler	192
12.1.2	Generelt om materialet	161	13.5.4	Lovkommentarer	193
12.2	Plikten til å sikre riktig rettsanvendelse	163	13.5.5	Sammenfatning	193
12.2.1	Generelt om domstolenes plikt til å sikre riktig rettsanvendelse	163	13.6	Utvalgets vurderinger	193
12.2.2	Særlig om håndteringen av straffesaker	163	13.6.1	Generelle vurderinger	193
12.2.3	Navs plikter ved anmeldelse av potensielle straffesaker	164	13.6.2	Merknad fra medlemmet Strandbakken	194
12.2.4	Påtalemyndighetens plikt til å etterprøve rettsanvendelsen i anmeldelser fra Nav	165	13.6.3	Merknad fra medlemmet Midthjell	195
12.3	Forventninger til domstolenes selvstendige initiativ i straffesaker og sivile saker	165	14	Andre diskusjoner om forholdet mellom lovens oppholds krav og EØS-retten ...	197
12.4	Behandlingen av straffesaker knyttet til utenlandsopphold	166	14.1	Innledning	197
12.4.1	Innledning: De straffbare forhold	166	14.2	Diskusjoner som følge av henvendelser fra EFTAs overvåkningsorgan (ESA)	197
12.4.2	Påtalemyndighetens håndtering	169	14.2.1	Innledning	197
12.4.3	Om saksbehandlingen	171	14.2.2	Sykepengesaker ved sykdom som oppstår i et annet EØS-land	198
12.4.4	Domstolenes behandling av straffesaker i komplekset	173	14.2.3	Nærmere om den videre oppfølgingen av sykepengesaken	198
12.5	Særlig om Høyesteretts behandling	177	14.2.4	Arbeidsavklaringspenger ved flytting til et annet EØS-land	202
12.5.1	Kompetanse, rolle og signaleffekt	177	14.3	Interne diskusjoner i departementet	203
12.5.2	Kort om sakene innenfor utvalgets mandat	178	14.3.1	Innledning	203
12.5.3	Særlig om HR-2017-560-A	178	14.3.2	Utredning fra ekspertgrupper og arbeidsgrupper	203
12.5.4	Særlig om HR-2012-409-A	179	14.3.3	Henvendelser fra enkelt-personer	206
12.6	Behandlingen av sivile saker	179	14.4	Interne diskusjoner i Nav-systemet om oppholds kravene	207
12.7	Utvalgets vurderinger	180	14.4.1	Innledning	207
12.7.1	Generelt	180	14.4.2	Henvendelser fra Nav Internasjonalt og Nav Nordre Aker til direktoratet ...	207
12.7.2	Særlig om Høyesteretts behandling	182			
12.7.3	Merknad fra enkelt-medlemmer	183			

14.4.3	Spørsmål på «Erfaringsforum»	209	15.6	Femte fase: Alarmen går i departementet	233
14.4.4	Diskusjoner i kvalitetsrapporter fra Nav Klageinstans	209	15.6.1	Departementet blir kjent med sakens omfang	233
14.4.5	Forlik etter søksmål over gyldigheten av Trygderettens kjennelse	209	15.6.2	Stans av berammede straffesaker og kontakt med Riksadvokaten	233
14.5	Utvalgets vurderinger	212	15.6.3	Oppfølging og kontakt frem mot avklaring	234
15	Håndtering av saken frem mot offentliggjøring	213	15.7	Utvalgets vurderinger	236
15.1	Innledning	213	15.7.1	Lang saksbehandlingstid	236
15.1.1	Mandat og opplegg	213	15.7.2	Direktoratets koordineringsrolle	237
15.1.2	Om forholdet til internrevisjonens rapport	214	15.7.3	Forvaltningskultur	238
15.2	Første fase: Intern håndtering i Nav og dialog med Trygderetten (2017–2018)	214	15.7.4	Merknad fra medlemmet Midthjell	238
15.2.1	Håndteringen av Trygderettens avgjørelser etter juni 2017	214	Del IV	Avslutning	239
15.2.2	Første orientering: Brev fra Nav Klageinstans til direktoratet november 2017	215	16	Særskilt om enkelte rettssikkerhets spørsmål	241
15.2.3	Intern utredning og diskusjon i Nav-systemet	217	16.1	Overordnet om spørsmål som behandles her	241
15.2.4	Spørsmål om avklaring ved søksmål for lagmannsretten	220	16.2	Rettighetslovgivning og rettssikkerhet	241
15.2.5	Direktoratet orienteres om at Trygderetten vil spørre EFTA-domstolen	222	16.3	Lovgivningsteknikken	241
15.2.6	Klageinstansen stanser behandling	223	16.4	Forutberegnelighet (reglenes tilgjengelighet)	243
15.3	Andre fase: avklaring av praksisendring	224	16.5	Likebehandling, særlig når staten inngår forlik	244
15.3.1	Første henvendelse til departementet	224	16.6	Rettsriktighet, særlig om foreleggelse for EFTA-domstolen	245
15.3.2	Avklaring av søksmåls-spørsmålet	225	16.7	Reell mulighet til å ivareta sine rettigheter	246
15.3.3	Møte hos departementet og videre oppfølging	225	16.8	Oppsummering	247
15.3.4	Avklaring i embetsverket og politisk ledelse	227	17	Overordnede funn og konklusjoner	248
15.3.5	Departementet gir tilslutning til praksisendring	227	18	Utvalgsmedlem Midthjells særmerknader til kapittel 12 og 15	251
15.4	Tredje fase: publisering av praksisendring og tilbakemelding til departementet	229	18.1	Innledning	251
15.4.1	Utarbeidelsen av fagmeldingene	229	18.2	Generelt om særmerknadene	251
15.4.2	Publisering av fagmeldinger	230	18.3	Merknad til kapittel 12	251
15.5	Fjerde fase: Reaksjoner på praksisendring og ny runde internt i Nav	231	18.3.1	Innledning	251
15.5.1	Reaksjoner på fagmeldinger og forsøk på revisjon	231	18.3.2	Utvalgsmedlemmets egen gransking, og avgrensninger/forbehold	251
15.5.2	Etablering av arbeidsgruppe	232	18.3.3	Særmerknaden sett opp mot granskingsutvalgets mandat	252
			18.3.4	Merknader vedrørende etterforskningen og saksgangen i de gjennomgåtte straffesakene ...	253
			18.3.5	Påtalemessig avgjørelse	256

18.3.6	Forsvareren	257	Referanse- og litteraturliste	276
18.3.7	Kort om andre momenter, funn og læringspunkter	261	Vedlegg	
18.3.8	Særlig om enkelte av dokumentbevisene i sakene	262	1 Samtaler	291
18.4	Merknad til kapittel 15	267	2 Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området	294
18.4.1	Innledning, avgrensning og forbehold	267		
18.4.2	Merknad vedrørende prosessen fra 2018–2019	267		
18.4.3	Oppfølgingen høsten 2019 og manglende stans av straffesaker	272		
18.4.4	Generelle vurderinger/ læringspunkter	275		

Del I
Innledning

Kapittel 1 Om utvalget

1.1 Oppnevning og mandat

Regjeringen oppnevnte 8. november 2019 et utvalg for ekstern gjennomgang av saken om praktisering av adgangen til å motta sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger ved opphold i et annet EØS-land. Utvalgets mandat lyder:

«1. Bakgrunn

Arbeids- og velferdsdirektoratet har orientert Arbeids- og sosialdepartementet om at Arbeids- og velferdsetaten over tid har hatt en feilaktig tolking av artikkel 21 i Europaparlamentets og Rådets forordning (EF) 883/2004 (trygdeforordningen). Denne forordningen erstattet Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 og trådte i kraft for Norge 1. juni 2012.

Etter folketrygdloven kan korttidsytelser (sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger) normalt ikke utbetales til personer som oppholder seg utenfor Norge. Arbeids- og velferdsetaten (NAV) har i sin praksis lagt til grunn at bestemmelsene om krav til opphold i Norge i folketrygdlovens kapitler 8, 9 og 11 om hhv. sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger gjelder for personer bosatt i Norge også ved midlertidige opphold i annet EØS-land. Det følger imidlertid av EØS-avtalens bestemmelser og rettspraksis i tilknytning til disse, at man ikke kan stanse utbetalinger av slike kontantytelser bare med den begrunnelse at mottakeren bor eller oppholder seg i et annet EØS-land enn det landet som utbetaler ytelsen.

Et betydelig antall personer har som følge av NAVs forståelse av trygdeforordningen fått urettmessige tilbakebetalingskrav, og enkelte har også blitt anmeldt og dømt for trygdesvindel på denne bakgrunn. Flere personer er dømt for trygdesvindel uten at forholdet mellom folketrygdloven og EØS-reglene har blitt vurdert av påtalemyndigheten eller domstolene.

2. Mandat

Utvalget settes ned for å få gjennomført en grundig og fullstendig gjennomgang av saken, med sikte på å avdekke hvordan feilen har kunnet skje og pågå over så lang tid.

Utvalget bes vurdere alle relevante sider av saken, herunder:

- *Arbeids- og sosialdepartementets håndtering og rolle i saken, herunder også innlemming av forordning 883/2004, styring av/dialog med Nav og behandlingstid, fram til november 2019. I denne sammenheng skal også informasjon fra regjeringen til Stortinget vurderes.*
- *Nav og Trygderettens håndtering og rolle i saken.*
- *Kartlegge og vurdere bakgrunnen for Arbeids- og velferdsetatens tolkning og praktisering av trygdeforordningen og øvrig EØS-rett knyttet til muligheten for å ta med seg sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger ved midlertidig opphold i andre EØS-land.*
- *Påtalemyndighetenes og domstolenes håndtering av sakene, og eventuelle andre saker i det sivile rettssystemet. Vurderingene skal ikke utfordre påtalemyndighetens og domstolenes uavhengighet.*
- *Vurdere om praksis før 2012 også må gjennomgås.*

Utvalget skal i sin rapport også redegjøre for andre læringspunkter som avdekkes under gjennomgangen, blant annet for å ivareta rettsikkerheten til personer som mottar ytelse fra NAV. Utvalget skal også redegjøre for læringspunkter som avdekkes og som kan være av generell karakter.

Det vises til Arbeids- og velferdsdirektoratets juridiske vurdering datert 27.10.2019. Utvalget er i sine vurderinger ikke bundet av de vurderinger og premisser som der er lagt til grunn.

Utvalget skal foreta de undersøkelser og innhente de opplysninger som er nødvendige for å belyse sakskomplekset. I denne forbindelse kan det også være nødvendig for utvalget å innhente dokumenter som inneholder opplysninger om personlige forhold. Regjeringen vil om kort tid fremme et lovforslag for å gi tilstrekkelig tilgang til taushetsbelagte opplysninger til utvalget og utvalgets sekretariat. I forbindelse med lovforslaget vil det bli foretatt en nærmere avgrensning av hvilke saker utvalget skal kunne vurdere, hvilke taushetsbelagte opplysninger som skal kunne innhentes fra hvilke tjenester/etater, og hvordan taushetsbelagt informasjon skal behandles.

Gjennomgangen skal ikke vurdere spørsmålet om kompensasjon for berørte personer, da dette vil bli håndtert gjennom de respektive forvaltningsorganers ordinære rutiner.

Utvalget skal være uavhengig av regjeringen i sitt arbeid.

Utvalgets arbeid har en frist fram til 1. juni 2020. Utvalget kan avgi delrapporter.»

Utvalget har bestått av følgende medlemmer

- Finn Arnesen, professor, Horten (leder)
- Hanne Merete Jendal, avdelingsdirektør, Oslo
- Barbro Wærnes, brukerombud, Fredrikstad
- Kristin Bugge Midthjell, advokat, Trondheim
- Per Sanderud, Board Director, London
- Asbjørn Strandbakken, professor, Bergen
- Karin Fløistad, advokat, Oslo

Professor Jens Edvin Andreassen Skoghøy ble opprinnelig oppnevnt til utvalget, men ba departementet om å fratruke utvalget som følge av at han hadde søkt ledig embete som høyesterettsdommer. Professor Asbjørn Strandbakken ble av Arbeids- og sosialdepartementet oppnevnt som nytt medlem med virkning fra 3. mars 2020. Utvalgets sekretariat har bestått av Simon Torp, Ingrid Hvidsten og Kristian Brandt.

1.2 Nærmere om utvalgets kompetanse og mandat

Utvalget ble satt ned for å få gjennomført en grundig og fullstendig gjennomgang av årsakene til at folketrygdlovens regler om syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger er praktisert slik at retten til disse kontantytelsene er nektet der medlemmer av folketrygden bosatt i Norge har oppholdt seg i andre EØS-land. Utvalget besluttet tidlig at det ville være hensiktsmessig å avgi en del-

utredning om de EØS-rettslige spørsmålene oppholdskrav reiser, både av hensyn til utvalgets videre arbeid og andres arbeid. Delutredningen ble overlevert til departementet 4. mars 2020, og følger som vedlegg til utredningen.

Utvalget er blant annet bedt om å vurdere om praksis før 2012 må gjennomgås. I delutredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området* forstod utvalget dette slik at det skal ta stilling til «om det kan foreligge ugyldige tilbakebetalingskrav og feilaktige domfellelser» før 2012. Utvalget vurderte derfor EØS-rettens krav til norsk rett før ny trygdeforordning trådte i kraft. Et samlet utvalg konkluderte med at krav om opphold i Norge er en restriksjon på den grunnleggende retten til fri bevegelse for arbeidstakere og på etableringsretten. Disse rettighetene har EØS-borgere kunnet nyte godt av siden 1994, uavhengig av trygdeforordningen. Det innebærer at det «kan foreligge ugyldige tilbakebetalingskrav og feilaktige domfellelser basert på forhold som forelå før 1. juni 2012». På denne bakgrunn har «et samlet utvalg [konkludert] med at det er nødvendig at forvaltningen gjennomgår praksis før 1. juni 2012».

Utvalget avgjør ikke hva som er gjeldende EØS-rett. Det er en oppgave som ligger til domstolene. De rettslige spørsmålene utvalget behandler bør derfor avklares i domstolene, fortrinnsvis etter at EFTA-domstolen er bedt om å avgi rådgivende uttalelse.

Utvalget har fått oversendt et betydelig antall enkeltsaker. Av tidshensyn har det bare vært mulig å gjennomgå et utvalg av disse sakene grundig. Det ligger utenfor utvalgets mandat å avgjøre eller ta stilling til enkeltsaker. Utvalget har også oppfattet mandatet slik at det først og fremst er *årsakene* til feilene som skal undersøkes.

Mandatet fastsetter at utvalget skal «vurdere» påtalemyndigheten og domstolenes «håndtering av sakene», likevel slik at utvalgets vurderinger ikke skal «utfordre påtalemyndighetens og domstolenes uavhengighet». Utvalgets forståelse av denne delen av mandatet er beskrevet nærmere i kapittel 12. Utvalget har innhentet og gjennomgått en rekke dommer og andre avgjørelser i sakskomplekset. I tillegg har utvalget hatt samtaler på overordnet nivå med representanter fra påtalemyndigheten og domstolene, for å få innblikk i påtalemyndighetens og domstolenes arbeid med EØS-rettslige spørsmål i denne typen saker.

Det fremgår av mandatet at utvalget skal levere sin utredning innen 1. juni 2020. Under normale omstendigheter ville denne fristen vært tilstrekkelig. Utbruddet av Covid-19 i slutten av februar 2020, og særlig myndighetenes smitte-

verntiltak iverksatt i midten av mars 2020, har imidlertid vanskeliggjort og forsinket utvalgets arbeid. Utvalgsleder ba derfor i brev 23. april 2020 om at fristen ble utsatt. Departementet opplyste i brev 4. mai 2020 til utvalget at fristen var utsatt til 1. august 2020.

1.3 Særlig om habilitet

Etter at utvalget ble oppnevnt oppsto det en diskusjon i media om habiliteten til utvalgsleder Arnesen og utvalgsmedlemmene Skoghøy og Fløistad. Professor Benedikte Moltumyr Høgberg sendte 10. desember 2019 brev til departementet med en habilitetsvurdering av Arnesen og Skoghøy, mens tidligere dommer i EFTA-domstolen Carl Baudenbacher i et brev 5. desember 2019 til statsministeren stilte spørsmål ved habiliteten til Arnesen og Skoghøy, samt til utnevningen av utvalgsmedlem Fløistad. De forholdene Høgberg tok opp i sin habilitetsvurdering ble påpekt av Arnesen overfor departementet dels før og dels umiddelbart etter oppnevningen.

Ved brev 11. desember 2019 ba Arbeids- og sosialdepartementet om Lovavdelingens vurdering av habiliteten til utvalgsmedlemmene Arnesen, Skoghøy og Fløistad. I uttalelse 23. desember 2019 konkluderte Lovavdelingen med at ingen av dem var inhabile til å delta i granskingsutvalgets arbeid. Lovavdelingen mente imidlertid at det forelå en avgrenset inhabilitet for leder Finn Arnesen og utvalgsmedlem Jens Edvin A. Skoghøy, ettersom de deltok som dommere i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2012 s. 313. Dommen gjaldt blant annet straffutmåling for trygdebedrageri. Den avgrensede inhabiliteten gjaldt konkret deltakelse «ved den delen av granskingen som særlig angår Høyesteretts behandling av den saken som er omhandlet i Rt. 2012 s. 313». Siden det var visse likhetstrekk mellom saksforholdet i dommen fra 2012 og Høyesteretts avgjørelse HR-2017-560-A, mente Lovavdelingen at Arnesen og Skoghøy var inhabile også ved gransking særskilt rettet mot saksforholdet i den avgjørelsen. Når det gjaldt spørsmålet om Arnesen og Skoghøy ville være inhabile til å vurdere om praksis før 2012 skal gjennomgås, uttalte Lovavdelingen:

«Forutsatt at Arnesen og Skoghøy fratrer på grunn av inhabilitet ved gransking rettet særskilt mot Høyesteretts behandling av saksforholdene omtalt i Rt. 2012 s. 313 og HR-2017-560-A, ser vi ikke at det er grunnlag for inhabilitet på dette punktet. Avgjørelse av dette spørs-

målet har konsekvenser i såpass mange ulike retninger for utvalgets arbeid at disse to saksforholdene uansett får begrenset betydning. Konklusjonen er at Arnesen og Skoghøy ikke er inhabile til å delta ved granskingsutvalgets avgjørelse av om også praksis før 2012 bør gjennomgås.»

Når det gjaldt spørsmålet om utvalgsmedlem Fløistads habilitet, la Lovavdelingen til grunn at habilitetsinnsigelsene fra Baudenbacher knyttet seg til Fløistads tidligere EØS-rettslige arbeider og hennes syn på EØS-rettslige spørsmål. Lovavdelingen konkluderte med at Fløistads tidligere arbeider om EØS-spørsmål ikke gjorde henne inhabil til å delta i granskingsutvalget.

Utvalget er å anse som et forvaltningsorgan, og medlemmene av utvalget er omfattet av habilitetsreglene i forvaltningsloven §§ 6 flg. Utvalget har sett det slik at det enkelte medlem selv har ansvar for å orientere utvalget om forhold som kan medføre inhabilitet. Eventuelle habilitets-spørsmål må vurderes av utvalget i henhold til forvaltningsloven § 8. På bakgrunn av Lovavdelingens uttalelse 23. desember 2019, vurderte utvalget de tre utvalgsmedlemmenes habilitet i møte 8. januar 2020, uten at Arnesen, Skoghøy og Fløistad var tilstede. For så vidt gjaldt Fløistad, la utvalget Lovavdelingens vurdering til grunn, og konkluderte med at hun ikke er inhabil til å delta i granskingsutvalgets arbeid. Når det gjaldt Arnesen og Skoghøy, konkluderte utvalget, som Lovavdelingen, med at deres deltakelse som dommere i dommen inntatt i Rt. 2012 s. 313 ikke gjør dem inhabile til å delta som henholdsvis leder og medlem av utvalget. Utvalget sluttet seg samtidig til Lovavdelingens vurdering av Arnesen og Skoghøys deltakelse i den delen av granskingen som særlig er knyttet til saksforholdene i Rt. 2012 s. 313 og HR-2017-560-A, slik at Arnesen og Skoghøy ikke har deltatt i denne.

Skoghøy trakk seg som nevnt fra utvalget med virkning fra 22. februar 2020, og ble erstattet av Asbjørn Strandbakken. Som følge av Arnesens avgrensede inhabilitet, har Strandbakken ledet utvalgets arbeid med den delen av granskingen som har vært rettet mot domstolenes og påtalemyndighetens rolle i saken. Denne arbeidsdelingen går lenger enn det som er nødvendig av hensyn til Arnesens avgrensede inhabilitet, men har samtidig vært hensiktsmessig på grunn av Strandbakkens særlige kompetanse. Arnesen har ikke deltatt i den delen av granskingen som har vært rettet mot Høyesteretts behandling av saksforholdene i Rt 2012 s. 313 og HR-2017-560-A.

1.4 Andre undersøkelser tilknyttet utvalgets arbeid

På oppdrag fra Arbeids- og velferdsdirektøren, gjennomførte Internrevisjonen i Nav høsten 2019 en kartlegging av faktiske forhold knyttet til Navs tolkning og praksis. Undersøkelsene var primært rettet mot Navs håndtering i etterkant av at trygdeforordningen ble implementert i norsk rett i 2012, og Navs håndtering av saken etter at Trygderetten avsa kjennelser fra midten av 2017 som gikk mot det som frem til da hadde vært

Navs tolkning. Internrevisjonen avla sin rapport 11. desember 2019. Utvalget har hatt tilgang til rapporten og (en del av) underlagsmaterialet for denne.

Daværende arbeids- og sosialminister Anniken Hauglie holdt 5. november 2019 en redegjørelse i Stortinget om praktiseringen av EUs trygdeforordning 883/2004 artikkel 21. Saken ble deretter sendt til kontroll- og konstitusjonskomiteen på Stortinget. Komiteen avholdt kontrollhøring i saken 9. og 10. januar 2020, og avga sin innstilling 25. februar 2020 (Innst. 168 S (2019–2020)).

Kapittel 2

Utvalgets arbeid

2.1 Rettslige rammer

Det er ikke gitt særskilte lovregler for offentlig oppnevnte granskingsutvalg. Enkelte retningslinjer og veiledning om saksbehandlingsregler for offentlig oppnevnte granskingsutvalg er gitt i rundskriv G-48/75 fra Justisdepartementet. Utvalget har fulgt disse retningslinjene så langt de passer. Utvalget har også sett hen til praksis fra tidligere offentlig oppnevnte granskingsutvalg, og for øvrig i sine undersøkelser lagt vekt på å følge alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om forsvarlig saksbehandling samt anerkjente prinsipper for granskingsarbeid.¹

Utvalget anses som et forvaltningsorgan etter forvaltningsloven § 1 første ledd andre punktum, og forvaltningslovens alminnelige regler om saksbehandling gjelder for utvalgets arbeid. Utvalget skal ikke treffe enkeltvedtak, og utvalgets vurderinger og anbefalinger kan heller ikke anses som ledd i en sak som gjelder enkeltvedtak. Forvaltningslovens regler i kapittel IV-VI kommer derfor ikke direkte til anvendelse. Heller ikke forvaltningsloven kapittel VII om forskrifter gjelder for utvalgets arbeid.

Utvalgets undersøkelser har ikke vært rettet mot enkeltpersoners handlinger, og det har derfor heller ikke vært aktuelt for utvalget å rette kritikk mot enkeltpersoner. Ingen personer har derfor vært ansett som «part» i saken. Utvalget har likevel ivare tatt enkelte «partsrettigheter» i forbindelse med gjennomføring av samtaler med enkeltpersoner, se punkt 2.2 nedenfor.

Med virkning fra 20. desember 2019 vedtok Stortinget lov om informasjonstilgang mv. for granskingsutvalget.² Formålet med denne loven er å sikre at utvalget får tilgang til de opplysninger som er nødvendige for å få utført arbeidet i henhold til mandatet, jf. § 1 i loven. Etter lovens § 2

kan enhver uten hinder av taushetsplikt gi utvalget opplysninger som er nødvendige for utvalgets arbeid. Opplysninger som utvalget mottar i medhold av denne bestemmelsen, kan ikke brukes som bevis i en senere straffesak eller sivil sak, jf. lovens § 5. Utvalgets medlemmer og enhver annen som har utført arbeid eller tjeneste for utvalget, er underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven §§ 13 til 13 f, jf. lovens § 3 første ledd. Denne taushetsplikten bortfaller først etter 100 år. I den grad utvalgsmedlemmer eller andre som har utført arbeid eller tjeneste for utvalget har mottatt opplysninger omfattet av strengere taushetsplikt enn forvaltningslovens regler, gjelder den strengere taushetsplikten. Lov om informasjonstilgang mv. gir også hjemmel for å behandle nødvendige personopplysninger, jf. lovens § 4.

Loven inneholder ingen plikt for enkeltpersoner til å gi utvalget informasjon. Etter anmodning fra Stortinget³ vedtok regjeringen følgende instruks:

«Enhver i embetsverket som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan som er underlagt Kongens instruksjonsmyndighet, plikter, uhindret av taushetsplikt, å gi Utvalg for ekstern gransking av håndtering og praktisering av EUs trygdeforordning slik informasjon som er nødvendig for at utvalget kan utføre sitt arbeid i henhold til sitt mandat.»

Denne instruksjonen innebærer at alle nåværende ansatte i departementene, Nav og Trygderetten har hatt forklaringsplikt overfor utvalget. Det er utvalgets oppfatning at instruksjonen ikke omfatter ansatte i påtalemyndigheten og domstolene, da disse ikke ligger under Kongens instruksjonsmyndighet. Heller ikke pensjonister og andre tid-

¹ Se blant annet Johan Giertsen, *Gransking*, Universitetsforlaget 2008, NOU 2009: 9 Lov om offentlige undersøkelseskommissjoner og Advokatforeningens retningslinjer for private granskinger.

² Lov 20. desember 2019 nr. 85 om informasjonstilgang mv. for utvalget for ekstern gransking av saken knyttet til feilaktig praktisering av adgangen til å motta sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger ved opphold i et annet EØS-land.

³ Se Innst. 90 L (2019–2020).

ligere ansatte i forvaltningen har utvalget ansett omfattet, og samtaler med slike personer har derfor vært basert på frivillighet.

Utvalget er omfattet av offentleglova og arkivlova. Utvalget har ført løpende journal over inn- og utgående dokumenter. Arkivverdig materiale vil bli overlevert til Riksarkivet etter at utvalgets utredning er levert og utvalget har avsluttet sitt arbeid.

2.2 Utvalgets arbeid med informasjonsinnhenting

Hoveddelen av utvalgets arbeid har bestått i å innhente, kartlegge, analysere og vurdere faktiske forhold. Saken strekker seg over mange år, og utvalgets undersøkelser involverer mange ulike organer. Det ble derfor tidlig klart at faktagrunnlaget ville være betydelig. Det faktiske grunnlaget utvalgets vurderinger er basert på er dels tilsendte dokumenter fra aktuelle organer og instanser, og dels opplysninger fremkommet gjennom samtaler med enkeltpersoner.

Det har ikke vært mulig for utvalget selv å gjennomgå organenes arkiver. For å få tilgang til nødvendig informasjon, har utvalget derfor vært avhengig av tilsendt dokumentasjon basert på anmodninger eller bestillinger. Eksempelet nedenfor er en (av flere) bestillinger til Arbeids- og sosialdepartementet:

«Granskningsutvalget for gjennomføringen og praktiseringen av EUs trygdeforordning i Norge vil blant annet gjennomgå relevante for- og etterarbeider i forbindelse med gjennomføringen av forordning 883/2004. Vi ber i første omgang om å få oversendt følgende dokumenter:

1. En oversikt over relevante saker i EU-domstolen og EFTA-domstolen der Norge har vært part eller avgitt innlegg, samt dokumentasjon for vurderingene som er gjort i forbindelse med at det er avgitt innlegg, som referater fra EØS-rettslig utvalg og andre møter internt og eksternt.
2. Regjeringsadvokatens vurderinger av dommer i EU- og EFTA-domstolen knyttet til trygdeforordningen som kunne ha betydning for Norge, i den grad slike vurderinger er avgitt til departementet.
3. Der Norge har avgitt innlegg i en sak for EU- eller EFTA-domstolen og Regjeringsadvokaten ikke har avgitt noen oppsummering/vurdering, ber vi også om en rede-

gjørelse for møter som er avholdt om saken, samt oversikt over personer som har vært involvert i saksbehandlingen.

4. Oversikt over hvilke avdelinger og saksbehandlere som har hatt ansvar for å følge opp nevnte saker, samt saksbehandlere som har vært ansvarlige for å følge opp arbeidet med gjennomføring av forordningene i ASD og Arbeids- og velferdsdirektoratet/Nav.
5. Referater fra relevante møter i spesialutvalget for trygd, eventuelt øvrige spesialutvalg der de relevante forordningene og/eller folketrygdlovens regler om begrensninger i adgangen til å motta ytelser når man befinner seg utenfor Norge er behandlet.
6. Dersom slike eksisterer, departementets egne retningslinjer for arbeid med gjennomføring av EØS-rettsaker, samt en oversikt over hvilke øvrige retningslinjer departementet forholder seg til i slike saker – f.eks. SMKs rundskriv, heftet 'Lovteknikk og lovforberedelse' mm.
7. Alle EØS-notater som er utarbeidet om trygdeforordningene, inkludert tidligere versjoner der notatene er oppdatert og tidligere versjoner kan gjenfinnes.
8. Alle r-notater fra sittende regjering som behandler spørsmål om oppholds krav og eksport av trygdeytelser og/eller EUs trygdeforordninger. Forespørselen inkluderer, men er ikke avgrenset til, notater fra arbeidet med innstrammingen av kravene til opphold i Norge for mottak av arbeidsavklaringspenger som trådte i kraft i 2018.
9. Utvalget ber også om at det innhentes samtykke til utlevering av r-notater om samme tema fra tidligere regjeringer, tilbake til utredningsarbeidet før Ot.prp. nr. 29 (1995–96) Om ny lov om folketrygd (folketrygdloven) ble fremmet.
10. Alle svar fra øvrige departementer på departementsforeleggelsen av forslagene til endringer og innstramming av oppholds kravet i 2016–2017 (Prop. 74 L (2016–2017)) og i forbindelse med tidligere endringer av de aktuelle bestemmelsene i folketrygdloven.
11. Lovavdelingens lovtekniske gjennomgang av endringsproposisjonene, samt eventuell kontakt (inkludert e-poster og møter) og avgitte uttalelser om formen for gjennomføring av forordning 883/2004.
12. Tilgjengelig dokumentasjon om arbeid knyttet til den administrative kommisjonen

og evt. andre organer opprettet ved forordning 1408/71 eller 883/2004. Utvalget ønsker også en oversikt over hvilke personer som har representert Norge i disse organene.

13. Tildelingsbrev fra departementet til Nav, i første omgang tilbake til det tidspunkt arbeidet med gjennomføring av forordning 883/2004 tok til.

Vi nevner at formålet med å be om en oversikt over relevante enkeltpersoner først og fremst er å kunne forberede og effektivisere vårt kommende arbeid med intervjuer. Det er i den sammenheng av interesse hvem som har arbeidet med sakene på hvilket tidspunkt, samt oversikt over involverte avdelinger mm. Dersom det tar tid å ferdigstille en komplett liste, ber vi om at oversikter eventuelt oversendes etter hvert.»

Siden det er organene selv som har oversikt over egne dokumenter, har utvalget forutsatt og lagt til grunn at bestillingene ikke er uttømmende. I den grad organene besitter relevante dokumenter som det ikke uttrykkelig er spurt om, har utvalget derfor forventet at organene ville oversende disse uten ytterligere spørsmål. Det vises i denne sammenheng til at Stortinget klart har forutsatt at utvalget uten hinder av taushetsplikt skal ha tilgang til den informasjonen som er nødvendig for utvalgets arbeid. Utvalget utarbeidet i den forbindelse en «fullstendighetserklæring», som ble sendt til alle organer utvalget har innhentet dokumenter fra. Erklæringen lød slik:

«[organet] har etter beste evne identifisert all informasjon som er relevant for utvalgets arbeid, og oversendt dette til utvalget.»

Samtlige organer har undertegnet erklæringen. Arbeids- og velferdsdirektoratet foreslo en endring av erklæringen, om at direktoratet har identifisert all informasjon som *etter Arbeids- og velferdsdirektoratets mening* er relevant for utvalgets arbeid. Utvalget valgte ikke å akseptere en slik justering i erklæringen.

Til tross for utvalgets forutsetning om at organene har oversendt all relevant informasjon, har utvalget ingen garanti for at dette faktisk har skjedd. Utvalget vil i denne forbindelse særlig trekke frem at en rekke referater fra EFTAs arbeidsgruppe for trygd først ble oversendt til utvalget 18. mai 2020, og da etter uttrykkelig anmodning. Arbeids- og sosialdepartementet hadde opprinnelig kun oversendt referater fra

denne arbeidsgruppens møter i 2009. Da utvalget i forbindelse med gjennomgangen av referatene fra samtaler med ansatte i departementet ble gjort kjent med at departementet redegjorde for sitt arbeid med vurdering av forordning 883/2004 under møter i EFTAs arbeidsgruppe for trygd 19. oktober 2005 og 28.–29. september 2006, ble det bedt om at disse referatene også ble oversendt.

Utvalget har gjennomført formelle samtaler med i alt 54 personer. Mange av disse personene er omfattet av regjeringens instruks, og har hatt forklaringsplikt for utvalget. De personene som ikke har hatt forklaringsplikt, deriblant ansatte og ledere i påtalemyndigheten og domstolene, har alle samtykket til å forklare seg for utvalget. Utvelgelsen av personer for intervju er dels basert på utvalgets egne undersøkelser, og dels på innspill fra de aktuelle organene. Utvalget har lagt vekt på å snakke med ansatte og tidligere ansatte samt ledere og tidligere ledere i de ulike organene utvalgets mandat omfatter, og personer som representerer ulike deler og nivåer innenfor disse organene.

Forut for samtaler har alle fått oversendt en skriftlig orientering om utvalgets mandat, bakgrunnen for samtalen og de nærmere rammene for samtalen. De som har hatt forklaringsplikt, har blitt orientert om det. Flere av personene utvalget har snakket med har undertegnet taushetserklæring, selv om de har forklart seg for utvalget som ledd i tjenesten. Bakgrunnen for dette er at utvalgets taushetsplikt er videre enn taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 første ledd, og at utvalget måtte ta høyde for at informasjon som ble formidlet til intervjupersonen i samtalen ikke ville være omfattet av vedkommendes tjenstlige taushetsplikt.

Det har vært ført referat fra samtlige intervjuer. Referatene er oversendt til intervjupersonene for eventuelle kommentarer. Til støtte for referatføringen har det vært tatt lydopptak av samtlige intervjuer, etter forutgående samtykke.

Utvalgsleder eller minst ett utvalgsmedlem har vært tilstede under alle intervjuene, i tillegg til minst en representant fra sekretariatet. På mange av intervjuene har utvalgsleder og ett eller flere utvalgsmedlemmer vært til stede. Intervjuene er i all hovedsak forberedt av sekretariatet.

Et samlet utvalg deltok under samtaler med personer i lederstillinger i Arbeids- og sosialdepartementet, Arbeids- og velferdsdirektoratet og Nav, samt med høyesterettsjustitiarius, regjeringsadvokaten, Trygderettens leder, tidligere og nåværende departementsråd i Arbeids- og sosialdepartementet, tidligere riksadvokat og tidligere

statsråd i Arbeids- og sosialdepartementet. Samtalene ble avviklet over to dager der samtlige utvalgsmedlemmer ble gitt anledning til å stille spørsmål.

Frem til begynnelsen av mars 2020 ble intervjuene avholdt som fysiske møter. Utbruddet av Covid-19 og de påfølgende restriksjonene og anbefalingene fra myndighetene, medførte at de resterende intervjuene ble gjennomført som videomøter på ellers samme premisser som tidligere. Dette har etter omstendighetene fungert meget godt, og utvalget er av den oppfatning at overgangen til videomøter ikke har hatt negative konsekvenser for opplysningen av saken.

I tillegg til de formelle samtalene, har utvalget hatt enkelte orienteringssamtaler med ansatte i ulike organer og andre personer med kjennskap til saken. Utvalget har også bedt om, og mottatt, skriftlige innspill og forklaringer fra blant annet saksbehandlere ved lokale Nav-kontor, tillitsvalgte, advokater, mv. Utvalget fikk etablert egen nettside der det blant annet var oppfordret til å sende utvalget tips og meldinger. Utvalget har mottatt flere henvendelser fra personer og aktører som har hatt innspill til utvalgets undersøkelser.

Denne saken har berørt en rekke personer. Det har vært viktig for utvalget å få en forståelse av de konsekvensene feilpraktiseringen har hatt for de som har vært rammet. Et samlet utvalg gjennomførte derfor i mars 2020 samtaler med fire personer som på ulike måter var berørt av denne saken, se nærmere omtale i kapittel 4.

2.3 Utvalgets møter, arbeidsform og administrative forhold

Sekretariatet har bestått av Simon Torp, Ingrid Hvidsten og Kristian Brandt. Hvidsten og Torp har vært midlertidig ansatt i 100 % stillinger i sekretariatet. Brandt har siden 1. januar 2020 vært engasjert av departementet for å bistå sekretariatet i arbeidet tilsvarende en halv stilling.

Sekretariatet har hatt kontorplasser på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo (UiO). Dette har vært en praktisk ordning, siden utvalgsleder har sitt arbeidssted der. Sekretariatets oppgaver har vært omfattende, gitt sakens omfang og ekstraordinære karakter. I tillegg til å innhente, systematisere, gjennomgå og analysere en enorm dokumentmengde, har sekretariatet forberedt og deltatt i samtlige intervjuer. Sekretariatets arbeid har videre blant annet bestått i å forberede utvalgsmøtene, utarbeide utkast til tekster for utvalgsmedlemmenes gjennomgang, administra-

tive forhold, dokumenthåndtering, journalføring og arkivering. Arbeidsformen er lagt opp etter Kommunal- og moderniseringsdepartementets veileder om utvalgsarbeid i staten. På bakgrunn av deres særlige kompetanse var utvalgsleder Arnesen, utvalgsmedlem Fløistad og utvalgsmedlem Skoghøy (frem til hans fratredelse) særlig involvert i arbeidet med utvalgets delutredning *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*.

Føring av referat fra intervjuene er en viktig del av faktainnhenting, og helt nødvendig for å dokumentere hva som ble sagt. I lys av det relativt høye antallet personer utvalget skulle intervju, besluttet utvalgsleder å midlertidig ansette fire studenter ved Det juridiske fakultet for å ta referat fra samtalene: Mira Christine Marcussen, Karina Kvieback Mauren, Siri Sofie Rudaa og Sigve Berg Tronsmoen. Studentene har i tillegg bistått sekretariatet og utvalget med sammenstilling av innhentet informasjon, rettskildesøk og utkast til utredningstekst. Utvalget skylder dem en stor takk for det viktige bidraget de har ytt i arbeidet med denne utredningen.

Det har vært avholdt i alt åtte utvalgsmøter. De fleste møtene har vært heldagsmøter, i tillegg kommer et to-dagers møte. Før utbruddet av Covid-19 ble utvalgsmøtene avholdt på Det juridiske fakultet, UiO. Fra begynnelsen av mars 2020 har utvalgsmøtene vært avholdt som videomøte. Det er i tillegg avholdt ett (ekstraordinært) utvalgsmøte per telefon. Det har vært gjennomført enkelte orienteringsmøter på telefon for de av utvalgsmedlemmene som har ønsket det.

Arbeids- og sosialdepartementet har ivaretatt utvalgets kontaktpunkt mot oppdragsgiver. Av hensyn til utvalgets uavhengighet har kontakten med departementet vært begrenset til administrative forhold knyttet til budsjett og økonomiforvaltning.

2.4 Håndtering av dissenser

Det har ikke lyktes utvalget å komme frem til en enstemmig innstilling. Utvalgsmedlemmene Fløistad og Midthjell har omfattende dissenser. Disse er tatt inn i henholdsvis kapittel 6 og 18.⁴ I tillegg er det, etter medlemmene Fløistad og Midthjells ønske, inntatt merknader og enkelte fotnoter i de kapitlene hvor disse medlemmene

⁴ Fløistad og Midthjell redegjør selv i punkt 6.1 for hvordan deres merknader i det kapitlet innbyrdes forholder seg til hverandre.

ikke slutter seg til flertallets syn, med henvisning til de aktuelle særmerknadene.

Endelig formulert kom dissensene sent. Dette, sammenholdt med dissensenes omfang, innhold og form, har medført at det ikke har vært mulig for utvalgets flertall å ta detaljert stilling til det som fremkommer der innenfor rammene av den tiden som har stått til rådighet. Disse medlemmene må derfor nøye seg med å uttrykke at dissensene etter deres mening gir et skjevt og unyansert bilde av flertallets argumentasjon og det faktiske materialet flertallet bygger sitt syn på.

Utvalgsmedlem Sanderud har et annet syn enn flertallet på de rettslige rammene og forvaltningens rundskriv i perioden fra 1994 til 2012. Dette medlem redegjør nærmere for dette i kapittel 6, men stiller seg ellers bak vurderingene som fremgår av utredningen.

2.5 Oversikt over utredningen

Utredningen består av 18 kapitler.

Del 1 Innledning består av kapitlene 1–4.

Kapitlene 1 og 2 redegjør for utvalgets oppnevning, sammensetning og arbeid. I kapitlene 3 og 4 gis et sammendrag av utredningen og en kort beskrivelse av saken utvalget har undersøkt.

Del 2 Rettslige og organisatoriske utgangspunkter består av kapitlene 5–8.

I kapittel 5 redegjør utvalget for de rettslige utgangspunktene for undersøkelsen. Det er dissens i utvalget knyttet til forståelsen av reglene om fri bevegelse for tjenester, og enkelte faktiske forhold av betydning for perioden fra 1994 til 2012. Utvalgsmedlemmene Fløistad, Midthjell og Sanderud redegjør nærmere for sine syn i kapittel 6.

Kapittel 7 og 8 redegjør for henholdsvis normer og retningslinjer for gjennomføring av EØS-rettslige regler og enkelte organisatoriske forhold. Kapitlene utgjør bakteppet for utvalgets gjennomgang av sakens ulike sider i de videre kapitlene.

Del 3 Utvalgets undersøkelser består av kapitlene 9–15.

Kapittel 9 behandler departementets arbeid med gjennomføring og oppfølging av trygdeforordningene og øvrig EØS-rett. Sentrale temaer er utredningsarbeidet som ble gjort i forbindelse med innlemming av den nye trygdeforordningen i 2012 og behandlingen av EØS-rett i folketrygdlovens forarbeider.

Kapittel 10 redegjør for Arbeids- og velferdsstatens arbeid med gjennomføring av trygdeforordningene og øvrig EØS-rett. Etatens rundskriv står her sentralt, og utvalget går nærmere inn på hvordan Nav tolket den nye trygdeforordningens artikkel 21 feil i 2012.

Kapittel 11 behandler Trygderettens rolle i saken, og ser særlig på samhandlingen mellom Nav klageinstans og Trygderetten etter hvert som Trygderetten i stadig flere kjennelser utfordret Navs forståelse av trygdeforordningen artikkel 21.

Kapittel 12 redegjør for påtalemyndigheten og domstolenes håndtering av saker både i sivile saker og straffesaker.

Kapittel 13 redegjør for juridisk utdanning og trygderettslig forskning.

Kapittel 14 behandler enkelte diskusjoner internt i departementet og i Nav om forholdet mellom folketrygdlovens oppholds krav og EØS-rettslige regler.

I kapittel 15 redegjør utvalget for håndteringen av saken i Nav og departementet fra sommeren 2019, da Trygderetten begynte å utfordre Navs forståelse av trygdeforordningen artikkel 21.

Del 4 Avslutning består av kapitlene 16–18.

Kapittel 16 behandler enkelte særlige rettsikkerhetsutfordringer utvalget har identifisert i sitt arbeid, og foreslår læringspunkter for å utbedre disse.

I kapittel 17 redegjør utvalget for hovedfunn og sentrale anbefalinger.

Kapittel 18 består av medlemmet Midthjells særmerknader til kapitlene 12 og 15. Merknadene er samlet i dette kapitlet av redaksjonelle hensyn.

Kapittel 3

Sammendrag (norsk og engelsk)

*Sammendrag*¹

Nav har over mange år praktisert folketrygdlovens krav til opphold i Norge for mottakere av sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger i strid med trygdeforordningen og øvrig EØS-rett. Nav har hovedansvaret for feilpraktiseringen. Samtidig har Arbeids- og sosialdepartementet, Trygderetten, påtalemyndigheten, advokater, domstolene og akademia et betydelig ansvar. En fellesnevner er at ingen har viet tilstrekkelig oppmerksomhet til konsekvensene av EØS-retten, særlig etter innlemmelsen av den nye trygdeforordningen i EØS-avtalen.

En viktig årsak til at oppholdskravet ble praktisert feil er manglende tilpasning av folketrygdlovens bestemmelser til de regler som følger av EØS-retten. Oppmerksomheten til skiftende regjeringer har på dette området vært rettet mot effektiv trygdeforvaltning, bekjempelse av trygdemisbruk og reduksjon av trygdeeksport. Det har vært mindre oppmerksomhet rettet mot hensynet til å sikre enkeltpersoners rettigheter.

Ved forslag til lovendringer har ikke Arbeids- og sosialdepartementet hatt tradisjon for å beskrive de begrensningene EØS-retten legger på anvendelsen av folketrygdlovens regler om krav til opphold i Norge. De EØS-rettslige reglene hevdes å være godt kjent i departementet, men denne kunnskapen har ikke kommet til uttrykk i lovtekst eller tydelige forarbeider. Da den nye trygdeforordningen ble gjennomført ved forskrift 1. juni 2012, ble gjennomføringen ikke ledsaget av forarbeider eller annen veiledning om hvordan reglene var å forstå, og det ble ikke markert i loven at reglene om opphold i Norge i en rekke praktiske tilfeller måtte fravikes. Departementet la til grunn at forordningen ikke medførte vesentlige

endringer. Nav skulle fortsatt sikre riktig praksis gjennom rundskriv. Problemet var at Nav, i sine rundskriv, tolket EØS-retten feil.

Opp gjennom årene har det flere ganger oppstått spørsmål i og utenfor Nav om ulike deler av praksis knyttet til oppholdskravene og forholdet til EØS-retten. Når feilen likevel ikke ble oppdaget tidligere, er én årsak at alle tidligere tilløp til diskusjon om EØS-regelverket – innad i Nav, med departementet og med EFTAs overvåkningsorgan – har blitt behandlet og avskrevet som enkeltsaker. Tilsynelatende har ingen løftet blikket, eller tatt initiativ til noen systematisk gjennomgang for å sikre enhetlig, og riktig, praksis.

I fraværet av kritisk gjennomgang har saksbehandlere i Nav fortsatt å basere seg på eksisterende rundskriv, og dermed fortsatt å praktisere regelverket feil.

Den rettsoppfatningen som kom til uttrykk i rundskrivene ble ikke utfordret av forskere eller andre om skrev om eller underviste i reglene om de aktuelle ytelsene. EØS-rettens betydning for anvendelsen av oppholdskravet er gjennomgående ikke problematisert.

Nav har vært preget av en forvaltningskultur med klare svakheter. Det har ikke vært tradisjon for å stille spørsmål ved etablerte sannheter eller si fra om problemstillinger som ikke er ens eget ansvar. Staten har hatt noen saksbehandlere med solid EØS-kompetanse, men disse har ikke arbeidet med det konkrete regelverket knyttet til de aktuelle ytelsene; få har sett regelverket i sammenheng. Flere saksbehandlere har fortalt utvalget om faglig usikkerhet, særlig i EØS-rettslige spørsmål. I Arbeids- og velferdsdirektoratet har kvalitetskontrollen av nye elementer i rundskriv som behandler EØS-reglene i noen tilfeller, for eksempel i forbindelse med innføringen av ny trygdeforordning i 2012, bestått i å forelegge rundskrivet for en saksbehandler i direktoratet med bred, men generell, EØS-kompetanse. Usikkerhet om tolkningen av forordningens bestemmelser er ikke kommet til uttrykk i rundskrivene. Direktoratet antok at tolkningen ville bli utfordret

¹ Utredningen er avgitt under dissens. Utvalgsmedlemmene Fløistad og Midthjell stiller seg ikke bak fremstillingen her. Medlemmene Fløistad og Midthjell redegjør for sitt syn i kapittel 6. Utvalgsmedlem Midthjell har videre en omfattende særmerknad til enkelte av utredningens kapitler, som er inntatt i kapittel 18.

hvis den var feil, og at Nav Klageinstans eller Trygderetten ville korrigere oppfatningen i rundskrivet om nødvendig. Det skjedde imidlertid ikke. I stedet omgjorde Nav vedtak i enkeltsaker der tolkningen ble utfordret, uten at den regelforståelsen omgjøringen bygget på, ga seg utslag i endringer i rundskrivene.

Det er noen få eksempler på at saksbehandlere i Nav har uttrykt usikkerhet om forståelsen i rundskrivene i uformelle interne kanaler. Slike tolkningsspørsmål har verken blitt besvart, eller tatt opp i formelle kanaler. Utvalget har ikke mottatt dokumentasjon for at ansatte har varslet om at disse reglene ble praktisert feil.

Mangel på kompetanse, kapasitet, kommunikasjon og kritisk tenkning synes å ha preget det praktiske gjennomføringsarbeidet med trygdeforordningene i etaten. Oppmerksomheten om generell EØS-rett har heller ikke vært tilstrekkelig i arbeidet med regelverk, rundskriv og praktisk ytelsesforvaltning. Det har ført til at mennesker har blitt nektet ytelser de skulle hatt, eller fratatt ytelser de har hatt rett til å motta. Mange har fått uriktige krav om tilbakebetaling rettet mot seg. Flere har også sonet fengselsdommer de ikke skulle vært idømt.

Rundskrivene skal sikre riktig og ensartet praksis ved at saksbehandlere i førstelinjen blir kjent med, og opplært til, å anvende regler som operasjonaliserer lovens krav, uten at det skal være nødvendig å tolke og anvende loven direkte. En slik løsning skal forenkle saksbehandlingen og sikre likebehandling og rettssikkerhet. Løsningen er imidlertid sårbar for feil. Det gjelder særlig når det aktuelle regelsettet er nær usynlig for en alminnelig trygdemottaker, slik EØS-retten i dette tilfellet er. Når konsekvensen av at Nav forstår regelverket feil kan være ubegrunnet straffefølgelse mot enkeltpersoner, er det særlig alvorlig. Sett i lys av den betydning rundskrivene har, mener utvalget den prosessen direktoratet hadde ved gjennomføring av ny trygdeforordning var utilstrekkelig og klart kritikkverdige.

Det er fremholdt fra flere hold at direktoratet over tid har blitt faglig svekket etter flere runder med omorganiseringer og nedbemanninger. Målet for disse prosessene beskrives som et «slankt og strategisk» direktorat, som leder og koordinerer en linjeorganisasjon der fagkompetansen i etaten er nær brukerne. Direktoratet har likevel det samme formelle fagansvaret som tidligere. Spørsmålet om direktoratet har den nødvendige kapasiteten og kompetansen til å forvalte det faglige ansvaret det er pålagt, har ikke blitt løftet til en formell diskusjon i departementet, selv om det har vært tema i mer uformelle fora.

Utvalget tar ikke stilling til om det har vært hensiktsmessig å «slanke» direktoratet, men konstaterer at de effektiviseringstiltak som er truffet, har medført at direktoratet synes å mangle faglige og ressursmessige forutsetninger for å ivareta det fagansvaret det er tillagt på en god måte. Direktoratet har ikke klart å koordinere de ulike resultatområdene i Nav. Det er bekymringsverdige. For de av departementets medarbeidere som visste hva trygdeforordningene innebar, var den tolkningen som det er blitt kjent at Nav la til grunn, «hårreisende». Departementet var imidlertid ikke kjent med Navs langvarige praksis på området. Både dette og den omstendighet at departementet har manglet systemer som sikrer bedre kunnskap om Navs praksis, mener utvalget er betenkelig.

Folketrygdlovens krav om opphold i Norge har ligget fast gjennom flere lovendringer, og har i liten grad vært omdiskutert; mottakere av ytelser skal, i tråd med den arbeidslinjen det er bred politisk enighet om, følges tett opp av Nav, slik at de kommer tilbake i arbeid så raskt som mulig. For mange har det imidlertid vært praktisk mulig å oppholde seg utenlands og samtidig følge planlagte oppfølgingsstiltak. Mange har likevel blitt nektet ytelser, fordi Nav har lagt til grunn at utenlandsopphold krever forutgående samtykke, og at samtykke bare kan gis for inntil fire uker per år, tilsvarende lovbestemt ferie. Mange var imidlertid ikke på ferie, men benyttet retten de har etter trygdeforordningen til å oppholde seg andre steder i EØS-området – for eksempel hos egen familie. Det så ikke Nav.

En viktig del av etatens oppdrag er å forebygge og avdekke trygdebedrageri og annet misbruk av trygdeordninger. Utenlandsreiser har, særlig etter at Nav fikk teknologiske verktøy som muliggjorde sporing av IP-adresser, vært forholdsvis enkle å oppdage. I en del saker har opphold andre steder i EØS-området enn Norge alene dannet grunnlag for vedtak om stans eller tilbakekreving av ytelser, uten nærmere vurdering av om utenlandsoppholdet har hindret oppfølging i det konkrete tilfellet. Sakene har ikke vært oppfattet som spesielt kompliserte, og de rettslige spørsmålene knyttet til forordningen har ikke blitt identifisert når Nav har fattet vedtak, selv der det eneste grunnlaget har vært at trygdemottakeren har oppholdt seg utenlands uten Navs samtykke.

Der trygdemottakeren har reist ut av landet uten å melde fra, eventuelt meldt at vedkommende fremdeles var i Norge, og beløpet som er utbetalt under utenlandsoppholdet har vært høyt nok, har Nav som hovedregel anmeldt personen for bedrageri. Både påtalemyndigheten og dom-

stolene har i stor grad lagt vurderingene fra Nav til grunn, uten å prøve om vedkommende faktisk hadde rett til ytelsen under utenlandsoppholdet eller ikke. Lovforståelsen vedtakene i forvaltningssakene bygger på, har dermed knapt blitt overprøvd i forbindelse med straffesaker i de alminnelige domstolene.

En feil som rammer på denne måten, kan lett gå under radaren. Statens motpart på dette området er verken sterk eller organisert, og i den grad trygdemottakere har hatt tilgang til advokatbistand, har det sjelden hjulpet; svært få av advokatene som har vært involvert i sakene, det være seg i forbindelse med klage, behandling i Trygderetten eller i de alminnelige domstoler, har sett den EØS-rettslige problemstillingen. Der en advokat i en straffesak har nevnt EØS-retten, er anførselen avvist med at tiltalte pliktet å forholde seg til «norske regler».

Heller ikke Høyesterett så noe problem med å ilegge en person fengselsstraff for å ha oppholdt seg i et annet EØS-land uten Navs tillatelse, i perioder det ikke var noen oppfølging å delta på. Høyesterett baserte seg utelukkende på folketrygdlovens ordlyd, selv om EØS-avtalens hoveddel har vært norsk lov siden 1994, og trygdeforordningene siden 1994 har vært gjennomført i forskrift, med forrang for folketrygdlovens krav. Leser man folketrygdlovens generelle unntaksbestemmelse, som det ikke er henvist til i bestemmelsene om oppholdskrav, og finner frem til trygdeforordningsforskriften og forordningens artikkel 21, kan man – hvis man tolker denne riktig – se at oppholdskravet ikke kan anvendes etter folketrygdlovens ordlyd. Det gjorde ikke Høyesterett.

Trygderetten skal overprøve forvaltningsvedtakene i enkeltsaker. Dette spesialistorganet vurderte ikke denne EØS-rettslige problemstillingen direkte før i 2017. Da oppdaget og påpekte dommere i Trygderetten at Navs rundskriv ikke ga uttrykk for en riktig forståelse av forordningen, og at Nav krevde opphold i Norge i situasjoner det ikke var adgang til det. Senere kom flere saker som reiste samme problemstilling inn til Trygderetten, men det var ikke alle dommerne som så eller påpekte det kollegene hadde sett noen måne-

der tidligere; at Nav ikke vurderte EØS-retten i saker om utenlandsopphold for personer som ble ansett bosatt i Norge. Dermed ga Trygderetten en periode ikke klart og konsistent uttrykk for riktig rettsoppfatning, men avgjorde enkeltsaker uten henvisning til de aktuelle EØS-reglene. De aller fleste dommerne som oppdaget at forordningen kom til anvendelse, la til grunn den samme forståelsen av den.

Trygderettens leder kan beslutte at flere enn to dommere skal delta i avgjørelsen av en sak hvis avgjørelsen kan bli «bestemmende for praksis». Dette ble ikke gjort. Det tok ett og et halvt år fra Trygderetten avsa den første prinsipielle kjennelsen, til Arbeids- og velferdsdirektoratet tok kontakt med Arbeids- og sosialdepartementet for å endre praksis. Først to år etter den første kjennelsen publiserte Nav interne meldinger om endret praksis, og et halvt år etter dette ble omfanget av feilen kjent. Utvalget mener Nav, departementet og Trygderetten alle deler ansvaret for at det tok svært lang tid før det ble ryddet opp i praksis. En årsak er etter utvalgets vurdering at Trygderetten for ensidig har sett seg selv som en domstol, som utelukkende kommuniserer gjennom kjennelser i enkeltsaker. Det kan virke som organet har mistet av syne at Trygderetten skal være en hybrid mellom klageorgan og domstol, en institusjon med særlig ansvar for å trygge rettssikkerheten til vanlige mennesker som står i krevende situasjoner mot en ressurssterk motpart – staten.

Fravær av kritisk tenkning, god organisering, og opptreden i samsvar med det ansvar de ulike organer har, har medført at EØS-rettens betydning har befunnet seg i blindsonen til nær sagt alle involverte. Resultatet er at enkeltmennesker urettmessig har fått stanset ytelser, fått krav om tilbakebetaling av trygd, blitt stemplet som trygdemisbrukere, og også blitt idømt fengselsstraff på feilaktig grunnlag.

Saken illustrerer hvordan det kan gå når de institusjonene som skal sikre at offentlige myndigheter ikke øver urett mot den enkelte, ikke har de ressursmessige forutsetningene for å gjøre dette, ikke er faglig oppdatert og heller ikke reagerer eller kommuniserer på adekvat måte.

Boks 3.1 Overordnede anbefalinger:

- EØS-rettslige forpliktelser, herunder trygdeforordningen, må gjennomføres på en måte som sikrer den enkeltes rettigheter og legger til rette for at EØS-problematikk kan identifiseres. Der EØS-regler er særlig relevante, bør dette fremgå av loven
- Departementet må redegjøre grundig for EØS-rettslige føringer av betydning for anvendelsen av loven i forarbeider til forslag om endring av folketrygdlovens regler
- Juridisk forskning og undervisning må i langt større grad ta inn over seg at EØS-rett ikke bare er et eget rettsområde, men også en integrert del av andre rettsområder
- Den EØS-rettslige kompetansen sentralt i Nav må styrkes
- Nav må sikre at EØS-rettslige spørsmål inngår som en integrert del av utarbeidelse av rundskriv og andre retningslinjer og i behandlingen av enkeltsaker
- Det må utvikles en forvaltningskultur i Nav der kommunikasjonen mellom avdelinger og linjer er god, slik at endringer i praksis raskt kan manifestere seg i hele etaten
- Den EØS-rettslige kompetansen i Trygderetten må styrkes
- Trygderetten bør etablere effektive tiltak for kunnskapsdeling internt for å sikre likebehandling og rettssikkerhet for brukerne
- Trygderetten bør ha systemer for å reagere når Nav ikke følger opp prinsipielle kjennelser
- Der Trygderetten eller domstolene legger til grunn en annen rettsoppfatning enn Nav, må Nav enten utfordre lovforståelsen videre i rettssystemet eller endre praksis for å sikre reell likebehandling
- Avdelingen som har fag- og lovgivningsansvar for de aktuelle ytelsene i departementet må (også) ha solid EØS-rettslig kompetanse
- Departementet må inkludere sikring av EØS-rettslige rettigheter i den risikobaserte styringen av arbeids- og velferdsetaten
- Departementet må sikre en nærhet til Nav som gir dem innsyn i praksis på sentrale områder. Dette bør organiseres slik at det er nær sammenheng mellom EØS-rettslig kompetanse og innsyn i praksis
- Dialogen mellom Nav og påtalemyndigheten må styrkes
- Påtalemyndigheten må ta et selvstendig ansvar for å avklare og vurdere den forvaltningsmessige behandlingen som ligger til grunn for anmeldelser
- Den EØS-rettslige kompetansen i de alminnelige domstolene må styrkes. Det må utvikles en kultur i domstolene som gjør at dommere identifiserer EØS-rettslige spørsmål også i straffesaker, og som kan bidra til å hindre at det avsies straffedommer for handlinger som etter EØS-retten er tillatt

Summary²

Over the course of many years the Norwegian Labour and Welfare Administration (NAV) has applied the requirement of stay in Norway (*opphold i Norge*) under the Norwegian National Insurance Act (*folketrygdløven*) for recipients of sickness benefit (*sykepenger*), attendance allowance (*pleiepenger*) and work assessment allowance (*arbeidsavklaringspenger*) in a manner contrary to the social security regulation (Regulation No 883/2004) and other EEA law instruments. Whilst NAV bears primary responsibility for the misapplication, the Ministry of Labour and Social Affairs, the National Insurance Court, the Norwegian Prosecuting Authority, lawyers, courts and academia carry a considerable responsibility as well. A common denominator is that none of them has devoted sufficient attention to the consequences of EEA law, particularly after the incorporation of the new social security regulation into the EEA Agreement.

A major cause of the misapplication of the requirement of stay in Norway has been a failure to align the provisions of the National Insurance Act correctly with the rules under EEA law. The attention of successive governments has been directed at efficient social security administration, combating social security fraud and reduction of export of benefits. Rather less attention has been directed at considerations of safeguarding the rights of individuals.

In draft legislative amendments, the Ministry of Labour and Social Affairs has not had a tradition of explaining the limitations placed by EEA law on the application of the National Insurance Act rules imposing a requirement of stay in Norway. It is claimed that there is solid knowledge of the relevant EEA law in the Ministry, but that knowledge has not materialised in legislative texts or clear preparatory documents. When the new social security regulation was implemented by the national regulation of 1 June 2012, that implementation was not accompanied by preparatory documents or other guidance as to how the rules were to be interpreted, and it was not spelled out in the Act that the rules imposing a requirement of stay in Norway had to be waived in a number of practical situations. The Ministry pro-

ceeded on the basis that the social security regulation did not entail any significant changes. NAV was still to ensure correct practice through circulars. The problem was that NAV was misinterpreting EEA law in its circulars.

Through the years questions have arisen on a number of occasions, both within and outside NAV, about various aspects of practices relating to the requirement of stay in Norway and the relationship to EEA law. One reason why the error nevertheless was not discovered earlier is that all previous sources of discussion about the EEA rules – internally in NAV, with the Ministry and with the EFTA Surveillance Authority (ESA) – have been treated and written off as individual cases. No one, apparently, has lifted their gaze or taken the initiative to undertake any kind of systematic review in order to ensure uniform, correct practice.

In the absence of critical review, officials handling cases in NAV have continued to base themselves on existing circulars, thereby continuing to misapply the rules.

The interpretation of the law as expressed in the circulars was not challenged by researchers or others writing or lecturing on the rules governing the benefits in question. The EEA law implications for the application of the requirement of a stay in Norway were consistently not flagged up as an issue.

NAV has been characterised by a management culture with clear weaknesses. There has been no tradition of asking questions about established truths or making pronouncements about issues not falling within one's own sphere of responsibility. The agency has had some case-handling officials with solid competence in EEA matters, but they have not worked with the specific rules relating to the benefits in question; few have viewed the rules in their overall context. A number of case-handling officials have told the Committee of substantive uncertainty, particularly in relation to EEA law issues. In the Labour and Welfare Directorate, the quality control of new elements in circulars dealing with the EEA rules has, in some cases, such as the introduction of the new social security regulation in 2012, consisted in referring the circular to a case-handling official in the Directorate having broad but general knowledge of EEA law. The circulars contain no indication of any uncertainty about the interpretation of the provisions of the EU regulation. The Directorate assumed that the interpretation would be challenged if it was incorrect and that NAV Appeals or the National Insurance Court would, if necessary, correct the interpretation in the circular. This did

² The Report is issued under dissent. Committee Members Fløistad and Midthjell do not concur in the matter as presented herein. Members Fløistad and Midthjell set out their views in Chapter 6. Member Midthjell also has extensive comments to some chapters of the report. Her remarks are gathered in chapter 18.

not happen, however. Instead, NAV overturned decisions in individual cases in which the interpretation was challenged, but the interpretation of the rules on which the overturning was based did not result in changes in the circulars.

There are a few examples of case-handling officials in NAV having expressed uncertainty about the interpretation in the circulars through informal internal channels. No answers were given to those questions of interpretation and nor were they raised through formal channels. The Committee has not received any documentation indicating that employees warned that the rules were being applied incorrectly.

The practical work of implementing the social security regulations in the agency seems to have been characterised by a lack of competence, capacity, communication and critical thinking. Nor has sufficient attention been paid to general EEA law in the work on the rules, circulars and practical management of benefits. This has led to people being refused benefits they ought to have had, or losing benefits they were entitled to receive. Many have been served with wrongful claims for repayment. A number of people have also served prison terms to which they should not have been sentenced.

The circulars are intended to ensure correct, uniform practice by having front-line case-handling officials familiarise themselves and be trained to apply rules that put the requirements of the Act into practice, without it being necessary to interpret and apply the Act directly. This approach is intended to simplify the case-handling procedure and ensure equal treatment and legal certainty. This approach is, however, vulnerable to error, especially when the set of rules in question is virtually invisible to the average benefits recipient, as EEA law is in this case. It becomes particularly serious when the consequence of an incorrect interpretation of the rules by NAV may be baseless criminal proceedings brought against individuals. Viewed in the light of the importance of the circulars, the Committee takes the view that the processes employed by the Directorate for the implementation of the new EU/EEA social security regulation were inadequate and undeniably blameworthy.

It has been claimed from a number of quarters that, over time, the Directorate's substantive competence has been weakened by several rounds of reorganisations and staffing reductions. The objective of those processes has been described as a 'lean and strategic' directorate that leads and coordinates a line organisation in which

the substantive competence in the agency is close to the users. The Directorate nevertheless has the same formal substantive responsibility as previously. The question whether the Directorate has the necessary capacity and competence to manage the substantive responsibility imposed on it has not been raised to the level of a formal discussion within the Ministry, although it has been a topic of discussion in more informal fora.

The Committee expresses no view on whether it has been expedient to 'trim down' the Directorate, but notes that the efficiency measures that have been implemented have led to a situation in which the Directorate seems to lack the competence- and resource-related prerequisites for safeguarding the substantive responsibility imposed on it in a sound manner. The Directorate has not managed to coordinate the different result areas in NAV. This is worrying. For those Ministry employees who did know what the EU/EEA social security regulations entailed, the interpretation it is now known was relied on by NAV was shocking. The Ministry was not aware of NAV's long-standing practice in the area, however. That, and the fact that the Ministry has lacked systems to ensure better knowledge of NAV's practice is, in the Committee's view, worrisome.

The requirement of a stay in Norway laid down in the National Insurance Act has remained in place through several legislative amendments and has not been the subject of much debate; in keeping with the workfare on which there is broad political agreement, benefit recipients are followed closely by NAV in order to get them back to work as quickly as possible. For many, it has been practically feasible to stay abroad and at the same time comply with planned follow-up measures. Many have nevertheless been refused benefits, because NAV has worked with the assumption that prior permission is required for a stay abroad and that permission may be given only for up to four weeks per year, corresponding to statutory holiday. Yet many were not on holiday; they were exercising their right under the EU/EEA social security regulation to stay elsewhere in the EEA – such as with their own family. NAV did not see this.

An important part of the agency's mission is to prevent and detect benefits fraud and other misuses of social security schemes. Travel abroad has been relatively easy to spot, particularly since NAV has acquired technological tools enabling tracking of IP addresses. In a number of cases, stays in the EEA elsewhere than in Norway have

formed the sole basis for decisions to stop or claim repayment of benefits, without further consideration of whether the stay abroad has impeded follow-up in the individual case. The cases have not been viewed as particularly complicated and the legal issues relating to EEA law have not been identified when NAV has adopted decisions, even where the only ground for the decision has been that the benefits recipient has been abroad without NAV's permission.

Where the benefits recipient has travelled outside Norway without notifying, or having notified that he or she was still in Norway, and the amount paid out has been sufficiently high, NAV has generally reported the person for fraud. Both the Norwegian Prosecuting Authority and the courts have largely relied on NAV's determinations, without examining the question whether or not the person in question was actually entitled to the benefit during the stay abroad. The interpretation of the law that has formed the basis for the decisions in the administrative cases has thus scarcely been tested in connection with criminal cases in the ordinary courts of law.

An error that strikes in this way can easily 'slip under the radar'. The State's opponent in this area is not strong or organised and, where benefits recipients have had access to legal counsel, it has seldom been of assistance. Very few of the lawyers who have been involved in the cases, whether it be in connection with an appeal or proceedings before the National Insurance Court or the ordinary courts of law, have realised the EEA law issue involved. When a lawyer in a criminal case raised the point of EEA law, the submission was rejected on the ground that the accused was under a duty to abide by 'Norwegian rules'.

Nor did the Supreme Court of Norway see any problem with sentencing a person to a prison term for having had stays in another EEA country without permission from NAV during periods when there was no follow-up in which to participate. The Supreme Court based itself solely on the wording of the National Insurance Act, even though the Main Part of the EEA Agreement has been Norwegian law since 1994, and the social security regulations have been implemented in Norway through national regulations since 1994, with primacy over the requirements of the National Insurance Act. A reading of the general exceptions laid down in the National Insurance Act, to which no reference is made in the provisions on requirement of stay in Norway, together with the Norwegian regulation implementing the social security regulation and Article 21 of the regulation, shows

– on a correct interpretation – that the requirement of stay in Norway cannot be applied as per the wording of the National Insurance Act. The Supreme Court undertook no such reading.

The role of the National Insurance Court is to re-evaluate administrative decisions in individual cases. This specialist body did not consider this EEA law issue specifically until 2017, when Members of the National Insurance Court pointed out that NAV's circulars did not convey a correct interpretation of the regulation and that NAV was requiring a stay in Norway in situations where there was no basis for doing so. Subsequently, a number of cases raising the same issue came before the National Insurance Court, but not all Members realised or highlighted what their colleagues had realised a few months earlier, that is, that NAV was failing to consider EEA law in cases involving stays abroad for persons who were considered to be resident in Norway. Thus for a while the National Insurance Court was failing to convey a clear and consistent – and correct – interpretation of the law, and was instead reaching decisions in individual cases without reference to the relevant EEA rules. The vast majority of Members who found that the EU/EEA regulation was applicable applied the same interpretation of it.

The Chair of the National Insurance Court may decide that more than two members are to take part in a case if the decision may become 'determinative for practice'. This was not done. It took one and a half years from the time the National Insurance Court delivered the first principle-setting ruling until the Norwegian Labour and Welfare Directorate contacted the Ministry of Labour and Social Affairs to get the practice changed. Only two years after the first ruling did NAV publish internal notices of amended practice, and six months later the extent of the error became known. The Committee takes the view that NAV, the Ministry and the National Insurance Court all share responsibility for its having taken such a long time before the practice was rectified. In the Committee's view, one reason is that the National Insurance Court has viewed itself too much as a court of law that communicates only through rulings in individual cases. It seems that the body has lost sight of the fact that the National Insurance Court is intended to be a hybrid between an appeal body and a court, an institution with a particular responsibility for ensuring legal certainty for ordinary people finding themselves in demanding situations and up against a powerful opponent – the State.

The absence of critical thinking, apt organisation and conduct in keeping with the responsibility the bodies have, has led to a situation in which the importance of EEA law has been a blind spot for virtually everyone involved. The result has been that certain individuals have wrongfully had their payments stopped, received claims for repayment of social security benefits, been labelled as

social security fraudsters and also been sentenced to prison terms on incorrect grounds.

The case illustrates what the outcome can be when the institutions that are supposed to ensure that public authorities do not cause injustices to individuals do not have the resources required to do so, are not substantively up to date and do not react or communicate adequately.

Box 3.2 Overall recommendations:

- EEA law obligations, including the EU/EEA social security regulation, must be implemented in a manner which safeguards the rights of individuals and facilitates the identification of EEA issues. Where EEA rules are particularly relevant, this must be stated in the Act
- The Ministry must provide detailed explain of EEA law guidelines that are of importance for the application of the Act in the preparatory documents for the draft amendments to the rules of the National Insurance Act
- Legal research and teaching must, to a much greater extent, comprehend that EEA law is not only a separate area of the law unto itself, but also an integral part of other areas of the law
- NAV's core EEA law competence must be strengthened
- NAV must ensure that EEA law issues are incorporated as an integral part of the drafting of circulars and other guidelines and in the treatment of individual cases
- A management culture must be fostered in NAV in which there is proper communication between departments and lines, so that changes to practice can propagate rapidly throughout the agency
- The National Insurance Court's EEA law competence must be strengthened
- The National Insurance Court must establish effective measures for sharing knowledge so as to ensure equal treatment and legal certainty for users
- The National Insurance Court must have systems for reacting when NAV does not follow up on principle-setting rulings
- Where the National Insurance Court or the courts apply a different interpretation of the law than NAV, NAV must either challenge that interpretation of the law further through the court system or change its practice, so as to ensure genuine equal treatment
- The department that has substantive and legislative responsibility for the relevant benefits in the Ministry must (also) have solid EEA law competence
- The Ministry must include the safeguarding of EEA law rights in the risk-based management of the Norwegian Labour and Welfare Administration (NAV)
- The Ministry must ensure a proximity to NAV that gives it insight into practice in key areas. This must be organised in such a way that there is a close connection between EEA law competence and insight into practice
- The dialogue between NAV and the Norwegian Prosecuting Authority must be strengthened
- The Norwegian Prosecuting Authority must assume independent responsibility for clarifying and assessing the administrative treatment forming the basis of reporting
- EEA law competence in the general courts of law must be strengthened. A culture must be fostered in which judges identify EEA law issues in criminal cases as well, which can help prevent criminal judgments being given for actions which are permitted under EEA law

Kapittel 4 Om saken

4.1 Innledning

Den 28. oktober 2019 avholdt arbeids- og sosialminister Anniken Hauglie en pressekonferanse sammen med arbeids- og velferdsdirektør Sigrun Vågeng og daværende riksadvokat Tor-Aksel Busch, der statsråden redegjorde for at Nav over en lengre periode hadde tolket og praktisert EØS-reglene feil. Det ble opplyst at feilen omfattet ytelsene arbeidsavklaringspenger, sykepenger og pleiepenger, og at flere titalls personer kunne være uskyldig dømt for trygdesvindel.

En sentral del av granskingsutvalgets mandat er å kartlegge når og hvordan EØS-retten ble feiltolket og en EØS-stridig praksis etablert, og videre hvordan en slik feilpraktisering kunne opprettholdes gjennom flere år. Spørsmålet om feiltolkningen og -praktiseringen av EØS-reglene kunne og burde vært oppdaget på et tidligere tidspunkt, er grunnleggende i utredningen.

I det følgende gis en kort overordnet oversikt over det faktiske hendelsesforløpet i saken, slik det ble kjent høsten 2019. Dette er en introduksjon til den videre fremstillingen. Utvalget gjennomførte i mars 2020 møter med noen av de personene som på ulike måter er berørt av saken, og perspektiver fra disse samtaler er inntatt i siste del av dette kapittelet.

4.2 Oppholdskravet etter folketrygdloven, Navs praksis og forholdet til EØS-retten

4.2.1 Generelt om oppholdskravet

Gjennom ulike lovendringer har det som i dag er folketrygdloven §§ 8-9, 9-4 og 11-3 stilt krav om at mottakere av sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger oppholder seg i Norge. Med noen språklige endringer har kravet til opphold i hovedsak vært det samme siden folketrygdloven trådte i kraft.

For sykepenger og pleiepenger har det hele tiden stått i lovteksten at det *etter søknad* kan gis

tillatelse til å motta ytelsen «i en begrenset periode» under opphold i utlandet. For arbeidsavklaringspenger sto det frem til 1. januar 2018 ikke noe eksplisitt om søknadsplikt, men ellers var regelen den samme; ytelsen kan beholdes «i en begrenset periode» under opphold i utlandet, så fremt utenlandsoppholdet ikke vil hindre Navs oppfølging og kontroll.

Forordning 1408/71, og den tilhørende gjennomføringsforordningen, ble inntatt i norsk rett sammen med annen eksisterende EU-rett ved ikrafttreddelsen av EØS-avtalen 1. januar 1994. I 2011 ble denne avløst av en ny forordning, forordning 883/2004, og denne ble gjennomført i norsk rett ved forskrift gjennom bruk av hjemmelen i folketrygdloven § 1-3.¹ Forskriften gir særlige regler for dem som er vernet av forordningen, og § 1 fastsetter at folketrygdloven skal fravikes «i den utstrekning det er nødvendig». I praksis legger forordningene, og øvrig EØS-rett, vesentlige begrensninger på anvendelsen av folketrygdlovens regler. I denne sammenheng er den viktigste begrensningen at trygdemyndighetene ikke kan nekte personer som er vernet av reglene å motta ytelser bare fordi de oppholder seg andre steder i EØS-området enn Norge.² I den nye trygdeforordningen er det presisert at reglene gjelder også landets egne statsborgere.

4.2.2 Kort om Navs praksis frem til våren 2019³

Arbeids- og velferdsetaten (Nav) har i sin praksis lagt til grunn at bestemmelsene om krav til opp-

¹ De rettslige rammene for gjennomføring av EØS-rett redegjøres for i kapittel 5.

² Den tidligere forordningen regulerte ikke kortere utenlandsopphold direkte. Utvalget redegjør nærmere for de rettslige rammene i delutredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*, som følger som vedlegg til utredningen.

³ Fremstillingen her bygger på redegjørelser utvalget har mottatt fra Nav. Utvalgsmedlemmene Fløistad og Midthjell slutter seg ikke til fremstillingen. Disse medlemmene redegjør nærmere for sitt syn i kapittel 6. Utvalgsmedlem Midthjell har videre en omfattende særmerknad til enkelte av utredningens kapitler, som er inntatt i kapittel 18.

hold i Norge i folketrygdlovens kapitler 8, 9 og 11, om henholdsvis sykepenger, pleiepenge og arbeidsavklaringspenge, gjelder etter sin ordlyd for personer bosatt i Norge. Som følge av denne tolkningen har ytelser i mange tilfeller blitt nektet bare på grunn av at mottakeren oppholdt seg andre steder i EØS-området. Dette har vært i strid med den nye trygdeforordningen.

Navs praksis, frem til endringen sommeren 2019, har i korthet vært slik at det ikke ble skilt mellom utenlandsopphold innenfor og utenfor EØS for personer som bodde i Norge. For disse ble hovedregelen om opphold i Norge anvendt, og ytelser har blitt stanset eller krevd tilbake dersom trygdemottakeren ikke hadde fått tillatelse til å oppholde seg i utlandet.⁴ Dokumentasjonen utvalget har hatt tilgang til, samt informasjonen utvalget har mottatt gjennom intervjuer med sentrale ansatte i Nav og Arbeids- og sosialdepartementet, viser at Nav i hovedsak ikke har gjort forskjell på nordmenn som ikke har benyttet sin rett til fri bevegelighet og EØS-borgere, så lenge personene ikke har flyttet fra Norge eller har blitt vurdert å ha sitt «senter for livsinteresser» i et annet land i EØS-området.⁵

Lokale Nav-kontor har hatt myndighet til å gi mottakere av kontantytelser tillatelse til utenlandsreiser. Der brukeren ikke har søkt, eller Nav-kontoret ikke har innstilt på å tillate utenlandsoppholdet, har Nav som hovedregel stanset ytelsen.⁶ Dersom utenlandsoppholdet er oppdaget i ettertid og pengene allerede er utbetalt, er pengene i mange saker krevd tilbake.⁷ EØS-borgeres rett til eksport av ytelsen har i hovedsak blitt vurdert der disse har flyttet tilbake til eller oppholdt

seg i hjemlandet et annet sted i EØS-området over lengre tid.⁸

4.3 Særlig om straffesaker

I saker der mottakere av sykepenge eller arbeidsavklaringspenge har oppholdt seg i utlandet i lengre eller flere perioder uten godkjenning, har beløpet de har fått utbetalt mens de har oppholdt seg i utlandet, i en del tilfeller blitt høyt. I saker der beløpet har oversteget to tredjedeler av grunnbeløpet, rundt 60.000 kroner,⁹ har Nav Kontroll i en rekke tilfeller anmeldt mottakeren for bedrageri. Ofte er det også tatt ut anmeldelse for falsk forklaring, fordi trygdemottakeren ikke har informert om utenlandsoppholdet eller Nav mener det er gitt gale opplysninger om dette.¹⁰

Da saken ble kjent i oktober 2019 anslo Riksadvokaten, på bakgrunn av opplysninger fra Nav, at minst 48 mennesker kunne være uriktig dømt fordi påtalemyndigheten og domstolene hadde lagt Navs forståelse av oppholdskravet til grunn.

En rekke personer har blitt dømt til ubetinget fengsel, og noen har sonet lange straffer – uten at det egentlig var grunnlag for å nekte dem utenlandsoppholdet som dannet utgangspunktet for anmeldelsen. Dette gjør saken særlig alvorlig.

Ved ferdigstillingen av denne utredningen i juli 2020, anslo påtalemyndigheten at det heftet rettsanvendelsesfeil ved 89 straffedommer. Påtalemyndigheten hadde frem til dette tidspunktet funnet at 45 av sakene bør gjenåpnes til gunst for domfelte. Nav anslo i starten av juni 2020 at 75 domfelte var rammet av feilen. Det antas altså at disse personene enten ikke skulle vært dømt, eller skulle hatt en mildere dom, hvis saken hadde blitt vurdert i tråd med EØS-reglene. En sak skal behandles på nytt direkte i Høyesterett. Høyesterett har varslet at det vil bli sendt spørsmål til EFTA-domstolen om forståelsen av så vel trygdeforordningen som EØS-avtalens alminnelige regler.

⁴ Flere enheter i Nav har i interne kartlegginger av praksis meldt tilbake at praksis har variert i Nav-systemet. Her redegjøres bare kort for det overordnede bildet. Utvalget har ikke gjennomgått praksis i Nav eller vurdert enkelt saker.

⁵ I tilfeller der en person for eksempel har hele sin familie i hjemlandet, men selv har bodd og jobbet i Norge, har Nav som regel vurdert at vedkommende etter forordningen skal anses bosatt i det andre EØS-landet. Skillet mellom nordmenn som alltid har bodd i Norge og EØS-borgere, og betydningen av dette skillet for hvilket EØS-rettslig vern den enkelte nyter i disse sakene, er drøftet i utvalgets delutredning *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*.

⁶ Se nærmere kapittel 8 om arbeidsdelingen mellom de ulike enhetene i Nav. For sykepenge er det formelt Nav Arbeid og ytelser som fatter avslagsvedtak dersom utenlandsoppholdet ikke tillates.

⁷ Utvalget har mottatt skriftlige redegjørelser for praksis som ble fulgt i Nav-systemet, som ble utarbeidet i forbindelse med den interne utredningen av saken i august 2019. Det er i dette materialet presisert at praksis også kan ha variert lokalt.

⁸ Opphold som har vært ment å vare over 12 måneder, har vært regnet som eksport, i betydningen «varig flytting». Egne enheter med ansvar for utlandssaker har hatt ansvar for slike saker i Nav. En vurdering av «senter for livsinteresser» har blitt gjort for å avgjøre om enkeltpersoner etter forordningen var å anse som bosatt i et annet EØS-land selv om de hadde registrert bopel i Norge, for eksempel der en arbeidstaker som hadde flyttet hit, fortsatt hadde familien sin i dette andre landet.

⁹ Grunnbeløpet fastsettes årlig, og har siden 1. mai 2019 vært kr 99.858.

¹⁰ Dette behandles nærmere i kapittel 12.

4.4 Trygderettens avgjørelser og Navs utredninger

Fra juni 2017 til sommeren 2018 ble det avsagt en rekke kjennelser i Trygderetten der Navs vedtak om å stanse eller kreve tilbake ytelser ble opphevet fordi Nav ikke hadde vurdert forholdet til trygdeforordningen.

Nav Klageinstans opplevde ikke Trygderettens praksis som «tydelig» i perioden fra 2017 til 2018, men varslet Arbeids- og velferdsdirektoratet om at det var uenighet om forståelsen av forordningen høsten 2017.¹¹ Praksis ble likevel ikke lagt om, og en rekke personer fikk stanset eller tilbakekrevd ytelser frem til saken ble offentlig kjent høsten 2019. Flere personer ble også dømt for trygdebedrageri i perioden – den siste 17. september 2019. Nav har opplyst at 33 personer ble anmeldt i perioden fra 1. august 2017 til praksis ble endret i 2019.¹²

I november 2018 varslet Trygderetten at den ville forelegge spørsmålet om forståelsen av forordningens artikkel 21 for EFTA-domstolen, etter som Nav ikke hadde endret sin praksis. Først da tok diskusjonen virkelig fart i Nav-systemet, og direktoratet løftet problemstillingen til departementet like før jul i 2018.

4.5 Praksisendring

Direktoratet og departementet møttes først i slutten av januar 2019 for å diskutere saken. På dette tidspunktet hadde direktoratet kommet til at Trygderetten forsto forordningen riktig, og at praksis burde endres. Departementet var enig, og ga direktoratet formelt beskjed om å endre praksis fremover 5. mars 2019.

I slutten av juni 2019 ble det internt i Nav-systemet gitt beskjed om at det etter innspill fra Trygderetten var bestemt å endre praksis for utbetaling av arbeidsavklaringspenger og sykepenger ved kortvarige utenlandsopphold innenfor EØS-området. Endringen bestod i at ytelser ikke lenger kunne stanses eller avslås bare på bakgrunn av at mottakeren oppholdt seg utenlands i EØS-området. Det ble opplyst at ny praksis skulle følges fremover i tid. Direktoratet fikk raskt tilbakemelding fra enhetene i ytre etat om at det

¹¹ Håndteringen av saken i denne fasen behandles i kapittel 15.

¹² Fire anmeldelser ble inngitt i perioden 1. august til 31. desember 2017, 24 i 2018, og fem i 2019. Nav Kontroll har opplyst at de innga sine siste anmeldelser i sakskomplekset i april 2019.

var uklart hva som var ment med «korte» opphold, og at det ville være problematisk å endre praksis uten å gi endringen virkning på tidligere vedtak.

Midt i juli 2019 fikk direktoratet klar beskjed om at saken var langt mer alvorlig enn direktoratet hadde lagt til grunn; ut fra fagmeldingene mente Nav Kontroll at sakskomplekset måtte omfatte straffesaker, og at flere personer kunne være uskyldig dømt. I samtaler med de involverte har utvalget fått gjengitt at budskapet var at «dette er krise».

Etter sommeren ble det gjennomført nye utredninger internt i Nav, og etter ny dialog med departementet ble det bestemt at praksis ikke bare skulle endres fremover i tid; Nav måtte identifisere også tidligere saker der oppholdskravet var anvendt feil, og enkeltpersoner enten var blitt nektet utenlandsreiser, hadde fått krav om tilbakebetaling, eller i verste fall blitt dømt.

Lørdag 26. oktober 2019 orienterte daværende ytelsesdirektør i Nav øvrig ledelse i etaten om hva som skulle formidles under den påfølgende mandagens pressekonferanse. Etter den interne gjennomgangen som til da var gjennomført, mente Nav at i overkant av 16.000 saker om arbeids-



Figur 4.1 Faksimile VG 29. oktober 2019

avklaringspenger måtte gjennomgås, med potensiale for omgjøring i rundt halvparten av sakene.

5. november 2019 orienterte daværende arbeids- og sosialminister Anniken Hauglie Stortinget om saken. Det uavhengige granskingsutvalget ble oppnevnt 8. november. Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité avholdt høring i saken 9. og 10. januar 2020.

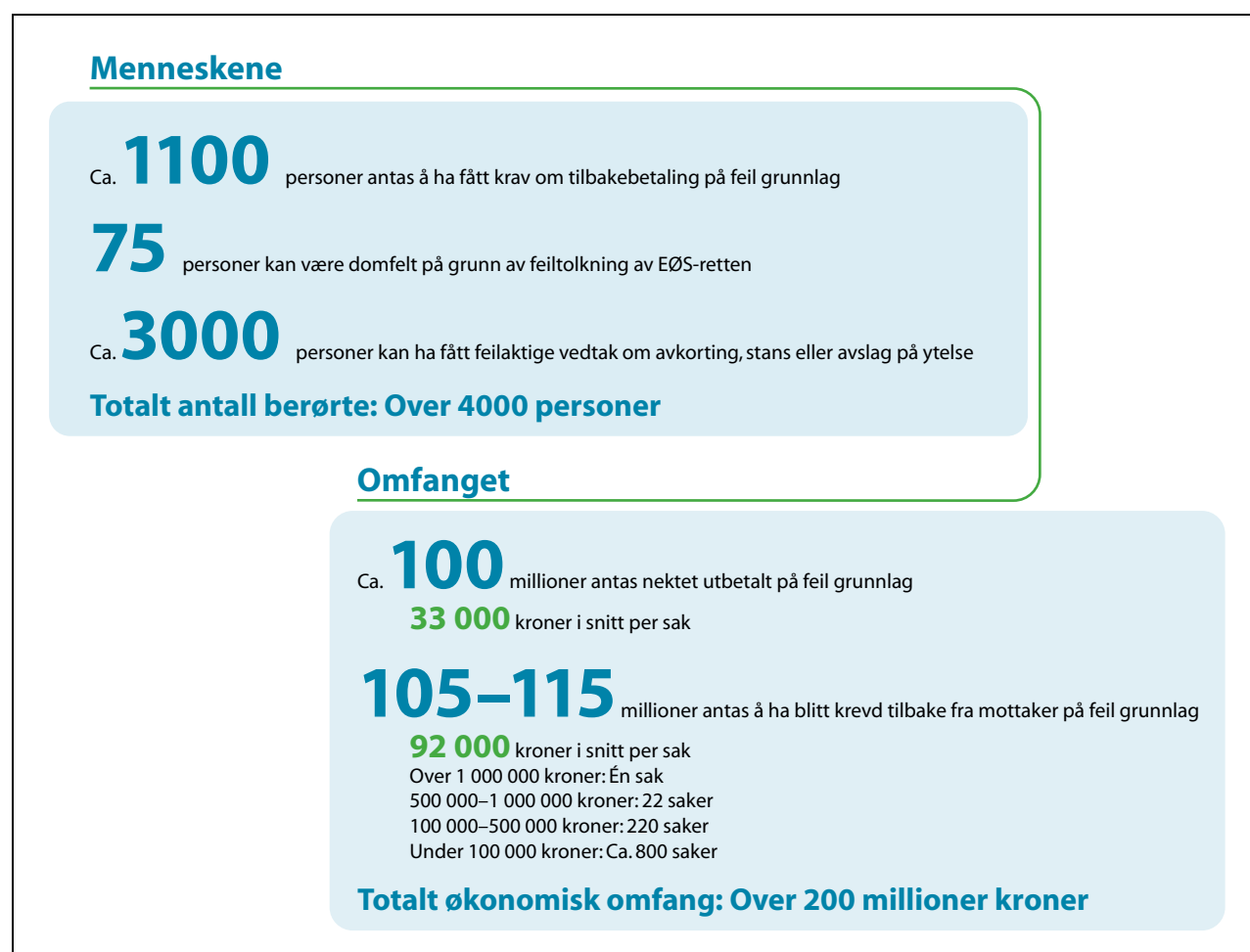
4.6 Økonomisk omfang

Når utvalget avgir denne utredningen, pågår fortsatt opprydningsarbeidet i Nav-systemet og det er igangsatt og varslet flere tiltak for å styrke Navs

arbeid med EØS-rett spesielt og juridiske problemstillinger generelt. Nav har siden høsten 2019 arbeidet med å kartlegge hvor mange personer som er berørt, og utbetale ytelser som er nektet på uriktig grunnlag.¹³

Nav anslår per juli 2020 at minst 1100 personer er rammet av urettmessig tilbakekreving av ytelser på grunn av feiltolkningen i perioden etter 1. juni 2012, da den nye trygdeforordningen trådte

¹³ Nav har oversendt estimerer på omfanget av saken. Tallene er ikke sikre, og bygger blant annet på den forutsetning at resultatene fra gjennomgatte saker er overførbare til gjenstående saker.



Figur 4.2 Anslag fra Nav.

Grunnlaget for disse beregningene er at Nav per 1. juli 2020 har vurdert 14409 tilbakekrevingssaker. Av disse har 843 personer fått sine vedtak helt (604) eller delvis (239) omgjort. Nav antar at ytterligere omtrent 200 personer vil få omgjort sine vedtak. Navs foreløpige analyse tyder på at disse sakene i gjennomsnitt gjelder høyere beløp, slik at totale krav i disse sakene kan ligge mellom 30 og 40 millioner kroner. Sakene til personer som også er domfelt for trygdebedrageri er inkludert i antallet tilbakekrevingssaker. Saker vedrørende 16951 personer om avkorting, stans og avslag er vurdert. 877 personer har fått vedtak helt (783) eller delvis (94) omgjort. Nav anslo i slutten av juni 2020 at ytterligere ca. 2100 personer kan få omgjort sine vedtak.

For sakene om avkorting, stans og avslag er Navs anslag basert på at resultatene av saksbehandlingen hittil er overførbare til gjenstående saker. Nav har hittil saksbehandlet saker om avkorting. Det er sannsynlig at saker med stans og avslag kan inneholde større beløp. Det er heller ikke usannsynlig at en annen kategori saker (stans og avslag) har annen omgjøringsandel. Nav har foreløpig bare vurdert dommer i saker etter 2012. Seksten av dommene gjelder bare reiser før 1. juni 2012, da den nye trygdeforordningen trådte i kraft.

i kraft. For perioden før 2012 er tallene mer usikre.¹⁴

I gjennomsnitt er det krevd tilbake 92.000 kroner fra hver person i de sakene som er ferdig behandlet. I mange av sakene har kravene vært betydelig høyere: En sak gjelder over en million kroner, 22 saker over 500.000, og 220 saker gjelder beløp mellom 100.000 og 500.000 kroner.¹⁵ Nav har per juni 2020 utbetalt rundt 34 millioner kroner som ikke skulle vært krevd tilbake, og slettet 55 millioner i gjeld. Behandlingen av sakene pågår fortsatt sommeren 2020, og Nav anslår at det økonomiske omfanget av saker med feilaktig tilbakekreving totalt er mellom 105 og 115 millioner kroner.

I tillegg har Nav i mange saker stanset, avkortet eller avslått ytelser. Per juli 2020 anslo Nav at rundt 3000 personer hadde fått urettmessige vedtak om stans, avkortning eller avslag. Nav antar at det totale økonomiske omfanget av disse sakene vil være i størrelsesordenen 90 til 100 millioner kroner.

Totalt antar Nav at over 4000 personer er berørt av feilen. Til sammen anslås det at disse har blitt nektet ytelser for rundt 200 millioner kroner på uriktig grunnlag.

4.7 Utvalgets møter med berørte enkeltpersoner

4.7.1 Om møtene

Utvalget møtte i mars 2020 fire enkeltpersoner som er berørt av saken på ulike måter. To av dem ble så sent som andre halvår 2019 dømt for trygdebedrageri, etter å ha vært utenlands i EØS-området mens de mottok arbeidsavklaringspenger. Begge fikk fengselsstraffer, som av ulike årsaker ble gjort betinget. Dommene ble avsagt over et halvt år etter at Nav hadde kommet til at tidligere praksis var feil.¹⁶ De to andre fikk også svært høye tilbakebetalingskrav fra Nav på grunn av flere opphold i utlandet, men ble ikke anmeldt: Den ene vant frem i Trygderetten, mens den

andres sak fortsatt lå til behandling i Nav Klageinstans da klageinstansen stanset behandlingen av disse sakene sent i 2018. De to personene som kun fikk tilbakebetalingskrav, ble også varslet om mulig straffefølgning grunnet omfanget av kravene, som var på flere hundre tusen kroner.¹⁷

Alle de fire personene hadde hatt en rekke opphold i andre EØS-land mens de mottok arbeidsavklaringspenger. Det er ikke sett spor av at det er gjort EØS-rettslige vurderinger i sakene. Sakene fremstår som ganske typiske eksempler på de sakene der regelverket er praktisert feil. Forholdet til EØS-retten er tilsynelatende ikke vurdert.¹⁸

Møtene med enkeltpersoner ble gjennomført for å gi utvalget bedre innsikt i de berørtes perspektiv. Alle som delte sin historie med utvalget samtykket til at utvalget refererer fra deres opplevelser i utredningen. Utvalget presiserer at disse personene nødvendigvis ikke utgjør et representativt utvalg av de som gjennom årene er omfattet av feilpraktiseringen.¹⁹ Samtalene har like fullt gitt utvalget innsikt i hvordan enkeltmennesker har opplevd forvaltningens, Trygderettens og domstolenes praksis i disse sakene. Dette har vært nyttig for utvalgets arbeid. Fremstillingen her bygger på det utvalget fikk fortalt i samtalene med disse personene; utvalget behandler ikke enkeltsaker, og har heller ikke forutsetninger for å etterprøve faktum i sakene. I det følgende redegjøres kort for noen hovedpunkter utvalget særlig merket seg gjennom samtalene.

¹⁷ Forholdet mellom prosesser i Nav Klageinstans og Trygderetten, og Nav Kontrollers arbeid med mulige straffesaker, behandles i kapittel 8.

¹⁸ Utvalget har ikke vurdert verken disse eller andre enkeltsaker nærmere, men har hatt tilgang til en del av dokumentene i sakene for en overordnet gjennomgang. Det bemerkes at det kan være gjort vurderinger, uten at disse er dokumentert eller inngår i det materialet utvalget har hatt tilgang til. Se også kapittel 11 om de sakene Trygderetten har hatt til behandling, og kapittel 12 om påtalemyndighetens og domstolenes behandling.

¹⁹ Regjeringen opprettet i desember 2019 en særskilt retts-hjelpsordning for personer som hadde fått vedtak om stans, avslag eller tilbakebetaling av arbeidsavklaringspenger, sykepenger eller pleiepenger på grunn av midlertidige opphold i andre EØS-land etter 1. juni 2012, da den nye trygdeforordningen trådte i kraft. Tiltaket innebærer at personer som ikke får full omgjøring til gunst i Navs gjennomgang av sakene, kan få advokatbistand. Det er oppnevnt koordinerende advokater som skal sikre lik behandling av sakene, og disse formidlet en invitasjon fra utvalget til å spille inn personer som kunne bidra til å belyse ulike sider av sakskomplekset. Utvalget kontaktet også selv advokater som hadde bistått aktuelle personer i Trygderetten eller i de alminnelige domstoler. To av personene tok utvalget direkte kontakt med. Disse to hadde tidligere stått frem i mediene.

¹⁴ Nav har prioritert gjennomgangen av saker som er omfattet av den nye trygdeforordningen, og kan per juli 2020 ikke gi konkrete anslag på omfanget av feil før dette. Omfanget før 1. juni 2012 vil også avhenge av hvilke persongrupper som hadde EØS-rettslig vern før dette tidspunktet. I utvalget er det en dissens på dette punktet, som fremgår av delutredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*. Se også kapittel 5 og 6.

¹⁵ Beløpets størrelse vil blant annet ha hatt betydning i en eventuell straffesak der det er anmeldt for trygdebedrageri. Dette behandles i kapittel 12.

¹⁶ Se nærmere ovenfor i 4.5 og kapittel 15.

4.7.2 Enkeltpersonenes opplevelser av kontakten med Nav

En høy andel av sakene der Nav har krevd tilbake ytelse på grunn av utenlandsopphold, gjelder personer bosatt i Norge, som ikke har søkt om eller ikke fått samtykke til å fortsette å motta ytelse under opphold i utlandet.

Det ligger utenfor utvalgets mandat å ta stilling til enkeltsaker. Som ledd i undersøkelsene har det likevel vært nødvendig å gjennomgå store mengder rettspraksis fra de alminnelige domstoler og kjennelser fra Trygderetten, for å få et mer helhetlig bilde av Navs praksis. Slike avgjørelser gir en nøktern gjengivelse av partenes anførsler, men ofte et ufullstendig inntrykk av de konkrete årsakene til at brukeren har misligholdt plikter, som for eksempel et søknadskrav. Mange saker er avgjort i trygdemottakerens disfavør alene på grunnlag av at søknadsplikten ikke er overholdt.

Personene utvalget har møtt, fikk alle krav om tilbakebetaling etter at Nav på ulike måter «oppdaget» at de hadde oppholdt seg i utlandet i en rekke korte, og noen lengre, perioder uten forhåndsgodkjenning. Alle personene mener at kravet til å søke på forhånd i liten grad, eller på motstridende måter, ble kommunisert fra Navs side.

De fire personene utvalget møtte, hevdet alle at de ikke har lagt skjul på utenlandsopphold overfor Nav. Gjennomgående er at de opplevde ikke å få informasjon om at Nav anså oppholdene som søknadspiktige:

- En av personene tilbragte ofte helgene i et feriehus i utlandet. Han fortalte utvalget at han bare var der på fridager, det vil si dager det ikke var planlagt oppfølgingstiltak. Han sendte også ofte meldekort derfra. Vedkommende opplevde at det var avklart med det lokale Nav-kontoret at han kunne tilbringe helgene i ferieboligen sammen med ektefellen, som er ufør. Det ville, slik han så det, gi liten mening å sende meldekort derfra dersom han visste at det ville bli sett som et regelbrudd.
- En annen hadde på grunn av sykdom behov for å få informasjon muntlig, og oppfattet ikke søknadskravet for opphold i utlandet da vilkårene for mottak av arbeidsavklaringspenger ble forklart av Nav lokalt. Av tingrettens dom fremgår det at retten la til grunn at Navs informasjon antakelig ikke var tilstrekkelig klar. Personen ble på denne bakgrunn frifunnet for falsk forklaring, men dømt til betinget fengsel for trygdebedrageri.

- For én av de to som «bare» fikk krav om å betale tilbake ytelsen, var grunnlaget at Nav mente han hadde tilbragt lange perioder i utlandet. Årsaken var at han hadde kjørt raskeste vei mellom to steder i Norge, som delvis gikk via utlandet. Han hadde også i en periode, mens han utførte et arbeidsrettet tiltak langt unna bostedet, dagpendlet til og fra et familie-medlems fritidsbolig like over riksgrensen. Personens hjemsted lå også så nær grensen at nærmeste dagligvarebutikk lå i nabolandet, og teleoperatøren bekreftet at nærheten til grensen gjorde at mobiltelefoner ofte slo inn på basestasjoner på den andre siden, selv om mobiltelefonen, og eieren, befant seg i Norge.
- Den siste personen utvalget møtte, hadde drevet næringsvirksomhet i et naboland i flere år før vedkommende ble alvorlig syk. Etter hvert som det ble klart at helsetilstanden ville gjøre det umulig å fortsette næringsvirksomheten, ble det nødvendig med en del reising til dette landet for å sørge for avvikling av driften og selge en eiendom. Personen selv fortalte utvalget at vedkommende opplevde at det lokale Nav-kontoret utviste forståelse for situasjonen, frem til det kom vedtak om tilbakekreving og forholdet så ble anmeldt av Nav Kontroll.

Brukerne forteller om mengder med brev fra Nav med mye informasjon, i situasjoner der de hadde det svært vanskelig og var preget av psykisk eller fysisk sykdom. Selv om de var kjent med at de hadde plikt til å sette seg inn i informasjonen, peker flere av dem på at de opplevde informasjonsskrivene som utydelige, brevene som rent ut «uleselige», eller at informasjonen ble motsagt av muntlige eller skriftlige beskjeder fra ansvarlig saksbehandler i Nav lokalt.²⁰

En av personene beskrev for utvalget kommunikasjonen fra Nav som at lokalkontoret «jobbet for meg», utviste forståelse og signaliserte fleksibilitet. Da Nav Arbeid og ytelse, og senere Nav Kontroll, ble oppmerksomme på utenlandsoppholdene, begynte det vedkommende beskrev som «sinte» brev å komme: «Når de tar over, får du bare brev fra obskure kontorer rundt omkring i landet, og da er du plutselig en forbryter».²¹

²⁰ I kapittel 16 går utvalget nærmere inn på mer generelle rettssikkerhetsutfordringer knyttet til Navs kommunikasjon med mottakere av ytelse, som særlig gjør seg gjeldende der brukeren er alvorlig syk.

²¹ Enhetene i Nav Arbeid og ytelse, som fatter vedtak i slike saker, er plassert på ulike steder i landet, og brukerens bosted har ikke betydning for hvor saken behandles. Se nærmere om strukturen i kapittel 8.

4.7.3 Nav og påtalemyndighetens oppfølging av sakene

Alle personene utvalget møtte, opplevde at det tok svært lang tid å få avklaring etter at de først ble varslet om at Nav mente vilkårene for å motta arbeidsavklaringspenger var brutt fordi de hadde vært i utlandet.

Utvalget har ikke vurdert de respektive enkelt-sakene, men registrerer likevel at den gjennomgående lange tiden disse personene har opplevd å vente på endelig avgjørelse av sin sak, både er symptomatisk og har vært opplevd som en særlig belastning.²²

For begge de to personene som ble dømt for bedrageri, tok det godt over fire år fra de først ble varslet om at Nav vurderte anmeldelse, til saken kom opp i tingretten i andre halvdel av 2019. I begge dommene har tingretten fastslått at den lange saksbehandlingstiden representerer et brudd på Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6, som gir rett til rettfærdig rettergang innen rimelig tid.

Begge erkjente straffeskyld i retten. En av dem fortalte utvalget om gjentatte oppfordringer om å tilstå, både fra Nav og påtalemyndigheten, fordi det ville gi en mildere dom. Personen tilsto, og saken fikk forenklet behandling som tilståelsesdom. Denne personen fortalte utvalget om en opplevelse av at alle prøvde å «hjelp», ved å sørge for at straffen skulle bli mildest mulig. Da saken endelig kom opp, etter det personen selv beskriver som fire år i utrygghet, hadde personen «gitt opp», og ønsket bare å bli ferdig med saken, istedenfor å imøtegå påtalemyndighetens anførsler.

4.7.4 Omkostninger for den enkelte

Alle de fire personene utvalget snakket med har i dag fått avklart at de har vært rammet av feiltolkningen av EØS-reglene, og har fått omgjort vedtakene mot seg. Riksadvokaten har innstilt på at de to straffedommene gjenopptas.

Flere av personene utvalget møtte har allerede betalt tilbake høye beløp, noe som i en allerede presset økonomisk situasjon har vært krevende. En av de fire forteller at det kom et brev fra Nav etter at det ble kjent at vedkommende var rammet av feiltolkningen, og at dommen sto på listen over saker påtalemyndigheten ville be om gjenopptak av. I dette brevet, som kom etter at Nav per brev og telefon beklaget for feilpraktiseringen, rede-

gjorde etaten for at en del av tilbakebetalingskravet var frafalt som følge av at det bygget på feiltolkningen. Den delen av tilbakebetalingskravet som var knyttet til forhold før 1. juni 2012, ble likevel opprettholdt. Overfor utvalget beskrev vedkommende denne opplevelsen som nesten verre enn om saken aldri hadde blitt tatt tak i, og dommen og tilbakebetalingskravet hadde blitt stående.

For de fire personene var det i ulik grad utsikter til å komme tilbake til arbeid. To av dem beskriver likevel at de opplevde innkrevingssaken som så psykisk krevende at den i seg selv bidro til at restarbeidsevnen de i utgangspunktet hadde, forsvant.

4.7.5 Utvalgets inntrykk

Utvalgets overordnede inntrykk er at avstanden mellom førstelinjen, de saksbehandlerne som har direkte kontakt med brukeren, og de enhetene som fatter vedtak, oppleves stor. Det fremstår for utvalget som at det i høy grad sendes standardiserte brev med standardiserte vurderinger, og at trygdemottakeren opplever å bli lastet for systemfeil i den enkelte sak.

Det går igjen at brukerne har opplevd å få manglende, og også motstridende, informasjon fra ulike deler av Nav-systemet. De har opplevd å få lite veiledning om når det må søkes, hvilke utenlandsopphold som omfattes, og hvordan dette skal behandles. Samtidig har personene fortalt at de stolte på beskjeder de fikk i møter og dialog med saksbehandler, noe som «slo tilbake» på dem senere.

Et problem i denne sammenheng er at det kan virke som det har manglet dokumentasjon for hvilke råd trygdemottakeren har fått fra Nav-kontoret. Der slik dokumentasjon faktisk har foreligget, har den blitt tillagt mindre vekt dersom trygdemottakeren også har mottatt «standardinformasjon» fra Nav. Utvalget ser at enkeltpersonene selv har opplevd at saksbehandlere i førstelinjen, i et forsøk på å være «snille» eller utvise nødvendig smidighet i enkeltsaker, kan ha gitt beskjeder uten at konsekvensene for mottaker er overskuet. I et strengt regulert system, kan det være høy risiko forbundet med dette. Spørsmålet er da hvem som er nærmest til å bære en slik risiko i den enkelte sak.

I innstillingene om gjenopptak av flere straffesaker, peker påtalemyndigheten på at kravet om forhåndsgodkjenning for utenlandsopphold i saker som gjaldt arbeidsavklaringspenger, ikke hadde klar hjemmel i folketrygdloven før 1. januar

²² I kapittel 12 behandles påtalemyndighetens og domstolens behandling av denne typen saker.

2018. I mange av de aktuelle sakene, inkludert sakene til de personene utvalget har møtt, er flere av reisene foretatt før dette tidspunktet. Når et så sentralt krav som søknadskravet bare fremkommer i Navs egne retningslinjer, rundskriv og standardbrev, må Nav klart være nærmest til å sørge for at kommunikasjonen er forståelig og entydig. Utvalget anerkjenner behovet Nav har, som ledd i den masseforvaltningen som er deres ansvar, for å gi standardinformasjon om vilkår, som den enkelte trygdemottaker plikter å lese og etterleve. Like fullt fordrer dette at det er god samhandling mellom ulike deler av organisasjonen i Nav, slik at man sikrer at det ikke gis motstridende eller mangelfulle opplysninger, og at informasjonen er formulert slik at mottakeren kan forstå den.

Flere av personene forteller om at de har blitt oppfordret til å «tilstå» på ulike stadier av saken. Om de faktisk har fått slike oppfordringer eller ikke, har ikke utvalget grunnlag til å ta stilling til. Utvalget legger til grunn at personene selv har

opplevd et press om å tilstå, betale tilbake og eventuelt ta straffen sin, selv om de har ment å være uskyldige. Etter utvalgets syn er det svært uheldig om mennesker oppfordres til å erkjenne skyld på sviktende grunnlag, uten at saken er underlagt en forsvarlig strafferettslig vurdering.

Konsekvensene av at Nav stanser ytelsen, samtidig som det fremmes høye tilbakebetalingskrav, er altoverskyggende for enkeltmennesker. Ettersom ytelsen stanses og innkreving starter umiddelbart, blir mange satt i en svært vanskelig situasjon.

Utvalget registrerer at svært lang saksbehandlingstid, både hos Nav og påtalemyndigheten, for flere har vært en tilleggsbelastning. Selv om saksbehandlingstiden i slike saker ikke nødvendigvis avviker fra saksbehandlingstiden i andre forvaltningsorganer, vil utvalget påpeke at det vil være særlig krevende å vente lenge på avgjørelse i en sak når man samtidig er fratatt livsgrunnlaget, og i verste fall lever på minsteytelser. I slike tilfeller vil effektiv saksbehandling være særlig viktig.

Del II
Rettslige og organisatoriske utgangspunkter

Kapittel 5

Rettslige utgangspunkter for utvalgets undersøkelser

5.1 Innledning¹

5.1.1 Utgangspunkter

Sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger skal kompensere for manglende arbeidsinntekt som følger av sykdom eller skade. Alle ytelsene er midlertidige – trygdemottakeren skal (hjelpes) tilbake til arbeidslivet. Ved alle ytelsene er det et vilkår, i tillegg til medlemskap i folketrygden, at vedkommende oppholder seg i Norge, jf. folketrygdloven §§ 8-9, 9-4 og 11-3. Det kan gjøres unntak fra oppholdskravet, slik at trygdemottaker etter søknad kan få ytelse «i en begrenset periode under opphold i utlandet», jf. folketrygdloven § 8-9 tredje ledd. I § 9-4 er «begrenset periode» definert som «inntil åtte uker i løpet av en 12 måneders periode», og i § 11-3 tredje ledd «inntil fire uker per kalenderår».²

Reglene om de fire friheter, slik de følger av EØS-avtalens hoveddel, forbyr som et utgangspunkt restriksjoner på fri bevegelighet for arbeidskraft, selvstendig næringsdrivende og tjenester, i tillegg til varer og kapital. Utsikten til å miste oppjente trygderettigheter dersom man flytter fra ett land til et annet, og usikkerhet om man vil være omfattet av trygdesystemet i det land man flytter til, kan gjøre det mindre attraktivt å arbeide i andre land. Det er derfor hjemmel i TEUF³ artikkel 48 for å koordinere medlemsstatenes regler om trygd, og på denne måten fremme fri bevegelighet for arbeidskraft. Lovgivningsinstrumentet som er brukt er forordning. I EU kjennetegnes forordningene ved at de gjelder umiddelbart i medlemslandene, det vil si uten nasjonal gjennomføring.

¹ Utvalgsmedlemmene Floistad og Midthjell deler ikke det synet som fremstilles i dette kapitlet, og redegjør for sitt syn i kapittel 6.

² Søknadskravet og begrensningen til fire uker per kalenderår gjelder fra 1. januar 2018. Før dette fremgikk verken søknadsplikt eller tidsbegrensning av loven selv, men av Navs praksis. Lovendringen var ment som en kodifisering av praksis, jf. Prop. 74 L (2016–2017) s. 36

³ TEUF er forkortelsen for Traktat om den Europæiske Unions funktionsmåte (dansk språkversjon).

Hjemmelen i TEUF artikkel 48 er benyttet til å gi forordning 883/2004 om koordinering av medlemsstatenes nasjonale trygdeordninger. Denne forordningen ble vedtatt innlemmet i EØS-avtalen 1. juli 2011,⁴ og gjennomført i norsk rett som forskrift med virkning fra 1. juni 2012.⁵ Et viktig prinsipp i forordningen er at man ikke skal miste trygdeytelser man har krav på ved å bosette seg i en annen EØS-stat. Dette kalles gjerne eksportabilitetsprinsippet, og er forankret i forordningens artikkel 7. Det følger av artikkel 21 i forordningen at der et medlem av trygden bor eller oppholder seg i et annet land enn det hvis trygdeordning vedkommende er medlem av, har vedkommende likevel rett til «kontantytelser» fra denne trygdeordningen «i samsvar med lovgivningen den anvender». Overført til norske forhold, innebærer dette at et medlem i folketrygden som bor eller oppholder seg i et annet land enn Norge, har rett til kontantytelser fra Nav i den grad folketrygdloven gir vedkommende rett til ytelsene.

En regel som medfører at et medlem av trygden mister retten til sykepenger, arbeidsavklaringspenger eller pleiepenger når medlemmet ikke oppholder seg i Norge, kan gjøre det mindre interessant å arbeide i Norge, enten man vurderer å flytte fra et annet EØS-land til Norge for å arbeide her, eller man ønsker å forbli boende i det EØS-landet man bor i, men arbeide i Norge. En slik regel vil også gjøre det mindre attraktivt å reise fra Norge til andre EØS-land for kortere tid, for eksempel på behandlingsopphold. Det kan dermed spørres om et krav om opphold i Norge er en restriksjon på den retten til fri bevegelighet for personer som EØS-avtalens hoveddel gir grunnlag for. Hvis dette besvares bekreftende, kan det spørres om kravet er en restriksjon EØS-retten tillater. Dette beror igjen på begrunnelsen for kravet.

⁴ Forordning 883/2004 avløste forordning 1408/71.

⁵ Forskrift 22. juni 2012 nr. 585 om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen (trygdeforordningsforskriften). Forskriften avløste forskrift 30. juni 2006 nr. 731 om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen.

Sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger er alle «kontantytelser under sykdom» slik dette er definert i forordning 883/2004, og dermed regulert av forordningen. Oppholdskravet reiser derfor spørsmålet om retten etter forordningen artikkel 21 til å få kontantytelser når man oppholder seg i et annet land enn det hvis trygdeordning man er medlem av, «i samsvar med lovgivningen den anvender», kan «nulles» gjennom oppholds krav. Også her vil begrunnelsen for oppholds kravet ha betydning.

I punkt 5.2 behandles begrunnelsen for oppholds kravene nærmere. I avsnittet deretter holdes dette opp mot forordning 883/2004, og så mot EØS-rettens generelle regler om fri bevegelighet.

5.1.2 Forholdet til tjenestereglene

Da utvalget avga sin delutredning 4. mars 2020, kunne utvalgets flertall

«ikke på det nåværende tidspunkt konkludere med at reglene om fri bevegelse av for tjenester kommer til anvendelse i de sakene som eventuelt ikke omfattes av reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft og reglene om retten til fri etablering, for tiden før 1. juni 2012.»

Utvalgsleder Arnesen og Strandbakken fant imidlertid at reglene om fri bevegelighet for tjenester var anvendelige i disse situasjonene.⁶ Den 2. april 2020 avsa EU-domstolen dom i sak C-897/19 PPU, straffesak mot I.N. Denne avgjørelsen har gitt medlemmene Jendal og Wærnes grunnlag for å ta stilling til spørsmålet om tjenestereglene kommer til anvendelse der trygdemottaker oppholder seg i en annen EØS-stat uten å være økonomisk aktiv der. Disse medlemmene slutter seg nå til utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken, slik at utvalgets flertall, utvalgsleder Arnesen og medlemmene Jendal, Strandbakken og Wærnes, ser det slik at tjenestereglene gir et vern til personer som ikke omfattes av reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft eller etablering. Betydningen av dette behandles nedenfor i punkt 5.4.3.

⁶ Se delutredningen *Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området* punkt 1.2.4 og kapittel 5.

5.2 Begrunnelser for kravet om opphold

5.2.1 Sykepenger

Reglene om syketrygd, som inntil da hadde vært å finne i egen lov, ble i 1970 inkorporert i folketrygdloven av 1966. Reglene er videreført i gjeldende folketrygdlov. I hele perioden har det vært et krav om opphold i Norge for rett til sykepenger. Kravet om opphold begrunnes med «kontrollmessige problemer»,⁷ og det har vært både lovbestemte unntak og adgang til å dispensere fra kravet. I dag kommer unntakene til uttrykk i folketrygdloven § 8-9 annet og tredje ledd.

Unntaket i folketrygdloven § 8-9 annet ledd gjelder personer som er pliktige medlemmer i trygden selv om de er bosatt eller oppholder seg utenfor Norge, og personer som oppholder seg utenfor Norge og er frivillige medlemmer i trygden. Unntaket drøftes ikke her.⁸ Folketrygdloven § 8-9 tredje ledd bestemmer at et medlem etter søknad kan få sykepenger under en begrenset periode i utlandet dersom medlemmet godtgjør at utenlandsoppholdet ikke vil forverre helsetilstanden, forlenge arbeidsuførheten eller hindre Arbeids- og velferdsetatens kontroll og oppfølging.⁹ Det redegjøres ikke spesielt for hensynene oppholds kravet skal ivareta, men i rundskriv R08-00 heter det at

«[b]egrunnelsen for bestemmelsen er hovedsakelig at det ikke er mulig å føre den nødvendige kontroll med hensyn til sykdommens karakter, utvikling, varighet og innvirkning på arbeidsevnen, når et medlem oppholder seg i utlandet. *Et utenlandsopphold vil videre kunne være til hinder for oppfølgingen av den sykmeldte med henblikk på å få vedkommende tilbake i arbeid.*»¹⁰

5.2.2 Pleiepenger

Reglene om støtte ved barns alvorlige sykdom kom inn i folketrygdloven av 1966 i 1985. Reglene er blitt endret en rekke ganger, men det har hele tiden

⁷ Ot.prp. nr. 68 (1976–77) s. 68.

⁸ Se folketrygdloven §§ 2-5, 2-6 og 2-8. Det ligger utenfor utvalgets mandat å drøfte spørsmålet om bruken av norsk statsborgerskap som kriterium i § 2-5 og begrensningen i § 2-6 av retten til trygdedekning for utenlandske statsborgere til dekning ved yrkesskade og dødsfall er i samsvar med EØS-retten.

⁹ Utvalget kommer nærmere tilbake til EØS-retten betydning for bruken av denne dispensasjonsadgangen i avsnitt 5.3 flg. nedenfor.

¹⁰ R08-00, til folketrygdloven § 8-9 første ledd. Uthevelse i originalen.

vært et krav om opphold i Norge. Ved lovendring i 2017 ble folketrygdloven § 9-4 tilføyd et nytt annet punktum. Det fremgår nå av bestemmelsen at oppholdskravet i folketrygdloven § 8-9 gjelder tilsvarende, og at «[m]ed begrenset periode i § 8-9 tredje ledd menes i dette kapitlet inntil åtte uker i en tolv måneders periode». Det fremgår av forarbeidene at Arbeids- og velferdsdirektoratet hadde innvendinger til en tilsvarende formulering av oppholdskravet som ved sykepenger, fordi det

«ikke legges opp til oppfølgingspunkter fra Arbeids- og velferdsetaten i pleiepengesaker og at utbetaling under utenlandsopphold vanskelig kan avslås med bakgrunn i at det hindrer oppfølging fra etaten [...] Regelen om utenlandsopphold må derfor presiseres dersom det er ønskelig å legge begrensninger for de som mottar pleiepenger.»¹¹

Departementet foreslo likevel å videreføre kravet om opphold i Norge for rett til pleiepenger, fordi «det er viktig å hindre at pleiepenger utbetales til utlandet over lengre perioder», og det ble lagt særlig vekt på kontrollhensynet.¹²

5.2.3 Arbeidsavklaringspenger

Ytelsen arbeidsavklaringspenger ble introdusert i 2010, og erstattet de tre ytelsene rehabiliteringspenger, attføringspenger og tidsbegrenset uførestønad. Rett til ytelse under medisinsk rehabilitering var etter folketrygdloven av 1966 § 5A-1 bokstav a) betinget av opphold i Norge, mens rett til attføringspenger, med enkelte unntak, var betinget av opphold i Norge etter § 5B-3 første ledd. Med vedtakelsen av folketrygdloven av 1997 ble reglene om rehabilitering og attføring plassert i henholdsvis kapittel 10 og 11. Tidsbegrenset uførestønad ble gitt etter reglene i folketrygdloven kapittel 12, og her var det ikke noe krav om opphold i riket.

Kravet om opphold i Norge for rett til arbeidsavklaringspenger fremgår av folketrygdloven § 11-3. Oppholdskravet er ikke nærmere begrunnet i forarbeidene, det konstateres bare at det er i samsvar med gjeldende rett. Forarbeidene til forløperne til dagens regler gir heller ikke videre veiledning om den konkrete begrunnelsen for kravet. I R11-00 heter det imidlertid at

¹¹ Prop. 48 L (2016–2017) s. 14.

¹² Prop. 48 L (2016–2017) s. 15. Her nevner for øvrig departementet «at det gjelder særlige regler for EØS-området etter som EØS-avtalen har egne regler om eksport av ytelse uavhengig av bestemmelsene i folketrygdloven». I R09-00 vises det uttrykkelig til forordning 883/2004 artikkel 21.

«[b]akgrunnen for denne bestemmelsen er behovet for å kunne følge opp medlemmet med tanke på riktig ytelse og arbeidsrettet aktivitet, og til enhver tid vite om vilkårene for rett til ytelsen er oppfylt.»¹³

Det heter videre:

«Bestemmelsen om opphold i Norge må ses i sammenheng med formålet med arbeidsavklaringspenger, se § 11-1. Hovedmålet med arbeidsavklaringspenger er at medlemmet skal gjennomføre et aktivt, arbeidsrettet løp og komme i arbeid ved hjelp av oppfølging fra NAV. Dette forutsetter at medlemmet er tilgjengelig for oppfølging. Oppfølging fra NAV tilsier også at aktuelle tiltak i hovedsak må foregå i Norge.»¹⁴

5.2.4 Særlig om behandlingen av forholdet til EØS-avtalen i forarbeidene til reglene om sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger

Oppholdskravene etter folketrygdloven av 1966 for rett til kontantytelser under sykdom ble, etter det utvalget har kunnet bringe på det rene, verken vurdert mot forordning 1408/71 eller mot de alminnelige reglene om fri bevegelighet som følger av EØS-avtalens hoveddel i forbindelse med ikrafttreddelsen av EØS-avtalen.¹⁵ I den grad forholdet til EØS-retten ble vurdert, synes det ikke som alle implikasjonene av disse reglene ble identifisert. I Ot.prp. nr. 99 (1991–92) heter det således at

«EØS-avtalen vil øke behovet for en fornuftig tilpasning i forhold til utenlandssakene. Selve avtalen stiller ikke krav til innholdet av norsk lovgivning, men innfører et nytt regelsett for koordinering av landenes trygdesystemer.»¹⁶

¹³ Rundskriv R11-00 til folketrygdloven kap. 11 – Arbeidsavklaringspenger, til § 3-11.

¹⁴ Rundskriv R11-00 til folketrygdloven kap. 11 – Arbeidsavklaringspenger, til § 3-11.

¹⁵ Se St.prp. nr. 100 (1991–92) avsnitt 6.4.

¹⁶ Ot.prp. nr. 99 (1991–92) Om lov om endringer i lov 17 juni 1966 nr 12 om folketrygd (Tryggedekning, pensjonsopptjening og pensjonsberegning for personer med utenlandsopphold i yrkesaktiv alder) s. 3. Det fremgår av kapitlet her at dette ikke var en korrekt beskrivelse av rettstilstanden. Regler om fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel innebærer at trygdevilkår kan være restriksjoner for fri bevegelighet, og dermed i strid med «selve avtalen» med mindre de er nødvendige for å ivareta hensyn EØS-retten anerkjenner.

I forarbeidene til gjeldende folketrygdlov er det ikke spor av at forholdet mellom EØS-avtalens alminnelige regler om fri bevegelighet eller forordning 1408/71 og folketrygdlovens krav om opphold i Norge for rett til kontantytelser under sykdom er vurdert.

Folketrygdloven ble vedtatt i 1997. EØS-avtalen ble undertegnet i 1992, trådte i kraft for Norge 1. januar 1994, og hoveddelen har fra samme tidspunkt vært norsk lov. Forarbeidene til trygdloven er NOU 1990: 20 Forenklet folketrygdlov, Ot.prp. nr. 29 (1995–96) Om ny lov om folketrygd (folketrygdloven), og Ot.prp. nr. 8 (1996–97) Om endringer i folketrygdloven og enkelte andre lover, Innst.O. nr. 46 (1996–1997) Innstilling fra sosialkomiteen om ny lov om folketrygd (folketrygdloven) m.v. Bortsett fra at forholdet til EØS-avtalen så vidt er nevnt i Ot.prp. nr. 29 (1995–96) i merknadene til § 2-2, om medlemskap, behandler ingen av disse dokumentene forholdet til de forpliktelser som følger av EØS-avtalen. Det er ikke overraskende at det ikke finnes slike spor i NOU 1990: 20, men det fremstår mer betenkelig at dette forholdet heller ikke er berørt i de senere forarbeidene, ikke minst fordi blant annet oppholdskrav reiser umiddelbare spørsmål i forhold til de alminnelige reglene om fri bevegelighet.

Ytelsen arbeidsavklaringspenger ble innført ved lovendring i 2010. I forarbeidene til § 11-3 om opphold i Norge heter det:

«Hovedmålet med arbeidsavklaringspenger er å få folk inn i aktive, arbeidsrettede løp og over i arbeid gjennom relevant oppfølging fra Arbeids- og velferdsetaten. Mottakerne skal dessuten i større grad enn i dag tilbys oppfølging i perioder der det ikke er aktuelt med medisinsk behandling eller arbeidsrettede tiltak. Bestemmelsen skal regulere forholdet til utenlandsopphold generelt. Departementet legger til grunn at arbeidsavklaringspenger vil bli ansett som en kontantytelse under sykdom i henhold til EØS-forordning 1408/71. Departementet understreker at dersom det er motstrid mellom § 11-3 og forordningen, vil EØS-reglene gå foran.»¹⁷

Forholdet mellom EØS-retten og kravet om opphold i Norge for rett til sykepenger omtales indirekte i forarbeidene til endringene av folketrygdloven § 9-4 om pleiepenger i 2017. I høringsrunden gjorde Arbeids- og velferdsdirektoratet som nevnt gjeldende at det fordi det ikke gjelder samme krav til aktivitet og oppfølging som der det gis sykepenger, er vanskeligere å avslå en søknad om utenlandsopphold. I tilknytning til dette peker departementet på at EØS-avtalen har egne regler om eksport av ytelse, men redegjør ikke nærmere for hva disse går ut på.¹⁸

I 2018 endres folketrygdloven § 11-3 slik at det kreves forutgående søknad for utenlandsopphold med arbeidsavklaringspenger, og total tid utenlands per år begrenses til fire uker.¹⁹ Forholdet til EØS-retten drøftes ikke.²⁰

5.3 EØS-rettens betydning for praktiseringen av kravet om opphold i Norge

5.3.1 Innledning

Syke- pleie- og arbeidsavklaringspenger er alle ytelse som er utløst av sykdom. Både gjeldende og tidligere trygdeforordning har egne kapitler om det som der er kalt «ytelse under sykdom» gitt i henhold til «trygdeordninger», og syke- pleie- og arbeidsavklaringspenger kvalifiserer som dette.²¹ Det er et gjennomgående trekk at forholdet til EØS-retten ikke diskuteres i forarbeidene til bestemmelsene om oppholdskrav, selv om det påpekes flere steder at trygdekoordineringsreglene kan medføre en rett til ytelsene også under opphold i andre EØS-land. I tillegg fremgår dette av rundskrivene til bestemmelsene. Heller ikke i rundskrivene finner man imidlertid noen egentlig analyse av EØS-rettens betydning for praktiseringen av kravene om opphold i Norge for rett til kontantytelser under sykdom.

Utvalget avga 4. mars 2020 delutredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*. Her behandler utvalget EØS-rettslige spørsmål oppholdskrav reiser. Delutredningen følger som vedlegg til denne utredningen, og siktemålet i det følgende er å redegjøre for hovedtrekkene i utvalgets drøftelser og konklusjoner. For de nærmere analysene vises det til delutredningen.

Det er i hovedsak tre sett EØS-rettslige regler som har betydning for praktiseringen av et krav om opphold i Norge for rett til kontantytelser under sykdom: Et første sett utgjøres av regler som følger av EØS-avtalens hoveddel, nærmere bestemt regler om fri bevegelighet for personer. Disse har vært gjeldende siden EØS-avtalen trådte i kraft, det vil si siden 1. januar 1994. Et neste sett utgjøres av forordning 1408/71, med tilhørende gjennomføringsforordning. Disse inn-

¹⁸ Se Prop. 48 L (2016–2017) s. 14 og 15. Se også over i punkt 5.2.2.

¹⁹ Jf. lov 16. juni 2017 nr. 43 om endringer i folketrygdloven mv. (arbeidsavklaringspenger og tilleggsstønader til arbeidsrettede tiltak mv).

²⁰ Se Prop. 74 L (2016–2017).

²¹ Se nærmere utvalgets delutredning, *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*, pkt. 2.

¹⁷ Ot.prp. nr. 4 (2008–2009) pkt. 4.4.2.4.

gikk i EØS-avtalen da den ble undertegnet, og var gjeldende fra 1. januar 1994 til de ble avløst av det tredje settet regler; forordning 883/2004 med tilhørende gjennomføringsforordning, i kraft fra 1. juni 2012.

Både EU- og EFTA-domstolen har gjentatte ganger understreket at det

«følger av fast rettspraksis at forordningen samordner hvilken nasjonal rett som kommer til anvendelse, ikke at den harmoniserer EØS-statenes trygdelovgivninginger [...]. Forordningen begrenser ikke EØS-statenes myndighet til å organisere sine trygdeordninger. I mangel av harmonisering på EØS-nivå kan den enkelte EØS-stat fastsette vilkårene for rett til trygdeytelser i nasjonal lovgivning. Når EØS-statene utøver denne myndighet, må de likevel overholde EØS-retten, særlig friheten til å yte tjenester og retten til fri bevegelighet for arbeidstakere.»²²

I det følgende vil derfor utvalget først redegjøre for hvilken betydning forordningene har for praktiseringen av folketrygdlovens krav om opphold i Norge for rett til kontantytelser. Betydningen av regler om fri bevegelighet slik de følger av EØS-avtalens hoveddel, behandles i punkt 5.4.

5.3.2 Frem til 1. juni 2012, forordning 1408/71

Forordning 1408/71 artikkel 19 og 22 regulerer en rekke situasjoner hvor et medlem av trygden har bosted eller oppholder seg i en annen stat enn trygdestaten, det vil si den stat hvis trygdeordning vedkommende er medlem av. I det følgende blir Norge brukt som trygdestat.

Artikkel 19 regulerer situasjonen der en arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende er bosatt i en annen stat enn Norge. Det følger av bestemmelsen at trygdemottakeren i slike tilfeller skal motta kontantytelser i samsvar med folketrygdlovens regler. Det innebærer at kravet om opphold i Norge ikke kan gjøres gjeldende overfor vedkommende i slike tilfeller.

Artikkel 22 regulerer blant annet situasjonen der medlemmet er i et annet EØS-land enn Norge og samtidig har krav på naturalytelser, som helsehjelp, der. I disse tilfellene vil vedkommende ha krav på kontantytelser fra Norge, i samsvar med norsk rett. Det følger av folketrygdloven § 8-9 annet ledd bokstav b) at vedkommende har rett til sykepenger i denne situasjonen. Kontantytelser

under sykdom ved andre former for kortvarige opphold i andre EØS-stater reguleres ikke av forordningen.

5.3.3 Etter 1. juni 2012, forordning 883/2004

Forordning 883/2004 har et videre personelt virkeområde enn forordning 1408/71, som følge av at den ikke er begrenset til å gjelde arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende. Artikkel 7 bestemmer at alle krav som innebærer at medlemmet eller medlemmets familie må være *bosatt* i trygdestaten for å ha rett til fulle ytelser skal oppheves. Bestemmelsen forbyr dermed regler som innebærer at kontantytelser endres, reduseres eller bortfaller når medlemmet *flytter* innad i EØS-området. Bestemmelsen gjelder etter sin egen ordlyd de situasjonene der medlemmet er bosatt eller bosetter seg i en annen stat enn trygdestaten. Bestemmelsen kommer dermed ikke til anvendelse der medlemmet oppholder seg utenfor Norge uten å ha flyttet.²³

Artikkel 21 nr. 1 bestemmer at der et medlem bor eller oppholder seg i en annen stat enn Norge, skal vedkommende «ha rett til» kontantytelser «i samsvar med lovgivningen» i Norge. I norsk språkversjon lyder bestemmelsen slik:

Artikkel 21 *Kontantytelser*

Et medlem i trygdeordningen og medlemmer av hans/hennes familie som bor eller oppholder seg i en annen medlemsstat enn den kompetente medlemsstat, skal ha rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon i samsvar med lovgivningen den anvender.²⁴

Bestemmelsen er plassert i forordningens avdeling III, Særlige bestemmelser om de ulike typer ytelser, som er kapitlet om ytelser under sykdom. Bestemmelsen innebærer at et medlem av folketrygden som «bor eller oppholder seg» i en annen EØS-stat enn Norge skal rette krav om kontantytelser mot Nav, og at Nav skal utbetale ytelsene i samsvar med folketrygdlovens regler. Bestemmelsen reiser særlig to tolknings spørsmål. Det ene spørsmålet er knyttet til uttrykket «bor eller oppholder seg», og det andre til uttryk-

²³ Bekkedal (2020) s. 191–212, på s. 198 flg., kan leses slik at han åpner for at artikkel 7 også omfatter de tilfellene der trygdemottaker oppholder seg, men ikke bor, utenfor trygdestaten.

²⁴ Publisert i EØS-tillegget til EU-tidende nr. 76/2015 s. 40 flg. Det følger av EØS-avtalen artikkel 129 at den norske versjonen publisert i EØS-tillegget til EU-tidende har «samme gyldighet» som versjoner på de øvrige EØS-landenes språk.

²² EFTA-domstolen i sak E-3/12 *Jonsson*, avsnitt 55.

ket «skal ha rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon i samsvar med lovgivningen den anvender».

Tolkningen av «bor eller oppholder seg» må skje i samsvar med EØS-rettslig metode.²⁵ Dette innebærer at begrepene slik de er brukt i forordningen kan ha et annet innhold enn de har når de forstås innenfor rammene av norsk rett alene.

Forordning 883/2004 artikkel 1 bokstav j) definerer bosted som «stedet der en person til vanlig er bosatt». Det følger av EU-domstolens praksis, kodifisert i gjennomføringsforordningen knyttet til forordning 883/2004 artikkel 11, at en person er «bosatt» der vedkommende har «hovedtyngden av sin virksomhet».²⁶ Med EU-domstolens ord, beror fastleggelsen av bostedet på

«en faktuel vurdering, og bedømmelsen heraf foretages på grundlag af det sted, hvor centret for dennes livsinteresser befinder sig».²⁷

Forordning 883/2004 artikkel 1 bokstav k) definerer «opphold» som «midlertidig bosted». Dette kan indikere at det ligger et kvalifiserende element i hva forordningen regner som opphold, fordi det kan fremstå som anstrengt å se det slik at en person på et par dagers opphold i et annet land, har midlertidig bosted der. Dette vil i så fall innebære at det er former for tilstedeværelse i et annet land som verken er bosettelse eller «opphold». Tar man i betraktning de øvrige språkversjonene av bestemmelsen, og også hvordan begrepsparet «bosted» og «opphold» er benyttet ellers i forordning 883/2004, blir det imidlertid klart at begrepsparet samlet omfatter alle former for tilstedeværelse i et annet land. Begrepet «opphold» omfatter derfor også den helt kortvarige tilstedeværelse.²⁸

Det følger av artikkel 21 at et medlem i trygden «skal ha rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon i samsvar med lovgivningen den anvender». Bestemmelsen regulerer hvilken institusjon som skal utrede en kontantytelse, og hvilken lovgivning institusjonen skal anvende i denne forbindelse. Spørsmålet her er om bestemmelsen også er

til hinder for at det knyttes vilkår til kontantytelser som begrenser muligheten til å motta dem der man befinner seg i et annet land enn trygdestaten.

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

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

5.4 EØS-avtalens forbud mot restriksjoner på den frie bevegelse for personer

5.4.1 Restriksjonsbegrepet

Reglene om fri bevegelse i EU- og EØS-retten forbyr som et utgangspunkt restriksjoner på den frie bevegelse. EFTA-domstolens uttalelse i *Holship*, som senere fikk tilslutning fra et samlet Høyesterett, viser at restriksjonsbegrepet favner vidt.²⁹ Her ble det, med støtte i EU-domstolens praksis, lagt til grunn at

«[t]iltak som kan hindre utøvelsen av de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen, eller gjøre den mindre interessant, er, selv om de får anvendelse uten hensyn til nasjonalitet, en krenkelse av disse friheter som må rettfærdiggjøres».³⁰

Restriksjonsbegrepet favner likevel ikke så vidt at enhver negativ virkning for personens trygderettigheter ved utenlandsopphold, utgjør en

²⁵ For en innføring, se Fredriksen og Mathisen (2018) kapittel VII.

²⁶ Forordning 987/2009.

²⁷ Sak C-477/17 *Holiday on Ice Services BV*, avsnitt 33.

²⁸ Se også kommentaren til artikkel 19, som riktignok gjelder naturalytelser, i Fuchs og Cornelissen (2015) som nevner opphold som turist og forretningsreisende, og ikke tar forbehold for noen former for tilstedeværelse. Verken forordningen selv eller rettspraksis gir grunnlag for å anta at innholdet i begrepet «opphold» beror på om det dreier seg om naturalytelser eller kontantytelser.

²⁹ Se HR-2016-2554-P *Holship Norge AS mot Transportarbeiderforbundet*.

³⁰ Sak E-14/15 *Holship Norge AS mot Transportarbeiderforbundet*, avsnitt 115.

restriksjon på fri bevegelighet.³¹ Spørsmålet er derfor om en forutsetning om at et medlem av folketrygden må oppholde seg i Norge for å ha rett til syke-, pleie- eller arbeidsavklaringspenger, kan hindre eller gjøre det mindre attraktivt å benytte retten til fri bevegelighet.

Ytelsene det er tale om gir der en person er for syk til å arbeide, ikke kan arbeide som før, eller noen i nær familie trenger så omfattende omsorg og pleie at det ikke lar seg forene med annet arbeid. I slike situasjoner kan det også være aktuelt å støtte seg på familie og annet nettverk. Etter utvalgets syn er det ikke tvil om at regler som innebærer at en trygdemottaker mister rett til kontantytelser under sykdom hvis vedkommende oppholder seg utenlands, rammer statsborgere fra andre EØS-stater hardere enn norske. Dette fordi disse gjerne har familie og nettverk i andre EØS-stater enn Norge. Utvalget finner det derfor klart at et krav om opphold er å anse som en restriksjon på den rett til fri bevegelighet for arbeidskraft og etablering EØS-avtalens artikler 28 og 31 gir.

5.4.2 Reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft, etablering og tjenester

Reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft og etableringsrett kommer til anvendelse der et medlem av trygden er statsborger i en annen EØS-stat og arbeider eller driver selvstendig næringsvirksomhet i Norge. Reglene kommer også til anvendelse der norske statsborgere har arbeidet i andre EØS-stater tidligere, og der norske statsborgere som mottar kontantytelser under sykdom er mindre enn 100 prosent sykmeldt eller har reduserte arbeidsavklaringspenger, og arbeider i andre EØS-land.³² Der det er på tale å tilby tjenester i et annet EØS-land enn Norge, en delvis sykmeldt konsulent påtar seg for eksempel et oppdrag i et annet EØS-land, vil et bortfall av kontantytelser vedkommende hadde hatt krav på om han holdt seg i Norge, være en restriksjon på den adgangen EØS-avtalen artikkel 36 flg. gir til å yte tjenester over landegrensene. Et samlet utvalg konkluderte derfor med at personer som omfattes av disse reglene, også før 1. juni 2012 hadde rett til å motta kontantytelser under opphold i et annet EØS-land.

³¹ Slik eksempelvis forente saker C-95/18 og C-96/18 *van den Berg*, avsnittene 57 og 58.

³² For slike medlemmer av folketrygden er et ubetinget oppholds krav til hinder for at restarbeidsevnen benyttes i andre EØS-land enn Norge.

5.4.3 Passiv utveksling av tjenester

Der et medlem av trygden verken benytter eller har benyttet seg av den rett reglene om fri bevegelighet for økonomisk aktive personer gir, foreligger det ikke noe grenseoverskridende element før vedkommende reiser til en annen EØS-stat.³³ Der formålet med utenlandsoppholdet er et annet enn arbeid, studier eller selvstendig næringsvirksomhet, kommer ikke reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft, om adgangen til å yte tjenester i en annen stat enn etableringsstaten eller om etableringsrett til anvendelse. Spørsmålet er da om disse personene beskyttes av andre EØS-rettslige regler.

Spørsmålet som drøftes i dette punktet har betydning for rettsstillingen til medlemmer av trygden som ikke hadde benyttet seg av retten til fri bevegelighet for økonomisk aktive personer, og som ble nektet kontantytelser under opphold i et annet EØS-land, før 1. juni 2012. I delutredningen delte utvalget seg i et flertall og et mindretall på dette punktet. Utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken fant at tjenestereglerne kom til anvendelse, resten av utvalget fant ikke grunnlag for å konkludere. Som nevnt har medlemmene Jendal og Wærnes senere sluttet seg til Arnesen og Strandbakkens syn, slik at disse medlemmene nå utgjør utvalgets flertall.

Etter flertallets oppfatning følger det av så vel EU- som EFTA-domstolens praksis at reglene om fri bevegelighet for tjenesteytelser, EØS-avtalen artikkel 36 flg., er anvendelige også der tjenestemottakeren forlater hjemstaten for å motta tjenester i en annen EØS-stat.³⁴ Flertallet mener derfor at reglene om fri bevegelighet for tjenester ikke bare innebærer en rett til å yte tjenester over landegrensene, men også en rett til å motta tjenester hvor i EØS-området man måtte ønske. Reglene gir med andre ord også grunnlag for «passiv fri utveksling av tjenesteytelser»,³⁵ og viser at reglene om fri bevegelighet for tjenesteytelser også er regler om fri bevegelighet for personer.

Den grunnleggende avgjørelsen om hjemstatsbegrensninger i den passive frie utveksling av tjenesteytelser, er etter flertallets oppfatning

³³ Det er mulig det samme gjelder for personer med statsborgerskap i andre EØS-stater som alltid har vært i Norge.

³⁴ Skoleeksempelet her er en som er turist i en annen EØS-stat enn bostedslandet.

³⁵ Se generaladvokat P. Cruz Villalón i forslaget til avgjørelse i sak C-221/11 *Demirkan*, avsnittene 47 til 51. Bruken av begrepet «passiv» er begrunnet i at det verken er tjenesten eller tjenesteyter som krysser landegrensene, men tjenestemottaker.

forente saker 286/82 og 86/83 *Luisi og Carbone*,³⁶ hvor EU-domstolen fant at begrensninger i italiensk rett i adgangen til å ta kontanter ut av landet var en tjenesterestriksjon, og forankret dette blant annet i direktiv 73/148/EØF.³⁷ EU-domstolen uttalte helt generelt at

«fri utveksling af tjenesteydelser omfatter frihed for modtagerne af tjenesteydelserne til at begive sig til en anden medlemsstat for at modtage en ydelse dær, og at de ikke herved kan hindres af begrænsninger, [...] samt at turister, kurrejsende og personer på studie- eller forretningsrejse må anses for modtagere af tjenesteydelser.»³⁸

Dette er fulgt opp i senere avgjørelser, og i sak C-211/08 *Kommisjonen mot Spania*, beskriver EU-domstolen rettstilstanden slik:

«Hvad [...] angår de ikke-lægelige tjenesteydelser, såsom turist- og uddannelsesmæssige tjenesteydelser, der udtrykkeligt er omhandlet i Kommissionens søgsmål, bemærkes det i tillæg til den i denne doms præmis 48 nævnte retspraksis, at personer etableret i en medlemsstat, der som turister eller i forbindelse med studier rejser til en anden medlemsstat, skal anses for at være modtagere af tjenesteydelser i artikkel 49 EF's forstand (jf. dom af 31.1.1984, forenede sager 286/82 og 26/83, *Luisi og Carbone*, Sml. s. 377, præmis 16, af 2.2.1989, sag 186/87, *Cowan*, Sml. s. 195, præmis 15, og af 19.1.1999, sag C-348/96, *Calfa*, Sml. I, s. 11, præmis 16).»³⁹

Slik flertallet ser det, innebærer dette ikke bare at det vil være en restriksjon på den frie bevegelighet av tjenesteytelse dersom regler i vertslandet hin-

³⁶ Hjemstatsbegrensning brukes her som motsetning til vertsstatsbegrensning. For tilfellet med norske trygdemottakere som reiser til utlandet, vil begrensninger i norsk lovgivning være en hjemstatsbegrensning, mens begrensning i lovgivningen til landet trygdemottaker reiser til, omtales som vertsstatsbegrensninger. Begrepsparet er nyttig for å skille mellom problemstillinger som i rettspraksis behandles nokså ulikt.

³⁷ *Luisi og Carbone*, avsnitt 12. Direktiv 73/148/EØF inngikk i EØS-avtalen da den ble undertegnet, og artikkel 1 nr. 1 bokstav b) pålegger EØS-statene å oppheve reise- og oppholdsrestriksjoner for «medlemsstaters borgere som ønsker å reise til en annen medlemsstat for å motta en tjeneste». Direktivet er erstattet av direktiv 2004/38/EF, ofte kalt unionsborgerdirektivet. Den motsvarende bestemmelsen der er artikkel 4.

³⁸ *Luisi og Carbone*, avsnitt 16.

³⁹ Sak C-211/08 *Kommisjonen mot Spania*, avsnitt 51.

drer besøkende i å motta tjenester på samme vilkår som landets egne innbyggere,⁴⁰ men også om regler i tjenestemottakerens hjemstat eller trygdestaten er til hinder for at vedkommende mottar tjenester i andre EØS-stater. Det siste poenget mener flertallet kommer godt frem i rettspraksis om begrensninger i adgangen til å få refundert utgifter til helsetjenester mottatt i andre EØS-stater,⁴¹ og i rettspraksis om fradragsrett for tjenestekjøp foretatt i utlandet.⁴²

For at det skal foreligge en passiv fri utveksling av tjenesteytelser, kreves det muligens noe mer enn at tjenestemottaker bare oppholder seg i en annen EØS-stat enn hjemstaten.⁴³ Det skal imidlertid ikke mye til for at et slikt formål skal anses å foreligge. Dersom siktemålet ved avreisen var å kjøpe tjenester i en annen EØS-stat, er vedkommende etter flertallets oppfatning beskyttet av reglene om fri bevegelighet for tjenester.⁴⁴

Siden utvalget avga sin delutredning 4. mars, har EU-domstolen som nevnt avsagt dom i sak C-897/19 PPU, *straffesak mot I.N.* Saken gjaldt blant annet spørsmålet om det ville være i strid med EØS-avtalen om Kroatia utleverte den islandske (og russiske) statsborgeren I.N. til Russland. Avgjørelsen er avsagt av EU-domstolen i storkammer, og er interessant også fordi EU-domstolen her tolker EØS-avtalen direkte. Avsnitt 51 flg. er særlig relevant for de spørsmålene utvalget behandler. EU-domstolen uttaler her:

«I det foreliggende tilfælde har I.N. i sine skriftlige bemerkninger gjort gældende, at han havde begivet sig ind på Republikken Kroatiens område for her at tilbringe sin

⁴⁰ Se eksempelvis sak C-45/93 *Kommisjonen mot Spania*, hvor EU-domstolen fant at spanske regler som ga utlendinger bosatt i Spania, personer under 21 år og spanske statsborgere, gratis adgang til museer, mens statsborgere fra de øvrige medlemsstatene over 21 år måtte betale inngangspenger, var i strid med reglene om fri bevegelighet for tjenesteytelser og det alminnelige forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling.

⁴¹ For en beskrivelse av rettstilstanden, se sak C-490/09 *Kommisjonen mot Luxembourg*, avsnittene 32 til 35. Se også EFTA-domstolen i forente saker E-11/07 og E-1/08 *Rindal og Slinning*, avsnittene 41 flg.

⁴² Se sak C-76/05 *Schwarz*. Her fant EU-domstolen at nasjonale regler som ga fradragsrett for skolepenger betalt til nasjonale skoler, men ikke til skoler i andre medlemsstater var en restriksjon på adgangen til å yte tjenester over landegrensene ved de gjorde det mindre attraktivt å benytte seg av det tilbudet slike skoler ga. Se også sak C-204/90 *Bachmann*. Saken gjaldt fradragsrett for forsikringspremier.

⁴³ Se for eksempel Troberg (1997) på s. 1/1478

⁴⁴ Se drøftelsen til generaladvokat Lenz i hans forslag til avgjørelse i sak 186/87 *Cowan*, punkt 25 flg., og generaladvokat Leger i sak C-215/03 *Oulane*, punktene 36 til 38.

sommerferie, hvilket den islandske regering har bekræftet i retsmødet.

Domstolen har allerede fastslået, at den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 56 TEUF omfatter retten for modtagere af tjenesteydelser til at rejse ind i en anden medlemsstat for at oppebære en tjenesteydelse dér, uden at blive hindret af restriktioner, dels at også turister må anses for modtagere af tjenesteydelser, der er begunstigede af denne frihed (dom af 2.2.1989, *Cowan*, 186/87, EU:C:1989:47, præmis 15 og den deri nævnte retspraksis).

Samme fortolkning gælder for den frie udveksling af tjenesteydelser, som er sikret ved EØS-avtalens artikel 36 (jf. analogt dom af 23.9.2003, *Ospelt og Schlössle Weissenberg*, C-452/01, EU:C:2003:493, præmis 29, og af 28.10.2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09, EU:C:2010:645, præmis 20).⁴⁵

EU-domstolen begrunner anvendelsen av EØS-avtalens tjenesteregler med henvisning til avgjørelsen i sak 186/87 *Cowan*, og den retspraksis det vises til i dennes avsnitt 15. Avgjørelsen i for-ente saker 286/82 og 86/83 *Luisi og Carbone*, som nettopp gjaldt utreisebegrensninger, er blant de dommene det vises til i *Cowan* avsnitt 15. Det kan være grunn til å merke seg at den restriksjonen en utlevering av I.N. ville innebære, ikke er knyttet til konkrete økonomiske aktiviteter han ville foreta som turist.

Den omstendighet at avgjørelsen er avsagt i storkammer og uttrykkelig gjelder EØS-avtalen, tilsier etter flertallets syn at det er liten grunn til å anta at EFTA-domstolen vil forstå tjenestereglene annerledes.

Sak C-879/19 PPU *straffesak mot I.N.*, dreier seg ikke om spørsmålet om tjenestereglene kommer til anvendelse på hjemstatens (Islands) regler, men vertsstatens (Kroatias). Det saksforholdet utvalget behandler, gjelder hjemstatsbegrensninger, i form av folketrygdlovens oppholds krav. Det er imidlertid ikke grunnlag for å hevde at tjenestereglene, dersom de kommer til anvendelse, bare gjelder for vertsstaten. Dette fordi tjenestereglene, slik EU-domstolen utlegger dem i storkammeravgjørelsen, verner EØS-borgeren. Virkningen for borgeren blir den samme, han hindres i å reise i EØS-området, uavhengig av om det er hjemstaten eller vertsstaten som legger begrensninger.

Utvalgets flertall, leder Arnesen og medlemmene Strandbakken, Wærnes og Jendal, mener dermed det kan karakteriseres som sikker rett at tjenestereglene kommer til anvendelse der

tjenestemottaker reiser til tjenesteyter og mottar tjenesten(e) der. Flertallet finner ingen holdepunkter i retspraksis eller skreven EU- og EØS-rett for å anta at den omstendighet at restriksjonen det er tale om er bortfall av rett til kontantytelser under sykdom, medfører at tjenestereglene likevel ikke kommer til anvendelse.

Der retten til syke-, pleie-, eller arbeidsavklaringspenger kombineres med betingelser som forutsetter opphold i Norge, mener flertallet dette har tre tjenesterelaterte virkninger: For det første hindres trygdemottakeren i å motta tjenester i andre EØS-stater. For det annet avskjæres tjenesteytere i andre EØS-stater fra det markedet personer som mottar syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger utgjør. Disse personenes etterspørsel allokeres i stedet til nasjonale tjenesteytere. For det tredje vil en slik betingelse hindre selvstendig næringsdrivende som har restarbeidsevne i å utnytte denne i andre land enn trygdestaten.⁴⁶

Slik flertallet ser det, kan det ikke være tvil om at disse virkningene kvalifiserer som restriksjoner på den frie bevegelsen av tjenesteytelser. Det betyr at de betingelsene som skaper disse virkningene, må tilfredsstille de krav EØS-retten setter.

5.4.4 Merknader fra medlemmene Fløistad, Midthjell og Sanderud

Medlemmene Fløistad, Midthjell og Sanderud mener at spørsmålet om tjenestereglenes anvendelse med den rett til tjenesteutveksling som flertallet beskriver bør overlates til domstolene, i tråd med disse medlemmenes standpunkt i delutredningen *Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området*.⁴⁷

5.4.5 Avslutning

Betingelser som innebærer at trygdemottaker må oppholde seg i Norge mens ytelsen løper, utgjør en restriksjon på den rett til fri bevegelse for personer EØS-avtalens regler om fri bevegelse for arbeidskraft, fri bevegelse for tjenesteytelser og etableringsrett gir. Slike restriksjoner er ikke i strid med EØS-retten dersom de hensynene som de skal beskytte er anerkjent av EØS-retten, og restriksjonen fremstår som et egnet og proporsjonalt virkemiddel. EU-domstolen har gjentatte ganger fastslått at det

⁴⁵ Sak C-897/19 *straffesak mot I.N.*, avsnittene 51 til 53.

⁴⁶ Det samme gjelder for arbeidstakere med restarbeidsevne, slik at oppholds krav for dem vil være en restriksjon på den frie bevegelsen for arbeidskraft.

⁴⁷ Se også kapittel 6.

«fremgår [...] af Domstolens praksis, at nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal opfylde fire betingelser: De skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de følger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet».⁴⁸

Rene oppholds krav, det vil si krav hvis eneste funksjon er å holde trygdemottaker i Norge, uten at hensynet til behandling, arbeidsrettete tiltak eller andre aktiviteter som tar sikte på å bringe trygdemottakeren tilbake i arbeid, eller kontrollhensyn nødvendiggjør oppholdet, vil derfor uten videre være i strid med så vel forordning 883/2004 artikkel 21, som EØS-avtalens regler om fri bevegelighet for personer. EØS-retten er derfor til hinder for at syke-, pleie-, eller arbeidsavklaringspenger nektes utelukkende av den grunn at trygdemottaker oppholder seg i et annet EØS-land.

Dette er likevel ikke ensbetydende med at betingelser knyttet til retten til syke-, pleie-, eller arbeidsavklaringspenger som gjør det vanskelig eller umulig å reise utenlands, er i strid med EØS-retten. EØS-retten er for eksempel neppe til hinder for tiltak som nevnt i folketrygdloven §§ 8-4 annet ledd, 8-6 og 11-7, selv om slike tiltak kan gjøre det vanskelig å reise utenlands. I denne sammenheng er det imidlertid ikke grunn til å gjøre nærmere rede for dette, og utvalget viser til delutredningen *Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området*, hvor rammene er behandlet nærmere i punktene 4.4 til 4.8.⁴⁹

5.5 Sammenfatning

Utvalget har i dette kapitlet presentert folketrygdlovens krav om opphold i Norge for rett til syke-, pleie og arbeidsavklaringspenger. Samtidig har utvalget vist at EØS-retten helt siden 1994 har hatt betydning for adgangen til å anvende krav om opphold i Norge som vilkår for rett til kontantytelser.⁵⁰

I utvalgets mandat heter det at

⁴⁸ Sak C-55/94 *Gebhard*, avsnitt 37.

⁴⁹ Se også Bekkedal (2020) s. 204 flg.

⁵⁰ Selv om det i utvalget er ulike syn på hvem EØS-retten verner for 2012.

«Arbeids – og velferdsetaten (NAV) har i sin praksis lagt til grunn at bestemmelsene om krav til opphold i Norge i folketrygdlovens kapitler 8, 9 og 11 om hhv. sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger gjelder for personer bosatt i Norge også ved midlertidige opphold i annet EØS-land.»

Nav har selv oppsummert praksisen sin slik:

«Tilbakemeldingene fra etaten viser at NAV-kontorene kun har anvendt artikkel 21 for medlemmer som har blitt definert som bosatt i et annet EØS-land. Som eksempel kan det nevnes en polsk statsborger som har arbeidet og blitt sykmeldt i Norge, for så å søke om å beholde sykepenger under opphold i Polen. I en slik sak har den generelle praksisen vært at NAV-kontoret vurderer om vedkommende har sitt senter for livsinteresse i Polen og ut fra dette avgjør om søknaden skal behandles etter § 8-9 eller ikke. Når det gjelder AAP har praksis vært å anvende artikkel 21 for medlemmer som er bosatt i et annet EØS-land når de søker om AAP. Dersom et medlem som mottar AAP ønsker å flytte fra Norge til et annet EØS-land er praksis i etaten at NAV skal foreta en vurdering av hvorvidt aktivitetsplanen kan videreføres etter flytting. Det store flertallet av AAP- og sykepengemottakere har altså ikke fått sine opphold i et annet EØS-land vurdert etter artikkel 21 fra NAV-kontorets side. Konsekvensene for disse medlemmene har vært at de får avslag på søknad om utenlandsopphold. Dersom de til tross for avslaget har oppholdt seg i utlandet har de ikke fått utbetalt ytelse i den aktuelle perioden.»⁵¹

Navs redegjørelse gjelder praksis siden 2012. Når det gjelder praksis før 2012, legger et flertall i utvalget til grunn at gjennomføringen av den nye trygdeforordningen i 2012 ikke medførte endring av etatens rundskriv av betydning for disse spørsmålene. Flertallet mener samtidig at de uttalelsene rundskrivet hadde om betydningen av EØS-avtalens hoveddel, ikke ga tilstrekkelig veiledning til å sikre riktig praksis. Medlemmene Fløistad, Midthjell og Sanderud ser annerledes på dette. Disse medlemmene redegjør nærmere for sine respektive syn i kapittel 6.

⁵¹ Oppsummeringen er utarbeidet av en tverrfaglig gruppe i Nav som kartla etatens praksis i august 2019, i forbindelse med praksisendring.

En slik praksis Nav beskriver innebærer, uansett hvilket tidspunkt man legger til grunn at den startet, at personer som ikke ville flytte, men som på andre måter ønsket å oppholde seg midlertidig i andre EØS-land, kan ha blitt nektet kontantytelser under slike opphold på et grunnlag som EØS-retten ikke tillater. Som følge av at samme regelforståelse har blitt lagt til grunn i kontroll-saker, har medlemmer som har reist til utlandet

uten å få tillatelse fra etaten, fått krav om å betale tilbake ytelser de hadde krav på. Dette dreier seg om til dels store beløp. Enkelte har også blitt anmeldt og dømt, noen til ubetingede fengselsstraffer. Dette til tross for at det ikke har foreligget et rettslig grunnlag for å straffe utelukkende av den grunn at trygdemottaker har oppholdt seg i en annen EØS-stat.

Kapittel 6

EØS-rettslig vurdering fra utvalgsmedlemmene Fløistad, Sanderud og Midthjell

6.1 Innledning

I dette kapitlet redegjør først utvalgsmedlem Fløistad for sitt syn på EØS-retten, deretter følger merknader fra utvalgsmedlemmene Sanderud og Midthjell. Felles for disse medlemmene er at alle tre utvalgsmedlemmene, i likhet med standpunktet i delutredningen, mener de at spørsmålet om tjenestereguleringene kommer til anvendelse bør overlates til en domstol. Fra dette felles utgangspunktet for mindretallet har medlemmene likevel ikke samme syn på alle spørsmålene i granskningen. Dette håndteres slik at medlemmene gir sine egne merknader separat i dette kapitlet, og hvert medlem er kun ansvarlig for egen merknad. Tilslutning til andre medlemmers synspunkter fremgår av de individuelle merknadene. Begrepet «mindretall» brukes i teksten nedenfor som en samlebetegnelse for medlemmene Fløistad og Midthjell der de har omforent syn. Medlem Sanderud gir uttrykk for sitt syn i punkt 6.3. I utredningen for øvrig identifiseres utvalgsmedlemmene individuelt ved navn der de har reservasjoner, forbehold eller lignende til flertallets syn.

6.2 Merknader fra utvalgsmedlem Karin Fløistad

6.2.1 Innledning

Formålet med delutredningen fra utvalget publisert 4. mars 2020 var å etablere de EØS-rettslige forpliktelsene på trygdeområdet.¹ Utvalget foretok her et skille mellom perioden før og etter 1. juni 2012, dvs. før og etter ikrafttredelsen av trygdeforordning 883/2004, i beskrivelsen av hvilke forpliktelser som følger av EØS-avtalen på trygdeområdet. Som det fremkommer av del-

¹ Delutredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området* følger som vedlegg til utredningen.

utredningen, var hele utvalget enig i at EØS-retten er til hinder for en forvaltningspraksis som avslår krav om kontantytelser ved sykdom alene på bakgrunn av at medlemmet oppholder seg i en annen EU/EFTA stat. Dette er imidlertid ikke det samme som at EØS-retten krever at medlemmer mottar kontantytelser ved sykdom under alle opphold i en annen EU/EFTA stat.² Oppholdskravet i folketrygdloven gjelder for alle ytelsene som inngår i granskningen, og er forankret i hensyn som EØS-retten anerkjenner. EØS-retten krever imidlertid at det kan gjøres unntak fra oppholdskravet. Det er unntak fra oppholdskravet for alle ytelsene. Granskningen handler om forvaltningspraksisen knyttet til anvendelsen av unntakene.³

Etter at utvalget publiserte delutredningen har utvalget gjennomført en omfattende granskning av forvaltningspraksisen i saken, herunder gjennom et betydelig antall intervjuer. Utvalget er ikke bundet av Navs egne karakteristikk av forvaltningspraksisen. Utvalget er delt mht. hvordan forvaltningspraksisen er å forstå opp mot EØS-avtalens krav. Etter at delutredningen ble publisert har det kommet én avgjørelse fra EU-domstolen om rett til å motta tjenester som turist⁴ og et brev 11. mars 2020 fra ESA

² For eksempel så har Danmark regler om at medlemmer ikke mottar kontantytelser ved sykdom når medlemmet er på ferie. Det innebærer så langt mindretallet har brakt på det rene, at medlemmer ikke mottar ytelsene ved opphold i andre EU/EFTA-stater og opphold i Danmark som er ferie. Denne ordningen har så langt mindretallet kjenner til, aldri blitt ansett for å være i strid med Danmarks EU-rettslige forpliktelser verken av EU-kommisjonen eller EU-domstolen.

³ Mindretallet leser mandatet til utvalget slik at granskningen handler om forvaltningspraksis, jf. for eksempel formuleringen i mandatet «[v]urdere om praksis før 2012 også må gjennomgås». For mindretallet er det derfor ikke avgjørende at det finnes enkelte eksempler i praksis på at EØS-retten ikke er anvendt riktig i et konkret tilfelle. Det sentrale er «trender» i praksis og dermed om det kan avdekkes systematiske feil.

⁴ Sak C-897/19 PPU, *straffesak mot I.N.*

til norske myndigheter. Disse er det redegjort for i kapittel 5. Uenigheten angående forvaltningspraksis får også betydning for deler av utvalgets vurdering av spørsmålet om anvendelsen av tjenestereglene.

Formålet her er å redegjøre for mindretallets syn på forvaltningspraksisen i saken.⁵ Det gis samtidig en forklaring på mindretallets syn på hvorfor utvalget kan svare på sitt mandat uten at utvalget går detaljert inn i et rettsspørsmål om anvendelse av tjenestereglene som står til avgjørelse i domstolen. Mindretallet vil også kommentere på behovet for at analysene i granskingsrapporten reflekterer at det ikke foreligger en autoritativ avgjørelse fra en domstol på spørsmålet om anvendelsen av tjenestereglene.

Oppsummert mener mindretallet følgende:

- Det har ikke vært mulig innenfor utvalgets rammer å gå gjennom all relevant forvaltningspraksis i granskings-saken. Basert på en gjennomgang av rundskriv og annen skriftlig og muntlig dokumentasjon kan mindretallet ikke se at det er grunnlag for en konklusjon om at det fra 1994 foreligger en systematisk forvaltningspraksis om kontantytelser ved sykdom i strid med EØS-rettens krav til fri bevegelighet for økonomisk aktive personer, dvs. arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende.
- Mindretallet mener at det bør overlates til domstolen å avgjøre spørsmålet om tjenestereglenes anvendelse i den situasjonen hvor forvaltningspraksis verken er i strid med reglene om trygdekoordinering i EU/EØS eller retten til fri bevegelighet for økonomisk aktive personer. Mindretallet har imidlertid merknader til forholdet mellom EU/EØS-rettens anerkjennelse av nasjonale velferdsordninger bygget på et solidaritetsprinsipp og individuelle økonomiske rettigheter som turist på reise i en EU/EFTA-stat.
- Mindretallet mener at granskingsrapporten gjennomgående burde fått frem når analysene er basert på at tjenestereglene kommer til anvendelse og når de ikke er det.

Mindretallets syn er at det er grunnlag i det analyserte materialet for en konklusjon om at det etter gjennomføringen av den nye trygdeforordningen, har vært en systematisk forvaltningspraksis om kontantytelser ved sykdom i strid med retten til fri

bevegelighet for personer⁶, men at det ikke er grunnlag for å si det samme gjennom det analyserte materialet i tiden fra 1994. Mindretallet finner med dette at det er grunnlag for den gjennomgangen av saker som Nav har foretatt etter at feilpraktiseringen ble oppdaget. Mindretallet finner imidlertid ikke grunnlag i EØS-rettens krav til fri bevegelighet for personer for at Nav skal gjøre den samme gjennomgangen av praksis helt tilbake til 1994. Spørsmålet om hva EØS-retten krever dersom en domstol legger til grunn at retten til fri bevegelighet for tjenester kommer til anvendelse, kommenteres i punkt 6.2.7.

Nedenfor redegjøres det i punkt 6.2.2 for EØS-retten på trygdeområdet i 1994, i punkt 6.2.3 for utgangspunkter for forvaltningspraksisen om kontantytelser ved sykdom, i punkt 6.2.4 om rundskriv, i punkt 6.2.5 om praksis fra Trygderetten. I punkt 6.2.6 redegjøres det for mindretallets syn på forvaltningspraksis etter 1. juni 2012, herunder om unionsborgerskapet i EU og betydningen av dette i EØS, se særlig punkt 6.2.6 om forholdet mellom «EØS unionsborgerskap» og trygdeforordningen, i punkt 6.2.7 har mindretallet noen merknader om forvaltningspraksisen i saken og retten til å motta tjenester som turist, før det i punkt 6.2.8 gis en kort avsluttende oppsummering.

6.2.2 EØS-retten på trygdeområdet i 1994

Her redegjøres det for følgende punkter:

- Det er enighet i utvalget om at oppholds krav for kontantytelser ved sykdom i den situasjonen granskings-saken gjelder ikke var regulert av den dagjeldende trygdeforordningen 1408/71 i perioden 1. januar 1994 til 1. juni 2012
- Det er enighet i utvalget om at det siden 1. januar 1994 har vært en rett til fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende der det forelå et grenseoverskridende element.
- De fleste mottakere av kontantytelser ved sykdom er innlendinger. Det grenseoverskridende elementet for innledninger har normalt vært ferie/fritidsreiser og ikke økonomisk aktivitet.
- Mindretallet kan ikke se at det foreligger grunnlag i det analyserte materialet for at det

⁵ Det er her kun mulig å redegjøre for punkter der mindretallet er uenig med flertallet, men ikke å gi en fullstendig redegjørelse som hensyntar alle konsekvensene av synspunktene.

⁶ Med retten til fri bevegelighet for personer mener mindretallet å avgrense mot rettigheter som følger av fri bevegelighet for tjenester. En EØS-basert rett til å motta turist-tjenester på besøk i en EU/EFTA stat kan også oppfattes som en rett til fri bevegelighet for en person, men omfattes systematisk av tjenestereglene. Anvendelsen av tjenestereglene kommenteres i punkt 6.2.7.

foreligger en systematisk forvaltningspraksis i strid med EØS-rettens krav til fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende fra 1994.

Da Norge ble tilknyttet EU gjennom EØS-avtalen med virkning fra 1. januar 1994 ble både den gamle trygdeforordningen og de fire friheter i EØS-avtalens hoveddel gjort til norsk rett.⁷ Et samlet utvalg står bak en tolkning av trygdeforordning 1408/71 som innebærer at denne ikke regulerer spørsmålet om å beholde kontantytelser ved sykdom under kortvarige/midlertidige opphold i andre EU/EFTA-stater, dvs. det som er tema i granskingssaken.

«Drøftelsen av artikkel 22 nr. 1 og 2 viser at bestemmelsen har begrenset betydning for adgangen til å motta kontantytelser på reise i EØS-området. Dette skyldes hovedsakelig at bestemmelsen kun regulerer opphold i en annen EØS-stat der medlemmet samtidig har krav på naturalytelser, jf. bokstav a. Reguleringen av kontantytelser er begrenset til situasjoner hvor medlemmet flytter til en annen EØS-stat, reiser tilbake til EØS-landet vedkommende bor i eller får tillatelse til å motta naturalytelser i annen EØS-stat. Kontantytelser under andre former for kortvarige og midlertidige opphold reguleres ikke av artikkel 22.»⁸

Konsekvensen av denne tolkningen av trygdeforordning 1408/71 er at på det tidspunktet Norge går inn i EØS,⁹ skal oppholdskravet i folketrygdloven for de ytelsene granskingssaken gjelder kun vurderes opp mot EØS-avtalens hoveddel, de fire frihetene også omtalt som primærrett.¹⁰ Sekundærretten, altså trygdeforordning 1408/71 setter på dette tidspunktet ikke rammer for retten til å motta kontantytelser ved sykdom under kortvarige/midlertidige opphold i andre EU/EFTA stater (dvs. temaet i granskingssaken).

⁷ Det samme gjelder gjennomføringsforordningen (forordning 574/72) uten at den omtales særskilt i det videre.

⁸ Delutredningen *Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området* punkt 3.2.

⁹ Det avgrenses her mot den gamle trygdeforordningens regler om flytting.

¹⁰ I EØS-retten brukes ikke egentlig betegnelsen «primærrett» og «sekundærrett» da alle forpliktelser er på samme nivå. For enkelthets skyld brukes betegnelsen i det videre fordi det gjør det enklere å identifisere om det er EØS-avtalens hoveddel eller sekundærregelverk som omtales. Det er generell enighet om at homogenitetsprinsippet leder til samme tolkningsresultat innenfor EØS som i EU også når det gjelder forholdet mellom primærrett og sekundærrett.

De fire friheter kommer bare til anvendelse i situasjoner med EØS-tilknytning. En slik tilknytning må være både statisk og dynamisk.¹¹ En statisk tilknytning til EØS for en arbeidstaker er statsborgerskap i en EU/EFTA stat. En dynamisk tilknytning betyr for eksempel en arbeidstaker som krysser en grense slik at det foreligger et grenseoverskridende arbeidsforhold. En anvendelse av de fire friheter forutsetter med andre ord at det foreligger et grenseoverskridende element. I tillegg til et grenseoverskridende element så krever EØS-retten i utgangspunktet at det foreligger en økonomisk aktivitet. Det er uten videre klart at en arbeidstaker og en selvstendig næringsdrivende utøver økonomisk aktivitet.

I dette ligger også at EØS-avtalen ikke er til hinder for såkalt omvendt diskriminering. Eksempelvis kan statene stille strengere krav til egne borgere som ikke har gjort bruk av retten til fri bevegelighet enten fordi det ikke foreligger et grenseoverskridende element og/eller fordi det ikke foreligger en økonomisk aktivitet. Krav til egne borgere omtales i slike tilfeller som som en *intern* situasjon.¹² Konsekvensen av at en situasjon er intern, er at den styres kun av nasjonal rett. Forvaltningspraksis kan i slike situasjoner ikke være i strid med EØS-retten av den enkle grunn at EØS-retten ikke kommer til anvendelse.

Sekundærlovgivningen forutsetter ikke alltid et slikt grenseoverskridende element eller tilknytning til økonomisk aktivitet. Dette får betydning i granskingssaken, fordi et samlet utvalg står bak konklusjonen om at i motsetning til trygdeforordning 1408/71, så regulerer trygdeforordning 883/2004 lest i sammenheng med EØS-avtalens hoveddel om fri bevegelighet for personer ytelsene i saken.

«Utvalget forstår forordning 883/2004 artikkel 21 slik at den er til hinder for at kontantytelser nektes eller reduseres utelukkende med den begrunnelse at mottakeren befinner seg i en annen EØS-stat. Dette medfører at også personer som ikke har gjort bruk av den rett til fri bevegelighet bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel gir, har rett til å motta kontantytelser

¹¹ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 93 flg.

¹² Sak C-60/00 *Carpenter*, avsnitt 27, «a situation..., in which a national of a Member State has never sought to establish himself with his spouse in another Member State but merely provides services from his State of origin. The Commission submits that such a situation is rather to be classified as an internal situation... so that Mrs Carpenter's right to remain in the United Kingdom, if it exists, depends exclusively on United Kingdom law.»

under sykdom fra trygdestaten når de er i andre EØS-stater.»¹³

Som påpekt flere steder i delutredningen skjedde det en endring gjennom den nye trygdeforordningen, slik at det tidligere kravet til å være arbeidstaker/selvstendig næringsdrivende ble fra-veket, og alle statsborgere i EØS-land fikk rettigheter etter forordningen uavhengig av økonomisk aktivitet. Mindretallet kommer tilbake til forvaltningspraksis og EØS-rettslige forpliktelser etter 1. juni 2012 som er det tidspunktet trygdeforordning 883/2004 trådte i kraft i Norge.¹⁴ I det videre er det først kun tiden før den nye trygdeforordningen trådte i kraft som omtales. I denne perioden er det ikke sekundærregelverket som styrer Norges EØS-rettslige forpliktelser for de ytelsene saken gjelder. Det er kun et spørsmål om det foreligger en systematisk forvaltningspraksis i strid med kravene til fri bevegelse etter EØS-avtalens hoveddel.¹⁵ I det følgende omtales EØS-avtalens hoveddel om rett til fri bevegelse for personer. I punkt 6.2.7 kommenteres EØS-avtalens hoveddel om rett til fri bevegelse for tjenester.¹⁶

Felles for alle deler av EØS-retten er som nevnt at den som et utgangspunkt bare kommer til anvendelse på økonomisk aktivitet.¹⁷ EØS-baserte trygderettigheter som følge av fri bevegelse for personer handlet da Norge ble tilknyttet EU i 1994 derfor om *arbeidstakere/selvstendig næringsdrivende* og deres familiemedlemmer.¹⁸ EØS-baserte fri bevegelsesrettigheter for personer omfattet med andre ord ikke innlendinger som for eksempel dro på ferie/fritidsreiser til et EU/EFTA-land. Selv om det for denne gruppen forelå et grenseoverskridende element, så manglet tilknytningen til økonomisk aktivitet.

Oppsummert er utgangspunktet på tidspunktet for Norges tilslutning til EU gjennom EØS-avtalen at det må foreligge et grenseoverskridende element for en arbeidstaker/selvstendig

næringsdrivende før den EØS-baserte retten til fri bevegelse for personer setter rammer for den forvaltningspraksisen som granskes. I motsatt fall, dvs. dersom det ikke foreligger et grenseoverskridende element for en arbeidstaker/selvstendig næringsdrivende, så er den forvaltningspraksis som granskes ikke underlagt EØS-rettens rammer for fri bevegelse for personer.¹⁹

For mindretallet følger det av denne forståelsen av EU/EØS-retten ved Norges tiltredelse til EØS i 1994 at de aller fleste rettighetshaverne til kontantytelser ved sykdom (ordningene som granskes) ikke hadde den EØS-baserte retten til fri bevegelse for personer. Den langt overveiende andelen av rettighetshavere var norske borgere. De kortvarige/ midlertidige oppholdene i andre EØS-land skjedde ikke som følge av en økonomisk aktivitet, men av andre grunner, normalt som ferie/fritidsreiser.²⁰ I 1994 var norske borgere som hadde rett på kontantytelser ved sykdom og som var på kortvarige/midlertidige opphold i andre EØS-land med andre ord ikke vernet av EØS-rettens krav til fri bevegelse for personer. Under henvisning til personbevegelsen var disse tilfellene dermed innenfor kategorien interne situasjoner, og forvaltningspraksisen kunne ikke, uansett innhold, være i strid med denne EØS-rettslige forpliktelsen.

Begrensninger i retten til å motta kontantytelser ved sykdom under kortvarige/midlertidige opphold i andre EU/EFTA-land rammet imidlertid også persongrupper som har og har hatt EØS-baserte rettigheter som følge av fri bevegelse for personer siden 1994. Dette gjelder som nevnt arbeidstakere/selvstendig næringsdrivende der det foreligger et grensekryssende element. Aktuelle situasjoner er EØS-arbeidstakere/selvstendig næringsdrivende i Norge eller nordmenn som har tatt arbeid/driver virksomhet i et EØS-land. For mindretallet har det sentrale vært å undersøke om disse persongruppene har vært gjenstand for en systematisk EØS-stridig forvaltningspraksis fra 1994. Dette var en liten gruppe av de personene som i 1994 hadde rett til

¹³ Delutredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området* punkt 4.2.4.

¹⁴ Se nærmere om dette i punkt 6.2.8.

¹⁵ Se tidligere forklaring av mindretallets syn på mandatet.

¹⁶ Se fotnote over om hvordan mindretallet avgrensner mellom disse.

¹⁷ I konkurranseretten, herunder for offentlig støtte er dette avgrenset gjennom foretaksbegrepet. Såkalt ikke-økonomisk aktivitet reguleres ikke av disse reglene.

¹⁸ Det var riktignok enkelte begrensede rettigheter for pensjonister (tidligere arbeidstakere) og studenter (fremtidige arbeidstakere) i grensekryssende situasjoner også i 1994 uten at det får betydning her, se de såkalte oppholdsdirektivene 90/364 og 365 og 93/96.

¹⁹ Generelt gjelder et EØS-rettslig krav om ikke-diskriminering uten at det har betydning her.

²⁰ For innlendinger må utgangspunktet være at et fysisk opphold i en annen EUØS-stat er en ferie/fritidsreise i relasjon til en ytelse som skal kompensere for inntektsbortfall. Dette fordi en arbeidstaker/selvstendig næringsdrivende i utgangspunktet må befinne seg fysisk på arbeidsstedet/i nærheten av virksomheten og kun kan bruke ferier til opphold i andre EØS-land, se nærmere om dette avslutningsvis. Opphold i et annet EØS-land som handler om behandling og forbedring av helsetilstanden gir egne EØS-rettigheter som pasient.

kontantytelser ved sykdom etter norsk folketrygdlov.

Omtalen nedenfor av rundskriv og trygde-
rettspraksis i perioden før 1. juni 2012 handler om
hvordan forvaltningspraksisen håndterte arbeids-
takere og selvstendig næringsdrivende som
hadde EØS-baserte rettigheter som følge av
grenseoverskridende arbeidsforhold eller virk-
somhet.

Mindretallets forståelse av hva som utgjorde
interne situasjoner på trygdeområdet ved Norges
tiltredelse til EØS i 1994 underbygges av EU/
EFTA-institusjoners praksis eller mangel på
sådan. Selv om flere medlemsstater i EU har hatt
nasjonale oppholdskrav for å motta kontantytelser
ved sykdom,²¹ og EUs medlemsstater var bundet
av de fire friheter langt tidligere enn Norge, er
ikke mindretallet kjent med saker der EU-dom-
stolen, EU-kommisjonen, EFTA-domstolen eller
ESA har vurdert det mindretallet omtaler som
«interne situasjoner»²² på trygdeområdet opp mot
retten til fri bevegelse annerledes, se punkt
6.2.7 der dette omtales mer utførlig.

Mindretallet ser det altså slik at det i 1994 var i
samsvar med EØS-rettens krav om fri bevegelse
for personer å oppstille et generelt krav om
opphold med unntak etter søknad for mottak av
kontantytelser ved sykdom, med presiseringer i
egne rundskriv om hvordan forvaltningen måtte
praktisere og til dels fravike dette kravet i EØS-
situasjonene. Dette utgangspunktet i norsk for-
valtning var i tråd med den måten trygde-
koordineringen var gjennomført på i EU/EØS.
Trygd er ikke harmonisert i EU/EØS, men tryg-
derettigheter var koordinert for de situasjonene
der økonomiske aktører utnyttet sin rett til
grensekryssende aktivitet. Det ble altså foretatt et
skille mellom borgere som hadde et EØS-rettslig
vern og borgere som kun var regulert av nasjonal
rett. Det var en situasjonsorientert rettsstilstand
som også reflekteres i rundskriv fra perioden, og
som ikke synes ulik den andre EU/EFTA stater
valgte i samme periode.

I det følgende skal mindretallet beskrive
hvordan rundskriv la opp til å ivareta EØS-retts-
lige forpliktelser for de aktuelle ytelsene. Der-
etter skal mindretallet beskrive den rettsutvik-
lingen som trygdeforordning 883/2004 var en

²¹ Mindretallet mener det hadde vært nyttig om granskningen hadde omfattet nærmere undersøkelser av de nasjonale ordningene i ulike EU/EFTA-stater. Mindretallet bygger uttalelsen blant annet på det arbeidet tidligere høyesterettsdommer Utgård har utført, samt generell kunnskap.

²² Innledninger på kontantytelser ved sykdom som er på ferie/fritidsreiser i andre EØS-land.

del av og som ledet frem til et mer omfattende
EØS-rettslig vern for personer som ikke er øko-
nomisk aktive. Denne rettsutviklingen i EU og
senere i EØS fikk etter mindretallets syn avgjø-
rende betydning for det som i 2019 ble avdekket
som EØS-stridig forvaltningspraksis og deretter
gjort til gjenstand for gransking. Det hører imid-
lertid til dette bildet at EFTA-domstolen har hatt
saker helt opp til dags dato om hvordan EØS-
avtalen er å forstå for så vidt gjelder fri bevege-
lighet for personer som ikke er økonomisk
aktive.²³ EØS-retten har på det området grans-
kingen gjelder vært i en dynamisk utvikling i et
relativt komplisert samspill med utviklingen i
EU-retten. Sekundærlovgivningen og rettig-
hetene etter EØS-avtalens hoveddel må sees
både hver for seg og i sammenheng. Sentrale
rettsavklaringer skjer utenfor Norges grenser,
særlig i EU- og EFTA-domstolen. Slik mindre-
tallet ser det har altså den forvaltningspraksisen
som granskes oppstått i en kompleks retts-
tilstand der alle involverte parter, dvs. forvalt-
ningen på alle nivåer, domstoler, påtalemyndig-
het, advokater, private og academia har strevd
med å få oversikt.

6.2.3 Utgangspunkter for forvaltningspraksis om kontantytelser ved sykdom

Her redegjøres det for følgende punkter:

- Granskningen har ikke avdekket at det fore-
ligger brudd på Norges EØS-rettslige forplik-
telser til nasjonal gjennomføring av verken
EØS-avtalens hoveddel eller trygdeforord-
ningene.
- Kontantytelser ved sykdom har som utgangs-
punkt et krav til opphold ved behandlings-
stedet/stedet for aktivitetsplanen og en rett til
å søke om å beholde ytelsen ved reiser. Sam-
tykke er basert på at manglende opphold i
Norge ikke vil hindre forvaltningens opp-
følging og kontroll. Gjennomgangen av lovgiv-
ningen viser at for alle ytelsene så er oppholds-
kravet begrunnet i hensyn som EØS-retten
anerkjenner.
- Det må skilles mellom enkeltsaker der EØS-
retten ikke er anvendt riktig og spørsmålet om
det foreligger en systematisk forvaltningsprak-
sis i strid med EØS-rettens krav.
- Forvaltningen har siden 1. januar 1994 identi-
fisert at EØS-retten stiller spesielle krav til for-

²³ EFTA-domstolen avsa den foreløpige siste avgjørelsen i
denne materien 13. mai 2020, sak E-4/19 *Campbell*.

valtningspraksis på trygdeområdet. Det har også alltid vært en bevissthet i forvaltningen om at EØS-retten har forrang, og at praksis må respektere det EØS-rettslige vernet.

Innledning

Selv om utvalget som helhet har merknader til *måten* trygdeforordningene ble gjennomført på i nasjonal rett, er det ingen i utvalget som hevder at verken den gamle eller den nye trygdeforordningen ble gjennomført i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser for gjennomføring. Trygdeforordningene ble gjort til norsk rett gjennom forskrift.²⁴ Det følger av EØS-loven § 1 at bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov. Det følger av EØS-loven § 2 at bestemmelsene har forrang for annen lov. Det betyr at EØS-baserte rettigheter på trygdeområdet som følge av reglene om fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel, og i trygdeforordningene, har vært gjennomført i nasjonal rett i samsvar med EØS-rettens krav til gjennomføring siden 1. januar 1994.²⁵

EØS-avtalen stiller imidlertid ikke bare krav til nasjonal gjennomføring av EØS-avtalens hoveddel og trygdeforordningene. Selv om den nasjonale gjennomføringen både har vært og er i samsvar med de internasjonale forpliktelsene, kan det foreligge brudd på EØS-avtalen gjennom administrativ praksis (forvaltningspraksis). En sak som illustrerer dette, er sak E-6/12 om eksport av barnetrygd. På samme måte som for ytelsene i denne saken, hadde Norge gjennomført de EØS-rettslige bestemmelsene korrekt i nasjonal rett, men i forvaltningspraksis hadde det utviklet seg et krav for eksport av barnetrygd som EFTA-domstolen mente var i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser.²⁶

Det går et viktig skille mellom et brudd på EØS-baserte rettigheter i én enkelt sak og en EØS-stridig administrativ praksis. EFTA-domstolen slo i sak E-6/12 fast kriteriene for når en for-

valtningspraksis kan utgjør et traktatbrudd. Det stilles krav om en viss grad av konsistent og langvarig forvaltningspraksis, jf. premiss 58 og 63.

«The Court notes that even if the applicable national legislation itself complies with EEA law, a failure to fulfil obligations may arise due to the existence of an administrative practice which infringes EEA law when the practice is, to some degree, of a consistent and general nature (see, for comparison, Cases C-278/03 Commission v Italy [2005] ECR I-3747, paragraph 13, C-135/05 Commission v Italy [2007] ECR I-3475, paragraph 21, and C-416/07 Commission v Greece [2009] ECR I-7883, paragraph 24). (...)»

Therefore, it must be considered that the administrative practice in question is of a consistent and general nature.»

Mindretallet skal i det videre vise at det ikke er grunnlag for en konklusjon om at det fra 1994 foreligger en systematisk forvaltningspraksis om kontantytelser ved sykdom i strid med EØS-rettens krav til fri bevegelighet for økonomisk aktive personer. Utvalget har ikke undersøkt enkeltsaker, og det kan derfor være brudd på EØS-retten i enkeltsaker i perioden fra 1. januar 1994, selv om det ikke foreligger en systematisk forvaltningspraksis i strid med EØS-retten.²⁷ Når det i mandatet til utvalget er bedt om en vurdering av om praksis før 2012 må gjennomgås, så forstår mindretallet det slik at spørsmålet er om det foreligger en systematisk feil i praksis i denne perioden, og ikke om det i én enkelt sak *kan* ha skjedd en feil. Det er neppe behov for et granskingsutvalg for å trekke den konklusjonen at det i perioden 1994–2012 har forekommet tilfeller der EØS-retten ikke er anvendt riktig på et masseforvaltningsområde som trygdeforvaltning er. Spørsmålet etter mandatet slik mindretallet forstår det, knytter seg til behovet for å gjennomgå alle sakene slik Nav har gjort i tiden etter at trygdeforordning 883/2004 trådte i kraft.²⁸

²⁴ For detaljert gjennomgang av dette, se særlig kapittel 7 og 9.

²⁵ Som eksempel ble det både forut for EØS-avtalens ikrafttreden, i forbindelse med ny folketrygdlov, samt på tidspunktet for ny trygdeforordning, uttrykkelig presisert i forskrifter om inkorporering § 1 at forordningen hadde forrang foran folketrygdloven, jf. bl.a. FOR-1992-12-04-914, FOR-1997-04-25-384, og FOR-2012-06-22-585.

²⁶ Sak E-06/12 *EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway* handlet om saker med EØS-arbeidstakere i Norge der den arbeidende forelderen ikke bodde samme med barnet når vedkommende var i hjemlandet, for eksempel som følge av skilsmisse.

²⁷ Ett eksempel på det er sak LB-2007-611-81

²⁸ Det vises til tidligere fotnote om mindretallets forståelse av mandatet der det sentrale for mindretallet er om det foreligger en systematisk feil, og ikke at det i enkeltsaker kan ha skjedd brudd på EØS-retten. For ordnes skyld presiseres at mindretallet ikke med dette uttaler seg om forvaltningsrettens regler om plikt til omgjøring i enkeltsaker. Utvalget skal ikke vurdere enkeltsaker, og det kan derfor være plikt til omgjøring i enkeltsaker der det har skjedd feil, uten at det får betydning for forståelsen av mandatet.

*Krav om opphold og unntak i den nasjonale trygde-
lovgivningen for kontantytelser ved sykdom*

I samsvar med EØS-rettens krav er «oppholds-
kravet» for syke- og pleiepenger²⁹ og arbeids-
avklaringspenger (AAP)³⁰ begrunnet i hensynet
til oppfølging av medlemmet gjennom behand-
lingsopplegg og/eller aktivitetsplan og hensynet
til kontroll med ordningen. I samsvar med EØS-
retten er det stilt et krav om søknad for å gjøre
unntak fra oppholdskravet for kontantytelser ved
sykdom. For sykepenger fulgte dette av ordlyden i
folketrygdloven og for AAP (samt tidligere ytelsener
som AAP erstattet i mars 2010) fulgte dette av for-
valtningspraksis.³¹ En rekke av kontrollmeto-
dene er basert på at medlemmet befinner seg i
Norge. Samtidig er det i mange tilfeller ikke foren-
lig med behandlingsopplegg og/eller aktivitets-
plan å være på reise.

Det fremgår for alle ytelsene at den sentrale
vurderingen for spørsmålet om et medlem kan få
unntak fra oppholdskravet handler om hensynet
til oppfølging av medlemmets behandlingsopp-
legg og/eller aktivitetsplan, hensynet til å hindre
misbruk av ordningen og hensynet til å oppdage
og sanksjonere ev. misbruk.

Etter folketrygdloven § 8-9 tredje ledd kan et
medlem søke om å få sykepenger «i en begrenset
periode under opphold i utlandet» dersom ved-
kommende «godtgjør at utenlandsoppholdet ikke
vil forverre helsetilstanden, forlenge arbeidsufør-
heten eller hindre Navs kontroll og oppfølging».

For rehabiliteringspenger het det i tiden fra
1. januar 1997 til 28. februar 2010 at et medlem
som oppholder seg i utlandet i en begrenset
periode kunne få ytelsener «dersom utenlands-
oppholdet ikke vil forlenge eller vanskeliggjøre
attføringen».

For AAP het det i tiden fra 1. mars 2010 til
31. desember 2017 at et medlem kunne få ytelsener
etter dette kapitlet i loven

«i en begrenset periode under opphold i utlan-
det dersom det kan godtgjøres at utenlands-
oppholdet er forenlig med gjennomføringen av

²⁹ Folketrygdloven § 8-9 for sykepenger, § 9-4 for pleiepenger

³⁰ Folketrygdloven § 11-3 for AAP. Arbeidsavklaringspenger
ble innført i mars 2010 og erstattet de tre ytelsene att-
føringspenger, rehabiliteringspenger og tidsbegrenset
uførestønad.

³¹ Uttalelser i dokumenter utvalget har mottatt indikerer at
det ikke var søknadsplikt i alle tilfeller i hele perioden for å
motta AAP ved kortvarige eller midlertidige opphold i en
EU/EFTA stat, uten at det er nødvendig å redegjøre mer i
detalj for det her.

den fastsatte aktiviteten, og ikke hindrer
Arbeids- og velferdsetatens oppfølging og kon-
troll.»³²

Selv om det var regulatoriske forskjeller mellom
ytelsene, så hadde alle ytelsene et utgangspunkt
om krav til opphold ved behandlingsstedet/stedet
for aktivitetsplanen og en rett til å søke om å
beholde ytelsen ved reiser. Samtykke er basert på
at manglende opphold i Norge ikke vil hindre for-
valtningens oppfølging og kontroll. Gjennom-
gangen av lovgivningen viser at for alle ytelsene
så er oppholdskravet begrunnet i hensyn som
EØS-retten anerkjenner.

Forvaltningspraksisen knyttet til søknadene
om å beholde ytelsen ved reiser er krevende å få
oversikt over. Men for alle ytelsene ble det i for-
valtningspraksisen fra 1994 foretatt et skille mel-
lom situasjoner der EØS-rettens krav til fri
bevegelse for arbeidstakere og selvstendig
næringsdrivende kom til anvendelse og der den
ikke gjorde det (interne situasjoner). Uenigheten
i utvalget handler om det var grunnlag for å skille
mellom disse to situasjonene.

Mindretallet mener at ordningen med et krav
til opphold ved behandlingsstedet/stedet for akti-
vitetsplanen for kontantytelser ved sykdom og
mulighet for å søke om fritak fra kravet både var i
samsvar med de EØS-rettslige forpliktelsene
Norge påtok seg i 1994 og med hva som var vanlig
i andre EØS-land.³³ Bakgrunnen for kravet er
naturligvis ytelsenes karakter som handler om å
få personer så raskt som mulig tilbake i arbeid og
kontroll og oppfølgingshensyn knyttet til inn-
gangsvilkårene for ytelsene. Et grunnlag for
avslag på en slik søknad er som vist over for
eksempel at reising er uforenlig med helse-
tilstanden, ville forverre helsetilstanden eller vil
vanskeliggjøre/forsinke medlemmets mulighet til
å komme tilbake i arbeid. Det er ingen tvil om at
det er en legitim sammenheng mellom å ha en
nasjonal trygdeytelse som skal kompensere et
medlem økonomisk for tapt arbeidsinntekt ved
sykdom samtidig som det, for fortsatt mottak av
ytelsen, kreves at vedkommende skal følge
behandlingsopplegg/aktivitetsplan for å komme
raskest mulig tilbake i inntektsgivende arbeid.

Målet om å få medlemmer som mottar
kontantytelser ved sykdom raskest mulig tilbake i
inntektsgivende arbeid handler ikke bare om hen-

³² Lovendringen i 2018 for AAP behandles ikke her.

³³ Se merknad senere om det arbeidet Utgård har gjort for å
skaffe oversikt over andre lands praksis samt den generelle
erfaringen mindretallet har.

synet til den enkelte, men også om et bærekraftig velferdssystem. Tanken bak kontantytelser ved sykdom er å kompensere for manglende arbeids-evne i sykdomsperioden. Ytelsene omtales ofte slik at medlemmet ikke er «sykemeldt» fra sitt arbeid, men fra sine arbeidsoppgaver. I dette ligger at kontantytelsen skal kompensere for de opp-gavene medlemmet midlertidig ikke kan utføre som følge av sykdommen, men ikke å frata medlemmet verken retten eller plikten til å være tilknyttet arbeidet og til å utnytte mulig rest-arbeidsevne.

I dette ligger også et krav til «opphold» på arbeidsstedet som kan sammenlignes med arbeidstakeres/selvstendige næringsdrivendes manglende mulighet til fritt å reise som følge av tilknytningen til den økonomiske virksomheten. Mindretallet kjenner ikke til noe praksis fra EU-kommisjonen, EU-domstolen, EFTA-domstolen eller ESA som ikke anerkjenner nasjonalstatens rett til å utforme velferdssystemer på slike pre-misser. En EU/EØS-basert generell frihet til å ta lengre opphold utenfor «arbeidsstedet» for medlemmer på kontantytelser, bidrar ikke slik mindretallet ser det til at nasjonalstatene kan sikre et bærekraftig velferdssystem.

For mindretallet handler ikke granskings-saken om at et medlem har en materiell rett til å motta kontantytelser ved opphold i andre EU/EFTA-stater, men at avslag på søknad om å reise ikke begrunnes alene med at medlemmet opphol-der seg i en annen EØS-stat. EØS-retten krever at det er mulig å søke om unntak fra oppholdskravet. EØS-retten krever at søknaden blir behandlet individuelt, og at den avgjøres i tråd med EØS-ret-tens krav. En ytelse kan altså ikke nektes eller kreves tilbake utelukkende med den begrunnelse at medlemmet oppholder seg i utlandet. Det lig-ger imidlertid ikke i dette at EØS-retten krever at stater utbetaler kontantytelser ved kortvarige/midlertidige opphold i andre EU/EFTA-stater. Som utvalget har redegjort for i delutredningen, har forvaltningen legitime grunner til å vite hvor medlemmer som mottar kontantytelser ved syk-dom oppholder seg. Men et oppholdskrav kan ikke ha som eneste funksjon å holde et medlem i Norge. Det har heller ikke det nasjonale opp-holdskravet for sykepenge, pleiepenge og AAP slik mindretallet ser det. De betingelser som er knyttet til å motta slike ytelse begrenser et med-lem's mulighet til å reise, men begrensningene er basert på hensyn som EØS-retten anerkjenner og samsvarer langt på vei med de begrensninger som også de økonomisk aktive har som følge av sine arbeidsforpliktelser/virksomhetsforpliktelser.

Identifisering av EØS-situasjoner

Det følger både av den gamle og den nye trygde-forordningen at trygdekoordineringen i EU/EØS ikke griper inn i landenes mulighet til å oppstille vilkår for mottak av trygdeytelser, jf. henholdsvis artikkel 22 og 21. Slik mindretallet ser det, kan ikke en forvaltningspraksis som for eksempel ikke innvilger mottak av kontantytelser mens medlemmet er på ferie/fritidsreise, generelt sett anses som et nasjonalt vilkår i strid med EØS-retten.³⁴

Som nevnt, handler trygdeforordningene om å *koordinere* de nasjonale trygdeordningene. Bakgrunnen for koordinering og ikke harmonisering er at alle lands velferdssystemer er bygget rundt prinsipper om territoriell avgrensning og til-knytning gjennom nasjonalitet. Med territoriell avgrensning menes at statene i utgangspunktet avgrenser rettighetshavere til personer bosatt på territoriet og som et utgangspunkt forutsetter at ytelsene konsumeres på territoriet. Fra disse utgangspunktene gjøres det unntak der EØS-ret-tigheter kommer inn. Selv om det generelt kan stilles et krav som innebærer opphold i Norge, må et slikt krav praktiseres slik at det ikke er i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Det stilles da krav til at «EØS-situasjonene» identifiseres, og at det gjennomføres individuelle vurderinger som forhindrer ulovlige restriksjoner. En annen måte å formulere dette på er at forvaltningspraksisen må gjennomføres slik at det ikke oppstilles ulovlige hindringer for den frie bevegelse.

I delutredningen har utvalget vist til situa-sjoner som krever individuelle vurderinger.³⁵ En slik situasjon kan være EØS-arbeidstakere som kommer til Norge for å arbeide, blir syke og ønsker å returnere til familie i hjemlandet i rekon-valesensperioden. En annen slik situasjon kan være norske arbeidstakere i utlandet som er dekket av norsk trygdeordning, blir syke og som ønsker å fortsette å oppholde seg i utlandet (ved arbeidsstedet) der man for eksempel har nær familie. Det EØS-retten krever er at de nasjonal vilkår praktiseres slik at retten til fri bevegelse der denne kommer til anvendelse, respekteres.

At forvaltningen hadde omfattende kunnskap om de rammene EØS-retten setter for opp-

³⁴ Jf. ordningen i Danmark som er omtalt ovenfor der medlemmer ikke mottar kontantytelser på ferie. Så vidt mindretallet er kjent med, er dette en nasjonal ordning som aldri har vært vurdert av EU-kommisjonen eller EU-domstolen som å være i strid med Danmarks EU-rettslige forpliktelser.

³⁵ Se for eksempel delutredningen punkt 4.3.1

holds krav i EØS-situasjonene for de ytelsene granskingssaken gjelder, kommer for eksempel klart frem i Arbeids- og velferdsdirektoratets høringsuttalelse til en lovendring i 2008. Direktoratet er også ansvarlig for rundskriv.

I sitt hørings svar gir Arbeids- og velferdsdirektoratet en nokså omfattende beskrivelse av hvilke begrensninger de mener EØS-retten legger på anvendelsen av oppholds kravene:

«Direktoratet viser til at EØS avtalens regler, som går foran de nasjonale reglene, innebærer at en del brukere vil kunne ha større rett til å motta trygdeytelser fra Norge under opphold i utlandet enn etter de nasjonale reglene. Dette kan også gjelde for lengre utenlandsopphold, jfr. prinsippet i EØS avtalens art. 1, bokstav h, angående begrepet 'bostedsland', som etter dagens retningslinjer skal legges til grunn når det gjelder rett til utbetaling av rehabiliteringspenger. Etter disse retningslinjene skal en arbeidstaker som etter nasjonal praksis er vurdert som bosatt i Norge, men som har ektefelle og/eller barn eller nære pårørende som vedkommende har jevnlig kontakt med i 'hjemlandet', også kunne få utbetalt rehabiliteringspenger ved opphold i dette landet.

Vi viser også til forordning 1408/71 artikkel 22. Arbeidstakere eller selvstendig næringsdrivende som bor i, eller flytter til et annet EØS-land, vil fortsatt kunne anses å være omfattet av norsk lovgivning (medlem i trygden) etter EØS-reglene. Rehabiliteringspenger kan da fortsatt ytes eller tilstås under opphold i bostedslandet, dersom vedkommende var i arbeid og hadde rett til sykepenge fra Norge på sykmeldingstidspunktet og sammenhengende har vært sykmeldt fram til kravet om rehabiliteringspenger. Vedkommende må i slike tilfeller søke om tillatelse til å beholde ytelsen ved reise til bostedslandet eller flytting til et annet EØS-land. Slike søknader kan etter EØS-reglene kun avslås dersom det blir fastslått at reisen eller flyttingen kan forverre vedkommendes helsetilstand eller vanskeliggjøre den medisinske behandlingen. Arbeidsavklaringspenger er en ytelse som kombinerer både medisinsk behandling og andre viktige aktiviteter for å komme tilbake til arbeid. Det er dette som bærer kravet til opphold i Norge i de innenlandske reglene. Det bør vurderes nærmere om et bredere hensyn enn ren medisinsk behandling kan begrunne avslag på tillatelser i medhold av forordningens artikkel 22.

Direktoratet påpeker derfor at det vil kunne være en større andel stønadsmottakere som vil kunne motta ytelse i utlandet enn de som er beskrevet i høringsnotatet, dvs. pliktig medlem etter §§ 2-5 og 2-6. Reglene om eksport av ytelse er forskjellig for dagens tre livsoppholdsytelser, og vi antar at arbeidsavklaringspenger bør kategoriseres som kontantytelse under sykdom. Vi ber spesielt om at departementet i odelstingsproposisjonen klargjør hvordan ytelse etter kapittel 11 skal forholde seg til EØS avtalen og andre trygdeavtaler.»³⁶

Direktoratet, som har et overordnet ansvar for å koordinere forvaltningspraksis og ansvar for rundskriv, omtaler her både EØS-rettigheter basert på sekundærrett og basert på primærrett. Direktoratet er helt klare på at det er rettigheter også ved «opphold» i andre EU/EFTA-stater, altså utover situasjonen med flytting. Både arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende er omtalt, og direktoratet viser til EØS-situasjonene som oppstår når en EØS-borger tar arbeid i Norge og når en nordmann tar arbeid i en EU/EFTA-stat. Direktoratets beskrivelse samsvarer også med slik mindretallet forstår innholdet i EØS-rundskriv til ytelsene, se nærmere nedenfor i punkt 6.2.4.

At forvaltningen hadde god kompetanse på at EØS-baserte rettigheter på trygdeområdet kunne følge både av trygdeforordningen og av EØS-avtalens hoveddel fremkommer også i en rapport fra en ekspertgruppe for organisering av Arbeids- og velferdsetaten.

«Dagens sykepengeregelverk har krav til opphold i Norge for retten til sykepenge. Etter EØS-avtalen kan rett til sykepenge under utenlandsopphold kun avslås dersom oppholdet hindrer eller vanskeliggjør medisinsk behandling eller er uheldig for oppfølging av brukere.»³⁷

EU-domstolen har så vidt mindretallet har brakt på det rene, aldri noen gang vurdert en sak med slike nasjonale krav for mottak av tilsvarende kontantytelser som granskingssaken gjelder. Dette er et klart signal om at EU/EØS-retten anerkjenner trygdeordninger som nasjonale så lenge «EØS-situasjonene» identifiseres og behandles individuelt. Det fremgår også klart fra EU-domstolens

³⁶ Arbeids- og velferdsdirektoratets (2008), s. 9.

³⁷ Ekspertgruppe nedsatt av Arbeidsdepartementet (2010) s. 52.

praksis at retten til fri bevegelighet ikke gir noen garanti for at opphold utenfor territoriet kan ha negative virkninger for en persons trygderettigheter.³⁸

Det EU-domstolen har vurdert flere ganger, er spørsmål om lovligheten av et nasjonalt krav som innebærer opphold i riket der medlemmet har valgt å flytte til et annet EU/EFTA-land. Det er ingen tvil om at flytting er en EØS-situasjon. EU-domstolen har gjennom praksis utpenslet statenes forpliktelser ved flytting, herunder tilfeller der trygdeytelser må eksporteres. Generelt har det vært betydelig motstand blant flere av EUs medlemsstater mot eksport av trygdeytelser også ved flytting, noe som for eksempel illustreres av UKs motstand mot dette i *Tolley* som ble avgjort så sent som i 2017.³⁹ Retten til eksport ved flytting faller utenfor granskings-saken. Årsaken til at det nevnes er at forvaltningspraksis knyttet til kontantytelser ved sykdom, har identifisert «EØS-situasjonene» gjennom noe av den samme testen som brukes ved flytting, den såkalte senter for livsinteresse-testen som mindretallet kommer tilbake til nedenfor.

Generelt kan det reises spørsmål ved om denne testen i tilstrekkelig grad alltid har identifisert alle tilfellene der EØS-retten krever at det gjøres en individuell vurdering av kontantytelser. For å forstå praksis må både det generelle EØS-rundskrivet og EØS-rundskrivet for hver ytelse leses i sammenheng. Rundskriv er imidlertid ikke bindende lov/forskriftstekster og må heller ikke leses og tolkes slik. I tillegg til den beskrivelsen av praksis som rundskriv gir, må det gjøres en samlet vurdering av skriftlige og muntlig kilder som utvalget har hatt tilgang på for å få et helhetlig bilde av praksisen. Som nevnt innledningsvis utelukker ikke mindretallet at det kan ha skjedd enkeltfeil i forvaltningspraksisen helt siden 1994.⁴⁰ Mindretallet mener imidlertid at det ikke er grunnlag for en konklusjon om at det foreligger en systematisk forvaltningspraksis siden 1994 i strid med EØS-rettens krav til fri bevegelighet for økonomisk aktive personer.

Det har ikke vært mulig innenfor utvalgets rammer å gå gjennom all relevant forvaltningspraksis i saken. For å få oversikt over praksis er det tatt utgangspunkt i rundskrivene. Måten rundskrivene har håndtert det EØS-rettslige vernet på

har vært i utvikling siden 1994. At EØS-retten stiller spesielle krav til forvaltningspraksis på trygdeområdet har imidlertid alltid vært omtalt i rundskriv. Det har videre også alltid vært klarlagt i rundskriv at EØS-retten har forrang, og at praksis må respektere det EØS-rettslige vernet. Rundskriv ble organisert slik at det var et separat generelt EØS-rundskriv for å veilede saksbehandlere om EØS-rettigheter i tillegg til at EØS-rettigheter var omtalt i tilknytning til den enkelte ytelse, dvs. i rundskriv for sykepengene, i rundskriv for pleiepengene og i rundskriv for AAP (og før det for rehabiliteringspengene), som altså hadde egne omtaler av EØS-rettens betydning for ytelsen.

Spørsmålet i det videre er hva rundskrivene uttaler om unntak fra oppholdskravet for å ivareta EØS-baserte rettigheter for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende der vilkåret om et grenseoverskridende element er oppfylt. Rundskriv er det sentrale styringsinstrumentet direktoratet har for å sikre riktig og enhetlig praksis på trygdeområdet. Det er ikke holdepunkter for at praksis har avveket fra rundskrivene. Føringen for tolkingen av regelverket i rundskriv er i utgangspunktet bindende for saksbehandlere. Trygd er masseforvaltning med et behov for å forenkle og standardisere saksbehandlingen. Likevel er rundskriv ikke uttømmende med tanke på alle de forskjellige tilfeller som kan oppstå i praksis.

6.2.4 Rundskriv om kontantytelser ved sykdom før 1. juni 2012

Her redegjøres det for følgende punkter:

- Rundskriv er en relativt god indikasjon på forvaltningspraksisen, men vil aldri være uttømmende for alle de ulike situasjonene som oppstår i praksis.
- Rundskriv har identifisert det EØS-rettslige vernet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende både i et generelt rundskriv og i rundskriv i tilknytning til de enkelte ytelsene.
- Mindretallet mener at gjennomgangen av rundskriv viser at for alle ytelsene var det lagt opp et system for å ivareta EØS-baserte rettigheter for arbeidstakere og næringsdrivende, det vil si personer som var økonomisk aktive og der vilkåret om et grenseoverskridende element var oppfylt.

Innledning

Spørsmålet i det videre handler om hva mindretallet utleder fra rundskriv for så vidt gjelder for-

³⁸ Se også delutredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området* punkt 4.3.1, og henvisningen til sakene C-95/18 og C-96/18 *van der Berg*.

³⁹ Sak C-430/15 *Tolley*.

⁴⁰ Se for eksempel sak LB-2007-611-81 fra Borgarting lagmannsrett om en kvinne som var omfattet av reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere.

valtningspraksisen om rett til å motta kontantytelser ved sykdom ved kortvarige/midlertidig opphold i EU/EFTA-land i perioden forut for ikrafttredelsen av den nye trygdeforordningen 1. juni 2012. Rundskriv er en relativt god indikasjon på forvaltningspraksisen, selv om rundskriv ikke kan forventes å behandle alle typetilfeller som kan oppstå i praksis.

Generelle rundskriv om EØS og nasjonale trygderegler

Et sentralt spørsmål er om nasjonal trygderettspraksis i tiden før 1. juni 2012 også identifiserer rettigheter som følger av EØS-avtalens hoveddel. Trygderettspraksis er en del av den nasjonale forvaltningspraksisen. Det er viktig å identifisere hva rundskrivene uttaler om praksis. Rundskrivene er «bindende» for Nav, men ikke for Trygderetten. Mindretallet leser ikke rundskrivene i dette tidsrommet slik at forvaltningen bare la til rette for «eksport» av trygdeytelser i «flyttetilfellene» og heller ikke slik at ikke også rettigheter etter EØS-avtalens hoveddel ble identifisert.

Det følger av kapittel 1 om formål og definisjoner i R40-00-02-B08⁴¹ punkt 1.1 at trygdekoordineringsreglene «må sees i sammenheng med fellesskapsreglene om fri bevegelighet av arbeidskraft innenfor EØS». Allerede her gjøres det altså klart at forvaltningen har identifisert den grunnleggende retten til fri bevegelighet for personer. Det uttales videre at målet om «fri bevegelighet gjør det nødvendig å sikre både *trygderettigheter* og opptjening ... når en yrkesaktiv person ... kommer i arbeid i et annet EØS-land» (vår kursiv). Etter mindretallets syn dekker denne formuleringen både økonomisk aktive EØS-borgere som tar arbeid i Norge og økonomisk aktive norske borgere som tar arbeid i en EU/EFTA stat. Rundskrivet omtaler både arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende.⁴²

Det redegjøres videre korrekt i rundskriv fra perioden at det er et skille mellom *interne* situasjoner og situasjoner der EØS-retten kommer til anvendelse. Måten forvaltningspraksis håndterer dette på, ifølge rundskrivet, er å gi anvisning på én type praksis som gjelder for nasjonale forhold og én annen type praksis som gjelder der det foreligger et EØS-basert vern. Sagt på en annen måte så krever rundskrivet at forvaltningspraksisen for nasjonale forhold *fravikes* i EØS-situasjonene for å ivareta EØS-baserte rettigheter. Slik mindretallet

ser det, er det derfor ikke grunnlag for å hevde at forvaltningen ikke er bevisst at oppholdskravet må praktiseres innenfor de rammene som følger av den grunnleggende retten til fri bevegelighet for personer som EØS-retten krever.

En illustrasjon av hvordan forvaltningen må tilpasse nasjonal praksis til EØS-situasjoner kan hentes i bestemmelser om medlemskap.⁴³ Krav i nasjonal rett om å være bosatt i landet for medlemskap, må settes til side i EØS-situasjonene. Rundskrivet gir for eksempel anvisning på at et slikt krav i EØS-situasjonene skal anses oppfylt gjennom bosted i annet EØS-land.

Rundskrivet gir også anvisning på at dersom Nav lokalt er i tvil om EØS-saker, kan de ta kontakt med Folketrygdkontoret for utenlandssaker/Nav Internasjonal/Nav Utland.

Rundskriv fungerer ofte slik at man fremhever typetilfelle for å illustrere for saksbehandlere hvordan de skal identifisere situasjoner og håndtere disse etter regelverket. Rundskriv kan ikke omtale alle de faktiske situasjonene som kan oppstå i praksis. For mindretallet er det sentralt at rundskriv generelt krever at nasjonal praksis fravikes i EØS-tilfellene, og at rundskriv behandler den typiske situasjonen der en EØS-arbeidstaker har rettigheter, på tvers av det oppholdskravet som gjelder for interne situasjoner.

Generelt viser rundskriv til folketrygdloven helt tilbake til denne ble vedtatt i 1997 at EØS-avtalen kan innebære at oppholdskravet må settes til side, og at kontantytelser må utbetales til personer som ikke bare har flyttet, men også som *oppholder* seg i et annet EU/EFTA-land. Plikten til å gjøre en individuell vurdering er nedfelt i rundskriv tilbake til 1997. Det er altså ikke slik at det kun er i flyttetilfellene kontantytelsene utbetales ved opphold i EØS-stater. Det er heller ikke slik at det ikke gjøres individuelle vurderinger.

Om virkningen av EØS-avtalen på området for sykepengene utales i rundskrivet fra 1997 følgende:

«EØS-avtalen som trådte i kraft 1. januar 1994 inneholder også regler om koordinering av trygderettigheter. Dette medfører at det i mange tilfeller må gjøres unntak fra folketrygdlovens bestemmelser. Hovedforordningen på trygdeområdet er EF-forordning nr. 1408/71 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet.

⁴¹ Dato på Lovdata er 2001-02-00, siste endret 2008-02-05

⁴² Se for eksempel rundskrivets punkt 1.2.1, 2.3, 2.10.1 og 2.10.2.

⁴³ Dette er kun en illustrasjon. For problemstillingen i saken er det ikke medlemskaps spørsmålet som er sentralt.

Et av formålene med forordningen er å sikre at personer som ønsker å benytte seg av muligheten til fri bevegelighet for å arbeide, ikke skal hindres i å flytte fra et land til et annet fordi de taper trygderettigheter eller utsettes for forskjellsbehandling. Reglene skal sikre trygderettigheter opparbeidet i forskjellige land og sørge for at de ikke går tapt ved flytting.

Det er gitt en fullstendig fremstilling av dette temaet i eget EØS-rundskriv. For at trygdekontorene skal fange opp hvilke sykepengetilfeller som omfattes av EØS-avtalen gis det en veiledning her. For korrekt behandling av disse tilfellene vises det imidlertid til EØS-rundskrivet.»

Det fremgår av dette at EØS-tilfellene alltid har vært identifisert som situasjoner med egne rettigheter. Saksbehandlere er gjort oppmerksom på at slike tilfeller må fanges opp og at det er et eget rundskriv for EØS-situasjonen.

Det følger av rundskrivet at:

«[n]år en arbeidstaker etter nasjonal praksis er vurdert som bosatt i Norge, men har ektefelle og/eller barn som han eller hun har jevnlig kontakt med boende i hjemlandet, må det sørges for at vedkommende ikke blir avskåret fra ytelse fordi han eller hun oppholder seg hos sin familie. Dette ville innebære et hinder for den frie bevegelighet for arbeidstakere, og dermed et brudd på EØS-avtalen artikkel 28, jf. EF-Traktaten artikkel 39 (artikkel 48 før Amsterdam-Traktaten).»⁴⁴

Her identifiserer rundskriv klart retten til fri bevegelighet som følger av EØS-avtalens hoveddel og redegjør for en typisk situasjon der en EØS-arbeidstakers rettigheter må ivaretas. Mindretallet har ingen grunn til å tro at forvaltningen ikke fulgte lojalte anvisningene som var gitt i rundskriv om disse situasjonene.

For mindretallet ligger det i dette at EØS-baserte rettigheter for arbeidstakere/selvstendig næringsdrivende, enten det gjelder EØS-borgere som tar arbeid i Norge eller nordmenn som tar arbeid i et EØS-land, er identifisert og som et utgangspunkt blir ivaretatt i forvaltningspraksis. Mindretallet ser det slik at omtalen i det generelle EØS-rundskrivet taler *mot* at det foreligger en systematisk forvaltningspraksis i strid med EØS-retten krav til fri bevegelighet for økonomisk

aktive personer i tiden før 1. juni 2012. Dette illustreres ytterligere gjennom omtalen av de aktuelle ytelsene som i tillegg til det generelle EØS-rundskrivet tar opp EØS-situasjonen for hver ytelse i separate rundskriv.

Rundskriv om EØS og sykepenger

R40-08-A04, dato 2001-02-00, siste endret 2004-01-19.

Det er ikke tvil om at det følger av rundskriv om sykepenger at det i visse tilfeller *må* utbetales sykepenger til personer som bor eller *oppholder* seg i et annet EU/EFTA-land. I motsetning til at rundskrivene kun behandler «eksport» ved flytting, så står det altså eksplisitt i rundskriv at sykepenger også utbetales ved «opphold» i et EU/EFTA-land. Rundskriv R40-08-A04⁴⁵ er for eksempel klar på at EØS-avtalen medfører at det må gjøres unntak fra lovens hovedregel om at det er et vilkår for rett til sykepenger at medlemmet oppholder seg i Norge.

Det fremgår også av rundskriv hvilken instans i Nav (Folketrygdkontoret for utenlandssaker, Nav Internasjonal /Nav Utland) som utbetaler sykepenger til en person som *oppholder* seg i utlandet. Det har også fremgått av rundskriv hvilke blanketter som må være oppfylt i slike tilfeller, og hvordan sykepengene skal utmåles (herunder håndtering av opptjeningstid i utlandet mv.). Rundskrivene har omtalt alle relevante persongrupper, arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende fra EU/EFTA-land som tar arbeid i Norge, arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende fra Norge som tar arbeid i andre EU/EFTA-land og grensearbeidere. Rettigheter til familiemedlemmer er også omtalt.

Rundskrivet om sykepenger har i likhet med det generelle EØS-rundskrivet gitt anvisning på at nasjonal praksis med oppholds krav må fravikes i EØS-tilfellene. Generelt uttales at det er forskjell på korte og lange opphold sett hen til behandlingsopplegg/aktivitetsplan, men at det alltid må skje en *individuell* vurdering noe som er helt i tråd med EØS-rettens krav.

Fra Navs rundskriv til § 8-9 hitsettes:

«Det vil i praksis være lettere å argumentere for utbetaling av sykepenger under et kortere enn under et lengre utenlandsopphold. Reiser av lengre varighet vil lettere kunne komme i konflikt med hensynene til blant annet behandling og oppfølging. Det er imidlertid ikke mulig

⁴⁴ Rikstrygdeverket, R40-00, Rundskriv til EØS-avtalens trygdedel punkt 1.2.4, datert 15. februar 2001.

⁴⁵ Datert 2001-02-00

å si noe generelt om for hvor lenge sykepengene under utenlandsopphold kan ytes. *Man må her foreta en konkret vurdering i hver enkelt sak.*» (mindretallets kursivering)

Det er sentralt å merke seg at det her understrekes nødvendigheten av å foreta en individuell vurdering for hvert enkelt tilfelle.

Det utales videre følgende om rett til sykepengene for å ivareta fri bevegelse for arbeidstakere:

«I forhold til bostedsbegrepet skal således følgende praksis legges til grunn: Når en arbeidstaker etter nasjonal praksis er vurdert som bosatt i Norge, men har ektefelle og/eller barn eller nære pårørende som han har jevnlig kontakt med i 'hjemlandet', må vedkommende også kunne få utbetalt sykepengene når han eller hun oppholder seg der. Dette vil være i tråd med den frie bevegelse for arbeidstakere innenfor EØS-området.»⁴⁶

I tillegg har rundskriv gitt anvisning på ulike type-tilfeller for å sikre at praksis ivaretar EØS-baserte rettigheter i vedlegg 2 samt at det er en henvisning til det generelle EØS-rundskrivet.

Rundskriv om EØS og rehabiliteringspenger rundskriv, 15. mai 2006

R40-10-E06 dato 2001-02-00, siste endret 2006-05-16.

Det følger av rundskriv at rehabiliteringspenger følger de samme reglene som for sykepengene.

Videre følger det av punkt 10.2.3 at nasjonal praksis må fravikes i EØS-tilfellene. Det er ingen tvil om at det må foretas en bredere konkret vurdering av rett til ytelser under både *opphold* og bosetting i en annen EU/EFTA-stat.

«Når det gjelder begrepet 'bostedsland' vises til kommentarene til punkt 1.2.4 Artikkel 1 bokstav h 'Bosted'. Her fremgår at man i forbindelse med koordineringsreglene i visse tilfeller må foreta en bredere *konkret vurdering* i forhold til bostedsbegrepet, som i prinsippet ikke er bundet av nasjonal praksis. Det samme prinsippet må legges til grunn når det gjelder rett til utbetaling av rehabiliteringspenger.» (mindretallets kursivering)

I forhold til bostedsbegrepet skal således følgende praksis legges til grunn:

«Når en arbeidstaker etter nasjonal praksis er vurdert som bosatt i Norge, men har ektefelle og/eller barn eller nære pårørende som han har jevnlig kontakt med i 'hjemlandet', må vedkommende også kunne få utbetalt rehabiliteringspenger når han eller hun oppholder seg der. Dette vil være i tråd med den frie bevegelse for arbeidstakere innenfor EØS-området. Hvis derimot en person bosatt i Norge i forbindelse med en sykmelding ønsker et midlertidig opphold i et annet EØS-land, uten at vedkommende har en slik familietilknytning som nevnt ovenfor, kommer vedkommende ikke inn under disse bestemmelsene og må derfor vurderes etter de vanlige dispensasjonsbestemmelsene i folketrygdlovens § 10-3.»

EØS-situasjonen og interne situasjoner behandles i rundskriv før det vises til søknadskravet og til at begrunnelsen for et avslag kun kan være

«dersom det blir fastslått at reisen eller flyttingen kan forverre vedkommendes helsetilstand eller vanskeliggjøre den medisinske behandlingen, kan krav om ytelser under opphold i bostedslandet avslås etter EØS-reglene.»

Til slutt gir rundskrivet anvisning på hvordan ytelsen skal utmåles og hvor oppfølgingen skal skje.

Rundskriv om AAP

R40-11, dato 2012-02-28, siste endret 2018-02-18

På samme måte som for tidligere ytelser var det for ordningen med arbeidsavklaringspenger (AAP) klart at ytelsen i visse tilfeller måtte utbetales til personer som bor eller *oppholder* seg i et EU/EFTA-land. Rundskriv Hovednummer 40, kapittel 11 er for eksempel klar på at EØS-avtalen medfører at det må gjøres unntak fra lovens hovedregel om at det er et vilkår for rett til AAP at medlemmet oppholder seg i Norge. Hvilke saker som skal behandles av Nav Internasjonal fremgår også. Det har også fremgått av rundskriv hvilke blanketter som skal brukes i slike tilfeller, og hvordan AAP skal utmåles (herunder håndtering av opptjeningsstid i utlandet mv.). Rundskrivet har omtalt alle relevante persongrupper, arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende fra EU/EFTA-land som tar arbeid i Norge, arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende fra Norge som tar

⁴⁶ Rundskriv 8.3.2 Sykepengene under opphold i eller flytting til et annet EØS-land

arbeid i andre EU/EFTA-land og grensearbeidere. Rettigheter til familiemedlemmer er også omtalt.

Rundskriv om AAP har i likhet med det generelle EØS-rundskrivet gitt anvisning på at nasjonal praksis med oppholds krav må fravikes i EØS-tilfellene. Det må gjøres en konkret vurdering der man ikke er bundet av nasjonal praksis. Det utales følgende om rett til AAP for å ivareta fri bevegelighet for arbeidstakere:

I forhold til bostedsbegrepet skal således følgende praksis legges til grunn:

«Når en arbeidstaker etter nasjonal praksis er vurdert som bosatt i Norge, men har ektefelle og/eller barn eller nære pårørende som han har jevnlig kontakt med i 'hjemlandet', har vedkommende i utgangspunktet også rett til arbeidsavklaringspenger når han eller hun oppholder seg der. Dette vil være i tråd med den frie bevegelighet for arbeidstakere innenfor EØS-området.»⁴⁷

Rundskriv om pleiepenger

Rundskriv nr. 9 til folketrygdlovens kapittel 9 om pleiepenger gir uttrykk for Navs forståelse av vilkårene for å motta pleiepenger. I merknadene til § 9-4 om opphold i Norge, uttales det følgende:

«Etter § 9-4 skal bestemmelsene om opphold i Norge eller i utlandet i § 8-9 gjelde tilsvarende. Vi viser til § 8-9 med merknader, hvor også EØS-avtalens konsekvenser er kommentert. Se for øvrig EØS-rundskrivet (Hovednummer 40.09)»

Oppsummering

Gjennomgangen av rundskriv for alle ytelsene granskingssaken gjelder kan etter mindretallets syn ikke tas til inntekt for at det fra 1994 foreligger en systematisk forvaltningspraksis i strid med EØS-rettens krav om fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende. Forvaltningen har foretatt et skille mellom interne situasjoner og EØS-situasjoner i samsvar med rettstilstanden i det aktuelle tidsrommet. Sekundærretten gjennom trygdeforordning 1408/71 regulerte ikke situasjonen med oppholds krav for kontantytelser ved sykdom. Rammene for den nasjonale retten i denne perioden var følgelig kun de alminne-

lige EØS-rettslige reglene om fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel. Disse reglene kom i 1994 kun til anvendelse ved grensekryssende økonomisk aktivitet. Gjennomgangen av rundskriv viser at for alle ytelsene var det lagt opp et system for å ivareta EØS-baserte rettigheter for arbeidstakere og næringsdrivende, dvs. personer som var økonomisk aktive og der vilkåret om et grenseoverskridende element var oppfylt.

6.2.5 Praksis fra Trygderetten

Her redegjøres det for følgende punkter:

- Selv om kompetansen blant dommere i Trygderetten på EØS har variert har Trygderetten ivaretatt EØS-baserte rettigheter i sin praksis.
- Mindretallet har også merknader til flere av sakene som flertallet kommenterer, herunder at det ikke er grunnlag for et synspunkt om at Trygderetten ikke har vært klar over at EØS-baserte rettigheter både kan følge av sekundærlovgivning og av rett til fri bevegelighet etter EØS-avtalens hoveddel, primærretten.

Trygderetten er et domstollignende forvaltningsorgan. Mindretallet legger til grunn at også praksis fra Trygderetten er med å belyse den nasjonale forvaltningspraksisen, herunder om det EØS-vernnet enkelte grupper har hatt siden 1994 har blitt ivaretatt. Trygderetten er ikke bundet av rundskrivene. Dersom det er unøyaktigheter i rundskriv eller rundskrivene har kasuistiske eksempler som ikke dekker alle situasjoner, vil systemet med Trygderetten kunne avhjelpe dette.⁴⁸ På et område med masseforvaltning må imidlertid som et utgangspunkt både underinstanspraksisen og klagepraksisen være i samsvar med EØS-rettens krav dersom medlemmer skal få sine rettigheter ivaretatt. Det kan ikke forutsettes at alle saker bringes videre i systemet, for eksempel til Trygderetten.

Mindretallet har som det er redegjort for over, ikke funnet grunnlag for en konklusjon om at det foreligger en systematisk forvaltningspraksis fra Nav i strid med EØS-baserte rettigheter for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende fra 1994. Gjennomgangen av rundskrivene viser tvert imot at praksisen i Nav var innrettet for å ivareta EØS-baserte rettigheter. Mindretallet har imidler-

⁴⁷ Rundskriv 11.3.1 Arbeidsavklaringspenger under opphold/bosetting i annet EØS-land

⁴⁸ Det er en rekke eksempler på det i materialet som utvalget har tilgjengelig. Sak TRR-2016-2634 er et eksempel på at Trygderetten er uenig med Nav i forståelsen av EØS-baserte rettigheter for arbeidstakere og derfor opphever vedtaket.

tid også påpekt at det kan ha skjedd feil. Av denne grunn er det av interesse å vurdere Trygderettens EØS-rettslige kompetanse for å få et bedre totalbilde av forvaltningspraksisen.

Fra intervjuer med dommere i Trygderetten fremkommer det at det var forskjell på EØS-kompetansen hos dommere. Mindretallet har imidlertid notert seg at en rekke kjennelser fra Trygderetten på en systematisk måte lenge før gjennomføringen av trygdeforordning 883/2004 orienterte om EØS-rett, herunder om de fire friheter.⁴⁹

I det videre har mindretallet merknader til flertallets redegjørelse for praksis fra Trygderetten i kapittel 11. Mindretallet deler ikke flertallets gjengivelse av sak TRR-2013-704. At et overordnet organ opphever et vedtak fra underinstansen med en begrunnelse knyttet til manglende oppfyllelse av nasjonale vilkår, kan ikke tas til inntekt for at vedtaket ikke også kunne vært opphevet med andre begrunnelser, herunder basert på arbeidstakerens EØS-baserte rettigheter. Overordnede forvaltningsorgan både kan og ofte vil, i likhet med domstolene «hoppe over gjerdet der det er lavest». Mindretallet kan ikke slutte seg til en kritikk fra flertallet av Trygderetten for ikke *også* å redegjøre for andre grunnlag for oppheving, herunder innholdet av det EØS-rettslige vernet, i en situasjon der dette ikke er nødvendig for å avgjøre saken. Trygderetten skal ta stilling til enkeltsaker og har en betydelig saksmengde. Trygderetten kan ikke forventes å redegjøre generelt for EØS-retten i saker der de kommer til at vedtaket fra underinstansen skal oppheves av andre grunner.

Når det gjelder sak TRR-2012-195 så fremgår det av faktumgjennomgangen i saken at det var dokumentasjon for at den *sykemeldte* oppholdt seg i Norge blant annet for å male utleierens hus. Som Trygderetten selv påpeker er slik aktivitet lite forenlig med å motta sykepengen. Det er ingen tvil om at det er forenlig med EØS-retten å oppstille krav til at de grunnleggende inngangsvilkårene for en ytelse er oppfylt. Dersom en person mottar sykepengen, men er i stand til å utføre inntekts-givende arbeid foreligger nettopp et tilfelle som illustrerer forvaltningens behov for oppfølging og kontroll. I ethvert velferdssystem er det sentralt både for legitimiteten og den generelle oppslutningen, at misbruk avdekkes og følges opp med sanksjoner.

Når det gjelder sak TRR-2011-1098 deler mindretallet flertallets syn om at Trygderetten ikke anvendte EØS-retten riktig. Saken er imidlertid *ikke* et eksempel på at norsk forvaltningspraksis er i strid med EØS-rettslige krav. Etter at Trygderetten hadde avsagt kjennelsen ble vedtaket omgjort av forvaltningen selv gjennom et nytt vedtak.

Sentralt for mindretallet er imidlertid at saken også illustrerer at Trygderetten både var klar over det vernet som fulgte av trygdeforordning 1408/71 og det vernet som fulgte av retten til fri bevegelighet. Mindretallet har ikke funnet grunnlag for et synspunkt om at forvaltningen ikke har vært klar over at EØS-baserte rettigheter både kan følge av sekundærlovgivning, og av rett til fri bevegelighet etter EØS-avtalens hoveddel, primærretten. Trygderetten kommenterer i saken både hvilke rettigheter som følger av forordningen og hvilke rettigheter som følger av EØS-avtalens hoveddel. Retten uttaler at

«[p]rinsippet om fri bevegelse av personer innen EU/EØS er en av de fire friheter som det europeiske fellesskapet er bygd opp rundt: fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital».

Nettopp gjennom å vise til dette som separate grunnlag for EØS-baserte rettigheter demonstrerer Trygderetten at den er kjent med både den generelle retten til fri bevegelighet og koordineringen i trygdeforordningene. Saken illustrer at Trygderetten er kjent med reglene om fri bevegelighet i primærretten *i tillegg til* reglene i sekundærretten, dvs. trygdeforordningene.

I tillegg illustrer saken at også Nav er kjent med at det både er rettigheter etter forordningen og etter de alminnelige reglene om fri bevegelighet samt innholdet av disse. Det var Nav Internasjonalt som innvilget sykepengene i saken med henvisning til at klageren hadde rett til dette etter de alminnelige regler om fri bevegelighet i EØS-området.

På denne bakgrunn er det mindretallets syn at heller ikke gjennom henvisningen til ulike saker behandlet i Trygderetten, kan det slås fast at det foreligger en systematisk forvaltningspraksis fra 1994 i strid med EØS-rettens krav til fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende. Det følger av dette at mindretallet mener at forvaltningen som følge av retten til fri bevegelighet for arbeidstakere og næringsdrivende ikke må gjennomgå praksis fra 1994.

⁴⁹ Se som eksempel fra tidlig 2000-tallet i sakene TRR 2000-1214, TRR 2000-5350.

6.2.6 Forvaltningspraksis etter 1. juni 2012

Innledning

I denne delen redegjør mindretallet for forståelsen av forvaltningspraksisen etter 1. juni 2012 i lys av de EØS-rettslige rammene for fri bevegelighet for personer. Et sentralt punkt er at den EØS-rettslige rammen ikke lenger er begrenset til arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende som driver grensekryssende aktivitet. For å forstå den endringen av rettstilstanden fra 1. juni 2012 som utvalget la til grunn i delutredningen, og betydningen for praksis, redegjøres det først for unionsborgerskapet og deretter for den nye trygdeforordningen.

Unionsborgerskapet i EU og betydningen i EØS

Her redegjøres det for følgende punkter:

- Rett til fri bevegelighet for alle uavhengig av økonomisk aktivitet er i EU knyttet til et traktatfestet unionsborgerskap som ikke finnes i EØS-avtalens hoveddel.
- Trygdeforordning 883/2004 var i EU en del av sekundærlovgivningen om rett til fri bevegelighet for alle personer uavhengig av økonomisk aktivitet.

Forholdet mellom retten i EU til fri bevegelighet for alle personer uavhengig av økonomisk aktivitet og EØS er kontroversielt og uavklart, og EFTA-domstolen behandlet en sak om dette senest i mai 2020.

I EU har utviklingen lenge gått i retning av at rettighetssubjektene ikke lenger bare er personer som kan karakteriseres som økonomiske aktører som arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende. Med utgangspunkt i et unionsborgerskap⁵⁰ er rettighetshavere nå enhver statsborger i EU uavhengig av økonomisk aktivitet. Det vil føre for langt å redegjøre her for den politiske utviklingen i EU som har beveget unionen fra å være konsentrert om å etablere det indre *marked* til å bli en mer helhetlig *politisk union* som ivaretar en rekke samfunnshensyn.⁵¹

Det er imidlertid et åpent spørsmål hvordan EØS-avtalen, som er grunnleggende knyttet til EU som et prosjekt for å etablere det indre marked med økonomiske aktører i sentrum, forholder seg til EU som en mer helhetlig politisk union med både økonomiske og ikke-økonomiske faktorer i

sentrum.⁵² Rett til fri bevegelighet for alle uavhengig av økonomisk aktivitet er i EU knyttet til et traktatfestet unionsborgerskap.⁵³

Det er ingen uenighet om at EØS-avtalen ikke inneholder et unionsborgerskap.⁵⁴ Men som Fredriksen og Mathiesen uttaler «[i] en viss utstrekning gir EØS-avtalen også rettigheter til fysiske personer som ikke er økonomisk aktive»⁵⁵. Det uttales videre at dette er en utvikling i EU som er utfordrende i EØS, og at for EU er sondringen mellom personer som er økonomisk aktive og de som ikke er det av langt mindre betydning nå enn før, med den konsekvens at ny lovgivning gjerne regulerer rettighetene til begge grupper. Som omtalt tidligere var det nettopp én av de tingene som skjedde gjennom den nye trygdeforordningen.⁵⁶

EFTA-domstolen har behandlet flere saker om direktiv 2004/38/EF (unionsborgerdirektivet) som ble vedtatt samtidig med den nye trygdeforordningen i EU og som var en del av unionens arbeid med rettigheter som følge av det traktatfestede unionsborgerskapet.⁵⁷ I gjennomføringsarbeidet med trygdeforordning 883/2004 er det ikke holdepunkter for at det skjedde en koordinering nasjonalt for gjennomføringen av både unionsborgerdirektivet og trygdeforordningen. Dette er overraskende ettersom det er nærliggende å se disse samlet som sentrale deler av harmoniseringen av retten til fri bevegelighet for personer. I delutredningen har utvalget behandlet denne utviklingen av retten til fri bevegelighet for personer både i EU og i EØS mer i detalj.

Selv om unionsborgerskapet har vært traktatfestet i EU siden Maastricht-traktaten, var det ikke før 2000-tallet at EU-domstolen begynte sin mer omfattende praksis med å utpensle det nærmere

⁵² EFTA-domstolen avgjorde en sak om rett til fri bevegelighet for ikke økonomisk aktive personer 13. mai 2020, se sak E-4/19 *Campbell*.

⁵³ Se TEUF artikkel 20 og 21, se videre delutredningen *Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området* fra utvalget.

⁵⁴ Fri bevegelighet for personer er i EØS-avtalen knyttet til økonomisk aktive personer, arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende.

⁵⁵ Fredriksen og Mathiesen (2018) s 80.

⁵⁶ Se mer om dette i delutredningen *Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området* fra utvalget særlig punktene 1.2.3 og 1.2.4.

⁵⁷ Unionsborgerdirektivet ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens vedtak 7. desember 2007. I dette arbeidet identifiserte EFTA-landene spenningsforholdet mellom det generelle unionsborgerskapet i EU, sekundærlovgivning som viser til dette og EØS-avtalen, se mer om dette i delutredningen. I fortalen til den nye trygdeforordningen vises det generelt til EU-rettens krav til fri bevegelighet for personer.

⁵⁰ Nå artikkel 20 og 21 TEUF.

⁵¹ Se for en analyse av dette for EØS-avtalen i Fløistad (2018), Wennerås (2018) og Fløistad (2018b).

innholdet av unionsborgerskapet på trygdeområdet. Utvalget har i delutredningen både vist til saker der den alminnelige rett til fri bevegelighet som unionsborgerskapet gir, er til hinder for at hjemstaten knytter negative virkninger til trygderettigheter ved egne statsborgeres opphold i andre medlemsstater og til saker der administrative kontrollhensyn er ansett som mer tungtveiende enn retten til fri bevegelighet.

Poenget her er å vise at fra EFTA-domstolen behandlet spørsmål om unionsborgerskapets betydning i EØS i sak E-26/13 *Gunnarsson*, deretter i sak E-28/15 *Jabbi* og senest i sak E-4/19 *Campbell* som ble avgjort så sent som i mai 2020, så har det vært uavklarte spørsmål knyttet til EØS-avtalens rekkevidde på området for fri bevegelighet for ikke-økonomisk aktive personer. Utvalget har i delutredningen redegjort for tolkningen av den nye trygdeforordningen i lys av retten til fri bevegelighet for personer. På området granskingsaken gjelder er det med andre ord et skjæringstidspunkt for rettigheter knyttet til ikrafttredelsen av den nye trygdeforordningen. Granskingsutvalgets vurdering her betyr imidlertid ikke at ikke også andre tidspunkter kan være relevante.⁵⁸ Poenget her er å vise at det har skjedd en gradvis utvikling av EU-retten og senere av EØS-retten som det har vært krevende for alle rettsanvendere å få oversikt over.

EØS «unionsborgerskap» og trygdeforordning 883/2004

Her redegjøres det for følgende punkter:

- Gjennomføringen av trygdeforordning 883/2004 og utviklingen i EU og i EØS om retten til fri bevegelighet for alle personer uavhengig av økonomisk aktivitet, var til hinder for at forvaltningen videreførte tidligere praksis mer eller mindre uendret
- Nasjonale trygdeordninger kan avgrense en rett til velferdsytelser for eksempel når medlemmet er på ferie. Det kan imidlertid ikke i samsvar med EØS-rettens krav skilles mellom ferie/fritidsreiser i EU/EFTA-stater og ferie/fritidsreiser i Norge for dette formålet.

I delutredningen har utvalget redegjort for forholdet mellom nasjonale oppholds krav og EØS-rettens krav om fri bevegelighet for personer. Som

⁵⁸ Det kan for eksempel diskuteres om ikrafttredelsestidspunktet for unionsborgerdirektivet i EØS kunne vært et skjæringstidspunkt for rettigheter for ikke økonomisk aktive.

utvalget har redegjort for, må nasjonal praksis ivareta EØS-baserte rettigheter. Som mindretallet allerede har redegjort for, så er det ikke grunnlag for å hevde at forvaltningspraksisen fra 1994 var i strid med den EØS-baserte rettighetene til fri bevegelighet for økonomisk aktive personer.

Utvalget har i delutredningen lagt til grunn at ved innføringen av trygdeforordning 883/2004 endret rettstilstanden i Norge seg på flere punkter. Trygdeforordningen var en del av utvidelsene i EU som følge av unionsborgerskapet og retten til fri bevegelighet uavhengig av økonomisk aktivitet. Forordningen hadde et annet personelt anvendelsesområde enn forordning 1408/71 og må sees i sammenheng med unionsborgerdirektivet som ble vedtatt samme år i EU, samt EU-domstolens praksis om innholdet av retten til fri bevegelighet for personer uavhengig av økonomisk aktivitet.

I delutredningen har utvalget vist til flere tolkningsalternativer for artikkel 21. Sentralt for den forståelsen utvalget har av artikkel 21 er den generelle retten til fri bevegelighet for personer uavhengig av økonomisk aktivitet som følger av unionsborgerskapet i EU og homogenitetsprinsippet i EØS. På tidspunktet den nye trygdeforordningen ble tatt inn i EØS-avtalen var allerede unionsborgerdirektivet tatt inn i avtalen selv om det var utarbeidet en felleserklæring som tok forbehold for unionsborgerskapet i EØS.⁵⁹ Det er likevel ingen tvil om at unionsborgerdirektivet også i EØS har gitt omfattende rettigheter til ikke-økonomisk aktive personer. I motsetning til da unionsborgerdirektivet ble innlemmet i EØS, så tok imidlertid ingen EFTA-land noen forbehold knyttet til unionsborgerskapet da den nye trygdeforordningen ble innlemmet i EØS-avtalen. I den situasjonen at unionsborgerdirektivet allerede var tatt inn i EØS-avtalen og den nye trygdeforordningen bygget videre på borgernes rett til fri bevegelighet uavhengig av økonomisk aktivitet uten noen forbehold, fant derfor utvalget at også nordmenn på ferie/fritidsreiser til andre EU/EFTA-land hadde EØS-baserte rettigheter etter artikkel 21.

Det følger av dette at gjennom den tolkningen utvalget la til grunn av artikkel 21 i den nye

⁵⁹ For unionsborgerdirektivet ble tatt inn i EØS-avtalen, ble det avgitt en Felleserklæring til EØS-komiteens beslutning som blant annet uttalte følgende: «Begrepet unionsborgerskap som innført ved Maastricht-traktaten ... [nå TEUF artikkel 20 og 21] har ingen parallell i EØS-avtalen. Innlemmingen av direktiv 2004/38/EF i EØS avtalen skal ikke berøre vurderingen av EØS-relevansen av framtidige EU-rettsakter eller framtidig rettspraksis fra EF-domstolen basert på begrepet unionsborgerskap. EØS-avtalen medfører ikke et rettslig grunnlag for EØS-borgernes politiske rettigheter.»

trygdeforordningen skjer det grunnleggende endringer i rettstilstanden for EØS-baserte rettigheter gjennom ikrafttreddelsen av forordningen.

Som vist over fra EFTA-domstolens praksis er det likevel mange spørsmål som oppstår når sekundærregleverk tolkes på en bestemt måte i EØS for å oppnå homogentetsmålsettingen. Professor Tarjei Bekkedal tar opp en del spørsmål som det hadde vært naturlig at utvalget vurderte, særlig forholdet mellom sekundærrett og primærrett for å fastlegge innholdet av den EØS-rettslige forpliktelsen.⁶⁰ Det som er klart er imidlertid at ingen av disse ble identifisert i gjennomføringsarbeidet.

Fra EØS-notatet om trygdeforordning 883/2004 het det nemlig at

«[d]et dreier seg ... ikke om en grunnleggende eller gjennomgripende substansiell endring. Grunnprinsippene for koordineringen og de viktigste trekkene i systemet er i all hovedsak som før»⁶¹.

I et brev fra departementet som svarer på en henvendelse fra direktoratet om konsekvensene av trygdeforordning 883/2004 uttales at de nye forordningene «vil i det alt vesentlige ikke medføre vesentlige materielle reglendinger».⁶²

Som vist over er det en oppsummering av rettstilstanden ved den nye forordningen som ikke samsvarer med det utvalget la til grunn i delutredningen. Sentralt for spørsmålet i granskingsaken slik mindretallet ser det, er at den rettsutviklingen som innføringen av den nye trygdeforordningen tolket i lys av fri bevegelighet for personer innførte, var til hinder for at forvaltningen kunne videreføre den administrative praksisen fra før 1. juni 2012. Det var ikke lenger tilstrekkelig med et system der man foretok et skille mellom interne situasjoner og EØS-baserte situasjoner slik at for eksempel «innlendingers ferie/fritidsreiser» til EU/EFTA-land falt utenfor den EØS-rettslige beskyttelsen. Fra den dokumentasjonen som utvalget har mottatt, herunder gjennom intervjuene fremgår det imidlertid at i hovedsak så ble innholdet av rundskriv videreført uavhengig av ikrafttreddelsen av trygdeforordning 883/2004. Det kan synes som at mye av forvaltningspraksisen fortsatte som før.

I forbindelse med implementeringen av den nye trygdeforordningen ble enkeltspørsmål om kontantytelser ved sykdom og fritak fra oppholdskravet diskutert. Et spørsmål var om artikkel 21 i forordningen opphevet muligheten for et system med et generelt oppholdskrav og søknad om fritak. Årsaken til denne diskusjonen var en endring av ordlyden i forordningen. Spørsmålet for forvaltningen var hvordan man skulle ivareta de hensyn som begrunnet oppholdskravet, og kontroll med det grunnlaget som kunne gi avslag på søknader om fritak, dersom forordningen var til hinder for i det hele tatt å ha et søknadskrav. Sagt på en annen måte og litt forenklet, så ville forvaltningen uten søknadsplikt ikke lenger ha noe grunnlag for å vite om oppholdskravet ble fraveket i strid med ordningenes intensjoner.

Løsningen ble at forvaltningen opprettholdt den tidligere ordningen med et oppholdskrav som utgangspunkt og rett til søknad om fritak også etter at trygdeforordning 883/2004 var implementert. Diskusjonene synes imidlertid å ha foranlediget endringer i rundskriv som har vært medvirkende til det mindretallet mener ble en systematisk forvaltningspraksis i strid med EØS-rettens krav.

I rundskriv nr. 45 til EØS-avtalens bestemmelser om trygd kapittel 8 ble det gjort endringer 12. januar 2012. Det er vist til at bakgrunnen for endringen var ikrafttreddelsen av trygdeforordning 883/2004 1. juni 2012. Under punkt 8.7.2 sykepenger under reise eller flytting til et annet EØS-land het det:

«Når det gjelder personer som bor og arbeider i Norge, og som ønsker å dra på *feriereise* til et annet *EØS-land*, gjelder vilkårene i § 8-9» (mindretallets kursivering).

Denne endringen skjedde altså eksplisitt for sykepenger. For pleiepenger skjedde det implisitt ved en henvisning til reglene om sykepenger. For AAP kan mye tyde på at det samme skjedde dersom man ser endringene i rundskriv i sammenheng.⁶³

Denne formuleringen grep inn i tidligere praksis på flere måter. For det første ble det med denne formuleringen vanskelig å ivareta EØS-situasjonene på samme måte som tidligere. Som fremstillingen ovenfor viser ble EØS-situasjonene blant annet identifisert og «løst» gjennom

⁶⁰ Se Bekkedal (2020).

⁶¹ EØS-notatet om Ny trygdeforordning ble opprettet 27. oktober 2006 og sist oppdatert 27. oktober 2012.

⁶² Brev 11. mai 2009.

⁶³ Det er ved endringen 23. november 2018 at det eksplisitt henvises til feriereiser i rundskrivet for AAP, men dette er oppgitt å være en stadfestelse av praksis og ikke noe nytt, se konklusjonen i rapporten fra Internrevisjonen side 21.

at forvaltningen la til grunn en annen forståelse av bostedsbegrepet. Forenklet forklart synes praksis å ha vært at selv om forvaltningen som et utgangspunkt la til grunn at mottaker av ytelsen både hadde arbeid og bosted i Norge (senter for livsinteresse i Norge), så ble oppholdskravet til-sidesatt gjennom en revidert bostedsvurdering (i senter for livsinteresse-vurderingen ble det for eksempel lagt avgjørende vekt på at nær familie var i hjemlandet). Avsnittet om feriereiser og EØS var ikke lett forenlig med denne måten å identifisere EØS-situasjonene på da den tok utgangspunkt i at en person «*bor og arbeider*» i Norge, og det gjorde for eksempel mange EØS-arbeidstakere selv om de hadde nær familie i hjemlandet.

For det andre ble det med denne formuleringen vanskelig, ev. umulig å ivareta EØS-rettens forbud mot diskriminering. Nasjonale begrensninger knyttet til mottak av trygdeytelser og avvikling av ferie/fritidsreiser kan ikke skille mellom der slike reiser foretas til en EU/EFTA-stat og der slike reiser foretas i Norge. Disse situasjonene må likebehandles for dette formålet.

Mindretallet forstår det slik at ingen av kontantytelsene ved sykdom i granskingssaken i utgangspunktet utbetales ved avvikling av ferie. Mindretallet forstår det også slik at det ikke er noen forskjell for så vidt gjelder denne regelen mellom avvikling av ferie i et EØS-land eller avvikling av ferie i Norge. Etter mindretallets syn er det som nevnt ingen grunn til å tro at EØS-retten krever at kontantytelser ved sykdom skal utbetales også når medlemmet avvikler ferie. Det betyr at dersom kontroll/avslagspraksisen hadde tatt utgangspunkt i at medlemmet i strid med regelverket hadde mottatt en kontantytelse ved sykdom mens vedkommende var på ferie og vært nøytral mht. om medlemmet oppholdt seg i Norge eller i et EØS-land på ferie, så er det vanskelig å se at praksisen kunne være i strid med EØS-rettslige forpliktelser.

Den kontroll/avslagspraksisen som særlig intensiverte og utviklet seg under den nye trygdeforordningen var imidlertid ensidig opptatt av om medlemmer oppholdt seg i et annet EØS-land og begrunnet tilbakebetalingskravet/manglende rett til ytelsen kun med dette. I denne praksisen forlater forvaltningen tilsynelatende den egentlige begrunnelsen for oppholdskravet som handler om behandlingsopplegg/aktivitetsplan og målet om å komme raskest mulig tilbake i arbeid. I denne praksisen handler det ikke lenger om å vurdere EØS-baserte rettigheter og gjøre en individuell vurdering av tilfeller i samsvar med EØS-rund-

skriv. Kontroll/avslagspraksisen utviklet seg til å handle kun om opphold i andre EØS-land og begrunnelsen for vedtak ble utformet i samsvar med dette.

I intervjuene og fra dokumentasjonen i granskingssaken har utvalget blitt opplyst om en offensiv praksis for tilbakekreving av trygdeytelser ved utenlandsopphold som ble innledet på slutten av året 2012 med virkning for vedtak særlig i tidsrommet fra 2014. En spesielt intens fase for denne sakstypen var perioden der den administrative etterforskningen tok i bruk mer avanserte teknologiske virkemidler for å avdekke «trygdemisbruk». Det har blitt omtalt slik for utvalget at gjennom å bruke slike virkemidler kunne forvaltningen lett identifisere medlemmer som oppholdt seg utenfor Norge og slå ned på dette som brudd på vilkårene for trygdeytelsen. På tidspunktet da denne saken ble avdekket var det etter mindretallets syn på denne bakgrunn en systematisk forvaltningspraksis knyttet til kontantytelser ved sykdom i strid med EØS-rettens krav.

Det betyr at mindretallet støtter den gjennomgangen av praksis som Nav allerede er godt i gang med for saker etter 1. juni 2012. Når det gjelder analysene av hvordan feilpraktiseringen kunne skje, herunder ansvarsfordeling, mener imidlertid mindretallet at den rettsutviklingen som det er redegjort for i dette punktet, burde vært omtalt i granskingsrapporten. Granskingsrapporten burde gjennomgående fått frem når analysene var basert på at tjenestereglene kom til anvendelse og når analysene er uavhengig av hva en domstol måtte komme frem til på dette spørsmålet.⁶⁴ Det savner mindretallet i analysene i rapporten.

Retten til å motta tjenester som turist og nasjonale velferdsordninger

Her behandles følgende hovedpunkter:

- Mindretallet mener at spørsmålet om anvendelsen av tjenestereglene bør avgjøres av en domstol.

⁶⁴ Det gjelder for eksempel i kapittel 11 der analysen av saker fra tiden før forordning 883/2004 trådte i kraft ikke skiller mellom saker om arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende og andre persongrupper. Videre kan det stilles spørsmål ved om dette også gjelder der gjennomgangen er bygget på et premiss om at EØS-retten «gir rett til opphold». Slik mindretallet ser det, er det forskjell på et vern mot at forvaltningen avslår en ytelse utelukkende basert på opphold i en annen EU/EFTA-stat og at EØS-retten gir rettigheter knyttet til «å beholde en ytelse» ved kortvarige/midlertidige opphold i andre EU/EFTA-stater. Det siste kan slik mindretallet ser det, ikke bygges på retten til fri bevegelighet for personer, men må ev. bygge på retten til å motta tjenester som turist.

- Mindretallet kan ikke se at den analyserte forvaltningspraksisen har fastsatt en betingelse om opphold i Norge som ville bety at retten til å motta tjenester som turist helt ville miste sitt innhold. Det er opplyst at det generelt er samtykket til «korte» opphold, og det samsvarer også med lovens system.
- Både økonomisk aktive og for eksempel medlemmer på dagpenger har begrensninger i muligheten til å foreta «lengre» ferie/fritidsreiser i andre EU/EFTA-land.
- Mindretallet legger til grunn at også ved kontantytelser ved sykdom kan det skilles mellom medlemmenes bundet «arbeidstid» og ubundet ferie/fritid. Et medlem er ikke «sykemeldt» fra sitt arbeid, men fra sine arbeidsoppgaver. Tilknytningen til arbeidet er en rett og en plikt, herunder å utnytte enhver restarbeidsevne. Dette legger tilsvarende begrensninger på friheten til å reise som for økonomisk aktive og for eksempel dagpengemottakere. Dette har betydning for velferdsordningers bærekraft noe også EU/EØS-retten anerkjenner.
- En forståelse av EU/EØS-retten som ensidig fokuserer på individuelle økonomiske rettigheter på tvers av kollektive interesser om bærekraft samsvarer ikke med dette medlemmets forståelse av den utviklingen i EU/EØS-retten som har ledet frem til en bred anerkjennelse av et solidaritetsprinsipp.

Gjennomgangen viser slik mindretallet ser det, at det ikke er et grunnlag for å hevde at det siden 1994 har vært en systematisk forvaltningspraksis om kontantytelser ved sykdom i strid med EØS-rettens krav om fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende. Utvalget som helhet er enige om at det siden 1994 ikke har vært en forvaltningspraksis om kontantytelser ved sykdom i strid med trygdeforordning 1408/71.

I denne situasjonen hevder flertallet likevel at praksis fra 1994 må gjennomgås. Flertallet bygger dette på EØS-rettens krav om fri bevegelighet for tjenester som beskytter rettigheter for turister til å motta tjenester fra vertslandet på ferie/fritidsreiser.

Mindretallet mener som uttalt i delutredningen at ettersom dette spørsmålet står for domstolene nå, så bør det finne sin avgjørelse der. Mindretallet vil likevel gi noen refleksjoner rundt hvordan mindretallet har forstått forvaltningspraksisen i saken opp mot innholdet av tjenestefriheten. Særlig gjennom intervjuene har utvalget blitt opplyst om en forvaltningspraksis der søknader om «korte» ferielignende opphold i EU/EØS-området gjennomgående ble innvilget for med-

lemmer som mottok kontantytelser ved sykdom. Den generelle overordnede begrunnelsen for denne praksisen har vært at «korte» ferielignende opphold normalt ikke har vært til hinder for behandlingsopplegg/aktivitetsplaner. Dette samsvarer også med lovens system. Slik mindretallet har forstått den intensiverte kontroll/avslagspraksisen rammer den særlig «lengre» midlertidige opphold i andre EU/EFTA-stater.

Spørsmålet blir da om og eventuelt hvilke rammer for denne forvaltningspraksisen som følger av den EU/EØS-baserte rettigheten for turister til å motta tjenester på feriereiser.

Det første punktet mindretallet vil kommentere er spørsmålet om denne forvaltningspraksisen fastsatte en betingelse om opphold som ville bety at retten til å motta tjenester som turist helt ville miste sitt innhold.⁶⁵ Mindretallet minner først om redegjørelsen over om hvordan oppholdskravet ble praktisert for å sikre retten til fri bevegelighet for arbeidstakere og private næringsdrivende som driver grensekryssende virksomhet i EU/EFTA-land. Praksisen handler derfor i hovedsak om det som grovt sett kan omtales som oppholds krav for innlendinger som mottar kontantytelser ved sykdom og der den grensekryssende aktiviteten ikke er knyttet til økonomisk aktivitet.

Som nevnt tidligere kompenserer kontantytelsene for inntektstap. Alle kan rammes av sykdom. Kontantytelsene sikrer at personer som ikke kan jobbe som følge av sykdom, fortsatt har inntekt. Inntekt er det en arbeidstaker/selvstendig næringsdrivende mottar i bytte mot arbeidsinnsats. Gjennom krav til arbeidsinnsats for en som er økonomisk aktiv legges også føringer for denne personens disponering av tiden, herunder krav til opphold ved arbeidsstedet/virksomhetsstedet. Det følger av en arbeidstakers plikt til å utføre arbeid i arbeidstiden, at også friheten til å velge oppholdsstedet begrenses. Arbeidstakere har imidlertid rett på både ferie og fritid. Arbeidstakere mottar ikke inntekt i fritiden og heller ikke ved avvikling av ferie.⁶⁶ I slike perioder styrer arbeidstakere selv oppholdsstedet. Sagt på en annen måte så kan det skilles mellom krav til oppholdssted for en arbeidstaker ved utføring av arbeid og manglende krav til oppholdssted for en arbeidstaker utenfor arbeidssituasjonen, dvs. i ferie/fritiden.

⁶⁵ Se *Tolley* avsnitt 88 der dette er utgangspunktet for å underkjenne det nasjonale kravet til opphold på trygdeområdet.

⁶⁶ Det er ikke nødvendig for argumentasjonen her å beskrive hvordan ordningen med feriepengene er utformet.

Slik mindretallet har forstått forvaltningspraksisen så har det også for en mottaker av kontantytelser ved sykdom i utgangspunktet vært et skille mellom «arbeidstid» og ferie/fritid. Det vises til gjennomgangen over og at forvaltningen har opplyst om at det normalt har blitt samtykket til «korte» feriereiser til EU/EFTA-stater. Lovens system er også at korte opphold er forenlig med de pliktene mottakere av kontantytelser har.

Krav til oppholdsted gjenfinnes også for personer som mottar dagpenger. Dagpenger er også en ytelse som skal kompensere midlertidig for inntektsbortfall. Krav til å være tilgjengelig for mulig arbeid reduserer muligheten for fritt å ta «lengre» midlertidige opphold i andre EØS-land i perioder der man mottar dagpenger. Mindretallet kjenner ikke til noe EØS-land som ikke har implisitte oppholdskrav for mottakere av dagpenger. Mindretallet kjenner ikke til at EU-domstolen i sin praksis på noe tidspunkt har uttalt at slike nasjonale krav som forutsetter opphold er berørt av dagpenger-mottakers rett til å motta tjenester som turist. Utvalget har i delutredningen redegjort for saker fra EU-domstolen. Når kontroll/avslagspraksisen har avslått «lengre» midlertidige opphold i andre EØS-land, så har praksisen opp mot retten til å motta tjenester som turist behandlet mottakere av kontantytelser på samme måte som arbeidstakere og mottakere av for eksempel dagpenger. Mindretallet finner på denne bakgrunn ikke grunnlag for at det foreligger en systematisk forvaltningspraksis der retten til å motta tjenester som turist helt har mistet sitt innhold for mottakere av kontantytelser.

Det kan være mange årsaker til at EØS-land har oppholdskrav ved mottak av kontantytelser ved sykdom. Flere av disse har vært behandlet i delutredningen. Det fremgår for alle ytelsene at den sentrale vurderingen for spørsmålet om et medlem kan få unntak fra oppholdskravet handler om hensynet til oppfølging av medlemmets behandlingsopplegg og/eller aktivitetsplan, hensynet til å hindre misbruk av ordningen og hensynet til å oppdage og sanksjonere ev. misbruk.

Mindretallet ønsker her å synliggjøre at også legitimitet og allmenn oppslutning er fundamentalt for opprettholdelse av velferdssystemer mer generelt. Velferdssystemer er bygget opp rundt et solidaritetsprinsipp som også anerkjennes i EU/EØS-retten. Innholdet av dette solidaritetsprinsippet må avveies mot at den økonomiske tjenestefriheten også omfatter fritak fra hjemstatsrestriksjoner for å motta turisttjenester på ferie/fritidsreiser. Det er ikke irrelevant som hensyn at de mange nasjonale arbeidstakere/selvstendig

næringsdrivende som bidrar til å finansiere velferdsordningene vil finne det rimelig at det skilles mellom «arbeidstid» og ferie/fritid også for mottakere av kontantytelser. En rett til «lengre» midlertidige opphold i andre EØS-stater ville opphevet et slikt skille mellom «arbeidstid» og fritid for mottakere av kontantytelser som dermed ville stå friere enn de økonomisk aktive til å velge oppholdssted.

Enten en person er arbeidstaker, selvstendig næringsdrivende eller midlertidig på en kontantytelse som følge av sykdom, så vil vedkommende som mottar inntekten eller kompensasjonen for bortfallet av inntekten oppleve at midlene strekker lenger ved opphold i EØS-stater med lavere levekostnadsnivå enn Norge. For alle persongruppene kan dermed økonomien være et incitament til å oppholde seg utenfor Norge.⁶⁷ For arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende vil den økonomiske aktiviteten sette rammer for oppholdsstedet. Det er fritiden/ferien som kan benyttes til reising. En konsekvens av flertallets syn er at EU/EØS-rettens regler om tjenestefrihet er medvirkende til at det skapes en ulikhet mellom disse persongruppene. De nasjonale reglene med oppholdskrav bidrar til mer like rammer for de med inntekt og de med inntektskompensasjon, mens konsekvensen av flertallets syn er at retten til å motta tjenester som turist krever at nasjonale systemer favoriserer de som midlertidig har behov for velferdsordninger. Mindretallet mener EU/EØS-retten for lengst har anerkjent det kompliserte samvirke i nasjonale solidaritetsordninger og behovet for allmenn oppslutning og legitimitet.

Til dette bildet hører også noen faktiske observasjoner knyttet til de organene som har best forutsetninger for å fastlegge innholdet av EU/EØS-rettens krav. Retten til fri bevegelighet for tjenester har vært en traktatfestet rettighet siden opprettelsen av Unionen. Utvalget har ikke funnet noen saker der Kommisjonen har innledet dialog med nasjonale myndigheter i en EU-stat for å etablere om nasjonale oppholdskrav for mottak av kontantytelser ved sykdom er forenlig med retten til å motta tjenester som turist. Utvalget kjenner ingen saker fra EU-domstolen som vurderer om nasjonale oppholdskrav for mottak av kontantytelser ved sykdom (tilsvarende granskingsaken) er forenlig med retten til å motta tjenester som turist. ESA har hatt flere saker mot norske myndigheter om for-

⁶⁷ Det er uten videre klart at det er en rekke andre hensyn som inngår i en slik beslutning, men resonnementet er basert på at alle disse tenkes like på tvers av gruppene.

enligheten av oppholdskrav i nasjonal trygderett og EØS-rettens krav, uten at overvåkingsorganet, som med flertallets syn har hatt den muligheten siden 1. januar 1994, har tatt opp retten til å motta tjenester som turist med norske myndigheter.

ESA har hatt tett kontakt med norske myndigheter spesifikt om folketrygdens krav til opphold for rett til syke- og arbeidsavklaringspenger ved flere anledninger. En sak gjaldt en klage våren 2000 fra en norsk kvinne som ble syk i Spania. Hun fikk avslag på sykepenger og ESA fikk i dialogen med norske myndigheter detaljert kunnskap om den norske praksisen med oppholdskrav for kontantytelser ved sykdom. ESA fulgte opp saken i over to år blant annet med krav om informasjon om endringer både i rundskriv og praksis. Ikke på noe tidspunkt som utvalget er kjent med, har ESA tatt opp spørsmålet om det nasjonale oppholdskravet for kontantytelser og forholdet til retten til å motta tjenester som turist.

Til dette bildet hører også at dersom retten til å motta tjenester har det omfanget flertallet hevder, vil denne rettigheten langt på vei konsumere reglene om fri bevegelighet for personer. Bestemmelser i unionsborgerdirektivet og grenser for lovlig opphold, ville i praksis miste sin betydning dersom personer ubetinget kan påberope seg at de mottar tjenester i det landet de oppholder seg. Det samme gjelder avgrensning av arbeidstakerbegrepet, for eksempel i relasjon til grensearbeidere som også gjennomgående mottar tjenester i et annet land enn der de bor.

Uavhengig av hva domstolen nå kommer til om forvaltningspraksisen knyttet til kontantytelser ved sykdom og retten til å motta tjenester som turist, så mener mindretallet at det har betydning for vurderingen av spørsmålet om årsaker og ansvar at det ikke foreligger noe praksis eller noen henvendelser om dette spørsmålet fra de organene som fortrinnsvis har mest spesialkompetanse på området.

Det følger også av dette at mindretallet mener rapporten gjennomgående burde fått frem når analysene er basert på at tjenestereglene kommer til anvendelse og når de ikke er det.

Ved gjennomgående å slå dette sammen i rapporten baserer denne seg imidlertid på et bestemt utfall i domstolen som ikke er kjent på tidspunktet rapporten avgis.

6.2.7 Oppsummering

Denne gjennomgangen viser behovet for at analysene i granskingsrapporten skiller mellom den situasjonen at tjenestereglene kommer til anvendelse på de ytelsene granskingen gjelder og den situasjonen at de ikke gjør det.

delse på de ytelsene granskingen gjelder og den situasjonen at de ikke gjør det.

For perioden før gjennomføringen av den nye trygdeforordningen er dette spørsmålet avgjørende for hvem som har en EØS-basert rettighet. Dersom domstolen kommer til at tjenestereglene ikke kommer til anvendelse, vil svaret på om praksis fra 1994 skal gjennomgås, avhenge av en vurdering av de krav som følger av retten til fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende. Mindretallet har vurdert dette, mens flertallet uttaler at de ikke har vurdert om det foreligger en systematisk forvaltningspraksis i strid med retten til fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende og uttaler seg bare om at det har vært enkelte feil siden 1994.⁶⁸

Med denne tilnærmingen fra flertallet er det uklart hva flertallet egentlig mener om dette punktet i mandatet dersom det viser seg at de har tatt feil om anvendelsen av tjenestereglene.

For perioden etter gjennomføringen av trygdeforordning 883/2004 er behovet for å skille ut spørsmålet om anvendelsen av tjenestereglene i analysene knyttet til å forklare og opplyse hvordan feilen kunne skje og spørsmål om ansvar. Gjennomgangen har vist at retten til fri bevegelighet for personer uavhengig av økonomisk aktivitet er en rettsutvikling som har skjedd over tid i et komplisert samspill mellom EU-rett og EØS-rett.

Som redegjort for i delutredningen finnes det argumenter for andre tolkninger av den nye trygdeforordningen i lys av retten til fri bevegelighet for personer i EØS enn utvalgets tolkning. En domstol er selvsagt ikke bundet av utvalgets tolkning. Som redegjørelsen for blant annet praksis fra EFTA-domstolen viser, er spørsmålet om fri bevegelighet for ikke-økonomisk aktive borgere i EØS både sammensatt og til dels uavklart. Av norske rettskilder kan det nevnes at Høyesterett uttalte i en sak fra 2015 at EU-domstolens praksis om unionsborgerskap på det området den saken gjaldt, ikke hadde virkning for EØS-stats-

⁶⁸ Flertallet uttaler at de ikke har vurdert forvaltningspraksis som sådan og bare uttaler seg om at det har vært enkelte feil siden 1994. Flertallet henviser flere steder til at utvalget i delutredningen fant at det kan foreligge feilpraktisering av kravet til opphold også før 2012. Delutredningen ble publisert før utvalget begynte sin gransking av forvaltningspraksisen. Slik mindretallet ser det, er formuleringen i delutredningen kvalifisert med at utvalget finner systematiske feil i forvaltningspraksisen. Mindretallet mener som det er redegjort for, at det ikke er grunnlag for en konklusjon om at det foreligger slike systematiske feil i tiden før gjennomføringen av den nye trygdeforordningen.

borgere.⁶⁹ Mindretallet mener på denne bakgrunn at utvalgets tolkning i delutredningen ikke var opplagt for forvaltningen når denne behandlet søknader om ytelser ved kortvarige/midlertidige opphold i et annet EU/EFTA-land. For mindretallet har dette betydning når man skal analysere og besvare spørsmålet om hvordan feilpraktiseringen kunne skje, herunder ansvarsspørsmål.

Mindretallet mener på denne bakgrunn at den analysen utvalget hadde mandat til å utføre, burde vært foretatt basert på utviklingen av retten til fri bevegelighet for personer, og at denne analysen burde vært skilt fra en analyse som forutsetter at retten til fri bevegelighet for tjenester kommer til anvendelse.

Mindretallet mener at det hadde gitt en rapport som bedre hadde svart på utvalgets mandat, dersom det gjennomgående i analysene hadde blitt skilt mellom en rettsstilstand der fri bevegelighet for tjenester kommer til anvendelse, og der den ikke gjør det. For spørsmålet om praksis helt fra 1994 skal gjennomgås, er det som vist kun mindretallet som har vurdert dette under den forutsetning at tjenestereguleringene ikke kommer til anvendelse.

6.3 Merknad fra utvalgsmedlem Per Sanderud

Utvalgets medlem Sanderud mener at spørsmålet om tjenestereguleringenes anvendelse med den rett til tjenesteutveksling som flertallet beskriver bør overlates til domstolene, i tråd med standpunktet i delutredningen. Basert på medlemmet Fløistads gjennomgang av Nav sine rundskriv for perioden 1994 til 2012, er det vanskelig å se en systematisk forvaltningspraksis om kontantytelser ved sykdom i strid med EØS-rettens krav til fri bevegelighet for økonomisk aktive personer, dvs. arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende, i denne perioden. Merknaden til medlemmet Fløistad, inn tatt i punkt 2, gir slik medlemmet Sanderud ser det, godt innsyn i hvordan feilen i 2012 kunne skje. Det betyr ikke at det ikke kan ha vært begått enkeltfeil i samme periode.

⁶⁹ Høyesterett avsa dom 29. januar 2015 der et avslag på opphold fra Utlendingsnemnda ble kjent ugyldig. Høyesterett vurderte unionsborgerskapet i EU-retten i avsnitt 51–52. Høyesterett uttalte EU-domstolens praksis om unionsborgerskapet var «interessant og ganske vidtrekkende», men at den ikke hadde «virkning for EØS-statsborgere». I den forbindelse ble det vist til Felleseklæring til EØS-komiteens beslutning om innlemming av unionsborgerdirektivet i EØS. Verken *Jabbi*- eller *Campbell*-sakene fra EFTA-domstolen var avgjort på tidspunktet for Høyesteretts avgjørelse av «Maria-saken».

6.4 Merknad fra utvalgsmedlem Kristin Bugge Midthjell

6.4.1 Innledning

Utvalgsmedlem Midthjell deler utvalgsmedlem Fløistads syn på forvaltningspraksis, og utviklingen av denne, de EØS-rettslige problemstillinger, og at det ikke er grunnlag for å trekke konklusjoner knyttet til EØS-rettens tjenesteregler, men at dette må få sin avklaring i domstolen.

Dette medlem har også deltatt i diskusjon og gjennomgang av framstillingen i punkt 2, og kommet med enkelte innspill underveis. Det vises også til omfattende samarbeid rundt delutredningen. Det bemerkes at det er gjort et betydelig arbeid fra utvalgsmedlem Fløistad med framstillingen, på svært begrenset tid, og at det overordnet vurderes at kapittel 6 særlig bidrar til å øke «bredden» i framstillingen i rapporten.

Både struktur, gjennomgang og innfallsvinkel i punkt 6.2 anses for både relevant og nyttig for utvalgets mandat, særlig opp imot vurderinger av om forvaltningens praksis før 2012 må gjennomgås, departementets rolle, gjennomføringen av forordningene, og ikke minst den utvikling som lå til grunn for den feilpraktisering som har vist seg i forvaltningen de senere årene. Dette anses svært relevant også for ønsket om at «alle sider av saken» skal belyses.

Både kapittel 6, samt dette medlemmets øvrige særmerknader får betydning for alle de steder der dette overlapper med utvalgets vurderinger, gjennomganger og henvisninger, og særlig med tanke på de deler av utvalgets framstilling der det foreligger eventuelle motstridende vurderinger.⁷⁰ Det har av tidsmessige årsaker ikke vært mulig for dette medlemmet å ta stilling til dette gjennom en detaljert gjennomgang opp imot de øvrige kapitlene og det tas således et uttrykkelig forbehold for de tilfeller der det ikke er samsvar med rapporten for øvrig.

Det vises i så måte til de steder i rapporten der det konkluderes med at en vesentlig del av problemene oppsto som følge av at den nye trygdeforordningen ble gjennomført som forskrift og ikke ved lov, og at dette derfor medførte mindre grundig arbeid. Dette medlemmet deler ikke nødvendigvis

⁷⁰ Utvalgsmedlem Midthjell har en del omfattende merknader til påtalemyndighetenes og domstolenes behandling av straffesakene i kapittel 12, og de politiske og forvaltningsmessige føringer og prosesser som er gjennomgått i kapittel 15. Disse merknadene er tatt ut av kapitlene og flyttet til et eget kapittel 18, der punkt 18.3 er merknader til kapittel 12, og 18.4 er merknader til kapittel 15.

dette synet, da det både er presisert uttrykkelig at forordningen har forrang, det er gitt klare føringer i rundskriv, det ikke i senere lovendringer har vært tatt hensyn til EØS-rettslige føringer ved innstramminger mht. oppholdskrav, samt det dette medlem viser til under, herunder vedrørende tjenestereglene i punkt 6.4.4, med hensyn til at tjenestereglene ble gjennomført ved lov.

6.4.2 Noen særlige innspill knyttet til forvaltningens praksis:

Innledning

Som nevnt stiller dette medlem seg bak framstillingen i punkt 6.2, herunder det syn på forvaltningspraksis og de framhevede vurderingene av EØS-praksis som fremgår, samt vurderinger av rettigheter og hindringer til disse.

Medlemmet Midthjell ønsker imidlertid også å vise til at det gjennom de (dog svært begrensede) undersøkelser dette medlem har hatt mulighet til å gjøre, ser ut til å ha vært en praksis over tid som har ivaretatt EØS-rettslige krav også implisitt, antakeligvis siden før EØS-avtalen. Dette anses å i ytterligere grad vise «alle sider» av saken, og bakgrunnen for de oppholdskrav som har fremgått av lovgivningen på ulike tidspunkt, særlig dersom regler i utgangspunktet var vurdert å være i overensstemmelse med EØS-retten allerede i 1994, og derfor ikke nødvendiggjorde endring

Årsaken til at dette medlem anser dette for relevant, er at det for medlemmet Midthjell fremstår slik at det de senere årene er fastholdt det oppholdskravet som har vært gjeldende i lengre tid, men at formålet og hensynene bak disse kravene har blitt tilsidesatt i større grad. Det har således skjedd en dreining bort fra formål bak oppholdskrav, og formål med dispensasjoner fra disse, over på et oppholdskrav som sådan, og etter hvert også betydelige konsekvenser av «brudd» på dette.

Dreiningen i praksis knyttet til oppholdskrav

I tidligere folketrygdlov, forarbeider til denne, samt i både rettspraksis og trygderettspraksis, ser det ut til å være lagt til grunn andre vurderinger både hva gjelder omfang av utenlandsopphold, unntak fra disse, samt evt. konsekvenser av «brudd», enn det som fremgår av de senere års praksis og regelverk.

Det ser imidlertid ut til å ha vært en gradvis endring i vurderinger av grunnlaget oppholdskravene de senere årene⁷¹, samt innstramminger i

regelverket, og klarere definisjoner og bestemmelser om varighet av mulige opphold, søknadskrav m.v.

Det har også vært en gradvis endring av konsekvenser av utenlandsopphold, og betydning ikke bare for bortfall eller tilbakekreving av ytelser, men også hva gjelder straff. Det har imidlertid ikke vært lett å få klarhet i akkurat når endringene i praksis har skjedd, eller eventuelt hva som har vært de faktiske årsakene til dette⁷².

Dette ser derfor ut til å ha medført en dreining bort ifra oppholdskrav, med begrunnelse i tråd med EØS-retten,⁷³ over på at «ethvert» brudd på oppholdskrav medfører trygdemisbruk. Det som ser ut til å være gjennomgående⁷⁴ fra tidlig av hva gjelder «trygdemisbruk» har for de relevante ytelser eksempelvis vært feilinformasjon om sykdom/uførhet, unnlattelse av å føre opp arbeid i meldekort m.v. Dette fremgår også klart av undersøkelser om trygdemisbruk, så sent som i 2013, der andre former for trygdemisbruk var fokus⁷⁵.

For dette medlem ser det ut til at selve oppholdskravene har blitt «stående», men uten at den opprinnelige begrunnelsen og formålet med disse har blitt ivaretatt på samme måten de senere årene. Det ser derfor ut til å ha skjedd en endring, etter at den nye forordningen trådte i kraft, og især fra slutten av 2013/starten av 2014. Dette er også sammenfallende med en periode der det skjedde endringer i politiske føringer/ønsker hva gjelder ønsket om å stanse trygdemisbruk, der det ble et fokus på å hindre «trygdeeksport».⁷⁶

Noen utdypende momenter fra praksis på 90-tallet

For personer som har blitt syke under utenlandsopphold, har retten i henhold til trygdeforord-

⁷¹ I henhold til det medlemmet Midthjell har gjennomgått, især fra slutten av 2013 og framover (se dette medlemmets særmerknad til kapittel 15 i punkt 18.4)

⁷² Det presiseres at dette medlemmets vurderinger og gjennomganger er av begrenset omfang, der dette medlemmet har hatt begrenset med tid til disposisjon, og det tas således et klart forbehold om dette.

⁷³ Jf. «lovlige hindringer» ihht. EØS-retten, gjennomgått i kapittel 6.

⁷⁴ Med forbehold om unntak som dette medlem ikke har identifisert

⁷⁵ Se blant annet Probas rapport nr. 2013-05, i samarbeid med Arbeidsdepartementet: «Trygdesvindler i Norge – En kartlegging av fem stønadsordninger» av 22. februar 2013, der et av hovedområdene var AAP, men der likevel ikke utenlandsopphold som «trygdemisbruk» var et drøftingstema i ekspertutvalget.

⁷⁶ Jf. Sundvollen-erklæringen og etterfølgende regjeringsplattformer – se dette medlemmets særmerknader til kapittel 12 og 15, se punkt 18.3 og 18.4.

ningen blitt ivaretatt, jf. kapittel 6 og 7, samt delutredningen. I TRR 1994-1538⁷⁷, som omhandler nettopp et slikt forhold, fremgår det også *hva* Rikstrygdeverket og Trygderetten mente var praksis, og hva som var hensyn bak oppholds krav og evt. dispensasjon til disse, allerede i 1992⁷⁸:

Etter Rikstrygdeverkets egne anførsler, fremkommer det at dispensasjon kan gis dersom

«den trygdede mottar sykepenger allerede før avreisen fra landet og legen på forhånd erklærer at det utvilsomt vil foreligge arbeidsuførhet under hele utenlandsoppholdet eller en viss tid etter avreisen fra landet. Det må i alle fall anses klart at utenlandsoppholdet ikke vil forlenge sykmeldingsperioden. Det kan også tillegges vekt hvorvidt det dreier seg om en langvarig sykdom der utenlandsoppholdet anses gunstig av medisinske eller andre tungtveiende grunner».

Denne presiseringen ser således ut til å ivareta EØS-rettslige krav, selv for et saksforhold som angikk tiden før EØS-avtalens ikrafttreden.

I en annen sak som gjaldt tidligere folketrygdlov (TRR 1999-295), inntraff arbeidsuførheten før utenlandsoppholdet, mens det ble søkt først i ettertid. Søkeren fikk kun godkjent fire av i alt 6–7 uker. Trygderetten kom til at det var *forståelig og naturlig* at en person som hadde bodd i Norge i 23 år (ukjent statsborgerskap), ønsket å reise «hjem» til Tyskland i forbindelse med en akutt vanskelig livssituasjon. Dette ble derfor vurdert å være «særlige grunner» til slikt opphold, også ut over de godkjente fire ukene, selv om brukeren selv trodde at hun ikke hadde lov til å reise utenlands, men psykologen hadde «gått god for» dette.⁷⁹

I en tredje sak, etter ny folketrygdlov (TRR 1999-3834) fremgår det av henvisning til Rikstrygdeverkets retningslinjer til folketrygdloven § 8-9, som er den aktuelle bestemmelsen for sykepengers og pleiepengers vedkommende i vår sak:

«Etter folketrygdloven av 17. juni 1966 nr. 12 § 3-3 nr. 3 kunne det gis unntak fra hovedregelen hvis det forelå 'særlige grunner'. Formuleringen 'særlige grunner' er ikke videreført i

den nye folketrygdloven. Ved å velge uttrykket 'Etter søknad kan. .' har lovgiver allikevel gitt trygden en hjemmel for skjønnsmessig vurdering.»

I den nye lovbestemmelsen ble det gjort et skille mellom sykdom før avreise og sykdom som inntraff først underveis, men hensikten var å videreføre muligheten til en skjønnsmessig vurdering i hver enkelt sak. Trygderetten viste videre til at begrunnelsen for å måtte sannsynliggjøre sykdom i utlandet var

«hovedsakelig vanskelighetene med å føre kontroll med arbeidsuførheten, sykdommens karakter, varighet og konsekvenser for arbeidsevnen, under den trygdedes opphold i utlandet. [...] I tillegg må det foreligge særlige grunner som gjør det rimelig å dispensere i følge forarbeidene».

Selv om dette i den konkrete saken gjaldt sykdom som inntraff i utlandet, viser dette hva hensynene bak dispensasjonsmulighetene i nåværende folketrygdlov § 8-9 var iallfall to år etter at loven trådte i kraft.

Dette medlem har ikke funnet straffesaker om de samme reglene/oppholds kravet i tidligere folketrygdlov § 3-3⁸⁰, og heller ikke dommer der utenlandsopphold i seg selv har medført straff, før det i 2011 ble avsagt en dom, i hovedsak knyttet til *dagpenger*, der det også var en periode med sykepenger. Vedkommende var for øvrig norsk statsborger, og således ikke vernet av 71-forordningen. For oppholds krav ved dagpenger vises til kapittel 6.

Hva gjelder straffesaker for de andre aktuelle ytelsene, har dette medlemmet heller ikke funnet saker vedrørende AAP, eller de ytelsene som ble slått sammen til AAP, eller for pleiepengers del, knyttet til tidligere folketrygdlov og oppholds krav. For saker med domfellelser også for forhold før 2012, ser det videre ut til at det er snakk om anmeldelser *etter* at ny trygdeforordning trådte i kraft. Det ser ikke ut til at det har vært snakk om domfellelser for trygdebedrageri grunnet utenlandsopphold for disse ytelsene før i 2014. Det bemerkes videre at det også må gjøres et skille for saker før og etter ny trygdeforordning, jf. konklusjoner i delutredningen, samt kapittel 6.2 og vernet før 2012, i tillegg til om det faktisk var snakk om handlinger som kunne anses for å være bedrageri, jf. også overgangsordninger ut 2012 for AAP sitt vedkommende.

⁷⁷ Saken gjaldt et avslag fra 1992, der forholdet ble regulert etter tidligere folketrygdlov fra 1966

⁷⁸ Folketrygdloven av 1966 § 3-3 nr. 3 omhandlet alle utenlandsopphold, og skilte ikke mellom sykdom som inntraff før og etter oppholdet.

⁷⁹ I denne saken er det med andre ord godkjent opphold spesifikt i tråd med EØS-retten, uten at dette eksplisitt er presisert relevant. Det vises i så måte til gjennomgangen i medlemmet Fløistads framstilling i punkt 6.2.5.

⁸⁰ Det vises igjen til forbehold knyttet til dette medlemmets muligheter for å gjøre egne undersøkelser.

Noen momenter knyttet til de ulike ytelsene og endringer i oppholdskrav

De ulike ytelsene i granskingen har vært regulert av ulike bestemmelser, definisjoner og krav til ulike tider. Det har også vært endringer i hvilke dispensasjonsmuligheter fra oppholdskravene som har vært aktuelle, ikke bare for EØS-saker, men for alle utenlandsopphold.

Det fremgår klart at det har vært ulikt regelverk ikke bare til forskjellige tidspunkt, men også for forskjellige ytelser, herunder ytelsene som etter hvert ble til AAP i 2010. Det var videre en overgangsordning ut 2012 for personer som var inne i et slikt løp forut for endringen i 2010⁸¹, og det må derfor også sees hen til om praksis for disse personene i realiteten oppstilte et oppholdskrav, før evt. etter 31. desember 2012 (også for øvrige mottakere av AAP).

Yrkesrettet attføringsstønad utgjør en vesentlig del av dagens AAP, som også er den ytelsen som i hovedsak straffedommene fra de senere årene omhandler.

På tidspunktet for EØS-avtalens gjaldt det for *yrkesrettet attføringsstønad*, at en person som oppholdt seg i utlandet i en begrenset periode kunne få attføring dersom utenlandsoppholdet ikke ville forlenge eller vanskeliggjøre attføringen.

Av NOU 1990: 20, om «forenklet folketrygdlov», kapittel 14 (stønad ved langvarig sykdom, skade eller lyte) fremgår følgende:

«Utvalget vil imidlertid foreslå at vilkåret om opphold i Norge kan fravikes i enkelte tilfeller [...]

Utkastets første ledd presiserer hovedregelen om at det er et vilkår for rett til stønad etter dette kapitlet at medlemmet oppholder seg her i Norge. Etter utkastets annet ledd er det gjort unntak fra oppholdsvilkåret ved utenlandsopphold som varer kortere enn seks måneder. Det innebærer at stønad kan gis selv om medlemmet drar på ferie eller tar kortere studieopphold i utlandet. Det er etter utvalgets syn upraktisk at trygdemyndighetene skal stoppe stønader ved slike korte utenlandsopphold. Det er dessuten ofte vanskelig å kontrollere om medlemmet oppholder seg i utlandet i kortere perioder. Forslaget vil medføre en administrativ forenkling. Utvalget antar at seks måneders uten-

landsopphold er en passende tid for å fange opp de som er på langtidsferie i utlandet» (medlemets kursivering).

Det bemerkes at seks måneder ble omtalt som «korte» opphold, og at det her var siktet til langtidsferier. Det vises i så måte til de ulike vurderingene av «korte» og «lange» opphold som har vært et omfattende tema de senere årene, jf. rapporten for øvrig (se eksempelvis kapittel 7 og forholdene høsten 2018).

Av forarbeidene til nåværende folketrygdlov § 11-3 fremgår det at

«Bestemmelsen er tatt med for å gi en person som mottar attføringspenger under yrkesrettet attføring mulighet til å reise på ferie til utlandet uten å miste attføringspengene. [...] Departementet ønsker å presisere at det er et vilkår at utenlandsoppholdet i disse tilfellene ikke forlenger eller vanskeliggjør attføringsopplegget. Departementet har ikke foreslått noen fast tidsgrense for utenlandsoppholdets varighet, ut over at det skal gjelde i en 'begrenset periode'. Med 'begrenset periode' mener departementet et tidsrom som anses som rimelig ferietid. Dette er i samsvar med gjeldende praksis».

Av dette fremgår det med andre ord at formålet var å åpne opp for at attføring (en vesentlig del av nåværende AAP) kunne beholdes under ferier i utlandet, og at det var meningen å begrense dette til «rimelig ferietid», noe som etter ovennevnte NOU kunne være opptil seks måneder. Videre var det presisert at man ønsket å beholde muligheten for skjønnsmessige vurderinger, og at formålet var å ikke forlenge eller vanskeliggjøre attføringsopplegget⁸².

Oppsummering og vurdering – mulig årsak til motstrid mellom tekst i rundskriv, samt praksis, opp imot meldekort, veiledning til meldekort, vedtak og vedlegg til vedtak

For gjennomgangen av meldekort og informasjon gitt til brukerne viser dette medlem i hovedsak til

⁸¹ Iallfall for enkelte av ytelsene som ble til AAP i 2010. Se særlig gjennomgang av skriv om overgangsordning, gjennomgått ifm. straffesaksdokumenter, jf. dette medlemlets særmerknad til kapittel 12.

⁸² For medisinsk rehabilitering var det forut for AAP et krav om opphold i riket, men dette kunne fravikes ved forskrift. I forarbeidene til bestemmelsen tales det i hovedsak om personer bosatt utenfor riket, og ikke personer som oppholder seg midlertidig i utlandet (Ot.prp. nr. 17 (1965–66)). Som nevnt gjaldt det for tidsbegrenset uførestønad, i henhold til særskilt skriv om dette, ikke noe krav om opphold i Norge fram til 2010, samt ut 2012 for personer som hadde fått innvilget dette før innføringen av AAP.

egne særmerknader til kapittel 12, der disse er gjennomgått i detalj.

Dette medlem har ikke hatt mulighet til å gå ytterligere i dybden på disse punktene av tidsmessige årsaker, men gjennomgangen i punkt 6.4.2.1 6.4.2.3 viser at de krav EØS-retten stiller for at hindringer skal være lovlige, helt siden før EØS-avtalen ser ut til å ha vært ivare tatt implisitt helt siden før EØS-avtalen trådte i kraft, og også etter ny folke-trygdlov. Det vises til kapittel 6.2 og gjennomgang mht. ferie. Det at norske regler har åpnet opp for *ferier* i utlandet (herunder EØS) på opptil 6 måneder, med mulighet for lengre ferier ved skjønns- messig vurdering, så lenge hensynene bak opp- holdskrav ivaretas, viser at Norge har gått svært langt i å tillate mottakere av ytelsene å reise på ferier utenlands, uavhengig av EØS-rettslige føringer.

Dette underbygger derfor medlemmet Fløi- stads vurdering av at praksis ikke ser ut til å ha vært i strid med EØS-retten før retten til fri bevegelse sett opp imot trygdeforordningen av 2004 (fra juni 2012), stilte skranker for hvilke hindringer som kunne oppstilles.

Ved gjennomgang av meldekortene⁸³ (for AAP, samt evt. for forutgående ytelser før 2010), veiledning til meldekort, innhold i vedtak, vedlegg til vedtak m.v. ser det ut til å være snakk om «hindringer» for utenlandsreise som er ment å ivareta de samme hensyn som EØS-retten opp- stiller for hindringer for fri bevegelse. Formuleringene er rettet mot «fravær» som hindrer opp- følgning m.v. uavhengig av om fraværet er i EØS- land, andre utland, eller i Norge⁸⁴.

Selv om det for dette medlem ikke har vært mulig å få klarhet i tidspunktet disse formuleringene stammer fra, jf. både meldekort, veiledning, vedtakstekst m.v., ser det ut til at formuleringene i det materiell som også fram til i 2014 ble presentert for brukerne, kan stamme fra de ovennevnte vurderingene, som langt på vei ivaretar de EØS- rettslige kravene.

For dette medlem ser det derfor ut til at disse formuleringene derfor hang ved lenge etter den dreiningen i praksis som dette medlem har vist til over, der mulighet for utenlandsopphold ble inn- strammet, og konsekvensene av utenlandsopp- hold uten søknad ble langt større. Dette kan der- for ha ført til at meldekort, vedlegg til disse, ved- takstekst m.v. fortsatt har vært i overensstem- melse med disse hensyn, mens *rundskrivene* og

praksis etter disse, etter hvert var *i strid med hen- synene*, særlig etter 2012.

6.4.3 Særlig om vedlegg til rundskriv til folke-trygdloven § 8-9

Det vises til punkt 6.4.3. I vedlegg 2 til omtalt rundskriv er det oppstilt eksempler på hvilken tolkning som er aktuell for hvilke situasjoner. Ved- legget har blitt oppdatert flere ganger, sist i november 2019. For helheten i framstillingen trekkes fram noen eksempler på hva det er lagt til grunn at praksis innebar per 1. mai 2001⁸⁵, samt hva som eventuelt var aktuelt per 1. juni 2012 (da den nye trygdeforordningen trådte i kraft).

V2-08-09 gjeldende fra 1. mai 2001, hadde over- skriften «Særlig om EØS-avtalen i relasjon til folke- trygdloven § 8-9». Det ble i vedlegget oppstilt eksempler på situasjoner som EØS-retten på dette tidspunkt vernet, og det ble bl.a. presisert følgende:

«EØS-avtalen som trådte i kraft 1. januar 1994 omfatter også regler om koordinering av trygderettigheter. Dette medfører at det i mange tilfeller må gjøres unntak fra folke-trygd- lovens bestemmelser. Hovedforordningen på trygdeområdet er EF-forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet ('forordningen').

Et av formålene med forordningen er å sikre at personer som ønsker å benytte seg av muligheten til fri bevegelse for å arbeide, ikke skal hindres i å flytte fra et land til et annet fordi de taper trygderettigheter eller utsettes for forskjellsbehandling. Reglene skal sikre trygderettigheter opparbeidet i forskjellige land og sørge for at de ikke går tapt ved flytting.

Forordningen innebærer at det for de som er omfattet av forordningen gjøres noen unntak fra lovens hovedregel om at 'det er et vilkår for rett til sykepenginger at medlemmet oppholder seg i Norge'. *I visse tilfeller må derfor trygden utbetale sykepenginger til personer som bor eller opp- holder seg i utlandet*» (medlemmets utheving)

Dette viser derfor klart at det nettopp *ble* sett hen til både generell EØS-rett, samt trygdekoor- dineringsforskriften og hva denne i praksis inne- bar.

⁸³ Se dette medlemmets merknader til kapittel 12, inntatt i punkt 18.3.

⁸⁴ Se punkt 6.2.8.

⁸⁵ På tidspunktet før endringene for fri bevegelse for per- soner og trygdeforordningen av 2004 ga en utvidet rett til fri bevegelse for personer i sin alminnelighet

Det ble som nevnt oppstilt eksempler på anvendelsen av reglene, og uttrykkelig presisert innledningsvis, ifm. eksemplene at trygdekontoret *må bruke EØS-rundskrivet for å foreta riktig saksbehandling*. To av eksempelsituasjonene det ble vist til var:

«**Situasjon 1: Bor og arbeider i Norge.** Vedkommende er medlem i Norge og har eventuelt rett til sykepenge fra den norske folketrygden.

- Blir syk i Norge: Folketrygdloven kapittel 8 gjelder (der det kan gjøres unntak fra oppholdskravet).
- Vil reise til et annet EØS-land i sykmeldingsperioden: EØS-rundskrivet gir nærmere informasjon om hvilke tilfeller som er omfattet av forordningen.
- Blir syk under opphold i et annet EØS-land: Tilfellet omfattes av forordningen (artikkel 22 nr. 1 bokstav a). Medlemmet har rett til sykepenge ved sykdom som oppstår i et annet medlemsland.
- Vil flytte til et annet EØS-land i en løpende sykmeldingsperiode: Omfattes av forordningen (artikkel 22 nr. 1 bokstav b). Vedkommende har rett til å flytte etter å ha søkt om tillatelse, Norge må fortsatt utbetale sykepenge.

Situasjon 3: Arbeider i Norge, men bor i et annet EØS-land: Vedkommende er i henhold til forordningen trygdet i Norge.

- Blir syk i Norge: Omfattes av folketrygdloven, jf. § 2-2, og av forordningen (artikkel 21). Har rett til sykepenge fra folketrygden under opphold i Norge.
- Vil reise til bostedslandet i sykmeldingsperioden: Tilfellet omfattes av forordningen (artikkel 22 nr. 1 bokstav b). Har rett til å reise til bostedslandet etter å ha søkt om tillatelse, Norge må fortsatt utbetale sykepenge.
- Blir syk i bostedslandet: Omfattes av forordningen (artikkel 19): Vedkommende har etter søknad rett til sykepenge utbetalt i bostedslandet.
- Blir syk i et tredje EØS-land: Omfattes av forordningen (artikkel 22 nr.1 bokstav a).
- Vil flytte til et annet EØS-land i løpende sykmeldingsperiode: Samme vurdering som første eksempel, siste kulepunkt.»

Dette viser således hvordan Nav vurderte saker med EØS-borgere før trygdeforordningen, og en klar bevissthet rundt EØS-situasjonene.

Da den nye trygdeforordningen trådte i kraft, ble også ovennevnte vedlegg endret. I V2-09-08 av 1. juni 2012, ble det gjort noen justeringer, i hovedsak knyttet til språk, begrepsbruk og henvisninger til de ulike bestemmelsene. For personer som jobber i Norge, men som «bor» i et annet EØS-land, ble det en ytterligere endring ved at de ikke lenger trengte å søke om å ta med seg sykepenge. For personer som «bor og arbeider i Norge» ble det henvist til rundskrivet. Det ble imidlertid ikke samtidig gjort en uttrykkelig endring opp imot unionsborgerskapet, og endringen i de personer som var omfattet av rundskrivet (jf. gjennomgangen i kapittel 6.2).

Det bemerkes imidlertid at det ikke var slik at forordningen ble oversatt, og heller ikke at denne ikke ble gjennomgått, men at tilpasningen til endringen for personkretsen ikke ble gjort. Det ble imidlertid fortsatt vurdert også midlertidige opphold i andre EØS-land.

6.4.4 Retten til fri bevegelse av tjenester

Hva gjelder forholdet til tjenestereguleringene, er det jf. kapittel 6.2, stilt spørsmål både hva gjelder forskjellsbehandling av personer som reiser på ferie, og at bortfall av slike ytelser på *feriereiser* skal bryte med EØS-retten (se punkt 6.2.8).

For sykepenge var det allerede i tidligere folketrygdlov av 1966 presisert at disse ikke utbetales under «ferie» dersom det ikke foreligger *særlige grunner* for dette.

Det vises således også til vurderinger for øvrig i utvalgets rapport, særlig knyttet til gjennomføringen av forordningen, der det legges til grunn at gjennomføring ved lov gir en bedre tilpasning i øvrig regelverk. EØS-avtalen ble gjennomført ved lov, gjennom omfattende forarbeid og tilpasninger. Det ble *ikke* gjort endringer i den forbindelse hverken ifm. oppholdskrav, ferie m.v.

Det kan derfor antas at nettopp dette var vurdert å være i overensstemmelse med EØS-rettslige krav forut for *EØS-loven* og EØS-avtalen. Dersom det skal legges til grunn at rettigheter knyttet til fri bevegelse av tjenester kan være brutt siden 1994, må dette også i så fall eventuelt få betydning for flertallets vurderinger av at gjennomføring ved lov kanskje ville ha medført at de aktuelle problemene ikke oppsto i forhold til gjennomføringen av trygdeforordningen.

Det vises videre til gjennomgangen av unionsborgerskapet, og utviklingen i fri bevegelse av personer i punkt 6.2. Denne retten gir også EØS-borgere en rett til utreise, innreise og opphold i andre EØS-land. Det vises i så måte til utlendings-

loven kapittel 13, som direkte viser til unionsborgerdirektivet.

En eventuell *rett* til å fortsatt beholde trygdeytelser under ferie er noe annet enn muligheten til å uhindret reise inn i, oppholde seg i et annet EØS-land, eller å få kjøpe tjenester som turist i et annet EØS-land. Medlemmet Midthjell er imidlertid enig i at disse spørsmålene må få sin avklaring i domstolen. Dette medlemmet har gjennomgått en større del av de avgjørelser fra EU/EFTA som var aktuelle for diskusjonene i forbindelse med delutredningen, og mindretallet i denne. Dette medlem har heller ikke ved gjennomgang av disse funnet vurderinger som medfører at dette medlem anser dette spørsmålet som avklart i domstolen, noe heller ikke den sist avsatte, tidligere omtalte avgjørelsen, medfører.

De av dette medlem gjennomgåtte avgjørelsene av relevans for delutredningen omhandler ikke de helt samme problemstillinger som i vårt tilfelle. Det at nasjonale regler som hindrer en person å ta med kontanter av et visst omfang ikke er tillatte, blir av en noe annen karakter⁸⁶, enn å skulle fortsette å motta løpende trygdeytelser under utenlandsreiser/fravær. Det vises til gjennomgangen av ytelse under ferie m.v. i punkt 6.2 i kapitlet. Retten til å fritt reise som turist og å kjøpe de tjenester man ønsker er fortsatt til stede.

Også eksempelvis rett til å søke voldsoffererstatning på lik linje med innlendinger, er en noe annen problemstilling⁸⁷. Det å ha nasjonale regler som forskjellsbehandler EØS-borgere som er på

ferie i landet kan bryte med diskrimineringsforbudet, og i tillegg få personer til å avstå fra å benytte seg av tjenester⁸⁸ blir noe annet enn de aktuelle problemstillingene i vår sak.

Dette medlem har derfor, heller ikke på bakgrunn av de gjennomgåtte avgjørelser/uttalelser (som det ovennevnte er noen av eksemplene på) ikke funnet grunnlag til å konkludere med at tjenestereglene får anvendelse, på samme måte som «flertallet» har funnet, men at dette som nevnt må få sin avklaring i domstolen.

⁸⁶ C-286/82: *Luisi og Carbone*: Denne saken omhandlet italienske regler som begrenset mulighetene for å ta med seg kontanter ut av landet (i 1982, da kontanter nettopp var aktuelt betalingsmiddel). Domstolen viste til at retten til fri bevegelse av tjenester også omfattet friheten til å bevege seg til en medlemsstat for å motta ytelse der, samt betale for ytelsen, og at denne retten derfor ikke kan underlegges restriksjoner. Dette gjaldt da også for turistreiser. Restriksjoner for *betalinger* eller begrensninger i retten til å kjøpe tjenester til et visst beløp per betaling eller per tidsrom var derfor ikke tillatt.

⁸⁷ 186/87 *Cowan*: Franske regler om at utlendinger ikke hadde samme rett som innlendinger til å søke voldsoffererstatning, brøt med diskrimineringsforbudet, og en rett til beskyttelse mot skade på lik linje med landets egne borgere, avledet av retten til fri bevegelse. Generaladvokaten uttalte at det måtte tas hensyn til «*at der også tilkommer modtagere af tjenesteydelser en direkte traktathjemlet opholdsret*». Dersom utlendingen derfor selv måtte betale for en ekstra forsikring var det en ulovlig forskjellsbehandling.

⁸⁸ Herunder også behovet for å måtte kjøpe en ekstra forsikring, som også gjør de økonomiske muligheter til å motta tjenester dårligere

Kapittel 7

Normer og retningslinjer for gjennomføring av EØS-rett

7.1 Innledning

Utvalgets arbeid har mange berøringspunkter mot hvordan EØS-rettslige forpliktelser gjennomføres i norsk rett. EØS-retten er dynamisk i den betydning at den er i endring. Endringene skyldes ofte endringer i EØS-avtalens mange vedlegg, typisk fordi nye direktiver og forordninger gjøres til en del av EØS-avtalen. Som følge av at EØS-reglene er omfangsrike, og griper inn i lovgivning på tvers av ulike fagområder, er det utviklet en rekke felles retningslinjer for gjennomføring av EØS-rett i norsk rett. Det er også slik at EØS-retten stiller krav til hvordan EØS-rettslige regler gjennomføres i nasjonal rett, og disse kravene har betydning for vurderingen av hvordan forordninger og øvrig EØS-rett er gjennomført på trygdeområdet.

I det følgende omtales først EØS-rettens krav til klar og tydelig gjennomføring av EØS-rett i nasjonal rett. Deretter redegjøres det for de kravene norske bestemmelser og rutiner for regelverksutforming stiller. Samlet gir dette en oversikt over de normer og retningslinjer som generelt gjelder for gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser. Dette vil fungere som et bakteppe for de senere redegjørelsene for arbeidet med gjennomføring av forordninger og øvrig EØS-rett på trygdeområdet.

7.2 EØS-rettslige krav til gjennomføringen

Som denne utredningen viser, kan trygdeforordningene og annen EØS-rett gi anvisning på andre løsninger enn dem som følger av folketrygdloven. Kollisjonsreglene som følger av henholdsvis EØS-loven § 2 og trygdeforordningsforskriften skal sikre EØS-konforme løsninger i den enkelte sak. Slik mulighet til EØS-konforme løsninger i enkeltsaker er likevel ikke ensbetydende med at gjennomføringen av forordningene i norsk rett, eller EØS-tilpasningen av norsk trygdelov-

givning for øvrig, er i samsvar med EØS-rettens krav.

EU-domstolens praksis gir atskillige eksempler på at medlemsstater er dømt for traktatbrudd der nasjonale lovbestemmelser er i strid med EU-rettslige regler som har direkte virkning og forrang. Et tidlig eksempel er sak C-167/73 *Kommisjonen mot Frankrike*, der EU-domstolen fant at Frankrikes unnløstelse av å endre en lov som krevde at en viss andel av mannskapet på skip skulle være franske statsborgere, var et traktatbrudd. Dette selv om det fulgte av forordning 1612/68 og de alminnelige reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft at lovbestemmelsen måtte vike, og franske myndigheter i tillegg hadde gitt instruksjoner om at de franske lovbestemmelsene ikke skulle anvendes. Dette er fulgt opp i en rekke avgjørelser.¹ Begrunnelsen for at unnløst endring av bestemmelser som uansett må vike er et traktatbrudd, kommer tydelig frem i sak C-104/86 *Kommisjonen mot Italia*, hvor vi finner følgende:

«Som Domstolen ofte har fastslået, fritager fællesskapsrettens forrang og direkte virkning ikke medlemsstatene fra forpliktelsen til at oppheve nasjonale rettsforskrifter, som er uforenelige med fællesskapsretten, idet der ellers vil oppstå en uklar faktisk situation, som skaper usikkerhet hos de rettsundergivne med hensyn til deres muligheter for at påberåbe sig fællesskapsretten.»²

Illustrativ er også EU-domstolens avgjørelse i sak C-522/04 *Kommisjonen mot Belgia*, hvor EU-domstolen påpeker at

«[s]elv om en medlemsstats myndigheter [...] i praksis ikke anvender en national bestemmelse, der er i strid med fællesskapsretten,

¹ Flere av disse er nevnt i ESAs brev til Norge 11. mars 2020, Case No 84326, avsnitt 36, fotnote 16.

² Sak C-104/86 *Kommisjonen mot Italia*, avsnitt 12.

kræver hensynet til retssikkerhed³ ikke desto mindre, at denne bestemmelse ændres (jf. i denne retning dom af 9.3.2000, sag C-358/98, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1255, præmis 16 og 17, og af 13.7.2000, sag C-160/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6137, præmis 22).»⁴

Denne saken er særlig relevant fordi Belgia, på samme grunnlag, også ble dømt for brudd på EØS-avtalen.⁵ Det er ikke grunn til å anta at EFTA-domstolen vil vurdere et slikt forhold annerledes. EFTA-domstolen vil derfor dømme for traktatbrudd der lov- eller forskriftsbestemmelser er i strid med bestemmelser som gjennomfører forpliktelser etter EØS-avtalen, selv om det følger av nasjonal rett at de bestemmelsene som gjennomfører EØS-forpliktelsene skal legges til grunn.

Det kan etter dette ikke herske noen tvil om at det er et brudd på forpliktelsene etter EØS-avtalen ikke å tilpasse øvrig lovgivning til forordninger og andre EØS-rettslige bestemmelser gjennomført i norsk rett. Dette gjelder selv om det er sørget for at de EØS-rettslige bestemmelsene gjelder som lov eller forskrift, og skal legges til grunn ved konflikt med andre bestemmelser i norsk rett. Det er med andre ord ikke nok å gjennomføre forordningen som sådan som lov eller forskrift, eller gi EØS-avtalens hoveddel lovs kraft, og så overlate regelkonflikter til kollisjonsregler. Det må også ryddes i øvrig lovgivning.

De kravene EØS-retten stiller synes å være godt i samsvar med hva behovet for lovpleie for å sikre god lovgivningskvalitet tilsier.⁶

7.3 Utredningsinstruks, lovteknikk og EØS-veilederen

7.3.1 Oversikt

Det er fastsatt en egen instruks som skal sikre at statlige tiltak er tilstrekkelig utredet før de iverksettes.⁷ Utredningsinstruksens punkt 1-1 lyder slik:

³ Begrepet «retssikkerhed» slik det brukes av EU-domstolen, kan best oversettes til forutberegnelighet eller rettsvisshet. På engelsk brukes «legal certainty», og på fransk, EU-domstolens arbeidsspråk, brukes «sécurité juridique».

⁴ Sak C-522/04 *Kommisjonen mot Belgia*, avsnitt 70. Se også sak C-729/17, *Kommisjonen mot Hellas*, avsnitt 102.

⁵ Se sak C-522/04 *Kommisjonen mot Belgia*, avsnitt 75 flg.

⁶ Se Backer (2013) s. 53 til 54.

⁷ Instruks om utredning av statlige tiltak (utredningsinstruksen), forskrift 19. februar 2016 nr. 184.

1-1 Formål

Formålet med instruksen er å legge et godt grunnlag for beslutninger om statlige tiltak gjennom å

- identifisere alternative tiltak
- utrede og vurdere virkningene av aktuelle tiltak
- involvere dem som er berørt av tiltaket, tidlig i utredningsprosessen
- samordne berørte myndigheter.

Videre er det et formål at Norges deltakelse i EØS- og Schengen-samarbeidet forvaltes på en helhetlig og effektiv måte.

Utredningsinstruksen fastsetter retningslinjer for «utarbeiding av beslutningsgrunnlag for statlige tiltak som utføres i, eller på oppdrag for, statlige forvaltningsorganer».⁸ Forvaltningsorganet som har ansvar for utredningsarbeidet, har ansvar for at instruksen følges.⁹

Både lovforslag og forskrifter skal utformes i tråd med retningslinjene i Justis- og beredskapsdepartementets veileder «Lovteknikk og lovforberedelse» (lovteknikkveilederen). Utredningsinstruksen fastsetter plikt til å konsultere Justis- og beredskapsdepartementet dersom det planlegges satt i gang «større lovarbeider eller andre lovarbeider som kan reise lovstrukturspørsmål».¹⁰ Instruksen pålegger ingen slik foreleggelsesplikt ved fastsettelse av forskrifter.

Utredningsinstruksen kapittel 5 har særlige regler om EØS- og Schengen-regelverk. Her fremgår det at arbeid med nødvendige lov- og forskriftsendringer skal starte i god tid før vedtak om innlemmelse i EØS-avtalen, og særlige problemstillinger av rettslig, institusjonell eller faglig karakter skal avklares så tidlig som mulig.¹¹

Utredningsinstruksen pkt. 5.6 bestemmer at det skal utarbeides EØS-notater for EØS-relevante rettsakter vedtatt av EU og forslag til slike. EØS-notatene skal bidra til at departementene og andre berørte har tilgang til informasjon om regelverksprosessene knyttet til antatt EØS-relevante rettsakter i EU, innlemming i EØS-avtalen og gjennomføring i norsk rett. EØS-notatene inngår også som en del av regjeringens informasjon

⁸ Jf. utredningsinstruksen punkt 1-2.

⁹ Jf. utredningsinstruksen punkt 1-3.

¹⁰ Jf. utredningsinstruksen punkt 4-1 og 4-2. I slike saker er det Lovavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet som konsulteres.

¹¹ Utredningsinstruksen § 5-5.

til Stortinget om EU-regelverk som skal gjennomføres i norsk rett.¹²

Det er utarbeidet en mal for saksinformasjonen i EØS-notater. Denne revideres med ujevne mellomrom. Gjeldende mal ser slik ut:

«Beskrivelse

Sammendrag av innhold

- Forslagets/rettsaktens formål (ref. utredningsinstruksen pkt. 2-1, spm. 1 og 2).¹³
- Rapporteringsforpliktelser som følge av rettsakten?
- Er rettsakten oppfølging av internasjonale avtaler?
- Teksten skal være kortfattet og forståelig. Om det er ønskelig med detaljer/utfyllende informasjon, skrives dette under 'andre opplysninger'.

Merknader

- Utredningsinstruksen pkt. 2-1, spm. 3, 4 og 6 anses å være besvart i det nedenstående.
- Hjemmel i EU-traktaten.
- Gjeldende norsk lovgivning og politikk på området.
- *Underoverskrift 'rettslige konsekvenser': Rettslige konsekvenser for Norge. Vil gjennomføring medføre endring i norsk lovgivning eller annet regelverk? Hvilke lover/forskrifter må i så fall endres/hvordan vil rettsakten gjennomføres i norsk rett?* [Uthevet her]
- *Underoverskrift 'økonomiske og administrative konsekvenser':* Får rettsakten økonomiske konsekvenser i Norge for offentlige myndigheter (kommunalt, fylkeskommunalt og statlig nivå)? Omtalen skal tydeliggjøre evt. nye økonomiske forpliktelser som innlemming av rettsakten i EØS-avtalen vil innebære for det offentlige, størrelsesorden på evt. merutgifter, hvorvidt evt. utgifter vil løpe over flere år eller er en engangsutgift i forbindelse med innlemmelsen. Man kan skille mellom direkte utgifter (kontingent) og indirekte utgifter (behov

for økte administrative ressurser grunnet nye forpliktelser).

- Det skal også presiseres om rettsakten får konsekvenser for enkeltpersoner, næringslivet eller andre.
- Beskrivelsen skal klargjøre hvorvidt rettsakten skal grupperes i Gruppe 1 (Rettsakter som krever lov- eller budsjettdring, samt rettsakter som krever forskriftsendring som vurderes å gripe vesentlig inn i norsk handlefrihet), Gruppe 2 (rettsakter som krever forskriftsendring som ikke griper vesentlig inn i norsk handlefrihet) eller Gruppe 3 (rettsakter som ikke har konsekvenser for norsk lovgivning), men det er ikke nødvendig å skrive dette eksplisitt om det er valgt gruppe i notatbasen.
- Dersom det skal tas forbehold om Stortingets samtykke, skal dette eksplisitt angis og årsak oppgis (krever lovendring, krever budsjettdring eller er av særlig viktighet, f.eks. innebærer avståelse av myndighet). Det skal i tillegg hakes av for art. 103-forbehold i notatbasen.
- Eventuell utfyllende informasjon, som ikke er relevant for Stortinget, skrives under 'vurdering'.

Sakkyndige instansers merknader

- Synspunkter knyttet til spesialutvalgets behandling av saken.
- Eventuelle høringssvar og andre innkomne synspunkter.
- Det skal fremgå hvem som har vurdert rettsakten (SU, fagdepartement eller etat) og konkluderes om EØS-relevans og akseptabilitet.¹⁴

Status

- Prosessen i EU.
- Prosessen i Norge og EØS. (Hvordan har man behandlet saken fra norsk side, herunder datoer for behandling? Deltakelse i ekspertgrupper el.? Hvilke andre departement/spesialutvalg er involvert og hvilken rolle har de? Prosessen på EFTA-siden, herunder forholdet til Island, Liechtenstein og Kommisjonens behandling av saken i EØS-prosessen. Evt. norske eller EØS/EFTA-posisjoner som er formidlet overfor EU).

¹² Se DFØs veileder til utredningsinstruksen punkt 5-6. For en nærmere omtale og vurdering av EØS-notatene, se NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor, avsnitt 8.3.7. Fremstillingen der er først og fremst orientert mot koordinering i det som kan kalles påvirkningsfasen, det vil si fasen frem til innlemmelse i EØS-avtalen er besluttet.

¹³ Spørsmål 1 og 2 i utredningsinstruksens punkt 2-1 er «Hva er problemet og hva vil vi oppnå?» og «Hvilke tiltak er relevante?». Spørsmålene vil normalt kunne besvares ved å redegjøre for rettsaktens formål og Kommisjonens utredninger av saken (fotnote fra malen).

¹⁴ Utredningsinstruksen pkt. 2-1, spm. 5 anses å være besvart i konklusjonen (fotnote fra malen).

Vurdering

- Hvordan påvirker saken norske interesser (samsvar eller motstrid med norsk politikk)?
- Berøres forholdet til andre internasjonale forpliktelser?
- Forhandlingssituasjonen i EU (synspunkter fra andre stater, Kommisjonen, Europaparlamentet, interessegrupper og organisasjoner).
- Mulighetene for at norske synspunkter kan få gjennomslag, og hvilke land som kan forventes å ha sammenfallende syn.
- Vurdering av behovet for tilpasningstekst.
- Dersom det vurderes som aktuelt for Norge å avvise innlemmelse av en rettsakt eller deler av nytt regelverk i EØS-komiteen, skal mulige virkninger av dette grundig vurderes.
- Dersom det er motstridende interesser og/eller uenighet mellom departementene om hva som skal være norsk holdning, må det fremgå.

Andre opplysninger

I dette feltet i EØS-notatet kan man skrive andre relevante opplysninger som ikke faller inn under punktene ovenfor.»¹⁵

Malen har vært justert noen ganger opp gjennom årene, men punktet om rettslige konsekvenser, i betydningen behov for endring av gjeldende lover eller forskrifter, har alltid vært et av de punktene som skal besvares. Verken malen for EØS-notater eller utredningsinstruksen legger uttrykkelig opp til at det skal utredes nærmere hvordan forordninger som skal gjennomføres i norsk rett påvirker annet lovverk. Heller ikke lovteknikkveilederen gjør det, selv om spørsmålet om lovstruktur så vidt berøres.¹⁶ Veilederen viser her til anbefalingene i Lovstrukturutvalgets utredning (NOU 1992: 32 *Bedre struktur i lovverket*). I denne heter det om lovrevisjoner og EØS-prosessen:

«Under utvalgets arbeid har det pågått en forhandlingsprosess med EF om et EØS-samarbeid. En eventuell EØS-avtale vil ha betydning for lovstrukturarbeidet, fordi en rekke EF-regler må innføres i det norske regelverket. Om et slikt samarbeid blir noe av, er imidlertid ikke endelig avgjort i skrivende stund. Det hadde vært ønskelig å kunne ta hensyn til EØS-

aspektene i utvalgets arbeid, men slik tidsplanen har vært for både utvalgets arbeid og EØS-utviklingen, har dette vanskelig latt seg gjøre.»¹⁷

Uten at det knyttes til de utfordringer Norges forpliktelser etter EØS-avtalen reiser, tilrår Lovstrukturutvalget at det opprettes et system der det enkelte departement har et system for etterkontroll av egne lover og forskrifter, der standpunkt om at det ikke skal foretas noen slik kontroll skal begrunnes særskilt. Lovstrukturutvalget foreslår derfor at det

«bør utvikles tilfredsstillende systemer for å kontrollere at regler virker i tråd med forutsetningene. Etter utvalgets syn kan Justisdepartementets system for etterkontroll av regler være et hensiktsmessig utgangspunkt.»¹⁸

Noe slikt system synes ikke etablert. Lovteknikkveilederen har imidlertid et eget kapittel om gjennomføring av EØS-avtalen i norsk rett. Her omtales forholdet til EØS-avtalens hoveddel ved gjennomføringer av blant annet forordninger i norsk rett. Her heter det at

«[r]ettsakten må [...] tolkes i lys av de grunnleggende prinsippene i EØS-avtalen. Og selv om en rettsakt skulle la et visst spørsmål være uregulert, eller uttrykkelig bestemme at EØS-statene i visse tilfelle står fritt til å innføre andre regler enn det som følger av rettsakten selv [...], må statene utøve denne friheten innen rammen av de generelle prinsipper i avtalen, så lenge man er innenfor disse prinsippenes saklige virkeområde.

Erfaringen fra EU-landene viser at det er lett å overse dette forholdet ved nasjonal gjennomføring av rettsakter.»¹⁹

Ved omtalen av gjennomføring av forordninger innlemmet i EØS-avtalen, tas det utgangspunkt i situasjonen etter EU-retten, der forordninger er «umiddelbart anvendelige». Umiddelbar anvendelighet innebærer at forordningene inngår i EU-statenes rettsorden når de etter sin egen ordlyd er trådt i kraft, uavhengig av mellomkommende nasjonale myndighetshandlinger.²⁰ I lovteknikkveilederen heter det i forlengelsen av dette at

¹⁷ NOU 1992: 32 *Bedre struktur i lovverket*, s. 14.

¹⁸ NOU 1992: 32 *Bedre struktur i lovverket*, s. 95

¹⁹ Lovteknikkveilederen s. 170.

²⁰ Jf. TEUF art. 288 annet ledd.

¹⁵ EU/EØS-håndboken 2016 s. 167 flg.

¹⁶ Se lovteknikkveilederen pkt. 2.2.4.

«[n]asjonal gjennomføring er verken påkrevd eller tillatt, utover vedtakelse av nødvendige sanksjonsregler og opprydding i motstridende nasjonalt regelverk.»²¹ (utvalgets kursivering).

For så vidt gjelder gjennomføring av forordninger innlemmet i EØS-avtalen i norsk rett, heter det at forordningene skal gjennomføres ord for ord. Det fremgår av sammenhengen at denne gjennomføringen, som i EU, må ledsages av nødvendige sanksjonsregler og opprydding i motstridende norsk regelverk.

Lovteknikkveilederen sier ikke noe spesifikt om valget mellom lov og forskrift ved gjennomføring av forordninger, men fremhever at forholdet til borgernes rettssikkerhet er et av flere forhold som vil være av betydning ved vurderingen.²² De situasjonene lovteknikkveilederen har for øye er nok i første rekke de der det dreier seg om inngripende tiltak. For så vidt gjelder trygdeforordningene er situasjonen nærmest omvendt, ettersom forordningene gir borgerne rettigheter de etter folketrygdloven ikke skal ha. Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité har gitt uttrykk for

«det syn at det er grunn til å vise varsomhet med bruken av forskriftshjemler, særlig når det gjelder regler som gir rettigheter og plikter (legalitetsprinsippet) for borgerne. Rettigheter og plikter bør i størst mulig grad fremgå av selve loven.»²³

Saksbehandlingsrutinene knyttet til utarbeidelse av ny regulering i EU og senere gjennomføring i norsk rett forutsetter at de som er involvert i arbeidet med gjennomføring av EØS-rettsakter i norsk rett både forstår hvilke regler rettsakten gir grunnlag for, og identifiserer hvordan disse reglene forholder seg til ellers gjeldende lover og forskrifter. I forlengelsen må det forutsettes at de ser og vurderer de hensyn som gjør seg gjeldende ved valg av gjennomføringsinstrument.

Som utvalget kommer tilbake til i de følgende kapitlene, kan det synes som det har skortet på dette når det gjelder betingelsene for rett til kontantytelser under sykdom.

7.3.2 Departementenes ansvar

Selv om et statlig utredningsarbeid i praksis ofte gjennomføres av et underordnet forvaltningsorgan, har departementene et overordnet ansvar for kvaliteten på beslutningsgrunnlag innenfor egen sektor.²⁴

Det følger av utredningsinstruksen punkt 5-6 at det skal utarbeides EØS-notater for vedtatte og foreslåtte EØS-relevante EU-rettsakter. Disse notatene utarbeides av ansvarlig departement i samråd med relevante spesialutvalg.²⁵ Spesialutvalgets funksjon er å sikre at alle relevante sider ved en sak blir opplyst. EØS-notatene er som nevnt regjeringens informasjon til blant annet Stortinget om EU-regelverk som skal gjennomføres i norsk rett. EØS-notatene er tilgjengelige for statsforvaltningen på eosnotat.no, mens offentlige versjoner av EØS-notatene er tilgjengelige på regjeringen.no.

Ved gjennomføring av forordninger omfattet av EØS-avtalen i norsk rett, vil det dermed være det relevante fagdepartementets ansvar å tilrettelegge grunnlaget for de tilpasninger i øvrig regelverk på deres sektorområde som blir nødvendig. Det vil også være det relevante fagdepartementets ansvar, i samarbeid med det relevante spesialutvalget, å sørge for at beskrivelsen av forordningens innhold er slik at øvrige departementer settes i stand til å vurdere forordningens betydning for regelverk innenfor sine sektorområder.

7.3.3 Særlig om Utenriksdepartementet, Justis- og beredskapsdepartementet og Finansdepartementets ansvar ved gjennomføring av EØS-forpliktelser i norsk rett

Utenriksdepartementet og Finansdepartementet har møterett i alle spesialutvalg, og har ved dette et ansvar for å bidra til at EØS-notatene gir de opplysninger som er nødvendige for å vurdere betydningen av de relevante rettsaktene på deres sektorområder.

Ved gjennomføring av forpliktelser etter EØS-avtalen i norsk rett, har Utenriksdepartementet et overordnet ansvar for at Norges folkerettslige forpliktelser respekteres.

²⁴ Jf. utredningsinstruksens punkt 1-3.

²⁵ Spesialutvalget for trygd ledes av Arbeids- og sosialdepartementet. I tillegg består det av medarbeidere fra Barne- og familiedepartementet, Finansdepartementet, Helse- og omsorgsdepartementet, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Nærings- og fiskeridepartementet, Utenriksdepartementet, og Arbeids- og velferdsdirektoratet. Statsministerens kontor har møterett.

²¹ Lovteknikkveilederen s. 176.

²² Lovteknikkveilederen s. 23.

²³ Innst. S. nr. 296 (1995–1996), kap. 4.

Finansdepartementets generelle ansvar følger av dets oppgaver som budsjett- og økonomi-koordinerende departement. For så vidt gjelder spørsmålet om folketrygdlovens krav om opphold på norsk territorium for rett til kontantytelser under sykdom, har dette kravet i utgangspunktet ingen økonomiske konsekvenser.

Justis- og beredskapsdepartementets ansvar, ut over de sektorer departementet har ansvar for i sin alminnelighet, er begrenset til lovtekniske forhold. Det følger av utredningsinstruksen kapittel 4 at Justis- og beredskapsdepartementet skal forespørres før det settes i gang større lovarbeider som kan reise lovstrukturspørsmål. De lovstrukturspørsmål gjennomføring av forordninger i norsk rett reiser, vil være knyttet til allerede eksisterende lovgivning. Det typiske vil være at forordningen regulerer forhold som allerede er regulert i norsk rett, og spørsmålet kan være hvilke grep som må tas for at regelverket samlet sett skal bli så tilgjengelig og forståelig som mulig. Ferdige utkast til lovproposisjoner skal forelegges berørte departementer og Justis- og beredskapsdepartementets lovavdeling for lovteknisk gjennomgåelse. Dette gjelder også der loven er en gjennomføring av en forordning. Der forordninger gjennomføres ved forskrift, er det ingen slik plikt.

7.4 Stortingets rolle

Innlemmelse av nye rettsakter i EØS-avtalen er i utgangspunktet dekket av Grunnloven § 26 første ledd, slik at Stortingets medvirkning ikke er nødvendig. Etter annet ledd skal Stortingets samtykke likevel innhentes dersom det dreier seg om en sak av «særlig stor viktighet» eller gjennomføringen av traktatforpliktelsen krever ny lov eller stortingsbeslutning, jf. Grunnloven § 26 annet ledd.

Stortinget har imidlertid også en rolle i det løpende arbeidet med EØS-saker. Stortingets forretningsorden § 14 bestemmer at regjeringen skal

konsultere Stortingets europautvalg blant annet om saker som gjelder EØS-avtalen og forslag om nye eller endrede rettsakter på områder omfattet av avtalen.²⁶ Lederen i utenriks- og forsvarskomiteen kaller sammen til konsultasjoner når vedkommende mener det er nødvendig, og når et regjeringsmedlem eller en tredjedel av utenriks- og forsvarskomiteens medlemmer ber om det.

7.5 Utvalgets vurdering

Fremstillingen har vist at EØS-retten stiller krav om at forpliktelsene etter avtalen skal gjennomføres på en slik måte at rettsstillingen blir så klar og forutberegnelig som mulig. Plikten til å rydde opp i motstridende regelverk følger av vel etablert EU-rett, og er omtalt i lovteknikkveilederen.²⁷

Fremstillingen i punkt 7.3 viser at de rutineene som er etablert for forvaltningens arbeid med EØS-saker legger forholdene til rette for at de konsekvenser forslag til EØS-relevante EU-rettsakter og EU-rettsakter innlemmet i EØS-avtalen har for norske interesser og norsk rett, blir identifisert og vurdert. Også organiseringen av det løpende arbeidet, gjennom de ulike spesialutvalgene, legger til rette for at nye problemstillinger blir identifisert og håndtert.

Utvalget mener den overordnede organiseringen av arbeidet knyttet til gjennomføring av EØS-rett i norsk rett er hensiktsmessig, men vil fremheve at organiseringen forutsetter at de involverte organene til enhver tid har tilstrekkelig ressurser og kompetanse til å følge opp slik organiseringen forutsetter.

²⁶ Europautvalget består av utenriks- og forsvarskomiteen og medlemmene av den norske delegasjonen til parlamentarisk komiteen for EØS, med varamedlemmer. Utenriks- og forsvarskomiteen eller dens leder kan dessuten beslutte at en eller flere andre komiteer skal delta ved bestemte konsultasjoner.

²⁷ Jf. lovteknikkveilederen s. 176.

Kapittel 8

Organisatoriske forhold

Boks 8.1

Funn:

- I Arbeids- og sosialdepartementet ligger den sterkeste fagkompetansen i EØS-rett i en annen avdeling enn den som har lovgivningsansvar for ytelsene, og som har best kjennskap til hvordan Nav praktiserer regelverket
- Direktoratet har ikke hatt en fagenhet med særlig ansvar for EØS-rett, og få personer med særlig EØS-kompetanse. De som har særlig EØS-kompetanse har i liten grad hatt ansvar for konkrete ytelser
- Direktoratet er omorganisert flere ganger, og ansvars- og oppgavefordelingen er kompleks
- Direktoratet har få fagpersoner på hvert område, men et omfattende ansvar for tolkning av regelverk og for å gi faglige avklaringer til resultatområdene. Systemet er sårbart når flere viktige saker må prioriteres, og det er risiko for at viktige problemstillinger blir liggende
- Arbeids- og velferdsetaten har manglet gode systemer for kommunikasjon internt. Mye kommunikasjon har skjedd på e-post, noe som gjør det vanskelig å følge saksgangen i den enkelte sak
- Faglige problemstillinger har havnet i skyggen av krav til effektivisering, digitalisering og produksjon

Læringspunkter:

- Komplekse organisasjoner må ha klare rammer både for styringsdialog og faglige avklaringer. Uformell dialog mellom departement og etat er viktig, men det er behov for bevissthet om når saker krever formell avklaring
- Det bør være kort vei mellom EØS-rettslig kompetanse, og ansvaret for forvaltning av lov- og regelverk internt i Nav. Staten må kjenne sin egen praksis
- Departementet bør vurdere hvordan det kan øke sin kunnskap om kritisk og sensitiv forvaltningspraksis i Nav
- Ansvars- og rollefordelingen i Nav-systemet bør tydeliggjøres
- Uavhengig av organisasjonsstruktur og formell arbeidsdeling, bør rutiner for når og hvordan faglige spørsmål skal løftes til relevant ledernivå for diskusjon, innarbeides i Nav-systemet
- I Nav bør det arbeides med organisasjonskultur for å redusere faren for silotenkning. Ulike avdelinger og resultatområder må være bevisste på behovet for å orientere andre enheter dersom saker får betydning for deres ansvarsområde. Det at en enhet ikke har myndighet til å instruere en annen, må ikke hindre tydelig informasjonsutveksling

8.1 Overordnet om struktur, rettslige rammer og styringsdialog

8.1.1 Generelt om fordeling av ansvar og oppgaver

Arbeids- og sosialdepartementet er ansvarlig fagdepartement for lovgivningen på arbeids- og sosialfeltet, herunder for folketrygdloven med forskrifter.¹

Arbeids- og velferdsdirektoratet leder den statlige delen av organisasjonen som i dagligtalen betegnes som «Nav». Direktoratet er underlagt Arbeids- og sosialdepartementet, som har ansvar for etatsstyringen.² Fordelingen av myndighet og ansvar mellom departementet og ytre etat reguleres av «Instruks om virksomhets- og økonomistyring for Arbeids- og velferdsdirektoratet».³ Instruksen omtaler kravene departementet stiller til Arbeids- og velferdsetatens faste oppgaver og aktiviteter, samt krav til nødvendige systemer, rutiner og styringsprosesser, som skal sikre at etaten når de målene som er satt i tildelingsbrev fra departementet. Instruksen revideres årlig, men de grunnleggende ansvarsforholdene ligger fast.

Arbeids- og velferdsdirektoratet har i henhold til instruksen ansvar for å «tolke, forvalte og iverksette» lover og forskrifter etaten har forvaltningsansvar for.⁴ Direktoratet har videre ansvar for «å forvalte internasjonale avtaler og konvensjoner på trygde-, bidrags- og sosialområdet som Norge har inngått eller sluttet seg til i den utstrekning og på den måte disse er gjennomført i norsk rett».⁵ Dette ansvaret omfatter folketrygdloven med for-

skrifter, herunder forskrifter som gjennomfører EU-forordninger på trygdeområdet.

Ethvert forvaltningsorgan er ansvarlig for at saksbehandlingen er forsvarlig og bygger på en korrekt lovforståelse. Det følger videre av arbeids- og velferdsforvaltningsloven § 4 at etaten skal forvalte

«folketrygdloven, med unntak av kapittel 5, og andre lover hvor oppgaver er lagt til etaten, og sikre rett ytelse til den enkelte. Etaten har ansvaret for å følge opp og kontrollere tjenester, ytelser og utbetalinger.»

Dette forvaltningsansvaret innebærer et ansvar for at etatens fortolkning av nytt regelverk er riktig. Direktoratet kan gi rundskriv om tolkningsspørsmål, og utøver ellers ansvaret gjennom styring av underliggende enheter i etaten. Hvordan disse oppgavene er organisert i praksis, behandles nærmere nedenfor.

Den nye trygdeforordningen ble gjort til norsk rett gjennom forskrift med virkning fra 1. juni 2012, med forrang for folketrygdlovens regler.⁶ Videre følger det av EØS-loven § 1 at bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, og av samme lovs § 2 at bestemmelsene har forrang for annen lov. I den grad EØS-retten medførte begrensninger i adgangen til å anvende vilkår om opphold i Norge for rett til ytelser etter folketrygdloven, fulgte altså denne begrensningen både av norsk rett og av internasjonale forpliktelse, begge deler under Navs forvaltningsansvar.

8.1.2 Styringsdialog

Styringsdialogen mellom departementet og direktoratet består, foruten lov, forskrift og instruks, av årlige tildelingsbrev, etatsstyringsmøter og sær- møter. I tillegg har departementet og direktoratet både uformell og formell faglig dialog. Denne faller i utgangspunktet utenfor den rutinemessige formelle styringsdialogen, som behandler ansvar og oppgaver, men i svært liten grad konkrete faglige spørsmål. I tildelingsbrevet for 2015 skriver departementet for eksempel særskilt om utlandsområdet:

«Etaten skal håndheve de internasjonale avtalene på trygdeområdet som er gjennomført i norsk rett. Etaten skal ivareta rettighetene til

¹ En del av det regelverket departementet har ansvar for, har tidligere i den perioden utvalget har gjennomgått, ligget til det som i dag er Helse- og omsorgsdepartementet, og det tidligere Sosialdepartementet. Når ansvaret for et saksområde har blitt flyttet til et annet departement, har gjerne hele avdelingen som forvaltet ansvaret også blitt flyttet, slik at det ansvarlige fagmiljøet ikke nødvendigvis er endret. Når det i rapporten vises til «departementet», er dette det departementet som hadde ansvar for saksområdet på det aktuelle tidspunktet.

² De lokale Nav-kontorene omfatter også kommunale tjenester, som kommunene har ansvar for. På Nav-kontorene jobber derfor både statlig og kommunalt ansatte.

³ Arbeids- og sosialdepartementet, Instruks om virksomhets- og økonomistyring for Arbeids- og velferdsdirektoratet, revidert versjon 18. januar 2019.

⁴ Arbeids- og sosialdepartementet, Instruks om virksomhets- og økonomistyring for Arbeids- og velferdsdirektoratet, revidert versjon 18. januar 2019 s. 4.

⁵ Arbeids- og sosialdepartementet, Instruks om virksomhets- og økonomistyring for Arbeids- og velferdsdirektoratet, revidert versjon 18. januar 2019 2.1.8, s. 7.

⁶ Forrangen følger av trygdeforordningsforskriften § 1, jf. folketrygdloven § 1-3.

personer som har rett til å motta de ytelsene etaten administrerer under opphold i utlandet.»⁷

Tilsvarende formuleringer finnes i tildelingsbrev for 2014, 2013, 2012 og 2011.⁸ Formuleringen finnes ikke i tildelingsbrevene fra 2016 og fremover, men siden formuleringen bare er en gjentakelse av hva som følger av instruksen, har ikke dette noen betydning for etatens ansvar. Det fremgår av instruksen om virksomhets- og økonomistyring at direktoratet plikter å orientere departementet om saker som er av en viss viktighet:

«Arbeids- og velferdsdirektoratet skal orientere ansvarlig departement dersom etaten ønsker å endre praksis på områder som er av prinsipiell betydning og som kan få politiske og eller økonomiske konsekvenser.

Direktoratet skal orientere ansvarlig departement om avgjørelser i Trygderetten eller dommer i de ordinære domstoler som reiser problemstillinger som kan gripe inn i etablert praksis og/eller framstår som prinsipielt viktige. Tilsvarende gjelder for saker som er tatt opp av Sivilombudsmannen. Direktoratet skal orientere departementene om alle saker under etatens forvaltning som bringes inn for prøving ved Høyesterett.

Arbeids- og velferdsdirektoratet har et selvstendig ansvar for å foreslå endringer av regelverk og instruks som hører under Arbeids- og sosialdepartementet og Barne- og likestillingsdepartementet.»⁹

Ansvarsforholdet slik det er beskrevet i styringsdialogen korresponderer godt med ansvaret slik det er beskrevet i lov og forskrift. Etaten har et selvstendig ansvar for fortolkningen av regelverket den forvalter. Dette innebærer at etaten også er ansvarlig for fortolking og praktisering av internasjonale trygdeavtaler som er gjennomført i norsk rett, herunder EØS-avtalen og trygdeforordnin-

gene. Departementet skal varsles og holdes orientert om viktige saker, selv om etaten har forvaltningsansvaret. Der direktoratet har behov for faglig dialog med departementet, ligger dette utenfor rammene av styringsdialogen. Det er ikke avholdt etatsstyringsmøter eller særsmøter der begrensninger eller muligheter for å ta med sykepengene eller arbeidsavklaringspenger til andre EØS-land har vært på dagsorden.¹⁰

8.1.3 Annen kontakt

Det har vært utstrakt kontakt mellom departementet og direktoratet utenfor rammene av den formelle styringsdialogen. Internrevisjonen i Nav påpeker i sin rapport om håndteringen av saken følgende:

«[D]et er et stort antall e-poster mellom departementet og direktoratet. E-poster kan være gjensidig orienterende om fremdrift, etter spørre faktainformasjon eller gi uttrykk for avsenders mening eller vurdering. E-poster inngår ikke automatisk i den formelle styringen. Samtidig kommer de fra direktoratets overordnede organ. Innholdet kan lett oppleves som mer retningsgivende enn det er grunnlag for, og Internrevisjonen har observert at den uformelle dialogen har medført misforståelser i etaten. For å forstå den formelle styringen i ytelseslinjen er det nødvendig å ha innsikt i dokumenter som har karakter av både å være formelle, men også uformelle. Når de dokumenter som oppfattes å være uformelle ikke blir arkivert enten det er e-poster, møte-referater eller annen informasjon, er det krevende å følge saksgangen.»¹¹

Utvalget har fått innsyn i et stort antall e-poster fra Nav og Arbeids- og sosialdepartementet, i tillegg til formell brevkorrespondanse. Utvalgets gjennomgang bekrefter det inntrykket som ble gitt i internrevisjonens rapport. I de kommende kapitlene er kommunikasjon, henholdsvis internt i Nav-systemet og med departementet, et tema i flere sammenhenger. Her gjennomgås derfor organisasjonsstruktur og rutiner for kommunikasjon mer generelt og overordnet. Avslutningsvis drøftes problemstillinger knyttet til organiseringen.

⁷ Se Arbeids- og sosialdepartementet, Tildelingsbrev til Arbeids- og velferdsdirektoratet for 2015, 23. mars 2015, s. 27.

⁸ Se Arbeids- og sosialdepartementet, Tildelingsbrev til Arbeids- og velferdsdirektoratet for 2014, 5. februar 2014, s. 29, Tildelingsbrev til Arbeids- og velferdsdirektoratet for 2013, 1. februar 2013, s. 34, Tildelingsbrev til Arbeids- og velferdsdirektoratet for 2012, 27. januar 2012, s. 31 og Tildelingsbrev til Arbeids- og velferdsdirektoratet for 2011, 10. februar 2011, s. 28.

⁹ Se Arbeids- og sosialdepartementet, Instruks om virksomhets- og økonomistyring for Arbeids- og velferdsdirektoratet, revidert versjon 18. januar 2019 s. 4. Håndteringen av avgjørelser i Trygderetten i det sakskomplekset utvalget har gjennomgått, behandles nærmere i kapittel 11 og 15.

¹⁰ Departementet har bekreftet dette overfor utvalget etter forespørsel, på bakgrunn av at internrevisjonen i Nav påpekte dette.

¹¹ Internrevisjonen i Arbeids- og velferdsdirektoratet, Spesialoppdrag D2019-10 Kartlegging av fakta i EØS-saken, 11. desember 2019, på side 3.

8.2 Arbeids- og sosialdepartementet – organisering og ansvar

8.2.1 Generelt

Særlig tre avdelinger i Arbeids- og sosialdepartementet er aktuelle i tilknytning til det sakskomplekset utvalget behandler. Disse er for det første velferdspolitisk avdeling, som har ansvar for syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger. For det annet pensjonsavdelingen, som har generelt ansvar for trygdeforordningen, og for det tredje budsjett- og styringsavdelingen, som har ansvaret for etatsstyringen av Arbeids- og velferdsetaten og Trygderetten. Avdelingene ledes av hver sin ekspedisjonssjef.

Arbeidsmarkedsavdelingen har blant annet ansvar for «spørsmål knyttet til fri bevegelse av arbeidstakere innenfor EØS-området». I det sakskomplekset utvalget vurderer, har imidlertid ikke denne avdelingen hatt noen sentral rolle, og den behandles derfor ikke nærmere her.

8.2.2 Velferdspolitisk avdeling

Velferdspolitisk avdeling har ansvar for politikken knyttet til inntektssikring gjennom sykepenger, arbeidsavklaringspenger, uføretrygd, pleiepenger og hjelpemidler i folketrygden, økonomisk sosialhjelp og kvalifiseringsprogrammet. Frem til 1. januar 2019 hadde avdelingen også ansvaret for etatsstyringen av Nav. Avdelingen er delt inn i tre seksjoner, som alle har ansvar som er relevant for det sakskomplekset utvalget behandler.

Seksjon for uføreytelser og internasjonale saker har blant annet ansvar for uføretrygd og koordinering av internasjonale saker i avdelingen (EU, Europaråd, FN, OECD, Nordisk). Seksjonen koordinerer også avdelingens forsknings- og utviklingsarbeid (FoU), og FoU-dialogen med Arbeids- og velferdsdirektoratet.

Seksjon for arbeidsavklaringspenger og sosiale tjenester har ansvar for arbeidsavklaringspenger, arbeidsrettet oppfølging, sosialtjenesteloven, departementets styring av Fylkesmannen og Helsetilsynet og koordineringen av avdelingens arbeid med sosialpolitikk/fattigdom.

Seksjon for sykepenger og inkluderende arbeidsliv har ansvar for sykepenger, pleiepenger, oppfølging av IA-avtalen og koordinering av avdelingens budsjettarbeid, herunder statsbudsjettet.

Ansvaret for arbeidsavklaringspenger, sykepenger og pleiepenger er altså fordelt på to ulike seksjoner i velferdspolitisk avdeling, mens den

tredje seksjonen har ansvar for koordinering av internasjonale saker.

8.2.3 Pensjonsavdelingen

Pensjonsavdelingen har overordnet ansvar for pensjonspolitikken. Fordi mye av den internasjonale trygdekoordineringen i EØS har vært knyttet til pensjoner, ligger ansvaret for implementering av trygdeforordningene i denne avdelingen, nærmere bestemt i enheten kalt internasjonal og juridisk seksjon. Denne seksjonen har ansvaret for medlemskap i folketrygden, internasjonal koordinering av trygdeytelser, bilaterale trygdeavtaler, forskuttering av barnebidrag og de forvaltningsmessige bestemmelsene i folketrygdloven, herunder regelverk knyttet til trygdemisbruk. Etter det utvalget har fått opplyst, har ansvaret ligget i denne seksjonen, eller forløpere til den, siden inngåelsen av EØS-avtalen.

Internasjonal og juridisk seksjon har koordineringsansvar for trygdeforordningene, lovvalg og medlemskap, herunder ansvar for formell gjennomføring av trygdeforordningene i norsk rett. En representant fra denne seksjonen har også representert Norge i Den administrative kommisjon, som regel sammen med en medarbeider fra Arbeids- og velferdsdirektoratet.¹²

8.2.4 Budsjett- og styringsavdelingen

Budsjett- og styringsavdelingen ble opprettet 1. januar 2019. Avdelingen ble opprettet for å samle og styrke departementets arbeid med etatsstyring av underliggende etater.¹³ Da budsjett- og styringsavdelingen ble opprettet, overtok den ansvaret for etatsstyring av Nav fra velferdspolitisk avdeling. Avdelingen har blant annet ansvar for etatsstyring av Arbeids- og velferdsetaten og Trygderetten, økonomiforvaltning i departementet, samfunnsikkerhet i sektoren og departementets interne planlegging og styring.

Seksjon for strategi og styring av Arbeids- og velferdsdirektoratet har ansvar for etatsstyringen av

¹² I Den administrative kommisjon møter representanter fra hver medlemsstat. Denne særskilte kommisjonen behandler administrative spørsmål og fortolkningsspørsmål knyttet til trygdeforordningene, og skal legge til rette for en enhetlig anvendelse av EU-retten, gjennom å fremme samarbeid og erfaringsutveksling. Kommisjonens sammensetning og oppgaver er regulert av forordning 883/2004 artikkel 71 og 72.

¹³ Fremstillingen av formålet med å opprette denne avdelingen bygger på intervjuer med departementsråden i Arbeids- og sosialdepartementet og ekspedisjonssjefen som leder avdelingen.

Arbeids- og velferdsdirektoratet og Trygderetten, og skal «ivareta det strategiske og langsiktige arbeidet» mot underliggende virksomheter. Seksjonen har budsjettansvaret for virksomhetenes driftskapitler og koordinerer departementets budsjettarbeid overfor de to virksomhetene. Koordinering av Riksrevisjonens saker overfor Arbeids- og velferdsdirektoratet og Trygderetten ligger også i seksjonen.

8.3 Organiseringen av Arbeids- og velferdsetaten (Nav)

8.3.1 Overordnet

Det som i dagligtalen benevnes som «Nav» omfatter hele arbeids- og velferdsforvaltningen, som er delvis statlig og delvis kommunal.¹⁴ Det er totalt rundt 19000 ansatte i Nav, hvorav rundt 5000 er kommunalt ansatte, og 14000 ansatte i den statlige virksomheten; Arbeids- og velferdsetaten. Virksomheten reguleres av Lov om arbeids- og velferdsforvaltningen 16. juni 2006 nr. 20 (Nav-loven).

På lokale Nav-kontor jobber det både statlig og kommunalt ansatte, med ansvar for henholdsvis statlige og kommunale ytelser og tjenester. Virksomheten i de felles lokale kontorene reguleres av Nav-loven kapittel 3. De ytelsene som er tema i denne rapporten, er alle statlige ytelser.¹⁵ Den nærmere fordelingen av fullmakter og kompetanse internt i Nav-systemet fremgår av Vedlegg 1 til Nav-loven.¹⁶

8.3.2 Kort om tidligere organisering og endringer

Nav-systemet har vært gjennom flere omorganiseringer etter Nav-reformen i 2006. Organisasjonskartet ble endret for hele organisasjonen i 2013, og i 2016 ble ytelsesforvaltningen omorganisert.¹⁷ Noen av disse endringene har medført flytting av ansvar for regelverksutvikling for, og saksbehand-

ling av de ytelsene som omfattes av utvalgets mandat, samt ansvaret for behandling av utlandsspørsmål.

Før Nav-reformen i 2006 hadde Folketrygdkontoret for utlandssaker et særlig ansvar for eksportsaker. Begrepet trygdeeksport har tradisjonelt vært brukt om saker der trygdemottaker bor i eller flytter til utlandet – for eksempel personer som har kommet til Norge for å jobbe, og oppnådd rett til ytelser, og som så tar dem med til hjemlandet. Dette reflekteres i organisasjonsstrukturene, ved at det først og fremst er sakene til personer med bosted andre steder i EØS-området som har vært skilt ut til behandling i egne enheter i Nav. Frem til 2016 hadde Nav Internasjonalt ansvar for internasjonale saker, definert som de sakene der en bruker bodde i, eller flyttet til, utlandet. Da Nav Internasjonalt ble lagt ned i 2016, ble oppgavene fordelt delvis til Nav Nordre Aker, delvis til lokalkontorene, og dels til Nav Arbeid og ytelser. I dag overføres oppfølgingen fra lokalt Nav-kontor til den nasjonale enheten Nav Oppfølging Utland når personer som har rett til syke- eller arbeidsavklaringspenger flytter til utlandet.¹⁸

I senere tid har det vært en spesialisering på regionnivå i Nav-systemet: Der fylkeskontorene tidligere behandlet alle ytelser, er ansvaret for de enkelte ytelsene nå mer konsentrert. I den grad endringer i organisasjonsstrukturen er relevant for utvalgets undersøkelser, kommenteres dette der det er aktuelt.

8.3.3 Direktoratet og linjene

Arbeids- og velferdsdirektoratet leder Arbeids- og velferdsetatens virksomhet.¹⁹ Direktoratet er også fagdirektorat for de kommunale sosiale tjenestene og for området «levkår for sosialt og økonomisk vanskeligstilte». Direktoratet ledes av arbeids- og velferdsdirektøren, som rapporterer til Arbeids- og sosialdepartementet.

¹⁴ Nav ble etablert i 2006, ved sammenslåingen av Riks-trygdeverket og Aetat. Den gang sto akronymet «NAV» for «Ny arbeids- og velferdsforvaltning». I dag er det ingenting som formelt heter «Nav», men dette benyttes som en samlebetegnelse på virksomheten.

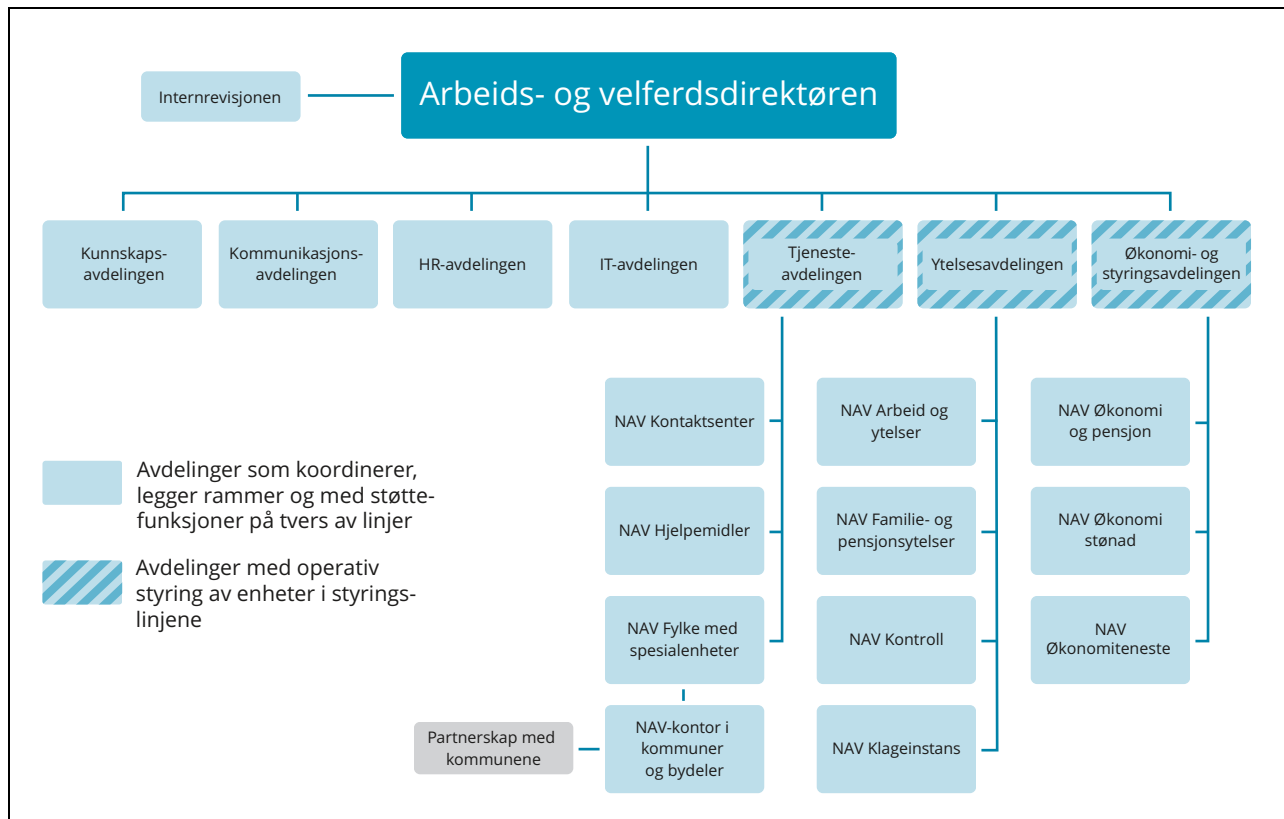
¹⁵ På en rekke områder har de lokalt ansatte fullmakt til å behandle saker «på tvers», for eksempel slik at kommunalt ansatte kan behandle søknader om statlige ytelser, og omvendt. Arbeids- og kompetansefordelingen ved lokalkontorene følger av avtale mellom Arbeids- og velferdsetaten og den enkelte kommune, jf. Nav-loven § 14. I denne sammenhengen er ikke den nærmere arbeidsfordelingen lokalt av større betydning, og det vil ikke bli gjort nærmere rede for den.

¹⁶ Nav-loven med vedlegg er tilgjengelig på lovdata.no.

¹⁷ Fra 1. januar 2013 ble Nav omorganisert slik at virksomheten i ytre etat, som er underlagt direktoratet, ble delt opp i økonomilinjene, ytelseslinjen og arbeids- og tjenestelinjen. I 2016 ble ytelseslinjen omorganisert. Ny organisering av ytelseslinjen innebar mer spesialisering i de ulike resultat-områdene. Omorganiseringen er nærmere omtalt i Navs årsrapport for 2016, se Arbeids- og velferdsdirektoratet, Årsrapport 2016, 24. april 2017.

¹⁸ Nav Arbeid og ytelser har ansvar for å utbetale ytelser. Ansvaret for utbetaling til personer som er bosatt i utlandet, ligger hos Nav Arbeid og ytelser Romerike.

¹⁹ Se Nav-loven § 3. Direktoratet ligger i Oslo, og er fysisk fordelt på to kontorer, som er plassert henholdsvis i Økernveien og i Sannergata.



Figur 8.1 Organisasjonskart

Kilde: Arbeids- og velferdsdirektoratet

På Navs hjemmesider er organisasjonens oppbygning illustrert slik:²⁰

Organisasjonskartet bygger på klassiske linje-strukturer, der enhetene som er organisert i de ulike linjene styres av de respektive fagavdelingene i direktoratet, som illustrert over. Arbeids- og tjenesteavdelingen, Ytelsesavdelingen og Økonomi- og styringsavdelingen ledes av hver sin direktør. De lokale Nav-kontorene er del av Arbeids- og tjenestelinjen, som styres av arbeids- og tjenesteavdelingen.

I hovedsak ligger ansvaret for de ytelsene som utvalgets mandat er konsentrert om, i ytelseslinjen, med fagansvar i ytelsesavdelingen i direktoratet. De underliggende enhetene Nav Kontroll, Nav Klageinstans, Nav Familie- og pensjonsytelser og Nav Arbeid og ytelser har ansvar for ulike deler av ytelsesforvaltningen, og omtales som resultatområder.²¹

I en del saker er det lagt opp til at avdelingene i direktoratet skal samarbeide. For eksempel gjel-

der dette saker om sykepenger og arbeidsavklaringspenger, der ytelsesavdelingen og arbeids- og tjenesteavdelingen har et delt ansvar: Arbeids- og tjenesteavdelingen er ansvarlig for Nav-kontorene lokalt, som står for oppfølging av enkeltpersoner og vurdering av konkrete forhold som arbeidsevne. Kontorene forbereder også vedtak i en del saker om utenlandsopphold der formelt vedtak fattes av forvaltningsenhetene i Nav Arbeid og ytelser, og avdelingene i direktoratet deler det faglige ansvaret for ytelsene.²²

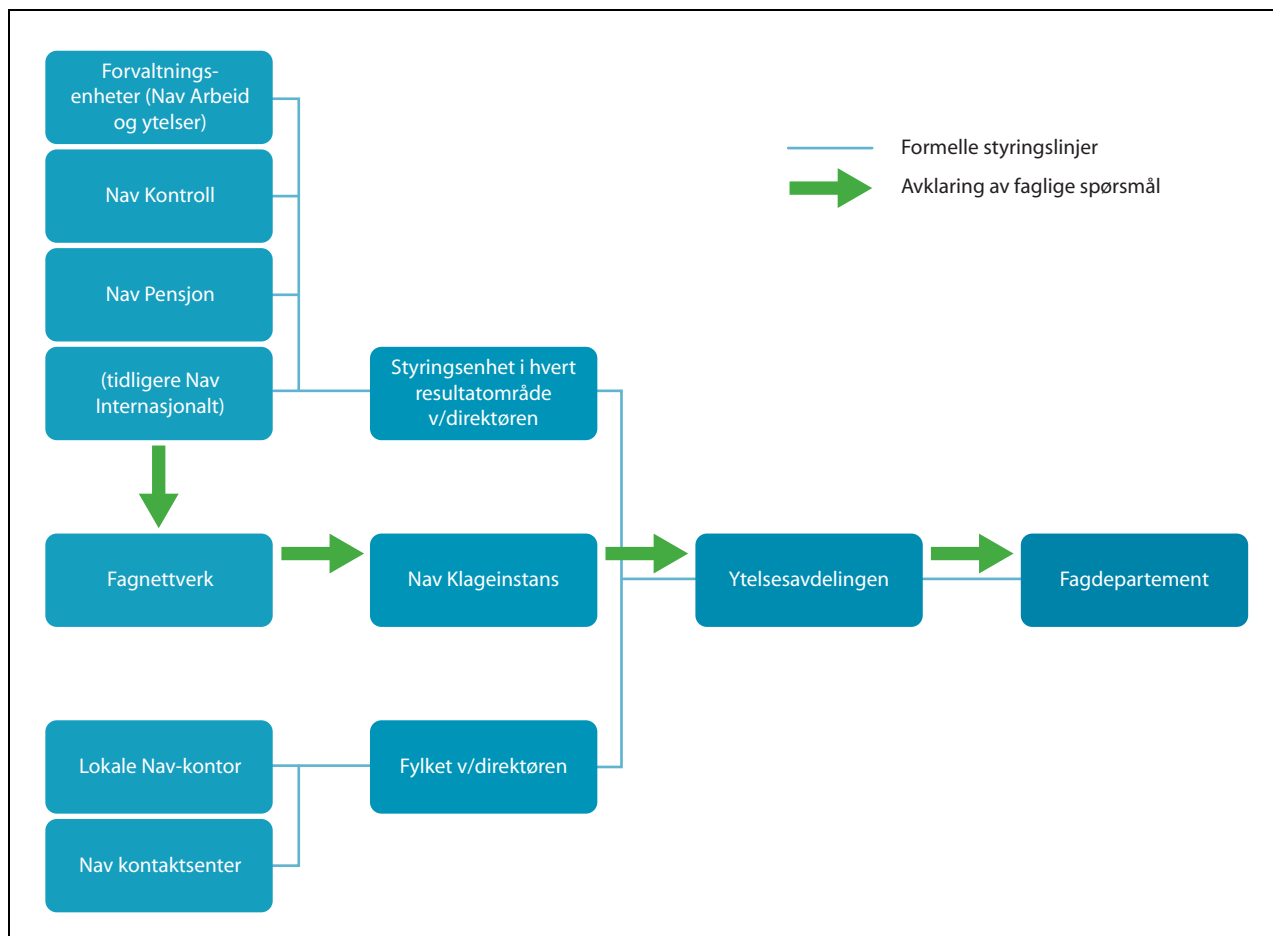
Ansvarsfordelingen mellom Nav-kontor og sentraliserte forvaltningsenheter er omdiskutert, i den forstand at det innad i Nav-systemet er ulike oppfatninger om hvorvidt vedtak bør fattes i sentrale enheter, eller om vedtakskompetansen bør ligge til det enkelte kontor. Et argument for sentralisering av vedtakskompetanse er å sikre likebehandling, mens det på den annen side kan argumenteres for at Nav-kontorene er nærmere de enkeltpersonene vedtaket berører.

Det har i perioder vært faste fagmøter mellom Arbeids- og tjenesteavdelingen og Ytelsesavdelingen på grunn av denne ansvarsfordelingen, og

²⁰ Organisasjonskartet er hentet fra Navs hjemmesider 20. mars 2020, og gjengitt med tillatelse fra Nav.

²¹ De ulike resultatområdene redegjøres for under i punkt 8.3.5 til 8.3.8.

²² Arbeidsfordelingen i saker om utenlandsopphold behandles nærmere nedenfor, under punkt 8.4.



Figur 8.2 Prinsipielle faglige avklaringer

Figuren er utarbeidet av utvalget, basert på en illustrasjon som lå tilgjengelig på Navs intranett «Navet» frem til 2019. Figuren er ikke en nøyaktig gjengivelse. Illustrasjonen på Navs intranett ble sist oppdatert i 2013, før spesialisering av enhetene i Nav Arbeid og ytelser og nedleggningen av Nav Internasjonalt. Blant annet bygger figuren på at Nav Klageinstans har hatt et særlig ansvar for faglig veiledning, og at henvendelser om faglig avklaring derfor i mange tilfeller har vært kanalisert via klageinstansen.

utvalget får opplyst at det jevnlig arrangeres felles ledermøter. Enkelt saker utredes og avklares på ulike nivå, avhengig av saken, mens det som omtales som «prinsipielle beslutninger» skal tas på direktørnivå.²³

Direktoratet har blant annet det formelle ansvaret for rundskriv og annet regelverksarbeid, dialog med departementet og faglig ledelse av øvrige enheter i Arbeids- og velferdsetaten. Den faglige ledelsen innebærer at direktoratet skal gi prinsipielle avklaringer til de underordnede enhetene, som på sin side har ansvar for å løfte viktige spørsmål etter en nærmere definert rutine.²⁴

Av rutinen fremgår det at spørsmål av faglig art der det er behov for tolkning eller avklaring av rettsstilstanden, skal sendes til ytelsesavdelingen i direktoratet. De spesialiserte fagnettverkene for alle ytelsene Nav forvalter, skal bidra til å sikre

enhetlig nasjonal praksis, og faglige avklaringer tas gjerne først her, før de løftes linjevei.²⁵ Ytelsesavdelingen skal avklare spørsmål i den grad etaten selv

²⁴ Utvalget har mottatt en rutine for prinsipielle faglige avklaringer fra direktoratet. Denne er oppgitt å være oppdatert i 2013, og har ligget tilgjengelig for alle ansatte på det såkalte «Navet», som er Nav-systemets intranett. Illustrasjonen er basert på illustrasjonen som lå i denne rutinen. Nav har opplyst at rutinen forsvant fra intranettet i forbindelse med en oppdatering av nettsidene i januar 2019. Det er også opplyst at praksis knyttet til faglige avklaringer (de grønne pilene i illustrasjonen) har endret seg noe, uten at det er lagt inn i rutinen, som følge av at ansvar for å lage utkast til rundskriv ble lagt ut til resultatområdene rundt 2016. Det innebar at enkelte mindre avklaringer blir gjort i denne arbeidsprosessen. Likevel skal endringer av prinsipiell karakter løftes til ytelsesavdelingen særskilt. Ytelsesavdelingen har også ansvar for å godkjenne nye rundskriv. Se nærmere om Navs rundskriv i kapittel 10.

²⁵ Utvalget har fått opplyst fra Nav Arbeid og ytelser at prinsipielle faglige avklaringer siden 2016 i høy grad har vært tatt direkte med ytelsesavdelingen i Arbeids- og velferdsdirektoratet, der slike tidligere først gikk via Nav Klageinstans. Dette har sammenheng med spesialiseringen av ytelsesforvaltningen i 2016.

²³ Redegjørelsen her bygger på redegjørelser utvalget har innhentet fra Arbeids- og velferdsdirektoratet.

har fullmakt til dette, og løfte spørsmål til ansvarlig fagdepartement ved behov. Nav Klageinstans har hatt en veiledningstjeneste for andre faglige spørsmål. Inntil februar 2020 ble faglige avklaringer mellom resultatområdene og direktoratet praktisk gjennomført ved at henvendelser ble sendt per e-post til såkalte «PK-kasser» i de enkelte avdelingene. Det er lagt til grunn at spørsmål til ytelsesavdelingen skal «siles», ved at «instansene spørsmålet løftes gjennom, vurderer om det reelt sett er behov for å løfte problemstillingen».²⁶

I diskusjonen etter at feiltolkningen av trygdeforordningen ble kjent høsten 2019, ble det vist til at enkelte ansatte hadde stilt spørsmål om tolkning av forordningen og rundskrivene på Navnettsiden kalt «erfaringsforum». Overfor utvalget har direktoratet understreket at erfaringsforum er «et internt sosialt netttforum hvor ansatte kan dele erfaringer og ha faglig diskusjon [...] Erfaringsforum er ikke en rettskilde og enkeltsaker skal ikke drøftes på denne arenaen.»²⁷

8.3.4 Nærmere om Ytelsesavdelingen og ytelseslinjen

I ytelsesdirektørens ledergruppe sitter direktørene i de underliggende enhetene – omtalt som «resultatområdene». Utvalgets undersøkelser av direktoratets rolle har i hovedsak vært rettet mot Ytelsesavdelingen og den tilhørende ytelseslinjen, som faglig har hovedansvaret for de ytelsene utvalget behandler. Seksjon for fag og ytelsesutvikling i ytelsesavdelingen har det overordnede fagansvaret for alle ytelsene Nav forvalter, og ledes av en avdelingsdirektør.²⁸

Det har vært flere organisasjonsendringer i ytelseslinjen etter en større omorganisering av direktoratet, som trådte i kraft 1. oktober 2012.²⁹ Da ble den gamle fagstaben for ytelse og styringsenheten for ytelseslinjen slått sammen til det som i dag heter ytelsesavdelingen. Avdelingen ble delt i seksjoner, som igjen var inndelt i kontorer. I en periode var organiseringen slik at et eget

²⁶ Rutine kalt «Prinsipielle faglige avklaringer», s. 2. Rutinen er sist oppdatert 7. februar 2013. I tillegg til den generelle rutinen, er det utarbeidet rutiner for rundskrivsarbeid, og samhandlingen mellom resultatområdene i forbindelse med rundskrivsarbeid beskrives som en viktig arena for faglige avklaringer.

²⁷ Arbeids- og velferdsetaten har redegjort for en del organisatoriske forhold overfor utvalget. Fremstillingen her bygger på notatet «Organisering og ansvar i Arbeids- og velferdsetaten» fra Arbeids- og velferdsetaten til utvalget, s. 6 og 7.

²⁸ Tidligere var tittelen seksjonssjef, og denne benevnelsen brukes iblant fortsatt.

²⁹ Fremstillingen bygger på notatet «Organisering og ansvar i Arbeids- og velferdsetaten» fra Arbeids- og velferdsetaten til utvalget.

regelverkskontor hadde ansvar for alle ytelsene, mens ansvar for ytelsene var delt mellom fire kontorer i den siste perioden fram til februar 2019, da ytelsesavdelingen sist ble omorganisert.³⁰ De fire kontorene i seksjonen hadde frem til dette ansvar for henholdsvis arbeidsytelser, inntektssikring, pensjonsytelser og familieytelser. Ansvaret for EØS-regelverket lå til kontor for familieytelser. Den nye organiseringen innebærer at seksjonen fra februar 2019 ble organisert i kompetansemiljøer med ansvar for henholdsvis regelverk og system, forretningsutvikling og produkteierskap. Personalansvaret i seksjonen ble plassert hos lederne for de ulike kompetansemiljøene. Seksjonen ble videre delt inn i to «leveranseteam»; det ene kalt «pålitelig forvaltning» og det andre «produktstrategi og satsninger». I dag ligger ansvaret for ytelsene i team «pålitelig forvaltning».

Ytelsesavdelingen har det overordnede faglige ansvaret for rundskrivene, men i praksis utformes rundskrivene av enhetene i ytelseslinjen, gjennom arbeid i faggrupper og nettverk, før rundskrivene godkjennes i avdelingen.³¹ I tråd med den generelle rutinen for direktoratet, skal avdelingen også avklare prinsipielle faglige spørsmål som oppstår i linjen.

8.3.5 Særlig om Nav Klageinstans

Nav Klageinstans behandler klager og anker over vedtak knyttet til statlige stønader, og gir faglig veiledning til den statlige delen av Nav. Organisatorisk er Nav Klageinstans plassert som et resultatområde i ytelseslinjen. Direktøren i Nav Klageinstans er dermed en del av ledergruppen til ytelsesdirektøren, og underordnet denne.

Klageinstansen har i overkant av 200 ansatte, og over 80 prosent av disse er jurister. Internt i Nav oppfattes klageinstansen som et sterkt juridisk fagmiljø, som blant annet har en aktiv rolle i rundskrivsarbeidet.

Nav Klageinstans er organisert i fem kontorer plassert på ulike steder i landet, som ledes av hver sin avdelingsdirektør. Klageinstansen ledes av styringsenheten, som er fysisk plassert i Tønsberg og ledes av direktøren. Direktørens stab består av fagkontakter, som har jevnlig møter med saksbehandlere som arbeider med de ulike fagområdene ved de regionale kontorene. I tillegg avholdes månedlige fagledermøter. I begge typene møter drøftes aktuelle problemstillinger, for eksempel i forbindelse med nye avgjørelser fra Trygderetten eller der en klagesak reiser nye spørsmål, for å sikre en ensartet og riktig praksis i klagebehandlingen.³²

³⁰ Utvalget har mottatt dokumentasjon for omorganiseringene fra Arbeids- og velferdsdirektoratet, og fremstillingen her bygger på denne.

³¹ Rundskrivene behandles nærmere i kapittel 10.

³² Fremstillingen her bygger delvis på utvalgets samtaler med medarbeidere i styringsenheten i Nav Klageinstans.

Klageinstansens rolle er først og fremst å avgjøre klager i enkeltsaker. Der Nav Klageinstans omgjør et vedtak, skjer det i praksis ved at den enheten som har fattet vedtaket, instrueres til å fatte et nytt vedtak. Klageinstansen har imidlertid ingen generell instruksjonsrett overfor øvrige enheter i ytelseslinjen utover den enkelte sak. Klageinstansen avgir årlige kvalitetsrapporter, der de peker på generelle avvik, og skal på denne måten bidra til læring i etaten og mest mulig ensartet praksis.

Når klageinstansen stadfester et forvaltningsvedtak, kan brukeren anke beslutningen videre til Trygderetten. I slike tilfeller er det klageinstansen som forbereder saken for Trygderetten, og som utøver partsrollen på vegne av Nav. Klageinstansen følger også opp kjennelser fra Trygderetten.³³

Nav Klageinstans modererer også den delen av «erfaringsforum» som omhandler forvaltning av regelverk, og gir generell veiledning ut fra instruksjoner og rundskriv. Når Klageinstansen fanger opp problemstillinger eller motsetninger i rundskriv, kan dette ved behov løftes til direktoratet. Problemstillinger som er reist i «erfaringsforum» blir som hovedregel først løftet til direktoratet hvis Klageinstans ikke kan veilede ut fra rundskrivene.

8.3.6 Særlig om Nav Arbeid og ytelser

Nav Arbeid og ytelser fatter forvaltningsvedtak i saker om arbeidsrettede ytelser og ytelser knyttet til sykdom. Nav Arbeid og ytelser er fysisk plassert på seks ulike steder i landet, i det som beskrives som forvaltningsenhetene. Disse fatter omtrent 2,4 millioner vedtak i året.³⁴ Tidligere fattet alle enhetene vedtak om alle de statlige ytelsene, men siden 2016 har arbeidet i enhetene vært spesialisert, slik at det ikke spiller noen rolle hvor i landet brukeren bor. Vedtak om ytelsen fattes av en av de forvaltningsenhetene som har ansvar for den aktuelle ytelsen, etter innstilling fra det lokale Nav-kontoret.³⁵ Nav Arbeid og ytelser vurderer også om det skal fattes vedtak om stans og/eller tilbakekreving av ytelser der Nav Kontroll har opprettet en kontrollsak.

³³ Dette behandles noe nærmere i kapittel 11, om Trygderettens rolle i sakskomplekset.

³⁴ Fremstillingen her bygger blant annet på utvalgets samtale med direktøren i Nav Arbeid og ytelser.

³⁵ Kontorene i Nav Arbeid og ytelser refereres ofte til som «NAY», «forvaltning» eller «vedtaksenhetene». Arbeidsfordelingen mellom Nav Arbeid og ytelser og de lokale Nav-kontorene, og hvem som har fullmakt i den enkelte saks-type, fremgår av Vedlegg 1 til Nav-loven.

8.3.7 Særlig om Nav Kontroll

Nav Kontroll er et tredje resultatområde i ytelseslinjen. Direktøren i Nav Kontroll inngår følgelig også i ledergruppen til ytelsesdirektøren, sammen med direktørene i Nav Arbeid og ytelser og Nav Klageinstans.

Nav Kontroll har ansvar for å utrede og anmelde saker der det kan bli aktuelt å stanse eller kreve tilbake ytelser, eller i ytterste konsekvens anmelde for trygdesvindler. Nav Kontroll ble opprettet i 2006. Enheten oppretter saker på grunnlag av tips, registerkontroll og samarbeid med andre enheter i Nav, samt øvrige etater som politiet, Skatteetaten og tollvesenet. I samtaler med utvalget har flere nåværende og tidligere ansatte vist til at denne delen av Nav har fått stadig økte fullmakter for å motarbeide trygdesvindler. Fra omtrent 2012 og frem til 2019 brukte Nav Kontroll blant annet sporing av IP-adresser for å avdekke om meldekort er sendt fra utlandet, og slik vise at mottakere av ytelser oppholdt seg i utlandet. Denne aktiviteten ble avsluttet, etter at den ble vurdert å være i strid med den nye personvernforordningen.³⁶

8.3.8 Kort om samspillet mellom enhetene i ytelseslinjen

Kontakten mellom ytelsesavdelingen og resultatområdene har helt til 1. februar 2020, da saksbehandlingssystemet Websak ble tatt i bruk, i stor grad vært basert på e-post til det som ble kalt «PK-kasser» i de ulike enhetene i ytelsesavdelingen og i styringsenhetene i resultatområdene. Henvendelser er så fordelt videre fra disse felles innboksene.³⁷ Kontakten har også vært e-postbasert ved behov for faglige avklaringer.

Det avholdes jevnlig ledermøter i ytelseslinjen. Utvalget har gjennom samtaler med de aktuelle lederne forstått at det er ulike syn på i hvilken grad disse møtene har vært, og skal være, en arena for faglige diskusjoner. Direktøren i Nav Klageinstans har i samtale med utvalget fremholdt at det har vært liten adgang til å løfte faglige spørsmål til ledermøtene for å sikre koordinering mellom enhetene i linjen. De øvrige direktørene har opplyst at faglige spørs-

³⁶ Forordning 2016/679, personvernforordningen, også omtalt som GDPR. Forordningen er gjennomført i norsk rett ved Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

³⁷ Det er utarbeidet en rekke samhandlingsrutiner mellom de ulike resultatområdene og ulike deler av direktoratet. Her behandles samhandlingen bare på et overordnet nivå.

mål i liten grad har vært diskutert på dette nivået, og gitt uttrykk for ulike syn på om dette er problematisk. Tidligere ytelsesdirektør har uttrykt at hun ba om at faglige spørsmål direktørene ønsket å ta opp, ble presentert skriftlig for ledermøtet i forkant, som forberedelse til diskusjonen.

Enhetene samspiller ellers i enkeltsaker, for eksempel ved at Nav Kontroll avgir rapport til Nav Arbeid og ytelser etter innledende undersøkelser i en kontrollsak. Nav Arbeid og ytelser vurderer om det er grunnlag for å stanse eller kreve tilbake ytelsen. Vedtaket fra Nav Arbeid og ytelser kan deretter påklages til Nav Klageinstans, og eventuelt bringes videre inn for Trygderetten. Dersom vedtaket stadfestes i Trygderetten, vil Nav Kontroll ta saken opp igjen dersom den er av en slik art eller omfang at det skal vurderes å ta ut anmeldelse.

8.3.9 Kort om kunnskapsavdelingens rolle

Etter at feiltolkningen av EØS-regelverket ble kjent høsten 2019, varslet arbeids- og velferdsdirektør Sigrun Vågeng at hun som et forbedringstiltak ville vurdere å opprette en egen juridisk avdeling i direktoratet.

Arbeids- og velferdsdirektoratet har en juridisk seksjon. Denne ligger i kunnskapsavdelingen, som ligger direkte under direktøren. Juridisk seksjon i kunnskapsavdelingen har ansvar for tverrgående, generelle juridiske problemstillinger, for eksempel generelle forvaltningsrettslige spørsmål, men arbeider i utgangspunktet ikke med ytelsesfaglige problemstillinger. Dette ligger i fagavdelingene. Tidligere utøvet kunnskapsavdelingen også søksmålskompetansen i sivile saker på vegne av Nav, mens dette nå i større grad håndteres av Nav Klageinstans.

Etter det utvalget har fått opplyst, ble juridisk seksjon ikke involvert i diskusjonen om adgangen til å nekte utenlandsreiser i EØS-området for mottakere av kontantytelser, før direktoratet satte ned en tverrfaglig gruppe for å vurdere praksisendring i august 2019, der to medarbeidere i juridisk seksjon deltok. I samtale med utvalget har leder for juridisk seksjon gitt uttrykk for at avdelingen kunne bistått på et tidligere tidspunkt, men at det aldri kom noen forespørsel om dette. Avdelingen har dermed vært lite involvert i den saken utvalget har gjennomgått, og nevnes i denne sammenheng først og fremst fordi den har et sterkt juridisk fagmiljø.

8.4 Arbeidsfordelingen i saker om utenlandsopphold for mottakere av kontantytelser

8.4.1 Innvilgelse av utenlandsopphold

Når mottakere av arbeidsavklaringspenger, sykepenger og pleiepenger ønsker å ta med ytelsen til utlandet, må de søke til det lokale Nav-kontoret. I henhold til den såkalte «fullmaktsmatrisen» i Vedlegg 1 til Nav-loven, fatter lokalkontoret vedtak i førsteinstans ved søknad om sykepenger under utenlandsopphold etter folketrygdloven § 8-9. Når det gjelder arbeidsavklaringspenger kan Nav-kontoret gi dispensasjon fra kravet om opphold i Norge ved søknad om midlertidig opphold i utlandet etter folketrygdloven § 11-3. For pleiepenger har Nav Arbeid og ytelser all vedtaksmyndighet.

8.4.2 Avslag på søknad om utenlandsopphold

Når det lokale Nav-kontoret ikke ser grunn til å gi dispensasjon fra kravet om opphold i Norge, utarbeider kontoret en innstilling til vedtak som sendes Nav Arbeid og ytelser, som formelt avgjør spørsmålet. Nav Arbeid og ytelser overtok ansvaret for å fatte vedtak i disse sakene da Nav Internasjonalt ble lagt ned i 2016.

Etter det utvalget har fått opplyst, er overprøvingen av de faktiske og rettslige vurderingene som er gjort ved det lokale kontoret begrenset, men det sjekkes at gjeldende rundskriv er fulgt. Nav Arbeid og ytelser griper ikke inn i Nav-kontorenes vurderinger med mindre de inneholder «åpenbare feil».³⁸

8.4.3 Når brukeren ikke har søkt

Der trygdemottakeren har reist til utlandet uten å søke eller melde fra om dette, vil videre oppfølging være avhengig av om Nav oppdager utenlandsoppholdet. Dette kan skje enten ved at Nav Kontroll avdekker utenlandsoppholdet og melder fra til Nav Arbeid og ytelser, eller ved at Nav-kontoret får kunnskap om oppholdet på andre måter – for eksempel i kontakt med brukeren – og melder fra til Nav Arbeid og ytelser.

³⁸ Dette er opplyst av direktøren i Nav Arbeid og ytelser i samtale med utvalget.

8.5 Aktørenes vurderinger av organisasjonsstrukturene

Utvalgets har hatt samtaler med en rekke aktører i de involverte forvaltningsorganene. Flere har pekt på at direktoratet over tid har blitt «slankere», i betydningen at fagkompetanse er flyttet ut av direktoratet til andre enheter, samtidig som direktoratet har samme fagansvar. Flere av de personene utvalget har snakket med peker også på faglige «siloer» som en utfordring, og at det er dårlig informasjonsflyt mellom de ulike enhetene.

Ansvarsfordelingen innad i ytelseslinjen, og mellom denne og arbeids- og tjenestelinjen, synes også å være en kilde til frustrasjon. Direktøren i Nav Arbeid og ytelse har pekt på at den rollen Nav Arbeid og ytelse har i saker der mottakere av kontantytelser vil oppholde seg midlertidig i utlandet, reelt bare er å være «sandpåstrøingsorgan». Vedtakene er i det store og hele basert på innstilling fra Nav-kontorene. Direktøren har gitt uttrykk for at det ville være mer hensiktsmessig om vurderingene i enkeltsakene ble gjort av det organet som har formell vedtaksmyndighet.

Flere av de utvalget har snakket med, har pekt på forbedringspunkter knyttet til organiseringen av direktoratet og de underliggende resultatområdene. Flere viser til at det er et misforhold mellom fagkompetansen i Nav Klageinstans, som oppleves som et sterkt fagmiljø med høye krav til kvalitet, og i direktoratet. Etter flere runder med nedbemanning mangler direktoratet i dag sterke fagmiljøer. Saksbehandlere i ulike avdelinger i direktoratet har opplyst at det ofte bare er én saksbehandler per ytelse. Ansatte i resultatområdene i Nav, så vel som i departementet og i direktoratet, peker på at det er utfordrende å fylle rollen som ansvarlig fagdirektorat når det på noen områder bare er én eller to personer som har fagansvar for hver av de aktuelle ytelsene.

Også i Arbeids- og sosialdepartementet viser ledende ansatte i embetsverket til at Nav kan synes å ha manglet systemer for internkontroll og gode nok rutiner for å løfte saker ved behov. Departementsråden i Arbeids- og sosialdepartementet har vist til at det etter denne saken er igangsatt et arbeid i etatsstyringen for å skape bedre rutiner for å løfte faglige spørsmål.³⁹

Medarbeidere i departementet har videre gitt uttrykk for at den juridiske og trygdefaglige kompetansen i direktoratet over tid har blitt svek-

ket. Det er likevel ingen forandring i ansvarsforholdet mellom direktoratet og departementet. Ingen av de ansatte i departementet sier at de formelt har tatt opp den faglige svekkelsen av direktoratet internt, selv om svekkelsen skal ha vært diskusjonstema i mer uformelle sammenhenger.

8.6 Utvalgets vurderinger

8.6.1 Overordnet

Utvalget mener de etablerte strukturene for faglig dialog og styring ikke legger godt nok til rette for at overordnede organer holdes løpende orientert om viktige saker nedover i systemet. Det synes ikke å være klare rutiner for kommunikasjon, heller ikke der det kan være snakk om alvorlige feil i forvaltningens praksis, og ansvarsforholdene i ytelseslinjen er uklare.

Selv om det på ulike tidspunkter er utviklet rutiner som setter rammer for dialogen internt og for når saker skal løftes til henholdsvis direktoratet og departementet, gir ansatte og ledere på ulike nivåer i organisasjonen uttrykk for at det er vanskelig å «trenge gjennom» organisasjonen, og at det kan skje at saker «faller mellom stoler». Dette har vært forsterket av at organisasjonen har hatt for svake strukturer for informasjonsutveksling.

I departementet ligger fagansvaret for de regelverk Nav er satt til å forvalte, i ulike avdelinger, mens en avdeling uten slikt fagansvar har ansvar for etatsstyringen. At et fagdirektorat må forholde seg til flere avdelinger i et departement er ikke unikt eller uhenksom. Det fordrer imidlertid en tydelig ansvarsfordeling i begge organer, og rutiner for avklaring av faglige spørsmål. Tildelingsbrevene til Arbeids- og velferdsdirektoratet fra departementet behandler i svært liten grad faglige spørsmål, men legger overordnede føringer for styring og prioriteringer. Dette er ordinært i etatsstyringssammenheng. Departementet har bekreftet overfor utvalget at problemstillingen utvalget behandler ikke har stått på dagsorden i etatsstyringsmøter eller sær- møter mellom departementet og Nav.⁴⁰

Departementet har bekreftet at det også er mye uformell dialog med Nav om faglige spørsmål. Utvalget mener det er positivt og nødvendig, men stiller likevel spørsmål ved at praksis på et

³⁹ Intervjuet med utvalget ble gjennomført 20. april 2020.

⁴⁰ Bekreftet i følgebrev til oversendelse 1. mars, med henvisning til internrevisjonens rapport.

såpass sensitivt område ikke ble kjent for departementet før i 2019.⁴¹

Direktoratets faglige ansvar for det regelverket etaten forvalter, reflekteres tilsynelatende ikke i de faglige ressursene direktoratet besitter. Flere av de personene utvalget har snakket med, har vist til at det over lang tid har vært en villet utvikling å «slanke» direktoratet og flytte saksbehandlere nærmere brukerne. Dette fremgår også av skriftlig dokumentasjon fra diskusjoner på politisk nivå som utvalget har hatt tilgang til. Ansatte i departementet, direktoratet og Nav Klageinstans peker alle på at det er en utfordring at direktoratet har det faglige ansvaret for etatens virksomhet, men ikke har tilstrekkelig fagkompetanse til å forvalte dette ansvaret.

Den fragmenterte organiseringen av Nav innebærer at mye avhenger av at rundskrivene er gode, slik at rettsriktig og konsistent praksis sikres. Videre fordrer en så fragmentert organisering klare retningslinjer for kommunikasjon mellom de ulike linjene, slik at ledernivåene er orientert om forhold i andre linjer som kan ha betydning for aktivitet i egen. Det er ikke heldig, men betegnende, at Nav kontroll var det siste resultatområdet som ble (gjort) oppmerksom på spenningen mellom Navs og Trygderettens tolkning av trygdeforordningen.⁴²

8.6.2 Særlig om forholdet mellom resultatområdene og direktoratet

Forvaltningslovutvalget peker i NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov* på viktigheten av å sikre reell toinstansbehandling i klagesaker. Om klagebehandling av vedtak innad i fagdirektorater, skriver utvalget:

«Når et direktorat treffer vedtak i første instans i en landsomfattende enhet i stedet for i lokal-kontorer med hvert sitt geografiske virkeområde, blir det spørsmål om klager kan behandles i en annen landsomfattende enhet innenfor direktoratet. Når det er en felles overordnet ledelse for den enhet som treffer det opprinnelige vedtak, og den enhet som avgjør klager, blir avstanden mellom de to enhetene lite synlig. Inngår lederen av klageenheten i en felles ledergruppe i direktoratet som også omfatter ledere for enheter som treffer vedtak i første

instans, er det ikke mulig å se de to enhetene som atskilte organer. Etter utvalgets mening tilfredsstillende ikke en funksjonell organisering av direktoratet de krav som bør stilles for å sikre en reell toinstansbehandling. Skal den legges til grunn for klagebehandling innenfor direktoratet, bør det etter utvalgets syn forankres i en egen lovbestemmelse eller et unntak fra forvaltningsloven.»⁴³

Etter utvalgets syn er dette treffende for noen av utfordringene som har preget denne saken. I kapittel 11 og 15 behandles disse nærmere.

Utvalget vil peke på et par trekk ved organisasjonsstrukturen som særlig synes å ha bidratt til at feiltolkningen av regelverket ikke ble oppdaget tidligere, og også at den fikk pågå så vidt lenge etter at den ble oppdaget:

Et første trekk er fraværet av gode kommunikasjonsrutiner mellom resultatområdene. Dette fraværet forsterkes av en kultur der saksbehandlere i den ene linjen synes mer eller mindre å ta for gitt at saksbehandlere i den andre enten er kjent med, eller forstår, det samme som dem.

Et neste trekk er at flyttingen av juridisk fagkompetanse ut i linjen har medført en, sikkert påkrevet, forsterking av juridisk fagkompetanse knyttet til vedtaksfunksjoner. Når forsterkingen skjer ved flytting av kompetanse, har det medført at kompetansemiljøet sentralt i direktoratet svekkes. Dette har konsekvenser for rundskrivene. Skrivningen av dem er som nevnt «satt ut» i linjen, samtidig som direktoratet har det formelle ansvaret for disse. Når direktoratet sentralt ikke synes å ha det kompetansemiljøet en kvalitetskontroll av rundskrivene forutsetter, medfører det en risiko for at rundskrivene ikke gir det grunnlaget for rettsriktig og konsistent praksis de er ment å gi. Et redusert kompetansemiljø sentralt har også konsekvenser for direktoratets mulighet til å identifisere og løse faglige spørsmål som måtte oppstå i linjen, og for evnen til å artikulere og formidle slike spørsmål videre til departementet.

Utvalget har merket seg at instruksene om virksomhets- og økonomistyring forutsetter at direktoratet kan identifisere avgjørelser i Trygderetten og de ordinære domstoler «som reiser problemstillinger som kan gripe inn i etablert praksis og/eller framstår som prinsipielt viktige».⁴⁴ Gjennom-

⁴¹ Den manglende kjennskapen til etatens praksis behandles i kapitlene 9 og 15.

⁴² Dette behandles nærmere i kapittel 15, og er kort behandlet i kapittel 4.

⁴³ NOU 2019: 5, punkt 24.6.5.2, s. 373.

⁴⁴ Arbeids- og sosialdepartementet, Instruks om virksomhets- og økonomistyring for Arbeids- og velferdsdirektoratet, revidert versjon 18. januar 2019, s. 4.

gangen av praksis fra trygderetten viser at forholdet mellom Navs praksis og folketrygdloven på den ene side og EØS-rettens krav på den annen ble problematisert allerede i 2001,⁴⁵ og at frekvensen slike saker har økt, uten at dette synes kommunisert til departementet. Dette har utvalget funnet betenkelig. Utvalget har også vært noe

⁴⁵ Jf. TRR 2000-1214 og TRR 2000-5350. Se kapittel 11 om Trygderettens avgjørelser, og kapittel 14 om diskusjoner om oppholdskravene.

overrasket over at styringsinstruksen ikke pålegger direktoratet å følge med på praksis fra EU-domstolen, til tross for at EU-domstolens tolkninger av trygdeforordningene og uttalelser om betydningen av annen EU-rett på trygdeområdet vil stå sentralt ved fastleggelsen av EØS-retten på området.⁴⁶

⁴⁶ Et søk på EU-domstolens nettsted på de to trygdeforordningene, forordning 1408/71 og forordning 883/2004, gir treff i mer enn 600 avgjørelser.

Del III
Utvalgets undersøkelser

Kapittel 9

Arbeids- og sosialdepartementets arbeid med gjennomføring og oppfølging av trygdeforordningene

Boks 9.1

Funn:

- Utredningene av hvilke virkninger forordning 883/2004 ville ha for norsk rett var svært begrensede. Hovedvekten av arbeidet ble foretatt i 1999, altså fem år før forordningen ble vedtatt i EU og 13 år før gjennomføring i Norge
- Departementet har ikke sett behovet for å tilpasse folketrygdlovens regler til trygdeforordningene og øvrig EØS-rett
- Departementet har ikke hatt tradisjon for å beskrive betydningen av EØS-retten for anvendelsen av folketrygdlovens regler i lovproposisjoner på trygdeområdet
- Departementet har ikke hatt kjennskap til etatens praksis på dette området før november 2018
- Norges forpliktelser etter EØS-avtalen har ikke vært en risikofaktor i etatsstyringen
- Lovarbeidet har preg av at det er lagt mer vekt på å hindre trygdeeksport og misbruk, enn å klargjøre de rettighetene medlemmene av folketrygden har

Læringspunkter:

- Utredningsinstruksens regler om utredning av EØS-relevante rettsakters konsekvenser for norsk rett må følges bedre opp
- Tolking og praktisering av EØS-rettslige regler bør inn som en risikofaktor i departementets etatsstyring
- Lovforarbeider må beskrive hvilke føringer EØS-retten legger på anvendelsen av andre regler innenfor departementets ansvarsområde
- Det er nødvendig med tiltak for å sikre at forvaltningen oppdateres på sentrale avgjørelser fra EU- og EFTA-domstolen
- Avdelingen som har fag- og lovgivningsansvar for de aktuelle ytelsene i departementet må (også) ha solid EØS-rettslig kompetanse

9.1 Innledning

Mandatet ber utvalget vurdere

«Arbeids- og sosialdepartementets håndtering og rolle i saken, herunder også innlemming av forordning 883/2004, styring av/dialog med Nav og behandlingstid, fram til november 2019. I denne sammenheng skal også informasjon fra regjeringen til Stortinget vurderes.»

Mandatet viser kun eksplisitt til forordning 883/2004, men avgrensner ikke mot forordning 1408/71 og øvrig EØS-rett. I tråd med konklusjonen i del-

utredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*, har utvalget også vurdert forhold knyttet til gjennomføringen av forrige trygdeforordning og EØS-avtalens hoveddel.¹ Arbeids- og sosialdepartementet, og dets forløpere, har som ansvarlig fagdepartement for trygd hatt en rekke ulike

¹ Et samlet utvalg fant i delutredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*, inntatt som vedlegg til denne utredningen, at det på grunnlag av reglene om fri bevegelse for arbeidskraft og etablering «kan foreligge ugyltige tilbakebetalingskrav og feilaktige domfellelser basert på forhold som forelå før 2012», se delutredningens s. 3. Det er en dissens i utvalget knyttet til rettstilstanden før 1. juni 2012. De rettslige utgangspunktene, som også ble behandlet i utvalgets delutredning, behandles i kapittel 5.

roller som er av interesse for utvalgets undersøkelser av årsakene til at feiltolkningen oppsto, og til at saken utviklet seg som den gjorde.

Innlemmingen av forordning 883/2004, og gjennomføringen av denne og forrige trygdeforordning i norsk rett behandles i punkt 9.2. Departementet har lovgivningsansvar for syke, pleie og arbeidsavklaringspenger, og har hatt et hovedansvar for utredning av tiltak for å begrense eksport av norske velferdsytelser. Disse sidene ved departementets arbeid behandles i punkt 9.3. Deretter behandles enkelte andre sider ved departementets arbeid, som oppfølging av etatens praksis, rådgivning fra Regjeringsadvokaten og forholdet til Stortinget i punktene 9.4 – 9.8. Utvalgets vurderinger følger så i punkt 9.9.

Departementets involvering i saken fra feilpraktiseringen ble oppdaget, og frem mot pressekonferansen 28. oktober 2019, behandles i kapittel 15.

9.2 Gjennomføring av trygdeforordningene og øvrig EØS-rett

9.2.1 Innledning

Arbeids- og sosialdepartementet, og dets forløpere, har som fagdepartement for trygd hatt ansvaret for gjennomføring av trygdeforordningene i norsk rett. Som nevnt i kapittel 7, er det fagdepartementet som har hovedansvaret for utredningen av innholdet i sekundærlovgivning og valg av gjennomføringsform. Nye, oppdaterte versjoner av trygdeforordningen, såkalte endringsforordninger, kommer nærmest hvert år. Endringsforordningene gjelder i det vesentlige administrative forhold, og behandles ikke nærmere her. I det videre vil utvalget først behandle gjennomføringen av den EØS-rett som forelå ved ikrafttredelsen av EØS-avtalen, og deretter gjennomføringen av den någjeldende trygdeforordningen, forordning 883/2004.

9.2.2 Forordning 1408/71 og øvrig EØS-rett

Gjennomføringen av forordning 1408/71 skjedde som en del av gjennomføringen av hele den samlede EU-rett som EØS-avtalen omfattet ved undertegningen. Utredningsarbeidet var preget av dette, og noe annerledes enn det som senere ble prosessen for gjennomføring av direktiver og forordninger. Utredningsarbeidet for å kartlegge forordningens betydning for norsk rett ble gjennomført som en del av EØS-forhandlingene, og lagt frem for Stortinget i forbindelse med innhen-

ting av samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen. I nokså generelle vendinger heter det der at:

«Opptjente kontantytelser skal utbetales uavhengig av hvilket EF-land vedkommende er bosatt i eller tar opphold i senere.»²

Det er ikke opplagt fra sammenhengen om «tar opphold i» er en henvisning til midlertidige opphold, flytting eller begge deler. Omtalen er temmelig generell, og i liten grad knyttet opp til et definert rettslig grunnlag. Det er derfor ikke uten videre klart hva departementet la i formuleringen. Utvalgets drøftelse av forordning 1408/71 i delutredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området* viste at denne forordningen regulerte rett til kontantytelser under sykdom ved opphold i utlandet der trygdemottakeren samtidig mottok medisinsk behandling, men ikke i andre situasjoner. Samtidig viste delutredningen at bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel innebærer at slike kontantytelser ikke kan nektes utelukkende med den begrunnelse at mottakeren befinner seg i et annet EØS-land. Utvalget er imidlertid ikke kjent med at disse virkningene av bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel ble nærmere utredet.³ Når det er sagt, er det ikke unikt for trygderettsområdet at det tar tid før norsk forvaltning tar inn over seg de konsekvensene EØS-avtalen har.

I forbindelse med innhenting av samtykke til ratifikasjon, ble valget av lovgivningsinstrument for gjennomføringen i norsk rett kommentert slik:

«Nasjonale trygdeordninger kan opprettholdes uendret, med de ytelser og stønadsnivåer som er bestemt i nasjonal lovgivning. EØS-avtalen forutsetter ingen harmonisering til en felles norm. Gjeldende bestemmelser i norsk lovgivning som er i strid med koordineringsreglene, må imidlertid fravikes for å motvirke forskjellsbehandling. Dette kan skje ved å benytte den adgang folke-trygdlovens § 18-12 [...] gir Kongen til å gjøre unntak fra lovenes bestemmelser når gjensidighetsavtaler inngås med andre land.»⁴

Gjennomføringen av de trygdeforordningene som gjaldt ved EØS-avtalens ikrafttredelse ble gjort

² St.prp. nr. 100 (1991–92) s. 258.

³ Hvilke grupper som hadde EØS-baserte rettigheter før 2012, er det ikke enighet om i utvalget. Medlemmene Fløistad og Midthjell redegjør for sitt syn på rundskrivene i perioden før 1. juni 2012 i kapittel 6.

⁴ St.prp. nr. 100 (1991–92) s. 259.

ved forskrift gitt med hjemmel i folketrygdloven av 1966 § 18-12.⁵ Denne bestemmelsen svarer til § 1-3 i dagens folketrygdlov.

Gjennomføring i forskrift som fraviker folke-trygdloven «i den grad det er nødvendig» tilfredsstillende kravene EØS-avtalen artikkel 7 stiller til at forordninger «skal være eller gjøres til del av deres interne rettsorden som [...] sådan», og plikten etter EØS-avtalens protokoll 35 til å gi gjennomførte EØS-regler forrang for annen lovgivning. Det er likevel ikke slik at dette uten videre er tilstrekkelig til å etterkomme plikten til lojal og transparent gjennomføring.⁶ Utvalget har ikke funnet spor av at departementet diskuterte, vurderte eller utredet andre former for gjennomføring, eller problematiserte de virkninger gjennomføringsformen hadde for hvor tydelig trygdemottakeres reelle rettsstilling ville fremstå for trygdemottakere selv, saksbehandlere og samfunnet for øvrig. Samtidig har ikke gjennomføringsformen vært generelt til hinder for at trygdeetaten og senere arbeids- og velferdsetaten har kunnet tolke og anvende EØS-reglene riktig. Utvalget legger til grunn at trygdeforordningenes regler i hovedsak er tolket og praktisert riktig siden 1994.⁷ I samtale med utvalget har en rekke saksbehandlere i departementet fremhevet at det var vel kjent at folketrygdloven var misvisende, men at dette ble avhjulpet av gode rundskriv.

Det synes særlig å være to fordeler ved gjennomføring i forskrift: For det første må forordningen uansett gjennomføres «som sådan»; forordningsteksten må uendret gjøres til en del av norsk rett, enten som lov eller som forskrift. For det andre endres forordningen gjennom årlige tilpasninger og justeringer, og det er praktisk og ressursbesparende å unngå lovbehandling av rent tekniske endringer. Utvalget finner likevel grunn til å påpeke at ingen av disse forholdene er til hinder for at departementet *også* foreslår endringer i folketrygdloven.

9.2.3 Forordning 883/2004

Arbeidet med det som ble trygdeforordning 883/2004 startet allerede på 90-tallet, og Europa-

⁵ Se forskrift om inkorporasjon av trygdeforordningen i EØS-avtalen.

⁶ Se nærmere kapittel 7, om normer og retningslinjer for gjennomføring av EØS-rett.

⁷ Et enstemmig utvalg har fastslått at den nye trygdeforordningens artikkel 21, som regulerer midlertidige opphold i utlandet, ble tolket feil ved gjennomføringen i 2012. Utvalget har ikke vurdert hvordan Nav har tolket forordningenes øvrige regler.

kommisjonens forslag til ny trygdeforordning forelå i 1998.⁸ Deretter pågikk det forhandlinger internt i EU frem til forordningen ble vedtatt i 2004. Ikrafttredelse berodde imidlertid på enighet om en gjennomføringsforordning, og denne kom først på plass i 2009. Forordningen trådte i kraft i EU i 2010. Gjennomføringen i EØS-avtalen tok også noe tid, men ble endelig vedtatt i EØS-komiteen i 2011, som satt ikrafttredelse til 1. juni 2012. I denne tidsperioden er det særlig tre spørsmål utvalget har konsentrert sine undersøkelser om:

- Hvilket arbeid gjorde departementet for å påvirke innholdet i den nye forordningen?
- Hvilket utredningsarbeid gjorde departementet for å kartlegge forordningens betydning for norsk rett?
- Foretok departementet en vurdering av hvordan forordningen skulle gjennomføres?

Påvirkningsarbeid

Den nye trygdeforordningen var resultatet av innspill fra Den administrative kommisjon⁹ og et forenklings- og moderniseringsprosjekt i Europakommisjonen. Muligheten for norsk påvirkning lå dermed i arbeidet i Den administrative kommisjon, hvor departementet og direktoratet deltok som observatører. Etter det utvalget har kunnet bringe på det rene, har ikke spørsmål om rett til ytelse ved midlertidige opphold i andre EØS-land vært diskutert på møter i denne kommisjonen, eller vært blant de områdene Norge fokuserte på.

Utredningsarbeid

Europakommisjonens forslag til ny forordning ble behandlet på et møte i Spesialutvalg for trygd og helse 12. april 1999. Forslaget skal da ha blitt vurdert å være EØS-relevant.¹⁰ Det foreligger imidlertid ikke referat fra møtet. Konklusjonen om at forordningen var EØS-relevant skal også ha blitt behandlet på møter i Spesialutvalget for trygd etter at forordningen ble vedtatt i 2004, men heller ikke disse møtene foreligger det referater fra.

EØS-notatet «Ny trygdeforordning» ble opprettet 27. oktober 2006, og er sist oppdatert 27. oktober 2012.¹¹ I EØS-notatet heter det at

⁸ KOM (1998) 779.

⁹ Se nærmere omtale i punkt 9.5 under.

¹⁰ Begrepet «EØS-relevant» brukes om rettsakter som skal vurderes innlemmet i EØS-avtalen.

¹¹ Administrasjonsdepartementet (2012), EØS-notat «Ny trygdeforordning».

«[d]et dreier seg ... ikke om en grunnleggende eller gjennomgripende substansiell endring. Grunnprinsippene for koordineringen og de viktigste trekkene i systemet er i all hovedsak som før.»¹²

Det ble imidlertid fremhevet at det var tre områder der forordningen innebar nye rettigheter og plikter. Disse besto i:

1. Omfangsmessig utvidelse til personer som er trygdet i en medlemsstat, men som ikke har vært yrkesaktive.
2. Utvidelse til særskilte førtidspensjonsordninger som fra en bestemt alder gir ytelser til arbeidstakere som permitteres eller som etter eget valg frivillig forlater arbeidslivet.
3. Koordineringen av ytelser ved arbeidsløshet utvides til selvstendig næringsdrivende.»¹³

Det fremgår av EØS-notatet at forordningen er vurdert av «relevante organer på departements- og direktoratsnivå uten at det har fremkommet merknader».¹⁴

Kartleggingen av forordningens betydning for norsk rett synes altså å bygge på et utredningsarbeid gjort i 1999, fem år før den endelige forordningsteksten ble vedtatt. Det foreligger ingen skriftlig dokumentasjon av utredningsarbeidet eller møtene i spesialutvalget for trygd, ut over EØS-notatet. I EØS-notatet er som nevnt konklusjonen at ikke dreier seg om «en grunnleggende eller gjennomgripende substansiell endring». Behandlingen i EØS-notatet viser at utredningsarbeidet i departementet var begrenset, og på et høyt generaliseringsnivå. Det er heller ikke dokumentert at saksbehandlere med ansvar for de enkelte ytelsene bidro til vurderingene. Tilsynelatende ble det dermed ikke gjort egne vurderinger av hvilke konsekvenser den nye forordningens regler hadde for de ulike kategoriene ytelser som finnes i forordningen,¹⁵ langt mindre konsekvensene for de ulike ytelsene etter folke-trygdloven.

Som utvalget redegjør nærmere for under punkt 9.5.2, pågikk det til dels omfattende drøftel-

ser av forordning 883/2004 i EFTAs arbeidsgruppe for trygd. Både departementet og direktoratet var representert der. Arbeidsgruppen fikk forelagt et forordningsspeil som sammenlignet bestemmelser i ny og gammel forordning. Referatene fra drøftelsene viser at artikkel 21 var blant bestemmelsene som ble diskutert, men det er ingen skriftlige indikasjoner på at utvidelsen av bestemmelsens virkeområde til også å gjelde andre former for opphold enn bosted ble diskutert. Det er heller ingen indikasjoner på at andre problemstillinger, som spørsmålet om hvilken betydning bestemmelsen har for retten til å motta kontantytelser ved sykdom i andre EØS-land, ble behandlet.

Valg av gjennomføringsform

Forordning 883/2004 ble inkorporert i norsk rett ved kongelig resolusjon 22. juni 2012.¹⁶ I foredraget fra statsråden fremgår det at det ble foretatt en vurdering av hvordan forordningen skulle gjennomføres:

«Under arbeidet med den nye forskriften er det avdekket at det mangler tilstrekkelige forskriftshjemler på deler av helseområdet. Det må derfor foretas en grundig gjennomgang og eventuelle lovendringer før en forskrift om formell gjennomføring av de nye trygdeforordningene kan omfatte disse områdene.

Forskrift om inkorporasjon av de nye trygdeforordningene bør imidlertid fastsettes så snart som mulig med sikte på rapportering om gjennomføringen til ESA. Det er derfor utarbeidet et utkast til inkorporasjonsforskrift som omfatter de lover som har tilstrekkelige hjemmelsbestemmelser. Dermed vil de nye trygdeforordningene bli gjennomført i størstedelen av det nasjonale regelverket som omfattes.

Problemene knyttet til mangler ved forskriftshjemlene kan løses ved en egen lov om inkorporering av trygdeforordningene til erstatning for forskriften. Det vil da heller ikke være nødvendig med en gjennomgang av lovene på helseområdet for å legge til rette for den formelle inkorporeringen av trygdeforordningene. Departementet tar sikte på å legge fram forslag til en slik lov så snart råd er, i samråd med øvrige berørte departementer og Justisdepartementet.»¹⁷

¹² Administrasjonsdepartementet (2012), EØS-notat «Ny trygdeforordning».

¹³ Administrasjonsdepartementet (2012), EØS-notat «Ny trygdeforordning».

¹⁴ Administrasjonsdepartementet (2012), EØS-notat «Ny trygdeforordning».

¹⁵ Som for eksempel en vurdering av hva som lå i endringen av artikkel 21 som gjelder «kontantytelser ved sykdom».

¹⁶ Se nærmere kapittel 4.

¹⁷ PRE-2012-06-22-585.

Utvalget er ikke kjent med at et slikt lovarbeid ble gjennomført, og bakgrunnen for at gjennomføring i lov ble vurdert, var uansett å avhjelpe en hjemmelsproblematikk som ikke gjaldt folketrygdloven.

Gjennomføringen i 2012 kan derfor karakteriseres som en videreføring av tidligere forordning. Departementet la til grunn at det var tilstrekkelig å sikre forordningen forrang gjennom trygdeforordningsforskriften, og forutsatte at Nav gjennom sine rundskriv gjennomførte regelverket på en tilstrekkelig klar og forutberegnelig måte. Utvalget er ikke kjent med at innføringen av en ny forordning utløste diskusjoner om behovet for å justere folketrygdlovens regler, eller på annen måte tydeliggjøre forholdet mellom folketrygdlovens og forordningens regler.

9.2.4 Foreleggelse for Lovavdelingen eller Rettsavdelingen

I forbindelse med gjennomføringen av forordning 883/2004, sendte Arbeidsdepartementet 16. mars 2012 utkast til ny forskrift om inkorporasjon av de nye trygdeforordningene i EØS-avtalen på foreleggelse til berørte departementer, herunder til Justis- og beredskapsdepartementet. Verken det materielle innholdet i den underliggende forordningen eller forholdet mellom forordningens artikkel 21 og bestemmelser om oppholds krav i folketrygdloven ble omtalt i oversendelsesbrevet. Disse forholdene ble heller ikke omtalt i noen av svarene fra departementene.

Justis- og beredskapsdepartementets lovavdeling har heller ikke på andre tidspunkt vært forelagt spørsmålet om trygdeforordningene nødvendiggjør endringer i folketrygdens oppholds krav for de aktuelle ytelsene. Lovavdelingen har heller ikke avgitt noen tolkningsuttalelse om forholdet mellom bestemmelsene i folketrygdloven og trygdeforordningsforskriften.

Heller ikke Rettsavdelingen i Utenriksdepartementet har vært forelagt spørsmål om forståelsen av trygdeforordningen. Avdelingen har ikke vært involvert i spørsmål EØS-retten reiser på dette området ut over å svare på et spørsmål fra Arbeids- og sosialdepartementet om trygde rettens adgang til å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen.

9.2.5 Oppsummering

Gjennomgangen viser at det ikke ble foretatt grundige utredninger av forholdet mellom folketrygdlovens regler på den ene side og trygdeforordningen og annen EØS-rett på den annen.

Gjennomgangen viser også at valget om å gjennomføre forordningen ved forskrift heller ikke synes å ha blitt problematisert etter gjennomføringen av forordning 1408/71 i 1994.

Det arbeidet som ble gjort i forbindelse med gjennomføringen av forordning 883/2004 er i liten grad dokumentert. Utvalget har derfor funnet det særlig vanskelig å vurdere dette arbeidet. Det arbeidet som ble gjort for å utrede hvilke konsekvenser utkastet til forordning ville få for norsk rett, skjedde tilsynelatende i 1999, fem år før forordningen ble vedtatt.¹⁸ Samtidig skjedde det en rekke forandringer i forordningen fra Kommisjonens forslag, til den endelige teksten ble vedtatt.¹⁹

9.3 Andre lov- og utredningsarbeider med tilknytning til forordningene

9.3.1 Innledning

Arbeids- og sosialdepartementet har lovgivningsansvar for syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger. Departementet hadde også lovgivningsansvar for ytelsene som var forløperne til det som i dag betegnes som arbeidsavklaringspenger.²⁰ Med lovgivningsansvaret følger ansvaret for å foreslå lovendringer på vegne av regjeringen, og å utarbeide grunnlaget for slike. I kapittel 5 er bestemmelsene som stiller krav om opphold i Norge for mottakere av de nevnte ytelsene, slik de har vært utformet fra 1994 og frem til i dag, behandlet. Departementet har i en rekke ulike sammenhenger vurdert og endret innretningen på oppholds kravene. Disse vurderingene er ikke knyttet eksplisitt opp til EØS-avtalens krav til norsk rett.²¹

9.3.2 Behandling av EØS-rettens føringer i lovproposisjoner

Fremstillingen i kapittel 5 viste at departementet i liten grad har redegjort nærmere for hvilke førin-

¹⁸ Det foreligger ikke skriftlig dokumentasjon på vurderingene som ble gjort. Antakelsen om at forordningen ble vurdert bygger på informasjon i EØS-notat til forordningen og samtaler med saksbehandlere i departementet. Medarbeidere i departementet har også vist til senere utredningsarbeid, uten at utvalget har mottatt dokumentasjon for slike utredninger.

¹⁹ Se Kommisjonens forslag, KOM (1998) 779.

²⁰ De tidligere ytelsene rehabiliteringspenger, attføringspenger og tidsbegrenset uførestønad ble erstattet av arbeidsavklaringspenger i 2010, se Ot.prp. nr. 4 (2008–2009).

²¹ Medlemmene Fløistad og Midthjell har merknader til denne fremstillingen, se kapittel 6.

ger EØS-retten legger for anvendelsen av oppholdskravene i folketrygdloven når det er foreslått lovendringer. Innføringen av arbeidsavklaringspenger i 2010 er illustrerende: I sitt hørings svar ga Arbeids- og velferdsdirektoratet en nokså omfattende beskrivelse av hvilke begrensninger direktoratet mente EØS-retten legger på anvendelsen av oppholdskravene:

«Direktoratet viser til at EØS avtalens regler, som går foran de nasjonale reglene, innebærer at en del brukere vil kunne ha større rett til å motta trygdeytelser fra Norge under opphold i utlandet enn etter de nasjonale reglene. Dette kan også gjelde for lengre utenlandsopphold, jfr. prinsippet i EØS avtalens art. 1, bokstav h, [sic]²² angående begrepet 'bostedsland', som etter dagens retningslinjer skal legges til grunn når det gjelder rett til utbetaling av rehabiliteringspenger. Etter disse retningslinjene skal en arbeidstaker som etter nasjonal praksis er vurdert som bosatt i Norge, men som har ektefelle og/eller barn eller nære pårørende som vedkommende har jevnlig kontakt med i 'hjemlandet', også kunne få utbetalt rehabiliteringspenger ved opphold i dette landet.

Vi viser også til forordning 1408/71 artikkel 22. Arbeidstakere eller selvstendig næringsdrivende som bor i, eller flytter til et annet EØS-land, vil fortsatt kunne anses å være omfattet av norsk lovgivning (medlem i trygden) etter EØS-reglene. Rehabiliteringspenger kan da fortsatt ytes eller tilstås under opphold i bostedslandet, dersom vedkommende var i arbeid og hadde rett til sykepenger fra Norge på sykmeldingstidspunktet og sammenhengende har vært sykmeldt fram til kravet om rehabiliteringspenger. Vedkommende må i slike tilfeller søke om tillatelse til å beholde ytelsen ved reise til bostedslandet eller flytting til et annet EØS-land. Slike søknader kan etter EØS-reglene kun avslås dersom det blir fastslått at reisen eller flyttingen kan forverre vedkommendes helsetilstand eller vanskeliggjøre den medisinske behandlingen. Arbeidsavklaringspenger er en ytelse som kombinerer både medisinsk behandling og andre viktige aktiviteter for å komme tilbake til arbeid. Det er dette som bærer kravet til opphold i Norge i de innenlandske reglene. Det bør vurderes nærmere om et bredere

hensyn enn ren medisinsk behandling kan begrunne avslag på tillatelser i medhold av forordningens artikkel 22.

Direktoratet påpeker derfor at det vil kunne være en større andel stønadsmottakere som vil kunne motta ytelser i utlandet enn de som er beskrevet i høringsnotatet, dvs. pliktig medlem etter §§ 2-5 og 2-6. Reglene om eksport av ytelser er forskjellig for dagens tre livsoppholdsytelser, og vi antar at arbeidsavklaringspenger bør kategoriseres som kontantytelse under sykdom. Vi ber spesielt om at departementet i odelstingsproposisjonen klargjør hvordan ytelser etter kapittel 11 skal forholde seg til EØS avtalen og andre trygdeavtaler.»²³

Direktoratets beskrivelse er i stor grad basert på det som da var innholdet i EØS-rundskrivet til rehabiliteringspenger. Som det redegjøres nærmere for i neste kapittel, er denne beskrivelsen ufullstendig, i den forstand at EØS-avtalens hoveddel ikke behandles.²⁴ I den endelige proposisjonen er EØS-retten omtalt i totalt to setninger:

«Departementet legger til grunn at arbeidsavklaringspenger vil bli ansett som en kontantytelse under sykdom i henhold til EØS-forordning 1408/71. Departementet understreker at dersom det er motstrid mellom § 11-3 og forordningen, vil EØS-reglene gå foran.»²⁵

Proposisjonen gir ingen veiledning ut over å konstatere forordningens forrang. Det ble dermed opp til direktoratet å avgjøre hvilke situasjoner som omfattes av forordningen. De spørsmålene EØS-avtalens hoveddel reiser, ble ikke nevnt. I samtaler med utvalget har en saksbehandler som arbeidet med innføringen av arbeidsavklaringspenger i departementet forklart at EØS-reglene ikke var tema i proposisjonsarbeidet, og at avsnittet om forordningen antakelig var ment å svare ut forespørselen fra direktoratet.

Et annet eksempel er endringene i reglene om arbeidsavklaringspenger som ble innført med virkning fra 1. januar 2018. Endringene medførte blant annet lovfesting av et krav om forhåndsgodkjenning ved utenlandsopphold. I forarbeidene til lovendringen beskrev departementet gjeldende rett slik:

²² Henvisningen er trolig ment til definisjonen av bosted i den gamle trygdeforordningen, forordning 1408/71 artikkel 1 bokstav h.

²³ Arbeids- og velferdsdirektoratet (2008) s. 9.

²⁴ Medlemmene Fløistad og Midthjell har et annet syn på dette, se nærmere om dette i kapittel 6.

²⁵ Ot.prp. nr. 4 (2008–2009) s. 18.

«Etter folketrygdloven § 11-3 er det et vilkår for rett til ytelse etter kapittel 11 at medlemmet oppholder seg i Norge. Det er to unntak fra vilkåret om opphold i Norge, som følger av bestemmelsens andre og tredje ledd.»²⁶

Deretter fulgte en redegjørelse for innholdet i bestemmelsens andre og tredje ledd. Mulige EØS-rettslige konsekvenser av et krav om forhåndsgodkjenning er ikke behandlet, heller ikke de EØS-rettslige spørsmålene kravet om opphold i Norge reiser. Disse forarbeidene ga altså ikke holdepunkter for at arbeidsavklaringspenger ikke skulle kunne nektes utelukkende med den begrunnelse at trygdemottakeren befinner seg i et annet EØS-land.

I samtaler med saksbehandlere og ledere i departementet har utvalget forstått det slik at det ikke har vært tradisjon for å behandle EØS-rettens føringer, verken ved fremstillingen av folketrygdlovens regler eller ved forslag til endringer i dem. Samtidig har dette skapt forvirring hos medarbeidere i Nav. For eksempel har én saksbehandler forklart at det ble ansett som et viktig argument for at rundskriv og Navs praksis var riktig, at departementet ikke hadde gitt uttrykk for at mottakere av arbeidsavklaringspenger kunne ha rett til ytelsen også under kortvarige opphold i andre EØS-land.²⁷ Det kan i hvert fall konstateres at den knappe fremstillingen av EØS-retten i endringsproposisjoner ikke bidro til at den uriktige tolkningen Nav la til grunn ble korrigert.

9.3.3 Utredninger

Departementet har på ulike tidspunkt utredet ulike spørsmål om EØS-rettens betydning for adgangen til å kreve bosted eller annet opphold i Norge for rett til velferdsytelser. Enkelte av disse utredningsarbeidene redegjøres det nærmere for i kapittel 14. I denne sammenheng er det grunn til å trekke frem et interdepartementalt arbeid fra 2014. Utredningen «Eksport av velferdsytelser» ble utarbeidet av en interdepartemental arbeidsgruppe som del av regjeringens arbeid med tiltak for å begrense eksport av velferdsytelser. Innledningsvis heter det om mandatet for arbeidsgruppen at

«I henhold til mandatet skal arbeidsgruppen gjennomgå problemstillinger knyttet til

eksport av velferdsytelser, det vil si utbetaling av velferdsytelser til personer som ikke bor i Norge.»²⁸

Dette innebærer en avgrensning mot den situasjonen utvalget har vurdert, som er den der personer som bor i Norge, oppholder seg midlertidig andre steder i EØS-området. Samtidig er det en rekke uttalelser om adgangen til å motta syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger under opphold i andre EØS-land i utredningen. I beskrivelsen av gjeldende rett heter det både i punktet om sykepenger og punktet om arbeidsavklaringer at

«EØS-avtalen gir adgang til å oppholde seg i andre EØS-land forutsatt at kravene til aktivitet og kontakt med etaten er oppfylt, se vedlegg 2.»²⁹

Det samme gjentas i kapitlene 9, 10 og 11, som behandler henholdsvis syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger. I samtlige kapitler understrekes det at krav om faktisk opphold i Norge ikke kan gjøres gjeldende i EØS, og at den eneste måten å begrense utbetalingene derfor er å skjerpe inn bruken av aktivitetskrav. I den sammenheng presiserer arbeidsgruppen at slike aktivitetskrav må være egnet og nødvendige for å oppnå formålet de forfølger.

9.3.4 Oppsummering

Gjennomgangen viser at departementet ikke har hatt tradisjon for å beskrive EØS-rettens betydning for anvendelsen av folketrygdlovens regler om krav til opphold i Norge nærmere i høringsnotater og proposisjoner. Det har dermed ikke fremgått klart av lovforarbeidene hva departementet mener vil være riktig praktisering av oppholdskravene der EØS-retten får betydning. Et skriftlig holdepunkt for oppfatningen i departementet, er uttalelsene fra arbeidsgruppen i 2014. Denne arbeidsgruppen synes å legge til grunn at det ikke er anledning til å praktisere et krav om faktisk opphold i Norge, og at begrensning av utbetaling til personer i andre EØS-land derfor må skje ved å bruke aktivitetsplikter mer aktivt. Denne forståelsen er ikke formidlet i form av

²⁶ Prop. 74 L (2016–2017) s. 35.

²⁷ Saksbehandleren er en av flere personer utvalget har intervjuet om det arbeidet som ble gjort med å vurdere etatens praksis etter at Trygderetten stilte spørsmål ved denne i 2017.

²⁸ Interdepartemental arbeidsgruppe (2014) «Eksport av velferdsytelser», s. 8. Ikke offentlig tilgjengelig.

²⁹ Interdepartemental arbeidsgrupperapport (2014) «Eksport av velferdsytelser», 2014, vedlegg I, s. 9 og 11. Ikke offentlig tilgjengelig.

høringsnotater, lovproposisjoner eller meldinger til Stortinget.

9.4 Styringsdialog og kontakt med etaten

9.4.1 Særlig om risiko og vesentlighet

Departementets styring av arbeids- og velferds-etaten skjer innenfor rammen av statens reglement for økonomistyring og bestemmelsene som er fastsatt i medhold av reglementets § 3.³⁰ Etatsstyringen skal sikre at fastsatte mål og resultatkrav oppnås, ressursbruken er effektiv og at virksomheten drives i samsvar med gjeldende lover og regler, herunder krav til god forvaltningsskikk, habilitet og etisk adferd. Det følger videre av reglementets § 4 at styring, oppfølging, kontroll og forvaltning må tilpasses virksomhetens egenart, samt *risiko og vesentlighet*.

Arbeids- og velferdsetaten er en stor og komplisert etat med et omfattende ansvarsområde. Etaten har i lengre perioder vært preget av store omstillings- og organiseringsprosesser. Særlig har arbeidet med digitalisering av forvaltningen fått mye oppmerksomhet. I møte med en slik etat er det naturligvis grenser for hvor detaljert departementets styring kan være.

Den formaliserte styringen av etaten synes å være i tråd med retningslinjene. Som nevnt i kapittel 8, er ansvarsfordelingen slik den fremgår av instruksens hensiktsmessig og sammenfallende med de rammene blant annet Nav-loven setter. Styringsdialogen omfatter, foruten instruksene, årlige tildelingsbrev, etatsstyringsmøter og sær-møter. Adgangen til å motta syke-, pleie- eller arbeidsavklaringspenger under opphold i andre EØS-land har ikke vært på agendaen i noen av disse møtene.

Utvalgets mandat er begrenset i den forstand at utvalget ser nærmere på en problemstilling som både økonomisk og administrativt utgjør en liten del av arbeids- og velferdsetatens samlede oppgaver. Etter utvalgets syn må en gjennomgang av departementets etatsstyring ses i lys av den samlede resultat- og måloppnåelsen til etaten. Det sentrale for utvalgets vurdering har derfor vært økonomireglementets krav til styring basert på risiko og vesentlighet.

Gjennomføring og praktisering av EØS-regelverk har ikke vært identifisert som et risikoområde, og har derfor ikke vært viet oppmerksom-

het i etatsstyringen. Det er imidlertid flere forhold som kan tilsi at også departementet bør ha en særlig oppmerksomhet mot etatens EØS-rettslige kompetanse og praksis. Dette henger særlig sammen med kompleksiteten i regelverket. Fastlegging av gjeldende EØS-rett reiser andre utfordringer enn fastlegging av gjeldende norsk rett, og krever håndtering av et for mange uvant rettskildetilbud. Når EØS-rettens krav er identifisert, må disse kravene holdes opp mot hva norske bestemmelser tilsier, og etaten må ta stilling til om og hvordan EØS-retten griper inn i for eksempel folketrygdlovens regler. I alle disse forholdene ligger det elementer som medfører at risikoen for feilpraktisering er betydelig, og i alle tilfeller større enn der forholdet utelukkende reguleres av folketrygdlovens regler. Betydningen av å ha gjennomføring og praktisering av EØS-regelverk som et risikoområde, ligger også i at Norge har forpliktet seg til å gjennomføre og praktisere EØS-regelverket korrekt, og forventer at de øvrige partene i EØS-avtalen gjør det samme. Risikoen for at enkeltpersoner ikke skulle få oppfylt sine rettigheter i overensstemmelse med EØS-lovgivingen, synes å ha vært viet mindre oppmerksomhet enn risikoen for trygdemisbruk og trygdeeksport. Utvalget har notert som positivt at også departementet har trukket frem som et læringspunkt at EØS-reglene bør inn som en risikofaktor, og på denne måten vies større oppmerksomhet i etatsstyringen.

9.4.2 Styring og faglig diskusjon

Departementet har både formell og uformell kontakt med direktoratet, og begge deler er nødvendig for en god styringsdialog.

Den formelle etatsstyringen skjer i skriftlig form gjennom instruks, tildelingsbrev og referater fra etatsstyringsmøter og sær-møter. Den mer uformelle dialogen skjer i møter, gjennom faglige diskusjoner og erfaringsutveksling mellom kolleger som arbeider tett med de samme problemstillingene og målsetningene, fra ulike perspektiver. Gitt at kontakten mellom departement og direktorat er både formell og uformell, er det avgjørende at det er en felles forståelse av hva som er styring, og hva som er annen faglig og uformell kommunikasjon.

Som nevnt andre steder i utredningen, skjer mye kommunikasjon ved bruk av e-post, også om problemstillinger som klart hører til den formelle etatsstyringen. Det er påpekt fra flere hold at det er behov for en bedre forståelse i direktoratet for hvordan etatsstyringen foregår, slik at formell etatsstyring skiller tydelig fra for eksempel faglige diskusjoner. Dette kan utvalget slutte seg til.

³⁰ Finansdepartementet (2019) «Reglement for økonomistyring i staten».

9.4.3 Departementets forhold til etatens praksis

Utvalget behandlet arbeidsfordelingen mellom departementet og etaten i kapittel 8, og fant der at departementets instruks overlater til etaten å fortolke og praktisere regelverket. I tillegg har etaten et ansvar for å løfte problemstillinger til departementet. I instruksen heter det at:

«Arbeids- og velferdsdirektoratet skal orientere ansvarlig departement dersom etaten ønsker å endre praksis på områder som er av prinsipiell betydning og som kan få politiske og eller økonomiske konsekvenser.

Direktoratet skal orientere ansvarlig departement om avgjørelser i Trygderetten eller dommer i de ordinære domstoler som reiser problemstillinger som kan gripe inn i etablert praksis og/eller framstår som prinsipielt viktige.»³¹

I tråd med denne ansvarsfordelingen er det ikke opp til departementet å føre nærmere kontroll med eller på andre måter ha oversikt over etatens praksis. Departementet har opplyst at det ikke var kjent med etatens praksis og forståelse av forordningen før direktoratet forela problemstillingen for departementet senhøstes 2018.

Et sentralt tema i utvalgets samtaler med ledere og saksbehandlere i departementet har vært hvilken oversikt departementet har hatt over etatens praksis. Mange har pekt på etatens omfattende oppgaver, og at det derfor vil være svært krevende for departementet å følge med på alle sider ved etatens praksis. Et departement som fulgte med på praksis, fremheves det, ville måtte ha en helt annen størrelse. Det er også anført at en slik ansvarsfordeling vil lede til mye dobbeltbehandling. Ansvarsfordelingen vurderes derfor gjennomgående som hensiktsmessig.

Departementet hevder at de hadde reagert dersom de hadde kjent til hvordan trygdeforordningen ble praktisert. Utvalget konstaterer at departementet ved flere anledninger kunne forstått hvordan forordningen ble praktisert. Utvalget konstaterer videre at den politiske oppmerksomheten har vært rettet mot effektivisering av etaten og hindring av trygdemisbruk, og ikke mot å klargjøre de rettighetene medlemmer av folketrygden har etter EØS-avtalen. Selv om det over-

ordnet er fornuftig at departementet overlater ansvaret for praksis til etaten, mener utvalget det kan stilles spørsmål ved om det er rimelig at departementet ikke var kjent med praksis i Nav på dette området før i 2018.

Uavhengig av om ansvarsfordelingen er hensiktsmessig eller ikke, innebærer den at departementet er avhengig av at etaten selv gjennomfører EØS-lovgivingen riktig, og eventuelt identifiserer forhold som krever avklaring med departementet. Denne saken er en indikasjon på at direktoratet ikke har vært i stand til å fungere slik departementet forutsetter, og utvalget understreker at det er departementets ansvar å påse at underordnede organer evner å levere som forutsatt.

9.5 Deltakelse i koordinerende organer

9.5.1 Den administrative kommisjon

EØS-avtalen gir Norge rett til å delta som observatør i en rekke koordineringsorganer på administrativt nivå i EU. Ett slikt organ er Den administrative kommisjon, opprettet i medhold av trygdeforordningens artikkel 71. Kommisjonen skal ifølge artikkel 72 blant annet «behandle alle administrative spørsmål og fortolkningsspørsmål som oppstår som en følge av bestemmelsene i denne forordning». I tillegg har EFTA/EØS-landene egne arbeidsgrupper for hvert enkelt saksfelt, herunder trygdeområdet, for å koordinere arbeidet opp mot EU-kommisjonen og medlemslandene. Siden begge organer har sentrale roller i gjennomføringen og praktiseringen av trygdeforordningens regler, har utvalget undersøkt om organene har behandlet spørsmål av interesse for utvalget.

Arbeids- og sosialdepartementet representerer Norge i Den administrative kommisjon. I tillegg møter en representant fra Arbeids- og velferdsdirektoratet som departementets bisitter. Departementet og direktoratet samarbeider tett om Norges deltakelse, og deltakelsen til direktoratet sikrer også at direktoratet har tilgang til samme informasjon som departementet om arbeidet i kommisjonen. Frem til 2006 skrev departementet egne rapporter fra møtene. Etter 2006 har utvalget hatt tilgang til referatene som utarbeides av kommisjonens sekretariat. Utvalget har merket seg at rapportene frem til 2006 ga grundige redegjørelser blant annet for pågående saker og nylig avsatte avgjørelser fra EU-domstolen. Rapportene synes derfor å være godt egnet for å holde forvaltningen oppdatert om viktige avgjørelser fra EU-domstolens praksis. Rapportene ble også distribuert

³¹ Arbeids- og sosialdepartementet (2019) «Instruks om virksomhets- og økonomistyring for Arbeids- og velferdsdirektoratet» s. 4.

internt i forvaltningen til organer som kunne ha interesse av utviklingen i EØS-retten på trygdeområdet. Utvalget er ikke kjent med bakgrunnen for at det ikke lenger skrives slike rapporter, men vil fremheve at egne, kortfattede rapporter på norsk er mye mer tilgjengelig enn referater utarbeidet på engelsk av kommisjonens sekretariat. Slike rapporter vil også kunne orienteres mot løsninger i norsk rett, og dermed være mer egnet som instrument for kontinuerlig kontroll av samsvaret mellom norsk rett og EØS-rettens krav. Det er derfor betenkelig at slike rapporter ikke lenger skrives.

Etter det utvalget kjenner til, har ikke tolkningen av artikkel 21 eller problemstillinger knyttet til retten til å motta kontantytelser under midlertidige opphold i andre EØS-land, vært oppe til behandling i Den administrative kommisjon. I samtale med utvalget har ansatte i direktoratet som over en årrekke deltok på møtene, gitt uttrykk for at problemstillingen utvalget behandler ikke er en problemstilling som typisk behandles av Den administrative kommisjon. Bakgrunnen for det er at ytelse av kontantytelser ved midlertidige opphold ikke utløser et behov for koordinering mellom ulike EØS-land, fordi ytelsen da skal ytes på grunnlag av norske trygde regler og av norske myndigheter.

9.5.2 EFTAs arbeidsgruppe for trygd

EFTAs arbeidsgruppe for trygd er et koordineringsorgan for EFTA-landene Norge, Sveits, Island og Lichtenstein. EFTA-sekretariatet fungerer som arbeidsgruppens sekretariat. Arbeidsgruppens hovedoppgave er koordinering av EFTA-landenes posisjoner overfor EU, og da særlig med vekt på tilpasninger av EØS-relevante rettsakter.

Arbeidsgruppen diskuterte forordning 883/2004 på ulike møter fra forordningen ble vedtatt, til den ble endelig gjennomført i EFTA/EØS-landene 1. juni 2012. Referatene viser at Norge tidlig fant forordningen EØS-relevant, og høsten 2006 informerte departementets representanter om at forordningen var akseptert på regjerings- og parlamentarisk nivå. EFTA-sekretariatet ble tidlig bedt om å utarbeide et dokument som speilet den nye forordningen mot den gamle. Etter at dette forelå, ble den nye forordningen gjennomgått kapittel for kapittel fra 2006 til 2008. Høsten 2007 diskuterte arbeidsgruppen den delen av forordningen som gjelder kontantytelser under sykdom, og kommenterte da ved artikkel 21 at

«Within this chapter, the provisions on benefits in cash were changed less than other provi-

sions, as the coordination in this field was already functioning quite well. The changes rephrase the legislation and make it clearer.

The first part of Art. 21 of Reg. 883/2004, is more or less identical to Art. 19, and the second part is identical to Art. 23(1) of Reg. 1408/71.»

Det synes som at arbeidsgruppen la til grunn at det var mindre endringer her enn i andre kapitler, uten at det ble redegjort for hva endringene var. Verken utvidelsen av bestemmelsen til å gjelde opphold, eller at bestemmelsen ikke omtaler en tillatelsesordning, ble kommentert.

Arbeidsgruppen inviterte ulike eksperter fra Europakommisjonen for å redegjøre for konsekvensene av forordningen, og i den forbindelse var det også anledning til å stille ekspertene spørsmål. Ingen av de spørsmålene som fremgår av referatet gjaldt forståelsen av forordningens artikkel 21.

9.5.3 Spesialutvalget for trygd

Spesialutvalget for trygd (tidligere trygd og helse) er et interdepartementalt organ for koordinering av EØS-rettslige spørsmål på trygdeområdet. Arbeids- og sosialdepartementet har, som fagansvarlig for trygdeområdet, leder- og sekretariatsansvar for spesialutvalget. Spesialutvalgene utgjør, sammen med koordineringsutvalg og regjeringen, de tre nivåene for koordinering av norske holdninger til EØS-rettslige spørsmål. Spesialutvalget representerer det faglige nivået for interdepartemental drøfting, koordineringsutvalget er det høyeste administrative nivået og regjeringen politisk nivå.

Spesialutvalgene behandler særlig nye rettsakter som skal innlemmes i EØS-avtalen, og EØS-notatene til hver enkelt rettsakt godkjennes som regel i spesialutvalget. I tillegg til godkjenning av EØS-notater er spesialutvalgene et forum for avklaring av Norges holdning til EØS-rettslige spørsmål innenfor spesialutvalgets saksområde.

Utvalget har gjennomgått *tilgjengelige* referater fra alle møter i Spesialutvalget for trygd siden opprettelsen i 1994.³² Det vesentlige av aktiviteten i spesialutvalget er behandling av EØS-notater om

³² Det har ikke vært mulig å oppdrive referater fra alle møter i spesialutvalget. Det er for eksempel i et EØS-notat og et annet referat fra møte i spesialutvalget vist til at forordning 883/2004 ble behandlet på et møte 12. april 1999, uten at det har vært mulig å oppdrive referat fra et slikt møte. Det er også lengre perioder hvor det ikke foreligger noen referater, uten at utvalget med sikkerhet vet at det ble avholdt møter: For eksempel foreligger det ingen referater mellom 1. april 2009 og 7. desember 2012, en periode på tre og et halvt år.

rettsaker som skal tas inn i EØS-avtalen og oppdateringer fra fagdepartement om klagesaker for ESA eller saker for EU/EFTA-domstolen innenfor spesialutvalgets virkeområde.

Spesialutvalget er som nevnt også et forum for avklaring av faglige spørsmål mellom organene i sentralforvaltningen som arbeider med trygd og EØS-rett. Det innebærer at det i enkelte sammenhenger er diskusjoner om ulike faglige spørsmål i møtene. Basert på referatene utvalget har hatt tilgjengelig, er det ikke ofte faglige spørsmål tas opp i spesialutvalget. For eksempel er spørsmål om hva som er gjeldende EØS-rett på et konkret område, sjelden behandlet i spesialutvalget.

Utvalget har derfor merket seg diskusjonen i spesialutvalget høsten 2000, hvor direktoratet redegjorde for at de situasjoner hvor en person er bosatt og arbeider i Norge, men ønsker å reise til et annet EØS-land «ikke er å anse som 'koordineringstilfelle', og [etaten] har derfor vurdert disse tilfellene kun etter interne bestemmelser i ftrl. § 8-9». I samme møte ga departementet en nærmere vurdering av EØS-retten. Denne diskusjonen er nærmere behandlet i kapittel 14.

9.6 Regjeringsadvokatens rådgivning

9.6.1 Innledning

Regjeringsadvokaten fører rettsaker for staten og rådgir statlige klienter i rettslige spørsmål, jf. instruks for Regjeringsadvokaten § 2. Den største delen av arbeidet ved kontoret går med til å føre saker, mens en mindre del består av rådgivningsoppdrag på vegne av departementene eller andre statlige klienter.³³ I tillegg til å representere staten ved søksmål for norske domstoler, representerer Regjeringsadvokaten Norge i saker for EFTA-domstolen, og der Norge intervenserer i saker for EU-domstolen er Regjeringsadvokaten agent, ofte sammen med Utenriksdepartementet.

I utvalgets undersøkelser har Regjeringsadvokatens arbeid vært av interesse av flere grunner. For det første fordi Regjeringsadvokaten er prosessfullmektig for staten i sivile saker. For det andre fordi Regjeringsadvokaten er juridisk råd-

giver for staten. Og for det tredje fordi Regjeringsadvokaten opptrer som representant for Norge i saker for EU- og EFTA-domstolen.

9.6.2 Oppdrag som prosessfullmektig

Regjeringsadvokatens hovedoppgave er å føre rettsaker for staten. Gyldigheten av vedtak etter folketrygdloven behandles av Trygderetten i første instans, istedenfor tingretten. For Trygderetten er det Nav Klageinstans som har rollen som prosessfullmektig for staten. Det innebærer at Regjeringsadvokaten først blir involvert dersom staten eller en privat part tar ut søksmål over gyldigheten av en kjennelse fra Trygderetten. Regjeringsadvokaten har opplyst at kontoret behandler omlag 30 saker på vegne av Nav i året. I tillegg behandler private advokatfirmaer rundt 70 slike saker etter avtale med Regjeringsadvokaten. Embetet prøver å behandle de mest prinsipielle sakene selv.

Verken forståelsen av artikkel 21 eller retten til å motta kontantytelser i et annet EØS-land etter forordning 883/2004 har vært tema i noen av disse sakene. Regjeringsadvokaten bisto imidlertid Nav i 2012/13 i forbindelse med en sak for Eidsivating lagmannsrett.³⁴ Saken ble hevet som gjenstandsløs, som følge av at Nav omgjorde vedtaket om å nekte sykepengene under opphold i Spania. Saken behandles nærmere i kapittel 14.

9.6.3 Rådgivningsoppdrag

Regjeringsadvokaten gir juridiske råd til statlige klienter, herunder både Arbeids- og sosialdepartementet og Arbeids- og velferdsdirektoratet. Bruken av Regjeringsadvokaten som rådgiver reguleres av Statsministerens kontors (SMK) veileder for bruk av Regjeringsadvokaten. I veilederens punkt 2 omtales saksfordelingen mellom Regjeringsadvokaten og Justis- og beredskapsdepartementets lovavdeling slik:

«Saksfordelingen mellom Regjeringsadvokaten og Lovavdelingen er ikke skarp, og er avhengig av sakens karakter. Dersom det foreligger en konkret rettslig konflikt eller fare for konflikt med private, bør saken i utgangspunktet behandles av Regjeringsadvokaten. Generelle tolkningsspørsmål som oppstår uavhen-

³³ Fremstillingen bygger på forskriften Instruks for Regjeringsadvokaten, Statsministerens kontor (2011) «Retningslinjer: Foreleggelse av saker for Regjeringsadvokaten» og samtale med regjeringsadvokat Fredrik Sejersted. Regjeringsadvokat Fredrik Sejersted opplyste i samtale med utvalget om at omlag 80 % av kontorets ressurser går med til rettsaker, mens de resterende 20 % er rådgivning.

³⁴ I tillegg kommer Borgarting lagmannsretts avgjørelse i sak LB-2007-61181, hvor EØS-rettens betydning ikke ble identifisert. Saken behandles nærmere i kapittel 12 som den eneste sivile saken i sakskomplekset.

gig av rettssaker, bør fortrinnsvis forelegges for Lovavdelingen.»

I rundskrivet om Lovavdelingens bistand for andre departementer kommenteres saksfordelingen slik:

«Fagdepartementet kan iblant stå overfor valget mellom å innhente uttalelse fra Regjeringsadvokaten eller fra Lovavdelingen. Dersom det gjelder en sak som står for eller kan ventes å komme for domstolene, er det naturlig å forelegge den for Regjeringsadvokaten. Innhentes uttalelse før det fremmes forslag om ny lovgivning, er det naturlig å forelegge saken for Lovavdelingen. Hvis det gjelder rettsspørsmål hvor løsningen i hovedsak er basert på rettspraksis (typisk erstatningsrettslige spørsmål) eller kontraktstolking, bør det forelegges for Regjeringsadvokaten. Lovavdelingen ser det imidlertid som en viktig oppgave å gi uttalelse om statsrettslige og alminnelige forvaltningsrettslige spørsmål selv om løsningen av disse til dels beror på rettspraksis.»³⁵

Som begge de siterte avsnittene indikerer, er det ikke detaljerte retningslinjer for hvilke saker som skal foreleggelses for Regjeringsadvokaten. Det kunne derfor tenkes at spørsmål om forståelsen av trygdeforordningens artikkel 21, eller adgangen etter EØS-retten til å nekte ytelser ved opphold i andre EØS-land, var forelagt Regjeringsadvokaten. Etter det utvalget har kunnet bringe på det rene, skjedde dette først høsten 2019.

9.6.4 Saker for EFTA-domstolen

Regjeringsadvokaten bistår også departementene i saker for EFTA-domstolen. Disse sakene kan deles i tre kategorier. Traktatbruddsaker, hvor EFTAs overvåkningsorgan (ESA) tar ut sak mot Norge, foreleggelsessaker fra norske domstoler, og foreleggelses- eller traktatbruddsaker som ikke gjelder forhold i Norge, men hvor Norge likevel inngir innlegg.

Spørsmål om forståelsen av forordning 1408/71 og 883/2004 har vært reist i alle disse kategoriene saker.³⁶ Utvalget har gjennomgått sakene,

³⁵ Rundskriv G-16/2001.

³⁶ Det er følgende saker: sak E-3/04 *Tsomakas m.fl.*, sak E-3/05, *ESA v Norge* (Finmarkstillegg), Forente saker E-11/07 og E-1/08 *Rindal og Slinning*, sak E-3/12 *Jonsson*, sak E-6/12 *ESA v Norge* (barnetrygd), sak E-13/15 *Abuelo*, sak E-24/15 *Walter Waller* og sak E-11/16 *Mobil Betriebskrankenkasse v Tryg*.

og Norges innlegg i dem. På grunnlag av denne gjennomgangen ser ikke utvalget hvordan noen av disse sakene skulle foranlediget nærmere undersøkelser om praksis eller avklaring av lovforståelse.

9.6.5 Saker for EU-domstolen

Norge er ikke part i saker for EU-domstolen, men har anledning til å inngi skriftlige og muntlige innlegg.³⁷ Det er ingen klare føringer for i hvilke saker Norge skal gi innlegg, men innlegg vil typisk være aktuelt i prinsipielle saker hvor norske myndigheter har en særlig interesse i et bestemt utfall. Hvis Norge har innlegg, er det Regjeringsadvokaten og/eller Rettsavdelingen i Utenriksdepartementet som opptrer som agenter for Norge.

Det er det enkelte fagdepartement som tar stilling til om Norge skal gi innlegg i en sak eller ikke. Det vil derfor være Arbeids- og sosialdepartementet som avgjør om Norge skal intervensere i saker som gjelder forståelsen av trygdeforordningene. Som nevnt er det ikke klare felles retningslinjer på tvers av departementene for hvilke saker det skal gis innlegg i. Heller ikke i Arbeids- og sosialdepartementet er det slike retningslinjer, og utvalget har gjennom samtaler forstått at hvorvidt det gis innlegg eller ikke i stor grad beror på om departementet på det aktuelle tidspunkt har tilstrekkelig kapasitet til å gjøre det arbeid et slikt innlegg forutsetter. Det kan derfor være noe tilfeldig om det avgis innlegg eller ikke. Til illustrasjon gir et søk i EU-domstolens praksis på saker om forordning 1408/71 treff i 318 avgjørelser siden 1. januar 1994. I samme tidsperiode har Norge avgitt innlegg i seks saker som gjelder den gamle trygdeforordningen. Norge har ikke inngitt innlegg i saker som gjelder forståelsen av den nye trygdeforordningen.

Utvalget har gjennomgått avgjørelsene i sakene Norge intervenserte i og Norges innlegg i dem.³⁸ Heller ikke disse sakene er etter utvalgets syn av en slik karakter at de ga grunnlag for å undersøke Navs praksis knyttet til opphold i andre EØS-land nærmere.

Dommen som ligger nærmest utvalgets problemstillinger er EU-domstolens avgjørelse i C-430/15 *Tolley*. Saken gjaldt ytelser ved funksjons-

³⁷ Se artikkel 40 i statuttene til Den europeiske unions domstol.

³⁸ Det er følgende saker: sak C-275/96 *Kuusijärvi*, sak C-385/99 *Müller-Fauré*, sak C-50/05 *Nikula*, sak C-208/07 *von Chamier-Gliszinski*, sak C-430/15 *Tolley* og sak C-551/16 *Klein Schiphorst*.

nedsettelse for en britisk kvinne som hadde bodd i Spania over lengre tid. Kvinnen mente fortsatt å ha rett til å oppebære ytelsen fra Storbritannia. Saken reiste en rekke spørsmål, herunder om det var britisk eller spansk trygdlovgivning som kom til anvendelse, og, for det tilfelle at britisk lovgivning gjaldt, om et krav om «residence and presence» i Storbritannia var forenlig med artikkel 22 første ledd bokstav b i forordning 1408/71. Arbeids- og sosialdepartementet tok initiativ til at Norge skulle inngi skriftlig innlegg, og saken ble derfor på vanlig måte forelagt EØS-rettslig utvalg. EØS-rettslig utvalg besluttet at Norge skulle intervenere i saken, og utvalget besluttet at medarbeidere hos Utenriksdepartementet og Regjeringsadvokaten skulle oppnevnes som agenter for Norge.

Det norske innlegget i saken gjaldt spørsmålet om hvilket lands lovgivning som kom til anvendelse, og spørsmålet om Tolley var omfattet av den personkretsen som faller inn under forordningens artikkel 19 og 22. Bakgrunnen for Norges engasjement i saken var nettopp lovvalgsspørsmålet, og det var ingen oppmerksomhet i diskusjonene i EØS-rettslig utvalg om at avgjørelsen også kunne ha betydning for adgangen til eksport av ytelse. Snarere legges eksportspørsmålet dødt, som følge av at det ikke er uklart i den nye forordningen:

«ASD påpekte at forordning 1408/71 er avløst av en senere forordning (883/2004/EF). Sistnevnte hjemler en generell adgang til eksport av kontantytelser, uavhengig av persongrupper.»

Det er ikke klart ut fra sammenhengen om det med eksport her utelukkende siktes til flyttesituasjoner, eller om eksport også er ment å omfatte situasjonen der trygdemottakeren oppholder seg i et annet EØS-land uten å ha flyttet dit. Det interessante i denne sammenheng er at rettstilstanden ble oppfattet som klar. Det var derfor ikke overraskende for departementet at EU-domstolen presiserte at artikkel 22 var til hinder for et krav om «residence and presence» i Storbritannia.

9.7 Behandling i regjering

Det er ikke faste retningslinjer for hvilke saker som behandles i regjering, og praksis kan her variere mellom ulike regjeringer. Det er opp til den til enhver tid sittende statsminister å fastsette retningslinjer for gjennomføring av regjerings-

konferanser. Samtidig har det over tid utviklet seg enkelte retningslinjer.³⁹ Om hvilke saker som skal behandles i regjering heter det i veiledningen «Om r-konferanser» at

«[h]ovedregelen er at statsrådene bør legge fram til drøfting i regjeringen notater om alle viktige saker. Hva som er viktige saker, vil måtte bero på en skjønnsmessig vurdering. Som saker av viktighet regnes alltid saker med betydelige økonomiske og administrative konsekvenser, saker som er politisk vanskelige, og saker hvor det er uenighet mellom statsrådene.»⁴⁰

Skiftende regjeringer har over lang tid vært opp-tatt av å treffe tiltak som begrenser eksport av velferdsytelser til andre land. EØS-regelverket kan i seg selv gi anvisning på løsninger som er politisk betente, og begrensninger i eller utvidelser av retten til velferdsytelser kan ha vesentlige økonomiske konsekvenser. Det har vært sentralt for utvalget å danne seg et helhetlig bilde av saks-komplekset. Utvalget ba derfor om, og fikk samtykke til, innsyn i relevante regjeringsnotater fra sittende regjering (regjeringen Solberg). Siden utvalgets undersøkelser strekker seg tilbake til ikrafttredelsen av EØS-avtalen, ba utvalget også om samtykke til innsyn i regjeringsnotater fra regjeringene Stoltenberg I og II, Bondevik I og II, Jagland og Brundtland III. Også dette ble gitt.⁴¹

Adgangen til å ta med syke-, pleie- og arbeids-avklaringspenger ved opphold i andre EØS-land har tilsynelatende ikke vært behandlet i regjering, og spørsmålet om EØS-rettens betydning for denne adgangen har da heller ikke vært behandlet. Skiftende regjeringer har utredet, diskutert og vurdert ulike tiltak for å motvirke at norske velferdsytelser utbetales til utlandet, men oppmerksomheten har da vært rettet mot personer som *bor* i utlandet. Situasjonen hvor en person oppholder seg midlertidig i andre land, har ikke vært viet samme oppmerksomhet. Heller ikke innføringen av ny trygdeforordning i 2012 ble nærmere behandlet i regjering.

Sett i lys av den politiske oppmerksomheten som har vært om utbetaling av norske velferds-

³⁹ Disse retningslinjene er nærmere beskrevet i veiledningen «Om r-konferanser», utgitt av Statsministerens kontor, sist ajourført oktober 2018.

⁴⁰ Statsministerens kontor (2018) «Om r-konferanser», s. 5.

⁴¹ Samtykke til innsyn i regjeringsnotater fra regjeringen Bondevik I og II ble gitt av tidligere statsminister Kjell Magne Bondevik, og samtykke til øvrige regjeringers notater ble gitt av leder i Arbeiderpartiet Jonas Gahr Støre.

ytelser i utlandet, har fraværet av regjeringsbehandling overrasket utvalget. Samtidig er forklaringen nok at problemstillingen knyttet til midlertidige opphold i mange år ikke ble sett. Når forvaltningen ikke har tatt tak i denne, er det ikke overraskende at problemstillingen heller ikke har havnet på regjeringens bord. Flere ledere og saksbehandlere i departementet har også pekt på at EØS-reglene har vært håndtert på embetsverksnivå, uten at det har blitt vurdert som nødvendig, eller at embetsverket er blitt oppfordret til, å løfte sakene til politisk nivå.

9.8 Informasjon til Stortinget

I sammenheng med vurderingen av departementets håndtering og rolle i saken, skal utvalget i henhold til mandatet også vurdere «informasjon fra regjeringen til Stortinget» fram til november 2019. Utvalget oppfatter at det ligger utenfor mandatet å vurdere om regjeringen, eller i praksis vedkommende statsråd, har brutt opplysningsplikten etter Grunnloven § 82. Dette er et spørsmål om mulig parlamentarisk og konstitusjonelt ansvar som det ikke ligger til utvalget å ta stilling til.

Utvalget har forstått mandatet slik at det skal vurdere om den informasjonen som har eller ikke har vært gitt til Stortinget kan ha hatt betydning for feilpraktiseringen. Det er da naturlig å ta utgangspunkt i den informasjonen regjeringen har gitt i forbindelse med saker som har vært lagt fram for Stortinget på trygdeområdet, i praksis proposisjoner og meldinger.

Selv om utvalget ikke skal vurdere om Grunnloven § 82 er brutt, vil likevel prinsippene som kan utledes av særlig Grunnloven § 82 første ledd, gi nyttige utgangspunkter for vurderingen av hvilken informasjon Stortinget kan forventes å få fra regjeringen.

Etter Grunnloven § 82 første ledd skal regjeringen «meddele Stortinget alle de opplysninger som er nødvendige for behandlingen av de saker den fremlegger». Hva som ligger i «nødvendige opplysninger» beror på en konkret vurdering, og avhenger blant annet av sakens art og de konkrete omstendighetene. Generelt kan man si at Stortinget må få slik informasjon som gjør det i stand til å foreta en forsvarlig vurdering av innhold og virkning av de vedtakene som foreslås fattet, se Innst. S. nr. 210 (2002–2003) s. 15.

Regjeringen har ingen alminnelig plikt til å legge frem en sak eller et saksforhold for Stortinget av eget tiltak. Stortinget har heller ikke

krav på å bli holdt løpende orientert om utviklingen innenfor et bestemt saksområde. I de sakene regjeringen faktisk fremlegger for Stortinget, er utgangspunktet like fullt at alle nødvendige opplysninger må legges frem.

Som det fremgår i kapittel 5 og i punkt 9.3.2 i dette kapittelet, har utvalget gjennomgått en rekke lovproposisjoner på trygdeområdet. Gjennomgangen har vist at departementet ikke har hatt tradisjon for å beskrive EØS-rettens betydning for anvendelsen av folketrygdlovens regler i proposisjoner til Stortinget. Det seneste eksemplet er proposisjonen om endringer i reglene om arbeidsavklaringspenger som ble innført med virkning fra 1. januar 2018. Endringene medførte blant annet lovfesting av et krav om forhåndsgodkjenning for å beholde arbeidsavklaringspenger ved utenlandsopphold. EØS-reglene ble ikke behandlet i denne proposisjonen, heller ikke i beskrivelsen av folketrygdloven § 11-3.

Stortingets medvirkning er ikke nødvendig ved innlemmelsen av nye rettsakter i EØS-avtalen med mindre gjennomføringen krever lovendring eller saken ellers er av viktighet, jf. Grunnloven § 26 annet ledd. I lovproposisjoner vil det derfor først og fremst være aktuelt å informere om EØS-rettslige spørsmål der lovforslaget enten er gitt for å etterkomme forpliktelser etter EØS-avtalen, eller forslaget aktualiserer forholdet til gjeldende EØS-rett. Bakgrunnen for at lovproposisjonene på trygdeområdet knapt inneholder omtale av EØS-rett, har antakelig sammenheng med at trygdeforordningene er gjennomført som forskrift, noe som isolert sett gir mindre behov for å innta omtale av EØS-reglene i en lovproposisjon.

Det er likevel grunn til å stille spørsmål om vekslende regjeringer, ved å unnlate å omtale EØS-reglene i proposisjoner på trygdeområdet, har opplyst lovbehandlingen tilstrekkelig.⁴² Med den informasjonen, eller manglende informasjonen, regjeringen har gitt om EØS-rettslige spørsmål på trygdeområdet, har Stortinget ikke blitt invitert til å vedta lovbestemmelser på dette området som kunne gitt et mer dekkende bilde av det som har vært gjeldende rett.

⁴² Da Nav Klageinstans ble oppmerksomme på at direktoratet ønsket å foreslå en endring av ftrl. § 8-9, skrev de i brev til Ytelsesavdelingen i Arbeids- og velferdsdirektoratet 29. november 2017 at «dersom bestemmelsen i § 8-9, 9-4 og 11-3 ikke kan gjøres gjeldende i EØS-området, vil konsekvensene av en lovendring ikke ha så store følger som forventet. Vår erfaring tilsier at de fleste som søker om å ta med kontantytelser til utlandet, ønsker å oppholde seg i andre EØS-land.». Se nærmere om dette i kapittel 15.

9.9 Utvalgets vurderinger

9.9.1 Innledning

Utvalget har i dette kapitlet gjennomgått ulike sider ved departementets gjennomføring og håndtering av EØS-rettslige regler, med særlig fokus på eventuell omtale av eller oppmerksomhet om hvilken betydning EØS-rettens regler har for adgangen til å motta kontantytelser ved sykdom under opphold i andre EØS-land. Fremstillingen gir grunnlag for en rekke refleksjoner rundt departementets rutiner, organisering og kompetanse. Innledningsvis er det grunn til å trekke frem *gjennomføringen, lovarbeidet og forholdet til praksis*.

Kartleggingen av gjennomføringsarbeidet viste at departementet i liten grad utredet betydningen av EØS-avtalens hoveddel for trygdelovgivningens oppholdskrav i 1994. Heller ikke den nye forordningen ble underlagt omfattende utredning, verken for å kartlegge hvordan den var å forstå, eller for å undersøke hvilken betydning forordningen ville ha for praktiseringen av folketrygdens regler om oppholdskrav. Gjennomgangen av lovproposisjonene på trygdeområdet har videre vist, og embetsverket i departementet har vist til, at departementet ikke har hatt tradisjon for å beskrive EØS-rettens betydning for anvendelsen av folketrygdlovens regler. Som vist i punkt 9.4 har departementet heller ikke hatt kjennskap til etatens praksis på dette området.

Slik utvalget ser det, har disse forholdene både hver for seg og samlet bidratt å gjøre det vanskeligere å avdekke feiltolkningen, og dermed medvirket til at den ble opprettholdt over så lang tid. Lite eller udokumentert utredningsarbeid ga begrenset veiledning til etaten, manglende omtale av EØS-rettens føringer innebar at lovforarbeidene ikke bidro til å justere praksis, og departementets manglende kjennskap til Navs praksis medførte at departementet ikke korrigerste det departementet selv sier at det ville forstått at var en feilaktig tolkning og tilhørende praksis.

Slik utvalget ser det, har det særlig sviktet på fire punkter: For det første har departementets utrednings- og gjennomføringsarbeid hatt svakheter. For det andre har departementet vært uvitende om etatens praksis. For det tredje er det svakheter ved lovarbeidet og organiseringen av dette, og for det fjerde har det ikke vært noen systematisk og løpende overvåking av rettsutviklingen. Disse fire punktene utdypes nærmere i de neste avsnittene, også med henblikk på å identifisere læringspunkter.

9.9.2 Utrednings- og gjennomføringsarbeid

Arbeids- og sosialdepartementet har som fagansvarlig departement ansvar for utredning av nye EØS-rettsakter på trygdeområdets konsekvenser for norsk rett, og beslutninger om hvordan rettsaktene skal gjennomføres. Utvalget går i kapittel 16 nærmere inn på noen særskilte rettssikkerhetsutfordringer, og valget av gjennomføringsform kommenteres mer utdypende der. I denne sammenheng finner utvalget grunn til å fremheve de manglende vurderingene av hvilke konsekvenser forordning 883/2004 ville ha for norsk rett, samt av om gjennomføring i forskrift ville være tilstrekkelig, vurdert mot de krav EØS-retten setter til gjennomføring, og i lys av de særlige hensynene som tilsier at borgernes rettsstilling bør fremgå klart av lovens ordlyd på dette rettsområdet.

Som nevnt i kapittel 7 skal det utarbeides egne EØS-notater om EØS-relevante rettsakter vedtatt av EU. Notatene skal blant annet beskrive:

«Rettslige konsekvenser for Norge. Vil gjennomføring medføre endring i norsk lovgivning eller annet regelverk? Hvilke lover/forskrifter må i så fall endres/hvordan vil rettsakten gjennomføres i norsk rett?»⁴³

I lovteknikkveilederen heter det videre at

«Rettsakten må [...] tolkes i lys av de grunnleggende prinsippene i EØS-avtalen. Og selv om en rettsakt skulle la et visst spørsmål være uregulert, eller uttrykkelig bestemme at EØS-statene i visse tilfelle står fritt til å innføre andre regler enn det som følger av rettsakten selv [...], må statene utøve denne friheten innen rammen av de generelle prinsipper i avtalen, så lenge man er innenfor disse prinsippenes saklige virkeområde.

Erfaringen fra EU-landene viser at det er lett å overse dette forholdet ved nasjonal gjennomføring av rettsakter.»⁴⁴

Som nevnt mener utvalget disse retningslinjene legger til rette for forsvarlige vurderinger ved innføring av ny EØS-relevant sekundærlovgivning. Forutsetningen for en forsvarlig prosess er like fullt at retningslinjene følges.

Gjennomføringen av forordning 883/2004 skjedde uten grundige vurderinger av hvilke kon-

⁴³ Utenriksdepartementet (2016) «EU/EØS-håndboken», s. 168.

⁴⁴ Justisdepartementet (2000) «Lovteknikkveilederen» s. 170.

sekvenser forordningens regler hadde for norsk rett.⁴⁵ Det er ikke spor av at departementet vurderte å gjennomføre forordningen ved lov heller enn forskrift. Det er heller ikke spor av vurderinger av behovet for å endre folketrygdlovens bestemmelser. I lys av hvilke endringer i rettstilstanden vi har sett at forordningen medførte, kan dette fremstå overraskende. Når det ikke ble foretatt en nærmere kartlegging av forordningens konsekvenser, var det heller ikke lett å foreta gode vurderinger av hvordan forordningen best kunne gjennomføres.

Etter utvalgets syn er det utredningsarbeidet som ligger til grunn for innføringen av forordning 883/2004 i EØS-avtalen og den senere gjennomføringen i norsk rett ikke i tråd med utredningsinstruksens krav. Utvalget har heller ikke funnet holdepunkter for å anta at departementet foretok en nærmere vurdering av hvordan forordningen skulle gjennomføres, slik lovteknikkveilederen forutsetter.

9.9.3 Departementets forhold til etatens praksis

Utgangspunktet er at etaten har et selvstendig ansvar for tolking og praktisering av regelverket. En del av dette ansvaret er også å tolke og praktisere EØS-rettslige regler som begrenser anvendelsen av folketrygdlovens regler. Dersom det er behov for endring av fastlagt praksis, er det opp til direktoratet å løfte dette som en problemstilling til departementet. En slik organisering vil i det store være hensiktsmessig, og organiseringen henger nært sammen med størrelsen på departementet; det sier seg selv at departementet måtte vært langt større dersom det skulle føre en løpende kontroll med etatens praksis. En slik ansvarsfordeling er imidlertid ikke til hinder for at departementet, på enkelte områder, har et særlig øye med etatens praksis. Etter utvalgets syn er det flere forhold som taler for at departementet her burde kjent til etatens praksis.

For det første er EØS-retten, som EU-retten, i endring. Endringen drives til dels frem av politiske prosesser, som resulterer i nye og endrede traktatbestemmelser, forordninger og direktiver. Endringene er også praksisdrevet, i form av nye avgjørelser fra EU- og EFTA-domstolen. Slike

⁴⁵ Som utvalget pekte på i punkt 9.2.3 skal utredningen ha vært oppe til diskusjon på en rekke møter i Spesialutvalg for trygd. Utvalget har ikke grunnlag for å si at det ikke skjedde, men viser til at det er vanskelig å bedømme arbeidet gjort der når det ikke foreligger skriftlig dokumentasjon for hvilket arbeid som er gjort.

endringer kan både medføre et behov for endring i Navs praksis, og innebære krav til endring av lovverket.⁴⁶ Praksis på en rekke forvaltningsområder har dessuten vist at gjennomføring og praktisering av EØS-regler er særlig utfordrende. Dette henger blant annet sammen med et komplisert og for noen uvant rettskildesystem. Samlet tilsier dette at departementet bør ha en særlig oppmerksomhet om områder hvor EØS-retten begrenser anvendelsen av folketrygdlovens regler betydelig. Denne oppmerksomheten kan innebære at EØS inkluderes som en risikofaktor i styringsdialogen, og at departementet har bedre kjennskap til hvordan etaten forstår EØS-reglene og anvender dem i praksis.

For det andre er spørsmålet om norske velferdsytelser skal utbetales til personer som oppholder seg i andre land politisk betent. Skiftende regjeringer har viet eksport av velferdsytelser stor oppmerksomhet, og det har blitt innført en rekke ulike tiltak for å begrense slik eksport. I embetsverket er de politiske signalene forstått først og fremst som et ønske om å begrense utbetalinger til personer som er bosatt i utlandet. En slik forståelse kan ha gode grunner for seg, blant annet fordi de største utbetalingene skjer nettopp til personer som bor i utlandet. Samtidig er dette en nyanse som ikke fremgår klart av den politiske debatten. Slik utvalget ser det, ligger det derfor også for de situasjonene hvor personer som bor i Norge oppholder seg i utlandet midlertidig, en oppfordring for departementet til å ha en nærmere oversikt over etatens praksis.

Samlet mener utvalget det er urovekkende at departementet ikke tidligere var kjent med etatens praksis. Særlig kritisk er dette når sentralt plasserte personer i departementet karakteriserer tolkingen av forordningen som «hårreisende», og tydelig gir uttrykk for at departementet ville reagert raskt dersom det hadde kjent praksisen.

9.9.4 Lovarbeid, EØS-kompetanse og organisering

Utvalgets gjennomgang av lovproposisjoner på trygdeområdet viste at departementet ikke har beskrevet hvilke begrensninger EØS-retten setter for anvendelsen av folketrygdlovens regler. Som Nav Klageinstans har påpekt, innebærer forordningen at folketrygdlovens

⁴⁶ Se kapittel 7 om normer og retningslinjer for gjennomføring av EØS-rett. Medlemmene Fløistad og Midthjell har merknader til dette, se kapittel 6.

«§ 8-9, 9-4 og 11-3 ikke kan gjøres gjeldende i EØS-området, [...] konsekvensene av en lovendring [vil derfor] ikke ha så store følger som forventet. Vår erfaring tilsier at de fleste som søker om å ta med kontantytelser til utlandet, ønsker å oppholde seg i andre EØS-land.»⁴⁷

Da departementet foreslo endringer i oppholdskravet for pleiepenger, skrev departementet følgende:

«Departementet mener det fortsatt bør være mulig å få rett til pleiepenger under utenlandsopphold, men at denne perioden ikke bør være for lang, særlig med vekt på kontrollhensynet. Departementet foreslår derfor å definere hva begrenset periode skal være i tid. Det vil i tillegg være en fordel for både mottakerne og Arbeids- og velferdsetaten med en klarere tidsangivelse.»⁴⁸

Departementets drøftelser gir inntrykk av reelle overveielser av hvordan praksis skal være. Riktig forståelse av forordningens regler innebærer imidlertid at Nav i svært mange saker overhodet ikke skal forholde seg til folketrygdlovens begrensninger av lengden på utenlandsopphold, men vurdere om øvrige vilkår for ytelsen er løpende oppfylt, som om personen var i Norge. Dette har to virkninger. For det første gir departementets drøftelser et skjevt inntrykk av hvilke konsekvenser den foreslåtte regelendringen vil ha. Dette har primært en side til at forarbeidene skal danne grunnlag for en forsvarlig saksbehandling i Stortinget. For det andre innebærer det at proposisjonen etterlater et inntrykk av at EØS-reglene ikke har vesentlig betydning. Selv om departementet som utgangspunkt ikke kan stå til ansvar for tolkingen av hva som *ikke* står i lovforarbeider, er det etter utvalgets syn ikke overraskende at saksbehandlere i Nav har forstått den manglende omtalen av EØS-retten i helt nylig utarbeidede proposisjoner som en bekreftelse av at etaten hadde riktig forståelse av reglene.

Den manglende beskrivelsen av EØS-rettens betydning er etter utvalgets syn illustrerende for at det også i deler av departementet er manglende kompetanse på EØS-rett. Som nevnt i kapittel 8, er det én avdeling som har ansvar for gjennomføring av forordningen og en annen som har lovgivningsansvar for korttidsytelsene. Dette delte ansvaret

synes å ha ledet til en situasjon hvor avdelingen som har gjennomførings- og koordineringsansvar for forordningen oppfattes som det sentrale EØS-rettslige miljøet. Som følge av at forordningen uansett er gjennomført i forskrift, synes det som andre avdelinger ikke på samme måte har sett behovet for å forholde seg aktivt til EØS-reglene. Utvalget mener det er nødvendig med økt bevissthet om at EØS-rett er norsk rett, og at departementet i større grad integrerer EØS-retten i det løpende lovarbeidet.

9.9.5 Løpende «overvåkning» av rettsutviklingen

Utvalget har tidligere trukket frem at EØS-retten, som EU-retten, er i kontinuerlig endring. Endringen skjer ikke kun gjennom vedtakelse og opphevelse av traktater, forordninger og direktiver, men også gjennom praksis fra EU- og EFTA-domstolen. EØS-avtalens krav til lojal etterlevelse forutsetter at forvaltningen følger med og vurderer hvilken betydning nye rettsakter og praksis har for lovgivning og praksis. I instruksene til arbeids- og velferdsetaten er etaten gitt ansvar for

«å orientere ansvarlig departement om avgjørelser i Trygderetten eller dommer i de ordinære domstoler som reiser problemstillinger som kan gripe inn i etablert praksis og/eller framstår som prinsipielt viktige.»⁴⁹

Instruksene nevner ikke EU- eller EFTA-domstolens praksis, og fagansvarlige i ytelsesavdelingen i direktoratet har gitt klart uttrykk for at de ikke følger med på praksis fra disse domstolene. Det er derfor overraskende at heller ikke departementet har rutiner for å plukke opp utvikling i EU- eller EFTA-domstolens praksis.

Gjennomgangen av Norges deltakelse i Den administrative kommisjon viste at departementet frem til 2006 utarbeidet detaljerte referater fra møtene der. Referatene inneholdt også redegjørelser for praksis fra EU- og EFTA-domstolen som hadde betydning for forståelsen av trygdeforordningen. Ved at referatene ble utarbeidet på norsk og viderefremmet internt i forvaltningen, synes referatene å ha vært et godt virkemiddel for å holde forvaltningen ajour med det som ellers kan fremstå som en omfattende og lite tilgjengelig praksis. Utvalget mener det er nødvendig at for-

⁴⁷ Brev fra Nav Klageinstans til Ytelsesavdelingen i Arbeids- og velferdsdirektoratet, 29. november 2017.

⁴⁸ Prop. 48 L (2016–2017) s. 15.

⁴⁹ Arbeids- og sosialdepartementet (2019) «Instruks om virksomhets- og økonomistyring for Arbeids- og velferdsdirektoratet» s. 4.

valtningens tiltak for å følge rettsutviklingen i EU- og EFTA-domstolens praksis innrettes på en mer hensiktsmessig måte.

9.9.6 Merknad fra enkeltmedlemmer

Utvalgets medlemmer Fløistad og Midthjell deler ikke premissen for diskusjonene i dette kapitlet i tidsrommet før 1. juni 2012, se kapittel 6 der det redegjøres for disse medlemmenes syn på forhold-

det mellom fri bevegelighet for personer og fri bevegelighet for tjenester.⁵⁰ Det vises til samme kapittel om disse medlemmenes syn på forvaltningens praksis for å ivareta rettighetene til økonomisk aktive personer der det forelå et grensekryssende element.

⁵⁰ Utvalgsmedlem Midthjell har i tillegg særlige merknader knyttet til politiske føringer og de prosesser som er omtalt i kapittel 15. Disse er tatt inn i punkt 18.4.

Kapittel 10

Arbeids- og velferdsetatens gjennomføringsarbeid**Boks 10.1***Funn:*

- EØS-rundskrivets kapitler om syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger gir uttrykk for feil forståelse av EØS-rettens betydning for anvendelsen av oppholdskravene ved midlertidige opphold i andre EØS-land
- Feilen skyldes blant annet at begrepet «opp- hold» i forordningen ble tolket feil da rundskrivene skulle oppdateres ved gjennomføringen i 2012
- Arbeids- og velferdsdirektoratet har manglet retningslinjer for utforming og oppdatering av rundskriv. Det har ikke vært faste rutiner for kvalitetskontroll av oppdaterte rundskriv.
- Etatens lovforståelse har vært vanskelig tilgjengelig, og det kan ha bidratt til at feilpraktiseringen fikk pågå over så lang tid

Læringspunkter:

- Arbeids- og velferdsetaten må ha større oppmerksomhet om betydningen av EØS-reglene, også de som følger av EØS-avtalens hoveddel, så vel i enkeltsaker som i annet arbeid
- Kvalitetssikringen av at lovforståelse uttrykt i rundskrivene er i overenstemmelse med EØS-retten må intensiveres
- Rundskriv bør utformes i tråd med ytelses-avdelingens egne retningslinjer, slik at det er lett å forstå grunnlaget for etatens praksis

10.1 Innledning

Av utvalgets mandat fremgår det at utvalget skal

«[k]artlegge og vurdere bakgrunnen for Arbeids- og velferdsetatens tolkning og praktisering av trygdeforordningen og øvrig EØS-rett knyttet til muligheten for å ta med seg sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger ved midlertidig opphold i andre EØS-land.»

Mandatet viser til forordningen i entall, og mener med det forordning 883/2004 som ble gjennomført i norsk rett i 2012. Utvalget er samtidig bedt om å foreta en «grundig og fullstendig gjennomgang av saken». I tråd med konklusjonen i delutredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*, hvor utvalget fant at det kan «foreligge ugyldige tilbakebetalingskrav og feilaktige domfellelser basert på forhold som forelå før 1. juni

2012»,¹ vil utvalget også vurdere gjennomføringen av forordning 1408/71 og øvrig EØS-rett ved ikrafttredelsen av EØS-avtalen 1. januar 1994.

Det er det enkelte fagdepartement som er ansvarlig for at Norges EØS-rettslige forpliktelser gjennomføres i norsk rett. Som nevnt var det ikke noe formelt i veien med gjennomføringen av trygdeforordningene eller annen EØS-rett på trygdeområdet. Det er således ikke tvil om at arbeids- og velferdsetaten allerede fra 1. januar 1994 var forpliktet til å gi EØS-retten forrang for regler i den norske folketrygdloven i den utstrekning det var nødvendig, noe etaten i stor utstrekning også har gjort.

Med etatens gjennomføringsarbeid menes det arbeidet etaten gjør med å tolke og forklare nye regler for å gi praktisk veiledning til saksbehandlere som skal treffe vedtak i enkeltsaker. Direk-

¹ Delutredningen ble avgitt 4. mars 2020, og er inntatt som vedlegg til denne utredningen.

toratets veiledning fremgår av direktoratets rundskriv. Utvalget har ikke holdepunkter for å anta at praksis i etaten har avveket fra rundskrivene, og redegjørelsen i punkt 10.2 om rundskrivenes funksjon forklarer hvorfor rundskrivene er fulgt. Som følge av at roten til feilpraktiseringen ligger i rundskrivene, og ikke i behandling av enkeltsaker, har utvalgets undersøkelser rettet seg mot etatens arbeid med rundskriv. Det kan allerede innledningsvis konstateres at feilpraktiseringen skyldes to forhold:

- i. EØS-rundskrivets kapitler om syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger har siden ikrafttredelsen av EØS-avtalen i 1994 ikke gitt en tilstrekkelig beskrivelse av betydningen av reglene i EØS-avtalens hoveddel.
- ii. EØS-rundskrivets kapitler om syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger har siden 2012 bygget på en feil forståelse av begrepet «opphold» i forordning 883/2004.

De to forholdene henger sammen, og må ses i sammenheng. Samtidig er det grunn til å skille mellom den manglende omtalen av EØS-avtalens hoveddel i 1994, og feiltolkningen av artikkel 21 i 2012. I det videre vil utvalget i punkt 10.2 beskrive hvordan rundskriv styrer praksis i etaten, før det i punkt 10.3 og 10.4 går nærmere inn på rundskrivarbeidet i 1994 og 2012.

10.2 Tolkning og praktisering gjennom rundskriv

10.2.1 Innledning

Redegjørelsen i kapittel 8 viste at arbeids- og velferdsdirektoratet har ansvar for tolkning og praktisering av regelverket etaten forvalter. I det ligger også et ansvar for ivaretagelsen av EØS-rettslige forpliktelser av betydning for praktiseringen av regelverket. I instruks om virksomhets- og økonomistyring for Arbeids- og velferdsdirektoratet uttrykkes det slik:

«Arbeids- og velferdsdirektoratet har ansvar for å forvalte internasjonale avtaler og konvensjoner på trygde-, bidrags- og sosialområdet som Norge har inngått eller sluttet seg til i den utstrekning og på den måte disse er gjennomført i norsk rett.»²

² Arbeids- og sosialdepartementet (2019) «Instruks om virksomhets- og økonomistyring for Arbeids- og velferdsdirektoratet» s. 7.

Direktoratets ansvar tilsvarer det ansvaret Rikstrygdeverket hadde før Nav-reformen. Allerede like etter at folketrygdloven av 1966 ble vedtatt startet Rikstrygdeverket utgivelsen av en samling lover, forskrifter og rundskriv om trygd.³ Særlig rundskrivene skulle få stor betydning for rettsanvendelsen i trygdesektoren. Arbeids- og velferdsdirektoratet styrer praksis i etaten gjennom rundskriv, slik også Rikstrygdeverket gjorde det. Siden rundskrivene har en sentral rolle i gjennomføringen av regelverk og som kilde til praksis, finner utvalget grunn til å redegjøre noe nærmere for rundskrivet som styringsinstrument, og hvordan det brukes i saksbehandlingen.

10.2.2 Særlig om rundskriv som styringsinstrument

Rundskriv er det sentrale styringsinstrumentet direktoratet har for å sikre riktig og enhetlig lovforståelse og praksis i etaten. De ulike rundskrivene er direktoratets instruks om hvordan regelverket skal forstås og praktiseres. Føringene for tolkingen av regelverket er i utgangspunktet bindende for saksbehandlerne.

Høsten 2016 utarbeidet ytelsesavdelingen i direktoratet en beskrivelse av de overordnede prinsippene for rundskriv.⁴ I denne beskrivelsen heter det at det primære målet med et rundskriv er «å gjøre saksbehandlerne i stand til å fatte riktige vedtak og gi en begrunnelse som gjør mottaker i stand til å forstå hvorfor resultatet er blitt som det er blitt.»⁵ Et godt rundskriv beskrives slik:

«Ideelt sett skal rundskrivene gjøre saksbehandlere i NAV i stand til å ta riktige avgjørelser uten å måtte gå til alternative rettskilder. Målet må være at det ikke skal være nødvendig med inngående kunnskap om juridisk metode og kjennskap til andre relevante rettskilder, for å kunne avgjøre brorparten av sakene på en riktig og forsvarlig måte. Det er derfor viktig at rundskrivene gir tilstrekkelig veiledning, både når det gjelder stønadsfaglige og forvaltningsrettslige forhold.»⁶

³ Se omtalen i Eckhoff (1997) s. 224.

⁴ Ytelsesavdelingen (2016) «Overordnede prinsipper for utarbeidelse av rundskriv i NAV». Ikke offentlig tilgjengelig.

⁵ Ytelsesavdelingen (2016) «Overordnede prinsipper for utarbeidelse av rundskriv i NAV» s. 1. Ikke offentlig tilgjengelig.

⁶ Ytelsesavdelingen (2016) «Overordnede prinsipper for utarbeidelse av rundskriv i NAV» s. 2. Ikke offentlig tilgjengelig.

Sitatet viser godt at det i den type masseforvaltning Nav driver med, er nødvendig både å forenkle og å standardisere saksbehandlingen. Rundskrivene skal ikke bare instruere, men også gi saksbehandlerne et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag slik at hver enkelt saksbehandler ikke behøver inngående kunnskap om juridisk metode eller kjennskap til andre rettskilder. Det siste bygger også på en antagelse om at rundskrivene bidrar til å skape enhetlig praksis og effektivisere saksbehandlingen, ved at saksbehandlerne instrueres til en bestemt regel forståelse. Det forandrer likevel ikke på utgangspunktet: ethvert forvaltningsvedtak skal treffes på grunnlag av en riktig lovforståelse. Rundskrivet er derfor en instruks for valget av tolkningsresultater som ligger innenfor rammen av lov og forskrift. Det innebærer at saksbehandlerne ikke skal legge rundskrivet til grunn med mindre det gir uttrykk for en riktig lovforståelse.⁷

Selv om direktoratet bare kan instruere om valg av tolkningsalternativ innenfor de rammene gjeldende rett setter, er det ikke kurant for saksbehandlerne å fravike rundskrivet der den tolkingen det gis anvisning på ligger utenfor disse rammene. Dersom en saksbehandler mener at rundskrivet gir uttrykk for gal rettsoppfatning, skal dette meldes videre tjenestevei, slik at eventuell usikkerhet kan avklares internt.⁸ Slik organisering er forståelig og nødvendig for å sikre lik behandling, men innebærer samtidig at det er svært viktig at den lovforståelsen som kommer til uttrykk i rundskrivet er riktig.

Beskrivelsen av den funksjon rundskrivene skal ha, og hvordan de skal utformes, henger nært sammen med hvordan etaten organiserer saksbehandlingen. De saksbehandlerne som trefter vedtakene har svært variert kompetanse. Fordi rundskrivene skal muliggjøre en saksbehandling uten inngående kunnskap om juridisk metode eller rettskilder, er det ikke nødvendig at enhver saksbehandler er jurist. Dette har viktige implikasjoner der saksbehandlerne blir stilt overfor et så komplekst regelverk som EØS-retten er. Som en saksbehandler ved et lokalt Nav-kontor har uttrykt det for utvalget:

«Det er et særdeles vanskelig lovverk å holde seg til, med henvisninger på kryss og

tvers med tungt fagspråk, som skal forstås av en enkelt veileder ved et NAV-kontor, eller forvaltningsenhet, uten særlig juridisk bakgrunn. Når det er så vanskelig for både politikere, jurister og dommere å forstå og ikke minst tolke regelverket, er det urimelig at førstelinjen skal være ekspertisen.»

I tråd med denne ansvarsfordelingen, har det vært begrenset med opplæring og kompetansetiltak innenfor EØS-rett for saksbehandlerne, både ved de lokale Nav-kontorene og i de regionale vedtaksenhetene.

10.2.3 Om utforming av rundskriv

For at rundskrivene skal fungere slik som beskrevet over, har direktoratet utarbeidet prinsipper for hvordan rundskriv skal utarbeides og hvordan de bør se ut.

Direktoratet skriver at den som utarbeider rundskrivene skal ha «kunnskap om rettskildene og juridisk metode».⁹ Rundskrivene skal tolke og forklare den generelle rettsregelen som skal ligge til grunn for etatens saksbehandling. Dette i motsetning til den konkrete anvendelsen av rettsregelen på faktum, også omtalt som *subsumsjon*, som det er opp til den enkelte saksbehandler å foreta i den konkrete sak. Rundskrivet sammenlignes derfor med en lovkommentar. Direktoratet har gitt en nærmere beskrivelse av hvordan rundskrivet skal se ut, som utvalget finner grunn til å sitere fra:

«Det bør også fremkomme hvilke rettskildesfaktorer som har vært avgjørende for de tolkingene som er gitt i rundskrivet. Dette vil typisk være forarbeider, trygderettskjennelser, dommer og tidligere forvaltningsavgjørelser som dokumenterer en fast praksis. Hvor vidt man skal hente direkte sitater fra de ulike rettskildesfaktorene må vurderes konkret. Særlig ved bruk av forarbeider kan dette være naturlig. Det bør uansett opplyses hvilke kilder man har bygget på og hvor disse er funnet. Det bør ikke bare vises til forarbeider generelt, men til den konkrete proposisjonen eller andre forarbeider som er lagt til grunn for tolkingen. Det samme gjelder i forhold til øvrige rettskilder som for eksempel trygderettskjennelser og dommer. Når en tolking begrunnes med (langvarig og konsistent) praksis, bør det fremgå om dette er

⁷ Se nærmere om rammen for forvaltningsorganers instruksjonsmyndighet i Eckhoff og Smith (2018) s. 351.

⁸ Direktoratet har utarbeidet retningslinjer for prinsipielle faglige avklaringer, som har ligget tilgjengelig for saksbehandlerne på intranettet «Navet».

⁹ Ytelsesavdelingen (2016) «Overordnede prinsipper for utarbeidelse av rundskriv i NAV» s. 2. Ikke offentlig tilgjengelig.

forvaltningspraksis og eventuelt om hva som er grunnlaget for tilblivelsen, hvis dette for eksempel er dom eller kjennelse.»¹⁰

Det følger av det siterte at rundskrivet skal gi en forsvarlig innsikt i, og tolkning av, rettskildebildet, og dermed løfte frem de rettslige vurderingstemaene direktoratets lovforståelse bygger på. På denne måten skal rundskrivet fylle den doble funksjonen det har ved både å være en instruks til saksbehandlerne, og å gjøre det mulig å drive forsvarlig saksbehandling uten inngående kjennskap til øvrige rettskilder.

Utvalget mener direktoratet i sitatet over gir en god beskrivelse av hvordan et rundskriv bør utformes. Kombinasjonen av at rundskrivet er en instruks og at etatens saksbehandling forutsettes å skje uten at det er nødvendig å se hen til øvrige rettskilder i hver enkelt sak, innebærer at det er avgjørende for rettssikkerheten i saksbehandlingen at det rettslige grunnlaget for direktoratets praksis fremgår nokså klart. Dette er særlig viktig for å kunne skille mellom direktoratets tolkning av en generell rettsregel, og instrueringen av saksbehandleres skjønnsutøvelse, som må holde seg innenfor grensene av en korrekt lovforståelse.

Prinsippene som er sitert over ble utarbeidet høsten 2016. Før dette tidspunktet eksisterte det ikke tilsvarende skriftlige krav til rundskriv, og det kan spørres om disse retningslinjene egentlig er treffende som referansepunkt for rundskriv utarbeidet før dette tidspunktet. Slik utvalget ser det, bør imidlertid det avgjørende være om rundskrivene har en annen funksjon nå enn da, slik at kravene til dem er endret. Det har, slik utvalget forstår det, ikke skjedd endringer av betydning i den rollen rundskriv har for saksbehandlingen, og utvalget finner derfor at direktoratets egne prinsipper er en tjenlig målestokk også for eldre rundskriv.

10.2.4 Rundskrivenes rolle i saksbehandlingen

Rundskriv har lenge hatt en sentral rolle i trygdeforvaltningens saksbehandling. Trygderett ble derfor tidlig trukket frem som et rettsområde hvor forvaltningens interne instruksjoner var særlig viktig:

«En sterk styring av rettsanvendelsen har man i trygdeetaten. [...]

Rettskildebruken i trygdeetaten er undersøkt av Jon Bing (i Noris 3 og 4, 1973). På grunnlag av intervjuer med saksbehandlere kom han til at Rikstrygdeverkets rundskriv var den viktigste rettskilde både for den lokale, regionale og sentrale trygdeadministrasjon. Aller størst betydning hadde rundskrivene i de lokale trygdekontorer. Der var rundskrivene den eneste skrevne tekst som ble brukt. Lovteksten ble ikke studert, men bare brukt som nøkkel for å frem til et relevant rundskriv.»¹¹

I en nyere, lignende undersøkelse viser Aina Kane hvordan saksbehandlere i førstelinjen i Nav opplever praktisering av rundskrivene.¹² En del av de synspunktene Kane siterer i undersøkelsen, viser at funnene til Bing fortsatt gir en god beskrivelse av rettskildebruken i etaten. Kane har snakket med flere saksbehandlere om hvordan de arbeider med å synliggjøre reglene bak vedtak de fatter:

«Angående utforming av det rettslige grunnlaget i begrunnelsene, fremholdt flere informanter at rettsgrunnlaget er tilstrekkelig beskrevet i det de omtalte som 'datasystemet', 'bokser', 'maler' og 'auto-tekster', eksempelvis: 'Vi har malene [...] standardpakker med alle relevante paragrafer og henvisninger, og så går vi inn og kopierer inn fra rundskrivet [...]'. En annen fortalte at: 'Det er mye standardformuleringer, jeg husker ikke helt hva som står i standardbrev. Jeg legger ikke til noe ekstra der, de ligger jo i brevet på skjermen. Jeg kobler ikke min begrunnelse til lovteksten nei.

En informant uttrykte: 'Noen gang føler jeg at vi har så mange lover og regler å jobbe etter [...] og lovene står det jo godt forklart om i vedtaksmalene våre', og en annen: 'Jeg har en kompleks arbeidshverdag, så den veldige forankringen i hjemmel er ikke alltid fremst i pannebrasken.'»¹³

Funnene til Bing og Kane samsvarer godt med inntrykket utvalget har dannet seg gjennom samtaler med saksbehandlere ved lokale Nav-kontor og i Nav Klageinstans. Saksbehandlerne ved de lokale Nav-kontorene fremhever særlig hvor avhengige de er av at vurderingene som følger av rundskriv og andre standarddokumenter er riktige. En konsekvens av dette er at det er viktig at

¹⁰ Ytelsesavdelingen (2016) «Overordnede prinsipper for utarbeidelse av rundskriv i NAV» s. 2. Ikke offentlig tilgjengelig.

¹¹ Eckhoff (1997) s. 224.

¹² Kane (2018).

¹³ Kane (2018) s. 318–319.

de som utformer rundskrivene har tilstrekkelig kompetanse, ressurser og fullmakter til raskt å avklare tolkningsspørsmål. Som en saksbehandler ved et lokalt Nav-kontor uttrykker det:

«Det bør rett og slett være en sentral fagenhet som er i stand til å avgjøre denne type spørsmål, samt ha myndighet til å løfte problemstillinger rett til politisk hold.»

Avhengigheten av rundskriv styrkes videre av at det har vært sparsomt med organisert opplæring på EØS-området spesifikt. Alle de saksbehandlerne utvalget har vært i kontakt med oppgir at det ikke har vært egne kurs i EØS-rett, eller EØS-rundskrivets kapitler om syke-, pleie- eller arbeidsavklaringspenger.

10.2.5 Kort om rundskrivenes funksjon som orientering til allmenheten

Rundskrivene er alltid blitt offentliggjort, og er i dag tilgjengelige gjennom Lovdata og Navs nettsider. Dette medfører at allmenheten kan gjøre seg kjent med Navs forståelse av trygdereglene. I dette ligger både en invitasjon til å kritisere regelforståelsen, og en oppfordring til innrettelse etter den. Rundskrivene fungerer dermed som noe mer enn en instruks til saksbehandlerne. Rundskrivene er også en orientering til allmenheten om etatens praksis, og hvilke tolkninger etaten baserer denne praksisen på.

Det er et grunnleggende godt trekk ved bruken av rundskriv at etaten spiller med åpne kort, både om hva praksis er og hva som er grunnlaget for den. Rundskrivenes betydning forsterkes ved at det er få interessegrupper som systematisk ivaretar brukernes interesser knyttet til etatens regelverkforståelse. Uten godt organiserte motparter som kan korrigere etatens lovforståelse, er det svært viktig at rundskrivene gir slik veiledning som gjør det mulig ikke bare for den enkelte å forstå og utfordre etatens lovtolkning, men også for de som har trygdefeltet som forskningsobjekt.

10.3 Rikstrygdeverkets arbeid med ikrafttreddelsen av EØS-avtalen og forordning 1408/71

Ved EØS-avtalens ikrafttreddelse var det Rikstrygdeverket som hadde ansvaret for forvaltningen av folketrygdlovens regler om sykepenger, pleiepenger og forløperne til arbeids-

avklaringspenger. Trygdeforordningene EØS-avtalen omfattet innebar en stor endring i det regelverket trygdeetaten forvaltet, og Rikstrygdeverket gjennomførte derfor flere tiltak for å sikre korrekt gjennomføring. Det viktigste var oppdatering av etatens rundskriv. I 1994 ble eksisterende rundskriv endret, og det ble etablert et nytt rundskriv om EØS-avtalens trygde-regler. Utvalget er også kjent med at det ble gjennomført andre tiltak for å heve kompetansen i etaten, som opplæringstiltak.¹⁴ Det har imidlertid vært vanskelig å få en helhetlig oversikt over hvilke tiltak som ble gjennomført. Utvalget har derfor fokusert på de endringer som skjedde i etatens rundskriv.

Proessen med gjennomføring av forordningen er beskrevet som god. Arbeidet involverte saksbehandlere fra Rikstrygdeverket, hvor internasjonalt kontor og kontorene for de enkelte fagytelsene var involvert, samt Folketrygdkontoret for utenlandssaker, som behandlet saker for personer bosatt i utlandet.

Bestemmelsene i forordningen hadde særlig betydning for spørsmål om lovvalg og medlemskap, i tillegg til at forordningen ga rett til eksport av kontantytelser ved *flytting* til et annet EØS-land. Dersom medlemmet hadde flyttet, måtte kravet om opphold i Norge fravikes. Dersom medlemmet fortsatt var ansett bosatt i Norge, ga ikke forordningen egne regler om rett til ytelse ved midlertidige opphold i et annet EØS-land. Som utvalget har redegjort for i kapittel 5, er det imidlertid situasjoner hvor også alminnelige regler om fri bevegelse har betydning for adgangen til å motta kontantytelser ved opphold i andre EØS-land. Dette fremgår i liten grad av rundskrivene.

Det er krevende å få oversikt over hvilke endringer som er gjort i rundskrivene til Rikstrygdeverket, og senere Nav, tilbake til 1994. Utvalget har hatt tilgang til en rekke versjoner av EØS-rundskrivene til kapitlene i folketrygdloven om sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger i perioden fra 1994 til ny forordning i 2012. Det synes ikke å ha vært store endringer i rundskrivene, og fremstillingen av EØS-rettens føringer knyttes i hovedsak til forordningens regler. De fleste rundskrivene tar følgende utgangspunkt, her eksemplifisert med rundskrivet for rehabiliteringspenger, som var en av forløperne til arbeidsavklaringspenger. Under overskriften

¹⁴ Fremstillingen bygger på samtaler med personer som på den tid var saksbehandlere i Rikstrygdeverket og Folketrygdkontoret for utenlandssaker.

«Bosatt i Norge og opphold i et annet EØS-land» står det følgende:

«For arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som bor i Norge og er medlem i trygden her gjelder folketrygdlovens alminnelige regler om rehabiliteringspenger under opphold i utlandet også ved opphold i annet EØS-land, jf. folketrygdloven § 10-3 annet og tredje ledd. Forordningens regler om adgang til å beholde retten til kontantytelser ved sykdom under opphold utenfor Norge som kompetent land kommer således ikke til anvendelse. Det er derfor bare ved flytting til et annet EØS-land at forordningens regler om dette kommer til anvendelse.»¹⁵

I 2001 skjer det en viss endring av EØS-rundskrivet for sykepenger. Utvalget redegjør nærmere for bakgrunnen for endringen i kapittel 13. Her er det tilstrekkelig å peke på at følgende avsnitt tas inn under forståelsen av hva det innebærer å flytte:

«I forhold til bostedsbegrepet skal følgende praksis legges til grunn:

Når en arbeidstaker etter nasjonal praksis er vurdert som bosatt i Norge, men har ektefelle og/eller barn eller nære pårørende som han har jevnlig kontakt med i 'hjemlandet', må vedkommende også kunne få utbetalt sykepenger når han eller hun oppholder seg der. Dette vil være i tråd med den frie bevegelighet for arbeidstakere innenfor EØS-området.»¹⁶

Rundskrivet justeres med andre ord for å fange opp situasjoner der de alminnelige reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft, slik de følger av EØS-avtalens hoveddel, er til hinder for at ytelsen nektes. I rundskrivet for rehabiliteringspenger, som reguleres av samme bestemmelser i forordningen, inntas det samme avsnittet, men med følgende tillegg:

«Hvis derimot en person bosatt i Norge i forbindelse med en sykmelding ønsker et midlertidig opphold i et annet EØS-land, uten at vedkommende har en slik familietilknytning som nevnt ovenfor, kommer vedkommende ikke

inn under disse bestemmelsene og må derfor vurderes etter de vanlige dispensasjonsbestemmelsene i folketrygdlovens § 10-3.»¹⁷

Som utvalget viste i kapittel 5, omfatter reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft også andre situasjoner enn dem som nevnes i rundskrivet, for eksempel den hvor en norsk statsborger som tidligere har arbeidet i et annet EØS-land, ønsker å reise ut etter å ha blitt sykemeldt i Norge. I tillegg mener et flertall i utvalget at EØS-retten også ga et vern til personer som ikke hadde benyttet seg av retten til fri bevegelighet. Eksempelet som trekkes frem i rundskrivet ga derfor ikke et dekkende bilde av alle situasjoner hvor EØS-avtalens hoveddel gir rettigheter som går ut over forordningens regler.

Praksis i etaten, slik den fremgår av rundskrivene, innebar at det avgjørende for om kontantytelsene skulle ytes under opphold i utlandet, var om medlemmet, bedømt etter EØS-rettslige kriterier, hadde flyttet. I forordningen operasjonaliseres vurderingen av om en person har flyttet til et spørsmål om hvor en person har sitt «senter for livsinteresse». Hvis senteret for livsinteresse var i et annet land enn Norge, var det der medlemmet ble ansett bosatt, og medlemmet kunne fritt ta med seg kontantytelser dit. Diskusjonene i Rikstrygdeverket om EØS-rettsens betydning for anvendelsen av kravene om opphold i Norge, konsentrerte seg derfor om hva som skulle til for at et medlem hadde sitt senter for livsinteresse i et annet EØS-land enn Norge, når vedkommende var registrert som bosatt her. Samtaler med saksbehandlere som var involvert i EØS-arbeidet på 90-tallet bekrefter at de EØS-rettslige vurderingene var konsentrert om spørsmålet om en person hadde flyttet eller ikke, og ikke spørsmålet om et medlem som *ikke* har flyttet har krav på kontantytelser under sykdom ved opphold i utlandet.

10.4 Etatens arbeid med forordning 883/2004

10.4.1 Kommunikasjon med departementet

Det første sporet av kommunikasjon om implementeringsarbeidet knyttet til forordning 883/2004 utvalget har funnet, er et brev fra direktoratet til departementet datert 11. mars 2009. I brevet skriver direktoratet at de ikke har mottatt «for-

¹⁵ Rikstrygdeverket, R40-00, Rundskriv til EØS-avtalens trygdedel, kapittel 10.2.3, datert 15. februar 2001, versjon av 16. mai 2006.

¹⁶ Rikstrygdeverket, R40-00, Rundskriv til EØS-avtalens trygdedel, kapittel 8.3.2, datert 15. februar 2001.

¹⁷ Rikstrygdeverket, R40-00, Rundskriv til EØS-avtalens trygdedel, kapittel 10.2.3, datert 15. februar 2001, versjon av 16. mai 2006.

melle signaler fra departementet om innføringen av endrede regler», og etterspør departementets «syn på de materielle endringene som innføres». Departementet svarer i brev datert 11. mai 2009 følgende:

«EØS-avtalen er en dynamisk avtale hvor rettsutviklingen skjer både gjennom vedtakelse av nye rettsakter og rettspraksis. Det påhviler begge forvaltningsnivåer (departement og direktorat) et selvstendig ansvar for å følge rettstilstanden. Norske myndigheter og institusjoner må følge opp forpliktende vedtak i Den administrative kommisjon og EØS-komiteen på samme måte som myndigheter og institusjoner ellers i medlemsstatene. En må derfor følge med i utviklingen av regelverket gjennom de organer hvor en er organisert.

Arbeids- og velferdsdirektoratet har vært representert på alle møter og i alle fora der departementet har deltatt og overgangen til nye forordninger har vært tatt opp. [...] Direktoratet bør derfor ha all informasjon som er nødvendig for en forsvarlig planlagt og gjennomført overgang til de nye forordningene. Formålet med deltakelse fra direktoratet i samarbeidsorganene i EØS og i spesialutvalget for trygd, der EØS-notatene blir behandlet, er nettopp at endringsspørsmål skal kunne fanges opp og forberedes praktisk på et så tidlig tidspunkt som mulig.

Vi kan på denne bakgrunn ikke se at det er et generelt behov for signaler fra departementet i relasjon til overgangen til nye forordninger som grunnlag for trygdesamarbeidet i EØS-området. [...] [Departementet vil] bistå med avklaring av tvil og uklårheter når det gjelder tolkningen av de nye forordningene.»¹⁸

Departementet legger i brevet til grunn at etaten selv har tilstrekkelig kompetanse til å gjennomføre sitt arbeid med ny praksis, og i avsnittet under om ressursbehov skriver departementet at de nye forordningene «vil i det alt vesentlige ikke medføre vesentlige materielle regelendringer».¹⁹ Departementet ber avslutningsvis direktoratet redegjøre for sitt arbeid med implementering av forordningen. En slik orientering oversendes departementet 2. juni 2009, og inneholder i hoved-

sak kostnadsoverslag for tilpasning av saksbehandlingen til ny forordning.²⁰

Den videre kommunikasjonen mellom direktoratet og departementet frem til forordningen er gjennomført, berører ikke spørsmål om tolkningen av forordningen. Oppmerksomheten er rettet mot ulike former for tekniske tilpasninger og tidspunktet for ikrafttredelse for forordningen. Det synes derfor klart at etaten og departementet også i denne saken arbeidet i tråd med den ansvarsdelingen utvalget skisserte over, hvor etaten har et selvstendig ansvar for fortolkningen av nytt regelverk. Dette fremgår også av tildelingsbrevene for 2011 og 2012, hvor departementet særskilt trekker frem arbeidet med ny forordning. I 2011 skriver departementet at det er

«usikkert fra hvilket tidspunkt i 2011 de nye forordningene kan innlemmes i EØS-avtalen, men forberedelsene til dette bør videreføres etter planen. Overgangen til de nye forordningene innebærer i tillegg til enkelte regelendringer på fagområdene, også at utveksling av opplysninger mellom medlemslandene skal skje elektronisk»²¹

I 2012 er endelig ikrafttredelse bestemt, men ut over å opplyse om dette, skriver departementet ikke noe annet enn i tildelingsbrevet fra 2011.²² Det gis med andre ord ingen føringer fra departementet for etatens tolkning av forordningen, og den videre gjennomføringen overlates etaten.

10.4.2 Internt forberedelsesarbeid

Det sentrale virkemiddelet Arbeids- og velferdsdirektoratet benytter for å ivareta sitt ansvar for at saksbehandlingen er forsvarlig og skjer på grunnlag av en riktig lovforståelse, er rundskriv. I tillegg brukes andre dokumenter, som grensesnitt- og servicerutiner. Sammen med tiltak for opplæring av saksbehandlere i etaten, skal dette sikre at etatens saksbehandling er forsvarlig og at lovforståelsen er riktig.

Det konkrete arbeidet med forordning 883/2004 ble diskutert på et direktørmøte i direktoratet allerede 10. mars 2009. Ytelsesdirektøren orienterte da om status i arbeidet med innlemmel-

¹⁸ Brev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet til Arbeids- og velferdsdirektoratet, 11. mai 2009, s. 1–2.

¹⁹ Brev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet til Arbeids- og velferdsdirektoratet, 11. mai 2009, s. 2.

²⁰ Brev fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 2. juni 2009.

²¹ Tildelingsbrev for 2011 fra Arbeidsdepartementet til Arbeids- og velferdsdirektoratet, 10. februar 2011, s. 28.

²² Tildelingsbrev for 2012 fra Arbeidsdepartementet til Arbeids- og velferdsdirektoratet, 27. januar 2012, s. 31.

sen av forordningene i EØS-avtalen, og ga en orientering om innholdet i dem. I redegjørelsen fremhevet ytelsesdirektøren blant annet «[s]tyrking av prinsippet om at ytelser skal eksporteres»²³ som en viktig endring fra gammel til ny forordning. Som følge av at ny forordning kan innebære regelendringer, foreslo ytelsesdirektøren en rekke tiltak:

«Fagansvarlige på det enkelte fagområde må sette seg inn i den nye forordningen og vurdere hvilke konsekvenser denne har for eget fagområde.»²⁴

Videre skulle rundskriv «justeres i forhold til nytt regelverk». Orienteringen hadde størst oppmerksomhet om det nye systemet for elektronisk utveksling av opplysninger mellom medlemsland, et prosjekt som ble antatt å innebære stort merarbeid for etaten.

23. juni 2009 kom en ny orienteringssak til direktørmøtet, denne gang en orientering om plan for implementering av forordningen.²⁵ Denne planen la opp til «oppdatering av rundskriv, grensesnittrutiner og standardbrev» i løpet av høsten 2009.²⁶ Planen var utarbeidet på grunnlag av at forventet innlemming i EØS-avtalen var 1. mars 2010. Innlemming skjedde 1. juli 2011, og innlemmelsen ble gitt virkning fra 1. juni 2012.²⁷

Utsettelsen innebar at det praktiske arbeidet med oppdatering av rundskriv, grensesnitt og standardbrev ikke skjedde før 2011–2012. Bortsett fra utsettelsen, ble planen fra 2009 fastholdt.

10.4.3 Utarbeidelsen av nye EØS-rundskriv i 2012

Arbeidet med oppdatering av EØS-rundskrivene i lys av ny forordning foregikk i direktoratet, hovedsakelig i 2012. Som følge av at det var en ny forordning som skulle innarbeides, besto arbeidet hovedsakelig i endring av EØS-rundskrivet til de ulike ytelsene.

EØS-avtalens regler – og da særlig trygdeforordningene – har en rekke regler om lovvalg og medlemskap. Disse reglene bestemmer hvilket lands regler som gjelder når, og om en person er medlem av folketrygden eller ikke. Som følge av at forordningens regler er særlig viktige for lovvalg og medlemskap, var EØS-kompetansen i direktoratet plassert i de fagmiljøene som drev med nettopp spørsmål knyttet til lovvalg og medlemskap. Slik var det også i direktoratet ved gjennomføringen av ny forordning i 2012. Det redaksjonelle ansvaret for nytt rundskriv ble derfor lagt til en saksbehandler som arbeidet med medlemskap og lovvalg. De ulike fagmiljøene kom med innspill til tekster til rundskrivet for de kapitlene i folketrygdloven de hadde ansvar for. Det innebar at det var fagansvarlige for de respektive ytelsene som skrev EØS-rundskrivet til henholdsvis syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger.

EØS-rundskrivets kapittel 8, 9 og 11, om henholdsvis syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger, ble dermed utarbeidet av saksbehandlere med særskilt kompetanse på den enkelte ytelsen, men uten særskilt EØS-rettslig kompetanse. Selv om en saksbehandler med EØS-kompetanse hadde et overordnet ansvar for å sammenstille innspill fra de andre avdelingene, var det ingen formalisert prosess for kvalitetssikring av tekstene til rundskrivet. Det er heller ikke dokumentert for utvalget at det ble foretatt en slik kvalitetssikring.

Saksbehandlerne på de ulike ytelsene støttet seg hovedsakelig på to kilder i arbeidet med å identifisere hvilke endringer ny forordning innebar: For det første fikk de tilgang på et lovspeil. Lovspeilet viste hvilke bestemmelser i ny forordning som tilsvarte bestemmelser i den gamle. Lovspeilet ble utarbeidet i EFTAs arbeidsgruppe for trygd, og skulle være til hjelp for gjennomføringen nasjonalt. For det andre var det en generell oppfatning om at forordningen ikke medførte vesentlige endringer sammenlignet med den tidligere forordningen. Dette kommer blant annet til uttrykk i EØS-notatet og i kommunikasjonen fra departementet som ble gjennomgått over.

Under arbeidet med det oppdaterte EØS-rundskrivet var det en viss oppmerksomhet i direktoratet om det forhold at artikkel 21 i ny forordning ikke åpnet for å kreve forutgående søknad for utenlandsopphold, slik artikkel 22 i den gamle forordningen gjorde. Spørsmålet var hvilken betydning en slik endring hadde, og konklusjonen ble at endringen medførte at det ikke var anledning til å kreve forutgående søknad for personer som var omfattet av forordningen. I forbindelse med denne endringen ble det også diskutert om artik-

²³ Referat fra direktørmøte i Arbeids- og velferdsdirektoratet, 10. mars 2009.

²⁴ Referat fra direktørmøte i Arbeids- og velferdsdirektoratet, 10. mars 2009, s. 1.

²⁵ Referat fra direktørmøte i Arbeids- og velferdsdirektoratet, 23. juni 2009.

²⁶ Referat fra direktørmøte i Arbeids- og velferdsdirektoratet, 23. juni 2009, s. 2.

²⁷ Se EØS-komitebeslutning 76/2011, 1. juli 2011, publisert i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 54, 6. oktober 2011, s. 46.

kel 21 omfattet flere typer utenlandsopphold enn den tidligere forordningen. I denne diskusjonen la de fagansvarlige stor vekt på oppfatningen om at forordningen ikke skulle medføre store endringer.

En saksbehandler har i samtale med utvalget fortalt at det ble opplevd som drastisk om de skulle «anbefale at § 8-9 knapt skulle gjelde for noen» heller enn å opprettholde at folketrygdlovens hovedregel gjaldt for de som bodde og jobbet i Norge. Dette fordi beskjedne jo hadde vært at gjeldende rett skulle videreføres. Konklusjonen ble derfor at artikkel 21 ble ansett å komme til anvendelse, slik at folketrygdlovens hovedregel skulle fravikes, bare der personer flyttet til utlandet. I vurderingen la direktoratet også vekt på at dersom dette ikke var riktig, ville rettsoppfatningen bli utfordret for Trykderetten, og tolkningsspørsmålet finne sin avklaring der.

Det fantes som nevnt ikke formaliserte rutiner for godkjenning av rundskriv. En saksbehandler med EØS-kompetanse hadde et overordnet redaktøransvar, uten at saksbehandleren kunne kvalitetssikre alt som kom inn. Det fantes heller ikke egne rutiner for håndtering av tvilsomme eller vanskelige problemstillinger saksbehandlerne kom over i utarbeidelsen av rundskriv. Det ble dermed ikke gjort et mer omfattende utredningsarbeid om tolkingen av artikkel 21, til tross for at tolkingen av bestemmelsen var oppe til diskusjon, og løsningen ble oppfattet som tvilsom.

10.5 Særskilt om rundskriv og praksis

10.5.1 Innledning

I dette avsnittet redegjør utvalget for utviklingen i rundskrivenes omtale av den situasjonen der et medlem ønsker å motta syke-, pleie- eller arbeidsavklaringspenger under opphold i et annet EØS-land. Der det er skjedd endringer i utformingen av rundskrivet før november 2019, er disse tatt med. Som følge av at rundskrivene er det sentrale styringsverktøyet direktoratet har for å sikre enhetlig praksis, gir rundskrivene både uttrykk for direktoratets forståelse av reglene og et innblikk i praksis.

Direktoratet utarbeider to typer rundskriv som er av betydning her. Den ene typen er generelle rundskriv til hvert kapittel i folketrygdloven. I rundskrivene til lovens kapittel 8, 9 og 11 gir direktoratet en nærmere omtale av vilkårene for rett til henholdsvis syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger.

For redegjørelsen her er det R08-00 om sykepenger, R09-00 om pleiepenger og R11-00 om arbeidsavklaringspenger som har særskilt

interesse. Disse rundskrivene suppleres av EØS-rundskrivet. I EØS-rundskrivet gir direktoratet nærmere veiledning om etaten og andre offentlige myndigheters praksis på områder hvor EØS-regler påvirker anvendelsen av reglene i folketrygdloven. EØS-rundskrivet er strukturert etter kapitlene i folketrygdloven, slik at rundskrivets kapittel 8, 9 og 11 omtaler særskilte EØS-rettslige forhold knyttet til henholdsvis syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger.

I det videre redegjør utvalget for de ulike rundskrivene strukturert etter de tre ulike ytelsene syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger. Avslutningsvis gis det en kort omtale av forholdet mellom etatens rundskriv og praksis.

10.5.2 Kort om rundskrivene under forordning 1408/71

I punkt 10.3 viste utvalget at etatens praksis frem til 2012 i hovedsak var at *flytting* – vurdert etter EØS-rettslige kriterier – ga rett til eksport av ytelse, mens andre former for opphold i et annet EØS-land skulle vurderes etter folketrygdlovens regler, som i utgangspunktet krever opphold i Norge. Denne praksisen var nokså entydig, med et viktig unntak for én situasjon som faller inn under reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft. Samtidig som praksis var nokså lik for sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger, og for forløperne til arbeidsavklaringspengene, er det likevel visse forskjeller i hvordan rundskrivene var formulert. Siden utformingen av rundskrivene kan ha medvirket til at feiltolkingen pågikk over svært lang tid, er det interessant å se nærmere på hvordan rundskrivene var formulert tidligere.

Det er særlig grunn til å trekke frem EØS-rundskrivet til kapittel 8 og 11 i folketrygdloven, altså kapitlene om henholdsvis sykepenger og arbeidsavklaringspenger.²⁸

EØS-rundskrivet til kapittel 11 om arbeidsavklaringspenger beskriver adgangen til å motta ytelsen under bosetting eller opphold i en annen EØS-stat slik:

«Det er bare ved flytting til et annet EØS-land eller for medlemmer som er bosatt i et annet EØS-land at forordningens regler om dette kommer til anvendelse.

For arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som bor i Norge og er medlem i tryg-

²⁸ Kapittel 9 om pleiepenger viser til fremstillingen i kapittel 8, og er derfor mindre interessant.

den her gjelder folketrygdlovens alminnelige regler om arbeidsavklaringspenger under opphold i utlandet også ved opphold i annet EØS-land, jf. folketrygdloven § 11-3 annet og tredje ledd. Forordningens regler om adgang til å beholde retten til kontantytelser ved sykdom under opphold utenfor Norge som kompetent land kommer derfor ikke til anvendelse.»²⁹

Det er grunn til å merke seg at det ikke gis noen henvisning til hvilke bestemmelser som leder til det resultatet rundskrivet beskriver.

I EØS-rundskrivet for sykepenger beskrives adgangen til å motta ytelsen under bosetting eller opphold i en annen EØS-stat slik:

«Artikkel 22 omfatter EØS-borgere som fyller vilkårene for rett til sykepenger mv. etter det kompetente lands lovgivning når de blir syke. De har rett til sykepenger mv. fra det kompetente land etter dennes lovgivning under opphold i andre EØS-land i følgende tilfeller:

- a) dersom de har behov for øyeblikkelig ytelse under opphold i et annet EØS-land, eller
- b) dersom de har fått tillatelse av den kompetente institusjon til å reise tilbake til bostedslandet eller til å flytte til et annet EØS-land, eller
- c) har fått tillatelse av den kompetente institusjon til å reise til et annet EØS-land for å få hensiktsmessig behandling.

Til bokstav a

[Endret 12/01.]

Retten etter bokstav a er uavhengig av årsaken til oppholdet i utlandet. Forordningen utelukker anvendelsen av nasjonale lovbestemmelser som inneholder strengere regler i tilsvarende tilfeller. *Bestemmelsen får betydning der en person som er medlem i folketrygden og statsborger i et EØS-land, som er på feriereise eller annet midlertidig opphold i ett av avtalelandene og blir syk i løpet av oppholdet. Vedkommende vil i slike tilfeller ha rett til sykepenger hvis vilkårene for øvrig er oppfylt. Retten til sykepenger gjelder generelt og er ikke avhengig av at vedkommende for eksempel er innlagt i sykehus.*

Når det gjelder krav til dokumentasjon av arbeidsuførheten og den administrative saksbe-

handlingen for øvrig, vises det til Rådsforordning (EØF) nr. 574/72 artikkel 24, jf artikkel 18.

Etter artikkel 22 bokstav a kan sykepengene utbetales til utlandet. Det er ikke nødvendig å vente med å få utbetaling til den sykmeldte kommer hjem, slik som praksis har vært i dispensasjonstilfellene etter folketrygdloven.

Til bokstav b

[Endret 12/01.]

Når det gjelder begrepet 'bostedsland' vises til kommentarene til punkt 1.2.4 Artikkel 1 bokstav h 'Bosted'. Her fremgår at man i forbindelse med koordineringsreglene i visse tilfeller må foreta en bredere konkret vurdering i forhold til bostedsbegrepet, som i prinsippet ikke er bundet av nasjonal praksis. Det samme prinsippet må legges til grunn når det gjelder rett til utbetaling av sykepenger.

I forhold til bostedsbegrepet skal således følgende praksis legges til grunn: Når en arbeidstaker etter nasjonal praksis er vurdert som bosatt i Norge, men har ektefelle og/eller barn eller nære pårørende som han har jevnlig kontakt med i 'hjemlandet', må vedkommende også kunne få utbetalt sykepenger når han eller hun oppholder seg der. Dette vil være i tråd med den frie bevegelighet for arbeidstakere innenfor EØS-området.

Retten etter bokstav b forutsetter at det blir gitt særskilt tillatelse. Også personer, bosatt i Norge og medlem i folketrygden, kan i medhold av denne bestemmelsen søke om tillatelse til å få utbetalt sykepenger dersom de flytter til et annet EØS-land.

Tillatelse etter bokstav b kan etter artikkel 22 nr. 2 første ledd bare nektes dersom reisen kan forverre vedkommendes helsetilstand eller vanskeliggjøre den medisinske behandling. Mangelfulle kontrollmuligheter kan ikke gi grunnlag for avslag.

I Norge framsettes søknad om slik tillatelse for det lokale trygdekontor og avgjøres av Folketrygdkontoret for utenlandssaker. Det er ikke utarbeidet noen blankett til dette formål. Sykepenger etter bokstav b utbetales av Folketrygdkontoret for utenlandssaker. Tilflyttingslandet må gjøres oppmerksom på at vedkommende person mottar ytelser fra folketrygden.

Til bokstav c

I disse tilfeller, da det er gitt tillatelse til å reise til et annet EØS-land for å få hensiktsmessig medisinsk behandling, yter trygden sykepenger i henhold til folketrygdloven § 8-9

²⁹ Rikstrygdeverket, R40-00, Rundskriv til EØS-avtalens trygdedel, kapittel 11.3.2, datert 15. februar 2001, versjon av 26. november 2008.

andre ledd. Bestemmelsen vil derfor neppe være aktuell i tilfeller da Norge er kompetent land.»³⁰

Retten til å motta henholdsvis sykepenges og arbeidsavklaringspenges i andre EØS-land reguleres av de samme bestemmelsene i forordningen. Det er derfor interessant at rundskrivene er så ulike i fremstillingen av regelverket.

Bortsett fra den korte beskrivelsen av reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft ved omtalen av forordning 1408/71 art. 22 bokstav b), diskuterer rundskrivet ikke hvilken betydning bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel har for praktiseringen av folketrygdlovens regler.

10.5.3 Rundskriv til de ulike ytelsene under forordning 2004/883

I punkt 10.4 redegjorde utvalget for arbeidet med gjennomføring av ny trygdeforordning i 2012. Dette arbeidet resulterte blant annet i oppdaterte rundskriv. I dette punktet presenteres rundskrivene og eventuelle oppdateringer som skjedde i perioden frem til feilpraktiseringen ble avdekket.

Sykepenges

Rundskriv R08-00 om folketrygdloven kapittel 8 gir uttrykk for forståelsen av vilkårene for rett til sykepenges. Kravet om opphold i Norge følger av lovens § 8-9, og i rundskrivet er forholdet til EØS-avtalens regler kommentert slik:

«EØS-avtalen som trådte i kraft 1. januar 1994 inneholder regler om koordinering av trygd. Hovedforordningen på trygdeområdet er EF-forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet.

Ved motstrid går forordningens regler foran folketrygdloven. Dette innebærer at NAV lokalt i hvert enkelt tilfelle må ta stilling til om saken faller inn under EØS-reglene eller om saken skal avgjøres etter norsk intern rett.

Kommentarene til § 8-9 inneholdt tidligere en oversikt over tilfeller som skal behandles etter EØS-reglene. Denne oversikten er nå lagt inn som et eget vedlegg nr 2 til dette rundskrivet. For korrekt behandling av EØS-tilfellene vises det til EØS-rundskrivet.

Den nye nordiske konvensjon om trygd trådte i kraft samtidig med EØS-avtalen, 1. januar 1994. Den omfatter også personer som ikke omfattes av EØS-avtalen, dvs. ikke yrkesaktive og statsborgere fra land utenfor EØS. I henhold til konvensjonen gjelder reglene i EF-forordningene om trygd tilsvarende mellom de nordiske land for ikke-nordiske statsborgere som er bosatt i et nordisk land. Under opphold i et EØS-land utenfor Norden vil imidlertid statsborgere fra land utenfor EØS verken være dekket av nordisk konvensjon eller EØS-avtalen.

Dersom tilfellet verken omfattes av EØS-avtalen eller Nordisk konvensjon om trygd, skal saken behandles etter reglene i folketrygdloven § 8-9.»³¹

Vedlegg 2 til rundskrivet har overskriften «Særlig om EØS-avtalen i relasjon til folketrygdloven § 8-9», vedlegget ble endret 31. mai 2012, med virkning fra 1. juni 2012. Innledningsvis står det at

«[f]orordningen innebærer at det for de som er omfattet av forordningen gjøres noen unntak fra lovens hovedregel om at 'det er et vilkår for rett til sykepenges at medlemmet oppholder seg i Norge', jf § 8-9. I visse tilfeller må derfor NAV utbetale sykepenges til personer som bor eller oppholder seg i utlandet.»³²

Deretter viser rundskrivet til nærmere behandling i EØS-rundskrivet. Formålet med vedlegget er å beskrive ulike tilfeller som må vurderes etter EØS-rundskrivet. For å nå det formålet, lister rundskrivet opp en rekke ulike situasjoner med en kommentar til hvilken betydning EØS-retten vil ha i de ulike situasjonene. Under overskriften «Vil reise til et annet EØS-land i sykemeldingsperioden», står det følgende:

«EØS-rundskrivet gir nærmere informasjon om hvilke tilfeller som vil være omfattet av forordningen.»

Henvisningen til EØS-rundskrivet gir følgelig ingen avklaring, ut over at formuleringen tilsier at direktoratet mener det eksisterer ulike former for reiser.

³⁰ Rikstrygdeverket, R40-00, Rundskriv til EØS-avtalens trygdedel, kapittel 8.3.2, datert 15. februar 2001.

³¹ Rikstrygdeverket, R08-00, Rundskriv til ftrl kap 8 – Sykepenges, datert 1. mai 1997.

³² Rikstrygdeverket, R08-00, Rundskriv til ftrl kap 8 – Sykepenges, datert 1. mai 1997, vedlegg 2 «Særlig om EØS-avtalen i relasjon til folketrygdloven § 8-9.» versjon av 31. mai 2012.

Under overskriften «Blir syk under opphold i et annet EØS-land», står det følgende:

«Tilfellet omfattes av forordningen (artikkel 21 i forordning 883/2004). Dette innebærer at medlemmet vil ha rett til sykepenger ved sykdom som oppstår under opphold i et annet medlemsland.»

Dette tilsier at direktoratet legger til grunn en riktig lovforståelse for så vidt gjelder personer som blir syke under opphold i utlandet. Dette kan henge sammen med at situasjonen hvor et medlem blir syk under opphold i et annet EØS-land også var regulert av forordning 1408/71.³³ For personer som blir syke i Norge og så reiser ut, gir vedlegget ingen veiledning ut over antydningen om at det er ulike kategorier utreiser.

Den nærmere veiledningen for hvordan slike tilfeller skal håndteres, må derfor søkes i EØS-rundskrivet. Rundskriv nummer 45 til EØS-avtalens bestemmelser om trygd kapittel 8 ble endret 12. januar 2012. Bakgrunnen for endringen var ikrafttredelsen av forordning 883/2004 1. juni samme år. Under punkt 8.7.2 «sykepenger under reise eller flytting til et annet EØS-land» heter det:

«Forordning 1408/71 krevde at man for å få med seg sykepengerrettighetene måtte søke den kompetente institusjon om å reise eller flytte til et annet EØS-land. Den nye forordningen har ikke på samme måte noe uttrykkelig krav til at man må søke om å få med seg ytelsen ved reise eller flytting til annet EØS-land. Innledningsbestemmelsene til forordning 883/2004 legger vekt på at det skal være vide muligheter til å eksportere trygdeytelser og bevege seg fritt mellom landene som er tilsluttet forordningen, se særlig innledningsbestemmelse nr. 20, 21, og 37.

Når det gjelder personer som bor og arbeider i Norge, og som ønsker å dra på feriereise til et annet EØS-land, gjelder vilkårene i § 8-9»³⁴

Rundskrivet inneholder ingen eksplisitt tolking av artikkel 21 i forordningen, som er bestemmelsen

³³ Rikstrygdeverket, R40-00, Rundskriv til EØS-avtalens trygdedel, kapittel 8.3.2, datert 15. februar 2001. Praksis på dette området ble også tydeliggjort etter en diskusjon i spesialutvalget for trygd rundt årtusenskiftet. Dette behandles nærmere i kapittel 14.

³⁴ NAV – Arbeids- og velferdsetaten, R45-00, Hovednr. 45 – Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd, kapittel 8.7.2, datert 15. februar 2001, oppdatert 12. januar 2012.

som regulerer situasjonen at et medlem oppholder seg i et annet EØS-land enn trygdestaten. Rundskrivet viser riktig nok til bestemmelsen i første avsnitt, men foretar ingen nærmere tolking av begrepet «opphold». Annet avsnitt viser likevel at rundskrivet forstår begrepet «opphold» feil: Rundskrivet omtaler bare *feriereiser* til et annet EØS-land, som det legges til grunn at utelukkende skal behandles etter reglene i folketrygdloven § 8-9, og ikke kategoriseres som «opphold». Det gis derimot ingen veiledning for hvordan opphold av lengre varighet, eller opphold som ikke kan karakteriseres som ferie, skal vurderes.

Det ble ikke gjort endringer i rundskrivet før 5. november 2019.

Pleiepenger

Rundskriv nr. 9 til folketrygdlovens kapittel 9 om pleiepenger gir uttrykk for Navs forståelse av vilkårene for å motta pleiepenger. I merknadene til § 9-4 om opphold i Norge, uttales det følgende:

«Etter § 9-4 skal bestemmelsene om opphold i Norge eller i utlandet i § 8-9 gjelde tilsvarende. Vi viser til § 8-9 med merknader, hvor også EØS-avtalens konsekvenser er kommentert. Se for øvrig EØS-rundskrivet (Hovednummer 40.09)»³⁵

Rundskrivet ble ikke endret i forbindelse med implementeringen av forordning 883/2004.

Rundskrivet ble heller ikke endret senere, med unntak av en tilføyelse 1. oktober 2017 om at «med begrenset periode i § 8-9 tredje ledd menes i dette kapitlet åtte uker i løpet av en tolv måneders periode».

I rundskriv R45 om EØS-avtalens bestemmelser om trygd sies det for pleiepenger, som for sykepenger, at:

«Tidligere trygdeforordning krevde at man for å få med seg ytelse etter kapittel 9 måtte søke den kompetente institusjon om å reise eller flytte til et annet EØS-land. Den nye forordningen har ikke på samme måte noe uttrykkelig krav til at man må søke om å få med seg ytelsen ved reise eller flytting til annet EØS-land. Innledningsbestemmelsene til forordning 883/2004 legger vekt på at det skal være vide muligheter til å eksportere trygdeytelser og bevege

³⁵ Rikstrygdeverket, R09-00, Rundskriv til ftrl. kap. 9 – Stønad ved barns og andre nærstående sykdom, 1. januar 1998.

seg fritt mellom landene som er tilsluttet forordningen, se særlig innledningsbestemmelse nr. 20, 21, og 37.»³⁶

Rundskrivene for pleiepenger inneholder i motsetning til rundskriv om sykepenger ikke et avsnitt som sier at «feriereiser» faller utenfor anvendelsesområdet til artikkel 21, men gitt den generelle henvisningen til oppholdskravet etter reglene om sykepenger, er det ikke grunn til å tro at det her er en realitetsforskjell.

Arbeidsavklaringspenger

Rundskriv nr. 11 til folketrygdlovens kapittel 11 om arbeidsavklaringspenger gir uttrykk for Navs forståelse av vilkårene for å motta arbeidsavklaringspenger. Om forholdet til EØS-avtalens regler uttales følgende i kommentaren til § 11-3 som stiller krav om opphold i Norge:

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

Det vises til EØS-avtalens trygdedel og tilhørende rundskriv, samt til trygdeavtaler Norge har med andre land og egne rundskriv om dette. Dersom det er motstrid mellom de norske reglene og bestemmelsene i trygdeavtaler, herunder EØS-avtalen, går avtalens regler foran, jf. ftrl. § 1-3»³⁷

Rundskriv R45 til EØS-avtalens bestemmelser om trygd kapittel 8 ble endret 12. januar 2012. Punkt 11.4.4 omhandler retten til arbeidsavklaringspenger for personer som er bosatt i Norge og oppholder seg i annet EØS-land. Dette punktet ble ikke endret i forbindelse med implementeringen av den nye forordningen. Punktet ble derfor stående slik:

«Det er bare ved flytting til et annet EØS-land eller for medlemmer som er bosatt i et annet EØS-land at forordningens regler om dette kommer til anvendelse.

For arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som bor i Norge og er medlem i trygden her gjelder folketrygdlovens alminnelige regler om arbeidsavklaringspenger under opp-

hold i utlandet også ved opphold i annet EØS-land, jf. folketrygdloven § 11-3 annet og tredje ledd. Forordningens regler om adgang til å beholde retten til kontantytelser ved sykdom under opphold utenfor Norge som kompetent land kommer derfor ikke til anvendelse.»³⁸

Dette viser at heller ikke rundskrivet om arbeidsavklaringspenger inneholder en eksplisitt fortolkning av artikkel 21 i 2012. Likevel viser uttalelsene i rundskrivet at Nav legger til grunn at artikkel 21 bare gjelder situasjonen der en person flytter til et annet EØS-land.

Den 9. februar 2018 foretas det en mindre endring i avsnittet over, ved at det tas inn en presisering avslutningsvis om at det beskrevne gjelder «for personer som anses bosatt i Norge».³⁹ Endringen forandrer ikke på meningsinnholdet.

Den 23. november 2018 publiseres en større bearbeidelse av rundskrivet. Bearbeidelsen innebærer også endringer av punkt 1.4.4, som gjøres betydelig mer omfattende i et nytt punkt 11.4 med overskriften «Beholde medlemskap og arbeidsavklaringspenger under opphold i annet EØS-land». I punkt 11.4.1 presenteres lovens hovedregel om opphold i Norge, før rundskrivet i punkt 11.4.2 viser til at

«Grunnforordningens artikkel 21 gir på visse vilkår medlemmer rett til å beholde sitt medlemskap under opphold i andre EØS-land.

Grunnforordningens artikkel 21 skal ikke forstås slik at alle som har rett til arbeidsavklaringspenger fritt kan reise til et annet EØS-land og fortsatt ha rett til arbeidsavklaringspenger.»⁴⁰

Av særlig interesse er punktene 11.4.4 og 11.4.5, hvor Nav foretar en nærmere tolking av begrepet «opphold» i artikkel 21. Formålet med tolkingen er å angi hvilke typer reiser bestemmelsen gir en rett til å ta med arbeidsavklaringspenger på. I punkt 11.4.4 tolkes begrepet, og det gis et eksempel på et midlertidig opphold som omfattes av begrepet «opphold»:

³⁶ NAV – Arbeids- og velferdsetaten, R45-00, Hovednr. 45 – Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd, kapittel 9.7.2, datert 15. februar 2001, oppdatert av Arbeid og velferdsdirektoratet 12. januar 2012.

³⁷ NAV – Arbeids- og velferdsetaten, R11-00, Rundskriv til ftrl kap. 11 – Arbeidsavklaringspenger, datert 28. februar 2012.

³⁸ NAV – Arbeids- og velferdsetaten, R45-00, Hovednr. 45 – Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd, kapittel 11.4.4, datert 15. februar 2001.

³⁹ NAV – Arbeids- og velferdsetaten, R45-00, Hovednr. 45 – Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd, kapittel 11, datert 15. februar 2001, endret 9. februar 2018.

⁴⁰ NAV – Arbeids- og velferdsetaten, R45-00, Hovednr. 45 – Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd, kapittel 11, datert 15. februar 2001, endret 23. november 2018.

«En person som bor eller oppholder seg i et annet EØS-land er i personkretsen som er omfattet av artikkel 21.

I den norske oversettelsen av grunnforordningen artikkel 1, bokstav k) er 'opphold' definert som 'midlertidig bosted'.

Dette skal forstås slik at personer som er midlertidig bosatt i et annet medlemsland også er omfattet av artikkel 21. Dette vil for eksempel gjelde arbeidstakere som er utsendt og arbeider i et annet medlemsland, og hvor det ikke vil være hensiktsmessig å flytte hjem igjen i perioden med arbeidsuførhet.»⁴¹

I punkt 11.4.5 foretar Nav en videre tolking av om begrepet opphold omfatter kortvarige opphold slik:

«For å utbetale arbeidsavklaringspenger under opphold i et annet EØS-land, vil det måtte opprettes kontakt med utenlandske myndigheter for å kunne tilrettelegge for nødvendig oppfølging og kontroll. Dette er ikke hensiktsmessig å gjennomføre ved kortvarige opphold.

Kortvarige opphold som ferie- og besøksopphold, vil etter denne forståelsen av artikkel 21, falle utenfor bestemmelsen i artikkel 21. Medlemslandene kan derfor regulere retten til kontantytelser ved kortvarige opphold i sin internlovgivning under forutsetning av at det ikke skjer en diskriminering.

Et eventuelt midlertidig opphold i et annet EØS-land må derfor avgjøres etter de ordinære unntaksreglene i folketrygdloven § 11-3.»⁴²

Konklusjonen i siste avsnitt er i tråd med den forståelsen som ble lagt til grunn i kapittel 8 om sykepenger allerede i 2012. Internrevisjonen i Nav opplyser i sin rapport at de har fått opplyst at bearbeidelsen var en «tydeliggjøring av teksten og ikke skulle medføre materielle endringer.»⁴³ Dermed dette er riktig, innebar ikke endringen av rundskrivene noen omlegging av praksis. Utvalget merker seg likevel at etatens tolkning av artikkel 21 var mer tilgjengelig etter revisjonen av rundskrivet.

⁴¹ NAV – Arbeids- og velferdsetaten, R45-00, Hovednr. 45 – Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd, kapittel 11.4.4, datert 15. februar 2001, endret 23. november 2018.

⁴² NAV – Arbeids- og velferdsetaten, R45-00, Hovednr. 45 – Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd, kapittel 11.4.5, datert 15. februar 2001, endret 23. november 2018.

⁴³ Internrevisjonen i Arbeids- og velferdsdirektoratet, s. 21.

10.5.4 Forståelsen av begrepet opphold i rundskrivet for øvrig

Som gjennomgangen av rundskrivene for de ulike ytelsene viste, forstår Nav i det minste implisitt artikkel 21 slik at begrepet «opphold» ikke omfatter alle former for tilstedeværelse i et annet EØS-land.

Folketrygdloven kapittel 5 gir regler om medlemmer av folketrygdens rett til kompensasjon for nødvendige helseutgifter, også i utlandet. Helsedirektoratet har ansvaret for å forvalte dette kapitlet i folketrygdloven, og det er derfor helsedirektoratet som er ansvarlig for utarbeidelsen av den delen av rundskriv R45-00 som gjelder retten til naturalytelser. Rundskrivet ble utarbeidet av avdeling for behandlingsrefusjon 31. mars 2012, i forbindelse med implementeringen av forordning 884/2004. I kapittel 5.9 om midlertidig opphold utenfor den kompetente medlemsstat, defineres midlertidig opphold slik:

«Med midlertidig opphold menes et opphold som ikke er av fast karakter. Det er ikke gitt noen felles grense for hvor lenge et opphold kan vare og fortsatt klassifiseres som midlertidig. Typiske eksempler er turistopphold, kortvarige studieopphold og andre kortvarige opphold.»⁴⁴

Helsedirektoratet gir altså her uttrykk for en riktig forståelse av begrepet opphold, i motsetning til hva Nav legger til grunn i andre kapitler i samme rundskriv. Utvalget har forstått det slik at utarbeidelsen av rundskriv til kapittel 5 i liten grad kontrolleres eller kvalitetssikres av Nav. Selv om det er forståelig at ulike etater gir innspill til ulike deler av det samme rundskrivet, finner utvalget likevel grunn til å fremheve at rundskrivet gir uttrykk for to innbyrdes uforenlige forståelser av det samme begrepet i forordningen. Utvalget noterer at denne interne motstriden verken synes oppdaget eller forsøkt avklart.

10.5.5 Forholdet til etatens praksis

Utvalget har ikke foretatt selvstendige undersøkelser av etatens praksis. Dette arbeidet ligger til forvaltningen i forbindelse med vurderingen av om tidligere vedtak skal omgjøres, og om det skal

⁴⁴ NAV – Arbeids- og velferdsetaten ved Helsedirektoratet, R45-00, Hovednr. 45 – Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd, kapittel 5.9.1., 31. mars 2012.

utbetales erstatning til berørte. Til grunn for utvalgets arbeid ligger mandatet, hvor det heter at

«Arbeids – og velferdsetaten (NAV) har i sin praksis lagt til grunn at bestemmelsene om krav til opphold i Norge i folketrygdlovens kapitler 8, 9 og 11 om hhv. sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger gjelder for personer bosatt i Norge også ved midlertidige opphold i annet EØS-land.»

Uttalelsene i mandatet korresponderer godt med etatens rundskriv. Det er etter flertallets syn en naturlig konsekvens av den sentrale rollen rundskrivene har i etatens saksbehandling, slik utvalget har redegjort for over.⁴⁵ Det ville da heller være egnet til å overraske, dersom praksis skulle avvike betydelig fra rundskrivene.

Utvalget har også fått beskrivelser av etatens praksis i samtaler med saksbehandlere i ulike enheter i Nav-systemet, og gjennom redegjørelser fra ulike resultatområder i ytelseslinjen. Disse bekrefter, etter flertallets syn, i stor grad det inntrykk som rundskrivene gir. Staten har lagt til grunn at folketrygdlovens regler gjelder i nær sagt alle andre tilfeller enn de hvor trygdemottaker flytter til et annet EØS-land.

Samtidig kan det være lokale variasjoner med hensyn til hvor omfattende feilpraktiseringen er, og da særlig for kortvarige opphold. Innenfor maksgrensen på fire ukers utenlandsopphold per år, forstår utvalget det slik at det har vært variasjoner mellom ulike Nav-kontor i hvor strengt kravet til opphold i Norge har blitt praktisert. Disse variasjonene skyldes ulik forståelse av folketrygdlovens regler, ikke forståelsen av EØS-rettslige regler. Det innebærer for det første at variasjonene har begrenset betydning for omfanget av feilpraktiseringen, og for det andre at variasjonene i seg selv har begrenset interesse for utvalgets kartlegging av årsakene til feilpraktiseringen av EØS-rettens regler.

10.6 Utvalgets vurderinger

10.6.1 Innledning

Redegjørelsen for gjennomføringsarbeid og praksis viser at trygdeetatens og senere arbeids- og velferdsetatens rundskriv har gitt anvisning på en praksis som ikke er i tråd med de krav EØS-retten stiller til norsk rett. Dette reiser for det første

spørsmålet om gjennomføringsarbeidet har vært godt nok. I denne vurderingen finner utvalgets flertall grunn til å skille mellom arbeidet som ble gjort ved ikrafttredelsen av EØS-avtalen og arbeidet som ble gjort i forbindelse med gjennomføring av ny forordning, jf. henholdsvis punktene 10.6.2 og 10.6.3 nedenfor.

For det andre reiser det faktum at den feilaktige praktiseringen har pågått over lang tid uten å bli oppdaget, spørsmålet om utformingen av rundskriv og annen veiledning har bidratt til dette. Dette behandles i punkt 10.6.4.

10.6.2 Gjennomføringen i 1994

Gjennomgangen av rundskriv fra 1994 og frem til ny forordning trer i kraft, viser slik utvalgets flertall ser det, at det er få vurderinger av hvilken betydning de alminnelige reglene i EØS-avtalens hoveddel har for folketrygdlovens regler. Der det foreligger vurderinger, knyttes disse opp mot bestemmelser i forordningen, som for eksempel når en person skal anses som «bosatt», jf. punkt 10.3. I samtaler med saksbehandlere i etaten har utvalget fått inntrykk av at oppfatningen i etaten har vært at EØS-rettens føringer i sin helhet følger av forordningens regler. Den manglende oppmerksomheten om de alminnelige reglene er således ikke spesiell for perioden frem til 2012, men er særlig viktig da, fordi forordning 1408/71 i det alt vesentlige kun ga regler om rett til ytelser ved flytting til andre EØS-land.

Utvalget viste i kapittel 5 at flere bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel har betydning for retten til å motta ytelser også under opphold i andre EØS-land. Samtidig er det, innenfor de rammer akseptert juridisk metode setter, rom for ulike syn på hvor omfattende føringer reglene innebærer, og på i hvilke situasjoner EØS-retten gir et vern. Dette er imidlertid ikke noen begrunnelse for fravær av vurderinger av hva bestemmelsene i avtalens hoveddel kan innebære på trygdeområdet.

Utvalgets flertall mener derfor etaten trenger økt oppmerksomhet om de alminnelige reglene i EØS-avtalens hoveddel, både fordi bestemmelsene har betydning for tolkningen av forordningen og fordi bestemmelsene kan ha selvstendig betydning på områder som ikke reguleres av forordningens regler.

Det kan synes som man fremdeles har et stykke å gå her. I notatet «Vurdering av NAVs praksis på stønadsområdene sett opp mot etatens EØS-rettslige forpliktelser», avgitt januar 2020, er vurderingene utelukkende gjort mot trygdeforordningen, ikke bestemmelsene i EØS-avtalens

⁴⁵ Utvalgets flertall består av utvalgets medlemmer, med unntak av medlemmene Midthjell og Fløistad.

hoveddel. Som eksempel på en problemstilling som ikke er identifisert, og dermed heller ikke vurdert, er om den omstendighet at stønad til for eksempel ortopediske hjelpemidler etter folketrygdloven § 10-7 er betinget av at hjelpemidlene er anskaffet fra en leverandør Arbeids- og velferdsdirektoratet har avtale med, er å anse som et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon. Praksis fra EU-domstolen kan indikere det. Slike tiltak er etter EØS-avtalen art. 11 i utgangspunktet forbudt.

10.6.3 Arbeidet med ny forordning og feiltolkning av begrepet «opphold»

Da forordning 883/2004 skulle gjennomføres i norsk rett, hadde EØS-avtalen vært en del av norsk rett i nesten 20 år, den tidligere forordningens regler var praktisert og kjent i etaten, og direktoratet hadde hatt lang tid til å bygge opp kompetanse på og kjennskap til EØS-rettslige regler. I tillegg forelå det omfattende praksis fra EU-domstolen knyttet til forordning 1408/71, praksis som blant annet gjorde det klart at selv om forordningen ikke harmoniserer medlemsstatenes trygdeordninger, må trygdeordningene like fullt tilfredsstillende de krav som følger av annen EU-rett.⁴⁶ Etter utvalgets syn burde derfor etaten ha gode forutsetninger for å gjennomføre den nye forordningen og EØS-rettens øvrige krav på en forsvarlig måte.

Likevel ble rundskrivet skrevet av saksbehandlere uten kompetanse på EØS-rett eller kjennskap til den tidligere forordningen. Det var heller ingen formaliserte rutiner for utarbeidelsen av rundskrivet, og utkast ble ikke kvalitetssikret av saksbehandlere med kompetanse på EØS-rett. Sammenholdt med at EØS-kompetansen for øvrig er beskrevet som lav, mener utvalget prosessen med å gjennomføre forordningen ikke var tilstrekkelig robust.

Tolkningen av forordningens bestemmelser ble lagt til fagansvarlige for de enkelte ytelsene. Dette innebar at forskjellige saksbehandlere skrev rundskrivene til sykepenges, pleiepenges og arbeidsavklaringspenges, selv om bestemmelsene i forordningen var de samme. Til hjelp ved tolkningen fikk saksbehandlerne et lovspeil som sammenlignet ny og gammel forordning, i tillegg til generelle uttalelser om at forordningen ikke medførte vesentlige endringer. Særlig uttalelsene om at forordningen ikke skulle innebære vesent-

lige endringer ser ut til å ha vært viktig, siden rundskrivene i praksis forble uendret.⁴⁷ Det var følgelig et samspill av flere faktorer som ledet til at begrepet «opphold» i artikkel 21 ble tolket feil. Utvalgets flertall mener likevel at det viktigste læringspunktet er at rundskriv må utarbeides i en faglig forsvarlig prosess, med gode systemer for kvalitetssikring.

10.6.4 Kvaliteten på rundskrivene

Utvalget har tidligere redegjort for direktoratets målsetninger for utarbeidelsen av rundskriv og hvordan de skal se ut. Som grunnlag for vurderingen av rundskrivene gjennomgått over, finner utvalgets flertall grunn til å trekke frem to avsnitt fra ytelsesavdelingens beskrivelse av etatens rundskriv.

For det første beskrives formålet med rundskrivene slik:

«Ideelt sett skal rundskrivene gjøre saksbehandlere i NAV i stand til å ta riktige avgjørelser uten å måtte gå til alternative rettskilder. Målet må være at det ikke skal være nødvendig med inngående kunnskap om juridisk metode og kjennskap til andre relevante rettskilder, for å kunne avgjøre brorparten av sakene på en riktig og forsvarlig måte. Det er derfor viktig at rundskrivene gir tilstrekkelig veiledning, både når det gjelder stønadsfaglige og forvaltningsrettslige forhold.»⁴⁸

Selv om den veiledningen rundskrivene gir er nyttig også for jurister, er det særlig grunn til å fremheve målet om det ikke skal være nødvendig at saksbehandlere har juridisk kompetanse. For å oppnå dette, skal et rundskriv oppfylle følgende krav:

«Det bør også fremkomme hvilke rettskildefaktorer som har vært avgjørende for de tolkingene som er gitt i rundskrivet. Dette vil typisk være forarbeider, trygderettskjennelser, dommer og tidligere forvaltningsavgjørelser som dokumenterer en fast praksis. Hvor vidt man skal hente direkte sitater fra de ulike rettskilde-

⁴⁶ Se eksempelvis sak C-503/09 Stewart, avsnitt 77, som er nærmere omtalt i kapittel 5.

⁴⁷ Dette er særlig tydelig for rundskrivet om arbeidsavklaringspenges, hvor ordlyden er nær identisk, se punkt 10.5.2 og 10.5.3 under overskriften Arbeidsavklaringspenges. Flere involverte saksbehandlere har også pekt på dette momentet i samtaler med utvalget.

⁴⁸ Ytelsesavdelingen (2016) «Overordnede prinsipper for utarbeidelse av rundskriv i NAV» s. 2. Ikke offentlig tilgjengelig.

faktorene må vurderes konkret. Særlig ved bruk av forarbeider kan dette være naturlig. Det bør uansett opplyses hvilke kilder man har bygget og hvor disse er funnet. Det bør ikke bare vises til forarbeider generelt, men til den konkrete proposisjonen eller andre forarbeider som er lagt til grunn for tolkingen. Det samme gjelder i forhold til øvrige rettskilder som for eksempel trygderettskjennelser og dommer. Når en tolking begrunnes med (langvarig og konsistent) praksis, bør det fremgå om dette er forvaltningspraksis og eventuelt om hva som er grunnlaget for tilblivelsen, hvis dette for eksempel er dom eller kjennelse.»⁴⁹

At etatens saksbehandlere kun i begrenset grad har juridisk kompetanse, er en viktig begrunnelse for hvorfor rundskrivet bør være åpent i argumentasjonen. Samtidig mener utvalget at hensynet til å oppdage og korrigere feilpraktisering av regelverket også taler for at rundskrivene tilfredsstillende de kravene ytelsesavdelingen beskriver i prinsippene. Regelverket etaten forvalter skal beskytte og hjelpe mennesker i krevende livssituasjoner, som ofte har begrenset med økonomiske ressurser. Det skjeve styrkeforholdet mellom staten på den ene side, og ytelsesmottaker på den annen, gjør det vanskelig for mottakeren å utfordre etatens forståelse av regelverket, både som følge av begrensede ressurser og fordi få har inngående kjennskap til det underliggende regelverket. I tillegg kommer at trygdemottakerne ikke er en organisert interessegruppe som aktivt ivaretar egne interesser i forbindelse med endringer i sentralt regelverk. Dette innebærer en særlig risiko for at feiltolkninger kan bli liggende uoppdaget

⁴⁹ Ytelsesavdelingen (2016) «Overordnede prinsipper for utarbeidelse av rundskriv i NAV» s. 2. Ikke offentlig tilgjengelig.

over lengre tid, og dermed få store konsekvenser. Det er derfor avgjørende at rundskrivene utformes i tråd med prinsippene sitert over.

Gjennomgangen av rundskrivene fra 1994 og frem til 2019 i punkt 10.5 viser at det er store forskjeller på kvaliteten i rundskrivene. For eksempel gir EØS-rundskrivet til folketrygdlovens regler om sykepenger en god beskrivelse av etatens tolkning av den gamle trygdeforordningen. Der løftes forordningens egne regler frem, før etaten redegjør for egen tolkning løpende.

I kontrast til dette står rundskrivene til samtlige ytelser etter innføring av ny forordning i 2012. I stedet for å presentere artikkel 21 i forordningen og redegjøre for etatens tolkning av den, gir rundskrivet bare en beskrivelse av hvordan praksis skal være. Sett fra perspektivet til saksbehandlerne i etaten kan dette muligens være tilstrekkelig, men for det rettssøkende publikum blir det svært vanskelig, om ikke umulig, å forstå hva som er det rettslige grunnlaget for etatens praksis. Rundskrivet bidrar med dette til å skjule de EØS-rettslige reglene, i stedet for å trekke dem frem. Utformingen av rundskrivene kan på den måten ha bidratt til at feilpraktiseringen fikk pågå over så langt tid.

10.6.5 Merknad fra enkeltmedlemmer

Utvalgets medlemmer Fløistad og Midthjell deler ikke premisen for diskusjonene i dette kapitlet i tidsrommet før 1. juni 2012, se kapittel 6 der det redegjøres for disse medlemmenes syn på forholdet mellom fri bevegelighet for personer og fri bevegelighet for tjenester. Det vises til samme kapittel om disse medlemmenes syn på forvaltningens praksis om økonomisk aktive personer der det forelå et grensekryssende element.

Kapittel 11

Trygderettens rolle

Boks 11.1

Funn:

- Trygderetten har siden juni 2017 i hovedsak opphevet Navs vedtak i saker om opphold i EØS-området på grunn av manglende eller gal vurdering av EØS-retten. Det er likevel noen saker etter dette hvor Navs vedtak stadfestes, uten at forholdet til EØS-retten er løftet av partene eller nærmere vurdert
- Nav har tolket Trygderettens praksis som «sprikende». De avvikende kjennelsene skyldes først og fremst at en del dommere ikke har vurdert problemstillingen, og i noen saker at andre forhold enn utenlandsopphold i seg selv har vært avgjørende
- Det er eksempler på at Navs vedtak i lignende saker er opphevet eller omgjort også før juni 2017 med henvisning til manglende vurdering av trygdeforordningen eller de generelle reglene om fri bevegelighet. I noen få saker er det uttalelser som kan tolkes som at Trygderetten aksepterer Navs vurdering av EØS-retten på dette området
- Trygderetten, og særlig noen dommere, har i enkeltavgjørelser over mange år, på ulike saksfelt, påpekt manglende EØS-rettslige vurderinger i vedtak fra Nav
- Trygderetten og Nav Klageinstans har ikke samme oppfatning om når Trygderettens ledelse skal ta initiativ til at saker behandles av flere enn to dommere, eller om i hvilke saker det er behov for å sette slik utvidet rett
- I Trygderetten har det ikke vært systematisk opplæring i trygdeforordningens regler og konsekvensene for tolkningen av folketrygdlovens regler om opphold i Norge
- Tiltak for å sikre kunnskapsdeling, som Trygderettens eget EØS-utvalg, har blitt igangsatt, men ikke opprettholdt

Læringspunkter:

- Systematisk opplæring i EØS-rett og kunnskapsdeling innad i Trygderetten om særlige EØS-rettslige problemstillinger synes å være nødvendig, også for å sikre raskere ensretting av Trygderettens praksis
- Nav må ta ansvar, og følge opp overfor Trygderetten dersom Nav oppfatter praksis som sprikende og det er nødvendig med rettslig avklaring. Direktoratet og departementet må raskere gjøres oppmerksomme på prinsipielle avgjørelser
- Utvalget mener at Trygderetten har et selvstendig ansvar for å følge opp avgjørelser som etablerer tvil om hvorvidt Navs rundskriv gir uttrykk for riktig rettsoppfatning på viktige områder, når Trygderetten ser at enkeltkjennelser ikke følges opp
- I denne saken kunne, og burde, Trygderetten reagert raskere. Det burde vært satt rett med fem medlemmer for å avklare at Nav måtte endre praksis
- Nav må ha tydeligere rutiner for oppfølging av kjennelser som påpeker rettsanvendelsesfeil. Nav har ansvar for å søke rettslig avklaring i lagmannsretten om etaten ikke vil rette seg etter Trygderettens regelforståelse. Hensynet til lik behandling av like saker må veie tungt
- Nav og Trygderetten bør ha en bedre dialog, og en omforent oppfatning om betydningen av – og ansvaret for – at det settes rett med fem medlemmer i enkelte saker

11.1 Innledning

Utvalgets mandat ber utvalget vurdere «*alle relevante sider av saken*», herunder «*Nav og Trygderettens håndtering og rolle*».

Mandatet er vidt, og utvalget legger for det første til grunn at det omfatter en vurdering av Trygderettens praksis – i form av kjennelser – i saker der Nav har krevd tilbake eller stanset kontantytelser med den begrunnelse at medlemmet har oppholdt seg andre steder i EØS-området enn Norge.

Videre har utvalget funnet grunn til å vurdere Trygderettens særskilte rolle og ansvar som en hybrid mellom klageorgan og domstol. Utvalget vil vurdere om det er forhold ved Trygderettens virksomhet som kan ha bidratt til at det tok forholdsvis lang tid fra de første avgjørelsene der Navs vedtak ble opphevet på grunn av manglende vurdering av trygdeforordningen artikkel 21, til praksis i Trygderetten ble konsistent, og videre til Nav fulgte opp disse avgjørelsene og endret praksis.

I tillegg til å gjennomgå relevante avgjørelser fra Trygderetten, har utvalget gjennomført intervjuer med flere tidligere og nåværende ansatte og innhentet øvrig skriftlig dokumentasjon. Vurderingene avslutningsvis av Trygderettens rolle i saken bygger på det helhetsbildet utvalget har dannet seg etter denne gjennomgangen. For utvalget er det et sentralt poeng at undersøkelser i denne saken ikke er rettet mot å avdekke feil i enkeltpersoners vurderinger, men mot å identifisere systemiske forhold og eventuelle organisatoriske svakheter som medvirket til at saken fikk det omfang den gjorde.

Trygderetten er et uavhengig domstolslignende organ, og utvalget har ikke sett grunn til å vurdere innholdet i enkeltkjennelser nærmere. I samtaler med nåværende og tidligere ansatte har også dette vært utgangspunktet.

I det sakskomplekset utvalget har hatt til vurdering, er det to overordnede kategorier av saker som har vært behandlet henholdsvis i Trygderetten og i domstolene: Den ene kategorien er saker der Nav har fattet vedtak om tilbakekreving fra personer som har vært i utlandet, og som av den grunn etter Navs oppfatning ikke har hatt rett til ytelse. Der medlemmet har anket over Navs vedtak, har saken blitt behandlet av Trygderetten, som i hovedsak enten har stadfestet eller opphevet Navs vedtak. Trygderettens kjennelse kan bringes inn for lagmannsretten. Denne kategorien betegnes som sivile saker, eller tilbakekrevingssaker, i det følgende. I noen av disse sakene har det også blitt tatt ut anmeldelse, og saken er

behandlet i straffesakssporet. Disse sakene utgjør den andre kategorien saker, som i det følgende omtales med en samlebetegnelse som straffesakene. Disse behandles for seg i kapittel 12.¹

11.2 Generelt om Trygderettens rolle og avgjørelser

11.2.1 Organisering og rettslige rammer

Trygderetten er et domstolslignende forvaltningsorgan, som avgjør saker om individuelle rettigheter og plikter etter folketrygdloven og enkelte andre lover som regulerer trygde- og pensjonsytelser. Virksomheten reguleres av trygderettsloven.²

Trygderetten avgjør enkeltsaker som er brakt inn for retten. Saker kommer for Trygderetten ved at trygdemottaker anker over et vedtak fra for eksempel Nav Klageinstans. Anker over vedtak fattet av Nav Klageinstans utgjør rundt 90 prosent av sakene Trygderetten behandler.³ Avgjørelser treffes i form av kjennelser. Dersom den ankende part eller Nav mener Trygderettens kjennelse ikke er riktig, kan avgjørelsen etter trygderettsloven § 26 bringes direkte inn for lagmannsretten, som kan prøve lovligheten av Trygderettens kjennelse.

Trygderetten er organisert i fire avdelinger, bestående av totalt omtrent 70 ansatte inkludert administrasjon. Av disse er omtrent 35 jurister, såkalt «juridisk kyndige rettsmedlemmer». For disse, samt for Trygderettens leder og nestleder, gjelder i hovedsak samme krav som til dommere i de alminnelige domstolene.⁴ Trygderetten har også rundt tolv fagkyndige rettsmedlemmer som ikke er jurister, men personer med relevant medisinsk eller trygdefaglig kompetanse. Totalt har Trygderetten i underkant av 50 dømmende

¹ I saker der beløpet medlemmet har mottatt mens han eller hun befant seg i andre land i EØS overstiger to tredjedeler av folketrygdens grunnbeløp, har Nav i en del tilfeller anmeldt medlemmet for det som betegnes som trygdesvindler – brudd på straffelovens bestemmelser om bedrageri. Se nærmere kapittel 12. Flere av sakene i sakskomplekset har først vært behandlet i Trygderetten, før saken er anmeldt etter at vedtaket er stadfestet her.

² Lov 16. desember 1966 nr. 9 om anke til Trygderetten (heretter «trygderettsloven») § 2 om Trygderettens saklige virkeområde.

³ Tallet er opplyst av Trygderettens ledelse. I tillegg til saker som gjelder ytelse fra Nav, behandler Trygderetten saker fra Statens pensjonskasse, kommunale pensjonskasser, Helfo, Helseklage og enkelte andre organer.

⁴ Se trygderettsloven § 3, femte til syvende ledd. For rettsmedlemmenes habilitet gjelder også domstollovens regler tilsvarende, jf. trygderettsloven § 8.

årsverk, inkludert rettsfullmektiger.⁵ Rettsfullmektigene har i praksis en dommerrolle i den enkelte sak. Utvalget bruker i det følgende betegnelsen dommere om rettsmedlemmene og rettsfullmektigene i Trygderetten.

Arbeidsformen i Trygderetten er slik at saker fordeles etter et tilfeldighetsprinsipp til forberedende dommer, som så vurderer om saken krever en juridisk meddommer, en meddommer med særskilt fagkompetanse, eller begge deler.⁶ I det sakskomplekset utvalget vurderer, er det i all hovedsak juridiske meddommere.

Den enkelte dommer er uavhengig, og kan følgelig ikke instrueres i avgjørelsen av enkelt saker.⁷ Dette innebærer at Trygderetten alt i alt i stor grad fungerer som en domstol mer enn som et klageorgan. Det er noen modifikasjoner i dette, som utvalget kommer tilbake til nedenfor.

Det fremgår av forarbeidene at målsetningen ved opprettelsen av Trygderetten var å lage et ankesystem

«så nært opp til rettspleiens prinsipper og normer som mulig. Målet bør være så langt råd er å gi de samme rettsgarantier som ved domstolsbehandling».⁸

Denne forutsetningen er gjentatt ved senere endringer av trygderettsloven.⁹ Samtidig har departementet i forarbeidene til senere endringer pekt på at

«[t]rygderetten fra starten av opererte i et spenningsfelt mellom å være en domstol, en nøytral tvisteløser uten slagside i favør av noen part, og det å skulle ivareta 'den lille manns' interesser».¹⁰

11.2.2 Trygderettens avgjørelser

Trygderetten avgjør som hovedregel saker etter skriftlig behandling. Saker avgjøres ved kjennelse, og kjennelsen skal grunngis på samme

måte som en dom.¹¹ I motsetning til i domstolene, holdes det bare rettsmøte dersom det er særlige grunner til det.¹² Trygderetten har et selvstendig ansvar for å opplyse saken og sørge for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, og kan innhente flere opplysninger dersom det er nødvendig.¹³ Den enkelte rett kan prøve alle sider av saken, og selv treffe realitetsavgjørelse, altså nytt vedtak, ubundet av hva partene har anført av rettslige og faktiske argumenter.¹⁴ Retten kan også avgjøre saken ut over rammene av partenes påstander, hvis dette er til gunst for den ankende part – altså trygdemottakeren.¹⁵

Oppsummert har Trygderetten et større ansvar for å sikre «riktige» avgjørelser i den enkelte sak, enn det de alminnelige domstolene har i ordinære saker. Dette ansvaret følges av en vid adgang til selv å legge rammene for saken, for eksempel ved å innhente flere opplysninger eller avgjøre saken på et annet grunnlag enn det partene har bedt om.

Det følger av EU-domstolens praksis at nasjonale domstoler og tvisteløsningsorganer, innenfor de rammene som følger av nasjonal rett, skal anvende EU-retten av eget tiltak. Det samme gjelder etter EØS-avtalen.¹⁶ Trygderettens vide adgang til å legge rammene for saken og til å treffe avgjørelse på annet grunnlag enn det partene har bedt om medfører, sammen med plikten til å anvende EØS-retten av eget tiltak, en plikt til å påse at de avgjørelser som fattes lar seg forene med EØS-rettens krav.

En sak som bringes inn for Trygderetten kan i hovedsak få tre utfall: For det første kan Trygderetten treffe realitetsavgjørelse i saken. Dette gjøres ved at retten enten stadfester Navs vedtak, eller omgjør vedtaket til gunst for den ankende part. For det annet kan Trygderetten oppheve vedtaket og henvise saken til ny behandling i Nav,

⁵ Rettsfullmektigordningen er innrettet tilsvarende som dommerfullmektigordningen i de alminnelige domstolene, noe som innebærer at rettsfullmektigene i Trygderetten utøver en dommerrolle på samme måte som de alminnelige rettsmedlemmene.

⁶ Både rettens administrator og øvrige medlemmer oppnevnes tilfeldig «med mindre saklige grunner tilsier at dette må fravikes», jf. trygderettsloven § 7 femte ledd.

⁷ Se trygderettsloven § 3, åttende ledd.

⁸ Jf. Ot.prp. nr. 5 (1966–67) s. 20.

⁹ Sist i Prop. 139 L (2014–2015).

¹⁰ Prop. 139 L (2014–2015), på s. 11.

¹¹ Trygderettsloven § 21 annet ledd. Et unntak følger av tredje ledd, og gjelder der retten finner det «klart at anken ikke kan føre fram, og avgjørelsen antas ikke å få betydning utenfor den foreliggende sak». I slike tilfeller er det «tilstrekkelig at kjennelsen inneholder en kort beskrivelse av hva saken gjelder og en redegjørelse for de momenter som retten har lagt avgjørende vekt på».

¹² Trygderettsloven § 19.

¹³ Trygderettsloven § 20.

¹⁴ I merknadene til bestemmelsen er det lagt til grunn at Trygderettens kompetanse «tilsvarer rettens kompetanse i saker ved de alminnelige domstoler der partene ikke har fri rådighet, jf. tvisteloven § 11-4», og at retten «skal prøve alle vilkår for den ytelse som er krevd». Se Prop. 139 L (2014–2015), merknader til § 20.

¹⁵ Trygderettsloven § 20.

¹⁶ Se Fredriksen (2008) s. 289 flg., avsnittene 4.8 til 4.10. Se nærmere Jünge (2017).

dersom det «ikke foreligger et forsvarlig grunnlag for å avgjøre realiteten».¹⁷ For det tredje kan Trygderetten hjemvise saken til såkalt videre behandling i Nav, uten at Trygderetten opphever vedtaket.¹⁸

De trygderettsdommerne utvalget har snakket med, gir uttrykk for at det fattes realitetsavgjørelse i saken dersom retten mener å ha tilstrekkelig grunnlag til å ta stilling. Samtidig har flere av de dommerne utvalget har snakket med opplevd å bruke muligheten til å be om supplerende informasjon eller vurderinger fra Nav, uten å få svar på sin henvendelse. I slike tilfeller vil dommerne som regel oppheve vedtaket og henvise det til ny behandling, eller hjemvise uten oppheving. I begge tilfeller regner man med at saken kommer tilbake til Trygderetten med et bedre begrunnet vedtak fra Nav, med mindre Nav omgjør vedtaket til gunst for brukeren, slik at denne ikke har grunn til å anke på ny. Når saker som er behandlet tidligere kommer tilbake til Trygderetten, er rutinen at saken som hovedregel skal behandles på nytt av de samme dommerne.

I punkt 11.5 redegjøres det nærmere for hva som skjedde i de sakene der Trygderetten opphevet Navs vedtak på grunn av manglende vurdering av trygdeforordningen artikkel 21, med henvisning til at forordningen ga mottakere av kontantytelser rett til fortsatt å oppebære ytelsen under opphold i utlandet.

11.2.3 Spørsmål til EFTA-domstolen

Etter domstolloven § 51a, jf. ODA artikkel 34,¹⁹ kan Trygderetten forelegge spørsmål om tolkningen av EØS-retten for EFTA-domstolen. Trygderetten har aldri benyttet denne adgangen. Nåværende og tidligere dommere i Trygderetten har i intervjuer med utvalget gitt uttrykk for at dette kan ha flere grunner: For det første peker flere

¹⁷ Trygderettsloven § 21 fjerde ledd.

¹⁸ Muligheten til å henvise saken tilbake til Nav for videre behandling uten at Trygderetten opphever vedtaket er ny, og ble tilføyd § 21 fjerde ledd i 2016. I merknaden til bestemmelsen fremgår det at en sak etter dette vil kunne «henvises til ny behandling uten at vedtaket oppheves, dersom det er grunnlag for det. Det kan for eksempel være aktuelt i avvissningssak hvor det gis oppreisning for oversittet ankefrist og saken ikke er realitetsbehandlet av anke motparten. Det kan også være aktuelt i sak om tilbakekreving hvor det uklart hvor langt foreldelsen strekker seg. Ut over dette er det ikke funnet grunn til, eller behov for, å lovfeste de ulike aktuelle slutningsformer av prosessuell karakter». Se Prop. 139 L (2014–2015) punkt 18.2, i merknad til § 21.

¹⁹ ODA – Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol.

personer på at det må foreligge et tolkningsspørsmål for å stille spørsmål til EFTA-domstolen. I en del saker hvor Trygderetten har opphevet Navs vedtak i dette sakskomplekset, er opphevelsen begrunnet i at Nav ikke i det hele tatt har vurdert forholdet til forordningen. I de sakene hvor Trygderetten har tatt stilling til en argumentasjon fra Nav knyttet til forordningen, har dommerne vært enige seg imellom om tolkningen av EØS-retten.

For det andre har de nåværende og tidligere trygderettsdommerne utvalget har snakket med, pekt på at i disse sakene er forholdet til forordningen og øvrig EØS-rett i liten grad problematisert, om det i det hele tatt er brakt på bane, av partene. Når flere dommere i Trygderetten da ikke har identifisert problemet, kan dette skyldes at det rett og slett er oversett på grunn av manglende bevissthet og oppmerksomhet rundt EØS-retten. Slik manglende bevissthet og oppmerksomhet har flere av trygderettsdommerne utvalget har snakket med, og Trygderettens ledelse, trukket frem som et trekk ved virksomheten i Trygderetten.²⁰

Da det i 2018 ble klart at Nav Klageinstans var uenig i Trygderettens forståelse av trygdeforordningen artikkel 21, vurderte Trygderetten å stille sitt første spørsmål til EFTA-domstolen. Som utvalget kommer tilbake til i punkt 11.7, trakk Nav den aktuelle saken, med henvisning til at praksis skulle legges om, før et slikt spørsmål ble sendt.

11.2.4 Sammensetning av retten i den enkelte sak

Det følger av trygderettsloven § 7 at retten settes med to dommere med mindre annet er bestemt. I enkelte tilfeller skal det imidlertid settes forsterket rett. Retten skal settes med tre medlemmer der sakens art tilsier at retten styrkes med et juridisk kyndig medlem, et medisinsk kyndig eller et attføringskyndig medlem,²¹ dersom de to opprinnelige medlemmene er uenige om utfallet av saken,²² eller dersom saken reiser vanskelige rettslige spørsmål eller bevisspørsmål.²³ Endelig kan Trygderettens leder bestemme at retten skal settes med tre medlemmer.

²⁰ Utvalget har gjennomført samtaler med nåværende og tidligere dommere i Trygderetten, samt Trygderettens leder. I punkt 11.9 er det redegjort nærmere for ledelsens syn på Trygderettens håndtering av sakene.

²¹ Jf. trygderettsloven § 7 andre ledd bokstav a.

²² Jf. § 7 andre ledd bokstav b.

²³ Jf. § 7 andre ledd bokstav c.

Retten kan settes med fem medlemmer når «det må antas at rettens avgjørelse kan bli bestemmende for praksis på et saksområde», jf. § 7 tredje ledd. Trygderettens leder avgjør om retten skal settes med fem medlemmer.

Tidligere kunne retten settes med inntil syv medlemmer i prinsipielt viktige saker. Ved lovendring i 2015 ble dette endret, blant annet av ressurs hensyn, fordi saksbehandling med syv rettsmedlemmer tok mye tid, og fordi en femmedlemsrett ble ansett som tilstrekkelig for å ivareta hensynene bak regelen. I forarbeidene er det uttalt om adgangen til å sette femmedlemsrett at

«[e]n utvidet rett vil kunne gjøre det mulig å avgjøre vanskelige rettsspørsmål etter en særlig nyansert og grundig behandling. Formålet med en utvidet rett må således være å treffe avgjørelser i saker av mer prinsipiell karakter, med sikte på å trekke opp retningslinjer for behandling og avgjørelse av lignende saker i fremtiden. Dette vil være et viktig bidrag for å skape en mest mulig ensartet og rettsriktig praksis i senere saker av lignende art som Trygderetten får til behandling. Avgjørelsene vil også være en rettesnor for behandling av slike saker i trygdeforvaltningen. Det samme gjelder for andre institusjoner som arbeider med saker innenfor Trygderettens virkeområde, jf. trygderettsloven § 1. Avgjørelser som er truffet av en utvidet rett vil generelt kunne bidra til å øke rettskildeværdien av Trygderettens avgjørelser og styrke Trygderettens legitimitet.»²⁴

Trygderetten har opplyst til utvalget at retten ble satt med fem medlemmer i totalt 23 saker i perioden fra 2012 til 2019.²⁵ Det settes med andre ord bare slik forsterket rett i en liten håndfull saker hvert år. I ni av sakene ble det satt slik forsterket rett etter anmodning fra ankemotparten, som i seks av tilfellene var Nav.

Gjennom utvalgets samtaler med sentrale medarbeidere i henholdsvis Trygderetten og Nav Klageinstans har det blitt klart at disse har til dels ulike oppfatninger om betydningen av at retten settes med fem medlemmer, og om hvem som skal ta initiativ til at dette eventuelt gjøres.²⁶ Dommere i Trygderetten har pekt på at Nav uansett må rette seg etter avgjørelser fra Trygderetten i den enkelte sak. Dersom et vedtak oppheves på grunn av feil rettsanvendelse, må Nav enten endre praksis, eller bringe spørsmålet inn for lagmannsretten for rettslig avklaring.

Det er ikke faste rutiner mellom Nav og Trygderetten for hvem som har ansvar for å ta initiativ til at retten settes med fem medlemmer, eller når dette skal gjøres. I intervju med utvalget har

direktøren i Nav Klageinstans fortalt at hun har fått beskjed om å ta kontakt med Trygderettens leder per e-post om hun mener at retten bør settes med fem medlemmer.

11.2.5 Betydningen av Trygderettens avgjørelser

Trygderettens kjennelser kan ha rettskildemessig vekt i den utstrekning de «kan tas som uttrykk for eller har gitt seg utslag i en fast og konsistent praksis».²⁷ At avgjørelser har rettskildemessig vekt, innebærer at de vil tjene som argument eller veiledning ved løsningen av senere saker. Dette innebærer ikke at uttalelser i slike avgjørelser direkte binder forvaltningen, men de må tas i betraktning. Der Trygderetten har avsagt flere kjennelser med samme resultat, forventes det at Nav forholder seg til den tolkningen Trygderetten har gitt uttrykk for. Flere av de trygderettsdommerne utvalget har snakket med, gir imidlertid tydelig uttrykk for at det kan ta tid før en tolkning Nav har vært uenig i, innarbeides i rundskrivene og legges til grunn for videre praksis i Nav.

11.2.6 Overordnet vurdering av Trygderettens rolle og ansvar

Utvalget ser det slik at Trygderettens innretning og rolle i trygdesystemet, sammenholdt med det ansvaret retten har for sakens opplysning og formålet om å «legge til rette for en betryggende, rask og tillitsskapende behandling av trygde- og pensjonstvister»,²⁸ innebærer at Trygderetten også har et særlig ansvar for å tilstrebe enhetlig saksbehandling og rettsriktige avgjørelser. De sakene Trygderetten behandler er regelmessig av stor velferdsmessig betydning for den ankende part. Det er en belastning, og innebærer en økonomisk risiko, for den enkelte å bringe en sak inn for lagmannsretten – særlig der trygdemottakeren ikke kvalifiserer til fri rettshjelp. Hensynet til tilliten til trygdesystemet tilsier etter utvalgets syn at enkeltmennesker bør kunne føle seg trygge på at Trygderetten som spesialistorgan avsier materielt riktige avgjørelser – og at like saker behandles likt. Dette utgangspunktet har ligget til grunn for utvalgets gjennomgang og vurdering av Trygderettens rolle og ansvar i sakskomplekset.

²⁴ Se Prop. 139 L (2014–2015) punkt 8.3.4.1, s. 40–41.

²⁵ Trygderetten sendte oversikt over disse sakene til utvalget per e-post 28. februar 2020.

²⁶ Hvorfor det ikke ble satt rett med fem medlemmer i disse tilfellene, diskuteres nedenfor i punkt 11.5.7.

²⁷ Jf. Rt-2005-1757 *Skyggekjennelsen* avsnitt 45 og senere rettspraksis, se bl.a. HR-2019-2193-A.

²⁸ Trygderettsloven § 1.

11.3 Kontakten mellom Nav og Trygderetten

Trygderetten opptrer i praksis som en domstol. Dette innebærer at Trygderetten kommuniserer gjennom kjennelser i den enkelte sak. Det er i utgangspunktet ingen løpende dialog mellom Nav og Trygderetten om faglige spørsmål, ut over den kontakten den enkelte rett eventuelt har med Nav som part i saken, for eksempel der retten ber om ytterligere dokumentasjon for faktum eller vurderinger av spesifikke spørsmål i den enkelte saken. Det kan også være kontakt på ledernivå dersom Nav mener det bør settes rett med fem medlemmer, som nevnt over i punkt 11.2.4.²⁹

Mellom 2012 og 2015 ble det avholdt årlige kontaktmøter mellom Nav og Trygderetten.³⁰ Utvalget har mottatt referater fra fire møter. Referatene viser at det i møtene blant annet var diskusjon om saksområder der Nav opplevde at Trygderettens praksis varierte, og områder der Nav ville endre rundskriv, be om avklaring fra departementet eller foreslå endring av regelverk. I kontaktmøtene ble også ulikheter i Navs og Trygderettens forståelse av gjeldende regelverk diskutert. Nav har opplyst at møtene først og fremst var en arena for informasjonsutveksling, heller enn faglig diskusjon. Det er ikke avholdt kontaktmøter etter 2015. Kunnskapsavdelingen i Arbeids- og velferdsdirektoratet har opplyst at dette ikke har vært et bevisst valg, men at det i de senere årene har vært mer kontakt mellom Nav Klageinstans og Trygderetten om saksutvikling, og at dette kan ha bidratt til at kontaktmøtene ble ansett overflødige.³¹

Etatsstyringen av Nav og Trygderetten ligger til samme avdeling i Arbeids- og sosialdepartementet. Fra 2006 og frem til 1. januar 2019 lå etatsstyringsansvaret i velferdspolitisk avdeling.³² Ekspedisjonssjefen som leder velferdspolitisk avdeling og hadde ansvaret for etatsstyringen i denne perioden, har opplyst at departementet primært driver administrativ etatsstyring av Trygderetten. På de to årlige styringsmøtene med Trygderetten var det likevel normalt et punkt på dagsorden om gjensidig orientering. Under dette

²⁹ Dette behandles nærmere nedenfor i punkt 11.5.7.

³⁰ Ytelsesavdelingen, arbeids- og tjenesteavdelingen og kunnskapsavdelingen i Arbeids- og velferdsdirektoratet var regelmessig representert i møtene, i tillegg til Nav Klageinstans. Organisatoriske forhold i Nav er redegjort for i kapittel 8.

³¹ Utvalget mottok referater fra de aktuelle kontaktmøtene 15. mai, og en kort redegjørelse fra kunnskapsavdelingen, som hadde ansvar for møtene, 23. mai 2020.

³² Etatsstyringsansvaret er fra 1. januar 2019 lagt til budsjetts- og styringsavdelingen. Se kapittel 8.

punktet orienterte departementet oftest om status i pågående og planlagte lovarbeider som berørte Trygderettens ansvarsområde, mens Trygderetten orienterte om prinsipielle kjennelser som var avsagt, og andre forhold de mente departementet burde være kjent med.³³ Ekspedisjonssjefen har opplyst at Trygderetten ikke tok opp at det var problemstillinger knyttet til Navs praktisering av EØS-rettslige problemstillinger i den perioden han hadde styringsansvaret.

11.4 Nærmere om enkelte forhold ved arbeidet i Trygderetten

11.4.1 Rekruttering og opplæring av dommere

Trygderetten opplyser at de vektlegger EØS-kompetanse ved rekruttering av dommere, og at dette er gjort over tid. Utgangspunktet er likevel at dommerne i Trygderetten er generalister, og at det er liten grad av spesialisering. Dette er som i domstolene.

Utvalget har bedt Trygderetten redegjøre for hvilke tiltak som er gjennomført for å bygge opp og vedlikeholde EØS-kompetanse. Ledelsen i Trygderetten har opplyst at det ble gjort noe arbeid i forbindelse med at ny trygdeforordning var på vei, fra 2009 og fremover. Trygderetten var i denne sammenheng på studietur til Brussel, og det ble avholdt et seminar om EØS-rett i 2011, der det ble fokusert på betydningen av den nye forordningen.³⁴ Etter det opplyste gjorde ikke Trygderetten noe nærmere selvstendig arbeid for å kartlegge forordningens betydning for deres praksis, ettersom budskapet som fulgte forordningen var at denne primært skulle innebære en forenkling, og at det var få materielle endringer fra den tidligere forordningen. Ledelsen i Trygderetten har opplyst at de seminarne som ble avholdt for dommerne, dreide seg om forordningens betydning isolert, herunder for ulike stønadsområder.

Ledelsen i Trygderetten har gitt uttrykk for at det har vært en generell bevissthet om at forordningen må vurderes, og at forordningens regler har forrang.

Flere dommere utvalget har snakket med, har uttrykt et behov for mer strømlinjeformet opplæring, blant annet for å sikre større likhet mellom

³³ I denne sammenheng er det kjennelsene avsagt av fem dommere som er presentert som «prinsipielle».

³⁴ Representanter for ledelsen i Trygderetten har opplyst om tiltakene i samtaler med utvalget.

Trygderettens avdelinger, og at dette har blitt tatt opp internt. I forbindelse med utvalgets undersøkelser har det blitt påpekt at mange av kjennelsene i det sakskomplekset utvalget undersøker har blitt avsagt av dommere i samme avdeling.

11.4.2 Publisering av praksis

Tidligere publiserte Trygderetten alle sine fullt begrunnede avgjørelser. Etter at departementet bestemte at publiseringspraksisen av ressurs-hensyn skulle legges om, publiseres nå bare et representativt utvalg på omtrent 20 prosent av avgjørelsene. I tillegg publiseres alle kjennelser på områder der det er lite praksis, og særlig prinsipielle avgjørelser.

Representanter for ledelsen i Trygderetten har uttalt til utvalget at dette er uheldig, og at all praksis prinsipielt og ideelt sett burde være tilgjengelig, slik at partene lettere kan orientere seg om hva Trygderetten har sagt i tidligere saker.

Trygderettens interne søkeverktøy beskrives også som utilstrekkelige til å sørge for at dommere blir oppmerksomme på saker kolleger har avgjort, som ligner på den de har til behandling.

11.4.3 Rutiner for kunnskapsdeling

Som nevnt innledningsvis i punkt 11.2.2 har Trygderetten et særlig ansvar for å sikre riktige avgjørelser. Videre bør like saker i størst mulig grad behandles likt. Dette fordrer informasjonsutveksling internt. Tilbakemeldingene utvalget har fått gjennom samtaler med nåværende og tidligere ansatte i Trygderetten indikerer at det har vært visse rutiner for kunnskapsdeling, men at disse i varierende grad er fulgt opp.

I Trygderettens saksbehandlingssystem finnes en funksjon for å markere avgjørelser som kan ha elementer av presedens, og det har vært avholdt jevnlig avdelingsmøter der nye avgjørelser kan gjennomgås. Gjennomgang kan enten skje ved at dommeren selv tar opp saken, eller ved at en «rettskildegruppe» har fanget opp en sak som er flagget som en sak med presedensvirkninger i det interne systemet. Det avholdes også gjerne avdelingsmøter om interessante avgjørelser fra lagmannsrettene og Høyesterett, men ikke om avgjørelser fra EU-domstolen.

I samtaler med utvalget har ansatte opplyst at det ikke er klare rutiner for hvordan dommere som har avsagt kjennelser vedkommende tror kan ha betydning for andre saker, skal håndtere dette. Dette beskrives som en utfordring; på den ene siden savnes en rutine for at den som avsier en

avgjørelse som bryter med Navs rundskriv eller praksis, gjør andre oppmerksom på kjennelsen. På den andre siden avsier Trygderetten hvert år en lang rekke avgjørelser som på en eller annen måte er prinsipielle, slik at det kan være vanskelig å avgjøre hvor høy terskelen for slik varsling skal være.

Trygderetten har lenge hatt et EØS-utvalg.³⁵ Av det mandatet som ble publisert internt i 2013, fremgår det at dette er et kompetansetiltak som skal bidra til å «bygge opp og vedlikeholde EØS-kompetanse i Trygderetten». I utvalgets samtaler med ansatte og ledelse i Trygderetten, har disse gitt uttrykk for at EØS-utvalget i liten grad har fungert etter planen.³⁶

Utvalgets funksjon beskrives først og fremst som en uformell kollegial støtte i faglige spørsmål, for eksempel ved at medlemmene av utvalget kan gi veiledning om EØS-rettslige spørsmål, eller hjelpe kolleger å finne relevante kilder. Når det kommer inn en sak som reiser EØS-rettslige spørsmål, kan også avdelingsleder bestemme at en av dommerne med særlig EØS-kompetanse skal være meddommer i saken. Dette innebærer at enkelte dommere oftere enn andre har EØS-saker, selv om hovedregelen er at sakene, som i de alminnelige domstolene, fordeles etter et tilfældighetsprinsipp.³⁷

I 2016 ble det besluttet at utvalget skulle lage et nyhetsbrev om ny praksis. Det har bare kommet ett nyhetsbrev, i starten av 2017. Utvalget har fått dette nyhetsbrevet, som blant annet inneholder en oversikt over nye EU/EØS-rettsaker, avgjørelser fra EU-domstolen, og saker som involverer Norge. Nyhetsbrevet orienterte om saken ESA åpnet mot Norge i 2016 om opptjeningsreglene for foreldrepenger, og at Trygderettens ledelse ville vurdere foreleggelse for EFTA-domstolen i forbindelse med ankesaker i dette sakskomplekset. Det ble også orientert om avgjørelser fra Trygderetten i saker som hadde reist EØS-spørsmål, herunder en ankesak om refusjon av

³⁵ Det er uklart når et EØS-utvalg første gang ble opprettet, men utvalget har fått tilsendt en oversikt over utvalgsmedlemmer tilbake til 2007. Det fremgår av denne at Trygderettens leder eller en annen representant for ledelsen stort sett har deltatt i utvalget.

³⁶ Utvalget har i samtaler med ansatte i Trygderetten fått vite at det er besluttet å supplere og styrke EØS-utvalget. I starten av 2020 besto utvalget av én dommer og én rettsfullmektig.

³⁷ Tilfældighetsprinsippet er i dag lovfestet i trygderettsloven § 7 femte ledd, med en adgang til å fravike prinsippet ved «saklig grunn». Begrunnelsen for et strengt tilfældighetsprinsipp ved fordeling av saker i Trygderetten er nærmere behandlet i Prop. 139 L (2014–2015), punkt 8.3.4.3 på side 42–43.

utgifter til sykehusbehandling i annet EØS-land etter gammel og ny trygdeforordning.

Avslutningsvis i nyhetsbrevet ble det minnet om at dommere som har saker av interesse *skal* orientere EØS-utvalget. Nyhetsbrevet er oversiktlig satt opp, og fremstår som et nyttig verktøy. Ettersom det ikke kom flere utgaver enn den første i 2017, er det selvfølgelig umulig å si om de første sakene der det ble stilt spørsmål ved om Navs rundskriv var i overensstemmelse med forordningen, ville blitt omtalt.

11.4.4 Bemanning, måling og forventninger til produksjon

Trygderetten har omtrent 50 såkalte dømmende årsverk.³⁸ Disse avgjør 3500 til 4000 saker hvert år. De dommerne utvalget har snakket med, har hatt litt ulike syn på forventningene til produksjon. Enkelte har gitt uttrykk for at de har opplevd produksjonspresset som sterkt, og mener dette kan ha påvirket i hvilken grad dommere har utredet sakenes EØS-rettslige side før avgjørelse. Andre mener at selv om det utarbeides statistikk over den enkelte dommers produksjon, og «en sak er en sak», slik at dommere som legger mer arbeid i den enkelte sak eller får mer omfattende saker tilsynelatende vil ha «lavere» produksjon målt i antall saker, påvirker ikke dette i seg selv hvor mye arbeid dommerne legger i kjennelsene.

I en periode fra april 2016 til mars 2018 fikk ikke Trygderetten inn nye rettsfullmektiger, fordi det i forbindelse med utlysning av rettsfullmektigstillinger oppsto en diskusjon om det kunne gjøres gjeldende statlig fortrinnsrett til slik stilling. Trygderetten inntok det standpunkt at stilling som rettsfullmektig, i likhet med stilling som dommerfullmektig, er en utdanningsstilling og dermed unntatt fra reglene om fortrinnsrett til annen statlig stilling for statsansatte. Ansettelsesprosessen ble dermed stanset, og ledige budsjettmidler ble brukt til å konstituere rettsmedlemmer. Siden rettsfullmektiger har betydelig lavere lønn enn alminnelige rettsmedlemmer, hadde Trygderetten i denne perioden lavere bemanning enn vanlig.

Utvalget har i intervjuer med ansatte og ledelse i Trygderetten spurt om ressursmangel og produksjonspress kan være en årsak til at den EØS-rettslige problemstillingen i disse sakene i lang tid ikke ble identifisert, slik at feilpraktiseringen kunne fortsette. De tilbakemeldingene utvalget har fått, tilsier at manglende kompetanse

og bevissthet rundt EØS-retten vurderes som en viktigere årsak enn ressursmangel.

11.5 Trygderettens praksis om oppholds krav etter folketrygdlovens regler om kontantytelser under sykdom og trygdeforordningen artikkel 21

11.5.1 Generelt om materialet

Utvalget har fått oversendt og foretatt en overordnet gjennomgang av til sammen 317 kjennelser fra Trygderetten som gjelder kontantytelser og utenlandsreiser i EØS-området. Kjennelsene er avsagt både før og etter at ny forordning trådte i kraft sommeren 2012.

I perioden fra 10. oktober 1996 til 13. desember 2019 ble det, basert på Trygderettens kartlegging og oversendelse til utvalget, i alt avsagt 317 kjennelser om kontantytelser og/eller forordning 883/2004 artikkel 21 hvor det forelå et grenseoverskridende element, og som faller innenfor utvalgets mandat. Av disse gjaldt 158 av sakene forhold som fant sted før 2012, 159 forhold etter 2012. I 29 av sakene er faktum fra både før og etter 2012. I noen av sakene fremgår det ikke klart om utenlandsoppholdene (bare) har vært i EØS-området. Trygderetten har kartlagt kjennelsene ved manuell gjennomgang, delvis ved søk i fritekst, slik at det kan være kjennelser som ikke er funnet, typisk fordi EØS-problematikken ikke er tatt opp. Utvalget har basert gjennomgangen på det materialet Trygderetten har oversendt.³⁹

Arbeids- og velferdsdirektør Sigrun Vågeng har ved flere anledninger sagt at Nav i flere år fikk støtte for sin praksis både i Trygderetten og i de alminnelige domstolene, og derfor ikke forsto at etatens tolkning av trygdeforordningen kunne være feil.⁴⁰

Nav har også i sine skriftlige redegjørelser hevdet at «[t]rygderettskjennelser, samt dommer i rettsapparatet, stadfestet i alle tilfeller NAVs praksis frem til juni 2017».⁴¹ Utvalgets gjennomgang viser

³⁹ Trygderetten har i listen over kjennelser som knytter seg til tidligere trygdeforordning 1408/71 inkludert saker som gjelder sykepenger og de ytelser som fra 1. mars 2010 ble erstattet med ytelsen arbeidsavklaringspenger; rehabiliteringspenger, attføringspenger og tidsbegrenset uførestønad.

⁴⁰ Vågeng ga i samtale med utvalget 21. april 2020 uttrykk for at etaten var i «god tro» om at praksis var riktig fra gjennomføringen av forordning 883/2004 i 2012, og til de første avgjørelsene fra Trygderetten som opphevet Navs vedtak kom sommeren 2017.

⁴¹ Dette fastslås blant annet på s. 4 i internrevisjonens rapport *Spesialoppdrag – D2019-10 Kartlegging av fakta i EØS-saken*.

³⁸ Se punkt 11.2.1 om de ulike typene rettsmedlemmer.

at denne påstanden i beste fall er unyansert. Gjennomgangen viser at Trygderetten før 2017 i liten grad har identifisert den EØS-rettslige problemstillingen på dette området, og derfor stadfestet Navs vedtak utelukkende på bakgrunn av en vurdering av folketrygdlovens regler. Trygderetten har imidlertid i perioden også opphevet flere vedtak på bakgrunn av manglende EØS-rettslige vurderinger, altså lovanvendelsesfeil.

11.5.2 Nærmere om stadfestelser av Navs vedtak frem til juni 2017

Når Nav har fått medhold i Trygderetten i en lang rekke saker før 2017, er dette i all hovedsak kjennelser hvor forholdet til EØS-retten overhodet ikke er problematisert.

I enkelte saker peker Trygderetten på at forordningen kan gi rett til å motta ytelsen under utenlandsopphold, men stadfester Navs vedtak fordi brukeren ikke har søkt om å få reise ut av Norge, eller fordi andre vilkår for ytelsen ikke anses oppfylt. Når det er klart at øvrige vilkår for å motta ytelsen ikke er oppfylt, og saken avgjøres på dette grunnlaget uten at EØS-retten drøftes nærmere, kan avgjørelsene vanskelig sies å gi noen klar støtte til Navs forståelse av EØS-regelverket.⁴²

Se for eksempel TRR-2012-195, der Trygderetten uttaler at «[s]pørsmålet er videre om EØS-rettslige regler kan gi han rett til sykepenger. Det følger av [forordning 1408/71] artikkel 22 nr. 1 bokstav b at en arbeidstaker etter tillatelse kan få en ytelse fra kompetent institusjon til tross for at vedkommende flytter til en annen medlemsstats territorium. En tillatelse betinger at det foreligger en søknad [...]. Verken søknad eller tillatelse er fremlagt i foreliggende tilfelle, og for øvrig bemerker retten at Daps anførsler gjennomgående handler om at han har oppholdt seg i Norge. Retten kan dermed ikke se at EØS-rettslige regler gir Dap en utvidet rett til sykepenger». Andre momenter enn utenlandsoppholdet i seg selv var her avgjørende.

I langt de fleste saker har Trygderetten imidlertid ikke kommentert EØS-retten – verken forordningen eller de alminnelige reglene om fri bevegelighet – men utelukkende vurdert saken etter folketrygdlovens regler. Dette gjelder også i saker hvor den ankende part er en EØS-borger som har jobbet i Norge, og som for eksempel har reist til hjemlandet for å få helsehjelp eller støtte av familien i sykdomsperioden.⁴³

⁴² Se nærmere i punkt 11.5.5 om den vesentlige forskjellen mellom hvilke slutninger som kan trekkes fra en avgjørelse som behandler og tar stilling til et bestemt rettsspørsmål, og hvilke slutninger som kan trekkes fra avgjørelser som ikke gjør det.

Et betegnende eksempel er avgjørelsen i TRR-2013-704, der en østeuropeisk arbeider reiste til hjemlandet for å få helsehjelp etter en hodeskade som han blant annet på grunn av språkproblemer opplevde ikke å få god nok hjelp med i Norge. Før første reise søkte han om å få dra, men fikk aldri svar på søknaden fra Nav. Deretter reiste han flere ganger for å følge et rehabiliteringsopplegg i hjemlandet, uten å søke. Trygderetten påpeker flere saksbehandlingsfeil hos Nav, blant annet at den første søknaden om å reise til hjemlandet for rehabilitering aldri ble behandlet, og opphever Navs vedtak på dette grunnlaget. Retten er imidlertid verken inne på den tidligere trygdeforordningen eller den grunnleggende retten til fri bevegelighet for arbeidstakere, selv om ankende part ganske klart var omfattet av disse reglene.

I noen saker har Trygderetten hatt klar foranledning til å drøfte den EØS-rettslige problemstillingen, men likevel gitt støtte til Navs praksis. Den kanskje mest påfallende av slike saker er avgjørelsen i TRR-2011-1098. Saken gjaldt en person som arbeidet delvis i Norge og delvis i Spania, og som fikk avslag på sykepenger da han ville oppholde seg i Spania i sykmeldingsperioden. Her hadde den ankende part anført at han var vernet av forordning 1408/71, og for øvrig av de grunnleggende reglene om fri bevegelighet i EØS-området. Trygderetten uttalte om dette i kjennelsen:

«Ap er ikke i en slik situasjon som beskrevet i artikkel 22.⁴⁴ Retten er av den oppfatning at denne artikkelen og de andre nevnte artiklene derfor ikke er aktuelle i denne saken. Retten er etter dette kommet til at EØS-reglene ikke gir Ap en bedre rett til eksport av sykepenger enn det som følger av folketrygdlovens regler.

[...]

Ap har anført at et avslag på krav om 50 prosent sykepenger under utenlandsopphold i realiteten innebærer et yrkesforbud for han og at dette er et brudd på retten til fri bevegelse innenfor medlemskapsområdet. Ap har imidlertid ikke vist til hvilken artikkel i EØS-avtalen som er i strid med folketrygdloven § 8-9.

Prinsippet om fri bevegelse av personer innen EU/EØS er en av de fire friheter som det europeiske fellesskapet er bygd opp rundt: fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital.

Rådsforordningen (EØF) nr. 1408/71 – 'trygdeforordningen' – er en detaljert forordning som skal sikre at de fire friheter blir ivare tatt på trygdens område. Aps situasjon regule-

⁴³ EØS-borgere har vært vernet av reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft siden inngåelsen av EØS-avtalen. Se nærmere kapittel 5 og delutredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*.

⁴⁴ Forordning 1408/71 artikkel 22 regulerte bare flytting til utlandet, ikke andre opphold. Dette er slik sett ikke overraskende.

res som nevnt ikke av noen spesiell artikkel i forordningen. Når denne forordningen ikke regulerer Aps forhold, og Ap heller ikke har konkretisert hvilken av artiklene i EØS-avtalen som eventuelt ikke skal være ivaretatt, er det vanskelig for retten å ta stilling til hans anførsel.

Retten mener derfor at det er grunnlag for å avslå krav om 50 prosent sykepenger under utenlandsopphold [...] når han samtidig arbeider i Spania, jf. folketrygdloven § 8-9 tredje ledd.»⁴⁵

Det kan sies mye om Trygderettens resonneringer og rettsanvendelse her. Utvalget vil imidlertid fremheve et annet forhold ved denne kjennelsen. Dette er at Nav omgjorde vedtaket da klageren anla søksmål for lagmannsretten over Trygderettens kjennelse. Etter kontakt med departementet om saken, og bistand fra Regjeringsadvokaten i saksforberedelsen for lagmannsretten, innvilget Nav Internasjonalt sykepenger, med henvisning til at klageren hadde rett til dette etter de alminnelige regler om fri bevegelighet i EØS-området. Dette innebærer en erkjennelse av at Trygderettens kjennelse ikke var riktig, og slik sett ikke kunne tas til inntekt for at Navs praksis var i tråd med forordningen og øvrig EØS-rett.⁴⁶ Rundskrivet ble imidlertid ikke endret, og Trygderetten ble etter det utvalget er kjent med ikke gjort oppmerksom på forliket. Forliket gagnet altså bare klageren, og bidro verken til at Nav endret praksis eller at Trygderetten ble oppmerksom på at den kunne ha bommet på tolkningen av EØS-retten.

Etter det opplyste ble det ikke fra Trygderettens side vurdert å forelegge EFTA-domstolen spørsmål om en person som arbeider i to land i EØS-området ville ha rett til å motta kontantytelser i en slik situasjon, selv om retten syntes det var «vanskelig å ta stilling til» hvilket vern ankende part kunne utlede av EØS-avtalen.

Det er også enkelte andre eksempler på stadfestelser før 2012 som gir støtte til Navs forståelse av at EØS-retten ikke ga vern til personer som bodde og arbeidet i Norge. I TRR-2009-488 siterte Trygderetten gjengivelsen av de relevante rettsregler i ankemotpartens oversendelsesbrev:

«Etter EØS-avtalens regler kan det utbetales rehabiliteringspenger for EØS-borger som bor

⁴⁵ Se TRR-2011-1098.

⁴⁶ Behandlingen av denne konkrete saken vurderes nærmere i kapittel 14.

eller flytter til annet EØS-land. Forutsetningen er at vedkommende var i arbeid og hadde rett til sykepenger fra Norge på sykmeldingstidspunktet, og at vedkommende har vært sammenhengende sykmeldt fram til kravet om rehabiliteringspenger.

Forordningens regler går foran folketrygdloven. Dette innebærer at NAV i hvert enkelt tilfelle må ta stilling til om saken faller inn under EØS-reglene eller om saken skal avgjøres etter norsk intern rett. Dersom tilfellet ikke omfattes av EØS-avtalen, skal saken behandles etter reglene i folketrygdloven.

For arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som bor i Norge og er medlem i trygden her, gjelder folketrygdlovens alminnelige regler om rehabiliteringspenger under opphold i utlandet også ved opphold i annet EØS-land, jf. folketrygdloven § 10-3 annet og tredje ledd.

Forordningens regler om adgang til å beholde retten til kontantytelser ved sykdom under opphold utenfor Norge som kompetent land, kommer ikke til anvendelse. Det er bare ved flytting til et annet EØS-land at forordningens regler om dette kommer til anvendelse.

Det som er sagt her framgår av lovens § 1-3, EØS-forordning 1408/71 artikkel 18 – 23 om kontantytelser ved sykdom.»⁴⁷

Trygderetten avsa en forenklet kjennelse i saken, og sluttet seg i begrunnelsen i det vesentlige til Navs anførsler.⁴⁸ Det siterte gir uttrykk for en riktig forståelse av den tidligere trygdeforordningen, som bare eksplisitt regulerte flytting. Betydningen av de generelle regler om fri bevegelighet er ikke diskutert.⁴⁹

Blant stadfestelsene i materialet fra Trygderetten, er det en rekke forenklede kjennelser som den siterte, som kort legger til grunn at Nav har forstått regelverket riktig. Her fremgår det ikke av kjennelsen hvilke nærmere vurderinger som er gjort, og utvalget har dermed ikke kunnet ta stilling til hvilken tolkning Trygderetten gir tilslut-

⁴⁷ TRR-2009-488.

⁴⁸ Dersom rettens begrunnelse faller sammen med den som er gitt i ankemotpartens oversendelsesbrev, er det tilstrekkelig å henvise til denne, jf. trygderettsloven § 21 andre ledd.

⁴⁹ Det fremgår ikke av kjennelsen om det var direkte foranledning til å drøfte reglene om fri bevegelighet. Hovedspørsmålet i den aktuelle saken var om uførehetsvilkåret for å motta ytelsen var oppfylt. Når avgjørelsen siteres her, er det som et eksempel på at Trygderetten tilsynelatende har gitt tilslutning til Navs utlegning av den tidligere trygdeforordningens regler.

ning til.⁵⁰ I noen saker stadfestes vedtaket uten at Trygderetten tar eksplisitt stilling til EØS-retten, og det kan synes som retten implisitt slutter seg til Navs anførsler.⁵¹

I øvrige saker om utenlandsopphold for mottakere av syke- pleie eller arbeidsavklaringspenger i perioden frem til juni 2017, er det så langt utvalget har kunnet bringe på det rene i all hovedsak ikke tatt stilling til EØS-rettens betydning. Verken Nav eller de ankende parter har heller gitt uttrykk for at sakene reiser EØS-rettslige problemstillinger. Det er likevel noen unntak, som omtales i det følgende.

11.5.3 Tidligere korreksjoner av Navs praksis

Utvalget har funnet eksempler på at Trygderetten har underkjent Navs vedtak basert på at den finner at vilkårene for å motta ytelse er oppfylt under utenlandsopphold, men uten at det er foretatt en EØS-rettslig vurdering.⁵²

Tidlig på 2000-tallet behandlet Trygderetten et par saker om arbeidstakere som var blitt syk-meldte under opphold i utlandet.⁵³ Avgjørelsene viser til brev fra Sosial- og helsedepartementet til det daværende Rikstrygdeverket om at praksis i slike saker var for streng og «umiddelbart må legges om».⁵⁴

I en avgjørelse i 2011 uttalte Trygderetten seg igjen ganske tydelig om at Nav Klageinstans ikke hadde foretatt tilstrekkelige vurderinger av EØS-retten:

«Retten finner det sannsynlig at Ap har oppholdt seg i X i store deler av den periode hun har mottatt sykepenger. I disse perioder fyller hun ikke vilkåret om opphold i Norge slik det er formulert i folketrygdloven § 8-9 første ledd. Bestemmelsen må imidlertid tolkes i lys av Rådsforordning (EØF) 1408/71.

⁵⁰ Se f.eks. TRR-2003-2253.

⁵¹ Dette er for eksempel tilfelle i TRR-2002-2534.

⁵² Se f.eks. TRR-2011-1809, der retten fant at sju uker i utlandet var en «begrenset periode», og at retten til sykepenger var i behold. Se også TRR-1999-295, der Trygderetten opphevet og henviste Navs vedtak om avslag på sykepenger til en kvinne som var født og oppvokst i et annet EØS-land. Det er ikke henvist til forordningen.

⁵³ Se TRR-2000-5350 og 2000-1214.

⁵⁴ Avgjørelsen viser til et brev der departementet ber Rikstrygdeverket endre praksis i sykepengesaker der personen har blitt syk i utlandet. Før dette ble det ikke utbetalt sykepenger for de dagene medlemmet hadde oppholdt seg i utlandet før retur til Norge. Dialogen mellom departementet og Rikstrygdeverket i denne sammenheng, herunder diskusjonen om forståelsen av EØS-retten, redegjøres nærmere for i kapittel 14.

Etter EØS-avtalen artikkel 7 skal en rettsakt som tilsvarende en EØF-forordning gjøres til del av norsk rett. Rådsforordning (EØF) 1408/71 er inkorporert i norsk rett ved forskrift av 30. juni 2006 nr. 731 (FOR-2006-06-30-731), vedtatt med hjemmel i folketrygdloven § 1-3, og går dermed foran bestemmelser i folketrygdloven ved eventuell motstrid, jf. EØS-loven § 2. At det må gjøres nødvendige unntak fra folketrygdloven fremgår også av forskriften § 1 andre ledd åttende strekpunkt.

NAV Klageinstans Sør har ikke vurdert saken i forhold til Rådsforordning (EØF) 1408/71, der særlig artiklene 18 til 22 kan synes aktuelle. Retten viser også til Rådsforordning (EØF) nr 574/72 som er gitt med henblikk på gjennomføringen av Rådsforordning (EØF) 1408/71. Det vises videre til Arbeids- og velferdsetatens rundskriv til folketrygdloven § 8-9 og dets vedlegg nr 2. For å sikre en korrekt behandling av EØS-tilfellene har Arbeids- og velferdsetaten utgitt et EØS-rundskriv med hovednummer 40-08. Rundskrivet må imidlertid leses i sammenheng med de nevnte rådsforordninger, en problemstilling som ble tatt opp av Sosial- og helsedepartementet i brev til Rikstrygdeverket datert 14. juni 2000.

Retten finner å måtte hjemvise saken til ny behandling.»⁵⁵

Trygderetten har også hjemvist saker som dreide seg om andre problemstillinger enn kortere utenlandsopphold, som flytting til utlandet, der Nav har unnlatt å vurdere forholdet til forordningens artikkel 21 eller øvrig EØS-rett. Den første kjennelsen utvalget har identifisert der Trygderetten eksplisitt påpeker at det er en saksbehandlingsfeil at forordningens artikkel 21 ikke er vurdert, kom i 2014.⁵⁶ Saken gjaldt Navs vedtak om å stanse arbeidsavklaringspengene til en kvinne som hadde reist til utlandet for å studere.⁵⁷ Trygderetten uttaler følgende i kjennelsen:

«[...] Aps utenlandsopphold var ikke godkjent som en del av noen aktivitetsplan og vilkåret for unntak etter § 11-3 andre ledd er derfor ikke oppfylt.

⁵⁵ Se TRR-2010-2285.

⁵⁶ Se TRR-2014-855.

⁵⁷ Kvinnen hadde ikke søkt om å få beholde ytelsen etter flytting, og det var tvil om flere vilkår for rett til ytelsen var oppfylt. Da saken kom tilbake til Trygderetten to år senere, ble Navs vedtak stadfestet, se TRR-2016-1368.

Etter § 11-3 tredje ledd kan arbeidsavklaringspenger utbetales i en avgrenset periode under opphold i utlandet dersom dette er i tråd med gjennomføringen av aktiviteten og ikke hindrer oppfølging og kontroll fra NAV. Av forarbeidene [...] fremgår det at man her har ment å åpne for at personer som mottar arbeidsavklaringspenger skal kunne feriere i utlandet. Retten finner det klart at et opphold av en slik karakter som i denne saken ikke omfattes av unntaksregelen i § 11-3 tredje ledd.

Arbeidsavklaringspenger er imidlertid ansett for å være en kontantytelse under sykdom og omfattes derfor av EØS-avtalen og forordning 883/2004. Det følger av denne forordnings artikkel 21 at arbeidsavklaringspenger normalt vil ytes dersom mottakeren bosetter seg i et annet EØS-land. Dette skulle følgelig ha vært vurdert av NAV. At dette ikke er gjort er således en saksbehandlingsfeil, som kan ha virket inn på resultatet, jf. forvaltningsloven § 41.»

Denne avgjørelsen kom kort etter en avgjørelse der Trygderetten opphevet Navs vedtak og henviste dette til ny behandling med en mer generell begrunnelse om at trygdemottakerens rettigheter etter EØS-avtalen ikke var vurdert, og at Nav hadde unnlatt å informere om trygdemottakerens rett til sykepenger etter EØS-avtalen.⁵⁸ Saken dreide seg om en polsk arbeider som hadde pådratt seg en yrkesskade under arbeid i Norge. Da han reiste til Polen for behandling, etter anbefaling fra sin lege i Norge, ble sykepengene stanset, fordi det ikke var søkt om eksport av sykepenger på riktig blankett. Trygderetten fastslo i avgjørelsen for det første at det utgjorde en saksbehandlingsfeil at saken ikke var vurdert etter særreglene for yrkesskader. Videre, og av større interesse her, uttaler Trygderetten:

«Retten viser videre til at Ap er omfattet av EØS-avtalen. Han arbeidet i Norge og Norge er derfor kompetent land. Det er også derfor Helse Øst har innkalt ham til operasjon ved et norsk sykehus.

NAV har ikke vurdert hans søknad om sykepenger i henhold til de regler Norge er forpliktet å følge på grunn av denne avtalen. Retten vil peke på at det er ikke den enkelte som må påberope seg avtalen. NAV skal av eget tiltak legge den til grunn og sørge for å samarbeide med trygdemyndigheter i berørte avtaleland»⁵⁹

⁵⁸ Se TRR-2014-1181.

Selv om ingen av de aktuelle sakene før 2017 direkte behandler den problemstillingen feiltolkningen av trygdeforordningene gjelder, har altså Nav fått flere tilbakemeldinger fra Trygderetten der manglende eller unnlatt vurdering av forordningen er ansett som lovanvendelsesfeil.

11.5.4 Trygderettens praksis fra sommeren 2017

I juni 2017 kom den kjennelsen Nav har vist til som den første kjennelsen der Nav Klageinstans ikke fikk medhold i sin fortolkning av regelverket.⁶⁰ Dette er også den første saken utvalget har identifisert hvor denne eksakte problemstillingen er reist, og hvor saken oppheves alene på grunn av manglende vurdering av trygdeforordningen artikkel 21. Kjennelsen er tydelig og prinsipiell, og Trygderetten uttaler følgende:

«Ankemotparten har ikke vist til EØS-forordning 884/2004 artikkel 21, og har ikke gjort en vurdering av om denne får betydning for [Aps] rett til sykepenger under oppholdet i Spania. Etter artikkel 21 vil en som er omfattet av forordningen kunne bosette seg eller oppholde seg i en annen medlemsstat enn den kompetente stat og fortsatt motta kontantytelsen etter den kompetente stats lovgivning, så lenge de nasjonale vilkår for den aktuelle ytelsen er oppfylt. Eventuelle vilkår i de nasjonale reglene som krever opphold i den kompetente stat for å motta ytelsen vil i slike tilfeller normalt måtte ses bort fra. Retten er kjent med at det i Arbeids- og velferdsdirektoratets rundskriv er uttalt følgende om EØS-forordning 884/2004 artikkel 21 og dens betydning:

‘Forordning 1408/71 krevde at man for å få med seg sykepengerrettighetene måtte søke den kompetente institusjon om å reise eller flytte til et annet EØS-land. Den nye forordningen har ikke på samme måte noe uttrykkelig krav til at man må søke om å få med seg ytelsen ved reise eller flytting til annet EØS-land. Innledningsbestemmelsene til forordning 883/2004 legger vekt på at det skal være vide muligheter til å eksportere trygdeytelser og bevege seg fritt mellom landene som er tilsluttet forordningen, se særlig innledningsbestemmelse

⁵⁹ Se TRR-2014-1181.

⁶⁰ Se TRR-2016-2497. Nav har i sin egen tidslinje, publisert i desember 2019 som del av en «innsynspakke», vist til at Nav Klageinstans fra 2012 og til juni 2017 ikke mottok noen kjennelser fra Trygderetten som tilsa at direktoratets forståelse av forordningens artikkel 21 var feil.

nr. 20, 21, og 37. Når det gjelder personer som bor og arbeider i Norge, og som ønsker å dra på feriereise til et annet EØS-land, gjelder vilkårene i § 8-9.⁶¹

Av siste siterte avsnitt synes det som om man mener at artikkel 21 ikke får betydning for fritidsopphold i annen medlemsstat. Dette synes ikke å være i tråd med artikkel 21 slik denne er formulert. Retten er således i tvil om rundskrivet gir uttrykk for en korrekt forståelse av artikkel 21 og dens betydning i slike tilfeller.

Retten er heller ikke bundet av rundskrivet, men finner det ikke riktig å gå nærmere inn på dette, sett i lys av at ankemotparten ikke har vurdert artikkel 21 eller dens betydning for saken. Ettersom ankemotparten ikke har foretatt noen vurdering av artikkel 21 og dens betydning for anvendelsen av folketrygdloven § 8-9 i et tilfelle som [Aps], finner retten det riktig å oppheve det påankede vedtaket slik at hennes krav om sykepenger kan vurderes opp mot artikkel 21. Retten vil bemerke at artikkel 21 etter sin ordlyd ikke bare gjelder i tilfeller hvor medlemmet bosetter seg i en annen medlemsstat enn den kompetente stat, men også i tilfeller hvor medlemmet oppholder seg i en annen medlemsstat.»

Allerede i denne saken uttalte altså Trygderetten at det var tvilsomt om Navs rundskriv kunne være riktig. Frem til årsskiftet 2018/2019 opphevet Trygderetten Navs vedtak i minst ni saker av samme type som ble fanget opp av Nav – alle med henvisning til at forordning 883/2004 artikkel 21 enten ikke var vurdert, eller var tolket feil.⁶¹

I noen saker i perioden har Trygderetten også opphevet eller omgjort Navs vedtak på andre grunnlag, uten å ta opp forordningen. I en avgjørelse i april 2018 fastslo Trygderetten for eksempel at aktivitetskravet var oppfylt, slik at medlemmet hadde rett til sykepenger under utenlandsopphold.⁶² Samme måned ble et vedtak om å nekte en kvinne som mottok arbeidsavklaringspenger å reise til utlandet i to korte perioder mens hun mottok ytelsen, opphevet fordi Trygderetten fant at «ankemotparten har lagt til grunn en for streng rettsanvendelse når ankemotparten har avslått krav om å beholde arbeidsavklaringspenger under utenlandsopphold basert på en hypotetisk mulighet for oppstart av tiltaket i den aktuelle perioden. Retten kan ikke se at ankemotparten har foretatt en konkret vurdering av om Aps utenlandsopphold ville være til hinder for oppstart av tiltaket.»⁶³ Disse avgjørelsene er tilsynelatende ikke satt i sammenheng med sakskomplekset av Nav, kanskje fordi

⁶¹ Etter saken i TRR-2016-2497 er de opphevingskjennelsene Nav merket seg inntatt i TRR-2016-2634, TRR-2017-2308, TRR-2017-1058, TRR-2017-3662, TRR-2018-567, TRR-2017-3528, TRR-2017-3677 og TRR 2018-1101.

⁶² Se TRR-2017-1265.

forordningen ikke er eksplisitt kommentert. Det er i denne sammenheng interessant at Nav har vist til medhold i perioden der forordningen overhodet ikke er vurdert, og ut fra dette ment at praksis var uklar, men tilsynelatende ikke registrert at Nav også mottok opphevelser som bygget på for streng praktisering av folketrygdlovens vilkår.

Nav har i liten grad knyttet anførsler til forordningen i saker om utenlandsopphold.⁶⁴ I sakene der Nav har fått medhold, synes det som Trygderetten enten ikke har sett problemstillingen knyttet til forordningen, at saken er avgjort på annet grunnlag enn utenlandsoppholdet (som at aktivitetsplikten ikke er overholdt eller sykdomsvilkåret ikke oppfylt), eller at Trygderetten har lagt Navs anførsler til grunn uten nærmere drøftelser.

I en rekke saker i perioden fra den første kjennelsen i juni 2017 og frem til våren 2019, gjentok Trygderetten at saker om opphold i utlandet måtte vurderes etter trygdeforordningen artikkel 21. Etter hvert begynte Trygderetten i nye kjennelser også å ramse opp sine tidligere avgjørelser, og vise til at disse ga uttrykk for en konsistent praksis på dette området.

11.5.5 «Sprikene» i Trygderettens praksis fra sommeren 2017

I en tidslinje Nav har laget over sakens forløp, er det angitt at Nav fikk medhold i minst fem saker i perioden fra juni 2017 til juli 2018.⁶⁵ Ledere i Nav har også overfor granskingsutvalget uttalt at praksis «sprikte». Samtidig har ledere og ansatte i Trygderetten gitt uttrykk for at Trygderettens dommere har forstått EØS-retten på samme måte i de tilfellene der spørsmålet har blitt identifisert.

Begge disse versjonene er unyanserte: I den andre avgjørelsen sommeren 2017 der Trygderetten hadde foranledning til å vurdere retten til sykepenger under lengre opphold i utlandet, avgjorde Trygderetten saken alene på grunnlag av at åtte ukers utenlandsopphold ikke ble ansett

⁶³ TRR-2017-2826. Retten kom til at det ikke forelå tilstrekkelige opplysninger til at retten kunne avgjøre spørsmålet i saken, og opphevet vedtaket og henviste saken til fornyet behandling i Nav.

⁶⁴ I andre saker, for eksempel der spørsmålet er om ankende part har rett til medlemskap i folketrygden, har Nav Klageinstans knyttet til dels utførlige anførsler til forordningen. Dette er for eksempel tilfelle i TRR-2016-3145, som gjaldt en person som mottok arbeidsavklaringspenger uten å ha vært i lønnet arbeid tidligere. Spørsmålet i saken var hvilket lands trygdeordning personen skulle anses å være medlem av, og spørsmålet om artikkel 21 kom dermed ikke på spissen.

⁶⁵ Nav publiserte i desember 2019 en «innsynspakke» med filer tilknyttet saken på en egen nettside, der tidslinjen er publisert.

som en slik «begrenset periode» folketrygdloven § 8-9 tredje ledd omhandler, og fastslo at utenlandsoppholdet dermed kunne nektes.⁶⁶ Her hadde Nav Klageinstans knyttet kommentarer til forordningen, og anført at «[t]rygdeforordningen regulerer ikke retten til eksport av sykepenger ved ferie eller andre midlertidige opphold i utlandet. Retten til sykepenger vil da måtte vurderes etter folketrygdloven § 8-9». Trygderetten foretok tilsynelatende ingen selvstendig vurdering av om Navs tolkning av forordningen var riktig i denne avgjørelsen, som ble avsagt to måneder etter den kjennelsen som påpekte at rundskrivet kunne være feil.⁶⁷ Retten slutter seg i kjennelsen i hovedsak til Navs anførsler, noe som for så vidt kan tolkes som at Trygderetten er enig i at forordningen ikke kommer til anvendelse, men spørsmålet er altså ikke viet noen oppmerksomhet i kjennelsen. Dette er den eneste saken etter juni 2017 hvor Nav får det som etter utvalgets vurdering kan leses som støtte for sitt syn.⁶⁸

I de andre kjennelsene i perioden der Navs vedtak er stadfestet, har Nav ikke knyttet anførsler til forordningen, og Trygderetten har heller ikke problematisert forordningen eller annen EØS-rett. Sakene er enten avgjort på at trygdemottakeren ikke har søkt om utenlandsopphold på forhånd, at oppholdet etter rettens syn ikke har vært avgrenset til en «begrenset periode», eller det er tillagt avgjørende vekt at øvrige vilkår for å motta ytelsen ikke har vært oppfylt.⁶⁹ I disse sakene er enten forordningen ikke nevnt i det hele tatt, eller Trygderetten slutter seg mer eller mindre implisitt til Navs syn.

Blant stadfestingskjennelsene er det minst én avgjørelse der utenlandsopphold uten forutgående søknad utgjør det eneste grunnlaget for å kreve tilbake ytelsen.⁷⁰ Den aktuelle saken gjaldt en EØS-borger som hadde arbeidsinnvandret til Norge, og som hadde vært i hjemlandet uten å søke om å beholde arbeidsavklaringspenger. I en slik sak er det relativt nærliggende å vurdere personens EØS-

rettslige vern. At verken Trygderetten eller advokaten som representerte EØS-borgeren i saken har sett at forordningen – og de alminnelige regler om fri bevegelighet for arbeidskraft – kommer til anvendelse, kan knapt tas til inntekt for at Trygderetten støttet Navs tolkning av artikkel 21: Nav hadde ikke knyttet noen anførsler til verken forordningen eller den generelle EØS-retten i saken. Spørsmålet er ikke vurdert.

Det er flere eksempler på kjennelser med ulike utfall som kunne vært løst med henvisning til forordningens regler, uten at Trygderetten gjør dette. Et eksempel er kjennelsen i TRR-2017-2929, avsagt i desember 2017, der den ankende part hadde oppholdt seg mye i grenseområder. Nav hadde krevd tilbake et høyt beløp med henvisning til at Nav Kontroll hadde identifisert hyppig kortbruk i utlandet. Kortbruken ble forklart med grensehandel, og Trygderetten fant at saken ikke var tilstrekkelig opplyst, ved at Nav Klageinstans ikke hadde tatt hensyn til kortbruk i Norge. Vedtaket ble ikke opphevet, men saken henvist tilbake til Nav for videre behandling. Den kom aldri tilbake til Trygderetten. Slike saker kan heller ikke sies å gi noen eksplisitt «støtte» til Navs tolkning av forordningen, ettersom forholdet til disse reglene ikke er vurdert.

Trygderetten har i perioden også omgjort flere saker knyttet til flytting, med klare uttalelser om betydningen av forordningen. I juli 2018 omgjorde Trygderetten Navs vedtak i en sak der Nav hadde nektet å yte arbeidsavklaringspenger til en svensk borger som hadde flyttet tilbake til Sverige.⁷¹ Både Nav og den ankende part hadde nå knyttet konkrete anførsler til adgangen til eksport av ytelsen etter forordning 883/2004. Trygderetten fastslår innledningsvis at

«Europaparlamentets- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 gjelder som forskrift, og bestemmelsene i forordningen har forrang foran nasjonale bestemmelser på området, jf. forskrift om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen av 22. juni 2012 nr. 585. § 1 og folketrygdloven § 1-3. Arbeidsavklaringspenger er å anse som en kontantytelse ved sykdom under forordningen. Retten til eksport av slike kontantytelser fremgår av artikkel 21 i forordningen».⁷²

Videre viser retten til at mottakere av arbeidsavklaringspenger i utgangspunktet har rett til å eksportere ytelsen, og at artikkel 21 «legger visse begrensninger på hvilke vilkår som kan stilles for ytelsene den kommer til anvendelse på. Blant annet kan det ikke stilles vilkår som i realiteten forhindrer medlemmene i å eksportere ytelsene».⁷³ Nav hadde anført at personen, ved å flytte til utlandet, hadde gjort det umulig å følge opp den medisinske behandlingen av ham i Norge. Dette avviser Trygderetten, og viser til at flyttingen ikke i seg selv utgjorde et brudd på aktivitetsplikten, idet personen kunne motta den samme behandlingen i Sverige. Etter en konkret gjennomgang av saken fastslår retten at den ankende part rent faktisk hadde oppfylt aktivitetsplikten sin, og at «[h]an hadde derfor fortsatt rett til arbeidsavklaringspenger. NAV hadde ikke hjemmel til å nekte ham arbeidsavklaringspenger ved flytting til Sverige. Vedtaket om stansing/nektelse av arbeidsavklaringspenger må derfor omgjøres».⁷⁴

⁷¹ TRR-2017-2148.

⁷² TRR-2017-2148, kjennelsens side 6.

⁷³ TRR-2017-2148, kjennelsens side 7.

⁷⁴ TRR-2017-2148, kjennelsens side 8.

⁶⁶ Se kjennelsen i TRR-2016-3238. De rettslige utgangspunktene er redegjort for i kapittel 5, og i delutredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*.

⁶⁷ TRR-2016-2497, omtalt ovenfor.

⁶⁸ Avgjørelsen falt 18. august, altså like etter fellesferien. Utvalget er ikke kjent med om dommerne i denne saken kjente til avgjørelsen i TRR-2016-2497, som falt to måneder tidligere, 16. juni.

⁶⁹ Se kjennelsene i TRR-2016-3142, TRR-2016-3182, TRR-2017-964, TRR-2017-1708 og TRR-2017-3048. Sistnevnte sak er avgjort med forenklet kjennelse, ikke publisert, og hverken faktum eller rettsgrunnlag er nærmere gjort rede for. Det fremgår blant annet at klagefristen klart var oversittet.

⁷⁰ TRR-2017-964.

I minst én avgjørelse – som inngår i Navs oversikt over stadfestelser som kom i perioden – vurderte Trygderetten trygdeforordningen artikkel 21, og kom til at folketrygdloven § 11-3 ikke kunne anvendes, siden utenlandsoppholdet var i EØS-området. I avgjørelsen foretar Trygderetten en forholdsvis grundig gjennomgang av hvilke krav som kan stilles til forhåndsgodkjenning, og viser til at

«Trygderetten har i tidligere saker lagt til grunn at artikkel 21 gir mottakere av arbeidsavklaringspenger rett til å eksportere ytelsen til andre EØS-land dersom oppholdet i utlandet ikke hindrer vedkommende i å oppfylle de forpliktelsene vedkommende har som mottaker av arbeidsavklaringspenger, se kjennelsene i ankesak nr. 16/02634 [TRR-2016-2634], 17/02308 [TRR-2017-2308], 17/01058 [TRR-2017-1058] og 17/3662 [TRR-2017-3662]. Som nevnt i kjennelsen i ankesak 17/1058 må kravet til opphold i folketrygdloven § 11-3 i disse tilfellene vike for retten til å eksportere ytelsen i forordningens artikkel 21(1).»⁷⁵

Vedtaket ble likevel stadfestet. Det var fordi kravet etter folketrygdloven § 11-6 ikke ble oppfylt etter at ankende part flyttet til utlandet. Etter utvalgets syn er det forholdsvis klart at en slik avgjørelse ikke kan tas til inntekt for at Trygderettens tolkning av artikkel 21 ikke var konsistent, ettersom Trygderetten avgjør saken på et annet grunnlag, men likevel eksplisitt markerer at forordningen ellers ville gitt rett – og attpåtil uttrykker seg tvilende til praktiseringen av søknadskravet.

Flere av de nåværende og tidligere dommerne i Trygderetten som utvalget har snakket med, påpeker også at en avgjørelse som faktisk behandler og drøfter et spesifikt spørsmål vil være av større betydning enn avgjørelser som konkluderer uten nærmere redegjørelse, i tråd med alminnelig juridisk metode. Disse har pekt på at det kan være flere grunner til at Navs vedtak har blitt stadfestet også etter at Trygderetten begynte å avsi opphevelseskjennelser fordi artikkel 21 ikke var vurdert:

- Det har i en del saker vært andre grunner til å stadfeste vedtakene, for eksempel ved at trygdemottakeren klart har brutt aktivitetspliktene sine, eller at grunnvilkåret om arbeidsuførhet ikke er oppfylt.

- I noen saker har retten omgjort eller opphevet saken helt eller delvis på annet grunnlag, og spørsmålet er ikke satt på spissen.
- Folketrygdlovens bestemmelser om oppholds krav beskrives av enkelte som «lovteknisk uheldige», fordi de ikke gir noen oppfordring til å vurdere om det gjelder andre regler enn de som fremgår av loven. I saker der ingen av partene har hatt anførsler knyttet til EØS-retten, kan det hende retten ikke har oppdaget at saken aktualiserer en EØS-rettslig drøftelse.⁷⁶
- Enkelte av de personene utvalget har snakket med, peker på at saksmengden i Trygderetten er stor, og at dette kan medføre at det ikke går «ekstra runder» dersom retten oppfatter å ha tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre saken.

11.5.6 Intern diskusjon i Trygderetten

Selv etter flere prinsipielle avgjørelser, som også viste til hverandre, fikk Nav medhold i noen saker i Trygderetten utover i 2017 og 2018. Gjennomgående i disse sakene er at problemstillingene EØS-retten reiser ikke er identifisert, eller, der det er knyttet anførsler til forordningen, at Trygderetten legger Navs forståelse av forordningen til grunn uten å foreta noen egen vurdering.⁷⁷

Dommerne utvalget har snakket med opplyser at det ble snakket om problemstillingen internt etter at de første opphevingskjennelsene ble avsagt, og at de også diskuterte andre momenter i rundskrivet som var «tvilsomme». Dette gjaldt for eksempel kravet om søknad og forhåndsgodkjenning for å beholde arbeidsavklaringspenger under

⁷⁶ Dette synes for eksempel å være tilfelle i avgjørelsen i TRR-2017-2054 (ikke publisert), der retten uttaler følgende: «Retten forstår anførselene i Aps anke slik at dersom utenlandsoppholdet ikke er til hinder for aktivitetsplanen eller NAVs oppfølging og kontroll, er varigheten av utenlandsoppholdet av mindre betydning. Dette kan ikke føre fram. Det følger av ordlyden at unntak fra kravet om opphold i Norge kan gis for en begrenset periode. At utenlandsoppholdet ikke må være til hinder for aktivitetsplanen eller NAVs oppfølging og kontroll, er en forutsetning for i det hele tatt å ha rett til arbeidsavklaringspenger under utenlandsopphold. Det er langvarig og fast praksis at et utenlandsopphold etter unntaksregelen i bestemmelsens tredje ledd normalt ikke skal overstige fire uker. NAVs praksis på dette området er stadfestet i Trygderettens praksis. I Aps tilfelle ble det gitt adgang til å beholde arbeidsavklaringspengene under utenlandsoppholdet i en periode på fem uker. Retten finner vedtaket å være i tråd med bestemmelsens ordlyd og relevant praksis». Kjennelsen ble avsagt 13. april 2018, og inneholder ingen henvisninger til eller vurderinger av EØS-rettslige anførsler.

⁷⁷ Basert på de avgjørelsene utvalget har gjennomgått, synes det samme å ha vært tilfelle i årene før artikkel 21 ble «oppdaget» av Trygderetten i 2017.

⁷⁵ TRR-2017-1708.

opphold i utlandet. Rundskrivet kommenterte ikke dette kravets forhold til EØS-reglene, og mens det under tidligere forordning eksplisitt var adgang til å stille krav om søknad, mente i hvert fall den ene dommeren utvalget har snakket med, at dette var tvilsomt under ny forordning. Dommeren påpekte at et krav om forhåndsgodkjenning uansett utgjør en restriksjon på den generelle retten til fri bevegelighet i EØS, som må begrunnes for å stå seg. Spørsmålet om søknadspliktens begrunnelse ble ikke satt på spissen i de avgjørelsene Trygderetten avsa i perioden.

Flere av avgjørelsene i denne perioden hvor Navs vedtak er opphevet med henvisning til forordningen, er avsagt av dommere i samme avdeling. De personene utvalget har snakket med, har nevnt at det var noe diskusjon internt blant dommerne. Spørsmålet om Navs praksis kunne være feil og at rundskrivet kunne bygge på en gal forståelse av forordningen, ble ikke diskutert på noen mer strukturert eller organisert måte.

11.5.7 Hvorfor ble det ikke satt rett med fem dommere?

Utvalget har stilt spørsmål til både ledelse og ansatte i henholdsvis Trygderetten og Nav Klageinstans om hvorfor det ikke ble satt rett med fem medlemmer i sakene om stans eller tilbakekrevning av kontantytelser der Nav ikke hadde vurdert forordningen, og hvem som har ansvar for dette.

Fra Trygderettens side har både dommere og ledelse vist til at det etter juni 2017 ikke var noen uenighet mellom dommerne i de sakene der forordningen ble vurdert, og at det derfor ikke var aktuelt å be rettens leder sette utvidet rett på grunn av dette.

En av dommerne har vist til at Høyesterett har lagt til grunn at når flere trygderettsavgjørelser peker i samme retning, har disse en viss rettskildemessig vekt, uavhengig av hvor mange medlemmer retten er satt med. Dommeren peker på at Trygderetten selv anser seg bundet av femmedlemskjennelser, men mener det sentrale for de alminnelige domstoler er hvorvidt Trygderettens praksis er konsistent, eller om flere avgjørelser peker i samme retning. Dersom Nav ikke skulle behøve å vektlegge kjennelser avsagt av to dommere, ville det knapt være noe poeng i å opprettholde ordningen. Videre poengterer denne dommeren at en avgjørelse som faktisk behandler og drøfter et spesifikt spørsmål nødvendigvis er av større betydning enn avgjørelser som konkluderer uten nærmere redegjørelse.

Trygderettens leder, Trine Fernsjø, har i samtale med utvalget uttalt at det Trygderetten gjorde i de kjennelsene der Navs vedtak ble opphevet mellom sommeren 2017 og høsten 2018, ikke var uvanlig, fordi Trygderetten ofte opphever og henviser saker tilbake til ny behandling når ankeparten (Nav Klageinstans) ikke har tatt stilling til rettsanvendelsen.⁷⁸ I sakene var problemet at trygdeforordningen ikke var vurdert. Ifølge Fernsjø vil Trygderetten først vurdere å sette rett med fem medlemmer når saker som er opphevet kommer tilbake fra Nav, og Nav har utredet rettsgrunnlaget. Hvis Trygderetten da ikke er enig i Navs rettslige vurdering, vil det bli vurdert å sette rett med fem medlemmer, men Trygderetten ønsker generelt at Nav først tar stilling til den rettslige problemstillingen.

Verken Fernsjø eller andre dommere har i samtale med utvalget gitt uttrykk for at det var nærliggende å sette rett med fem medlemmer før høsten 2018, all den tid de avgjørelsene som drøftet forordningen, konkluderte med det samme, og opphevet Navs vedtak eller henviste det tilbake til videre behandling.⁷⁹ Ingen av sakene kom tilbake til Trygderetten før høsten 2018, da Trygderetten i kjennelse TRR-2017-3677 henviste vedtaket tilbake til ny behandling i Nav, med beskjed om at Nav før ny oversendelse av saken måtte vurdere om klageren hadde rett til ytelsen på grunnlag av forordningen. Da saken kom tilbake til Trygderetten, fastholdt Nav at det kunne stilles et oppholds krav, og argumenterte eksplisitt for sin forståelse av forordningen.⁸⁰ Dermed ble det tydelig at Nav hadde tatt stilling til det underliggende rettsspørsmålet, og var uenig med Trygderettens fortolkning. Rundt denne tiden sendte Nav også over flere nye ankesaker hvor etaten holdt fast ved sin forståelse av forordningen.

På dette tidspunktet, i oktober 2018, har Trygderettens leder uttalt at Trygderetten var i en situasjon hvor det kunne være behov for en femmedlemskjennelse. Hun opplyser at dette likevel ikke ble vurdert, fordi hverken administratorer i sakene eller partene ba om det. Fernsjø har opplyst at dommerne ikke ba henne om at det ble satt rett med fem medlemmer fordi de mente at det var enighet internt i Trygderetten om tolkningen, og derfor fant det mer naturlig å forelegge

⁷⁸ Trine Fernsjø stilte til intervju med utvalget i plenum 20. april 2020.

⁷⁹ Trygderettens ulike former for avgjørelser er redegjort for over i punkt 11.2.2.

⁸⁰ Saken hadde da ankenummer TRR-2018-3099, og er omtalt nærmere i avsnitt 11.7.

tolkningsspørsmålet for EFTA-domstolen. Denne prosessen behandles nedenfor i punkt 11.7.

11.6 Navs håndtering av Trygderettens praksis om trygdeforordningen artikkel 21

Da Nav Klageinstans mottok den første kjennelsen der Trygderetten eksplisitt uttrykte tvil om rundskrivets forhold til trygdeforordningen i juni 2017, ble saken på vanlig måte tatt opp i et fagmøte i klageinstansen.⁸¹ Ansatte i Nav Klageinstans har forklart til utvalget at man på dette tidspunktet var ganske trygge på at Nav hadde riktig tolkning av forordningen, og at det var adgang til å nekte kontantytelser ved kortere opphold i EØS-området.

Sentrale ansatte i Nav Klageinstans har forklart utvalget at klageinstansen har klare rutiner for håndtering av kjennelser fra Trygderetten. De over 4000 årlige avgjørelsene fra Trygderetten går først til saksbehandleren som har hatt saken. Alt annet enn «kurante stadfestelser», altså saker der Nav får medhold, skal løstes til spesialiserte fagmøter for diskusjon. Når en sak som er avvikende blir identifisert diskuteres denne på de spesialiserte fagmøtene, for eksempel for syke- eller arbeidsavklaringspenger. Fagkontakten fra styringsenheten i Nav Klageinstans er med på disse møtene.

Dersom en avgjørelse kan være av betydning for gjeldende rundskriv, har fagleder ansvar for at det sendes et notat, med begrunnelse om hvorfor avgjørelsen er av betydning, til fagkontakten. Fagkontakten sender notatet videre til ytelsesavdelingen i direktoratet, som eventuelt skal bringe spørsmålet inn til departementet. Et slikt arbeid resulterer gjerne i at klageinstansen blir bedt av direktoratet om å sette i gang et arbeid med utkast til nytt rundskriv, som så avklares med direktoratet.

Den 29. november 2017 sendte Nav Klageinstans et brev til direktoratet og orienterte om at det var usikkerhet om tolkningen av artikkel 21. Forklaringen på at det tok fem måneder fra saken kom til klageinstansen og til brevet gikk ut, er ifølge medarbeidere i styringsenheten at saken ble oppfattet som kompleks, at prosessen når saker skal løstes i fagmøtene tar noe tid, og at det var ferieavvikling. Brevet har følgende ordlyd:

«Trygdeforordningen 883/2004 artikkel 7 og 21

NAV Klageinstans er blitt gjort kjent med at Arbeids- og velferdsdirektoratet ønsker å foreslå en endring av § 8-9 tredje ledd om opphold i utlandet med rett til sykepenger. Det er vurdert som hensiktsmessig og kostnadsbespa-

rende å lovfeste en maks periode på fire uker for rett til sykepenger under utenlandsopphold tilsvarende det som er gjort ved §§ 9-4 og 11-3.

Vi ønsker å informere om at NAV Klageinstans har mottatt flere henvendelser om opphold i Norge kan kreves for EØS-borgere som mottar kontantytelser og som er bosatt eller oppholder seg i et EØS-land. Jf. trygdeforordning 883/2004 artikkel 7 og 21.

Under vårt arbeid har det blitt avdekket at det er ulik praksis og ulike oppfatninger av hvordan trygdeforordning 883/2004 artikkel 7 og 21 skal forstås og praktiseres. Vi har også mottatt en kjennelse fra Trygderetten (TRR-2016-02497) der det blir stilt spørsmål om rundskrivet gir en riktig forståelse av artikkel 21.

Det er noe usikkerhet i NAV Klageinstans om kravet om opphold i Norge i bestemmelsene i § 8-9, § 9-4 og § 11-3 er i strid med artikkel 21, og dessuten om disse bestemmelsene som krever opphold i Norge for rett til ytelse, bryter med ikke-diskrimineringsprinsippene i EØS.

Trygdeforordningene inneholder først og fremst lovvalgsregler, og medlemsstatene kan derfor fastsette egne vilkår for sykepenger / arbeidsavklaringspenger i landets trygdesystem. Det forutsettes imidlertid at den internrettslige regel ikke er i strid trygdeforordningene eller med prinsippene om likebehandling og ikke-diskriminering.

Som følge av utformingen til bestemmelsene i folketrygdloven §§ 8-9, 9-4 og 11-3 som krever opphold i Norge for rett til kontantytelse, kan man diskutere om bestemmelsene indirekte diskriminerer EØS-borgere som ønsker å oppholde seg i EØS-området. Så lenge kravet om opphold kan begrunnes i ikke-diskriminerende forhold som f.eks. behov for kontakt med NAV lokalt, lokal lege, lokalt arbeidsliv osv., mener vi at vilkår om opphold i Norge ikke diskriminere EØS-borgere som oppholder seg i et annet medlemsland.

NAV Klageinstans ser imidlertid at argumentet knyttet til ordlyden i artikkel 21 'har rett til' kontantytelser under opphold i et annet medlemsland, kan forstås på en slik måte at våre internrettslige bestemmelser om opphold i Norge ikke kan gjøres gjeldende innenfor EØS-området.

NAV Klageinstans undersøker om det bør settes ned en faggruppe eller eventuelt en arbeidsgruppe som kan utrede forholdet nærmere og undersøke rettsavgjørelser. Vi mener videre at dersom bestemmelsen i § 8-9, 9-4 og

⁸¹ Kjennelsen i TRR-2016-2497 ble avsagt 16. juni 2017. Den ble tatt opp på første fagmøte etter sommerferien.

11-3 ikke kan gjøres gjeldende i EØS-området, vil konsekvensene av en lovendring ikke ha så store følger som forventet. Vår erfaring tilsier at de fleste som søker om å ta med kontantytelser til utlandet, ønsker å oppholde seg i andre EØS-land.»⁸²

En faggruppe ble nedsatt av Nav Klageinstans, og denne konkluderte i et notat 14. mai 2018 med at det bare var opphold i utlandet som kunne betegnes som «midlertidig bosted» som var omfattet av forordningen, og at «andre mer kortvarige opphold faller utenfor bestemmelsen». Da notatet var ferdigstilt, hadde Trygderetten allerede avsagt seks opphevelseskjennelser med samme begrunnelse som den første kjennelsen; at alle opphold, også de kortere, etter Trygderettens syn omfattes av forordningen.⁸³

Notatet ble sendt til direktoratet i juli 2018, og Nav Klageinstans begynte å purre på avklaring herfra høsten 2018, da Trygderetten vurderte å forelegge tolknings spørsmål for EFTA-domstolen. Frem til 18. desember 2018, da direktøren i Nav Klageinstans besluttet å stanse all behandling av slike saker fordi det var tvil om gjeldende rett, opprettholdt likevel Nav Klageinstans den etablerte praksis.

Fra Navs side har det som begrunnelse for at praksis ble opprettholdt i så lang tid, blant annet blitt pekt på at alle avgjørelsene der Nav ikke fikk medhold, er avsagt av Trygderetten med to dommere, og at det ikke var konsistens i Trygderettens praksis. Som vist i punkt 11.5.5, var det imidlertid ikke vesentlige avvik fra den forståelsen som ble lagt til grunn i juni 2017 etter august samme år.

Utvalget har gjennomført intervjuer med direktøren og en del sentrale medarbeidere i Nav Klageinstans. Disse personene gir alle uttrykk for at Nav Klageinstans opplevde å få medhold i disse sakene inntil kjennelsen fra Trygderetten i juni 2017. Det har heller ikke blitt stilt spørsmål fra prosessfullmektiger eller andre i disse sakene. Direktøren i Nav Klageinstans har gitt uttrykk for at klageinstansen ikke har oppfattet oppholdskravene som vanskelige spørsmål tidligere – andre områder har blitt oppfattet som langt mer kompliserte.

I og med at Nav Klageinstans oppfattet det slik at praksis fra Trygderetten sprikte, anså de den ikke som tilstrekkelig grunnlag til å endre sin praksis straks. Sentrale medarbeidere i Nav Klageinstans viser også til at kjennelsene i hovedsak opphevet vedtakene og hjemviste sakene til ny behandling. Dette ble lest som at Trygderetten ikke nødvendigvis ga uttrykk for at vurderingen til Nav Klageinstans var feil, bare at forordningen ikke var blitt vurdert, og at saken derfor måtte behandles på nytt.

11.7 Spørsmålet om foreleggelse for EFTA-domstolen

Høsten 2018 kom en sak Trygderetten tidligere har behandlet i dette sakskomplekset, tilbake til Trygderetten. Det var første gang dette skjedde, og Nav knyttet nå konkrete anførsler til artikkel 21.⁸⁴ Det fremgår av den senere kjennelsen i saken at Nav anførte

«blant annet at artikkel 21 i forordning (EF) nr. 883/2004 ikke gjelder ferier og andre kortvarige opphold i andre EØS-land, og at forordningen ikke kom til anvendelse i saken».⁸⁵

På dette tidspunktet var det, som nevnt i punkt 11.5.7, helt klart for dommerne i Trygderetten at Nav la til grunn en ganske annen forståelse av forordningen enn det Trygderetten hadde gjort i en rekke kjennelser, og at etaten heller ikke var innstilt på å rette seg etter Trygderettens forståelse. Samtidig fremmet Nav det samme synet på forordningen i flere parallelle ankesaker.

Trygderetten sendte 19. november 2018 et brev til Nav Klageinstans i én av disse sakene, og ba klageinstansen ta stilling til betydningen av forordning 883/2004 artikkel 21 for saken.⁸⁶ I brevet redegjorde retten for at den vurderer å be EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Brevet hadde følgende ordlyd:

«SPØRSMÅL OM Å FORELEGGE SAKEN TIL
UTTALELSE FOR EFTA-DOMSTOLEN

Retten vurderer å forelegge spørsmålet om EØS-forordning 883/2004 artikkel 21 også omfatter kortvarige opphold i land innenfor EØS-området for EFTA-domstolen. Man ber i

⁸² Dette brevet utgjør den første orienteringen fra Nav Klageinstans til direktoratet om avgjørelsene fra Trygderetten. Håndteringen videre i Nav-systemet, og etter hvert opp mot departementet, behandles nærmere i kapittel 15.

⁸³ I tillegg til TRR-2016-2497.

⁸⁴ TRR-2018-3099. Saken ble først avgjort av Trygderetten i TRR-2017-3677.

⁸⁵ Se kjennelse i sak TRR-2018-3099.

⁸⁶ TRR-2018-741.

så fall om en rådgivende uttalelse på dette spørsmål fra domstolen.

Bakgrunnen for dette er at Trygderetten i en rekke kjennelser har lagt til grunn at artikkel 21 omfatter også kortvarige opphold i utlandet, jf. blant annet TRR-2017- 1058. Folketrygdloven §§ 8-9 og 11-3 må i så fall vike for regelen i artikkel 21. Verken NAV eller NAV Klageinstans ser ut til å ha tatt denne praksis inn over seg. Rundskrivet legger fremdeles den samme oppfatning til grunn. Det er således viktig at spørsmålet blir avklart.

Retten ber om partenes kommentarer til dette.

Videre ber retten partene om eventuelt å komme med forslag til spørsmål man ønsker å stille EFTA-domstolen i denne forbindelse. Retten ber om tilbakemelding på dette og eventuelle forslag til spørsmål innen tre uker.»

I intervju med utvalget har en av dommerne som arbeidet med saken, forklart at bakgrunnen for at Trygderetten i dette tilfellet ønsket å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen, var at Nav anførte konkret at forordning 883/2004 artikkel 21 ikke kom til anvendelse ved korte opphold i utlandet. Dermed ble det klart at Trygderetten og Nav hadde ulike syn på dette, siden Trygderetten allerede hadde avsagt en rekke avgjørelser som la til grunn at artikkel 21 kom til anvendelse og måtte vurderes også ved korte opphold. Ettersom det forelå en konkret uenighet om tolkningen av forordningen mellom Trygderetten og Nav, oppfattet dommerne i den aktuelle saken at det var en foranledning til å få en uttalelse fra EFTA-domstolen, som kunne bidra til å avklare rettstilstanden.

I intervju med utvalget har en sentral medarbeider i Nav Klageinstans forklart at Klageinstansen i oktober/november fikk flere saker som Trygderetten ønsket å ta til EFTA-domstolen med tre ukers varsel. Medarbeideren beskrev dette som «ganske dramatisk», med henvisning til at de aldri tidligere hadde opplevd at Trygderetten ønsket å ta en sak til EFTA-domstolen. Nav Klageinstans hadde derfor ingen erfaring med denne typen prosess, og situasjonen er beskrevet som «stressende». På spørsmål om klageinstansen hadde noe syn på spørsmålet om saken burde forelegges EFTA-domstolen, har utvalget fått til svar at oppfatningen nok var at de ville ha bedre kontroll om det ble gjort en egen vurdering først, og departementet eventuelt besluttet å legge om praksis.

Styringsenheten orienterte direktoratet om den mulige foreleggelsen i en e-post til direktora-

ret 27. november 2018. Nav Klageinstans ba om fristutsettelse, og utarbeidet et underlagsdokument til direktoratet for at de skulle gå i dialog med departementet. Deretter var det dialog mellom departementet og direktoratet, som klageinstansen ikke deltok i, før de i slutten av februar 2019 fikk uformell tilbakemelding om at det var besluttet å endre praksis.⁸⁷

I mellomtiden utsatte Trygderetten flere ganger fristen for tilbakemelding på sitt brev etter forespørsel fra Nav Klageinstans, senest til 28. februar 2019.

Den 26. februar 2019 besvarte Nav Klageinstans Trygderettens brev per e-post. Klageinstansen beklaget lang saksbehandlingstid, og redegjorde for at spørsmålet var forelagt direktoratet, som igjen hadde tatt dette opp med departementet, som hadde besluttet at praksis på «dette området» burde endres. På denne bakgrunn ba klageinstansen om at saken ble returnert til dem for ny behandling.

Etter Navs svar avsluttet Trygderetten sin behandling både av den aktuelle saken og to pågående saker som reiste lignende problemstillinger, og sakene ble henvist tilbake til Nav Klageinstans for videre behandling.⁸⁸ Da sakene ble returnert, forsvant de ut av Trygderettens «sfære», og det ble utelukket å sende noen henvendelse til EFTA-domstolen.⁸⁹

11.8 Forsøk på avklaring ved søksmål for lagmannsretten

Sensommeren 2018, kort tid før spørsmålet om å rette spørsmål til EFTA-domstolen kom på agendaen hos Trygderetten, avsa Trygderetten en kjennelse som utløste en diskusjon innad i Nav om kjennelsen skulle bringes inn for lagmannsretten.⁹⁰ Nav Klageinstans vurderte saken som godt egnet for anke, fordi faktum var enkelt – det dreide seg om en kvinne som hadde oppholdt seg i Spania i flere perioder mens hun mottok arbeids-

⁸⁷ Se nærmere om prosessen mellom høsten 2017 og høsten 2019 i kapittel 15. Den overordnede saksgangen er behandlet i kapittel 4.

⁸⁸ Se avgjørelsene i TRR-2018-3099, TRR-2018-741 og TRR-2018-2114.

⁸⁹ Saken behandles i kapittel 15, der utvalget går nærmere inn på håndteringen av Trygderettens initiativ til å stille spørsmål til EFTA-domstolen i Nav Klageinstans, direktoratet og departementet.

⁹⁰ TRR-2017-3528. Ankespørsmålet og diskusjonen om dette mellom Nav Klageinstans og direktoratet på den ene siden, og direktoratet og departementet på den andre, behandles nærmere i kapittel 15.

avklaringspenger, uten å krysse av for fravær på meldekortene.⁹¹ Faktum gjaldt perioder både før og etter 2012, og Trygderettens rettskildebruk var tydelig.

Trygderetten fastslo i avgjørelsen at Nav ikke hadde vurdert medlemmets rett til å beholde arbeidsavklaringspenger etter EØS-avtalen. Med henvisning til trygdeforordningen artikkel 21, la Trygderetten til grunn at «et medlem som mottar arbeidsavklaringspenger [har] rett til å motta ytelsen ved opphold i et annet EØS land», og tilføyde at det ikke var nødvendig å vurdere hvor langt denne retten strekker seg, fordi Nav «ikke har anført at Ap har unndratt seg noen aktivitetsplikt». Videre uttalte Trygderetten seg helt generelt om adgangen til å stille oppholds krav uten at det er knyttet til tiltak i aktivitetsplanen:

«Retten viser i denne sammenheng til at NAV utelukkende har vist til kontroll- og oppfølgingshensynet generelt. I et slikt tilfelle mener retten at retten til å motta arbeidsavklaringspenger følger direkte av artikkel 21 i forordning 883/2004. Etter rettens vurdering fulgte det samme tidligere av artikkel 22 (1) (b) i forordning (EØF) nr. 1408/71, se dommen i EU-domstolens sak C-430/15. Folketrygdlovens krav om opphold i Norge, i folketrygdloven § 11-3 må dermed vike for regelen i artikkel 21 (1)».⁹²

På nyåret 2019 ble det besluttet av ytelsesavdelingen i Arbeids- og velferdsdirektoratet at saken ikke skulle ankes.⁹³ For Trygderetten var naturligvis diskusjonen som fulgte av saken innad i Nav, og opp mot departementet, ikke kjent.

11.9 Trygderettens vurdering av egen rolle i ettertid

Ansatte i Trygderetten som utvalget har snakket med, gir uttrykk for at Nav i større grad burde bringe saker der de er uenige med Trygderetten om forståelsen av rettsreglene, inn for lagmannsretten for å få rettslig avklaring. Flere stiller spørsmål ved om Nav har et godt nok system for å

fange opp trygderettskjennelser som avdekker feil i rundskrivene.

Samtidig har flere av de personene utvalget har snakket med, pekt på at det bør være tydeligere rutiner for erfaringsutveksling internt i Trygderetten, og økt oppmerksomhet både om generell EØS-rett og de særreglene som følger av trygdeforordningene.

Trygderettens leder uttalte i samtale med utvalget om saken at Trygderetten overså betydningen av trygdeforordningen artikkel 21 i mange saker frem til 2017, og at hun ikke kunne gi noen fullgod forklaring på hvorfor regelverket er praktisert feil også av Trygderetten i disse sakene. Fernsjø viste blant annet til at det enkelte rettsmedlem historisk sett har behandlet få saker som reiser EØS-rettslige spørsmål, og at rettsmedlemmene derfor nok kan ha opplevd rettsområdet som ukjent og vanskelig. Partene har også i svært liten grad bidratt til å synliggjøre de EØS-rettslige spørsmålene som saken reiser.

Trygderettens ledelse opplyser at de har vært kjent med at EØS-retten bød på spesielle utfordringer også for Trygderettens virksomhet, og at det har vært satt i verk flere tiltak for å bygge opp og vedlikeholde den EØS-rettslige kompetansen. Blant tiltakene er EØS-utvalget, som over tid har hatt ambisiøse mål, men der arbeidet av ulike grunner har «mistet fart», blant annet når sentrale medarbeidere har sluttet.

11.10 Utvalgets vurderinger

11.10.1 Trygderettens ansvar

Etter gjennomgang av det tilgjengelige skriftlige materialet fra Trygderetten, samt intervjuer med nåværende og tidligere ansatte og ledelse i Trygderetten og i Nav Klageinstans, har utvalget merket seg at det synes å ha vært ulike oppfatninger om betydningen av at saker er behandlet av to dommere, og at det ikke er satt forsterket rett.

Selv om det er naturlig at det ikke er noen utstrakt dialog mellom Trygderetten og Nav, og førstnevnte kommuniserer gjennom kjennelser, mener utvalget det er uheldig at disse organene ikke har en mer omforent oppfatning av når det skal settes utvidet rett, og betydningen av at det gjøres.

Utvalget mener Trygderetten selv burde sett behovet for å avgjøre en sak med flere enn to dommere, selv om de dommerne som så den EØS-rettslige problemstillingen etter juni 2017, i

⁹¹ Utenlandsoppholdene var avdekket av Nav Kontroll gjennom sporing av IP-adresser. Beløpet som var krevd tilbake var forholdsvis høyt – rundt 200.000 kroner.

⁹² TRR-2017-3528, avgjørelsens side 8, under «rettens bemerkninger». EU-domstolens dom i C-430/15 *Tolley* omhandlet i utgangspunktet flytting til utlandet.

⁹³ Det nærmere hendelsesforløpet gjennomgås i kapittel 15.

hovedsak var enige.⁹⁴ I flere av avgjørelsene gjennom 2017 og 2018 har de samme dommerne vært involvert, og det er opplyst til utvalget at det allerede etter de første avgjørelsene var noe diskusjon internt i Trygderetten. Da det utover i 2017 også ble avsagt avgjørelser der Nav fikk medhold – uten at den EØS-rettslige problemstillingen ble vurdert – burde dette gitt ledelsen i Trygderetten foranledning til å handle.

Utvalget mener videre at Trygderetten har et selvstendig ansvar for å følge opp avgjørelser av den typen som ble avsagt i juni 2017 – da det ble uttrykt «tvil» om Navs rundskriv kunne være korrekt. Utvalget har forstått at det over en lengre periode ble diskutert mellom enkeltdommere at rundskrivet på området ikke var godt, og ledelsen i Trygderetten var, i hvert fall etter hvert, kjent med at det over tid var blitt avsagt flere kjennelser som indikerte at Nav hadde en EØS-stridig praksis knyttet til utenlandsopphold i EØS-området for mottakere av kontantytelser. Samtidig kom det inn flere lignende saker, noe som tydeliggjorde at Nav ikke hadde endret sin praksis. I et slikt tilfelle synes det etter utvalgets syn klart at vilkåret om at «det må antas at rettens avgjørelse kan bli bestemmende for praksis på et saksområde», jf. trygderettsloven § 7 tredje ledd, er oppfylt, og at Trygderettens leder bør vurdere å sette rett med fem medlemmer. Dette burde klart også vært gjort for å avklare praksis internt. Selv om Trygderetten mener det avgjørende er konsistens i kjennelsene, og ikke hvor mange dommere som har deltatt i behandling av saken, vil en femmedlemskjennelse bidra til å sikre slik konsistens fremover i tid. I dette tilfellet var det også noe avvikende praksis internt. Trygderetten så i en del saker tilsynelatende ikke problemstillingen, og dette burde vært fanget opp og korrigert.

Utvalget har videre merket seg at Trygderettens EØS-rettslige utvalg, og arbeidet for kunnskapsdeling og kompetanseheving, synes å ha vært tiltak som ikke har fått tilstrekkelig oppmerksomhet. Det ene nyhetsbrevet som har kommet fra utvalget i nyere tid, i starten av 2017, er informativt og oversiktlig. Dersom avgjørelsene som begynte å komme fra juni 2017 var blitt omtalt i et slikt nyhetsbrev som ble sirkulert til alle dommere, er det sannsynlig at også øvrige dommere ville blitt oppmerksomme på behovet for å vurdere i hvert fall forordningens regler i forbindelse med opphold i EØS-området for mottakere av kontantytelser. I lys av at Trygderetten

har et særlig ansvar for å sikre materielt riktige avgjørelser, bør det arbeides aktivt for å sikre kunnskapsdeling og informasjon når enkelte dommere oppdager at det kan foreligge systematisk feil rettsanvendelse i Navs praksis. Slik vil øvrige dommere lettere unngå å avsi kjennelser som i ettertid viser seg å være materielt uriktige.

11.10.2 Navs ansvar knyttet til Trygderettens kjennelser

Selv om beslutningen om å sette utvidet rett ligger til Trygderettens leder, vil Nav som part i sakene raskere se om det begynner å danne seg praksis på et område, eller om praksis går i ulike retninger, og slik ha oppfordring til å handle. Lojalitetsbetraktninger tilsier etter utvalgets syn at Nav Klageinstans bør ta initiativ overfor Trygderetten til å få satt rett med fem medlemmer, dersom Nav mener det er nødvendig med en femmedlemskjennelse for å endre egen praksis.

I noen saker, også lenge før 2017, har Trygderetten påpekt at det utgjør en saksbehandlingsfeil når Nav ikke har vurdert saken etter forordningens regler. Sakene har vært knyttet til både norske borgere og arbeidstakere fra andre land i EØS-området. Selv om Trygderetten avsier svært mange kjennelser i året, gir denne typen avgjørelser etter utvalgets syn en oppfordring til å vurdere om interne rutiner for behandling av saker etter EØS-regelverket, og forståelsen av dette regelverket, er tilstrekkelig.

Det tok svært lang tid fra Nav Klageinstans fanget opp at Trygderetten hadde stilt spørsmål ved riktigheten av EØS-rundskrivet sommeren/høsten 2017, til problemstillingen ble eskalert og saksbehandlingen stanset nærmere jul i 2018. Nav Klageinstans hadde oversikt over både de sakene hvor etaten fikk medhold – uten at forholdet til forordningen var vurdert – og de sakene hvor praksis var underkjent. Når klageinstansen likevel mente at praksis sprikte, mener utvalget det var en klar oppfordring til å anmode Trygderettens leder om å sette rett med fem medlemmer. Når Nav Klageinstans varslet direktoratet om de første avgjørelsene fra Trygderetten i brev 29. november 2017, lå flere nye saker til behandling hos Trygderetten. Slik utvalget ser det er det kritikkverdigg at Nav Klageinstans ikke på dette tidspunktet tok initiativ til at Trygderettens leder besluttet å sette utvidet rett.

Når Nav omgjør vedtak i enkeltsaker der det er uenighet om gjeldende rett i stedet for å bringe spørsmålet inn for lagmannsretten, og heller ikke endrer rundskriv eller praksis, bidrar dette til

⁹⁴ Som nevnt i punkt 11.5.4 ble det avsagt en kjennelse i august 2017 der problemstillingen ikke er tatt opp.

rettsulikhet mellom mottakere av trygdeytelser. Når Trygderetten opphever vedtak på grunnlag av rene faktumvurderinger, kan det nok være situasjoner der det er kurant å omgjøre vedtaket i den aktuelle enkeltsaken, og ellers videreføre praksis. Uenighet om forståelsen av rettsregler – og særlig rettsregler som gir den enkelte trygdemottaker rettigheter – er derimot noe ganske annet. Som også dommere og ledelse i Trygderetten har pekt på, kommuniserer Trygderetten sitt syn på jussen gjennom kjennelser i enkeltsaker, mens Nav har ansvar for lik behandling av brukere. Når Nav ser at Trygderetten har et annet syn på gjeldende rett, må enten praksis tilpasses, eller rettslig avklaring søkes i lagmannsretten. Fordi Trygderetten i høy grad opererer som en domstol, følges ikke kjennelser opp fra Trygderettens side med mindre samme sak kommer tilbake til ny behandling. Trygderetten må derfor kunne gå ut fra at Nav, ved Nav Klageinstans, følger opp deres avgjørelser og også vurderer praksis dersom det er nødvendig. Det samme gjelder når Nav får medhold i Trygderetten, men *likevel* velger å endre et vedtak i en enkeltsak på bakgrunn av en erkjennelse av at vedtaket bygget på feil retts-

anvendelse, uten å endre rundskrivene. Dette skjedde etter Trygderettens kjennelse i TRR-2011-1098, der Nav forlikte en sak ved å tilkjenne sykepenger – i tråd med EØS-avtalens alminnelige regler om fri bevegelighet for arbeidskraft – etter at spørsmålet var brakt inn for lagmannsretten. Det kom dermed ingen avgjørelse fra lagmannsretten som kunne gi Trygderetten oppfordring til å korrigere sin praksis, og risikoen for gale avgjørelser i fremtiden er da stor.

Videre bør Nav ha retningslinjer for vurdering av kjennelser som tydelig skiller mellom de avgjørelsene som har tatt stilling til et rettsspørsmål, og de som ikke har det. At en enkelt rett i Trygderetten ikke har sett en EØS-rettslig problemstilling, innebærer ikke en godkjennelse av Navs praksis – særlig ikke der Nav har unnlatt å knytte anførsler til problemstillingen.

11.10.3 Merknader fra enkeltmedlemmer

Utvalgsmedlemmene Fløistad og Midthjell deler ikke flertallets syn på en del av forholdene omtalt i dette kapitlet. Disse medlemmer har redegjort for sitt syn i kapittel 6.

Kapittel 12

Påtalemyndighetens og domstolenes håndtering

Boks 12.1

Funn:

- Påtalemyndigheten har gjennomgående lagt Navs vurderinger av faktum til grunn, og synes i liten eller ingen grad å ha vurdert det underliggende trygderettslige forholdet, eller foretatt egen etterforskning ut over avhør av mistenkte
- Straffesakene i sakskomplekset er tilsynelatende undergitt ordinær behandling med hensyn til etterforskning og påtale i saker der anmeldelse er inngitt av et offentlig spesialistorgan
- Straffesakene er for det meste undergitt en ordinær behandling i domstolene
- EØS-retten synes i liten eller ingen grad å være behandlet, det være seg av Nav, påtalemyndigheten eller domstolene. Det er dette som er det ekstraordinære i sakene, og som har ledet til at det er idømt straff for bedrageri i saker der trygdemottaker i utgangspunktet har hatt rett til å oppholde seg i utlandet
- Det er ingen tegn til at dommere i straffesakene har identifisert EØS-rettens betydning
- Domstolene har i de enkelte straffesaker vurdert i hvilken grad siktede har utvist skyld, blant annet basert på hvilken informasjon som er gitt fra Nav. Domstolenes vurderinger i sakene begrenser seg i hovedsak til det strafferettslige, og går i liten grad inn i de underliggende trygderettslige spørsmål. Om opphold i Norge kan kreves på generelt grunnlag, problematiseres ikke
- Sivile saker om gyldigheten av Trygderettens kjennelser på dette området er i svært liten grad behandlet i de alminnelige domstolene. Utvalget har bare identifisert én direkte relevant sak, som dreide seg om utenlandsopphold for en EØS-borger. Heller ikke her ble EØS-retten problematisert

Læringspunkter:

- Nav har et særlig ansvar for kvaliteten på de juridiske vurderingene som legges til grunn når etaten inngir anmeldelse. I forbindelse med beslutningen om å inngi anmeldelse, må også det trygderettslige grunnlaget for tilbakekreving av ytelsen kvalitetssikres
- Påtalemyndigheten bør ha tettere samarbeid med forvaltningsorganer som anmeldere
- Påtalemyndigheten bør i større grad ivareta sitt ansvar for egen etterforskning, og grundig vurdere om vilkårene for straff er oppfylt basert på et tilstrekkelig etterforskningsmateriale
- Domstolene må øke bevisstheten om EØS-rettens mulige betydning i straffesaker

12.1 Innledning¹

12.1.1 Utvalgets mandat og opplegget

Formålet med utvalgets arbeid er å vurdere hvordan feilpraktiseringen av EØS-reglene kunne oppstå, og pågå over lang tid uten å bli avdekket. I mandatet er dette uttrykt slik:

«Utvalget settes ned for å få gjennomført en grundig og fullstendig gjennomgang av saken, med sikte på å avdekke hvordan feilen har kunnet skje og pågå over så lang tid.»

Bakgrunnen for oppnevningen av utvalget er at et betydelig antall personer har blitt fratatt trygdeytelser på grunn av utenlandsopphold i EØS-området som de i utgangspunktet hadde rett til. I tillegg er flere personer anmeldt og dømt for trygdesvindler etter å ha oppholdt seg i andre EØS-land enn Norge mens de har mottatt ytelser. Tilsynelatende har dette skjedd uten at forholdet mellom folketrygdloven og EØS-retten er vurdert av påtalemyndigheten eller domstolene. I mandatet er det derfor bedt om utvalgets vurdering av «alle relevante sider av saken», herunder «[p]åtalemyndighetens og domstolenes håndtering av sakene, og eventuelle andre saker i det sivile rettssystemet.» Samtidig fremgår det at utvalgets vurderinger ikke skal «utfordre påtalemyndighetens og domstolenes uavhengighet».

Utvalget skal altså for det første vurdere hvordan domstolene og påtalemyndigheten har håndtert straffesakene der personer er anmeldt på bakgrunn av at de har oppholdt seg i andre land i EØS-området mens de har mottatt arbeidsavklaringspenger, sykepenger eller pleiepenger.² Domstolenes håndtering av sivile saker om stans og tilbakekreving av ytelser på grunn av opphold i EØS-området skal også vurderes.

Slik utvalget forstår mandatet, skal det ikke foretas en full gjennomgang av alle sider av

sakene. Både påtalemyndigheten og domstolene har en uavhengig stilling, og utvalgets vurderinger skal ikke utfordre denne uavhengigheten. Utvalget skal ikke overprøve påtalemyndigheten eller domstolenes vurderinger og avgjørelser i enkeltsaker, og mandatet begrenser dermed hvor langt utvalget går inn i enkeltsaker. Utvalgets gjennomgang av rettspraksis har vært rettet mot å identifisere årsaker til at feilpraktiseringen av EØS-reglene ikke er avdekket gjennom påtalemyndighetens og domstolenes behandling, og mot å peke på læringspunkter.

Spørsmålet om gjenopptakelse av straffesaker håndteres av Riksadvokatembetet, Gjenopptakelseskommissjonen og domstolene, uavhengig av utvalgets arbeid.

12.1.2 Generelt om materialet

I oktober 2019 ble straffesaker der personer var domfelt for å ha oppholdt seg andre steder i EØS-området mellom juni 2012 og oktober 2019, kartlagt. Riksadvokaten har oversendt de 80 avgjørelsene som ble identifisert i denne gjennomgangen til utvalget.³ Denne oversikten var i hovedsak begrenset til fellende straffedommer.⁴ Riksadvokatens oversikt var videre begrenset til saker som helt eller delvis omhandlet forhold etter ikrafttredelsestidspunktet for den nye trygdeforordningen. Utvalget har derfor sendt en egen bestilling via Domstoladministrasjonen, som har formidlet denne til alle landets domstoler. Utvalget ba alle landets tingretter, lagmannsrettene og Høyesterett om å oversende alle relevante avgjørelser i sivile saker og straffesaker, også saker der siktede bare har oppholdt seg i utlandet før den nye trygdeforordningen trådte i kraft 1. juni 2012.

Utvalget mottok en rekke avgjørelser fra domstolene som svar på bestillingen, inkludert en del som tidligere var oversendt fra Riksadvokaten, og en god del som falt utenfor utvalgets mandat.⁵ Av de oversendte sakene har utvalget identifisert 19 straffesaker som kan falle innenfor utvalgets mandat, i tillegg til de som inngikk i Riksadvokatens

¹ Arbeidet med domstolene og påtalemyndigheten har vært ledet av utvalgsmedlem Strandbakken. Utvalget har redegjort for håndteringen av utvalgsleder Arnesens avgrensede inhabilitet i kapittel 1. I tråd med konklusjonene der deltok ikke utvalgsleder Arnesen i behandlingen av Høyesterett. Utvalgsmedlem Fløistad deler ikke vurderingene i dette kapitlet. For en redegjørelse for dette medlemmets syn, vises det til kapittel 6 og punkt 12.7.3. Utvalgsmedlem Midthjell har et annet syn på en del av de vurderinger som fremgår av kapitlet her, og redegjør nærmere for dette i punkt 18.3, i tillegg til den avsluttende merknaden i punkt 12.7.3.

² Utvalget har ikke mottatt noen avgjørelser som dreier seg om pleiepenger fra domstolene.

³ Fordi påtalemyndigheten vurderer om det skal begjæres gjenopptakelse av hver enkelt sak, har Riksadvokaten samlet oversikten over dommer. Kartleggingen ble delvis gjort av Nav Kontroll, som har anmeldt sakene, og delvis av påtalemyndigheten og domstolene.

⁴ Av de 80 sakene var det 78 fellende straffedommer, én påtaleunntakelse og én frifinnelse.

⁵ Eksempler på avgjørelser som faller utenfor utvalgets mandat er dommer som utelukkende dreier seg om andre ytelser, som dagpenger, pensjon eller barnetrygd, samt saker som bare dreier seg om reiser utenfor EØS-området.

oversikt.⁶ De 80 straffesakene fra Riksadvokaten og de 19 straffesakene fra domstolene har utgjort grunnlaget for utvalgets vurdering av straffesakene. Dette er i all hovedsak dommer fra tingretten. I fire av sakene er anke behandlet i lagmannsretten, og av disse ble to behandlet i Høyesterett.

Saker om rettigheter og plikter etter trygde-lovgivningen behandles i Trygderetten som første instans, og deretter i lagmannsretten ved eventuelt søksmål over Trygderettens kjennelse, jf. trygderettsloven § 26. Det er dermed ikke sivile saker fra tingrettene som førsteinstans i dette sakskomplekset.⁷

Utvalget har basert sin gjennomgang på de dommene domstolene og påtalemyndigheten har identifisert og oversendt utvalget. I følgebrev til oversendelsene har flere domstoler redegjort for at søk i domstolenes saksbehandlingssystem ikke vil avdekke alle relevante avgjørelser, fordi treff avhenger av hvordan den enkelte sak er kategorisert ved registrering. På grunn av overgangen fra papirarkiv til digitale arkiv, har en del domstoler ikke foretatt søk lenger tilbake enn til omtrent år 2003.⁸ Det kan altså finnes relevante avgjørelser som utvalget ikke har hatt tilgang til.⁹ Ettersom utvalget ikke behandler enkeltsaker, har det lagt til grunn at det materialet som er oversendt gir et representativt – om enn ikke helt uttømmende – bilde av hvordan sakene er behandlet i domstolene.

Avgjørelsene er gjennomgått systematisk og så grundig som det har vært hensiktsmessig ut fra utvalgets formål.

Det er store forskjeller i hvor utførlig resultatet i straffesakene er begrunnet, og det kan være til dels store forskjeller i begrunnelsen for domfellelse avhengig av om en sak har gått som tilståelsessak eller er behandlet i meddomsrett.¹⁰ En dom skal

bestemt og uttømmende angi det saksforholdet som retten har funnet bevist som grunnlag for dommen, og vise til det straffebud det dømmes etter, jf. straffeprosessloven § 40 første ledd. I meddomsrettssaker skal også domsgrunnene angi hovedpunktene i rettens bevisvurdering, jf. straffeprosessloven § 40 femte ledd. I praksis stilles det imidlertid ikke strenge krav til redegjørelsen for bevisvurderingen, og det er derfor vanskelig for utvalget å trekke slutninger utelukkende på bakgrunn av innholdet i dommene.¹¹ Utvalget har ikke grunnlag for å si at straffedommene i de sakene vurderingene her er basert på, er mer eller mindre grundige sammenlignet med straffedommer fra andre rettsområder: Alle bevis som er ført fremgår ikke nødvendigvis av dommen, og kvaliteten på bevisene er også vanskelig å etterprøve i ettertid.

Blant de saker utvalget har gjennomgått, er ti saker fra Riksadvokaten som er under behandling med sikte på gjenopptakelse. Sakene er tilfeldig plukket ut, men slik at de er hentet fra ulike politidistrikt, og er ment å gi et representativt bilde av hvordan sakene er behandlet i straffesakskjeden. I disse sakene inngår alle straffesaksdokumenter, det vil si anmeldelse med underlagsdokumenter, politiavhør av mistenkte og eventuelle vitner, med videre.¹² Disse sakene gir bedre innsikt i behandlingen gjennom hele straffesakskjeden fra anmeldelse til dom, og et bedre vurderingsgrunnlag enn dommene i enkeltsakene lest alene.¹³

I tillegg til det skriftlige materialet, har utvalget gjennomført samtaler med to påtalejurister, en statsadvokat og en politiadvokat, for å få et innblikk i det praktiske arbeidet med sakene. Tidligere riksadvokat er også intervjuet. Det praktiske perspektivet fra domstolene er innhentet gjennom samtaler med domstolledere i en tingrett og en lagmannsrett, i tillegg til høyesterettsjustitiarius.

Utvalget vil først redegjøre for de involverte organenes plikt til å sikre at rettsreglene anven-

⁶ I en håndfull av disse 19 sakene fremgår det ikke av dommen om tiltalte har oppholdt seg innenfor eller utenfor EØS-området. Utvalget har valgt å legge til grunn at disse faller innenfor mandatet.

⁷ Utvalget har også bedt om å få tilsendt eventuelle sivile saker fra tingrettene i tilknytning til at Nav Innkreving krever inn penger som er ansett feilutbetalt, men har ikke mottatt slike saker. Trygderettens rolle er behandlet i kapittel 11.

⁸ Tingrettene har i varierende grad gitt detaljerte opplysninger om hvordan de har gjennomført søk.

⁹ Drammen tingrett har eksempelvis rapportert at de visste at det hadde vært behandlet saker i domstolen hvor trygdebedrageri var blant tiltalepunktene, men der hovedpunktet i tiltalen gjaldt noe helt annet. Disse sakene ble ikke funnet ved søk i saksbehandlingssystemet (Lovisa). Tingretten foretok en manuell gjennomgang av saker fra 2000 til 2020, og identifiserte seks dommer som ikke tidligere var oversendt setteriksadvokaten.

¹⁰ Se nærmere punkt 12.4.3.

¹¹ Se Bjerke, Keiserud og Sæther (2011) s. 148–149.

¹² Underlagsdokumentene i sakene inneholder blant annet dokumentasjon av utenlandsopphold, og av hvilken informasjon den siktede har fått fra Nav.

¹³ I forbindelse med oppnevningen av granskingsutvalget ble det vedtatt en egen lov om informasjonstilgang for utvalget, lov 20. desember 2019 nr. 85 om informasjonstilgang mv. for utvalget for eksternt granskning av saken knyttet til feilaktig praktisering av adgangen til å motta sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger ved opphold i et annet EØS-land. Lovens §§ 2–4 regulerer utvalgets mottak og behandling av nødvendige opplysninger for arbeidet, herunder personopplysninger. Utvalget har med hjemmel i loven vurdert ikke-anonymiserte vedtak, straffesaksdokumenter og rettsavgjørelser. Utvalget, sekretariatet og alle som har utført tjeneste eller arbeid for utvalget, er underlagt en skjerpet taushetsplikt, se lovens § 3.

des riktig, henholdsvis i sivile saker og straffesaker. Deretter følger en generell gjennomgang av de aktuelle straffebestemmelsene på dette området, og enkelte prosessuelle regler, før utvalget redegjør for og vurderer behandlingen av sakene i påtalemyndigheten og domstolene.

12.2 Plikten til å sikre riktig rettsanvendelse

12.2.1 Generelt om domstolenes plikt til å sikre riktig rettsanvendelse

I norsk straffeprosess gjelder det såkalte anklageprinsippet, jf. straffeprosessloven § 63. Dette innebærer at domstolen bare kan dømme etter begjæring fra påtalemyndigheten. Etter straffeprosessloven § 38 første ledd kan retten i utgangspunktet ikke gå utenfor det forhold tiltalen gjelder. Med hensyn til hvilket straffebud som skal anvendes på forholdet, er retten verken bundet av tiltalen eller de påstander som er fremsatt, jf. straffeprosessloven § 38 andre ledd første punktum.

I sivile saker gjelder som hovedregel det såkalte disposisjonsprinsippet, som kort forklart betyr at retten er bundet av partenes krav, påstander og påstandsgrunnlag, jf. tvisteloven § 11-2 første ledd.¹⁴ Retten har imidlertid også i sivile saker ansvaret for rettsanvendelsen. Innenfor de rammer som følger av tvisteloven § 11-2 første ledd skal retten av eget tiltak anvende gjeldende rettsregler, jf. tvisteloven § 11-3. Dette innebærer at retten har ansvaret for at rettsanvendelsen er riktig, og at retten har både plikt og rett til å anvende korrekte rettsregler. Retten skal i den enkelte sak foreta en selvstendig vurdering av hvilke rettsregler som skal anvendes, og hvilken tolkning av disse reglene som skal legges til grunn, uavhengig av hva partene har anført.¹⁵ Retten kan også bygge sin avgjørelse på rettsregler som ikke er påberopt av partene, innenfor de begrensninger som følger av det alminnelige kontradiksjonsprinsippet.¹⁶ Formålet med rettens ansvar for rettsanvendelsen er å sikre riktige avgjørelser.

Det generelle lovskravet for å ilegge straff følger av Grunnloven § 96 første ledd, og innebærer i sin kjerne at ingen kan straffedømmes uten hjemmel i lov.¹⁷ Retten er naturligvis bundet av

dette. I tillegg gjelder den alminnelige rettsstridsreservasjonen i straffesaker, som innebærer at et straffebud ikke kan anvendes på handlinger som det ikke har vært lovgivers mening å ramme.¹⁸ Om retten finner at tiltalte handlinger ikke er straffbare, skal tiltalte frifinnes.

Det følger videre av EU-domstolens praksis at nasjonale domstoler og tvisteløsningsorganer, innenfor de rammer som følger av nasjonal rett, plikter å anvende EU-retten av eget tiltak. Det samme gjelder etter EØS-avtalen.¹⁹

Både i sivile saker og straffesaker skal altså domstolene vurdere om EØS-retten kommer til anvendelse, uavhengig av om partene i en sivil sak, eller påtalemyndigheten eller siktede i en straffesak, har påberopt EØS-retten.

12.2.2 Særlig om håndteringen av straffesaker

På strafferettens område er det etablert *sektormonisme* i norsk rett. Dette innebærer at folkeretten setter begrensninger i adgangen til å kriminalisere eller anvende straff for handlinger som er tillatt etter folkeretten. Sektormonismen kommer til uttrykk i straffeloven § 2, som lyder:

§ 2. Folkerettslige begrensninger

Straffelovgivningen gjelder med de begrensninger som følger av overenskomster med fremmede stater eller av folkeretten for øvrig.²⁰

EØS-avtalen er en folkerettslig avtale. Når det er nødvendig for å sikre rettigheter som følger av EØS-avtalen, følger det altså av straffeloven § 2 at straffelovgivningen skal tolkes innskrenkende. Dette gjelder også dersom EØS-rettslige forplik-

¹⁴ Unntak gjelder i saker uten fri rådighet, jf. tvisteloven § 11-4. Unntaket er ikke aktuelt i sakene som behandles her.

¹⁵ For sivile saker fremgår rettens ansvar for rettsanvendelsen av tvisteloven § 11-3. I straffesaker følger det av straffeprosessloven § 38.

¹⁶ Kontradiksjonsprinsippet gjelder både i sivile saker og straffesaker, jf. Grunnloven § 95, Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6 (1) og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 (1). Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 166–167 om de begrensninger som følger av kontradiksjonsprinsippet i sivile saker. I straffesaker fremgår det av straffeprosessloven § 38 tredje ledd at partene skal få uttale seg om spørsmålet før retten bruker et annet straffebud enn tiltalebeslutningen eller idømmer en annen rettsfølge enn det som er påstått i tiltalen. Se også Matningsdal (2013) og Øyen (2019).

¹⁷ Dette kravet omtales gjerne som legalitetsprinsippet. Et slikt krav følger også av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 7.

¹⁸ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 26. Se også Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 185 flg.

¹⁹ Se Fredriksen (2008) s. 321–334, og Jünge (2017).

²⁰ Den tidligere straffeloven (1902-loven) § 1 annet ledd hadde tilsvarende ordlyd og innhold.

telser er feil eller mangelfullt gjennomført i norsk rett, ettersom folkerettslige regler er gitt forrang foran den norske straffelovgivningen.²¹ Sammen med rettens plikt til å anvende EØS-retten av eget tiltak, innebærer dette at domstolene på eget initiativ plikter å vurdere, og om nødvendig anvende, EØS-rettslige regler som begrenser adgangen til å legge straff i den enkelte sak.

På strafferettens område er det sjeldent straffelovens bestemmelser som i seg selv kommer i konflikt med EØS-retten, men heller den underliggende lovbestemmelsen i spesiallovgivningen. Hvorvidt det er adgang til å legge straff vil da bero på en vurdering av denne bestemmelsens forhold til EØS-retten, og den rettslige problemstillingen vil i prinsippet være den samme uavhengig av om den oppstår i en sivil sak eller en straffesak.²² Fordi det gjelder et strengt legalitetskrav på strafferettens område, vil terskelen for å avsi en fellende dom være høy når spørsmålet om EØS-strid aktualiseres i en straffesak, og tolkningen av EØS-retten er usikker.²³ I en sivil sak vil domstolene ikke nødvendigvis ha samme plikt til å tillegge en EØS-rettslig anførsel vekt dersom den er uklar.²⁴

Begrensningene som følger av sektormonismen kommer i tillegg til de begrensninger som følger av at bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, jf. EØS-loven § 1, og at lovbestemmelser som tjener til å oppfylle Norges EØS-rettslige forpliktelser har forrang der de kommer i konflikt med andre bestemmelser, jf. EØS-loven § 2.

12.2.3 Navs plikter ved anmeldelse av potensielle straffesaker

Etter straffeprosessloven § 224 første ledd kan etterforskning foretas når det som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er «rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige». En anmeldelse, kombinert med det såkalte anmelde-

ransvaret, vil normalt gi politiet rimelig grunn til å etterforske. Anmelderansvaret er indirekte regulert i straffeloven § 222, ved at det er belagt med straffansvar å rette uriktig anklage, og slik påføre noen en siktelse eller domfellelse.

Samtlige straffesaker i det sakskomplekset utvalget undersøker, er igangsatt etter anmeldelse fra Nav. Det er Nav Kontroll som anmelder og begjærer påtale i saker som gjelder trygdebedrageri. Det foreligger ingen særskilt lovregulering av Navs anmelderansvar. Det følger imidlertid av Nav-loven § 7 tredje ledd at taushetsplikten ikke er til hinder for å gi andre forvaltningsorganer opplysninger når det er «nødvendig for å fremme Arbeids- og velferdsetatens oppgaver [...] eller for å hindre at noen urettmessig får utbetalt offentlige midler eller unndrar midler fra innbetaling til det offentlige». Dette innebærer at Nav Kontroll ikke kan anmelde forhold til politiet med mindre det er «nødvendig» for ett av de formålene bestemmelsen angir.

Det er en sentral oppgave for Nav å avdekke og forebygge trygdemisbruk, og bruk av anmeldelser er en del av dette arbeidet.²⁵ I tillegg vil etaten, som ellers ved utøvelse av myndighet, være bundet av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om saklighet og forsvarlig saksbehandling. I dette ligger for eksempel at Nav har ansvar for å bygge på en korrekt forståelse av trygderegulverket.

Tidligere riksadvokat Tor-Aksel Busch har i sin redegjørelse for utvalget pekt på at det hviler et særlig tungt ansvar på offentlige spesialistorganer ved inngivelse av anmeldelser. Utvalget oppfatter dette som en henvisning til at offentlige spesialistorganer som Nav bør sørge for at det er foretatt en grundig vurdering av både faktum og spørsmålet om spesiallovgivningen er overtrådt, før forholdet anmeldes. Dette henger trolig sammen med at det i praksis er en slags arbeidsdeling mellom offentlige kontrollorganer og politi og påtalemyndighet, og at de offentlige kontrollorganene gjennomgående nyter stor tillit innenfor sine områder. Utvalgets undersøkelser underbygger dette.

Det er ikke rettslige holdepunkter for å etablere et særskilt anmelderansvar for Nav, utover

²¹ Se også Fredriksen (2011) s. 44, punkt 7.4 «EØS-saker fra strafferettens område», der det med henvisning til ordlyden i tidligere straffelov § 1 ganske enkelt fastslås at manglende gjennomføring er «uten betydning i strafferettslig sammenheng».

²² Se nærmere Fredriksen (2011) s. 44 flg. Fredriksen viser gjennom illustrerende eksempler fra rettspraksis hvordan EØS-retten begrenser både hvilke handlinger det kan straffes for, og for eksempel hvilket skyldkrav som kan legges til grunn.

²³ Om EØS-retten er direkte til hinder for domfellelse, for eksempel fordi det påstått straffbare forholdet helt klart er tillatt etter EØS-retten, kan det naturligvis ikke avsies fellende dom.

²⁴ Se nærmere om disposisjonsprinsippet over i punkt 12.2.1.

²⁵ I Arbeids- og sosialdepartementets årlige tildelingsbrev til etaten er forebygging og avdekking av trygdemisbruk og -svindel fremhevet som en «sentral oppgave» over de siste 10–12 år. Nav Kontroll ble opprettet ved Nav-reformen i 2006, og har fått vide fullmakter til å forfølge misbruk. I tildelingsbrevet for 2009 fra Arbeids- og Inkluderingsdepartementet til Arbeids- og velferdsdirektoratet, datert 9. februar 2009, er det henvist til at etaten vil få utvidede fullmakter til innhenting av opplysninger og til å iverksette tiltak for å kreve tilbake feilutbetalte ytelser. Departementet viser her til at det «påligger etaten å sikre at disse fullmaktene brukes på en effektiv måte», se tildelingsbrevets s. 18.

det som er redegjort for ovenfor. Like fullt mener utvalget at politi og påtalemyndighet bør kunne stille visse forventninger til anmeldelser som kommer fra Nav.

12.2.4 Påtalemyndighetens plikt til å etterprøve rettsanvendelsen i anmeldelser fra Nav

Det er påtalemyndigheten som avgjør om etterforskning skal iverksettes, også når det foreligger anmeldelse fra et offentlig kontrollorgan, jf. straffeprosessloven §§ 224 og 225. Formålet med etterforskningen er først og fremst å skaffe til veie opplysninger og bevis til avgjørelse av påtale-spørsmålet og å gi grunnlag for sakens eventuelle behandling i retten, jf. straffeprosessloven § 226 første ledd bokstav a og b. Påtalemyndigheten skal innta en objektiv og upartisk rolle under etterforskningen, jf. straffeprosessloven § 226 tredje ledd jf. § 55 fjerde ledd.

I de straffesakene utvalget har gjennomgått, er det klare inntrykket at påtalemyndigheten sjelden har iverksatt ytterligere etterforskningsskritt, utover at det er gjennomført avhør av mistenkte. Det er ikke tvilsomt at påtalemyndigheten har ansvaret for etterforskningen. I praksis har Nav tilrettelagt det meste av grunnlaget for den påtale-messige avgjørelsen i saken.²⁶

Tiltale-spørsmålet avgjøres av kompetent påtale-myndighet, jf. straffeprosessloven § 249, jf. straffe-prosessloven §§ 64 til 67. For å ta ut tiltalebeslut-ning må påtalemyndigheten være overbevist om siktedes skyld, og være av den oppfatning at det er mulig å bevise dette utenfor enhver rimelig tvil.

Nav har forutsetningsvis spesialkompetanse på trygdeområdet. I praksis synes påtalemyndig-heten i stor grad å ha basert seg på Navs rettsopp-fatning knyttet til spørsmålet om det foreligger overtredelse av trygdelovgivningen, herunder for-holdet til EØS-reglene, ved den påtalemessige avgjørelsen.²⁷ Dette er et utslag av en praktisk arbeidsdeling, ikke en formell ansvarsfordeling; det er ikke tvilsomt at påtalemyndigheten har plikt til, på grunnlag av etterforskningsmaterialet, å ta selvstendig stilling om de objektive og subjek-tive vilkår for straff er oppfylt.²⁸

Fag- og opplæringsansvarlige påtalejurister i landets politidistrikter er bedt om å gi innspill til granskingsutvalget om hvilket arbeid som gjøres med opplæring og rutiner knyttet til håndtering av anmeldelser fra Nav og sammenlignbare offentlige spesialistorganer.²⁹ Oslo politidistrikt er det eneste av disse som har oppgitt å ha særskilte rutiner knyttet til oppfølging av anmeldelser fra Nav. Politidistriktet har gitt følgende redegjørelse for sitt arbeid:

«Oslo politidistrikt har samlet samtlige Nav-saker med unntak av aleneforsørgersaker på ett avsnitt i politidistriktet. Dette er et spesialav-snitt som håndterer kun økonomisaker. Det er faste jurister og etterforskere som har disse sakene, og vi har derfor klart å få en meget tett og god dialog rundt nevnte temaer. Vi har opp-følgingsmøte ca. tre ganger i halvåret med Nav Kontroll hvor EØS-regelverk og utenlands-saker er ett av flere temaer som tas opp. På disse møtene stiller jurister og rådgivere fra Nav Kontroll som er nasjonale spesialister på dette området. Oslo politidistrikt har ønsket seg en ordening som var tidligere med at Nav Kontroll hadde en jurist lokalisert i Oslo politi-distrikt som bistandsjurist på samtlige Nav-saker, noe vi tror vil kunne styrke ytterligere mulighet for oppfølging og etterlevelse av gjeldende lovverk. Dette ønsket har Nav Kon-troll så langt ikke kunnet innfri.»³⁰

Utvalget har forståelse for at påtalemyndigheten ikke kan besitte spesialistkompetanse på alle områder, og at det i en viss utstrekning må være arbeids- og ressursdeling mellom offentlige kon-trollorganer som Nav og påtalemyndigheten. At vurderingen av spørsmålet om rent trygderetts-lige bestemmelser er overtrådt i hovedsak gjøres av Nav, fremstår hensiktsmessig.

12.3 Forventninger til domstolenes selvstendige initiativ i straffesaker og sivile saker

Både i straffesaker og sivile saker følger det av EU-domstolens praksis at retten har ansvar for å anvende EU-retten. Den samme plikten følger av

²⁶ Nærmere kvalitetskrav til etterforskningen fremgår av Riksadvokatens rundskriv RA nr. 3/2018.

²⁷ Forholdet til EØS-reglene er etter det utvalget har kunnet bringe på det rene aldri berørt i oversendelsene til politiet.

²⁸ Dette innebærer en plikt til selv å utføre etterforsknings-skritt der dette er nødvendig, og til å etterprøve de vurde-ringer Nav har gjort på grunnlag av bevisene som fore-ligger.

²⁹ Granskingsutvalget har innhentet en redegjørelse fra fag- og opplæringsansvarlig politiadvokat i Øst politidistrikt, som har etterspurt innspill fra fagansvarlige i alle landets politidistrikter.

³⁰ Redegjørelse datert 16. april 2020, inntatt i oversendelse fra Øst politidistrikt til utvalget, 17. april 2020.

EØS-avtalen, som redegjort for over i punkt 12.2.1.

Selv om retten i straffesaker er ubundet av tiltalen og partenes anførsler om lovanvendelsen, er det i praksis slik at retten i stor grad begrenser seg til å vurdere de rettslige anførselene påtalemyndigheten og tiltalte, eventuelt forsvareren, gjør gjeldende.³¹

Straffeprosesslovgivningens forsikring om at retten har det siste ordet om lovanvendelsen er i seg selv ingen garanti mot at tiltalte kan bli straffedømt uten tilstrekkelig hjemmel i lov eller i strid med EØS-retten. Prosesslovgivningen gir i enda mindre grad garantier mot EØS-stridige avgjørelser i sivile saker. Både i straffesaker og sivile saker har retten behov for et visst samspill med partene for å sikre korrekt rettsanvendelse.³²

12.4 Behandlingen av straffesaker nyttet til utenlandsopphold

12.4.1 Innledning: De straffbare forhold

De aktuelle straffebudene

Det finnes ingen egen regulering av trygdebedrageri i norsk strafferett.³³ Trygdebedrageri straffes etter den alminnelige bedrageribestemmelsen i straffeloven. Bedrageri begått før 1. oktober 2015 straffes etter straffeloven av 1902 § 270, mens bedrageri begått etter denne dato straffes etter straffeloven av 2005 § 371, jf. samme lov § 411 jf. § 3.

De to straffebudene lyder som følger:

Straffeloven av 1902 § 270

For bedrageri straffes den som i hensikt å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning

(1) ved å fremkalle, styrke eller utnytte en villfarelse rettsstridig forleder noen til en handling som volder tap eller fare for tap for ham eller den han handler for, eller

(2) ved bruk av uriktig eller ufullstendig opplysning, ved endring i data eller programutrustning eller på annen måte rettsstridig påvirker resultatet av en automatisk databehandling, og derved volder tap eller fare for tap for noen.

Straffen for bedrageri er bøter eller fengsel inntil 3 år. Medvirkning straffes på samme måte.

Straffeloven av 2005 § 371 *Bedrageri*

Med bot eller fengsel inntil 2 år straffes den som med forsett om å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning

- a) fremkaller, styrker eller utnytter en villfarelse og derved rettsstridig forleder noen til å gjøre eller unnlate noe som volder tap eller fare for tap for noen, eller
- b) bruker uriktig eller ufullstendig opplysning, endrer data eller datasystem, disponerer over et kredittkort eller debetkort som tilhører en annen, eller på annen måte uberettiget påvirker resultatet av en automatisert databehandling, og derved volder tap eller fare for tap for noen.

Straffeloven av 2005 videreførte i all hovedsak gjerningsbeskrivelsen for bedrageri slik dette var regulert i 1902-loven, med den forskjellen at det tidligere kravet om «vinnings hensikt» er erstattet av et krav om «vinnings forsett». Endringen innebærer at skyldkravet er senket; uberettiget vinning trenger ikke være hensikten med handlingen i seg selv, det er nok at det alminnelige forsettskravet er oppfylt.³⁴ Bedrageribestemmelsen, både i 2005-loven og 1902-loven, skiller mellom såkalt tradisjonelt bedrageri og databedrageri.³⁵ I det følgende gjennomgås først vilkårene for tradisjonelt bedrageri, og deretter vilkårene for databedrageri.

For å kunne straffes for bedrageri, må gjerningspersonen ha «fremkalt, styrket eller utnyttet» en «villfarelse».³⁶ Med «villfarelse» menes at en person har hatt en uriktig forståelse eller oppfatning av de faktiske forholdene i saken. Dersom trygdemyndighetene har trodd at en person utelukkende har oppholdt seg i Norge, mens vedkommende i realiteten også har oppholdt seg i utlandet, vil det objektivt sett foreligge en villfarelse.

Villfarelsen «fremkalles» dersom den oppstår på grunn av gjerningspersonens adferd. Den vil «styrkes» dersom adferden gjør at en uriktig oppfatning befester seg ytterligere. Det kreves årsakssammenheng mellom adferden og villfarelsen. Det er likegyldig hvordan villfarelsen fremkalles eller styrkes, for eksempel omfattes både fortelser og konkludent adferd.³⁷ Utnyttelse av villfarelse er også straffbart, noe som er særlig

³¹ I tilståelsessaker har siktede status som siktet, ikke tiltalt, frem til dom. Denne saksbehandlingsformen er nærmere kommentert i punkt 12.4.3.

³² Utvalget kommer nærmere tilbake til noen av disse spørsmålene i kapittel 16.

³³ Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 329.

³⁴ Se straffeloven § 22, og omtalen i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 464.

³⁵ Matningsdal (2016) s. 425.

³⁶ Vilket er det samme etter 2005-loven som 1902-loven.

³⁷ Matningsdal (2016) s. 425.

aktuelt der det er usikkert om gjerningspersonens adferd har hatt noen påvirkning på villfarelsen.³⁸

Det er videre et krav at gjerningspersonen, gjennom å skape, styrke eller utnytte en villfarelse, «rettsstridig forleder» noen til å gjøre eller unnlate noe.³⁹ For at det skal foreligge en forledelse, kreves årsakssammenheng mellom villfarelsen og handlingen eller unnlatelsen.⁴⁰ Dersom trygdemyndighetene ikke kunne og ville handlet annerledes uten villfarelsen, vil det ikke foreligge noe bedrageri. Dersom man skaffer seg vinning gjennom for eksempel å forlede et datasystem, uten at en person på noe tidspunkt involveres i prosessen, vil ikke vilkåret om at en person forledes være oppfylt. Dette var bakgrunnen for at det ble innført en egen straffebestemmelse om databedrageri.⁴¹

Den aktuelle forledelsen må være «rettsstridig». Gjerningspersonen må ha handlet på en måte som strider mot redelighet og god tro.⁴²

For å kunne dømmes for bedrageri må handlingen eller unnlatelsen ha voldt «tap eller fare for tap».

Den grunnleggende forskjellen mellom databedrageri og tradisjonelt bedrageri ligger i at det tradisjonelle bedrageri krever at en fysisk person føres bak lyset,⁴³ mens det ved databedrageri er snakk om helautomatiserte systemer, slik at det ikke er mulig å identifisere et konkret menneske som har blitt forledet av gjerningspersonen.⁴⁴

Gjerningsbeskrivelsen av databedrageri fremgår av straffeloven 1902 § 270 annet ledd og straffeloven 2005 § 371 bokstav b. Ordlyden i de to bestemmelsene er i all hovedsak sammenfallende, og de mindre språklige endringene ved 2005-loven innebar ingen endring av betydning her.

For at det skal foreligge et databedrageri må for det første gjerningspersonen «rettsstridig påvirke resultatet av en automatisk databehandling». Bestemmelsen inneholder en ikke-uttømmende liste av mulige måter rettsstridig å påvirke et databehandlingssystem på, for eksempel ved bruk av «uriktig eller ufullstendig opplysning.»

De fleste av domfellelsene i saker som faller inn under utvalgets mandat, gjelder grovt bedrageri. Etter bestemmelsene i så vel 1902- og 2005-loven regnes bedrageri som har forårsaket «betydelig økonomisk skade», som grovt.⁴⁵ Grensen for hva som regnes som betydelig økonomisk skade har i flere år ligget på rundt 100 000 kroner.⁴⁶ Nav Kontroll har prioritert anmeldelser av saker der det (påstått) feilutbetalte beløpet er høyt, og av de 94 domfellelsene utvalget har gjennomgått, gjelder bare åtte saker beløp under 100.000 kroner.⁴⁷

Skyldkravet

Det er et alminnelig vilkår for straffansvar at gjerningspersonen handlet med den nødvendige grad av skyld på gjerningstidspunktet. Norsk straffrett opererer med to ulike typer skyldkrav: forsett og uaktsomhet.

De ulike former for forsett fremgår av 2005-loven § 22.⁴⁸ Loven opererer med hensiktsforsett, visshets- eller sannsynlighetsforsett og eventuelt forsett. Hensiktsforsett betyr at man med «viten og vilje» opptrer på en måte som dekkes av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Visshets- eller sannsynlighetsforsett betyr at man har holdt det som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen oppfylte gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Eventuelt forsett foreligger når man har innsett muligheten for at handlingen kan realisere gjerningsbeskrivelsen, men likevel tok det standpunkt at man ville foreta handlingen, selv om virkningen skulle inntruffe.⁴⁹

Skylden må i utgangspunktet dekke alle de omstendigheter som må foreligge for at det aktuelle straffebudet skal være overtrådt. For bedragerienes del betyr det at skylden må dekke det at man skapte, styrket eller utnyttet en villfarelse og på denne måten rettsstridig forledet noen til å handle på en måte som medførte tap eller fare for tap. Avhengig av om det er 1902-loven eller 2005-loven som rammer forholdet, må gjerningspersonen enten ha hensiktsforsett eller forsett om at man på denne måten skaffet seg uberettiget vinning.

I vurderingen av om overtredelsen er grov, gjelder det likevel ikke samme krav til forsett for såkalte uforsettlige følger av handlingen, jf. strl. § 24. For slike omstendigheter er det tilstrekkelig med uaktsomhet med hensyn til følgen. Av avgjørende betydning for om bedrageriene i dette komplekset har blitt ansett som grove, har nettopp vært om de har hatt «til følge» store økonomiske skader jf. strl. 1902 § 271 og strl. 2005 § 372. Dermed behøver ikke de tiltalte å huske nøyaktig hvor store beløp det var snakk om for å domfelles for forsettlig, grovt bedrageri. Det er tilstrekkelig at det var uaktsomt av vedkommende ikke å være klar over omfanget.

³⁸ Matningsdal (2016) s. 426.

³⁹ Matningsdal (2016) s. 429.

⁴⁰ Matningsdal (2016) s. 428.

⁴¹ Matningsdal (2016) s. 439.

⁴² Se Høyesteretts dom i Rt. 2012 s. 622.

⁴³ Matningsdal (2016) s. 439.

⁴⁴ Det kan selvfølgelig dømmes for tradisjonelt bedrageri selv om forledelsen har skjedd ved bruk av data, dersom det er mulig å identifisere en person som har blitt forledet.

⁴⁵ Henholdsvis straffeloven av 1902 § 271 og straffeloven av 2005 § 372.

⁴⁶ Se Høyesteretts dom i Rt. 2006 s. 853. Se også Matningsdal (2016) s. 450.

⁴⁷ I disse sakene er det domfelt for alminnelig bedrageri.

⁴⁸ Se nærmere Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 219 flg.

⁴⁹ HR-2018-587-U avsnitt 17.

Også uaktsomt bedrageri er straffbart.⁵⁰ Det kreves i slike tilfeller at uaktsomheten er grov, jf. straffeloven § 374.⁵¹ Dette vil si at gjerningspersonens handling var «sterkt klanderverdig» og ga grunnlag for sterk bebreidelse, jf. straffeloven av 2005 § 23 andre ledd.

Uaktsomhetsvurderingen er todelt. Først vurderes om handlemåten avviker markant fra de alminnelige krav til forsvarlig opptreden som gjelder på det aktuelle livsområdet.⁵² I praksis stilles det strenge krav til aktsomhet på dette området.

Det må også vurderes om gjerningspersonen utfra sine personlige forutsetninger var sterkt å bebreide for sine handlinger.⁵³ Utvalget har ikke kunnet spore avgjørelser i det materialet som er gjennomgått der dette kriteriet problematiseres i særlig grad, selv om noen av de domfelte var preget av sykdom på gjerningstiden. I sakene har omfanget, kvaliteten og innholdet av veiledningen tiltalte mottok fra Nav som regel vært utslagsgivende for vurderingen av aktsomhet.

Særlig om tiltale og dom for falsk forklaring

I en del tilfeller gjelder domfellelsene utvalget har gjennomgått også falsk forklaring. Falsk forklaring er regulert i straffeloven av 2005 § 221, som lyder slik:⁵⁴

§ 221. *Uriktig forklaring*

Med bot eller fengsel inntil 2 år straffes den som skriftlig eller muntlig gir uriktig opplysning til

- a) retten,
- b) notarius publicus, jf. lov 26. april 2002 nr. 12,
- c) offentlig myndighet under forklaringsplikt,
- d) offentlig myndighet når forklaringen er bestemt til å avgi bevis,
- e) EFTA-domstolen, eller
- f) Den internasjonale straffedomstolen.

Straff etter første ledd kommer ikke til anvendelse mot en mistenkt som forklarer seg uriktig om det forhold mistanken mot ham gjelder. Det samme gjelder den som ikke kunne

fortelle sannheten uten å utsette seg selv eller noen av sine nærmeste for straff eller fare for vesentlig tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art, med mindre vedkommende hadde plikt til å forklare seg.

For å kunne straffes for falsk forklaring, må man ha gitt en «uriktig opplysning». Det straffbare forholdet knytter seg til det å forklare seg falskt overfor offentlig myndighet, gitt at man var underlagt forklaringsplikt. Som trygdemottaker er man underlagt opplysningsplikt om endringer i forhold som «kan være avgjørende» for retten til ytelsen, og man plikter, dersom Nav krever det, å gi de opplysninger som er «nødvendige for å kontrollere ytelsens størrelse eller vilkårene for rett til ytelsen» jf. folketrygdloven § 21-3. I standardinformasjonen Nav sender til mottakere av ytelse, står det at man må melde fra om man skal reise til utlandet.⁵⁵ Nav har altså pålagt forklaringsplikt om utenlandsopphold.

Som utvalget har redegjort for i delutredningen *Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området*, kan ikke utenlandsopphold i EØS-området alene tillegges avgjørende betydning ved avgjørelsen av om vilkårene for å motta arbeidsavklaringspenger, sykepenger eller pleiepenger er oppfylt. For at ytelsen skal kunne avslås eller kreves tilbake, må øvrige vilkår være brutt. Det kan likevel være berettiget å oppstille søknads- eller informasjonsplikter. Slike plikter må oppfylle EØS-rettens krav. Nav har imidlertid lagt til grunn at utenlandsopphold i EØS det ikke er gitt særskilt tillatelse til, i seg selv kan medføre at retten til ytelsen bortfaller. Selv om denne oppfatningen ikke er riktig, kan opplysninger om utenlandsopphold etter forholdene være «nødvendige opplysninger» som det er adgang til å pålegge forklaringsplikt om etter folketrygdloven § 21-3. Utvalget behandler ikke enkeltsaker, og det ligger utenfor rammen for utredningen å gå nærmere inn i spørsmål som følger av at premissen for plikten har vært sviktende. Se nærmere om utvalgets vurderinger i punkt 12.7.

Det kreves at det er avgitt en *bevisst* usann forklaring.⁵⁶ Dersom mistenkte trodde opplysningene var riktige, foreligger det altså ikke falsk forklaring i bestemmelsenes forstand.⁵⁷

Dersom man har fortiet opplysninger om utenlandsopphold som man hadde forklaringsplikt om,

⁵⁰ Om uaktsomhetsansvaret, se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 257 flg.

⁵¹ Se nærmere Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 283–285. Grovt uaktsomt bedrageri var i straffeloven av 1902 regulert i § 271 a.

⁵² Se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 263 flg.

⁵³ Se nærmere Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) 2019 s. 278–282.

⁵⁴ Bestemmelsen viderefører den tidligere bestemmelsen straffeloven av 1902 § 166, og overgangen til ny lov medførte ikke endringer i gjeldende rett. Se også Matningsdal (2016) s. 516.

⁵⁵ Informasjonen fra Nav har nok likevel ikke alltid blitt opplevd som klar på dette punktet. Se nærmere kapittel 4, der utvalgets møter med noen enkeltpersoner er gjengitt, og videre i kapittel 16 om rettssikkerhetsutfordringer. Også i de dommene utvalget har gjennomgått, fremgår det at flere av de dømte har forklart at de ikke forsto at de skulle søke om å reise til utlandet.

⁵⁶ Se senest HR-2019-1788-A avsnitt 21.

⁵⁷ Etter 1902-loven var dette subjektive elementet en del av begrepet «falsk forklaring», mens i ny lov er dette løst med den alminnelige hovedregelen om at det kreves forsett for straffbare handlinger, jf. strl. § 21.

og dersom man har oppgitt at man var i Norge, vil man dermed rent objektivt sett ha avgitt falsk forklaring overfor trygdemyndighetene. Det kreves likevel at man har utvist skyld, i form av forsett, for å kunne straffes for falsk forklaring. Forsettet må dekke det at trygdemottakeren oppga uriktig informasjon, og at dette blir gitt til offentlig myndighet mens man var under forklaringsplikt. Det er forsettskravet som gjør at det bare er der retten har funnet bevist at selve bedrageriet var forsettlig, at det har blitt straffet for falsk forklaring i tillegg. Tidligere var påtalepraksis ikke helt konsekvent med hensyn til om det også ble tatt ut tiltale for falsk forklaring i disse tilfellene. Dette ble forsøkt løst i 2014 med en instruks fra Riksadvokaten, slik at det de senere årene mer konsekvent er tatt ut tiltale for falsk forklaring der påtalemyndigheten har ment å kunne bevise også dette forholdet.⁵⁸

Straff etter folketrygdlovens særbestemmelse

Folketrygdloven har en egen straffebestemmelse i § 25-12. Bestemmelsens første og andre ledd lyder som følger:

§ 25-12. Straff for å gi uriktige opplysninger og for ikke å gi nødvendige opplysninger

Den som mot bedre vitende gir uriktige opplysninger, eller holder tilbake opplysninger som er viktige for rettigheter eller plikter etter denne loven, straffes med bøter hvis forholdet ikke går inn under strengere straffebud.

På samme måte straffes den som med hjemmel i denne loven er pålagt å gi opplysninger og meldinger, men som forsettlig eller uaktsomt forsømmer å gjøre dette.

Opplysninger om utenlandsopphold er som nevnt ansett omfattet av opplysningsplikten etter folketrygdloven § 21-3. Å tilbakeholde opplysninger om utenlandsopphold utgjør dermed en forsømmelse av et pålegg om å «gi opplysninger og meldinger» med hjemmel i folketrygdloven. Dermed kunne dette i utgangspunktet straffes etter folketrygdloven § 25-12 andre ledd, under forutsetning av at det var grunnlag for å oppstille en slik opplysningsplikt. Årsaken til at § 25-12 ikke er brukt, er den siste passusen i bestemmelsens første ledd: forholdet straffes bare etter § 25-12 hvis det ikke går inn under et strengere straffebud. Det vil typisk

være tilfelle dersom trygdemyndighetene har ment at det har foreligget et bedrageri og/eller falsk forklaring, som rammes av straffelovens strengere bestemmelser.

12.4.2 Påtalemyndighetens håndtering

Om materialet

Riksadvokaten har som nevnt oversendt granskingsutvalget fullstendige saksdokumenter i til sammen ti straffesaker i sakskomplekset.⁵⁹ Utvalget har kun fått oversendt saker der straffespørsmålet ble avgjort av domstolene, enten som tilståelsesdom eller etter hovedforhandling. Utvalget har ikke mottatt saker om henleggelse eller påtaleunntakelser.

De komplette sakene som utvalget har mottatt gir en helt annen informasjon om det underliggende politiarbeidet, enn det å lese dommen alene gir. Det skriftlige materialet må i saker hvor det har vært hovedforhandling likevel ses i sammenheng med det som har fremkommet under rettsmøtet. Denne informasjonen har ikke vært tilgjengelig for utvalget.

Påtalemyndighetens grunnlag for siktelser og tiltaler i sakene

Påtalemyndigheten i politiet har påtalekompetanse der det tas ut tiltale for bedrageri eller grovt bedrageri, jf. straffeprosessloven § 67 andre ledd bokstav b. Tiltale for falsk forklaring må tas ut av statsadvokaten, slik at mange av sakene har vært behandlet ved statsadvokatembetene.⁶⁰ Politiet iverksetter og utfører etterforskningen i alle saker.⁶¹ Selv om tjenestepersoner uten juridisk utdanning foretar selve etterforskningen, er det alltid en jurist som er påtaleansvarlig for saken.

Påtalemyndigheten har i det store og hele bygget på det faktiske grunnlaget som er fremskaffet av Nav, og som er vedlagt anmeldelsen. Nav har elektronisk tilgang til registeropplysninger for å forebygge og bekjempe kriminalitet, samt for å drive kontrollvirksomhet og tilsyn, jf. valuta-registerloven § 6. Nav har dermed tilgang til informasjon om bruk av betalingskort i utlandet. Tidligere brukte Nav også innsamling av IP-adresser

⁵⁹ Se punkt 12.1.2 over.

⁶⁰ Jf. straffeprosessloven § 66, jf. § 67. I de avgjørelsene utvalget har fått oversendt, var det tatt ut tiltale for falsk forklaring i rundt 70 prosent av sakene. Se nærmere nedenfor i punkt 12.4.4.

⁶¹ Jf. straffeprosessloven § 225.

⁵⁸ Instruks fra Riksadvokaten til statsadvokatene og politimestrene, 18. februar 2014. Politiet har ikke kompetanse til å ta ut tiltale for falsk forklaring, jf. straffeprosessloven § 67. Dette innebærer i praksis at disse sakene må via statsadvokaten for vurdering av om det skal tas ut tiltale.

for å kartlegge om meldekort var sendt fra utlandet.⁶² Det har derfor normalt vært enighet mellom Nav og trygdemottakeren om når vedkommende har vært utenlands, hvor vedkommende har vært, omfanget av utenlandsoppholdet og hvilke beløp som saken omhandler.

Påtalemyndighetens arbeid har stort sett vært begrenset til å vurdere om skyldkravet er oppfylt. Av det skriftlige materialet utvalget har hatt tilgang til, fremgår det at mistenkte er orientert om sin rett til ikke å forklare seg,⁶³ og retten til å la seg bistå av forsvarer på ethvert trinn av saken.⁶⁴ Påtalemyndigheten har en selvstendig plikt til å vurdere om siktede bør ha bistand av forsvarer.⁶⁵

For å avklare om skyldkravet er oppfylt, er det gjennomført politiavhør, som det gjerne er tatt lyd- eller videoopptak av.⁶⁶ Påtalemyndigheten har tilsynelatende sjelden gjennomført etterforsknings- skritt ut over å avhøre den anmeldte. Utvalget har bare identifisert én sak der etterforskeren har foretatt seg noe utover avhør. Flere av avhørene er forholdsvis grundige, og i én av eksempel- sakene utvalget har gjennomgått, ble det gjennomført tre avhør av mistenkte.

Utvalget minner om at det har hatt tilgang til fulle straffesaksdokumenter i et begrenset antall saker. Det er vanskelig å si noe generelt om grundigheten av påtalemyndighetens etterforskning basert på dette materialet. Utvalget har imidlertid ikke identifisert noen saker der Nav Kontrolls beregninger av beløp og lengder på utenlandsopphold korrigeres av påtalemyndigheten. For så vidt er ikke dette overraskende, tatt i betraktning at det som hovedregel ikke synes å være uenighet mellom trygdemottakeren og Nav om omfanget av utenlandsopphold.⁶⁷

Utvalget har heller ikke identifisert saker der påtalemyndigheten kontrollerer det trygderetts- lige grunnlaget for anmeldelsene. Ingen av anmeldelsene fra Nav Kontroll nevner EØS-rettslige spørsmål.⁶⁸

⁶² Navs adgang til innhenting av informasjon om den enkelte trygdemottaker reguleres, i tillegg til i særlovgivningen om enkelte registre, av folketrygdloven §§ 21-3 til 21-4 d. Utvalget har fått opplyst at Nav sluttet å utføre slik systematisk IP-kontroll i 2019, etter ikrafttreddelsen av ny personopplysningslov i 2018, fordi denne aktiviteten ble ansett ikke å være i tråd med personvernloven.

⁶³ Jf. straffeprosessloven § 90 jf. § 232 første ledd.

⁶⁴ Jf. straffeprosessloven § 94.

⁶⁵ Plikten følger av påtaleinstruksens § 8-1a. I det materialet utvalget har hatt tilgang til, fremgår det ikke om dette er vurdert. Dette kan ha sammenheng med at påtaleinstruksens § 8-1a gjelder den som er «siktet», og at de anmeldte typisk først har fått status som siktet etter avhøret med politiet.

⁶⁶ Utvalget har ikke gjennomgått slike opptak.

Utvalget ser at påtalemyndigheten flere ganger endrer den strafferettslige vurderingen Nav har foretatt, ved at det tas ut tiltale eller siktelse for grovt uaktsom overtredelse, i stedet for å legge til grunn at det er utvist forsett. Dette er gjerne gjort der siktede har avgitt en tilståelse som ikke dekker forsett. Flere av disse sakene har blitt begjært pådømt som tilståelsesdom. Påtalemyndigheten skal anvende det strafferettslige beviskrav ved avgjørelsen av påtalespørsmålet.⁶⁹ Dersom påtalemyndigheten mener at bevisene ikke rekker til å bevise forsett, skal påtalemyndigheten legge sin egen oppfatning av bevisene til grunn. Det er ikke påfallende at Navs og påtalemyndighetens vurdering kan være forskjellig.

I en av totalt fire frifinnende dommer i det materialet utvalget har gjennomgått,⁷⁰ frafalt aktor tiltalen under hovedforhandlingen fordi hun «mente det var en rimelig tvil om tiltalte var skyldig og at det ikke ble vist tilstrekkelige beviser for skyld».⁷¹ Det er opplyst at aktor frafalt tiltalen etter at et vitne fra Nav forklarte at trygdemottakeren hadde informert om planlagte utenlandsreiser. Siden tiltalen ble frafalt, er ikke skyldspørsmålet prøvd rettslig.⁷²

I flere saker i sakskomplekset har det gått svært lang tid fra anmeldelse til pådømmelse. Etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 6 (1) har enhver siktet krav på å få avgjort sin sak innen rimelig tid. Utvalget har merket seg at blant de saker som er oversendt fra Riksadvokaten hvor utvalget har hatt tilgang til alle saksdokumenter, har lang saks-

⁶⁷ Vurderingene her er også basert på det tilgjengelige domsmaterialet og intervjuer med enkeltrepresentanter for påtalemyndigheten, som bekrefter inntrykket av hvordan påtalemyndigheten har nærmet seg sakene. Det er likevel nødvendig å ta forbehold at det i enkeltsaker selvsagt kan ha blitt utført en grundigere etterforskning, der saken har gjort det nødvendig.

⁶⁸ Der det har vært fattet forvaltningsvedtak om stans eller tilbakekreving av ytelser, har Nav Kontroll lagt til grunn at de forvaltningsrettslige vilkårene for dette er oppfylt, og utformet anmeldelse på dette grunnlag, uten at det er gjort selvstendige vurderinger av retten til ytelsen hos Nav Kontroll. Ofte vil trygdemottakeren ha klaget på stans eller avslag, slik at saken vil ha vært behandlet i Nav Klageinstans før Nav Kontroll går til anmeldelse. Da er vedtaket allerede prøvd minst to ganger.

⁶⁹ Beviskravet innebærer i korthet at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Dermed skal ikke påtalemyndigheten ta ut en tiltale som legger til grunn at siktede har handlet forsettlig, med mindre den mener det kan bevises ut over rimelig tvil. Forskjellen på forsettlig og grovt uaktsom overtredelse er behandlet nærmere i punkt 12.4.1 b).

⁷⁰ De tre andre frifinnelsene behandles kort nedenfor i punkt 12.4.4 f).

⁷¹ Larvik tingretts dom av 20. oktober 2015.

⁷² Jf. straffeprosessloven § 73 første ledd første punktum.

behandlingstid blitt tatt hensyn til ved utformingen av forslaget til straff.

For påtalemyndigheten synes det som sakene i dette komplekset har fremstått som «klassiske» bedragerisaker. Utvalget har gjennomført intervjuer med enkeltrepresentanter for påtalemyndigheten i politiet, statsadvokatene og tidligere riksadvokat, som alle har bekreftet dette bildet, samt at påtalemyndigheten i høy grad har lagt Nav Kontrolls utredninger av de faktiske forhold til grunn.

12.4.3 Om saksbehandlingen

Særlig om tilståelsesdom

Flere av sakene i sakskomplekset er avgjort ved tilståelsesdom. Tilståelsesdom er en forenklet form for rettergang. Siktede gir avkall på flere av de rettssikkerhetsgarantiene som ellers gjelder ved behandlingen av straffesaker. Bakgrunnen for den forenklete behandlingen er tilståelsens bevisverdi. Vurderingen av både de subjektive og de objektive vilkårene for straff er langt enklere når den siktede tilstår forholdet og tilståelsen styrkes av de øvrige opplysningene i saken.⁷³ Siktede kan få en rask avgjørelse, samtidig som man begrenser utgiftene som ellers er forbundet med en hovedforhandling. I tillegg vil en tilståelse normalt medføre redusert straff. I et ressursperspektiv er det da hensiktsmessig at saken behandles i mindre omstendelige former.⁷⁴ I 2018 var 44 prosent av alle dommer i straffesaker tilståelsesdommer.⁷⁵

Påtalemyndigheten behøver ikke å utferdige tiltalebeslutning når det begjæres rettslig avhør med sikte på tilståelsesdom. Det skal likevel utarbeides en siktelse. Kravene til siktelsen vil i det vesentlige være de samme som for en tiltalebeslutning.⁷⁶ Det har derfor ikke betydning ut over det rent formelle at det utferdiges siktelse i stedet for at det tas ut tiltale.

Retten settes ikke med meddommere i tilståelsessaker. Etter straffeprosessloven § 276 første ledd settes retten med meddommere når det avholdes hovedforhandling. Det avholdes ikke hovedforhandling når en sak behandles som tilståelsesdom, jf. straffeprosessloven § 248. Tilståelsessaker avgjøres av én fagdommer. Normalt møter verken aktor eller forsvarer i tilståelses-

saker.⁷⁷ Dersom verken forsvarer eller aktor er til stede skal retten tilkalle et rettsvitne, jf. domstoloven § 31. Rettsvitnet skal «[...] nøye følge forhandlingene og gjøre oppmerksom på misforståelser eller feil i oppfatningen eller nedtegningen av det som foregår», jf. domstoloven § 103.

Bevisførselen i en tilståelsessak er delvis middelbar og delvis skriftlig ved at sakens dokumenter er oversendt til retten og gjort til del av avgjørelsesgrunnlaget.⁷⁸ Den umiddelbare bevisførselen er i hovedsak siktedes forklaring.

De nærmere vilkårene for å behandle en sak som tilståelsesdom fremgår av straffeprosessloven § 248 første ledd. Bestemmelsen lyder som følger:

§ 248.

Etter begjæring fra påtalemyndigheten og med siktedes samtykke kan tingretten pådømme en sak uten tiltalebeslutning og hovedforhandling (tilståelsesdom), når retten ikke finner det betenkelig og saken gjelder

- a) en straffbar handling som ikke kan medføre fengsel i mer enn 10 år, jf. annet ledd, og siktede innen retten har gitt en uforbeholden tilståelse som styrkes av de øvrige opplysninger,
- b) en overtredelse av vegtrafikkloven § 22 jf. § 31, og siktede innen retten erklærer seg skyldig etter siktelsen, eller
- c) en overtredelse av vegtrafikkloven § 24 første ledd jf. § 31, og siktede innen retten erklærer seg skyldig etter siktelsen.

Grunnvilkåret for forenklet behandling er at både påtalemyndigheten, siktede og retten mener saken egner seg til behandling som tilståelsesdom. Påtalemyndigheten må begjære forenklet behandling, siktede må samtykke, og retten har anledning til å avslå begjæringen. Det følger av ordlyden at retten skal nekte dersom den finner det «betenkelig» å behandle saken som tilståelsesdom. Det vil være betenkelig å behandle en sak som tilståelsesdom, selv om de øvrige vilkår er oppfylt, dersom saken lar seg bedre belyse ved hovedforhandling, dommeren er i tvil om riktigheten av siktedes uforbeholdne tilståelse, eller dersom det er vesentlige avvik mellom siktelsen og tilståelsen.⁷⁹

⁷³ Jf. straffeprosessloven § 248.

⁷⁴ Se nærmere Øyen (2019) s. 317–318.

⁷⁵ Domstolsadministrasjonen (2018).

⁷⁶ Matningsdal (2007) s. 253, med henvisning til Rt. 1990 s. 801.

⁷⁷ Etter påtaleinstruksen § 15-4 fremgår det at når det avholdes rettsmøte med sikte på tilståelsesdom, skal aktor bare møte dersom det foreligger «særlige grunner».

⁷⁸ Se nærmere Øyen (2019) s. 318.

⁷⁹ Øyen (2019) s. 299.

Sakene i dette komplekset som har blitt avgjort ved tilståelsesdommer, er behandlet med hjemmel i straffeprosessloven § 248 første ledd bokstav a. Bestemmelsen oppstiller tre vilkår, som alle må være oppfylt. Det må for det første være snakk om en forbrytelse som ikke kan medføre fengsel i mer enn ti år.⁸⁰ Grovt bedrageri har en strafferamme på seks år, og kan derfor behandles etter reglene om tilståelsesdom gitt at de øvrige vilkår er oppfylt.

For at det skal foreligge en «uforbeholden tilståelse» er det aldri nok at den siktede erklærer seg skyldig etter siktelsen.⁸¹ Siktetes forklaring skal utgjøre grunnlaget for avgjørelsen av skyldspørsmålet og må derfor dekke de nødvendige bevisstemaer og være tilstrekkelig detaljert.⁸² Forklaringen i retten må i sitt innhold fullt ut «omfatte de objektive og subjektive vilkår for straff i vedkommende straffebud».⁸³ For de sakene utvalget vurderer, betyr det at tilståelsen måtte dekke alle de omstendigheter som gjorde at det forelå enten et forsettlig eller et grovt uaktsomt bedrageri.

Forklaringen må videre være så detaljert at den korresponderer med kravene til domsgrunner etter straffeprosessloven § 40.⁸⁴ Det medfører at forklaringen, for skyldspørsmålets del, «bestemt og uttømmende» må angi det saksforholdet dommeren kan basere dommen på. Forklaringen må være så omfattende at det er mulig å fastslå at både subjektive og objektive vilkår for straff er oppfylt.

I noen tilfeller har siktede ikke husket alle detaljer rundt tidspunkt og varighet av utenlandsopphold, eller beløpene vedkommende mottok i denne perioden. Det reiser spørsmålet om tilståelsene i disse sakene oppfyller lovens krav om en uforbeholden tilståelse. Straffeprosessutvalget nevner som et eksempel på en forbeholden tilståelse at «siktede gir uttrykk for at påtalemyndighetens fremstilling må være korrekt, men ikke husker hva som skjedde».⁸⁵

Omfanget av bedrageriet hører til straffespørsmålet. Dersom siktelsen lyder på grovt bedrageri, må tilståelsen dekke et beløp som medfører at det er grunnlag for å anse bedrageriet for grovt.⁸⁶

Det er ikke nok at det foreligger en uforbeholden tilståelse. Tilståelsen må «styrkes av de

øvrige opplysninger.» Dette betyr at tilståelsen siktede avgir i rettsmøtet må støttes av opplysningene som fremgår av sakens dokumenter.⁸⁷ I sakene i dette komplekset har de øvrige dokumenter typisk vært Nav Kontrollers anmeldelse med bilag. Utvalget har ikke identifisert saker der tilståelsen ikke dekket det som fremkommer her, sett bort fra saker der siktede ikke husker nøyaktig hvor høye beløp som er mottatt under opphold i utlandet, samtidig som dette klart nok fremgår av anmeldelsen.⁸⁸

I alle de ti sakene utvalget har hatt innsyn i fulle saksdokumenter, begjærte påtalemyndigheten saken behandlet som tilståelsessak. To av disse ble nektet slik forenklet behandling. I en tredje sak fremstår mistenktes tilståelse i avhør som relativt forbeholden. Likevel ble saken avgjort ved tilståelsesdom.⁸⁹

Gjennomgående er de mistenkte i disse sakene sjelden bistått av advokat under avhør. Straffeprosessutvalget har foreslått å utvide retten til bistand av forsvarer også på etterforskningsstadiet.⁹⁰ For det spørsmålet som utvalget vurderer, er det imidlertid tvilsomt om manglende oppnevning av forsvarer har hatt avgjørende betydning. Utvalget har mottatt 98 rettsavgjørelser, hvor 81 har blitt behandlet som meddomssak i hovedforhandling, med oppnevnt forsvarer, mens 17 har blitt behandlet som tilståelsessak.⁹¹ I noen få avgjørelser har det vært forsvarer også i tilståelsessak. Av det materialet som utvalget har gått gjennom, fremgår det at forsvarere som har møtt i hovedforhandling uttrykkelig har tatt opp EØS-spørsmålet i én av 81 saker.⁹²

⁸⁰ Øyen (2019) s. 302.

⁸¹ Rt. 2009 s. 872 avsnitt 15.

⁸² Øyen (2019) s. 300.

⁸³ Rt. 2007 s. 1040 avsnitt 16.

⁸⁴ Rt. 2007 s. 1040 avsnitt 16 og Rt. 2009 s. 872 avsnitt 12 og 13.

⁸⁵ NOU 2016: 24 s. 424.

⁸⁶ Omstendighetene under straffespørsmålet behøver som hovedregel ikke dekkes av tilståelsen, se Øyen (2019) s. 321. Imidlertid har omfanget av bedrageriet betydning for hvilket straffebud som får anvendelse, siden det er beløpene størrelse som gjennomgående har vært utslagsgivende for om overtredelsene har blitt ansett som grov.

⁸⁷ Øyen (2019) s. 300.

⁸⁸ Utvalget har som nevnt mottatt fulle straffesaksdokumenter i et svært begrenset antall saker. Riksadvokatembetet har opplyst at disse er representative for de straffesakene som er behandlet i domstolene, men det kan selvfølgelig være variasjoner i om tilståelsen har dekket det som fremkommer i anmeldelsen. Som utgangspunkt må det legges til grunn at saker hvor tilståelsen har vært forbeholden eller andre vilkår for å behandle den som tilståelsessak ikke er oppfylt, er behandlet ved hovedforhandling.

⁸⁹ Nord-Troms tingretts dom av 30. november 2015.

⁹⁰ Se NOU 2016: 24.

⁹¹ I én av de 81 sakene ble tiltalen frafalt under hovedforhandlingen, og det ble avsagt frifinnelsesdom.

⁹² Denne saken behandles nærmere nedenfor. Det er mulig at forsvarere har knyttet anførsler til EØS-retten også i øvrige saker. Slike anførsler er i tilfelle ikke gjengitt i den aktuelle dommen.

Særskilt om retten til offentlig oppnevnt forsvarer

Retten til å la seg bistå av forsvarer etter eget valg på ethvert trinn av saken, fremgår av straffeloven § 94. Dette medfører imidlertid ikke at siktede har krav på å få dekket utgiftene til forsvarer av det offentlige. For at utgiftene til forsvarer skal dekkes av det offentlige, må forsvareren være offentlig oppnevnt, jfr. straffeprosessloven § 107.

Det skal som hovedregel oppnevnes offentlig forsvarer til hovedforhandling, når siktede er pågrepet og når det begjæres rettslig avhør med sikte på å avgjøre saken som tilståelsessak, og det er tale om å idømme mer enn seks måneders fengsel.⁹³ For tilståelsessaker er det ikke den generelle strafferammen som er avgjørende, men hvilken straff det er aktuelt å idømme i det konkrete tilfellet.⁹⁴ I tilståelsessakene i det sakskomplekset utvalget vurderer har det ikke vært tale om idømme mer enn seks måneders fengsel, slik at siktede i utgangspunktet ikke har hatt krav på forsvarer.⁹⁵

I tillegg kan det oppnevnes offentlig forsvarer etter straffeprosessloven § 100 andre ledd første punktum dersom «særlige grunner taler for det, herunder at siktede har nedsatt funksjonsevne eller er i en annen fysisk eller psykisk tilstand som tilsier at det er et særskilt behov for forsvarer». Bestemmelsen gir anvisning på en helhetsvurdering. Etter forarbeidene refererer vilkåret seg til siktedes sosiale og personlige forhold og til sakens art.⁹⁶ Relevante momenter inkluderer «[...] sakens alvor, sakens betydning for den siktede, om faktum eller jus er uklart eller komplisert, den siktedes alder og helsemessige status, forventet straff og manglende språk- eller samfunnskunnskaper hos utlendinger.»⁹⁷ Vilket om «særlige grunner» må også tolkes i lys av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK).⁹⁸

I de sakene i sakskomplekset hvor det har vært avholdt hovedforhandling, har det blitt oppnevnt forsvarer etter bestemmelsen i straffeprosessloven § 96 første ledd, som gir siktede rett til forsvarer under hovedforhandling. Det er tale om minst 66 saker. Det foreligger noen eksempler

⁹³ I hvilke tilfeller siktede har rett til å få oppnevnt forsvarer, reguleres av straffeprosessloven §§ 96–99.

⁹⁴ Se nærmere Bjerke, Keiserud og Sæther (2011) s. 374–387 og Øyen (2019) s. 298–299 og s. 325–326.

⁹⁵ Jf. straffeprosessloven § 99.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 26.

⁹⁷ Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 26.

⁹⁸ Jf. straffeprosessloven § 4 og menneskerettsloven § 3 jf. § 2. Se nærmere Høyesteretts dom i Rt. 2015 s. 844, avsnitt 22, og Strandbakken (2019).

på at siktede har vært bistått av forsvarer selv om saken ble behandlet som tilståelsedom.⁹⁹ I de aller fleste tilfellene der saker er pådømt ved tilståelsedom, også der siktede er blitt idømt ubetinget fengselsstraff, har siktede imidlertid ikke hatt oppnevnt forsvarer.

Siktede må selv samtykke til en forenklet behandling som tilståelsessak, og kan når som helst kreve at saken istedet avgjøres ved alminnelig hovedforhandling. Et slikt krav vil utløse rett til forsvarer. Dette er forhold som har betydning i vurderingen av om «the interests of justice» krever at siktede får oppnevnt offentlig forsvarer, jf. EMK artikkel 6 (3) bokstav c.

Flere av de siktede i disse sakene hadde svak økonomi. De sto overfor et betydelig tilbakebetalingskrav fra Nav, og mange kan ha hatt økonomiske vanskeligheter fra før av. Dette er forhold som, sammen med siktedes personlige forutsetninger, er relevante å trekke inn i vurderingen av om det skal oppnevnes forsvarer etter særregelen i straffeprosessloven § 100 andre ledd første punktum.

12.4.4 Domstolenes behandling av straffesaker i komplekset

Innledning

Utvalgets gjennomgang bygger på dommer, kjennelser og beslutninger som er mottatt fra Riksadvokaten og domstolene.¹⁰⁰ Hoveddelen av materialet, 94 saker, er straffesaker som er avgjort i tingretten. Materialet omfatter noen få lagmannsretts- og høyesterettsavgjørelser, deriblant flere ankenektelser fra lagmannsrettene. Utvalget har bare mottatt tre sivile saker som gjelder ytelser innenfor utvalgets mandat, hvorav bare én er direkte relevant for utvalgets arbeid. Utvalget har også mottatt noen straffesaker som gjelder ytelser som faller utenfor utvalgets mandat. Disse vil ikke bli behandlet her.

Om faktum i straffesakene

Mesteparten av sakene utvalget har vurdert gjelder arbeidsavklaringspenger, mens resten gjelder sykepenger. Utvalget har ikke mottatt noen saker om pleiepenger. Flesteparten av sakene gjelder bare

⁹⁹ Se Fredrikstad tingretts dom av 11. november 2018, Asker og Bærum Tingretts dom av 25. februar 2019, og Stavanger tingretts dom av 31. august 2017.

¹⁰⁰ Materialet og enkelte begrensninger og forbehold er nærmere behandlet i punkt 12.1.2.

trygdebedrageri. Noen få gjelder trygdebedrageri i kombinasjon med andre straffbare forhold. Materialet er som nevnt ikke nødvendigvis representativt for alle saker om trygdebedrageri.¹⁰¹

Flesteparten av sakene gjelder norske borgere som besøker andre land. En del gjelder også EØS-borgere som har arbeidet i Norge, og senere reiser eller flytter til et annet EØS-land.¹⁰² Flesteparten av disse har reist for å være sammen med familie. Utvalget har bare identifisert én sak der tingretten klart legger til grunn at en norsk tiltalt har arbeidet i et annet EØS-land i perioden før det påståtte trygdebedrageriet.¹⁰³ Dommen tar ikke opp problemstillingen om EØS-retten har betydning i saken. De fleste dommene redegjør ikke for arbeidshistorikk, så det kan være flere slike saker, uten at det kan utledes fra dommene.

Mange av sakene gjelder opphold både i EØS-området og i tredjeland. I en god del av dommene opplyses det ikke hvor vedkommende har oppholdt seg, bare at det var i utlandet. Når det ikke presiseres hvor tiltalte har oppholdt seg, kan det indikere at ingen av aktørene i saken har sett at saken reiser EØS-rettslige problemstillinger. En illustrasjon av at skillet mellom EØS-land og tredjeland ikke synes å ha vært særlig framtrødende i aktørenes bevissthet, gir en tingrettsdom hvor betydningen av fordeling av utenlandsopphold i og utenfor EØS ikke er problematisert. Av dommen fremgår at:

«Den skriftlige dokumentasjonen kan etterlate en viss tvil om hvorvidt tiltalte oppholdt seg i Sverige eller Vietnam. Dette er imidlertid uten betydning, da tiltalte selv erkjenner å ha vært utenlands i lengre tid [...]».¹⁰⁴

Om domstolenes vurdering av EØS-spørsmål i straffesakene

Ingen av de avgjørelsene utvalget har mottatt og som faller innenfor utvalgets mandat, inneholder

¹⁰¹ Som nevnt innledningsvis kan det være at trygdebedrageri utgjør én av flere poster i saker om overtredelse av flere straffebud. Ettersom de fleste saker bare er registrert på én bestemmelse i domstolens saksbehandlingssystem, er det mulig at en del slike saker ikke er identifisert i den gjennomgangen domstolene så langt har foretatt.

¹⁰² Se blant annet Sandefjord tingretts dom av 7. juli 2017, Asker og Bærum tingretts dom av 25. november 2015, Halden tingretts dom av 7. desember 2016, Oslo tingretts dom av 28. august 2017, Tønsberg tingretts dom av 5. januar 2017, Rana tingretts dom av 9. mai 2018 og Trondenes tingretts dom av 24. oktober 2016.

¹⁰³ Se Øvre Romerike tingretts dom av 2. juli 2014.

¹⁰⁴ Se Drammen tingretts dom av 8. september 2016.

uttrykkelige vurderinger av de problemstillinger EØS-retten reiser.¹⁰⁵ EØS-retten nevnes kun i én av straffesakene.¹⁰⁶ Av dommen fremgår det at forsvarer knyttet en anførsel til EØS-retten, og det uttales at

«Retten har vurdert, men finner ikke grunnlag for at EØS-avtalen slik anført av forsvarer, er til hinder for at tiltalte domfelles. Tiltalte pliktet som mottaker av stønad fra NAV med hjemmel i norsk folketrygdlov, å forholde seg til de norske reglene og de vedtak som er truffet».

Utvalget har vært i kontakt med den aktuelle forsvareren, som opplyser at hun ikke har saksdokumentene tilgjengelig lenger.¹⁰⁷ Advokaten opplyser imidlertid at det innenfor de rammene som var satt til forberedelse til hovedforhandlingen, ikke var rom for å gå dypt inn i problemstillingen. Hun hadde vurdert Navs rundskriv til EØS-reglene for arbeidsavklaringspenger, uten at hun i dem fant svar på problemstillingen i saken. Selve forordningen hadde hun ikke gått inn i. Forsvareren nevnte prinsippet om fri bevegelighet i sin prosedyre, men fremla ikke noe juridisk utdrag om spørsmålet. Forsvareren har fortalt utvalget at hun reagerte på at EØS-dimensjonen ikke var vurdert under den tidligere håndteringen av den aktuelle saken i Nav, herunder i Nav Kontroll som hadde begjært påtale.

I en annen sak, uten henvisning til EØS-retten for øvrig, uttaler dommeren i forbindelse med straffutmålingen at

«det ikke ligger til retten å vurdere hensiktsmessigheten av et krav om opphold i Norge for å motta arbeidsavklaringspenger. Det ligger heller ikke til retten å gjøre en individuell vurdering av om og eventuelt hvor stramt opplegg den enkelte mottaker hadde å følge opp overfor Nav eller hvor langt unna en må være for ikke å anses å være tilgjengelig for arbeid eller oppfølging fra Nav.»¹⁰⁸

Utvalget vet ikke om tiltalte eller forsvarer kritiserte hensiktsmessigheten av oppholdskravet under hovedforhandlingen, eller om dommeren fant

¹⁰⁵ Utvalget har mottatt en del rettsavgjørelser som gjelder ytelser som faller utenfor utvalgets mandat, som dagpenger. I disse sakene er ikke vurderingene av EØS-retten nærmere gjennomgått.

¹⁰⁶ Se Nord-Troms tingretts dom av 27. august 2014.

¹⁰⁷ Advokaten redegjorde skriftlig for saken til utvalget i e-post av 6. mai 2020.

¹⁰⁸ Se Tønsberg tingretts dom av 9. februar 2017.

grunn til å ta opp dette av eget tiltak. Utvalget konstaterer at det fremgår av avgjørelsen at problemstillingen er sett, uten at det, basert på dommen, ser ut til å være rettet prinsipielle innsigelser mot lovligheten som sådan. Det fremgår heller ikke noe som tilsier at forholdet til EØS-retten er vurdert.

Utvalget har vært i kontakt med en forsvarer som forteller at han planla å knytte anførsler til forordningen under sin prosedyre i en straffesak i 2015. Han mente, etter å ha gjennomgått Trygderettens avgjørelse i en lignende sak, at Nav skulle ha vurdert hans klients rettigheter etter forordningen.¹⁰⁹ I den aktuelle saken ble aktor imidlertid i tvil om tiltaltes skyld under hovedforhandlingen, etter at et vitne fra det lokale Nav-kontoret hadde forklart seg. Tiltalen ble da frafalt, og saken ble dermed avsluttet uten at advokaten holdt sin prosedyre.

Om saksbehandlingen i straffesakene for øvrig

Gjennomgangen av domsmaterialet etterlater et inntrykk av at dommenes grundighet er varierende. De rettslige vurderingene av trygderegulverket er som regel knappe. Som nevnt kan dette skyldes at sakene ut fra det perspektivet som var gjeldende, ikke ble ansett å reise særlig vanskelige juridiske spørsmål. De rettslige begrunnelsene er mest utfyllende når det kommer til vurderinger av skyldkravet og straffutmålingen.

Bedømmelsen av tiltaltes skyld avviker iblant fra det som er lagt til grunn av Nav, og til en viss grad fra det påtalemyndigheten har lagt til grunn. I en rekke saker finner ikke retten at det er bevist at tiltalte handler forsettlig, og dømmer for grovt uaktsomt overtredelse.¹¹⁰

Høyesterett har siden lagt til grunn at det ikke er relevant å se hen til hypotetiske vurderinger av hvorvidt tiltalte hadde blitt innvilget tillatelse, ved straffutmålingen.¹¹¹ Høyesteretts uttalelser på

dette punkt har imidlertid ikke blitt etterfulgt konsekvent i tingrettene.¹¹²

Det ble tatt ut tiltale for falsk forklaring i omkring 70 prosent av sakene. Tiltalte ble dømt for falsk forklaring i overkant av 75 prosent av sakene der det var tatt ut tiltale for dette.¹¹³

Når det kommer til de faktiske vurderingene, etterlater gjennomgangen et inntrykk av at Navs beregninger i stor grad legges til grunn av retten og av påtalemyndigheten. I noen avgjørelser finner likevel ikke retten bevist at utenlandsoppholdene har hatt et så stort omfang som påtalemyndigheten har lagt til grunn, og i én dom kritiserer tingretten påtalemyndigheten for ikke å ha foretatt noen egne undersøkelser, men

«utelukkende synes å ha bygget på NAV Kontroll sine undersøkelser og konklusjoner og synes ikke å ha etterforsket nærmere rundt disse periodene».¹¹⁴

Tiltalte ble i den aktuelle saken dømt for forsettlig, grovt trygdebedrageri, men etter bevisførselen ble det lagt til grunn at flere av periodene tiltalte hadde vært utenlands var kortere enn det Nav – og påtalemyndigheten – hadde lagt til grunn.¹¹⁵

Til sammen 17 av de dommene utvalget har mottatt, er behandlet som tilståelsessaker. I noen av disse sakene er det ikke tilstrekkelig informasjon i dommen til å vurdere om tilståelsen har vært uforbeholden. Rettsboken fra rettsmøtet kan gi en mer utførlig gjengivelse av tilståelsen. Utvalget har i de fleste sakene ikke hatt tilgang til rettsbøkene, og dermed heller ikke til eventuelle gjengivelser av tilståelsen der. Det er eksempler på saker som har blitt forsøkt behandlet som tilståelsessak, men der tilståelsen ikke har vært uforbeholden, slik at saken likevel er behandlet ved vanlig hovedforhandling.

¹⁰⁹ Frifinnelsen i denne saken, Larvik tingretts dom av 20. oktober 2015, er redegjort kort for ovenfor i punkt 12.4.2 b), og har vært omtalt i media. Utvalget mottok en skriftlig redegjørelse per e-post med bilag, inkludert forsiden på advokatens juridiske utdrag i saken, fra advokaten 19. mai 2020. Den aktuelle trygderettskjennelsen er TRR-2014-855, som er behandlet i kapittel 11. Saken dreide seg egentlig om flytting til utlandet. Ettersom saken ble avsluttet før prosedyren, der advokaten skulle presentert sin rettslige argumentasjon, hadde ikke retten foranledning til å vurdere eventuelle EØS-anførsler.

¹¹⁰ Se for eksempel Bergen tingretts dom 17. september 2019, der retten fant at det ikke kunne utelukkes at tiltalte på grunn av helseproblemer ikke hadde klart å tilegne seg standardorienteringen fra Nav. Tiltalte i saken hadde erkjent skyld etter tiltalen for forsettlig bedrageri, men ble domfelt for grovt uaktsomt grovt bedrageri.

¹¹¹ Jf. HR-2017-560-A, se avsnitt 14. Denne avgjørelsen behandles nærmere nedenfor i punkt 12.5.3.

¹¹² Se Gjøvik tingretts dom av 12. januar 2018.

¹¹³ I sakene der det ble tatt ut tiltalte for falsk forklaring, men tiltalte ikke ble dømt på dette punktet, var det enten fordi tiltalen for falsk forklaring ble frafalt, fordi domstolen ikke fant grunnlag for å domfelle for forsett, men domfelte for grovt uaktsomt bedrageri, eller tiltalte ble frifunnet for falsk forklaring. Vilkårene for å dømme for falsk forklaring er redegjort for i punkt 12.4.1 c).

¹¹⁴ Follo tingretts dom av 13. oktober 2017.

¹¹⁵ Den aktuelle dommen omfattet lange utenlandsopphold utenfor EØS-området. Selv om oppholdene i EØS utgjorde en mindre del, er saken på listen over dommer Riksadvokaten vurderer for gjenopptakelse. EØS-retten er ikke drøftet i dommen, men saksforholdet ga altså mindre foranledning til det.

Utvalget har bare mottatt én sak som ble avsluttet med påtaleunntakelse. Dette var fordi ingen eller bare en ubetydelig straff ville kommet til anvendelse etter reglene om straffeutmåling der flere forbrytelser pådømmes under ett.

Flere av sakene er pådømt uten at tiltalte har vært til stede, jf. straffeprosessloven § 281. Tiltalte har i noen av disse sakene samtykket til pådømmelse i sitt fravær, men latt seg representere ved forsvarer.¹¹⁶ I andre tilfeller er saken fremmet uten at det fremgår av utskriften av dommen om det foreligger samtykke, eller om saken eventuelt er behandlet etter § 281 første ledd nr. 2 eller 3, som tillater at saken fremmes uten tiltalte til stede dersom vedkommende har uteblitt uten gyldig fravær, eller har «unnveket» etter at tiltalen er forkynt.¹¹⁷

Straffutmåling og kostnader

I saker hvor beløpet har oversteget folketrygdens grunnbeløp,¹¹⁸ er det i all hovedsak reagert med ubetinget fengsel.¹¹⁹ Lengden på fengselsstraffen er gjennomgående fastsatt i lys av avgjørelser fra Høyesterett, og i noen grad lagmannsrettene, i saker om beløp av tilsvarende størrelse.¹²⁰ Der det er domfelt også for falsk forklaring, er det ikke utmålt ytterligere straff for dette, med henvisning til høyesterettspraksis om at det ikke utmåles

ytterligere straff når bestemmelsen om falsk forklaring til offentlig myndighet anvendes sammen med bedrageribestemmelsen ved trygdebedragerier.¹²¹

Etter straffeprosessloven § 436 første ledd bør siktede som blir domfelt som utgangspunkt pålegges saksomkostninger til staten. Som regel skjer ikke dette i tilståelsessaker. I meddomsrettssakene i det sakskomplekset utvalget har vurdert, er det noe varierende i hvilken grad retten har benyttet adgangen til å pålegge domfelte saksomkostninger til staten. Dette har antagelig sammenheng med at de domfelte gjerne har hatt store tilbakebetalingskrav fra Nav, og ellers i liten grad er bemidlet. Straffeprosessloven § 437 tredje ledd fastsetter at saksomkostninger bare skal ilegges «dersom det antas mulig å oppnå betaling, og avpasses etter siktedes økonomiske evne».

Frifinnelser

Utvalget har bare mottatt to dommer der tiltalte ble frifunnet fordi domstolen ikke fant at skyldkravet var oppfylt.¹²² Den ene saken gjelder i hovedsak mottak av dagpenger under utenlandsopphold, og frifinnelsen er hovedsakelig begrunnet i at tiltalte hadde fått tveetydig informasjon om dagpengeregelverket, slik at skyldkravet ikke var oppfylt.¹²³ Den andre frifinnelsen er mer relevant for det sakskomplekset utvalget har vurdert. Saken stammer fra før 2012 og gjelder rehabiliteringspenger, en forløper til arbeidsavklaringspenger.¹²⁴ Retten la her til grunn at tiltalte, en EØS-borger fra et naboland, ikke hadde fått tilstrekkelig informasjon på et språk hun kunne forstå, og at hun dessuten uansett ville fått tillatelse til utenlandsopphold om hun hadde søkt. Tiltalte hadde vært i hjemlandet for å tilbringe tid med nær familie under sykdom. Saken er avgjort på bakgrunn av at retten mente Nav ikke hadde oppfylt veiledningsplikten sin, og at skyldkravet der-

¹¹⁶ Jf. straffeprosessloven § 281 første ledd nr. 1. Se for eksempel Rana tingretts dom av 9. mai 2018 og Hammerfest tingretts dom av 29. august 2016.

¹¹⁷ Se for eksempel Oslo tingretts dom av 21. februar 2018, hvor det vises til beslutning inntatt i rettsboken som utvalget har hatt tilgang til, Kristiansand tingretts dom av 9. januar 2019 og Kristiansand tingretts dom av 24. mars 2017, hvor det er vist til straffeprosessloven § 281 første ledd nr. 2.

¹¹⁸ I langvarig rettspraksis er det lagt til grunn at grensen mellom samfunnsstraff og ubetinget fengsel for førstegangs-overtridere går ved Folketrygdens grunnbeløp (G) på gjerningstidspunktet. Se blant annet Rt. 2013 s. 416 med videre henvisninger. Per 1. mai 2019 var grunnbeløpet 99 858 kroner. I 2012 var grunnbeløpet 82 122 kroner.

¹¹⁹ Det er unntaksvis reagert med betinget fengsel også i saker med høye beløp. Se for eksempel Bergen tingretts dom 17. september 2019, der retten etter en samlet vurdering, blant annet av tiltaltes helsestilstand, fant at det ikke ville være i strid med allmennpreventive hensyn å «fravike utgangspunktet om ubetinget fengsel i foreliggende sak» (dommens side 6). Retten fant at 60 dager betinget fengsel var passende straff for et grovt uaktsomt, grovt trygdebedrageri av rundt en halv million kroner. Dommen er på Riksadvokatens liste over saker som skal vurderes for gjenoptak.

¹²⁰ Avgjørelsene henviser f.eks. til dommen i Rt. 2009 s. 22, der Høyesterett satte straffen for grovt bedrageri overfor Nav av 279.000 kroner over en periode på halvannet år, til fem måneders fengsel, med utgangspunkt i tidligere praksis som satt straffen for trygdebedrageri på til sammen ca. 320.000 kroner til seks måneder.

¹²¹ Se f.eks. Kristiansand tingretts dom av 21. september 2018, med henvisning til Rt. 1995 s. 945.

¹²² Se punkt 12.1.2 om begrensningene i materialet. Det kan, som nevnt der, finnes flere slike saker.

¹²³ Tiltalte i den aktuelle saken hadde oppholdt seg i et naboland med sikte på å finne arbeid, slik det i utgangspunktet, på nærmere vilkår, er adgang til når man mottar dagpenger. Saker om dagpenger faller utenfor utvalgets mandat. Tiltalte i den aktuelle saken hadde imidlertid også mottatt sykepenger en kortere periode. Retten legger i dommen til grunn at informasjonen om begrensningene i adgangen til å oppholde seg utenlands under mottak av sykepenger er mindre tveetydig.

¹²⁴ Se Indre Finnmark tingretts dom av 16. mai 2013.

for ikke var oppfylt. Det gjøres ingen EØS-rettslig vurdering.¹²⁵ I senere saker har utilstrekkelig informasjon fra Nav eller språkproblemer ikke medført frifinnelse, men heller at det er domfelt for grovt uaktsom, i stedet for forsettlig, overtredelse.¹²⁶

I en annen sak ble som nevnt tiltalen frafalt av påtalemyndigheten på grunn av rimelig tvil om hvorvidt tiltalte var skyldig.¹²⁷ Det skal da avsies frifinnelsesdom, uten at skyldspørsmålet prøves, jf. straffeprosessloven § 73 første ledd første punktum.

I én av sakene utvalget har fått oversendt er tiltalte frifunnet, fordi aktor under hovedforhandlingen endret tiltalen fra å gjelde grovt til alminnelig bedrageri. Foreldelsesfristen utløper imidlertid etter fem år ved alminnelig bedrageri, og forholdet ble derfor ansett foreldet. Tiltalte ble frifunnet uten noen nærmere vurdering av de faktiske forhold.¹²⁸ EØS-retten er ikke behandlet i noen av sakene.

12.5 Særlig om Høyesteretts behandling

12.5.1 Kompetanse, rolle og signaleffekt

Høyesteretts fremste oppgave er å bidra til rettsutvikling og rettsavklaring.¹²⁹ Avgjørelsene herfra skal ikke bare bidra til avklaring av den enkelte sak, men også være retningsgivende for hvordan andre, lignende saker behandles. Denne virkningen av Høyesteretts avgjørelser omtales ofte som prejudikatsvirkningen, og Høyesterett betegnes som en prejudikatdomstol.

Høyesteretts særlige rolle har betydning for hvilke saker domstolen behandler. Høyesteretts ankeutvalg siler hvilke saker som skal behandles, og silingen er naturlig nok rettet inn mot om spørsmålene i saken reiser har betydning ut over den foreliggende.¹³⁰ Både i sivile saker og straffesaker, er også lovens utgangspunkt at en sak kun skal slippes inn til behandling av Høyesterett der-

som avgjørelsen i saken har betydning utenfor den foreliggende saken, jf. tvisteloven § 30-4 og straffeprosessloven § 323.

Avgjørelser fra Høyesterett tillegges regelmessig stor vekt ved løsning av lignende spørsmål i senere saker. Dette skyldes hovedsakelig at Høyesterett uttaler seg generelt om hvordan en rettsregel skal forstås eller et bestemt rettsspørsmål skal løses.¹³¹ Det er samtidig viktig å være klar over at Høyesteretts avgjørelser også har signalvirkninger ut over de konkrete spørsmål domstolen uttaler seg om. Gitt domstolens sentrale rolle, vil for eksempel taushet om spørsmål domstolen kunne tolkes som en slags vurdering av om et spørsmål er sentralt, eller om et rettslig grunnlag har avgjørende betydning for et rettsspørsmål. Denne signalvirkningen står sentralt når man skal forstå betydningen av de avgjørelser Høyesterett har avsagt innenfor utvalgets sakskompleks.

Når saker slipper inn, er det ofte bare deler av anken som fremmes til behandling av Høyesterett. For straffesakers del gjelder anken for Høyesterett gjerne bare straffutmålingen. Det prosessuelle utgangspunktet vil i slike saker være at Høyesterett behandler de spørsmål som er fremmet til behandling. Dette utgangspunktet gjelder likevel ikke uten unntak. Så vel hovedregel som unntak fremgår av straffeprosessloven § 342. Bestemmelsen lyder slik:

§ 342

Når ankedomstolen ikke skal prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, er den bundet av de ankegrunner som er angitt i anken, jf § 314 første ledd.

Uansett ankegrunn kan retten likevel:

1. prøve om straffelovgivningen er riktig anvendt,
2. til fordel for siktede prøve avgjørelsen om straff eller rettsfølge som nevnt i § 2 første ledd nr. 1,
3. oppheve dommen på grunn av rettergangsfeil som antas å kunne ha innvirket på dens innhold til skade for siktede,
4. etter omstendighetene oppheve dommen på grunn av feil som nevnt i § 343 annet ledd.

¹²⁵ Saken stammer fra før 2012. Et enstemmig utvalg mener at økonomisk aktive EØS-borgere har hatt vern etter de alminnelige reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft siden 1994. Se nærmere kapittel 5 og 6, og utvalgets delutredning *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*, punkt 1.2.4.

¹²⁶ Som eksempel på det førstnevnte, se Nord-Troms tingretts dom av 27. august 2014. Et eksempel på det sistnevnte se Heggen og Frøland tingretts dom av 19. april 2017.

¹²⁷ Larvik tingretts dom av 20. oktober 2015.

¹²⁸ Se Rana tingretts dom av 23. juli 2010. Tiltalte hadde mottatt 46.160 kroner i sykepenger under opphold i et annet EØS-land mellom september 2003 og februar 2004.

¹²⁹ Norges høyesterett (u.å.).

¹³⁰ I 2019 ble anke over dom fremmet til behandling i Høyesterett i 12,5 prosent av sivile saker og 12,8 prosent av straffesaker. Se nærmere i Høyesteretts årsmelding for 2019.

¹³¹ En slik avgjørelse omtales ofte som et prejudikat, jf. like ovenfor.

Til fordel for siktede kan retten tillegge en feil virkning også for deler av saken som ikke omfattes av anken, dersom feilen har betydning også for disse. Det tilsvarende gjelder dersom feilen har betydning for andre siktede som er dømt i samme sak, men som ikke omfattes av anken.

Etter annet ledd nr. 1 «kan» Høyesterett fravike utgangspunktet i første ledd og prøve om «straffelovgivningen er riktig anvendt». Kompetansen innebærer at Høyesterett uavhengig av anken kan prøve for eksempel om EØS-retten er til hinder for at en person dømmes for trygdesvindel. Lovens bruk av ordet «kan» indikerer at det beror på domstolens eget skjønn om retten skal benytte seg av kompetansen til å prøve for eksempel om en handling er straffbar. Det er likevel liten tvil om at denne kompetansen må forstås som en plikt i de tilfeller hvor det vesentlige av straffen er uriktig som følge av at EØS-retten er til hinder for straffeforfølgning. Dette kan for eksempel forankres i domstolens plikt til å håndheve EØS-retten av eget tiltak, se punkt 12.2.1.

12.5.2 Kort om sakene innenfor utvalgets mandat

Utvalget har mottatt en oversikt fra Høyesterett over relevante rettsavgjørelser avsagt av domstolen. Av disse har utvalget identifisert fire avgjørelser som faller inn under utvalgets mandat. I tillegg finner utvalget grunn til å redegjøre for ytterligere en sak fra Høyesterett.¹³²

Samtlige avgjørelser gjelder straffesaker. Av de fem avgjørelsene er to behandlet av Høyesterett i avdeling:

- HR-2017-560-A
- HR-2012-409-A, inntatt i Rt. 2012 s. 313

Dommene behandles nærmere i punkt 12.5.3 og 12.5.4.

I tillegg er det tre kjennelser fra ankeutvalget:

- HR-2017-1569-U (2017/1372)
- HR-2016-1648-U (2016/1371)
- HR-2014-808-U (2014/621)

Samtlige kjennelser gjelder anke over lagmannsrettens beslutning om å nekte tingrettens dom fremmet til behandling. I slike saker er ankeutvalgets kompetanse i utgangspunktet begrenset til

prøving av lagmannsrettens saksbehandling, jf. straffeprosessloven § 321 sjette ledd.

12.5.3 Særlig om HR-2017-560-A

Høyesteretts dom i sak HR-2017-560-A gjelder anke over dom i en sak hvor en person var blitt dømt for trygdebedrageri. I tingretten ble tiltalte idømt 75 dager ubetinget fengsel, mens lagmannsretten endret straffen til 45 timers samfunnsstraff. Trygdebedrageriet besto ifølge tiltalen i at tiltalte

«I perioden 19. mai 2010 til 31. oktober 2012 i Skien og/eller andre steder, forledet han ansatte i NAV til [å] utbetale seg i alt kroner 309.458,- i arbeidsavklaringspenger, idet han unnlot å opplyse NAV om at han i denne perioden oppholdt seg i perioder i utlandet uten at dette var godkjent av NAV, og således ikke hadde krav på arbeidsavklaringspenger, slik at det oppstod tap eller fare for tap for NAV.»¹³³

Samtlige utenlandsopphold var i Italia. Påtalemyndigheten hadde anket straffutmålingen til Høyesterett. Oppmerksomheten var derfor rettet mot utmålingen av straff, og ikke hvorvidt forholdet var straffbart. Som nevnt over, har Høyesterett likevel alltid anledning til å korrigere uriktig lovanvendelse, også under skyldspørsmålet.

Innledningsvis skriver Høyesterett kort om retten til arbeidsavklaringspenger under utenlandsopphold:

«Det er dessuten et vilkår at vedkommende har opphold i Norge, jf. § 11-3 første ledd. Det følger av § 11-3 tredje ledd at det 'kan' gis arbeidsavklaringspenger «i en begrenset periode under opphold i utlandet dersom det kan godtgjøres at utenlandsoppholdet er forenelig med gjennomføringen av den fastsatte aktiviteten, og ikke hindrer Arbeids- og velferdsetatens oppfølging og kontroll.»¹³⁴

Fremstillingen er begrenset til folketrygdlovens regler. Forholdet til EØS-retten og trygdeforordningene er ikke kommentert.¹³⁵

Spørsmålet for Høyesterett var om det i straffeutmålingen kunne tas hensyn til at en rekke av utenlandsoppholdene ville blitt godkjent der-

¹³³ HR-2017-560-A avsnitt 2.

¹³⁴ HR-2017-560-A avsnitt 8.

¹³⁵ Faktum i saken dreier seg om tidsperioder både før og etter 1. juni 2012, da den nye trygdeforordningen avløste den tidligere.

¹³² Dette gjelder Høyesteretts avgjørelse i HR-2012-409-A, inntatt i Rt. 2012 s. 313. Saken er inntatt i Riksadvokatens oversikt over aktuelle dommer.

som tiltalte hadde søkt på forhånd. Lagmannsretten hadde kommet til at tiltalte ville fått innvilget tillatelse i en lang rekke av utenlandsoppholdene, og at dette måtte hensyntas i utmålingen av straff. Høyesterett var ikke enig i denne tilnærmingen, og fant i likhet med tingretten at ubetinget fengsel i 75 dager var passende straff.

Så langt utvalget har kunnet bringe på det rene var verken de alminnelige reglene om fri bevegelighet eller reglene i trygdeforordningen anført som grunnlag for at tiltaltes handlinger ikke var straffbare. Det er ikke spor i dommen av at noen av aktørene i saken, verken forsvarer, aktor eller dommerne, har vurdert EØS-rettens betydning for retten til å motta kontantytelser ved opphold i andre EØS-land.¹³⁶

12.5.4 Særlig om HR-2012-409-A

Høyesteretts dom i HR-2012-490-A gjelder anke over dom fra lagmannsretten hvor en person blant annet var dømt for trygdebedrageri.¹³⁷ Straffesaken omfattet i utgangspunktet fire nokså ulike tiltalepunkter, hvorav ett var rettskraftig avgjort i tingretten. Anken til Høyesterett ble tillatt fremmet både hva gjelder lovanvendelsen og straffutmålingen.¹³⁸ Det fremgår ikke av ankeutvalgets beslutning hvilke tiltalepunkter anken over lovanvendelsen gjelder. Lest i sammenheng med dommen er det imidlertid klart at anken over lovanvendelsen var begrenset til å gjelde tiltalepunkt I om grov selvvasking. Spørsmålet for Høyesterett gjaldt konkurrans: Om bestemmelsen om selvvasking i straffeloven § 317 andre ledd kan benyttes ved siden av det straffebedrag som rammer primærlovbruddet, i dette tilfelle grovt kreditorsvik og skattesvik.

I vurderingen av straffeutmålingen uttalte førstvoterende følgende om trygdebedrageriet:

«A dømmes videre for trygdebedrageri med omkring 230 000 kroner, i perioden fra august 2009 til mai 2010. Grunnlaget for domfellelsen er at A mottok sykepengene fra NAV til tross for at han var i arbeid og i perioder også oppholdt seg i utlandet. Isolert sett ville straffen for

trygdebedrageriet være fengsel i omkring 90 dager.»¹³⁹

Trygdebedrageriet er ikke kommentert andre steder i dommen. Det fremgår av lagmannsrettens dom at tiltalte hadde inntektsgivende arbeid, og dermed hadde gitt uriktige opplysninger om arbeidsevne, mellom august 2009 og mai 2010, mens perioden der han ga uriktige opplysninger om opphold i utlandet gjaldt tre uker i desember 2009 hvor han oppholdt seg på Kanariøyene. Straff for trygdebedrageri utmåles med utgangspunkt i størrelsen på bedrageriet.¹⁴⁰ Siden oppholdet på Kanariøyene fant sted underveis i den perioden hvor tiltalte ga uriktige opplysninger om arbeidsevne, er det ingen holdepunkter for at utenlandsoppholdet hadde betydning for domfellelsen. Det er heller ikke holdepunkter i dommen fra Høyesterett for å anta at utenlandsoppholdet hadde betydning for straffeutmålingen.

Spørsmålet om EØS-retten har betydning for tiltaltes rett til å motta ytelsene fra Nav ble ikke behandlet av lagmannsretten. Utvalget er videre ikke kjent med om denne problemstillingen ble reist ved behandlingen for Høyesterett.

12.6 Behandlingen av sivile saker

Trygderetten behandler anker over klagevedtak i trygdesaker, og erstatter tingretten som førsteinstans.¹⁴¹ I saker om stans og tilbakekreving av trygdeytelser er derfor lagmannsretten førsteinstans i de ordinære domstolene. Sakene vil der komme opp som søksmål over gyldigheten av Trygderettens kjennelse, jf. trygderettsloven § 26.

Når Nav Innkreving krever inn penger fra en trygdemottaker, kan det anlegges søksmål om dette kravet for tingretten. Utvalget har bedt alle landets domstoler identifisere og oversende eventuelle slike saker, men har ikke mottatt noen.

Utvalget har som nevnt bedt om å få oversendt alle relevante avgjørelser, inkludert i sivile saker. I sivile saker som gjelder gyldigheten av Trygderettens kjennelser eller vedtak av Nav Innkreving, vil staten være part. Utvalget har derfor også bedt om en oversikt over aktuelle saker fra Arbeids- og

¹³⁶ Gjenopptakelseskommissjonen besluttet i mars 2020 å gjenåpne den aktuelle saken. Forberedende dommer i Høyesterett varslet i april partene om at Høyesterett utenfor anken vil prøve om straffelovgivningen er riktig anvendt, og ba om innspill til spørsmål som skal stilles EFTA-domstolen.

¹³⁷ Høyesteretts dommer ble tidligere publisert i Norsk Rets-tidende, og dommen refereres også til som Rt. 2012 s. 313.

¹³⁸ HR-2012-97-U.

¹³⁹ Rt. 2012 s. 313 avsnitt 35.

¹⁴⁰ Se Rt. 2008 s. 1386 avsnitt 15, hvor førstvoterende uttaler at folketrygdens grunnbeløp er veiledende for grensen mellom samfunnsstraff og ubetinget fengsel.

¹⁴¹ Saksbehandlingen i Trygderetten er behandlet i kapittel 11.

velferdirektoratet, som ifølge trygderettsloven § 26 fjerde ledd er partsrepresentant for staten.

Utvalget har som nevnt bare identifisert én sivilrettslig avgjørelse som er direkte relevant for utvalgets undersøkelser, en dom fra Borgarting lagmannsrett fra mars 2008.¹⁴² Saken gjaldt gyldigheten av Trygderettens kjennelse om nektelse av sykepenger under opphold i Polen. Saksøker, en norsk-polsk kvinne, hadde bodd og arbeidet vekselvis i Norge og Polen hele livet, men hadde de siste årene bodd og arbeidet i Norge. Etter at hun ble sykmeldt, dro hun til Polen mens hun mottok sykepenger. Derfra søkte hun om sykepenger, men ble nektet dette. Spørsmålet for lagmannsretten var om nektelsen, som ble stadfestet av Trygderetten, var gyldig.

Som følge av at kvinnen hadde bodd og arbeidet vekselvis i Norge og Polen, tilhørte hun den gruppen som omfattes av EØS-avtalens regler om fri bevegelse for arbeidskraft.¹⁴³ Lagmannsretten behandlet imidlertid spørsmålet utelukkende etter folketrygdlovens regler, og kom til at nektelsen var gyldig. Dommen inneholder ingen vurderinger av forholdet til EØS-avtalens alminnelige regler eller dagjeldende trygdeforordning.¹⁴⁴ Det er heller ingen indikasjoner på at EØS-rettslige bestemmelser er anført av saksøker eller saksøkte.

I tillegg til den nevnte avgjørelsen, ble det i 2012 tatt ut søksmål over gyldigheten av en avgjørelse fra Trygderetten for Eidsivating lagmannsrett. I saken ble imidlertid det underliggende forvaltningsvedtaket omgjort like før hovedforhandling, og saken ble derfor hevet som gjenstandsløs. Saksgangen er nærmere behandlet i kapittel 14.

12.7 Utvalgets vurderinger

12.7.1 Generelt

Verken Nav, påtalemyndigheten eller domstolene synes å behandle vilkårene i gjerningsbeskrivelsen for bedrageri særlig inngående. Drøftelsene konsentrerer seg om bevisvurderingen og skyldkravet, og ikke om den generelle forståelsen av bedrageribestemmelsen. De færreste av sakene synes å ha reist kompliserte lovtolknings-spørsmål knyttet til bedrageribestemmelsen – og spørsmålet om siktedes handlinger i det hele tatt kunne straffes, i lys av EØS-rettens krav, er ikke

drøftet i noen av dommene. Dersom det er gjort EØS-rettslige vurderinger, har disse ikke kommet skriftlig til uttrykk.

Utvalget har ikke funnet noe særlig påfallende med hvordan sakene er behandlet av påtalemyndigheten. Det underliggende problemet er at loven, slik den var utformet på tidspunktet for behandlingen av de aktuelle sakene og lest etter sin ordlyd, ga uttrykk for en regel som var i strid med EØS-regelverket.¹⁴⁵ Utvalget konstaterer at påtalemyndigheten ikke i det hele tatt synes å ha sett problemstillingen.

I de straffedommene utvalget har gjennomgått, er det i liten grad eksplisitt problematisert hvilken grad av skyld som er utvist. Det typiske er at retten fastslår at brukeren var klar over oppholdskravet, og derfor har handlet forsettlig, eller det konstateres at det er sterkt klanderverdigg ikke å være klar over at man ikke kunne reise til utlandet uten å gi beskjed til Nav, og samtidig motta ytelsen.

I de fleste av sakene har «villfarelsen» på Navs side, eller begynnelsen på det som bedømmes som et bedrageri, oppstått idet brukeren sendte inn det første meldekortet uten å melde fra om et gjennomført eller planlagt utenlandsopphold. På dette tidspunktet vil som regel ikke det neste vilkåret for alminnelig bedrageri, om at «noen» må forledes, være oppfylt. Når villfarelsen først oppstår, er det derfor vanligvis tale om et databedrageri. Som regel skyldes de tilsynelatende feilaktige utbetalinger uriktig utfylling av elektroniske meldekort ved at det ikke er krysset av for ferie eller annet fravær, uten at det er gitt tillatelse til utenlandsopphold. Meldekortene har deretter dannet grunnlag for en automatisk utbetalingsprosess.¹⁴⁶

Siden det vanligvis er klar årsakssammenheng mellom trygdemottakerens fortielse av utenlandsopphold og villfarelsen hos trygdemyndigheten, er det nærliggende å anta det er alternativene «styrking» og «utnyttelse» av en villfarelse som har vært aktuell ved domfellelse ved tradisjonelle

¹⁴² Se Borgarting Lagmannsretts dom 10. mars 2008.

¹⁴³ Se kapittel 5 og delutredningen om EØS-retten, som er vedlagt utredningen.

¹⁴⁴ Forordning 1408/71.

¹⁴⁵ Se nærmere kapittel 5 og 7. De fleste avgjørelsene utvalget har gått gjennom, gjelder utenlandsreiser etter 1. juni 2012, noe som har sammenheng med at Nav Kontroll intensiverte kontrollarbeidet etter dette tidspunktet. Etter 2012 er det enighet i utvalget om at folketrygdloven etter sin ordlyd ga uttrykk for en regel som ikke er i overensstemmelse med EØS-retten. For tiden før 2012 er det enighet i utvalget om at økonomisk aktive personer som hadde benyttet sin rett til fri bevegelse for arbeidskraft, var vernet. Utvalget konstaterer at det i materialet er enkelte straffesaker knyttet til slike personer, som stammer fra perioden før 2012.

¹⁴⁶ Dersom handlingen utelukkende består i slik uriktig utfylling, vil det være naturlig å straffe forfølge for databedrageri heller enn alminnelig bedrageri.

bedrageri. Forledelsen er blitt ansett som rettsstridig fordi trygdemyndighetene, riktignok feilaktig, forsto gjeldende rett slik at dersom man oppholdt seg i utlandet uten særskilt godkjenning, hadde man ikke krav på kontantytelser. Hadde myndighetene blitt informert om at personen oppholdt seg i utlandet, er det lagt til grunn at de ville handlet annerledes; ytelsen ville ikke blitt utbetalt.

Flertallet av domfellelsene gjelder databedrageri. I enkelte tilfeller har trygdemottakeren imidlertid hatt kontakt med saksbehandlere i Nav, der utenlandsopphold enten har blitt drøftet eller trygdemottakeren hadde foranledning til å ta opp temaet. Dersom trygdemottakeren da har holdt tilbake opplysninger om planlagte eller gjennomførte utenlandsopphold, eller aktivt har gitt uriktige opplysninger om sitt oppholdssted, kan vedkommende ha blitt domfelt for tradisjonelt bedrageri, ved å ha forledet «noen».

Det følger av folketrygdloven § 21-3 første ledd andre punktum at trygdemottakere plikter å opplyse om endringer som «kan være avgjørende» for retten til ytelsen. I det standardmaterialet mottakere av arbeidsavklaringspenger, sykepenger og pleiepenger mottar fra Nav når ytelsen innvilges, opplyses det at man må melde fra om utenlandsopphold. I og med at det på uriktig grunnlag er lagt til grunn et oppholdskrav for rett til ytelse, er det ikke overraskende at det er lagt til grunn at det har foreligget en rettsstridig forledelse når Nav ikke har fått informasjon om utenlandsopphold.¹⁴⁷

Oppholdskravet kunne i den enkelte sak ha vært begrunnet i at utenlandsopphold vil hindre eller vanskeliggjøre gjennomføringen av Navs oppfølging og kontroll med at vilkårene for ytelsen er oppfylt, aktivitetsplikter eller lignende. Dette er det få eller ingen spor av i straffesakene. Utenlandsopphold kunne videre, selv om man legger en riktig rettsoppfatning til grunn, være forhold man i en del tilfeller hadde plikt til å opplyse om etter folketrygdloven § 21-3 første ledd, fordi et utenlandsopphold etter forholdene kan komme i veien for planlagt oppfølging eller mulige tiltak. Tilbakeholdelse av opplysninger om utenlandsopphold kunne derfor representert et brudd på opplysningsplikten og etter forholdene utgjort en «rettsstridig» forledelse av trygdemyndighetene.

Nav har oppfattet gjeldende rett slik at man mistet retten til ytelse dersom man oppholdt seg i utlandet uten forhåndsgodkjenning. Dersom ytelse likevel ble utbetalt, led Nav derfor et tap.

¹⁴⁷ Se nærmere punkt 12.4.1 c) om opplysningsplikten i relasjon til spørsmålet om det er avgitt falsk forklaring.

Opphold i Norge kan imidlertid ikke brukes som et generelt vilkår for retten til kontantytelser under sykdom, uten at det er tilstrekkelig begrunnet i hensyn EØS-retten anerkjenner.¹⁴⁸ I de tilfellene hvor oppholdskravet ikke kunne gjøres gjeldende, og utenlandsoppholdet alene utgjorde grunnlaget for at Nav mente det forelå en feilutbetaling, har Nav i realiteten ikke lidd noe tap ved disse overføringene: Mottakerne hadde uansett krav på pengene. Med en riktig oppfatning av EØS-retten har derfor ikke tapsvilkåret vært oppfylt.

Slik utvalget drøfter i delutredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*, kan EØS-statene innenfor visse rammer utforme betingelser for å motta trygdeytelser som i praksis krever opphold på trygdestatens territorium. Det ligger utenfor utvalgets mandat å vurdere om personer i de enkelte saker hypotetisk sett kunne vært nektet å reise utenlands med ytelsen i behold.

Utvalget registrerer, basert på gjennomgangen av tilgjengelig dokumentasjon, at flere av de som er domfelt for forsettlig trygdebedrageri selv har oppfattet at de har mottatt trygdeytelser de ikke hadde krav på mens de oppholdt seg i utlandet. En del av personene har også ellers oppfylt gjerningsbeskrivelsen i bedrageribestemmelsen, for eksempel ved bevisst å gi feil opplysninger om hvor de befant seg på spørsmål fra Nav, eller få andre til å fylle ut meldekort, slik at Nav ikke skulle spore at trygdemottaker befant seg i utlandet. Grunnen til at det likevel ikke er grunnlag for domfellelse, er at lovgiver ikke hadde adgang til å gi, og forvaltningen ikke hadde adgang til å praktisere, regler som innebar at ytelsene ble nektet utelukkende med den begrunnelse at trygdemottakeren oppholdt seg i utlandet.¹⁴⁹ Å gjøre noe man tror er en straffbar handling, er ikke straffbart.

Gjennomgangen av sakene har vist at den grunnleggende svikten ligger i at ingen aktører har sett EØS-dimensjonen. Dette er alvorlig. Det er ikke bare tale om personer som er fratatt en ytelse de hadde krav på. Mange personer er i tillegg dømt til ubetinget fengsel for både trygdebedrageri og falsk forklaring.

Med mindre det foreligger særlige forhold, kan det etter utvalgets syn ikke forventes at

¹⁴⁸ Se nærmere utvalgets delutredning *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*, som er vedlagt utredningen, punkt 4.4.

¹⁴⁹ Se nærmere kapittel 7 om kravene til gjennomføring av EØS-retten. Trygdeforordningene er gjennomført i forskrift, og gjelder etter sin ordlyd. For at praksis skal være riktig, forutsetter det at forvaltningen identifiserer de tilfeller som må vurderes etter en annen norm enn lovens regel.

påtalemyndigheten skal foreta en fullstendig selvstendig etterforskning av sakens faktiske side når Nav, som forvalter trygdelovgivningen, har levert en omfattende kartlegging av den enkelte sak i forbindelse med anmeldelsen. Utvalget legger til grunn at praksis i disse sakene speiler en hensiktsmessig arbeidsfordeling mellom forvaltningen og påtalemyndigheten.

Påtalemyndigheten har imidlertid plikt til å vurdere om det forhold som er angitt i anmeldelsen er straffbart. At påtalemyndigheten må ta stilling til gyldigheten av det underliggende forvaltningsvedtak er senest fremhevet i Høyesteretts kjennelse av 6. desember 2019.¹⁵⁰ Selv om straffeforfølgelse for trygdebedrageri ikke forutsetter et underliggende forvaltningsvedtak, vil anmeldelsen fra Nav Kontroll regelmessig basere seg på et vedtak om tilbakebetaling, eventuelt en vurdering av at vilkårene for ytelsen ikke har vært oppfylt. Det innebærer at påtalemyndighetens plikt til å vurdere om forholdet er straffbart, i realiteten vil være en prøving av om lovforståelsen Nav har bygget på, er riktig.

Domfelte i en tilståelsessak har møtt utvalget.¹⁵¹ Vedkommende fortalte om opplevd press til å samtykke til behandling ved tilståelsesdom. I alle saker mottar den siktede skriftlig informasjon om den strafferettslige betydningen av en tilståelse. En tilståelse åpner som nevnt for en forenklet behandling, men kan også ha stor betydning i formildende retning for straffutmålingen.¹⁵² Utvalget har forståelse for at dersom betydningen av en tilståelse for straffutmålingen fremheves i politiavhør, kan dette oppleves som et press for den siktede.

12.7.2 Særlig om Høyesteretts behandling

Høyesterett har som landets øverste domstol et særskilt ansvar for at avgjørelsene den avsier bygger på en korrekt lovforståelse. Det gjelder særlig etter hvert som Høyesterett har beveget seg i retning av å være en mer rendyrket prejudikatdomstol. En prejudikatdomstols virksomhet kjenne-tegnes ved at avgjørelsene den avsier i tillegg til å

avgjøre den konkrete saken, også er ment å ha betydning for andre, lignende saker. Det forhold at Høyesterett selv ser rettsutvikling og rettsavklaring som sin oppgave, tilsier etter utvalgets vurdering at det må kunne stilles særlig høye krav til kvaliteten på domstolens avgjørelser.

I HR-2017-560-A behandlet Høyesterett hvordan straff for brudd på folketrygdlovens regler om utenlandsopphold skal utmåles. Vurdert isolert fra EØS-rettens regler, har utvalget lite å utsette på Høyesteretts rettskildebruk og argumentasjon. Problemet er imidlertid at Høyesterett ikke problematiserer om EØS-retten ga tiltalte rett til å oppholde seg i utlandet, og at det dermed i utgangspunktet ikke var adgang til å ilegge straff utelukkende for opphold i et annet land i EØS-området.

Man kan ha ulike meninger om hvor tilgjengelig EØS-rettens regler på dette punktet er. Utvalget mener imidlertid det er å forvente at Høyesteretts dommere ser at et krav om opphold i Norge med tilhørende krav til søknad om opphold i utlandet står i et tvilsomt forhold til de reglene om fri bevegelighet EØS-retten gir grunnlag. Dette gjelder særlig tatt i betraktning at behandlingen i Høyesterett var begrenset til en rettslig vurdering av et avklart faktum, den grundige behandling som ligger i saksgangen forut for og under behandlingen i Høyesterett, og at dommerne støttes av en egen utredningsenhet. Uavhengig av hvor tilgjengelig regelverket var, mener utvalget det alltid er kritikkverdig dersom Høyesterett domfeller uten hjemmel for straff. Utvalget mener derfor det er kritikkverdig at Høyesterett ikke så og problematiserte det underliggende EØS-rettslige spørsmålet i HR-2017-560-A.

I HR-2012-409-A var trygdebedrageriet ett av flere tiltalepunkter, og utenlandsoppholdet hadde neppe selvstendig betydning for straffutmålingen. Det kan stilles spørsmål ved om Høyesterett bør ha oppmerksomhet om et forhold som ligger utenfor anken når det ikke har betydning for resultatet. Utvalget har i punkt 12.5.1 beskrevet hvordan Høyesteretts posisjon gir domstolens avgjørelser signaleffekter som går ut over avgjørelsens prejudikativkninger. Dette innebærer at avgjørelser fra Høyesterett regelmessig tas til inntekt for å bekrefte eller avkrefte synspunkter, også som følge av at forhold ikke kommenteres. Tolket slik kan avgjørelsen i HR-2012-409-A forstås som en bekreftelse av at EØS-retten ikke har betydning for adgangen til å motta sykepengen under opphold i utlandet. Selv om det ikke er grunnlag for samme kritikk av Høyesterett i denne saken

¹⁵⁰ HR-2019-2282-U. Se brev fra Riksadvokaten til statsadvokater og politimestrene av 20. februar 2020.

¹⁵¹ Se nærmere om utvalgets møter med noen av de berørte i kapittel 4.

¹⁵² Jf. straffeloven, § 78 bokstav f. Forgjengeren til denne bestemmelsen ble inntatt i strl. 1902 § 59 andre ledd, jf. lov 2. mars 2001 nr. 7. Bestemmelsen ble innført for å fremme hurtigere straffesaksbehandling, se Matningsdal (2015) s. 719 flg. I det skriftlige materialet foreligger det informasjon om betydningen av en tilståelse, i samsvar med intensjonen bak lovendringen.

som i HR-2017-560-A, mener utvalget det er viktig at Høyesterett er seg bevisst at deres avgjørelser uansett sender signaler til de lavere domstolene og forvaltningen om en riktig forståelse av både norske og internasjonale rettsregler på de relevante områdene.

12.7.3 Merknad fra enkeltmedlemmer

Utvalgsmedlem Fløistad viser til kapittel 6 hvor dette medlemmet redegjør for sitt syn på retten til fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende fra 1994. For tiden etter 1. juni 2012 vises det til samme kapittel og delutredningen. Som det er redegjort for i kapittel 6, mener dette medlem at det i analysen må skilles mellom saker fra tiden før og etter gjennomføringen av den nye trygdeforordningen, og om analysen forutsetter at retten til fri bevegelighet for tjenester kommer til anvendelse. For analysene i dette kapitlet mener Fløistad at det kan reises spørsmål ved om flertallet for en del av vurderingene også bygger disse på at tjenestereglene kommer til anvendelse. Det kan gjelde for saker fra før den nye trygdeforordningen trådte i kraft. Det skaper også en uklarhet å bygge på en premiss om at EØS-retten «gir rett til opphold». Slik utvalgs-

medlem Fløistad ser det, er det forskjell på et vern mot at forvaltningen avslår en ytelse utelukkende basert på opphold i en annen EØS-stat, og at EØS-retten gir rettigheter knyttet til «å beholde en ytelse» ved kortvarige/midlertidige opphold i andre EØS-stater. I analysen av påtalemyndighetens og domstolens håndtering er det ikke skilt mellom dette.

Utvalgsmedlem Midthjell deler medlem Fløistads syn på de vurderingene som er gjort, og de spørsmål som stilles vedrørende grunnlaget for disse. Det vises i så måte til kapittel 6.

Medlemmet er videre uenig i en vesentlig del av de øvrige vurderinger som fremkommer i 12.7, herunder av påtalemyndighetens håndtering at sakene, forsvarerbistanden, om det er gitt informasjon om oppholds krav, straffbarheten av handlingene, samt skyldvurderingen. Medlemmet har funnet grunn til å stille spørsmål om riktigheten av dommer også ut over EØS-sakene. Medlemmets merknader, opprinnelig basert på innspill underveis i kapitlet, er av redaksjonelle årsaker besluttet flyttet ut av kapitlet etter at merknadene var ferdigstilt. Disse merknadene er tatt inn i et eget kapittel 18, der merknader til kapittel 12 fremgår av punkt 18.3.

Kapittel 13

Juridisk grunnutdanning og trygderettslig forskning

Boks 13.1

Funn:

- EØS-rett inngår i den obligatoriske emnekretsen ved alle de tre norske universitetene som tilbyr mastergrad i rettsvitenskap, og slik har det vært siden 1994. Innretningen på emnet varierer
- Trygderett, som en del av velferdsretten, inngår i den obligatoriske emnekretsen ved alle de tre universitetene som tilbyr mastergrad i rettsvitenskap. Innretningen på emnet varierer
- Den EØS-rettslige litteraturen påpeker det generelle poenget at EØS-retten, både slik den følger av sekundærlovgivning som forordninger og direktiver, og slik den følger av bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel, har betydning for utformingen og praktiseringen av norske trygderegler. Konkret hvilke bestemmelser i norsk trygderett som reiser EØS-rettslige spørsmål identifiseres gjennomgående ikke
- Den trygderettslige litteraturen som foreligger på norsk kjennetegnes ved at EØS-rettslige problemstillinger, i den grad de er identifisert, behandles temmelig overflatisk. Det er vanskelig å se spor av systematiske studier av EU- eller EFTA-domstolens praksis eller av annet rettskildemateriale som knytter seg til trygdeforordningene eller øvrig EØS-rett

Læringspunkter:

- Juridisk forskning og undervisning må i langt større grad ta inn over seg at EØS-rett ikke bare er et eget rettsområde, men også en integrert del av andre rettsområder
- Arbeidsgiver bør ha et strukturert spesialiserings- og ajourføringsopplegg som sikrer at de som arbeider med et fagfelt har nødvendige faglige forutsetninger

13.1 Innledning

Utvalgets undersøkelser viser at det tok lang tid før de EØS-rettslige spørsmålene som er tema for denne utredningen ble identifisert og håndtert tilfredsstillende, det være seg i forvaltningen, påtalemyndigheten eller domstolene. Utredningen viser også at feilpraktiseringen har to elementer.

Det ene elementet er en feiltolkning av uttrykket «oppholder seg» i forordning 883/2004 art. 21. Dette er en feil som har gjort seg gjeldende siden forordningen ble gjennomført i norsk rett i juni 2012. Det andre elementet er manglende identifi- sering av hvilken betydning regler om fri bevege- lighet slik de følger av EØS-avtalens hoveddel har ved praktiseringen av folketrygdlovens regler.

Dette er en feil som har gjort seg gjeldende siden EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994.¹

Det fremgår av utvalgets mandat at det skal vurderes «bakgrunnen for Arbeids- og velferds-etatens tolkning og praktisering av trygdeforordningen og øvrig EØS-rett knyttet til muligheten for å ta med seg syke-, arbeidsavklarings- og pleie-penger ved midlertidig opphold i andre EØS-land», og «[p]åtalemyndighetens og domstolenes håndtering av sakene». Et fellestrekk ved de personene i Arbeids- og velferdsetaten som har vært sentrale ved tolkningen og praktiseringen av trygdeforordningen og øvrig EØS-rett og de som har håndtert sakene i rettsapparatet, er at de er jurister. De aller fleste av disse har fått sin juridiske utdanning i Norge. Utvalget ser det derfor som en del av sin oppgave å vurdere om det er sider ved hvordan EØS-rett er håndtert i den juridiske utdannelsen, både som et emne i seg selv og som en integrert del av emnet trygderett, som kan bidra til å forklare hvorfor det tok så lang tid før enkelte av de EØS-rettslige problemstillingene oppholdskravene reiser ble identifisert og håndtert.

Masterstudiet i rettsvitenskap, og før det, det juridiske embetsstudiet, er en generalistutdanning med begrensede muligheter for spesialisering. EØS-rett har vært et obligatorisk element i emnekretsen i studiene ved universitetene i Bergen, Oslo og Tromsø, de tre universitetene som tilbyr masterstudium i rettsvitenskap, siden EØS-avtalen trådte i kraft.

Trygderett har vært et obligatorisk emne på jusstudiet i mer enn 40 år, og er det, sammen med andre velferdsrettslige emner, fremdeles. Hvilke trygderettslige emner og dimensjoner oppmerksomheten konsentreres om, varierer imidlertid mellom de tre studiestedene.

Et særtrekk ved EØS-retten er at den både stiller krav til innholdet i norsk rett og inngår som en integrert del av norsk rett. EØS-rett er dermed et emne i seg selv, og et emne integrert i andre emner. Et ytterligere trekk ved EØS-retten er at den er sektoruavhengig. EØS-retten gjennom-syrer norsk rett, og det er påpekt at «[o]ver-raskende mange spørsmål i norsk rett kan ha en side mot EØS-retten, og denne siden vil det kreve innsikt, og ofte også rettslig fantasi, å identifisere».² En konsekvens av dette er at EØS-rett

ikke bare undervises som eget emne, men, siden jusstudiet er et studium i gjeldende rett, også inngår som et element i de øvrige emner det undervises i. Integreringen av EØS-rettslige problemstillinger varierer mellom de enkelte juridiske emnene.

En rekke av de juristene som har jobbet med denne saken fikk sin juridiske grunnutdanning før 1994, da EØS-rett ble et obligatorisk emne ved alle de tre norske lærestedene som tildeler det som nå kalles mastergrad i rettsvitenskap. Mange jurister har et eller flere semestre ved utenlandske læresteder som en del av den graden de har oppnådd i Norge. I slike semestre kan det meget vel ha vært studert EU-rettslige emner. Endelig er det slik at det ikke er helt uvanlig at jurister, etter endt studium i Norge, tilbringer et eller flere år ved et juridisk lærested i et annet land. Dette rokker likevel ikke ved at det er av interesse å se hvordan EØS-rett og trygderett inngår i studiet ved de norske juridiske lærestedene.

I punkt 13.2 gis det en beskrivelse av EØS-rettens plass i jusstudiet ved universitetene i Bergen, Oslo og Tromsø. Også ved de universiteter og høyskoler som tilbyr bachelorgrader i jus utformet med sikte på å kunne gi grunnlag for godskrivning i mastergraden i rettsvitenskap, inngår EØS-rett i emnekretsen. Beskrivelsen nedenfor vil derfor også være dekkende for hvordan situasjonen er ved disse lærestedene.

Trygderett inngår også i andre utdanninger som ansatte i forvaltningen ofte har.³ Utvalget har ikke gått systematisk gjennom disse, men viser til omtalen av norskspråklig trygderettslig litteratur i punkt 13.4 og 13.5.

13.2 EØS- og trygderettens plass i masterstudiene i rettsvitenskap i dag

Oppbyggingen av masterstudiet i rettsvitenskap ved de tre universitetene som tilbyr graden er ikke lik. Et fellestrekk er likevel at EØS-rett og velferdsrett/helse- og sosialrett undervises på det andre studieåret ved alle lærestedene.

Ved Universitetet i Bergen inngår helse- og sosialrettslige emner i kurset «JUS123 Forvaltningsrett II». Kurset består av 17 studiepoeng. Et semester utgjør 30 studiepoeng, slik at kurset er normert til omtrent et halvt semesters arbeid. Reglene om kontantytelser under sykdom dekkes imidlertid ikke. EØS-rett inngår i kurset «JUS121 Norske og internasjonale rettslige institusjoner».

¹ Det er dissens i utvalget knyttet til hvilke persongrupper som var vernet av EØS-retten på dette området før 1. juni 2012. Rettsstilstanden før dette tidspunktet har betydning for hvilket omfang feilen har hatt mellom 1994 og 2012. Utvalgsmedlemmene Fløistad og Midthjell redegjør nærmere for sitt syn i kapittel 6.

² Arnesen og Stenvik (2015) s. 15.

³ For eksempel er velferdsrett gjennomgående en del av bachelorprogrammene i sosialt arbeid.

Også dette kurset består av 17 studiepoeng. Om læringsutbyttet av dette kurset heter det:

«Når kurset er gjennomført skal studentene kunna gjera greie for det dynamiske samspelet mellom statsmaktene og mellom nasjonal og internasjonal rett og korleis dette verkar inn på utforminga av og tolkinga av retten.»⁴

Studentene skal, i henhold til litteraturangivelsen for emnet, lese utvalgte deler av Fredriksen og Mathisen, EØS-rett, og av Horspool mfl., European Union Law.⁵ Oppmerksomheten i disse utsnittene er rettet mot de institusjonelle og metodiske sidene ved EU- og EØS-retten, ikke reglene om de fire friheter. Der den materielle EØS-retten behandles, er rettighetene til personer som ikke er økonomisk aktive viet særskilt oppmerksomhet.⁶ Utvalget er også kjent med at generell fri bevegelse dekkes i undervisningen.⁷

Studentene kan velge emnet «JUS250-2-D Velferdsrett» som spesialemerne på femte studieår. Emnet dekker blant annet reglene om kontantytelser under sykdom. I kurslitteraturen inngår Kjønsstad mfl., Velferdsrett I,⁸ som omtales i punkt 13.4 nedenfor.

Slik den obligatoriske delen av masterstudiet i rettsvitenskap er innrettet ved Universitetet i Bergen, kan det synes som studentene gis begrensede forutsetninger for å se trygderett og EØS-rett, og da særlig reglene om de fire friheter, i sammenheng.⁹

Ved Universitetet i Oslo undervises EØS-rett og velferdsrett på andre studieår, som del av samme emne, JUS2211. Emnet er gitt 30 studiepoeng, og er dermed normert til ett semesters arbeid. Av disse studiepoengene har velferdsrett syv og EØS-rett fem. Velferdsrett dekker også trygderettslige emner, og det kreves at studenten skal ha god forståelse av blant annet reglene om «rett til trygdeytelser til livsopphold ved sykdom, arbeidsavklaring, [...]». I hovedlitteraturen inngår de avsnittene i Kjønsstad mfl. Velferdsrett I som behandler folketrygdlovens vilkår om opphold på norsk territorium for rett til kontantytelser under sykdom.¹⁰

⁴ Universitetet i Bergen (u.å.).

⁵ Fredriksen og Mathisen (2018) og Horspool, Humphreys og Wells-Greco (2018).

⁶ Se Fredriksen og Mathisen (2018) kapittel I 2.8.

⁷ Frem til rundt 2013 leste man i Bergen Sejersted mfl., EØS-rett, hvor første utgave kom i 1995.

⁸ Kjønsstad, Syse og Kjelland (2017).

⁹ Universitetet i Agder, Universitetet i Stavanger og Høgskolen i Innlandet opererer med de samme kunnskapskravene i velferdsrett og EØS-rett som Universitetet i Bergen.

¹⁰ Kjønsstad, Syse og Kjelland (2017).

I EØS-rett skal studentene blant annet lese deler av Sejersted mfl., EØS-rett.¹¹ Oppmerksomheten er her rettet mot reglene om de fire friheter.¹² Siden 1994 har det vært et krav at studentene kjenner reglene om fri bevegelse for varer og hovedtrekkene ved reglene om de øvrige frihetene,¹³ og i dag kreves det at studentene også skal ha god forståelse av reglene om fri bevegelse for arbeidskraft og reglene om etableringsrett.

Om læringskravene i EØS-rett heter det at studentene skal ha:

«En grunnleggende forståelse av hvordan internasjonal regulering av økonomiske aktiviteter griper inn i nasjonale rettssystemer.

Forståelse av de grunnleggende elementene som inngår i internasjonale regler om økonomiske aktiviteter.»¹⁴

Endelig heter det at studentene etter at JUS2211 er bestått skal

«ha god forståelse av de grunnleggende sidene ved forvaltningsrett, EØS-rett, velferdsrett og miljørett og for sammenhengen mellom disse.»¹⁵

Det kan dermed synes som den obligatoriske delen av masterstudiet i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo gir studentene forutsetninger for å se EØS-rett, herunder reglene om de fire friheter, og trygderett i sammenheng.¹⁶

Ved Universitetet i Tromsø inngår EU/EØS-rett i årsenheten 2. avdeling, sammen med velferdsrett. EØS-rett er allokert åtte studiepoeng og velferdsrett ni. Reglene om kontantytelser ved sykdom dekkes imidlertid ikke av kunnskapskravene i velferdsrett. I EØS-rett kreves det blant annet «kunnskap om hovedreglene for det indre marked (de fire friheter, konkurransereglene)», og etter bestått eksamen «kan studenten identifisere»

¹¹ Sejersted mfl. (2011) Boken regnes som det norskspråklige standardverket i EØS-rett, men det er som det fremgår nesten ti år siden siste utgave kom ut. Første utgave av denne boken kom i 1995.

¹² De institusjonelle sidene i dekkes av §§ 14 og 15 i Irgens-Jensen (2019).

¹³ Avhengig av studiereformer og justeringer av sammensetningen av emnene, har det variert om studentene skal ha mer inngående kjennskap til reglene om andre friheter enn frie varebevegelser.

¹⁴ Universitetet i Oslo (2019).

¹⁵ Universitetet i Oslo (2019).

¹⁶ Universitetet i Sørøst-Norge opererer med de samme kunnskapskravene som Universitetet i Oslo i sitt bachelorprogram i jus.

sere og løse EØS-rettslige problemstillinger av teoretisk og praktisk art».¹⁷ Læreboken er Sejersted mfl., EØS-rett.

Selv om folketrygdlovens regler om kontantytelser under sykdom ikke inngår i kunnskapskravene, synes det som også den obligatoriske delen av masterstudiet i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø gir studentene forutsetninger for å identifisere EØS-rettslige spørsmål knyttet til norsk rett for øvrig.

Felles for behandlingen av EØS-rett ved de tre lærestedene, er en ambisjon om at EØS-rettens betydning i de enkelte rettsområdene som inngår i studiet skal identifiseres og drøftes der det er relevant. I de neste avsnittene redegjøres det derfor for om og hvordan denne ambisjonen kommer til uttrykk i de læremidlene, pensumlitteraturen, som benyttes i henholdsvis EØS-rett og trygderett.

13.3 Behandlingen av trygderettslige spørsmål i den EØS-rettslige pensumlitteraturen

Ved universitetene i Oslo og Tromsø leses Sejersted mfl., EØS-rett. Ved Universitetet i Tromsø leses kapitlene 1 til 17, mens kapitlene 8, 9 og 14 til 21 leses i Oslo. Frem til Fredriksen og Mathisen, EØS-rett kom i første utgave i 2012, var fremstillingen den enerådende fremstillingen av EØS-rett på norsk. Det betyr at frem til 2013, var det denne boken jusstudentene kjøpte og leste, uavhengig av hvor i Norge de studerte. Fra rundt 2013 har bergensstudentene lest Fredriksen og Mathisen. Nyeste utgave av Sejersted mfl. kom i 2011.

I Sejersted mfl. behandles reglene om de fire friheter, der en eventuell omtale av EØS-rettens betydning for trygderetten naturlig hører hjemme, i kapitlene 15 følgende. I kapittel 18, Fri bevegelse for personer og tjenester – utgangspunkter, har avsnitt 18.6 overskriften «Trygderettslig vern». Der heter det:

«Selv om EØS-avtalen ikke gjennomfører noen generell harmonisering av trygdesystemene i de ulike landene, inneholder EØS-avtalens hoveddel og sekundærlovgivningen viktige trygderettslige regler.

For det første inneholder de alminnelige reglene om fri bevegelse skranker for hva nasjonale trygdemyndigheter kan bestemme. Nasjonale regler må ikke innebære nasjonal-

tetsbestemt forskjellsbehandling eller forbudte restriksjoner på den frie bevegelse. Det vises her til fremstillingen i kapittel 19–21, som blant annet vil bli illustrert med eksempler fra trygdeområdet.

[...]

For det tredje er det gitt viktige trygderettslige regler i sekundærlovgivningen, og særlig forordning 1408/71 [...] Bestemmelsene i sekundærlovgivningen endres stadig, er meget kompliserte, og har ført til et stort antall saker for EU-domstolen.»¹⁸

Boken gir ingen systematisk behandling av EØS-rettens betydning for retten til kontantytelser under sykdom, men de trygderelaterte eksemplene som gis dreier seg om trygdeavgifter, refusjon av utgifter til helsetjenester eller hjelpemidler kjøpt i andre EØS-land, og knytter an til henholdsvis reglene om fri bevegelse for arbeidskraft, tjenester og varer.¹⁹

Ved omtalen av EØS-avtalens regler om fri bevegelse for arbeidstakere brukes det en del plass på EU-domstolens avgjørelse i sak C-18/95 *Terhoeve*, som gjaldt betaling av trygdeavgift.²⁰ Her fant EU-domstolen at det fulgte av forordning 1408/71 at nederlandsk rett kom til anvendelse, og dermed også de nederlandske reglene om trygdeavgift. Domstolen understreket imidlertid at disse reglene må ligge innenfor rammene av hva EU-retten for øvrig tillater,²¹ og vurderte dem mot reglene om fri bevegelse for arbeidskraft. Et selvstendig poeng i relasjon til de spørsmål utvalget behandler, er at tvisten sto mellom en nederlender og nederlandske myndigheter.²²

Ved omtalen av EØS-avtalens regler om fri bevegelse for tjenester påpekes det uttrykkelig at tjenestereguleringene

«kommer til anvendelse uavhengig av om det aktuelle området er nærmere regulert i *sekun-*

¹⁸ Sejersted mfl. (2011) s. 352. Avsnittet hadde samme innhold i 2. utg. (2004). I første utgave, fra 1995, var oppmerksomheten konsentrert om sekundærlovgivningen.

¹⁹ Blant de avgjørelsene det vises til kan nevnes sak C-120/95 *Decker*, som gjaldt stønad til kjøp av briller kjøpt utenlands, sak C-158/96 *Kohll*, som gjaldt avslag på søknad om tannbehandling utenlands for trygdens regning, sak C-157/99 *Smits og Peerbooms*, og sak C-372/04 *Watts*, som begge gjaldt dekning av helsetjenester mottatt utenlands.

²⁰ Sejersted mfl. (2011) s. 379–380. Se s. 366–367 i 2. utg. Sejersted mfl. (2004).

²¹ Se sak C-18/95 *Terhoeve*, avsnitt 34.

²² Dette fordi saken dermed gjaldt såkalt hjemstatsregulering, ikke vertsstatsregulering. Se nærmere om betydningen av de ulike situasjonene i kapittel 5.

¹⁷ UiT Norges arktiske universitet (u.å).

dærløvgivningen (forordninger og direktiver). Eksempler på dette gir dommer der det understrekes at selv om kompetansen til å gi nye regler om skatt, trygd og straffeprosess i det vesentlige ligger på statlig nivå, må slike regler holde seg innenfor de rammer EØS art. 36 og 37 trekker opp.»²³

Fredriksen og Mathisen, EØS-rett, er en mer ren-dyrket lærebok. Dette medfører at fremstillingen av reglene om de fire friheter blir mer konseptuell og abstrakt, og eksemplene fra rettspraksis færre.²⁴

13.4 Behandlingen av EØS-rettslige spørsmål i den trygderettslige pensumlitteraturen

Det er bare ved Universitetet i Oslo at reglene om kontantytelser ved sykdom inngår blant de obligatoriske elementene i masterstudiet. Studentene leser her Kjønstad mfl., Velferdsrett I,²⁵ hvor reglene om kontantytelser ved sykdom er behandlet i kapittel 6.²⁶ Formålet med fremstillingen er

«å gi Nav-ansatte, helsearbeidere, sosialarbeidere, barnevernspedagoger og andre med behov for kunnskap om velferdsrett, en innføring i de rettsgrunnlagene som velferdsretten bygger på. [...] Det er vårt håp at også enkeltpersoner som mener de har rett til velferdsgoder, vil kunne finne svar og/eller argumenter for en riktig løsning.»²⁷

I kapittel 2 Rettighetstenkningen i velferdsretten, omhandler et eget avsnitt, avsnitt 2.2.3.3, EU/EØS-retten. Her nevnes det at EU-domstolens praksis står sentralt ved tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser, og at «EØS-avtalens bestem-

²³ Sejersted mfl. (2011) s. 433. I en fotnote nevnes som eksempel fra trygdeområdet sak C-158/96 *Kohll*. Tilsvarende i 2. utg. (2004), på s. 434.

²⁴ For eksempel nevnes verken sak C-18/95 *Terhoeve*, som gjaldt beregning av trygdeavgift, sak C-120/95 *Decker*, som gjaldt stønad til kjøp av briller kjøpt utenlands, sak C-158/96 *Kohll*, som gjaldt avslag på søknad om tannbehandling utenlands for trygdens regning, eller sak C-157/99 *Smits og Peerbooms*, og sak C-372/04 *Watts*, som begge gjaldt dekning av helsetjenester mottatt utenlands.

²⁵ Kjønstad, Syse og Kjelland (2017).

²⁶ Morten Kjelland har revidert dette kapittelet. I tidligere utgaver er kapittelet skrevet av Asbjørn Kjønstad. Han gikk bort i 2015, før revisjonen av boken kom i gang. Det fremgår at Kjelland og Syse begge er ansvarlige for hele boka, jf. Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 6.

²⁷ Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 5.

melser om pensjons- og trygderettigheter finnes i forordning 883/2004 og 987/2009». Det fremgår at forordningene er gjennomført i norsk rett ved forskrift gitt med hjemmel i folketrygdloven §§ 1-3 og 25-15. Det heter videre at bestemmelsene i forordningen «går foran norsk lov ved eventuell motstrid, sml. forrangsprinsippet i EØS-loven § 2».²⁸ Mulige motstridstilfeller identifiseres ikke. Endelig heter det at formålet med trygdeforordningene er å sikre at

«ytelser fra EØS-statenes pensjons- og trygde-systemer i størst mulig grad skal koordineres. [...] Det betyr at EØS-statene kan opprettholde sine egne pensjons- og trygdeordninger så lenge de ikke diskriminerer borgere fra andre medlemsstater eller hindrer fri bevegelse for arbeidskraft.»²⁹

Betydningen av de øvrige frihetene nevnes ikke, og heller ikke hvilke begrensninger reglene om fri bevegelse for arbeidskraft setter. I dette avsnittet omtales også de fire koordineringsprinsippene i forordningen nærmere. Blant disse prinsippene er «eksportabilitetsprinsippet», som forankres i forordningen artikkel 7. Dette prinsippet skal innebære at ytelser ikke kan nektes eller holdes tilbake fordi mottakeren bor i et annet land enn det landet ytelsen er opptjent i. Eksportabilitetsprinsippet betyr at mottaker oppholder seg i et annet land enn det landet ytelsen er opptjent i, men uten å bo der, omtales ikke. Leseren gjøres heller ikke oppmerksom på forordningens artikkel 21.

Om kravet etter folketrygdloven § 8-9 til opphold i Norge som vilkår for rett til sykepenger, heter at fra det utgangspunktet bestemmelsen gir

«er det viktige unntak, som kommer til uttrykk gjennom trygderettens europeiske dimensjon: Etter forordning 883/2004 kan sykepenger i betydelig utstrekning utbetales under opphold i andre EU/EØS-land, se punkt 2.2.3.3.»³⁰

I punkt 2.2.3.3 omtales som nevnt bare situasjonen der mottaker er bosatt i en annen EØS-stat enn Norge, og forordning 883/2004 artikkel 21 omtales ikke. Fremstillingen er også taus om betydningen av EØS-avtalens regler om de fire friheter.

²⁸ Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 90. Dette er ikke riktig. Forrangen fremfor folketrygdlovens bestemmelser følger av forskriften selv. EØS-loven § 2 regulerer heller ikke forholdet mellom lov og nyere forskrift.

²⁹ Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 91.

³⁰ Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 263.

Oppholdskravet for rett til arbeidsavklaringspenger, jf. folketrygdloven § 11-3, omtales i noe større bredde. Med henvisning til folketrygdloven § 11-3 annet og tredje ledd nevnes det kort at medlemmet kan ha rett til arbeidsavklaringspenger også under opphold i utlandet, og at en forutsetning er at oppholdet er forenlig med gjennomføringen av aktivitetsplanen.³¹ Aktivitetstiltak behandles nærmere i avsnitt 6.4.2.6. Her heter det at «[a]ktivitetstiltak i ftrl. § 11-8 reguleres fullt ut av intern norsk rett», og som belegg vises det til Trygderettens avgjørelse TRR-2015-1493.³²

Saken gjaldt retten til å motta arbeidsavklaringspenger etter flytting til annet EØS-land. Trygderetten fant, etter å ha vurdert forordning 883/2004 artikkel 21, at slik rett ikke forelå. Begrunnelsen var at flyttingen ville vanskeliggjøre Navs oppfølging av vedkommende.

Forbindelsen til de alminnelige reglene om fri bevegelighet, herunder om EØS-retten tillater begrensninger i retten til å motta ytelser etter flytting begrunnet i slike forhold som i saken, verken behandles eller identifiseres.

Domsregisteret i boken oppgir ingen avgjørelser fra EU-domstolen, men viser til to fra EFTA-domstolen. Den ene av disse gjaldt spørsmålet om ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift er å anse som statsstøtte, mens den andre er et traktatbruddsspørsmål mot Norge om brudd på forordning 1408/71 i forbindelse med barnetrygd.³³

13.5 Behandlingen av kravet om opphold i Norge for rett til kontantytelser under sykdom i annen juridisk litteratur

13.5.1 Innledning

Den trygderettslige litteraturen er omfattende, og også om kontantytelser under sykdom er det skrevet atskillig. I det følgende gis det en nærmere beskrivelse av behandlingen av EØS-rettslige spørsmål i denne. Formålet er å vise hvilken oppmerksomhet EØS-rettslige problemstillinger er viet ved behandlingen av retten til kontantytelser under sykdom i litteratur de som er involvert i praktisk arbeid med ytelsene antas å ha rimelig enkel tilgang til. Beskrivelsen er derfor ikke uttømmende, men gir et bilde av behandlingen av

EØS-rett i sentral norskspråklig litteratur på området.

Det foreligger atskillig juridisk litteratur på andre språk enn norsk om forordning 883/2004, om spørsmål som oppstår i skjæringsfeltet mellom nasjonale velferdsordninger og EU-retten,³⁴ og i noen grad også om slike spørsmål i EØS-retten.³⁵ Siktemålet med gjennomgangen i dette avsnittet er imidlertid ikke å gi en oversikt over den internasjonale litteraturen på området, men å peke på hvordan EU- og EØS-rettslige problemstillinger er behandlet i norsk juridisk litteratur.

13.5.2 Monografier og lærebøker

*Gudrun Holgersen, «Arbeidsavklaring og trygdeytelser»*³⁶

Boken er ifølge omslaget en behandling av «folketrygdlovens regler om ytelser under arbeidsavklaring med en rettslig innfallsvinkel». Boken er ifølge forordet verken en lærebok eller en lovkommentar, men en «bred fremstilling med hovedvekt på de sentrale vilkårene for ytelsene». Kapittel 1 inneholder blant annet et avsnitt 1.5 «Litt om rettskildene». Avsnittet presenterer en rekke rettskilder, med en tilhørende kommentar om hvilken vekt ulike kilder har. Avsnittet inneholder ingen omtale av EØS-rettslige regler eller praksis fra EU- eller EFTA-domstolen.

I kapittel 5 redegjør forfatteren for spørsmål om «medlemskap, opphold i Norge og alder». Avsnitt 5.1.1 behandler krav om medlemskap i trygden som vilkår for rett til arbeidsavklaringspenger, og i siste setning vises det til at «krav til forutgående medlemskap også kan være oppfylt for den som har vært medlem i et annet EØS-lands trygdeordning.»³⁷ I fotnoten til den siterte setningen heter det at

«Betydningen av EØS-avtalen for trygderettigheter er regulert i 'Trygdeforordningen'; Europaparlamentets og Rådets forordning 883/2004 av 29. april 2004, i kraft for medlemslandene i EU i 2010, og for EØS-landene, herunder Norge, fra 1. juni 2012. Forordningen avløste den tidligere Rådsforordning 1408/71.

³¹ Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 276.

³² Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 283.

³³ Henholdsvis sak E-6/98, *Norge mot ESA*, og sak E-6/12 *ESA mot Norge*.

³⁴ Fuchs og Cornelissen (2015) kan nevnes særskilt.

³⁵ For en fremstilling som uttrykkelig tar for seg EØS-avtalen, vises til Fløistad (2018). De særlige spørsmålene krav om opphold for rett til kontantytelser under sykdomsreiser behandles ikke, men oppholdskrav for rett til andre ytelser diskuteres inngående.

³⁶ Holgersen (2015). Anmeldt i Haider (2016).

³⁷ Holgersen (2015) s. 100.

Forordningen og dennes betydning for ytelser etter folketrygdloven blir ikke behandlet i denne fremstillingen.»³⁸

For den som leser fotnoten, er det derfor ingen overraskelse at avsnitt 5.2 «Opphold i Norge», hvor forfatteren behandler kravet til opphold i Norge i folketrygdloven § 11-3, ikke inneholder en eneste henvisning til eller omtale av EØS-rettslige regler eller praksis fra EU- eller EFTA-domstolen.

Kilderegisteret inneholder ikke henvisninger til praksis fra EU- eller EFTA-domstolen.

Asbjørn Kjønstad, «Innføring i trygderett»³⁹

Dette er, som tittelen sier, en lærebok i trygderett. Det fremgår av vaskeseddelen at boken «først og fremst [er] en lærebok for jusstudenter, men kan også være relevant for studenter innen helse- og sosialfag». Kapittel 2 i denne boken er kalt «Rettskildene i trygderetten», og i avsnitt 2.2.3, EU-reglens betydning i trygderetten, gis det en kort beskrivelse av formålet med EØS-avtalen hvor det pekes på at et grunnleggende prinsipp i EU-retten er prinsippet om fri bevegelighet av arbeidskraft. Trygdeforordningene introduseres, og det fremheves at formålet med dem er å sikre at personer som arbeider i EØS-området ikke skal miste pensjons- og trygderettigheter om de flytter til en annen EØS-stat. Dette betyr, heter det,

«at EØS-statene kan opprettholde sine egne pensjons- og trygdeordninger så lenge de ikke diskriminerer de andre medlemsstatenes borgere eller legger hindringer i veien for 'fri bevegelse av arbeidskraft'».⁴⁰

Det redegjøres så for fire hovedprinsipper «EØS-avtalens bestemmelser om pensjons- og trygderettigheter bygger på». Disse er likebehandlingsprinsippet (forklart som et forbud mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling), sammenleggingsprinsippet, pro rata temporis-prinsippet og eksportabilitetsprinsippet. Dette siste prinsippet er forklart slik at pensjons- og trygdeytelser skal utbetales i den EØS-stat vedkommende bor, selv om denne er en annen enn den der ytelsene er tjent opp. Som eksempel på bestemmelser i folke-

trygdloven som forordning 883/2004 medfører at ikke kan legges til grunn, nevnes folketrygdloven § 4-2, som krever opphold i Norge for rett til dagpenger under arbeidsløshet.⁴¹

Bortsett fra henvisningen til fri bevegelighet for arbeidskraft, sitert over, drøftes det ikke hvordan reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft, eller andre friheter bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel gir grunnlag for, virker inn på nasjonale trygde-regler. Avsnitt 2.3, med overskriften «Praksisbaserte rettskilder», omtaler prejudikater fra Høyesterett, lagmannsrettens praksis, Trygderettens praksis og Navs rundskriv. Betydningen av EU-domstolens praksis omtales imidlertid ikke, og heller ikke betydningen av EFTA-domstolens praksis. Gitt at det bokstavelig talt foreligger hundrevis av avgjørelser fra EU-domstolen om forståelsen av trygdeforordningene alene, og at så vel EU-domstolens som EFTA-domstolens praksis står helt sentralt ved tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser, er det etter utvalgets oppfatning uheldig at dette ikke nevnes. I hele boken vises det bare til én avgjørelse fra EU-domstolen og én fra EFTA-domstolen.⁴²

Ved behandlingen av kravet om opphold i Norge for rett til sykepenger heter det:

«Etter forordning (EØF) 883/2004 kan sykepenger i betydelig utstrekning utbetales under opphold i andre EØS-land. Personer som arbeider i Norge uten å være bosatt her, vil ved sykdom kunne få sykepenger fra Norge ved opphold i sitt hjemland (artikkel 21). Videre gjør forordningens bestemmelser om eksport også viktig unntak fra ffl. § 8-9.»⁴³

Folketrygdlovens bestemmelser om arbeidsavklaringspenger behandles i avsnitt 5.2. Kravet om opphold i Norge behandles i avsnitt 5.2.3. Her nevnes det at forordning 883/2004 artikkel 6 medfører at medlemstid i andre EØS-land kan medregnes ved vurderingen etter folketrygdloven § 11-2 om opptjeningsstid. Betydningen av forordning 883/2004 artikkel 21 drøftes ikke, og heller ikke problemstillinger reglene om de fire friheter reiser i relasjon til oppholds kravet.

³⁸ Holgersen (2015) s. 100.

³⁹ Kjønstad (2018), femte utgave ved Imran Haider. Etter at EØS-avtalen trådte i kraft, har boken kommet i tre utgaver, 3. utg. i 1998, 4. utg. i 2009 og 5. utg. i 2018.

⁴⁰ Kjønstad (2018) s. 44. Femte – og hittil siste – utgave ved Imran Haider.

⁴¹ Kjønstad (2018) s. 45. Fremstillingen her er nær identisk med fremstillingen i Kjønstad, Syse og Kjelland (2017).

⁴² Henholdsvis sak C-212/05 Hartmann, som gjaldt forståelsen av forordning 1612/68, og sak E-2/07 *ESA mot Norge*, som gjaldt forholdet mellom EØS-rettens forbud mot kjønnsbestemt forskjellsbehandling med hensyn til lønn og regler i lov om Statens Pensjonskasse.

⁴³ Kjønstad (2018) s. 76. Fotnote utelatt. I fotnoten vises det til Hasfjord (1999) og Andresen (2015a). Disse fremstillingene omtales nedenfor.

Runar Narvland, «Trygderett i et nøtteskall»⁴⁴

Det fremgår av forordet at hensikten med boken «er å gi en elementær oversikt over folketrygdloven og folketrygdsystemet». Det heter videre:

«Et fylldig noteverk bør kunne gi alle som arbeider med faget trygderett, nyttig hjelp til å finne fram til relevante avgjørelser og mer dyptpløyende litteratur innen fagfeltet.»⁴⁵

I kapittel 1 «Innledning», er forordning 883/2004 gitt et eget avsnitt i underavsnittet om medlemskap, avsnitt 1.3.1. Her fremheves forbindelsen mellom retten til fri bevegelighet for arbeidskraft og forordningen. Det påpekes at formålet med forordningen er å sørge for at personer ikke mister opptjente trygderettigheter, og at grunnleggende prinsipper i forordningen er «likebehandlingsprinsippet, prinsippet om sammenlegging av perioder og prinsippet om eksport av ytelse». Det nevnes at forordningen er gjennomført i norsk rett ved trygdekoordineringsforskriften, slik at forordningens bestemmelser går foran folketrygdlovens ved motstrid.⁴⁶ Det heter videre:

«Det vil føre for langt å gi en fullstendig framstilling av forordningens bestemmelser her, men jeg vil trekke inn relevante bestemmelser fra forordningen i framstillingen av de materielle reglene i folketrygdloven. Forordningens bestemmelser er utførlig kommentert i rundskriv fra Arbeids- og velferdsdirektoratet.»⁴⁷

I kapittel 4 redegjøres det for rettskildene. Avsnitt 4.1.3 omhandler EU-reglens betydning i trygderetten. Her nevnes forordning 883/2004, og Trygderettens avgjørelse i ankesak TRR-2009-02265 nevnes som eksempel på at forordningen er gitt forrang for norsk lov.

TRR-2009-02265 gjaldt rett til dagpenger for en svenske som hadde arbeidet i Norge, men senere var bosatt i Sverige. Trygderetten fant at folketrygdlovens krav om faktisk opphold i Norge ikke kunne legges til grunn, slik at det forelå rett til dagpenger. Trygderettens avgjørelse ble brakt inn for lagmannsretten, som ba om tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen. EFTA-domstolen bekreftet Trygderettens rettsoppfatning.⁴⁸ Narvland redegjør nærmere for EFTA-domstolens avgjørelse i avsnitt 7.1.1.

⁴⁴ Narvland (2018).

⁴⁵ Narvland (2018) s. 5. Runar Narvland har vært juridisk kyndig rettsmedlem i Trygderetten siden mars 2002.

⁴⁶ Narvland (2018) s. 28.

⁴⁷ Narvland (2018) s. 28. Utvalget omtaler rundskrivene i kapittel 10.

⁴⁸ Se sak E-3/12 Jonsson.

I avsnitt 4.2 gis det en oversikt over praksisbaserte rettskilder. Som Kjønstad, nevner Narvland prejudikater fra Høyesterett, lagmannsrettens praksis, Trygderettens praksis og Navs rundskriv. Heller ikke Narvland nevner EU-domstolens eller EFTA-domstolens praksis. Dette finner utvalget påfallende, ikke bare fordi det som nevnt foreligger bokstavelig talt hundrevis av avgjørelser fra EU-domstolen om forståelsen av trygdeforordningene alene, men også fordi det annetsteds i fremstillingen uttrykkelig vises til avgjørelser fra EFTA-domstolen.

Retten til sykepenger behandles i avsnitt 7.2, og avsnitt 7.2.1.9 har overskriften «Opphold i Norge eller utlandet». Her nevnes det at forordning 883/2004 tilsier at hovedregelen i folketrygdloven § 8-9 om opphold i Norge må fravikes i mange tilfeller der medlemmet er omfattet av forordningen. De eksemplene som gis, er de der medlemmet enten bor i utlandet og arbeider i Norge, eller bor og arbeider i Norge, men blir syk i utlandet. Standpunktet begrunnes med en henvisning til forordning 883/2004 artikkel 21 og rundskrivene. Noen ytterligere problematisering av forholdet mellom oppholdskravet og EØS-retten foretas ikke.⁴⁹

Arbeidsavklaringspenger behandles i avsnitt 7.6, og oppholdskravet i folketrygdloven § 11-3 i avsnitt 7.6.1. Her nevnes det at forordning 883/2004 kan ha betydning for anvendelsen av kravet om opphold, og gjengir som eksempel følgende fra Navs rundskriv:

«Når en arbeidstaker etter nasjonal praksis er vurdert som bosatt i Norge, men har ektefelle og/eller barn eller nære pårørende som han har jevnlig kontakt med i 'hjemlandet', har vedkommende i utgangspunktet også rett til arbeidsavklaringspenger når han eller hun oppholder seg der. Dette vil være i tråd med den frie bevegelighet for arbeidstakere innenfor EØS-området. Det understrekes at grunnvilkårene for rett til ytelsen likevel må være oppfylt uavhengig av hvor man befinner seg. Dette betyr blant annet at oppholdet må være forenlig med avtalt aktivitet for å komme i arbeid. I motsatt fall faller retten til arbeidsavklaringspenger bort.»⁵⁰

⁴⁹ Narvland (2018) s. 117–118.

⁵⁰ Narvland (2018) s. 165–166. Rundskrivet det siteres fra er NAV – Arbeids- og velferdsetaten, R45-00, Hovednr. 45 – Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd, Kapittel 11, Arbeidsavklaringspenger, punkt 11.3.1, utarbeidet 2012.

Standpunktet i Navs rundskriv synes å være forankret i en kombinasjon av de alminnelige reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere og en tolkning av begrepet «bosatt» slik det brukes i forordningen. Forfatteren utvikler ikke dette videre, og problematiserer heller ikke at det dermed kan se ut som kravet til opphold i Norge har et annet innhold der det er tale om sykepenge enn der det er tale om arbeidsavklaringspenge.

13.5.3 Antologier og artikler

Biørn Bogstad, red., «Trygd og pensjon i EØS»,⁵¹ er en fagantologi der forskjellige forfattere behandler ulike emner i skjæringsfeltet mellom EØS-rett og trygderett. For de spørsmål utvalget behandler, er det særlig kapitlene 1 og 5, kalt henholdsvis «Koordinering av trygdeytelser i EØS-området» og «Kontantytelser ved sykdom og svangerskap/fødsel», som er av interesse. Kapitlene er ikke bare interessante på grunn av spørsmålene de behandler, men også fordi forfatteren av disse kapitlene har lang fartstid i Rikstrygdeverket og Nav. I bokens forord omtales han som «en av dem med best kompetanse på pensjon og trygd i EØS».⁵² Kapitlet om koordinering av trygdeytelser er, som ventet, konsentrert om forordningens bestemmelser. Distinksjonen mellom koordinering og harmonisering fremheves,⁵³ men det forhold at alminnelige regler om fri bevegelighet setter rammer for utformingen av nasjonale trygderegler nevnes ikke, til tross for at dette var sikker rett og også påpekt i annen norsk litteratur.⁵⁴ I kapittel 5, «Kontantytelser ved sykdom og svangerskap/fødsel», behandles oppholds kravet etter folketrygdloven § 8-9 i avsnitt 5.2.4. Her nevnes det at forordning 883/2004 artikkel 21 medfører at en EØS-borger som bor i et annet land enn der han arbeider og er medlem, har

«rett til å få utbetalt sykepenge utbetalt i bostedslandet om han blir syk der. Det samme gjelder personer som blir syke i Norge, og etter en viss tids sykmelding reiser tilbake til hjemlandet – enten det er for behandling, rehabilitering eller bare for å være sammen med familien. Når derimot en person som bor og arbeider i Norge, ønsker å dra på feriereise til et annet EØS-land, gjelder vilkårene i § 8-9, uavhengig av om personen er norsk statsborger eller statsborger i et annet EØS-land.»⁵⁵

⁵¹ Bogstad (2015).

⁵² Bogstad (2015) s. 10.

⁵³ Bogstad (2015) s. 19.

⁵⁴ Se for eksempel Sejersted mfl. (2011) avsnitt 18.6.

Det gis ingen begrunnelse for standpunktene, og spørsmålet om krav om opphold i Norge reiser problemstillinger knyttet til de alminnelige reglene om fri bevegelighet, er ikke reist. Behandlingen av reglene om arbeidsavklaringspenge preges av det samme. Det er som om de alminnelige reglene om fri bevegelighet ikke finnes.

Asbjørn Kjønstad (red.), «Trygdeytelser i Europa», er en fagantologi der forskjellige forfattere behandler ulike trygdeytelser og koordineringen av dem i forordning 1408/71.⁵⁶ Formålet med boken «er å gjøre den store og innfløkte reglemengden i forordning 1408/71 mer oversiktlig og tilgjengelig».⁵⁷ I kapittel 1 redegjør Lotta Westerhäll for grunnprinsippene i forordningen. Her nevner hun sak 275/81 *Koks*, hvor EU-domstolen understreket at

«selv om medlemsstatene står frit ved deres løsning af spørgsmål i forbindelse med de sociale sikringsordninger, er de ikke desto mindre forpligtet til at overholde gældende fællesskabsretlige bestemmelser».⁵⁸

Kapittel 4, «Sykepenge m.m.» er skrevet av Kjersti Hasfjord, som da arbeidet i Rikstrygdeverket. Fremstillingen er, naturlig nok, konsentrert om de situasjonene forordningen regulerer. Hasfjord peker på at sykepenge ikke er blant de ytelsene som omfattes av det generelle prinsippet om eksportabilitet, jf. forordning 1408/71 art. 10, og slutter fra dette at «EØS-avtalen gir ikke hjemmel for at folketrygdlovens medlemmer skal kunne bevege seg fritt mellom avtalelandene og samtidig motta sykepenge fra folketrygden.»⁵⁹ Forholdet til de alminnelige reglene om fri bevegelighet behandles ikke. Behandlingen av forordningens bestemmelser er for øvrig poengtert og inngående. Avslutningsvis nevner Hasfjord at forut for EØS-avtalen kunne nordiske borgere bevege seg fritt i Norden i sykmeldingsperioden, men at forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling medførte at de nordiske landene ikke kunne opprettholde sin praksis.⁶⁰ Alternativet, å tillate fri bevegelighet i EØS-området i

⁵⁵ Andresen (2015b) s 99–100. Det følger av folketrygdloven § 8-17 annet ledd at det ikke ytes sykepenge fra trygden under lovbestemt ferie, uansett hvor ferien tilbringes.

⁵⁶ Kjønstad (1999).

⁵⁷ Kjønstad (1999) s. 7.

⁵⁸ Sak C-275/81 *Koks*, avsnitt 10. Dommen nevnes av Westerhäll i Kjønstad (1999) på s. 23, men siteres ikke.

⁵⁹ Hasfjord (1999), s. 81.

⁶⁰ Hasfjord (1999), s. 88

sykmeldingsperioden, synes ikke å ha vært vurdert.

Ane-Louise Svele, «Arbeidsavklaringspenger – en ny ytelse fra folketrygden», behandler arbeidsavklaringsreglene inngående, men avgrenser uttrykkelig mot EØS-rettslige spørsmål.⁶¹

13.5.4 Lovkommentarer

I Gyldendal Rettsdatas kommentar til folketrygdloven er det tatt inn en temmelig omfattende note skrevet av Runar Narvland i tilknytning til folketrygdloven § 1-3.⁶² Bestemmelsen omhandler avtaler med andre land om trygd. Noten er hovedrevidert 11. mars 2020, det vil si etter at de forhold denne utredningen omhandler ble avdekket. I noten gjøres det kort rede for disse forholdene, og det nevnes at det særlig er trygdeforordningene som kan ha betydning. Hvilken betydning forordningene har, diskuteres i tilknytning til enkelte stønadskapittel. Utvalget finner grunn til å bemerke at til tross for at noten er revidert etter avgivelsen av utvalgets delutredning, hvor dette var et sentralt poeng, gjøres leserne ikke oppmerksomme på det mulige samvirket mellom forordningen og bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel.

Ved omtalen av sykepenger nevnes forordning 883/2004 i tilknytning til folketrygdloven § 8-9 annet ledd bokstav b), som gir rett til sykepenger der man er innlagt i helseinstitusjon i utlandet for norske myndigheters regning, eller oppholdet blir dekket etter avtale med annet land om trygd.⁶³ Eventuelle EØS-rettslige sider ved samtykkeordningen i § 8-9 tredje ledd nevnes ikke.⁶⁴

Ved omtalen av kravet om opphold i Norge som vilkår for rett til arbeidsavklaringspenger kommenteres forholdet til forordning 883/2004 artikkel 21.⁶⁵ Det påpekes at denne bestemmelsen gir rett til arbeidsavklaringspenger under opphold i en annen EØS-stat, gitt at de øvrige vilkårene for rett til ytelsen er tilfredsstillt.⁶⁶

13.5.5 Sammenfatning

Gjennomgangen av juridisk litteratur viser at den EØS-rettslige litteraturen som foreligger på norsk påpeker det generelle poenget at EØS-retten har betydning for utformingen og praktiseringen av norske trygderegler. Litteraturen viser både til regler som følger av sekundærlovgivning som forordninger og direktiver, og bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel. Konkret hvilke bestemmelser i norsk trygderett som reiser spørsmål i tilknytning til EØS-retten, behandles eller påpekes gjennomgående ikke.

Den trygderettslige litteraturen som foreligger på norsk kjennetegnes ved at i den grad EØS-rettslige problemstillinger er sett, dreier det seg om reglene som springer ut av trygdeforordningene. Spørsmålene de alminnelige reglene om fri bevegelighet reiser, identifiseres gjennomgående ikke, ut over at det nevnes at reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft kan medføre at folketrygdlovens bestemmelser må fravikes. Der hvor EØS-rettslige problemstillinger er identifisert, er behandlingen av dem gjennomgående overflattisk.⁶⁷ Det er vanskelig å se spor av systematiske studier av EU-domstolens praksis og annet rettskildemateriale som knytter seg til trygdeforordningene eller øvrig EØS-rett, også i fremstillinger som har rettsvitenskapelige pretensjoner. De standpunktene som inntas til retts-spørsmål preges av dette.

13.6 Utvalgets vurderinger

13.6.1 Generelle vurderinger

Utdannelsen som leder frem til mastergraden i rettsvitenskap er, som utdanningen som ledet fram til graden cand. jur., en generalistutdanning med små muligheter for spesialisering. Studiene ved de tre lærestedene som tilbyr mastergraden i rettsvitenskap er innrettet ulikt, og selv om både velferdsrett og EØS-rett inngår, er orienteringen innenfor emnene forskjellig. Et fellestrekk er likevel at emnene ikke er gitt stor plass. Det er derfor en arbeidsgiveroppgave å sørge for at de ansatte gis den faglige kompetansen arbeidsoppgavene deres krever, og at denne vedlikeholdes. Svikter det her, medfører det økt risiko for at medlemmer av folketrygden ikke tilstås ytelser de etter gjeldende rett skal ha, og for at de får ytelser de ikke har rett til.

⁶¹ Svele (2010).

⁶² Narvland (2020) note 12, hovedrevidert 11. mars 2020.

⁶³ Bakke (2017) note 516, hovedrevidert 27. mars 2017.

⁶⁴ Bakke (2017) note 517, hovedrevidert 27. mars 2017.

⁶⁵ Holgersen (2019) note 673 og 675, hovedrevidert 8. februar 2018, sist endret 3. november 2019.

⁶⁶ Holgersen (2019) note 673 og 675, hovedrevidert 8. februar 2018, sist endret 3. november 2019.

⁶⁷ Unntaket som synes å bekrefte denne regelen er Kjønsstad (1999).

De trygderettslige fremstillingene utvalget har sett nærmere på, har alle som ambisjon å gi leseren en innføring i gjeldende rett på de områdene de behandler. EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, og trygdeforordningene som norsk forskrift. De reglene som følger av disse skal, dersom de er i konflikt med regler som følger av folketrygdloven, gå foran. Utvalget finner det derfor påtakelig at de trygderettslige fremstillingene ikke trekker trygdeforordningene sterkere inn ved drøftelsen av kravet opphold i Norge som vilkår for rett til kontantytelser under sykdom. Fraværet av slik behandling signaliserer til leserne at forordningene har liten, om noen, praktisk betydning. Så vel hundrevis av avgjørelser fra EU-domstolen, som det sakskomplekset utvalget behandler, viser at det ikke er tilfellet.

Noe mindre påtakelig er det kan hende at litteraturen heller ikke identifiserer betydningen av reglene om de fire friheter. Samtidig er nettopp nasjonale oppholds krav, sammen med nasjonalitetskrav, slike krav som umiddelbart reiser spørsmål knyttet til retten til fri bevegelse for personer. Også her er det omfattende rettspraksis fra EU-domstolen, i tillegg til at annen norsk juridisk litteratur har påpekt at disse reglene har betydning for trygdeområdet.

Utvalget konstaterer at den norskspråklige trygderettslige litteraturen har gitt brukerne av folketrygdloven liten veiledning om EØS-rettens betydning for anvendelsen av folketrygdlovens regler om kontantytelser under sykdom ved utenlandsopphold. Litteraturen har derfor ikke korrigert etatens feilpraktisering, men snarere underbygget anvendelsen av folketrygdlovens egne regler. Etter utvalgets syn er det liten tvil om at dette har medvirket til at feilpraktiseringen har fått pågå over så lang tid.

13.6.2 Merknad fra medlemmet Strandbakken

Utvalgsmedlem Strandbakken slutter seg til utvalgets vurderinger over, men har i tillegg enkelte merknader om juristutdanningen i lys av denne saken.

Denne saken har avdekket en grov, kollektiv faglig svikt hos alle involverte jurister. Jurister på alle nivå – departementet, forvaltningen, dommere, advokater og ansatte i påtalemyndigheten – har oversett betydningen av EØS-retten. Heller ikke ansatte på universitetene har i tilstrekkelig grad koblet sammen EØS-retten med øvrig norsk rett.

Det er de tre juridiske fakultet i Norge som utdanner jurister. Når en så grov faglig svikt har

skjedt, og kunne vedvare over tid, er det all grunn til også å reise spørsmål om universitetenes ansvar som leverandør av undervisning og forskning.

De siste 50 årene har det skjedd markante endringer i samfunnet som også har påvirket arbeidshverdagen til jurister. Omfanget av rettskilder har økt betraktelig, det har vært en sterk rettsliggjøring av samfunnet og det har funnet sted en sterk fagspesialisering.⁶⁸ Det har samtidig skjedd endringer i jusstudiet med vekt på andre undervisningsformer og økt bruk av digitale verktøy i så vel undervisning som kildesøk. De grunnleggende strukturer i studiet er imidlertid i liten grad endret. Utdanningen preges fortsatt av en generalisttenkning som etter dette medlemlets syn i liten grad avspeiler samfunnets behov for spesialister. Utdanningsinstitusjonene har vist liten vilje til å foreta grunnleggende reformer som på en bedre måte kan møte samfunnets behov. Dette har nok flere grunner, men det er vanskelig å komme utenom at juristers tradisjonelle konservative holdninger også er en relevant faktor.

Et annet forhold ved juristutdanningen som etter dette medlemlets syn gir grunn til refleksjon, er det totale fravær av normeringer om hvilken kompetanse ferdige jurister skal ha. Slik situasjonen er i dag, er det opp til det enkelte fakultet å definere omfang og innhold i de enkelte fag. Sentrale myndigheter som Justis- og beredskapsdepartementet eller Kunnskapsdepartementet skal selvsagt ikke definere det nærmere innholdet i fagene. Dette er en del av universitetenes faglige autonomi. Men at det stilles krav til hvilken grunnleggende kompetanse jurister skal ha etter endt studium, har ikke noe med institusjonenes autonomi å gjøre. Det er staten som finansierer utdanningen, og slik dette medlemmet ser det, bør den som bestiller og betaler ha oppfatninger om hva som skal leveres.

Om et fag studeres ved ett av de juridiske fakultet og hvilket omfang det har, vil i stor grad avhenge av om faget er representert ved sterke fagpersoner som makter å få gjennomslag for at akkurat vedkommendes fag er så sentralt at alle jurister må kunne faget. En slik utvelgelse tar ikke nødvendigvis hensyn til mer overordnede samfunnsbehov. At slike forhold gjør seg gjeldende fremgår av dette kapitlet hvor man ser at vek-

⁶⁸ De forhold som omtales i særmerknaden her er nærmere omtalt og utdypet i artikkelen «Møter dagens juristutdanning morgendagens krav?», Asbjørn Strandbakken i *Lov og rett* Vol. 55, nr. 2 (2016), s. 112-121, se s. 114-119.

tingen av EØS-faget varierer mye mellom de ulike lærestedene. Det er også eksempler på andre viktige fag som ikke blir prioritert ved universitetene som følge av manglende fagpersonell. Når en sterk fagperson slutter eller går av med pensjon uten at det er sikret ettervekst, vil fagets skjebne være uviss. Uten representant i fagkollegiet ved fakultetene, blir gjerne studiepoengene i det aktuelle faget fordelt mellom de sterkeste gjenværende fagpersoner.⁶⁹

For å sikre at jurister til enhver tid har den nødvendige kompetanse, er det etter dette medlemmets syn behov for en rammeplan for juristutdanningen. Det er ikke noe behov for en detaljert plan for alle fem årene, men noen kjernefag bør kunne identifiseres.⁷⁰ Ut over basisfag, må institusjonene selv bestemme hvilken profil de ønsker å tilby på studiet.

I 2008 foreslo NOKUT at de juridiske fakultetene burde dele studiet i et bachelor- og et masterstudium.⁷¹ I konservative jusskretser har slike tanker hatt dårlig gjenklang. En deling av studiet kunne medføre at man fikk ulike fordypningsmastere. Man ville forlatt tanken om at alle jurister hadde samme kunnskap. Det man har felles, er definert i rammeplanen om kjernefag. Fordypningsmastere ville gitt mulighet til langt bedre studier i avanserte rettslige resonnement med dypere rettskildeforståelse. I sum ville den enkelte jurist hatt et høyere faglig nivå om enn på et smalere område. Har man først trent opp evnen til dypere rettskildeforståelse og evne til å utføre avanserte analyser på et område, vil dette kunne overføres til andre rettsområder.

Det er også grunn til å etterlyse økt styring av forskningen innenfor juridiske fag. At samfunnet aksepterer at man ikke har eller i svært liten grad har forskningskompetanse innenfor viktige samfunnsområder som skatterett og trygderett mv. er uforståelig. Forskning innenfor basale fag bør skje ved flere institusjoner. Dersom det kun er forskning innenfor et fag på ett sted, kan det skapes «menigheter» som i liten grad stiller seg kritisk til hverandres forskning. Først når forskningen spres på flere institusjoner oppnår man den nød-

vendige distanse som skal til for å vurdere forskningen tilstrekkelig kritisk. Dette gir økt mulighet for å avdekke kortslutninger eller mangler ved forskningen. En bredere anlagt forskning i juridiske basalfag ville bidratt til rettssikkerheten i samfunnet. Som det gjerne sies i Tyskland: Når professorene på universitetet er enige, er det fare for rettssikkerheten. En økt styring av forskningen vil ikke innebære noe angrep på institusjonenes autonomi. Staten som finansierer universitetet kan bestemme at vi skal ha forskningskompetanse i basale fag som trygderett, skatterett, strafferett, kontraktsrett mv. Autonomien knytter seg til at staten ikke kan definere forskningsresultatene.

Det er ikke gitt at økt statlig engasjement i den juridiske utdanningen og forskningen ville forhindret feilpraktiseringen utvalget har sett nærmere på. Men slik situasjonen er i dag, med fullstendig fravær av sentrale forventninger til hva en jurist skal kunne etter endt utdanning, er det fare for tilsvarende «juristskandaler» også i fremtiden. Man trenger en debatt om hva jurister skal kunne, hvor mye ressurser som skal legges i utdanning og forskning, og ikke minst at sentrale aktører som justisdepartementet og kunnskapsdepartementet kjenner større eierskap til sluttproduktet. Helsemyndighetenes engasjement i helseutdanningen kan være en mulig inspirasjonskilde.

13.6.3 Merknad fra medlemmet Midthjell

Som læringspunkt for hvordan man eventuelt i framtiden kan motvirke situasjoner der EØS-rettslige problemstillinger ikke i tilstrekkelig grad ivaretas, mener dette medlem at det først og fremst er behov for en langt større *bevissthet* og oppmerksomhet rundt at det *kan* være tale om EØS-relevante spørsmål innen ulike rettsområder, og at de som arbeider med disse sakene derfor i langt større grad må gjøre «koblinger» opp imot EØS-retten. Dette medlem mener at dette ikke nødvendigvis vil skje gjennom en økning i omfanget av EØS-rettsfaget på jusstudier, men at EØS-rett får økt fokus innenfor andre saksområder. Det samme gjelder for andre internasjonale overordnede rettskilder, herunder særlig menneskerettigheter.

Det er imidlertid slett ikke kun jurister som arbeider med problemstillinger som kan påvirkes av EØS-retten, og mange jurister fullførte i tillegg sin utdanning før EØS-avtalen trådte i kraft. Videre vil endringer framover i tid ikke medføre økt EØS-kompetanse hos de jurister som har fullført sine studier når en eventuell endring skjer.

⁶⁹ Se nærmere Strandbakken (2016), som viser til fag som har forsvunnet i studieplanen ved Universitetet i Bergen. Også mangel på sterke, faglige representanter for de aktuelle fag kan være en av forklaringene til at fagene har forsvunnet.

⁷⁰ Spørsmålet er drøftet i kapittel 3 i «Behovet for juridisk kompetanse og utdanning fram mot 2025 – En utredning for Kunnskapsdepartementet, avgitt 25. februar 2013» og Strandbakken (2016) s. 117.

⁷¹ NOKUT (2008).

Dette medlem mener derfor at det bør vurderes om det eksempelvis i forbindelse advokaters etterutdanning skal inntas et særskilt krav til en viss oppdatering innen internasjonale rettsområder (især EØS og EMK), innenfor de gjeldende rammer for hver etterutdanningsperiode, gjeldende for alle medlemmer av Advokatforeningen (lik dagens krav til et antall etikktimer). Flere av de årlige kursene innen ulike fagfelt har egne timer for «nytt i rettspraksis» eller lignende. En generell oppdatering på f.eks. viktige dommer,

endringer i avtalen, nye viktige rettsakter m.v. kan være relevant også for svært mange øvrige fagfelt.

Av samme årsak, mener dette medlem at en etterutdanning, kursing e.l. også må skje for personer som arbeider i forvaltningen, der bevisstheten rundt internasjonale rettsområder bør økes, både for personer som arbeider i førstelinjen, i sentrale deler av direktorat, og i departement. Dette kan eksempelvis inntas som årlige krav til kursing/etterutdanning e.l.

Kapittel 14

Andre diskusjoner om forholdet mellom lovens oppholdskrav og EØS-retten

Boks 14.1

Funn:

- Spørsmålet om forholdet mellom oppholdskravet i folketrygdloven og EØS-retten har gjentatte ganger vært tema i departementet og i arbeids- og velferdsforvaltningen siden år 2000
- Både departementet og direktoratet har i denne perioden flere ganger hatt foranledning til å avdekke og rydde opp i den manglende veiledningen i etatens rundskriv
- I den grad oppholdskravet er vurdert som problematisk også opp mot de alminnelige reglene om fri bevegelighet, har forvaltningen ikke endret praksis i tilstrekkelig omfang

bedt om å vurdere hvordan feilen har kunnet «pågå over så lang tid». Utvalget skal også redegjøre for «læringspunkter som avdekkes under gjennomgangen».

Utvalget har tidligere redegjort for gjennomføringen av EØS-avtalens hoveddel og forordning 1408/71 i 1994 og forordning 883/2004 i 2012. Gjennomgangen avdekket særlig svakheter ved gjennomføringsarbeidet i 2012. Siden det tok lang tid før feilen ble oppdaget, har det vært sentralt for utvalget å bringe på det rene om det før saken ble avdekket i 2019 har vært diskutert eller problematisert om praksis i etaten er i tråd med EØS-rettens krav til norsk rett. I den grad forholdet til EØS-retten har vært diskutert eller problematisert på ulike nivåer, er spørsmålet hvorfor praksis ikke ble endret på et tidligere tidspunkt.

I dette kapitlet ser utvalget nærmere på ulike situasjoner og saker der forholdet til EØS-retten har vært tema, og vurdere om feilpraktiseringen kunne vært avdekket tidligere.

14.1 Innledning¹

Utvalget har, som det fremgår i kapittel 5, konkludert med at Nav, og før 2006 Rikstrygdeverket, har feilpraktisert reglene om rett til å motta syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger siden ikrafttreddelsen av EØS-avtalen 1. januar 1994.² Det er en svært lang periode, og mange mennesker er rammet. I mandatet er utvalget

¹ Utvalgsmedlemmene Fløistad og Midthjell deler ikke vurderingene i dette kapitlet. For en redegjørelse for disse medlemmenes syn, vises det til kapittel 6.

² Ytelsen arbeidsavklaringspenger ble innført i 2010. Før dette tidspunktet er det reglene om rett til rehabiliteringspenger som er praktisert i strid med EØS-rettens krav. Det er ulike syn på hvor omfattende feilpraktiseringen er før 2012, men et enstemmig utvalg mener at siden 1994 har økonomisk aktive personer ikke kunnet nektes kontantytelser ved sykdom utelukkende fordi de oppholdt seg i et annet EØS-land.

14.2 Diskusjoner som følge av henvendelser fra EFTAs overvåkningsorgan (ESA)

14.2.1 Innledning

EØS-avtalen artikkel 108 første ledd bestemmer at EFTA-statene skal opprette et uavhengig overvåkningsorgan. EFTAs overvåkningsorgan ble opprettet med avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et overvåkningsorgan og en domstol.³ I henhold til avtalen skal ESA «sikre at EFTA-statene oppfyller sine forpliktelser etter EØS-avtalen».⁴ Som følge av at ESA har en generell rolle i å overvåke oppfyllelsen av EØS-avtalen, har utvalget undersøkt om ESA har tatt opp forholdet mellom EØS-avtalens regler og folketrygd-

³ Ofte beskrevet som ODA.

⁴ Se ODA artikkel 5 første ledd bokstav a og artikkel 22.

lovens krav om opphold i Norge for rett til kontantytelser ved sykdom.

Det faller utenfor utvalgets mandat å granske ESAs virksomhet. Utvalgets undersøkelser er derfor rettet mot hvordan norske myndigheter har håndtert spørsmål fra ESA om forholdet mellom folketrygdlovens og EØS-rettens regler. Utvalgets undersøkelser viser at det særlig på to tidspunkt har vært kontakt mellom ESA og norske myndigheter angående anvendelsen av folketrygdlovens krav om opphold for rett til syke- og arbeidsavklaringspenger.

14.2.2 Sykepenger ved sykdom som oppstår i et annet EØS-land

Den første saken gjelder rett til sykepenger når trygdemottaker har blitt sykemeldt *under midlertidig opphold* i et annet EØS-land. Bakgrunnen for saken var en klage våren 2000 til ESA fra en norsk kvinne. Kvinnen ble nektet sykepenger med henvisning til at hun ikke oppfylte folketrygdlovens krav om opphold fordi hun ble syk i Spania. Sykdommen var ikke så alvorlig at hun trengte sykehusbehandling, og Rikstrygdeverket skilte på vedtakstidspunktet mellom tilfeller hvor sykdommen krevde medisinsk behandling, og tilfeller som ikke krevde slik behandling. Hvis trygdemottaker trengte medisinsk behandling, innvilget etaten sykepenger i henhold til forordning 1408/71 artikkel 22 første ledd bokstav a. Var det derimot slik at sykdommen ikke krevde medisinsk behandling, la Rikstrygdeverket til grunn at situasjonen ikke var omfattet av forordningen, og at et eventuelt krav om sykepenger utelukkende berodde på folketrygdlovens regler.

I tråd med sine egne retningslinjer skal ESA orientere norske myndigheter om saker som er til vurdering, før det opprettes klagesak. En slik orientering suppleres gjerne med spørsmål, for å belyse rettslige og faktiske sider ved saken. Den 15. mai 2000 sendte ESA en henvendelse til Sosial- og helsedepartementet, hvor overvåkningsorganet ba om informasjon om norsk praksis for rett til sykepenger når sykdommen oppstår i et annet EØS-land. ESA ba også om norske myndigheters begrunnelse for at praksisen vedtaket var et eksempel på, var i tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Departementet svarte på ESAs brev 15. juni samme år. I brevet la departementet til grunn at praksis ikke var i tråd med EØS-avtalen og trygdeforordningens regler:

«The Norwegian Government agrees with the Authority that the administrative practice of the

National Insurance Administration, as also reflected in their administrative statements ('rundskriv'), by not derogating from the national rules for payment of sickness benefits abroad (...) is not in accordance with the Agreement and the Regulation.»⁵

Departementet skrev videre at:

«The National Insurance Administration has been asked to alter their practice and to settle, as soon as possible, relevant cases. The Authority will be informed about the response of the National Insurance Administration as soon as it becomes available.»⁶

Utvalget går nærmere inn på den nevnte praksisendringen i neste punkt.

Nesten to år senere, 9. april 2002, ba ESA om en oppdatering på det videre arbeidet med endring av rundskriv og praksis.⁷ Departementet svarte 24. april 2002. Vedlagt svarbrevet lå oppdaterte rundskriv til folketrygdloven § 8-9, i tillegg til en særskilt melding om den praksisendring oppdateringen av rundskrivet innebar.⁸ Med det ble saken avsluttet hos ESA. Siste spor av ESA-saken konkret er en orientering om saken i Spesialutvalg for trygd og helse 3. mai 2002, der saken ble omtalt som avsluttet.⁹

14.2.3 Nærmere om den videre oppfølgingen av sykepengesaken

Som nevnt i avsnittet over, rettet norske myndigheter seg etter ESAs forståelse av EØS-retten, og praksis ble endret slik at man fra 2000 har hatt rett til sykepenger ved sykdom som oppstår i utlandet, både når sykdommen krever medisinsk behandling og når den ikke gjør det. Saken ledet imidlertid også til en diskusjon mellom Sosial- og helsedepartementet og Rikstrygdeverket om omfanget av praksisendringen, som fant sted i Spesialutvalget for trygd og helse. Spørsmålet var om praksis også burde endres for personer som blir syke i Norge, og som ønsker å reise til et annet EØS-land under sykemeldingsperioden. For å for-

⁵ Brev fra Sosial- og helsedepartementet til EFTAs overvåkningsorgan, 15. juni 2000.

⁶ Brev fra Sosial- og helsedepartementet til EFTAs overvåkningsorgan, 15. juni 2000.

⁷ Brev fra EFTAs overvåkningsorgan til Sosial- og helsedepartementet, 9. april 2002.

⁸ Brev fra Sosial- og helsedepartementet til EFTAs overvåkningsorgan, 24. april 2002.

⁹ Referat fra Spesialutvalg for trygd og helse, 3. mai 2002.

stå bakgrunnen for diskusjonen i spesialutvalget, er det hensiktsmessig å se kort på saksgangen.

14. juni 2000 sendte Sosial- og helsedepartementet et brev til Rikstrygdeverket hvor det ber trygdeetaten legge om praksis og innvilge sykepenger for alle som blir syke i et annet EØS-land.¹⁰ Departementet opplyste innledningsvis at

«[d]et har kommet til departementets kjennskap at den administrative praktiseringen av reglene om sykepenger ved midlertidig opphold i andre EØS-land har vært for streng i forhold til [EØS-]avtalen».¹¹

Departementet ga så en beskrivelse av den samme praksis som ESA omtalte. Denne praksisen innebar som nevnt at etaten skilte mellom personer som trengte medisinsk behandling i sykehus og ikke. Kun de som også trengte medisinsk behandling i sykehus, ble innvilget sykepenger under opphold i et annet EØS-land. Departementet skrev så:

«Det heter i rundskrivet videre at trygdeforordningen ikke gir bedre rett i denne situasjonen, bortsett fra om tilstanden krever øyeblikkelig hjelp.

Dette innebærer at hovedregelen i folketrygdloven § 8-9 om at sykepenger bare ytes til medlemmer som oppholder seg i Norge kommer til anvendelse i de aller fleste slike tilfeller. Begrunnelsen for bestemmelsen er ifølge rundskrivet hovedsakelig at det ikke er mulig å føre den nødvendige kontroll når vedkommende oppholder seg i utlandet.

Sosial- og helsedepartementet kan ikke se at det er belegg for dette.»¹²

Departementet fant at den rettsoppfatningen som kom til i uttrykk i rundskrivet var uriktig, og at etaten derfor måtte legge om. Redegjørelsen for hvorfor etaten måtte legge om praksis favnet noe videre enn den konkrete praksisendringen, og berører problemstillinger som faller inn under utvalgets mandat. Departementet diskuterte blant annet forståelsen av reglene i forordning 1408/71, med særlig vekt på artikkel 22. Departementet bemerket at det ikke kan legges avgjørende vekt

på at artikkel 22(1)(a)(ii) etter ordlyden er begrenset til akutttilfeller, men at forordningen må leses i lys av sitt formål. Etter departementets syn tilsa en slik tolkning at det

«ikke [er] adgang til å begrense utbetalingen til de tilfeller som følger direkte av folketrygdloven § 8-9 slik det er lagt til grunn i ovennevnte rundskriv. Rent praktisk innebærer dette f.eks. at det ikke er grunnlag for å stanse sykepenger fra det tidspunkt en person som nevnt utskrives fra offentlige sykehus i et avtaleland, men fortsatt oppholder seg midlertidig der, såfremt de vilkår som er fastsatt i artikkel 18, jf. artikkel 24, er oppfylt. Det er heller ikke adgang til å nekte å utbetale sykepenger til personer som blir syke uten at tilstanden nødvendigvis krever innleggelse i sykehus.»¹³

Situasjonen departementet beskriver er den situasjon hvor et medlem blir syk under opphold i utlandet. I den videre drøftelsen omtalte departementet også midlertidige opphold mer generelt. Der heter det:

«Utsagn i rundskriv og brosjyremateriell fra Rikstrygdeverket om at personer som arbeider og er bosatt i Norge, ikke har rett til sykepenger under midlertidige opphold i et annet EØS-land eller i et nordisk land, medfører således ikke riktighet.»¹⁴

Instruksen til Rikstrygdeverket var begrenset til situasjonen hvor medlemmet blir syk i et annet EØS-land. Departementet ba Rikstrygdeverket presisere «at de internrettslige utbetalings- og eksportrestriksjonene i folketrygdloven § 8-9 må fravikes for medlemmer som blir sykemeldt under opphold i annet EØS-land.»¹⁵ Departementet diskuterte deretter konsekvensene av en slik praksisendring, og problematiserte særlig at eksport innvilges når medlemmet flytter til et annet EØS-land, men ikke i samme utstrekning ved midlertidige opphold. Departementet fremholdt at dette gjør bosted til en

«avgjørende og kritisk faktor når det gjelder retten til sykepenger mv. Etter vårt syn er det

¹⁰ Brev fra Sosial- og helsedepartementet til Rikstrygdeverket, 14. juni 2000.

¹¹ Brev fra Sosial- og helsedepartementet til Rikstrygdeverket, 14. juni 2000, s. 1.

¹² Brev fra Sosial- og helsedepartementet til Rikstrygdeverket, 14. juni 2000, s. 1–2.

¹³ Brev fra Sosial- og helsedepartementet til Rikstrygdeverket, 14. juni 2000, s. 3.

¹⁴ Brev fra Sosial- og helsedepartementet til Rikstrygdeverket, 14. juni 2000, s. 3.

¹⁵ Brev fra Sosial- og helsedepartementet til Rikstrygdeverket, 14. juni 2000, s. 4.

uheldig og kan lett føre til urimelige resultater. Dette er eksempelvis tilfelle når en arbeidstaker etter nasjonal praksis, (...) er vurdert som bosatt i Norge, men har ektefelle og/eller barn som han eller hun har jevnlig kontakt med boende i hjemlandet. I slike tilfeller må det sørges for at vedkommende ikke blir avskåret fra ytelser fordi han eller hun under sitt sykeleie oppholder seg hos sin familie. Dette ville innebære et hinder for den frie bevegelighet for arbeidstakere, og dermed et direkte brudd på EØS-avtalens artikkel 28, jf. Traktatens artikkel 39 (tidligere artikkel 48).»¹⁶

Deretter skrev departementet at praksisendringen som var «forutsatt ovenfor» ville gjøre at man «i stor grad unngå[r] slike problemer» som følge av at bostedsspørsmålet ikke ville komme på spissen som et avgjørende moment. Nøyaktig hvor omfattende praksisendring departementet her siktet til, er ikke uten videre klart. Sikkert er at departementet instruerte etaten til å legge om praksis når det gjaldt personer som ble syke mens de var i utlandet, og samtidig problematiserte den generelle praksisen ved mottak av sykepenger under midlertidige opphold i andre EØS-land.

Rikstrygdeverket svarte på departementets instruks i form av et brev om praksisendring, datert 7. juli 2000. Rikstrygdeverket skrev at de hadde instruert fylkestrygdekontoret om å omgjøre vedtaket i som lå til grunn for klagesaken fra ESA, og at de umiddelbart skulle sende ut en melding

«som gjelder de tilfellene hvor sykdom inntreffer under et midlertidig opphold i et annet EØS-land. For øvrig vil vi foreta de nødvendige skritt etter sommerferien og kommer da tilbake med mer detaljert informasjon til departementet.»¹⁷

Vedlagt brevet til departementet lå et brev til Trygderetten. Rikstrygdeverket ba i brevet om oversendelse av

«de av fylkestrygdekontorenes vedtak som er anket inn for Trygderetten, og som gjelder sykepenger under midlertidige opphold i EØS-land (...)

For ordens skyld vil vi gjerne også se på saker som gjelder ytelse etter kapittel 9 under

midlertidige opphold i andre EØS-land, hvis Trygderetten har noen slike saker. Det samme gjelder saker om rehabiliteringspenger under midlertidige opphold i andre EØS-land.»¹⁸

De innledende grepene Rikstrygdeverket gjorde, gjennomførte den praksisendringen som departementet instruerte om. Slik utvalget forstår det, er henvisningen til «nødvendige skritt» som skulle gjøres etter sommerferien, en henvisning til omfanget av praksisendringen. Med andre ord, om praksisendringen kunne begrenses til situasjonen hvor sykdom inntreffer i et annet EØS-land. Det er her grunn til å merke seg at Rikstrygdeverket med rette så at eventuelle endringer i forståelsen av EØS-rettens betydning for rett til sykepenger, ville gjelde tilsvarende for pleiepenger (henvisning til kapittel 9) og rehabiliteringspenger (som er en av forløperne til arbeidsavklaringspenger), fordi ytelsene reguleres av samme regler i forordningen.

Avklaringen av hvilke øvrige skritt Rikstrygdeverket ville ta, ble forelagt departementet i brev 19. oktober 2000. I brevet skrev etaten at praksis var endret for tilfeller hvor en person ble sykmeldt under midlertidig opphold i andre avtaleland. Videre hadde etaten

«vurdert hvorvidt praksis bør endres også når det gjelder sykepengeretten under midlertidig opphold for medlemmer som er sykmeldt ved utreise.»

Rikstrygdeverket redegjorde deretter for sin forståelse av EØS-regelverket, og ga uttrykk for usikkerhet. Rikstrygdeverket ba derfor om et møte med departementet.

Møtet om problemstillingen ble avholdt i Spesialutvalg for trygd og helse 30. november 2000. Punkt 2 på dagsorden var utbetaling av sykepenger til personer som er bosatt/oppholder seg i andre EØS-land. Møteleder presiserte innledningsvis at bakgrunnen for diskusjonen var en klagesak fra ESA, men at spørsmålet i den saken var avklart, og at etaten hadde lagt om praksis i tråd med denne avklaringen. Spørsmålet var hvilke konsekvenser praksisendringen hadde for andre, tilgrensende områder. En representant for Rikstrygdeverket redegjorde innledningsvis for praksis, som var slik at

«tilfeller hvor en person både er bosatt og i arbeid i Norge (...) ønsker å reise til annet

¹⁶ Brev fra Sosial- og helsedepartementet til Rikstrygdeverket, 14. juni 2000, s. 4.

¹⁷ Brev fra Rikstrygdeverket til Sosial- og helsedepartementet, 7. juli 2000, s. 1.

¹⁸ Brev fra Rikstrygdeverket til Sosial- og helsedepartementet, 7. juli 2000, s. 1.

EØS-land i sykmeldingsperioden, ikke er å anse som 'koordineringstilfelle', og [etaten] har derfor vurdert disse tilfellene kun etter interne bestemmelser i ftrl. § 8-9.»¹⁹

Departementets representant bemerket at det ikke kun er forordningens regler som ligger til grunn for EØS-rettens føringer, men at en også må

«ta i betraktning det overordnede prinsippet om adgangen til fri bevegelighet innenfor fellesskapet, og (...) at EF-domstolen ved flere anledninger har slått ned på tilfeller hvor bosted/oppholdssted har vært brukt som begrunnelse for reduksjon eller stans i utbetaling av ytelser.»²⁰

Deretter drøftet spesialutvalget de nærmere grensene for EØS-rettens føringer. Drøftelsene oppsummeres avslutningsvis slik:

«For øvrig var det etter [avdelingsdirektørens] oppfatning vanskelig å se at det er mulig å nekte en person sykepenge under opphold i et annet EØS-land, såfremt vilkårene for øvrig er oppfylt. Dette på bakgrunn av EØS-avtalens og forordningens grunnleggende prinsipper om bl.a. retten til fri bevegelighet og likestilling av territorier. [Avdelingsdirektøren] foreslo at sykepengekontoret og internasjonalt kontor i RTV [Rikstrygdeverket] sammen oppdaterer/omarbeider de aktuelle rundskriv vedrørende sykepenge i EØS-tilfeller i samsvar med avklaringen på møtet, og at dette forelegges departementet før det sendes ut i trygdeetaten.»²¹

I referatet står det deretter at det «fremkom ingen innvendinger til [avdelingsdirektørens] forslag.» Konklusjonen under punkt 2 på dagsordenen ble at «[Rikstrygdeverket] oppdaterer/omarbeider sine rundskriv (ev. utarbeider nytt), hvor praksis vedrørende betaling av sykepenge under opphold i annet EØS-land blir presisert.»²²

EØS-rundskrivet til folketrygdlovens kapittel 8 om sykepenge ble endret, og forelå i ny versjon 15. januar 2001. Det reviderte rundskrivet har to

¹⁹ Referat fra møte i Spesialutvalg for trygd og helse, 30. november 2000, s. 1.

²⁰ Referat fra møte i Spesialutvalg for trygd og helse, 30. november 2000, s. 2.

²¹ Referat fra møte i Spesialutvalg for trygd og helse, 30. november 2000, s. 2.

²² Referat fra møte i Spesialutvalg for trygd og helse, 30. november 2000, s. 2.

sentrale endringer, som begge er av interesse for utvalget.

For det *første* endres rundskrivets beskrivelse av retten til å motta sykepenge når sykdommen oppstår i et annet EØS-land. I tråd med konklusjonen slik den er gjengitt i punkt 14.2.2, skulle etaten nå innvilge sykepenge ved all sykdom som oppstår i et annet EØS-land. I denne sammenheng er det grunn til å merke seg at endringen synes begrunnet i en tolkning av forordningens regler, ved at følgende avsnitt ble tatt inn under fortolkningen av forordning 1408/71 artikkel 22 første ledd bokstav a:

«Retten etter bokstav a er uavhengig av årsaken til oppholdet i utlandet. Forordningen utelukker anvendelse av nasjonale lovbestemmelser som inneholder strengere regler i tilsvarende tilfeller. Bestemmelsen får betydning for en person som er medlem i folketrygden og statsborger i et EØS-land, som er på feriereise eller annet midlertidig opphold i ett av avtalelandene og blir syk i løpet av oppholdet. Vedkommende vil i slike tilfeller ha rett til sykepenge hvis vilkårene for øvrig er oppfylt. Retten til sykepenge gjelder generelt og er ikke avhengig av at vedkommende for eksempel er innlagt i sykehus.»²³

For det *andre* endres rundskrivets omtale av artikkel 22 første ledd bokstav b, som gjelder retten til kontantytelser ved reise til eget hjemland eller flytting til et annet EØS-land. Der ble følgende avsnitt lagt inn:

«Når en arbeidstaker etter nasjonal praksis er vurdert som bosatt i Norge, men har ektefelle og/eller barn eller nære pårørende som han har jevnlig kontakt med i «hjemlandet», må vedkommende også kunne få utbetalt sykepenge når han eller hun oppholder seg der. Dette vil være i tråd med den frie bevegelighet for arbeidstakere innenfor EØS-området.»²⁴

Det synes klart at avsnittet er tatt inn som en oppfølging av diskusjonen i spesialutvalget i november året før. Avsnittet har klare likhetstrekk med et eksempel i et tidligere brev fra departementet til Rikstrygdeverket:

²³ Rikstrygdeverket, Hovednummer 40: EØS-avtalens tryggedel. 40-08 Sykepenge, 15. februar 2001, punkt 8.3.2, s. 7.

²⁴ Rikstrygdeverket, Hovednummer 40: EØS-avtalens tryggedel. 40-08 Sykepenge, 15. februar 2001, punkt 8.3.2, s. 8.

«Dette er eksempelvis tilfelle når en arbeidstaker etter nasjonal praksis, (...) er vurdert som bosatt i Norge, men har ektefelle og/eller barn som han eller hun har jevnlig kontakt med boende i hjemlandet.»²⁵

Så langt utvalget har kunnet bringe på det rene, ble ikke rundskrivene forelagt departementet som forutsatt i spesialutvalget. Det er heller ikke spor av at departementet fulgte opp saken overfor Rikstrygdeverket.

14.2.4 Arbeidsavklaringspenger ved flytting til et annet EØS-land

Den andre saken gjaldt rett til arbeidsavklaringspenger ved flytting til et annet EØS-land. Høsten 2015 mottok ESA en klage fra en norsk statsborger som hadde fått avslag på sin søknad om å ta med seg arbeidsavklaringspenger ved flytting til Sverige. Begrunnelsen for avslaget var at flyttingen ville påvirke medlemmets mulighet til aktivitet og oppfølging. Saksforholdet ligger i utgangspunktet utenfor utvalgets mandat, blant annet fordi saken gjaldt flytting til, og ikke midlertidig opphold i, et annet EØS-land. Når utvalget likevel finner grunn til å omtale saken nærmere, er det fordi den ledet til en diskusjon mellom ESA og norske myndigheter om problemstillinger som ligger tett på de utvalget behandler.

Første skritt i ESAs behandling var et brev hvor norske myndigheter ble bedt om å orientere om praktiseringen av regelverket for arbeidsavklaringspenger ved flytting til et annet EØS-land. I denne saken var det i praksis direktoratet som utarbeidet svaret, før departementet oversendte til ESA. I brevvekslingen mellom direktorat, departement og ESA, ble det på flere tidspunkt vist til forordningens artikkel 21. På et tidspunkt viste ESA til at bestemmelsen dekker «the export of cash benefits, covering both stay and residence abroad».²⁶

Utvalget har ikke funnet indikasjoner på at praksis ved opphold i andre EØS-land var et tema, verken i dialogen med ESA eller internt mellom direktoratet og departementet. Diskusjonene var gjennomgående begrenset til norsk praksis om retten til å ta med seg arbeidsavklaringspenger ved flytting. I disse diskusjonene viste både departementet og direktoratet til forordningens artikkel

21, men da fordi bestemmelsen også regulerer flytting.

Utvalget har gjennom samtaler med saksbehandlere i henholdsvis departementet og direktoratet fått belyst ulike sider av diskusjonen før, under og etter pakkemøtene i perioden 2015–2017. Etter utvalgets syn bekrefter disse at diskusjonen under møtene var begrenset til flyttesituasjonen. Saken ga derfor ikke noen særskilt oppfordring til å se nærmere på om praksis i andre situasjoner, så som ved opphold i andre EØS-land, var riktig. I internrevisjonens rapport fremgår det at en saksbehandler i Nav Klageinstans hevder at han tok opp spørsmålet om oppholds krav knyttet til opphold i EØS under et forberedende møte før møtet med ESA i 2017.²⁷ Saksbehandleren har hevdet det samme overfor utvalget. Andre deltakere i møtet har gitt uttrykk for at de ikke kan huske at noe slikt spørsmål ble stilt, og det er heller ikke fulgt opp i skriftlig kommunikasjon fra Nav i forbindelse med pakkemøtet. Ut fra dette kan utvalget ikke legge til grunn at spørsmålet ble reist på en slik måte at det ble gjort klart for departementet eller direktoratet hva problemstillingen dreide seg om.

Utvalget finner likevel grunn til å nevne en diskusjon mellom ESA og norske myndigheter på pakkemøtet høsten 2017. I sin oppsummering av møtet skrev ESA følgende:

«The representatives of the Authority noted that the Norwegian National Insurance Act (NIA) only foresees the possibility to export the WAA for persons staying abroad (...), but not for people who have their residence abroad. The representatives of the Authority asked the representatives of the Norwegian Government how they think this provision could be reconciled with Article 21.1 of Regulation 883/2004 on the export of cash benefits, covering both stay and residence abroad. The representatives of the Norwegian Government explained that the Norwegian legislation does cover both situations as Regulation 883/2004 applies even though the NIA does not cover all its provisions. When a Norwegian legal provision is in conflict with Regulation 883/2004, Regulation 883/2004 prevails as there is a horizontal Norwegian law implementing Regulation 883/2004.»²⁸

²⁵ Brev fra Sosial- og helsedepartementet til Rikstrygdeverket, 14. juni 2000.

²⁶ EFTAs overvåkningsorgan, Agenda for Package Meeting october 26–27. 2017, s. 1.

²⁷ Internrevisjonen i Arbeids- og velferdsdirektoratet, Kartlegging av fakta i EØS-saken, 12. desember 2019, s. 36.

²⁸ EFTAs overvåkningsorgan, Follow up after Package Meeting October 26–27. 2017, s. 13.

Gjengivelsen av diskusjonen, og da særlig at artikkel 21 dekker «both stay and residence», kan gi inntrykk av at diskusjonen også gjaldt praksis ved midlertidige opphold, og ikke var begrenset til praksis ved flytting til et annet EØS-land. Slik utvalget forstår det, var det imidlertid ingen diskusjon om norsk praksis ved opphold utenfor Norge, men en diskusjon om hvordan Norge hadde gjennomført forordningens regler i norsk rett. At representanten for ESA viste til at artikkel 21 dekker «both stay and residence», synes ikke å være uttrykk for en begrunnet oppfatning av hvordan uttrykket «stay» skal forstås, men en henvisning til ordlyden i artikkel 21. Det er videre ingen indikasjoner på at diskusjonen berørte hensiktsmessigheten eller lovligheten av å gjennomføre EØS-rettslige regler på denne måten.

14.3 Interne diskusjoner i departementet

14.3.1 Innledning

Arbeids- og sosialdepartementet har som fagansvarlig for trygd utredet, veiledet om og i andre sammenhenger diskutert utformingen av folketrygdlovens regler og disses forhold til EØS-rettens regler. Utvalget har vært opptatt av å avdekke om departementet på gitte tidspunkt har hatt en slik kunnskap om etatens praksis og EØS-rettens regler som tilsier at de burde grepet inn.

14.3.2 Utredning fra ekspertgrupper og arbeidsgrupper

Ekspertgruppe for organisering av Arbeids- og velferdsetaten

I februar 2010 ble det nedsatt en ekspertgruppe for å se nærmere på den interne organiseringen av Arbeids- og velferdsetaten, med særlig fokus på arbeidsdelingen mellom Nav-kontor og forvaltningsenheter. Ekspertgruppens arbeid er av interesse fordi deres rapport, og den senere oppfølgingen av den i departementet og direktoratet, endte med at departementet kom svært langt i forberedelsen av endringer i kravet om opphold for rett til sykepenger. Forslaget ble tatt ut av politisk ledelse før proposisjonen ble lagt frem for behandling.

Ekspertgruppen avga sin sluttrapport 24. juni 2010. Som nevnt diskuterte gruppen om ordningen med forhåndsgodkjenning av utenlandsopphold under mottak av sykepenger burde oppheves. Ekspertgruppen skrev:

«Ekspertgruppen reiser videre spørsmål ved om ordningen med forhåndsgodkjenning av utenlandsopphold ved sykemelding bør oppheves. Dagens sykepengeregelverk har krav til opphold i Norge for retten til sykepenger. *Etter EØS-avtalen kan rett til sykepenger under utenlandsopphold kun avslås dersom oppholdet hindrer eller vanskeliggjør medisinsk behandling eller er uheldig for oppfølging av brukere.* Gruppen legger vekt på opplysningene fra Arbeids- og velferdsdirektoratet om at flertallet både av brukere som unnlater å søke om godkjenning og de som søker om forhåndsgodkjenning i sykmeldingsperioden erfaringsvis drar på utenlandsopphold av kort varighet, som charterreise i en eller to uker. Gruppen legger videre vekt på at det etter gjeldende regler er krav til brukerne om å drøfte/melde fra om forhold som er relevante for gjennomføringen av aktivitetsplan med NAV-kontorene og forhold som gjelder gjennomføringen av plan for medisinsk behandling med fastlegen. Disse forholdene vurderes å være tilstrekkelig til å kunne erstatte en forhåndsgodkjenning. Brudd på den generelle meldeplikten som brukerne har om forhold som er av betydning for de ytelsene de får eller den planen de inngår i, vil utløse sanksjoner i form av avslag på sykepenger.»²⁹ (utvalgets utheving)

Det er ikke klart hva som er grunnlaget for den forståelsen ekspertgruppen ga uttrykk for. Den dagjeldende forordning 1408/71 artikkel 22 regulerte kun den situasjonen hvor mottakeren ville flytte eller ble syk og trengte helsehjelp under opphold i utlandet. Uttalelsene om EØS-rettens rammer synes derfor å gå ut over de begrensningene forordningen legger, og et spørsmål er da om ekspertgruppen var oppmerksom på de begrensninger som fulgte av de alminnelige reglene om fri bevegelighet.

I denne sammenheng er det sentrale for utvalget at ekspertgruppens forslag setter i gang et lovarbeid i departementet og direktoratet med sikte på å endre kravet til forhåndsgodkjenning.

Departementet sendte rapporten på alminnelig høring. Som følge av at direktoratet ikke tok opp forslaget om å endre kravet til forhåndsgodkjenning i sitt høringssvar, ba departementet direktoratet redegjøre for sitt syn på dette i et eget brev, datert 9. mars 2011. I samme brev beskrev

²⁹ Ekspertgruppe nedsatt av Arbeidsdepartementet, Tiltak for å bedre NAVs virkemåte, sluttrapport, 24. juni 2010, s. 52.

departementet hvilke situasjoner som reguleres av forordning 1408/71 artikkel 22, men gikk ikke nærmere inn på andre EØS-rettslige bestemmelser av betydning.

Direktoratet svarte på departementets spørsmål i brev av 7. november 2012. I brevet skrev direktoratet at det var «ulikheter i hvor restriktive NAV kontorene er i vurderingen av denne type saker».³⁰ Deretter drøftet direktoratet fordeler og ulemper ved å oppheve kravet til forhåndsgodkjenning, med særlig vekt på en vurdering av i hvilken grad kravet til medvirkning i folketrygdloven § 8-8 tilstrekkelig ivaretar de hensyn som begrunner et krav om forhåndsgodkjenning. Slik direktoratet så det, er det i perioder hvor et medlem ikke er i aktivitet, og heller ikke blir fulgt opp av verken Nav eller arbeidsgiver, uten betydning hvor vedkommende oppholder seg. Grensen for hvor lange utenlandsopphold som kan godtas uten forhåndsgodkjenning, burde derfor settes med utgangspunkt i hvor lenge det er grunn til å tro at et utenlandsopphold er uproblematisk i relasjon til de øvrige vilkårene for å motta sykepenger. Direktoratet foreslo derfor at kravet til forhåndsgodkjenning ble fjernet for utenlandsopphold inntil tre uker.

Departementet utarbeidet et forslag til lovproposisjon om blant annet endringer i folketrygdloven § 8-9 om krav om opphold i Norge. Utkastet til proposisjon gir som vanlig en beskrivelse av gjeldende rett.³¹ Fremstillingen inneholder ingen drøftelse av EØS-rettslige regler, og gir ingen holdepunkter for at det er ulike regler for reise innenfor og utenfor EØS-området. Utkastet ble sendt på foreleggelse for berørte fagdepartementer i tillegg til enkelte forvaltningsorgan, herunder direktoratet. Direktoratet var enig i departementets forslag, ga noen tilbakemeldinger på konsekvensene av forslaget, og kom så med følgende forslag til presisering av lovteksten:

«Et medlem kan også få sykepenger i en begrenset periode under opphold i utlandet forutsatt at utenlandsoppholdet er forenlig med arbeidsgivers oppfølging av den sykmeldte på arbeidsplassen og at oppholdet ikke vil forverre helsetilstanden, forlenge arbeidsuførheten eller hindre Arbeids- og velferdsetatens kontroll og oppfølging. Det skal framsettes søknad

*dersom utenlandsoppholdet vil vare i mer enn tre uker.»*³² (direktoratets kursivering)

Da departementet la frem samleproposisjonen for Stortinget våren 2013 var forslaget om å fjerne kravet til forhåndsgodkjenning tatt ut av proposisjonen. Det fremgår av departementets interne saksbehandling at forslaget ble tatt ut av politisk ledelse før proposisjonen ble oppmeldt til behandling i regjering.³³

Arbeidsgrupperapport «Medlemskap og eksport»

Våren 2012 nedsatte Arbeidsdepartementet en arbeidsgruppe bestående av ansatte i pensjonsavdelingen og velferdspolitisk avdeling, i tillegg til representanter for Arbeids- og velferdsdirektoratet og Nav Internasjonalt. Arbeidsgruppen skulle blant annet «foreta en helhetlig gjennomgang av regelverket for medlemskap i folketrygden og eksport av ytelser fra folketrygden».³⁴ Arbeidsgruppen leverte sin utredning i starten av 2013.

Utredningen er en fullstendig gjennomgang av folketrygdlovens regler om eksport, og omfatter dermed også reglene om eksport av sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger. Som arbeidsgruppen selv på ulike steder i utredningen påpeker, er eksportbegrepet tvetydig. Arbeidsgruppen er likevel tydelig på at den forstår eksport som utbetaling av ytelser etter folketrygden til personer som er *bosatt* i utlandet. Det innebærer at utbetalinger til personer under midlertidige opphold i utlandet lå utenfor arbeidsgruppens mandat. Utvalget forstår dette mer som en premiss for arbeidsgruppens arbeid, enn et valg arbeidsgruppen selv rådde over. I samtaler med utvalget har lederen for arbeidsgruppen videre bekreftet at eksportbegrepet – hvert fall internt i departementet – ble forstått som en henvisning til utbetalinger til personer bosatt utenfor Norge. Det var også der de store summene lå, hvilket innebar at tiltak mot andre former for opphold ville ha langt mindre effekt.

Dette gjør utredningen noe mindre interessant i denne sammenheng. Siden eksportbegrepet er tvetydig og reglene ofte sammenfallende, er det likevel flere drøftelser og vurderinger i arbeids-

³⁰ Brev fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til Arbeidsdepartementet 7. november 2012, s. 1.

³¹ Se Arbeidsdepartementet, Utkast til Prop. XX L Endringer i folketrygdloven og enkelte andre lover (2012–2013), dato, punkt 2.2.2, s. 4. Upublisert.

³² Brev fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til Arbeidsdepartementet, 27. februar 2013, s. 2.

³³ Pensjonsavdelingen i Arbeidsdepartementet, Notat fra 13. mars 2013.

³⁴ Arbeidsgruppe nedsatt av Arbeidsdepartementet, Medlemskap og eksport, 2013.

grupperapporten som utvalget finner grunn til å gjengi her.

Rapporten behandler norsk rett og folketrygdlovens regler adskilt fra behandlingen av folkerettslige avtaler, herunder EØS-avtalens regler. Redegjørelsen for EØS-avtalens regler om eksport av kontantytelser ved sykdom er svært begrenset, og fokuserer på flyttesituasjonen:

«Kontantytelser gis alltid fra den kompetente institusjon i overensstemmelse med lovgivningen som den institusjonen anvender, jf. BR [forordningen] artikkel 21. Reglene om sammenlegging av perioder for å oppnå rett til ytelser kommer til anvendelse hvis nødvendig. For yrkesaktive vil ytelsene først og fremst være sykepenger og foreldrepenger.

(...)

Når det gjelder sykepenger skal institusjonen på bostedet, på anmodning fra den kompetente institusjonen, foreta alle nødvendige administrative kontroller eller medisinske undersøkelser av den berørte personen i samsvar med den lovgivningen i bostedslandet. Den kompetente institusjonen har uansett rett til å la den sykmeldte bli undersøkt av en lege som den institusjonen velger, jf. IR [gjennomføringsforordningen] artikkel 27.»³⁵

I den avsluttende redegjørelsen for handlingsrommet innenfor rammen av blant annet EØS-avtalen, fremstilles muligheten til å begrense utenlandske statsborgeres adgang til å eksportere ulike ytelser skjematisk. Ifølge oversikten er det ikke adgang til å begrense adgangen til eksport av kontantytelser ved sykdom, med andre ord må ytelser som syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger innvilges til personer som bor i et annet EØS-land.³⁶ Arbeidsgruppen behandlet ikke muligheten til å begrense retten til ytelser ved andre former for opphold enn bosted, og kom derfor ikke inn på det området hvor det forelå en feilpraktisering hos Nav.

Arbeidsgruppen innhentet innspill fra blant annet Arbeids- og velferdsdirektoratet om forslag til endringer av bestemmelser i folketrygdloven om medlemskap og eksport. Direktoratet ga en rekke innspill, og utvalget finner særlig grunn til å trekke frem to.

For det *første* mente direktoratet at

«regelverket når det gjelder eksport av ytelser er så vidt ulikt at det vil være hensiktsmessig å foreta en gjennomgripende og samlet gjennomgang med sikte på å harmonisere regelverket på tvers, eller å tydeliggjøre ønskede ulikheter mellom fagområdene.»³⁷

Arbeidsgruppen diskuterte derfor om en slik harmonisering var hensiktsmessig. Drøftelsen er særlig interessant fordi arbeidsgruppen legger til grunn at Nav med eksport forstår all utbetaling til mottakere i utlandet, altså ikke begrenset til personer som er bosatt i utlandet. Arbeidsgruppen skriver at den antatt sterkeste begrensningen på handlingsrommet følger av EØS-avtalen, og at prinsippet om eksportabilitet rekker langt.

Når arbeidsgruppen så skal drøfte behovet for harmonisering, bygger den imidlertid utelukkende på en sammenligning av folketrygdlovens regler om utbetaling av ulike ytelser under opphold utenlands. Drøftelsen tar ikke hensyn til at det i mange tilfeller vil være i strid med de krav som følger av EØS-avtalen å legge til grunn folketrygdlovens regler. Dette illustrerer risikoen ved å skille redegjørelsen for EØS-avtalens begrensninger ut til noe eget, adskilt fra folketrygdlovens regler. Når realiteten er at EØS-retten medfører at folketrygdlovens regler ikke skal anvendes i en stor andel saker, medfører en slik oppdeling fare for tilsløring av hva norsk rett egentlig er på dette området.

En slik innretning av drøftelsene medfører også en risiko for at det ikke kommuniseres klart nok at en opprettholdelse av lovregler som må vike i konflikt med bestemmelser som tjener til å oppfylle forpliktelser etter EØS-avtalen i norsk rett, i seg selv er brudd på forpliktelsene etter EØS-avtalen.

For det *andre* foreslo direktoratet, i samarbeid med Nav Internasjonalt, at det burde fremgå av ordlyden til folketrygdloven § 2-5 at bestemmelsen – som gjelder pliktig medlemskap for personer som oppholder seg utenfor Norge, og som er rettet mot «norske statsborgere» – gjelder tilsvarende for statsborgere fra andre EØS-land.

Forslaget innebar ikke noen realitetsendring, siden dette allerede fulgte av forordning 883/2004, som er gjennomført i trygdeforordningsforskriften med hjemmel i folketrygdloven § 1-3. Forslaget retter søkelyset mot utfordringene ved at folketrygdlovens regler i mange tilfeller ikke kan tas på ordet, at det reelle tolkingsresultatet ligger

³⁵ Arbeidsgruppe nedsatt av Arbeidsdepartementet, Medlemskap og eksport, 2013, s. 118.

³⁶ Arbeidsgruppe nedsatt av Arbeidsdepartementet, Medlemskap og eksport, 2013, s. 138.

³⁷ Arbeidsgruppe nedsatt av Arbeidsdepartementet, Medlemskap og eksport, 2013, s. 278.

skjult i forordningens regler, og at disse må identifiseres via en generell forskriftshjemmel. Arbeidsgruppen drøfter, og konkluderer, slik:

«Arbeidsgruppen utelukker ikke at dette kan være ukjent for personer uten tilstrekkelig kunnskap om de europeiske trygdekoordineringsreglene, og at det derved kan oppstå feil eller misforståelser ved praktiseringen av de aktuelle bestemmelsene i folketrygdloven. Arbeidsgruppen er likevel av den oppfatning at det verken er nødvendig eller hensiktsmessig å presisere dette hver gang loven benytter statsborgerskap som vilkår.

Gjeldende lovgivningsteknikk i folketrygdloven, er ikke å innta eksplisitte bestemmelser i lovteksten i alle tilfeller der EØS-bestemmelsene innebærer at nasjonal lovgivning må fravikes for personer som kan påberope seg EØS-avtalen. Dette ville gjøre lovteksten uforholdsmessig tunglest. Det ville også kunne skape uheldige tvilssituasjoner dersom man ved en inkurie hadde glemt å ta inn slike bestemmelser. En feilaktig antitetisk fortolkning ville da være et nærliggende resultat. Dessuten ville det være nødvendig å innta slike bestemmelser ikke bare på grunnlag av EØS-avtalen, men også på grunnlag av EFTA-konvensjonen, Nordisk konvensjon om trygd og Norges bilaterale trygdeavtaler.

Dersom man skulle komme til at det er nødvendig (...), kan dette gjøres i form av en definisjon i lovens kapittel 1. Arbeidsgruppen er imidlertid i så vidt stor tvil om nødvendigheten av å ta slike definisjoner inn i loven at den ikke foreslår noen tekst. Arbeidsgruppen viser til at inkorporeringsforskriften for så vidt gjelder folketrygdloven, gitt med hjemmel i §§ 1-3 og 25-15, klart slår fast at forordningen gjelder som forskrift, og at folketrygdloven må fravikes dersom det er nødvendig for å komme i overensstemmelse med forordningen.»³⁸

I samtaler med utvalget har en rekke personer i både departementet og direktoratet gitt uttrykk for det samme, og sluttet seg til at det var uhen-siktsmessig å skulle gå inn og «luke i bedet», ved å endre en rekke bestemmelser i folketrygdloven. Hvorvidt man etter EØS-retten hadde en plikt til dette, synes ikke vurdert.

14.3.3 Henvendelser fra enkeltpersoner

Redegjørelsen for arbeidsdelingen mellom fagdepartement og Arbeids- og velferdsetaten i kapittel 8 viste en struktur hvor ansvaret for praktiseringen av regelverket, og en tilhørende oversikt over praksis, ligger i etaten. Departementet har ikke detaljkunnskap om praktiseringen av regelverket, men skal involveres ved at direktoratet løfter særlig viktige spørsmål opp til departementet. Departementet kan også på andre måter bli oppmerksom på feilaktig eller tvilsom praksis, for eksempel gjennom henvendelser fra enkeltpersoner.

Arbeids- og sosialdepartementet har som fagdepartement med ansvar for folketrygdloven en alminnelig veiledningsplikt ved spørsmål fra private som gjelder forståelsen av folketrygdlovens regler. Veiledningsplikten følger av forvaltningsloven § 11 første ledd. Formålet med veiledningen er å gjøre den enkelte i stand til å ivareta sin egen sak på best mulig måte. Veiledningsplikten er imidlertid begrenset i omfang, og skal blant annet tilpasses forvaltningsorganets situasjon og kapasitet.

I november 1998 mottok departementet en telefonisk henvendelse fra en person som opplyste om at hun var blitt nektet sykepenge fra sitt lokale trygdekontor fordi hun skulle oppholde seg i Spania. Kvinnen hadde arbeidet ved et norsk sykehjem i Spania et halvt års tid, før hun flyttet tilbake til Norge like før hun ble sykemeldt. Kvinnen ble innvilget sykepenge i september, men ble ifølge henvendelsen nektet å motta disse fra og med oktober, som følge av at hun reiste til Spania av familiære grunner. På bakgrunn av telefonsamtalen ba departementet Rikstrygdeverket om en nærmere redegjørelse for hva som hadde skjedd i saken.

Rikstrygdeverket svarte i april 2000, det vil si ett og et halvt år senere, og redegjorde da for behandlingen av saken ved det lokale trygdekontoret og fylkeskontoret. Redegjørelsen viser at trygdekontoret ikke nektet utbetaling fordi medlemmet skulle til utlandet, men fordi trygdekontoret ikke mottok noen søknad om ytterligere sykemelding. Når saken likevel er interessant, er det fordi Rikstrygdeverket skrev at dersom medlemmet hadde rett, og det forelå et avslag som skyldtes opphold i Spania, så ville det vært en praktisering av regelverket som etter Rikstrygdeverkets syn var riktig og i tråd med deres praksis. Rikstrygdeverket bemerket at «trygdekontoret i denne saken ikke har vurdert om tilfellet falt inn under forordning 1408/71». Videre heter det:

«Dersom medlemmets opplysninger om at begrunnelsen for opphør var at hun skulle opp-

³⁸ Arbeidsgruppe nedsatt av Arbeidsdepartementet, Medlemskap og eksport, 2013, s. 308.

holde seg i Spania, vil Rikstrygdeverket bemerke at en slik begrunnelse er korrekt i henhold til hovedregelen i folketrygdloven § 8-9.»³⁹

Det er ikke indikasjoner i brevet på at reglene i EØS-avtalens hoveddel om fri bevegelighet for arbeidskraft kan ha betydning for hvilken rett en kvinne som har bodd og arbeidet i et annet EØS-land har til å motta sykepenger ved reise i andre EØS-land.

I februar 2012 mottok departementet en henvendelse fra en selvstendig næringsdrivende advokat som hadde blitt nektet sykepenger en lengre periode høsten 2010 som følge av at han oppholdt seg i Spania, hvor han også drev advokatvirksomhet. Som utvalget redegjør nærmere for i punkt 14.4.5, fant Trygderetten at rett til sykepenger under oppholdet i Spania ikke var regulert av forordning 1408/71. Samtidig uttalte Trygderetten at det var vanskelig å ta stilling til advokatens anførsel om vedtakets lovlighet vurdert mot EØS-avtalens øvrige regler, fordi han ikke hadde vist til hvilke bestemmelser i EØS-avtalen vedtaket var i strid med. Advokaten spurte derfor departementet om det «finnes noe relatert til EØS-avtalen som tilser at man kan være delvis sykemeldt og jobbe i et annet EØS-land.»

I svaret ga departementet en grundig redegjørelse for ulike EØS-rettslige bestemmelser av betydning for advokatens sak. Departementet skrev at det er

«nærliggende å anta at de nevnte vilkårene [opphold i Norge] lettere kan oppfylles av norske arbeidstakere enn vandrende og at vilkårene derfor vil virke særlig til skade for vandrearbeidere.»⁴⁰

Departementet konkluderte på det grunnlaget med at oppholdskravet i § 8-9 kun kan anvendes dersom det forfølger objektive eller saklige grunner og ikke går lenger enn nødvendig for å nå målet. Avslutningsvis heter det:

«På bakgrunn av det som fremkommer i Trygderettens kjennelse som vi mottok fra deg, kan vi ikke se at saken er tilstrekkelig vurdert etter gjeldende EØS-regelverk. Vi vil der-

for anbefale deg å ta saken opp med Arbeids- og velferdsetaten.»⁴¹

Advokaten tok deretter ut søksmål for Eidsivating lagmannsrett over lovligheten av Trygderettens kjennelse. Han vant etter hvert også frem, fordi Nav omgjorde vedtaket kort tid før saken skulle opp for lagmannsretten. Saksgangen frem mot omgjøring behandles i punkt 14.4.5.

14.4 Interne diskusjoner i Nav-systemet om oppholdskravene

14.4.1 Innledning

En premiss for denne utredningen er at Arbeids- og velferdsetaten over lang tid har feilpraktisert trygdeforordningen og annen EØS-rett slik at vilkårene for rett til syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger er praktisert for strengt. Feilpraktiseringen har pågått over tid, og et spørsmål er hvilken foranledning Nav selv har hatt til å avdekke feilpraktiseringen. I dette punktet ser utvalget derfor nærmere på hvilke diskusjoner det har vært internt i Nav om disse spørsmålene før feilen ble påpekt av Trygderetten sommeren 2017.

14.4.2 Henvendelser fra Nav Internasjonalt og Nav Nordre Aker til direktoratet

Nav Internasjonalt hadde, frem til denne enheten ble lagt ned i 2016, ansvar for saksbehandlingen i saker om personer som hadde flyttet fra Norge. For Nav Internasjonalt var spørsmål om midlertidige opphold aktuelle, fordi også «deres» brukere kunne reise på kortere opphold til andre land enn det de hadde flyttet til. Videre hadde Nav Internasjonalt en del dialog med lokale Nav-kontor om ansvarsfordeling, og det ble oppfattet som et kompetansemiljø i internasjonale spørsmål.

Nav Internasjonalt sendte i 2014 og 2015 til sammen tre brev til direktoratet om forståelsen av forordning 883/2004 og oppholdskrav. Det første av disse, sendt 1. mai 2014, dreide seg om rett til sykepenger og arbeidsavklaringspenger for personer bosatt utenfor Norge. I brevet redegjorde Nav Internasjonalt for sin forståelse av regelverket, og for at de godkjente eksport av arbeidsavklaringspenger i de tilfellene der brukeren hadde en godkjent plan fra Nav-kontoret i Norge.⁴² Brevet var

³⁹ Brev fra Rikstrygdeverket til Sosial- og helsedepartementet, 7. april 2000.

⁴⁰ E-post fra saksbehandler i Arbeidsdepartementet, 16. februar 2012.

⁴¹ E-post fra saksbehandler i Arbeidsdepartementet, 16. februar 2012.

⁴² Brev fra Nav Internasjonalt til Arbeids- og velferdsdirektoratet, 1. mai 2014.

et notat sendt direktoratet til orientering, og ble følgelig ikke besvart.

Det andre brevet, sendt 7. januar 2015, dreide seg om reiser til andre EØS-land for personer bosatt i et annet EØS-land. Det ble stilt spørsmål om det skal gjøres forskjell på norske statsborgere og andre EØS-borgere, og Nav Internasjonalt ønsket avklart om formålet med utenlandsoppholdet har betydning. Direktoratet svarte på brevet 18. mars 2015, og skrev at

«I folketrygdloven § 8-9 står det at man *må oppholde seg i Norge* for å få rett til sykepenger. Dersom EØS-reglene kommer til anvendelse, slik at Norge er forpliktet til å utbetale sykepenger til en person som er bosatt i et annet EØS-land, kan ikke § 8-9 anvendes.

Det vil si at det ikke kan kreves at medlemmer som får sykepenger utbetalt i et annet land enn Norge skal søke om å få med seg sykepenger ved feriereiser til et tredje land.

Det avgjørende må være at medlemmene følger forpliktelser de har i forhold til medvirkning og aktiviteter som er nedfelt i oppfølgingsplanen.»⁴³ (direktoratets understreking)

Svaret fra direktoratet ble lagt ut på erfaringsforum noen dager etter Nav Internasjonalt mottok brevet.⁴⁴ Saksbehandleren i Nav Internasjonalt kommenterte avslutningsvis svaret slik:

«Med andre ord, EØS-borgere skal ikke søke om utenlandsopphold, men kan fritt bevege seg utenfor Norge, uavhengig av land.»

Innlegget utløste en diskusjon der flere stiller spørsmål ved hvilke konsekvenser svaret har. Spørsmålene gjelder særlig om avklaringene også gjelder norske statsborgere. Saksbehandleren i Nav Internasjonalt avklarte dette ved å presisere at

«Direktoratet har ikke svart på om norske statsborgere bosatt i Norge også er å regne som EØS-borgere. De har ikke skilt mellom saker som oppstår i Norge eller der sakene oppstår utenfor Norge.»

Saksbehandleren skrev videre at det var flere detaljer som burde avklares med direktoratet. I

⁴³ Brev fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til Nav Internasjonalt, 18. mars 2015.

⁴⁴ Redegjørelsen for diskusjonen på erfaringsforum bygger på internrevisjonens rapport. Utvalget har hatt tilgang til underlagsmaterialet for rapporten.

desember 2015 skrev Nav Internasjonalt et nytt brev, hvor de ba om avklaringer for så vidt gjaldt trygdemottakere som er bosatt i Norge. Bakgrunnen var henvendelser fra lokale Nav-kontor som opplevde regelverket som uklart. Nav Internasjonalt ga uttrykk for at alle

«EØS-borgere som har benyttet seg av retten til fri bevegelse regnes som omfattet av forordningen og kan ta med seg sykepenger til annet EØS-land uavhengig av hvor de er bosatt. Søknad om utenlandsopphold er ikke nødvendig.»⁴⁵

Samtidig la Nav Internasjonalt til grunn at

«Norsk statsborger bosatt i Norge og medlem i norsk trygd er ikke å anse som omfattet av EØS forordning 883/2004. De må derfor søke om å beholde sykepenger under utenlandsopphold. Personen vil være omfattet av forordningen i forbindelse med flytting og/eller arbeid i andre EØS land.»⁴⁶

Brevet gir uttrykk for en forståelse av EØS-retten som ligger nærmere EØS-rettens krav, slik de er fremstilt i kapittel 5, enn det rundskrivet gir uttrykk for. Samtidig oppstilles det et skille mellom norske statsborgere og statsborgere i andre EØS-land som det er vanskelig å se grunnlaget for.

Brevet utløste en lengre dialog internt i direktoratet og med Nav Nordre Aker.⁴⁷ Internt i direktoratet tok det tid å koordinere arbeids- og tjenesteavdelingen og ytelsesavdelingen, og kommunikasjonen med Nav Internasjonalt ble komplisert av at oppfølgingsavdelingen var flyttet til Nav Nordre Aker. Det formelle svaret på brevet fra Nav Internasjonalt kom først 7. oktober 2016. Direktoratet presiserer innledningsvis at det ikke er grunnlag for å skille mellom norske statsborgere og borgere fra andre EØS-land. Om opphold i utlandet skriver direktoratet at Nav har

«anledning til å kreve søknad etter § 8-9 i tilfeller der personer som er bosatt i Norge (i henhold til forordningens regler), skal oppholde seg midlertidig i et annet EØS-land. En slik søknad kan imidlertid bare avslås dersom

⁴⁵ Brev fra Nav Internasjonalt til Arbeids- og velferdsdirektoratet, 18. desember 2015.

⁴⁶ Brev fra Nav Internasjonalt til Arbeids- og velferdsdirektoratet, 18. desember 2015.

⁴⁷ En mer utførlig redegjørelse for denne dialogen gis i internrevisjonens rapport på side 31–32.

reisen/oppholdet kan forverre vedkommendes helsetilstand eller vanskeliggjøre den medisinske behandling. Mangelfulle kontrollmuligheter kan ikke gi grunnlag for avslag.»⁴⁸

Forståelsen direktoratet her redegjør for er ikke den samme som den som kommer til uttrykk i EØS-rundskrivene til kapittel 8, hvor det heter at når «det gjelder personer som bor og arbeider i Norge, og som ønsker å dra på feriereise til et annet EØS-land, gjelder vilkårene i § 8-9.»⁴⁹ Utvalget er kjent med at saksbehandlerne som skrev brevet ikke var kjent med etatens praksis, og heller ikke konsulterte rundskrivene.

Direktoratet skrev avslutningsvis i brevet at de skulle «vurdere om det er behov for endringer i rundskrivet»⁵⁰. Ønsket om oppdatering av EØS-rundskrivets kapitler om sykepenger og arbeidsavklaringspenger gjentas av Nav Nordre Aker i møte med direktoratet i mars 2017, og en slik oppdatering er også på et punkt på en handlingsplan som besluttes av direktoratet, Nav Oslo og Nav Nordre Aker 31. oktober 2017. Så vidt utvalget forstår ble ikke noen av disse punktene fulgt opp.⁵¹

14.4.3 Spørsmål på «Erfaringsforum»

På Navs intranett ligger «Erfaringsforum», som er en side der ansatte i Nav kan stille generelle spørsmål og ha faglige diskusjoner. Internrevisjonen i Nav har vist til at det i beskrivelsen «Om Erfaringsforum» står at direktoratet kan ha nytte av forumet for å «fange opp forbedringsforslag og uhensiktsmessig regelverk og ta tak i det», og at forumet er «et godt verktøy for forbedringsarbeid og lik praksis».⁵² Nav Klageinstans har siden 2009 hatt delegert ansvar fra direktoratet for å veilede i spørsmål om ytelser på «Erfaringsforum». Denne veiledningen skal være generell, bygget på rundskrivene, og ikke gå inn i enkeltsaker. Ansvaret for å svare på spørsmål som stilles her, går på rundgang mellom saksbehandlere i Nav Klageinstans. Internrevisjonen i Nav har vist til at problemstillinger det er usikkerhet om blant veilederne i Nav Klageinstans

kan løftes til et aktuelt fagmøte, og eventuelt formidles linjevei til direktoratet.

Overfor utvalget har direktoratet også understreket at erfaringsforum er

«et internt sosialt nettforum hvor ansatte kan dele erfaringer og ha faglig diskusjon (...) Erfaringsforum er ikke en rettskilde og enkeltsaker skal ikke drøftes på denne arenaen»⁵³

Utvalget er kjent med tre innlegg på forumet hvor det er stilt klare spørsmål om praktiseringen av artikkel 21 er riktig. To av dem skriver seg fra 2014 og ett fra 2015. Det innlegget som blir besvart, blir besvart av en saksbehandler fra Nav Klageinstans. Svaret gjengir forordningens artikkel 21 og folketrygdlovens § 8-9, og skriver at trygdemottaker kan ha rett til å motta sykepenger i et annet EØS-land dersom vedkommende kan regnes som bosatt der. Ingen av spørsmålene løftes til styringsenheten, og spørsmålene er dermed heller ikke videreformidlet til direktoratet.

14.4.4 Diskusjoner i kvalitetsrapporter fra Nav Klageinstans

Nav Klageinstans utarbeider kvalitetsrapporter hver fjerde måned, i tillegg til en oppsummerende årsrapport. Rapportene skal beskrive kvalitetsutfordringene behandling av klagesaker gjør Nav Klageinstans oppmerksom på. Grunnlaget for å ta opp temaer særskilt i kvalitetsrapporten, er typisk at en stor andel av klagesakene ender med omgjøring.

Kvalitetsrapportene har over flere år pekt på utfordringer knyttet til rett til sykepenger ved utenlandsopphold. Rapportene peker særlig på at praksis i etaten spriker, og at det er manglende vurderinger av hvor trygdemottaker bor, altså hvor senter for livsinteresser er. Tolkningen av artikkel 21 og spørsmålet om forordningen gjelder også ved midlertidige opphold i andre EØS-land, ble imidlertid ikke løftet særskilt i kvalitetsrapportene før Trygderetten påpekte problemstillingen sommeren 2017.

14.4.5 Forlik etter søksmål over gyldigheten av Trygderettens kjennelse

Gyldigheten av kjennelser fra Trygderetten kan prøves for lagmannsretten, jf. trygderettsloven § 26 første ledd. En slik prøving skjer i form av søksmål over Trygderettens kjennelse. Søksmålet

⁴⁸ Brev fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til Nav Internasjonal, 7. oktober 2016.

⁴⁹ Arbeids- og velferdsdirektoratet, Hovednr. 45 – Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd, datert 15. februar 2001, kapittel 8.7.2, oppdatert 12. januar 2012.

⁵⁰ Brev fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til Nav Internasjonal, 7. oktober 2016.

⁵¹ Se også her Internrevisjonen i Arbeids- og velferdsdirektoratet, Kartlegging av fakta i EØS-saken, 12. desember 2019, s. 34.

⁵² Internrevisjonen i Arbeids- og velferdsdirektoratet, Kartlegging av fakta i EØS-saken, 12. desember 2019, s. 28.

⁵³ Skriftlig redegjørelse fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til utvalget.

skal rettes mot det organ som var ankemotpart for Trygderetten. Hvis vedtaket er fattet av Arbeids- og velferdsetaten, er det Arbeids- og velferdsdirektoratet som representerer staten i søksmålet, jf. Nav-loven § 9 første ledd.

Det er svært få eksempler på at kjennelser fra Trygderetten som gjelder kontantytelser under midlertidige opphold i andre EØS-land er vurdert av lagmannsretten. Utvalget har derfor undersøkt om det foreligger saker hvor det er tatt ut søksmål for lagmannsretten, men hvor saken senere er forliket. Så langt utvalget kan bringe på det rene, finnes det ett eksempel på et slikt forlik. Saken har en viss sammenheng med henvendelsen til departementet, omtalt i punkt 14.3.3.

Saken og saksgang

Saken gjaldt en 62 år gammel mann, A, som arbeidet som selvstendig næringsdrivende advokat. Advokatfelleskapet han var en del av hadde kontorer både i Norge og Spania, og han delte sin tid mellom kontorene. A hadde dermed benyttet seg av EØS-avtalens rett til fri etablering i avtalelandene, og var således vernet etter disse reglene, se nærmere om dette i kapittel 5.

Våren 2010 ble A sykmeldt, og han fikk innvilget sykepenges fra dette tidspunktet. Sykepengene ble imidlertid stoppet i august 2010, som følge av at han – uten forutgående søknad – hadde oppholdt seg i Spania fra midten av juli til midten av august. August samme år søkte han om sykepenges under opphold i Spania. I søknaden bekreftet han det tidligere oppholdet, og søkte om sykepenges for den perioden han allerede hadde vært i utlandet, i tillegg til lengre perioder ut over høsten. Denne søknaden ble avslått i første instans, med følgende begrunnelse:

«Vi kan i ditt tilfelle ikke se at vilkårene for å få utbetalt sykepenges under opphold utenfor Norge er oppfylt. NAV har registrert utenlandsopphold i følgende perioder: 160710 – 150810, 180810 – 110910 og 180910 – 241010. NAV kan etter søknad innvilge sykepenges under utenlandsopphold av kortere varighet. I ditt tilfelle tilbringer du imidlertid det meste av tiden i utlandet. NAV er av den oppfatning at det er vanskelig å føre den nødvendige kontroll med hensyn til sykdommens karakter, utvikling, varighet og innvirkning på arbeidsnivåen når du oppholder deg i utlandet det meste av tiden.»⁵⁴

A klagde på vedtaket. Klagesaken ble behandlet i Nav Klageinstans Midt-Norge, som stadfestet vedtaket fra første instans. A anket deretter klagevedtaket inn for Trygderetten, og anførte blant annet at avslaget stred mot prinsippet om fri bevegelse i EØS-avtalen. Trygderetten stadfestet vedtaket fra første instans. Trygderetten skriver i sin kjennelse at As

«situasjon reguleres som nevnt ikke av noen spesiell artikkel i forordningen. Når denne forordningen ikke regulerer [As] forhold, og [A] heller ikke har konkretisert hvilken av artiklene i EØS-avtalen som eventuelt ikke skal være ivarettatt, er det vanskelig for retten å ta stilling til hans anførsel.»⁵⁵

As anførsel om at avslaget på sykepenges er i strid med prinsippet om fri bevegelse, førte derfor ikke frem.

Søksmålet for Eidsivating lagmannsrett

Etter stadfestelsen fra Trygderetten, begjærte A saken gjenopptatt på bakgrunn av at Trygderetten ikke hadde vurdert vedtaket mot de alminnelige reglene om fri bevegelse i EØS-avtalen. Som følge av at behandlingen av anmodningen om gjenopptak tok noe tid, tok A ut søksmål for Eidsivating lagmannsrett sommeren 2012. Det fremgår av stevningen at søksmålet er tatt ut for å unngå at søksmålsfristen går ut mens Nav behandler anmodningen om gjenopptak.

Navs avgjørelse lot imidlertid vente på seg, og lagmannsretten berammet derfor hovedforhandling våren 2013. Regjeringsadvokaten trådte inn som prosessfullmektig for staten, og staten fastholdt i sitt tilsvarende at Trygderettens kjennelse om avslag på rett til sykepenges er gyldig. Staten mente kjennelsen var forenelig med trygdeforordningen, og hadde ingen øvrige anførsler angående øvrige EØS-rettslige regler.

Høsten 2012 utdypet As prosessfullmektig henvisningen til de alminnelige reglene om fri bevegelse i et prosesskriv. Samtidig ble en underdirektør i Arbeidsdepartementet og en representant fra EUs ekspertnettverk tilbudt som sakkyndige vitner i saken. Bakgrunnen for at underdirektøren i departementet ble tilbudt som vitne, var at hun tidligere hadde svart på en henvendelse fra A angående den manglende vurderingen av EØS-avtalens alminnelige regler i Trygderettens kjennelse, se avsnitt 14.3.3 ovenfor. I epos-

⁵⁴ Vedtak fra Nav-kontoret av 30. september 2010.

⁵⁵ Trygderettens kjennelse i sak TRR-2011-1098.

ten hvor underdirektøren svarte på As henvendelse, skrev hun at departementet, på grunnlag av Trygderettens kjennelse, ikke kunne «se at saken er tilstrekkelig vurdert etter gjeldende EØS-regelverk. Vi vil derfor anbefale deg å ta saken opp med Arbeids- og velferdsetaten».

Staten tok til orde for at vitnene, som var innkalt som sakkyndige eksperter på gjeldende rett, måtte avvises som følge av det grunnleggende utgangspunktet at domstolen selv har ansvaret for rettsanvendelsen. I et senere prosesskriv skrev As prosessfullmektig at et alternativ til vitneføring, er å innhente en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. Det sistnevnte prosesskrivet er datert 2. januar 2013.

Den 15. februar 2013 omgjorde Nav Internasjonalt det opprinnelige vedtaket, slik at A ble innvilget sykepenger i de periodene han hadde søkt om det.

Veien frem mot omgjøring internt i Nav

Det følger av Nav-loven § 9 første ledd at det er Arbeids- og velferdsdirektoratet som opptrer på vegne av staten i saker som skriver seg fra vedtak etter lovene Arbeids- og velferdsetaten forvalter. Internt i direktoratet var denne oppgaven i 2012/13 tillagt juridisk seksjon i Kunnskapsavdelingen. Det innebar at juridisk seksjon mottok forkyning av stevning, utarbeidet utkast til tilsvarende og bistod prosessfullmektig under saksforberedelsen. Prosessfullmektig i saken var statens alminnelige prosessfullmektig, Regjeringsadvokaten. I tillegg ble det oppnevnt en partsrepresentant for direktoratet, som skulle representere staten i retten og bistå prosessfullmektig i forberedelse av saken. I tråd med vanlig praksis var det en saksbehandler ved den enheten som hadde fattet vedtaket som representerte direktoratet i Trygderetten, i dette tilfellet Nav Klageinstans Midt-Norge.

Den videre behandlingen av saken er beskrevet i et notat utarbeidet av saksbehandler i juridisk seksjon i Kunnskapsavdelingen. I arbeidet med statens tilsvarende utfordret statens prosessfullmektig direktoratet på om etatens praksis for rett til eksport av sykepenger til et annet EØS-land var riktig. Spørsmålene ledet til et utredningsarbeid i samarbeid mellom juridisk seksjon i Kunnskapsavdelingen og saksbehandler i Nav Internasjonalt, som ikke hadde behandlet saken, men som var et kompetansemiljø på utenlandssaker. Dette arbeidet tok noe tid, men i desember 2012 opplyste Nav Internasjonalt at de foreløpig ikke var kommet til noe annet resultat. En kopi av et utkast til nytt vedtak som stadfester Trygde-

rettens kjennelse ble oversendt Kunnskapsavdelingen og statens prosessfullmektig i begynnelsen av januar 2013.

Senere i januar ble saken diskutert på nytt mellom saksbehandler i Kunnskapsavdelingen og Nav Internasjonalt. Siden spørsmålet gjaldt lovforståelsen på et stønadsområde, ble fagansvarlig for sykepenger i Ytelsesavdelingen koblet på. Det er Ytelsesavdelingen som kan instruere fagmiljøene om en bestemt tolking av regelverket. Den videre diskusjonen foregikk mellom saksbehandler i Nav Internasjonalt og fagansvarlig i Ytelsesavdelingen. Denne diskusjonen endte med at Nav Internasjonalt 15. februar omgjorde vedtaket, og innvilget sykepenger under opphold i Spania.

Saken var dermed gjenstandsløs, og i felles prosesskriv begjærte partene saken hevet. Det fremgår av samme prosesskriv at partene hadde inngått forlik om sakskostnadene. Forliket gikk ut på at Staten dekket nødvendige sakskostnader, jf. tvistelovens § 20-5. I omgjøringsvedtaket begrunner Nav Internasjonalt As rett til sykepenger under opphold i Spania i forordningens regler *lest i lys av* retten til fri bevegelighet for arbeidskraft og selvstendig næringsdrivende.

I begrunnelsen for omgjøringen vises det til at

«Koordineringsreglene i forordningen ses i sammenheng med reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft innenfor EØS. For å oppnå dette prinsippet må det sikres at trygderettigheter og opptjening ikke går tapt når en yrkesaktiv person flytter eller kommer i arbeid i et annet EØS-land

(...)

Når du arbeider i to land, vil det være i konflikt med de generelle prinsippene i forordningen dersom du ikke skal kunne utføre arbeidsoppgavene i begge land.»⁵⁶

Som nevnt gir Nav i omgjøringsvedtaket uttrykk for en lovforståelse i tråd med utvalgets konklusjoner, og i strid med det som da hadde vært, og som senere skulle være, praksis i lang tid. Utvalget har derfor også bedt om innsyn i all informasjon som kan belyse hvilke følger forliket fikk for andre saker. Etter det utvalget har kunnet bringe på det rene, er det ingen ting som indikerer at behandlingen av denne konkrete saken fikk betydning for øvrig praksis i etaten: Forliket og diskusjonene internt om hvilke føringer de alminnelige reglene

⁵⁶ Vedtak om omgjøring fra Nav Internasjonalt, 15. februar 2013.

om fri bevegelse la, medførte altså ingen endring i andre saker enn den forlikte.

14.5 Utvalgets vurderinger

Etter *flertallet* i utvalgets syn har departementet og direktoratet på flere tidspunkter hatt foranledning til å avdekke og rydde opp i beskrivelsen av adgangen til å motta kontantytelser ved sykdom i etatens rundskriv. Samlet synes det klart at sterkere EØS-kompetanse i sentrale posisjoner i begge organer ville bidratt til forståelse av hva etatens praksis innebar. Utvalget finner særlig grunn til å trekke frem tre slike foranledninger:

Allerede høsten 2000 diskuterte departementet og direktoratet EØS-rettens betydning for anvendelse av folketrygdlovens oppholds krav ved midlertidige opphold.⁵⁷ Dokumentasjonen fra diskusjonen den gang viser at en rekke sentralt plasserte medarbeidere hadde god forståelse for EØS-rettens krav. Utvalgets flertall finner det betenkelig at denne forståelsen ikke ga seg uttrykk i tilstrekkelig endring av direktoratets rundskriv, slik at den kunne bidratt til endring og ensretting av etatens praksis. Utvalgets flertall har ikke klart å bringe på det rene nøyaktig hva som er bakgrunnen for at praksis i hovedsak forble den samme, men det synes som at både gjennomføringsevnen i direktoratet og oppfølgingen fra departementet har vært for svak. Departementet ba om å bli forelagt et oppdatert rundskriv med nødvendige endringer. Utvalget har fått opplyst at en slik foreleggelse aldri kom, og det er ikke spor av videre oppfølging fra departementets side. Siden departementet var klar over at praksis hadde vært feil, mener utvalgets flertall saken aktivt burde vært fulgt opp overfor direktoratet.

På ulike tidspunkter i 2012, året hvor forordning 883/2004 ble gjennomført i norsk rett, ble departementet og direktoratet kjent med en sak hvor en norsk advokat som arbeidet som selvstendig næringsdrivende i Spania ble nektet å motta sykepengene under opphold i Spania. Saken ligger etter flertallet i utvalgets syn i kjernen av de saker hvor det bør være klart at EØS-avtalens regler om fri bevegelse for personer begrenser adgangen til å kreve opphold i Norge. Vedtaket ble til slutt omgjort, og etter *flertallets* oppfatning er oppfølgingen av saken uheldig av flere grunner. For det

første mener utvalgets flertall det ligger en foranledning til nærmere vurdering av de spørsmål saken reiste, alene i den omstendighet at advokatens sak gikk gjennom førstelinje, behandling i Nav Klageinstans og behandling i Trygderetten uten at EØS-rettens regler ble tilstrekkelig identifisert. For det andre ble departementet involvert i saken både gjennom henvendelse direkte fra advokaten og fordi en saksbehandler i departementet ble bedt om å vitne i saken for lagmannsretten. Departementet fikk dermed godt innblikk i saken, og utvalgets flertall mener departementet burde tatt det som en oppfordring til å gjøre seg kjent med etatens praksis og vurdere om denne var i overensstemmelse med EØS-retten. Etter at Nav valgte å omgjøre vedtaket i saken, ble det ikke foretatt noen vurdering av hvilke konsekvenser lovforståelsen som ligger til grunn for omgjøringen ville ha for andre, lignende saker. Oppfølgingen av denne saken kan ha medført at like saker er behandlet ulikt, og at etaten fortsatte med den uriktige praktiseringen av EØS-reglene ved vurderingen av retten til andre kontantytelser under sykdom.

Internt i Nav har det vært diskusjoner om spørsmål i tilknytning til forståelsen av artikkel 21 i forskjellige former og fora. Det er imidlertid ikke mange tilfeller hvor det har vært stilt direkte spørsmål ved forståelsen av artikkel 21 eller praktiseringen av reglene i tilknytning til bestemmelsen. Diskusjonen mellom Nav Internasjonalt og direktoratet pågikk mellom sentralt plasserte medarbeidere som både burde ha kjennskap til praksis og tilstrekkelig kompetanse til å forstå de EØS-rettslige konsekvensene av den. Det er da kritikkverdig at direktoratet ikke arbeidet for å avdekke om det var usikkerhet eller ulik praksis i øvrige resultatområder, og hva praksis innebar. I samtale med utvalget har en mellomleder i direktoratet gitt uttrykk at slike henvendelser antagelig i stor grad har blitt behandlet som enkeltsaker, uten at direktoratet har identifisert at avklaring av slike saker kan ha større betydning. Utvalgets flertall deler denne oppfatningen.

Utvalgets medlemmer Fløistad og Midthjell deler ikke premisen for diskusjonene i dette kapitlet i tidsrommet før disse medlemmene mener det oppstod en systematisk forvaltningspraksis i strid med EØS-rettens krav. Det vises til kapittel 6 om disse medlemmenes syn på forvaltningens praksis for å ivareta rettighetene til økonomisk aktive personer der det forelå et grensekryssende element.

⁵⁷ Det er dissens i utvalget med hensyn til hvilken personkrets som verner av EØS-retten på dette tidspunktet. For en nærmere redegjørelse for diskusjonen, se punkt 14.2.

Kapittel 15

Håndtering av saken frem mot offentliggjøring

Boks 15.1

Funn:

- Det tok svært lang tid fra Trygderettens første kjennelser til etaten selv kom til at den uriktige forståelsen av artikkel 21 hadde hatt betydning for tidligere saker
- Direktoratet fungerte ikke som det koordinerende fagdirektoratet det er ment å være. Verken faglige avklaringer mellom direktoratet og øvrige deler av Nav-systemet eller rapportering til departementet har skjedd på en strukturert måte. Dette synes å ha medvirket til at håndteringen av saken gjennomgående preges av lang saksbehandlingstid, treghet og misforståelser i flere ledd
- Det er manglende kommunikasjon både mellom ulike enheter innad i Nav, og mellom Nav og andre organer. Samlet synes det som Nav har manglet kultur for informasjonsutveksling og vært preget av en lite proaktiv holdning til problemløsning
- Sakens alvorlighetsgrad kunne vært avdekket i årsskiftet 2018/2019 dersom samhandlingen innad i Nav-systemet hadde vært bedre. En tidligere involvering av Nav Kontroll, og klarlegging av hvilken praksis som ble fulgt i ulike resultatområder, kunne ledet til raskere opprydning. Dette kunne igjen bidratt til å avverge at enkeltpersoner ble anmeldt og dømt i løpet av 2019

Læringspunkter:

- Det er behov for mer dialog om faglige vurderinger, både innad i Nav og mellom Nav og departementet
- Ledere i organene må rette sin oppmerksomhet mot faglig dialog. En av kjerneoppgavene til ledergrupper med representanter for ulike enheter eller resultatområder, er å sikre at enhetene samhandler godt, også i faglige spørsmål
- Ansvarspulverisering må unngås. Uavhengig av formell ansvarsfordeling, bør Nav jobbe med varslingskultur og informasjonsdeling internt. Når viktige spørsmål oppstår, må det avklares raskere hvilke resultatområder de har betydning for

15.1 Innledning¹

15.1.1 Mandat og opplegg

Mandatet fremhever at utvalget skal vurdere Arbeids- og sosialdepartementet, Nav og Trygderettens «håndtering og rolle i saken», med sikte på

¹ Utvalgsmedlem Midthjell stiller seg ikke bak fremstillingen her. Se punkt 15.7.4 og 18.4.

å avdekke hvordan feilen kunne oppstå, og pågå over så lang tid. Slik utvalget ser det, er det viktig å vurdere håndteringen av saken fra det tidspunktet Nav fikk klare signaler om at praksis kunne være feil, gjennom Trygderettens avgjørelse som stilte spørsmål ved rundskrivet i juni 2017, og til praksis ble endret med virkning også for tidligere saker nesten to og et halvt år senere, i oktober 2019.

Håndteringen i de ulike organene kan etter utvalgets syn deles inn i fem faser: I den første

fasen utløser Trygderettens kjennelser en diskusjon internt i Nav-systemet, og det er en dialog med Trygderetten om initiativet til å forelegge et tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen. I den andre fasen involveres departementet som følge av at Nav etter hvert ber om tilslutning til å endre praksis. Den tredje fasen er knyttet til publisering av praksisendringen. Den fjerde omhandler reaksjoner på praksisendringen, mens den femte innledes ved at departementet blir klar over alvorligheten i saken, og avsluttes med offentliggjøring av saken 28. oktober 2019.

15.1.2 Om forholdet til internrevisjonens rapport

Internrevisjonen i Arbeids- og velferdsdirektoratet leverte sin rapport «Kartlegging av fakta i EØS-saken» 11. desember 2019. Rapporten ble skrevet på oppdrag fra arbeids- og velferdsdirektøren, og skulle kartlegge følgende:

- «a) Hva skjedde i NAV i forbindelse med at forordningen ble vedtatt, og trådte i kraft i Norge i 2012?
- b) Hva skjedde i NAV etter at Trygderetten avsa kjennelser som gikk imot NAVs tolkning av regelverket høsten 2017, og frem til at praksis ble endret høsten 2019?»²

Rapporten gir en detaljert gjennomgang av hva som skjedde i Arbeids- og velferdsetaten. Arbeidet som lå til grunn for rapporten var omfattende, og funnene til Internrevisjonen fikk mye oppmerksomhet. Rapporten utgjør den eneste offentlige tilgjengelige gjennomgangen av fakta i sakskomplekset utvalget gransker. Rapporten er begrenset til hva som skjedde i Nav, og omtaler derfor ikke saksgang og hendelser i andre organer utover å redegjøre for samspillet mellom disse organene og Nav.

Utvalget er selv ansvarlig for sin vurdering av faktum, og kan ikke legge internrevisjonens rapport til grunn uten nærmere undersøkelser. Samtidig har en rekke av de personene i direktoratet som utvalget har snakket med vist til rapporten, og gjennomgående gitt uttrykk for at fremstillingen i store trekk er riktig og gir en dekkende beskrivelse av hva som har skjedd i Nav. Det innebærer at rapporten har vært et nyttig dokument også for utvalget i kartleggingen av hvordan

² Internrevisjonen i Arbeids- og velferdsdirektoratet, Spesialoppdrag – D2019-10 Kartlegging av fakta i EØS-saken, 12. desember 2019, s. 1

saken ble håndtert, særlig frem mot offentliggjøring.

15.2 Første fase: Intern håndtering i Nav og dialog med Trygderetten (2017–2018)

15.2.1 Håndteringen av Trygderettens avgjørelser etter juni 2017

Den 16. juni 2017 mottok Nav Klageinstans den første kjennelsen hvor Trygderetten ga uttrykk for Navs rundskriv bygde på en feil forståelse av trygdeforordningen.³

Til tross for vurderingene fra Trygderetten i denne kjennelsen, var sentrale medarbeidere i Nav Klageinstans fortsatt ganske sikre på at oppholdskravet i folketrygdlovens bestemmelser om sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger skulle anvendes etter sin ordlyd, så lenge mottakeren av ytelsen var bosatt i Norge og hadde arbeidet her. Denne forståelsen hadde, slik de oppfattet det, fått støtte i Trygderettens praksis over lang tid.⁴

Avgjørelsen fra juni 2017 ble løftet til det interne nettverket for «medlemskap og lovvalg» i Nav Klageinstans, som var ressurspersoner i EØS-spørsmål.⁵ Etter at saken ble diskutert i et fagmøte om sykepenger i september – det første etter sommerferien – utarbeidet deltakere i fagmiljøet et første notat om problemstillingen. Dette var klart i november. Årsaken til at det tok flere måneder fra kjennelsen kom fra Trygderetten til det forelå en skriftlig vurdering internt i klageinstansen, var etter det utvalget har fått opplyst at problemstillingen ble oppfattet som kompleks, at det var ferie i samme periode, og at slike prosesser generelt tar tid.⁶

I mellomtiden, i august 2017, mottok Nav Klageinstans Midt-Norge et brev fra Trygderetten i forbindelse med at Trygderetten skulle behandle en ankesak der en EØS-borger hadde fått krav om å tilbakebetale arbeidsavklaringspenger han hadde mottatt mens han hadde oppholdt seg i

³ Kjennelsen har referansenummer TRR-2016-2497. Trygderettens kjennelser, og klageinstansens håndtering av disse, er behandlet nærmere i kapittel 11.

⁴ Forståelsen hadde imidlertid ikke blitt direkte diskutert i Trygderetten tidligere. Se nærmere kapittel 11 om Trygderettens rolle i sakskomplekset.

⁵ Nettverket, som ofte er omtalt som «MEL» i skriftlig dokumentasjon fra Nav, ble senere nedlagt da det ikke fungerte som planlagt.

⁶ Fremstillingen i avsnittet her bygger på opplysninger sentrale medarbeidere i Nav Klageinstans har gitt utvalget i intervju, i tillegg til tilgjengelig skriftlig dokumentasjon.

hjemlandet. I brevet viste Trygderetten til at Nav Klageinstans ikke hadde vurdert sakens EØS-rettslige side, og ba om en supplerende vurdering. Nav Klageinstans ga ingen tilbakemelding om sitt syn på de EØS-rettslige spørsmål saken reiste, og Trygderetten opphevet Navs vedtak om omgjøring og tilbakekreving i en prinsipielt anlagt kjennelse 27. oktober.⁷ Denne saken ble tilsynelatende ikke sett i sammenheng med det pågående utredningsarbeidet i Nav.

I løpet av sommeren 2017 avsa Trygderetten også kjennelser som stadfestet vedtak om stans eller tilbakekreving av ytelser der trygdemottakeren hadde oppholdt seg i utlandet, uten at Trygderetten vurderte forholdet til EØS-retten. Klageinstansen oppfattet derfor ikke Trygderettens praksis som entydig.⁸ Nav Klageinstans var av den oppfatning at det ikke hadde vært stilt spørsmål om forholdet til trygdeforordningens artikkel 21 tidligere, verken fra parter, prosessfullmektiger eller Trygderetten. Dette var heller ikke et område der trygdeforordningen ble oppfattet å reise særlig kompliserte spørsmål. Selv om klageinstansen merket seg den første kjennelsen, ble ikke situasjonen oppfattet som «akutt».

15.2.2 Første orientering: Brev fra Nav Klageinstans til direktoratet november 2017

Det fremgår av en intern samhandlingsinstruks at Nav Klageinstans skal gi beskjed til direktoratet dersom det fremkommer noe i Trygderettens kjennelser som tilsier at Trygderetten er uenig i innholdet i et rundskriv.⁹

Nav Klageinstans orienterte direktoratet om at det var uklarerhet knyttet til anvendelsen av oppholdskravet ved å sende notatet som var utarbeidet av fagmiljøet på sykepengeområdet. Oversendelsen skjedde i tilknytning til en arbeidsprosess, som utvalget finner grunn til å redegjøre kort for: Høsten 2017 var Nav Klageinstans kjent med at direktoratet ville foreslå en endring av folketrygdloven § 8-9. Endringen skulle lovfeste at sykepenger bare kunne mottas i utlandet i inntil fire uker per kalenderår. En slik fireukersregel

fremgikk ikke av loven, men var lagt til grunn i forvaltningspraksis. Endringen ville innebære en lovfesting av hvor lang en «begrenset periode», som det kan gis tillatelse til å beholde ytelsen under utenlandsopphold, skulle anses å være.¹⁰ Bakgrunnen for at direktoratet vurderte å endre bestemmelsen, var at Arbeids- og sosialdepartementet hadde bedt direktoratet foreta en

«gjennomgang av regelverket med henblikk på å vurdere behov for regelendringer for å klargjøre, rydde og legge til rette for digitalisering og høyest mulig grad av effektivisering og automatisering av saksbehandlingen i NAV».¹¹

Klageinstansen sendte et brev om dette til ytelsesavdelingen i direktoratet 29. november 2017. Brevet ble oversendt per e-post til ytelsesavdelingen, og i oversendelseposten står det følgende:

«Vedlagt er et dokument som gjelder opphold i Norge for EØS-borgere, knyttet til ytelser med hjemmel i folketrygdlovens kap. 8, 9 og 11. NAV Klageinstans jobber for tiden med problemstillinger knyttet til rett til kontantytelser i EØS-land. Vi mener det er viktig at dere er kjent med at vi arbeider med anvendelsen av bestemmelsene i folketrygdloven sett i forhold til trygdeforordningene.»

Det vedlagte brevet har en kort innledning om at klageinstansen er gjort kjent med at direktoratet vil foreslå en endring av § 8-9 tredje ledd om opphold i utlandet med rett til sykepenger, fordi dette vurderes som «hensiktsmessig og kostnadsbesparende». Deretter fremgår det at klageinstansen har «mottatt flere henvendelser om opphold i

⁷ TRR-2016-2634.

⁸ En del av disse sakene omtales nærmere i kapittel 11.

⁹ Direktøren i Nav Klageinstans har vist til samhandlingsinstruksen i samtale med utvalget. Av instruksen for Arbeids- og velferdsdirektoratet fremgår det at direktoratet videre skal varsle departementet om «avgjørelser i Trygderetten eller dommer i de ordinære domstoler som reiser problemstillinger som kan gripe inn i etablert praksis og/eller framstår som prinsipielt viktige». Se kapittel 8.

¹⁰ En slik lovendring er ikke gjort for sykepenger, men det fremgår av trygderettspraksis at Nav har praktisert adgangen til utenlandsopphold i en «begrenset periode» slik at det er gitt tillatelse til inntil fire ukers årlig utenlandsopphold. Folketrygdloven § 11-3 ble endret med virkning fra 1. januar 2018, slik at det fremgår av lovteksten at en «begrenset periode» ved mottak av arbeidsavklaringspenger i utlandet, er inntil fire uker per år. For pleiepenger gjelder § 8-9 om sykepenger tilsvarende, jf. folketrygdloven § 9-4. Med virkning fra 1. oktober 2017 er det presisert i lovteksten at en «begrenset periode» for mottakere av pleiepenger skal forstås som «inntil åtte uker i løpet av en tolv måneders periode». Innholdet i de aktuelle bestemmelsene i folketrygdloven er redegjort for i kapittel 5.

¹¹ Se brev fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til Arbeids- og sosialdepartementet, 2. oktober 2017. Bestillingen kom fra departementet i brev i mai 2017. Direktoratet besvarte forespørselen 2. oktober 2017, og det fremgår av svarbrevet at formålet med arbeidet var å gjøre det mulig å digitalisere en større del av saksbehandlingen.

Norge kan kreves for EØS-borgere som mottar kontantytelser og som er bosatt eller oppholder seg i et EØS-land». ¹² Videre heter det:

«Under vårt arbeid har det blitt avdekket at det er ulik praksis og ulike oppfatninger av hvordan trygdeforordning 883/2004 artikkel 7 og 21 skal forstås og praktiseres. Vi har også mottatt en kjennelse fra Trygderetten (TRR-2016-02497) der det blir stilt spørsmål om rundskrivet gir en riktig forståelse av artikkel 21.

Det er noe usikkerhet i NAV Klageinstans om kravet om opphold i Norge i bestemmelsene i § 8-9, § 9-4 og § 11-3 er i strid med artikkel 21, og dessuten om disse bestemmelsene som krever opphold i Norge for rett til ytelse, bryter med ikke-diskrimineringsprinsippene i EØS.»

Klageinstansen skriver videre at vilkåret om opphold i Norge etter deres syn ikke diskriminerer EØS-borgere som oppholder seg i et annet medlemsland, fordi kravet om opphold «kan begrunnes i ikke-diskriminerende forhold som f.eks. behov for kontakt med NAV lokalt, lokal lege, lokalt arbeidsliv osv.». Avslutningsvis skriver klageinstansen følgende om usikkerheten de likevel har, knyttet til tolkningen av forordningen:

«NAV Klageinstans ser imidlertid at argumentet knyttet til ordlyden i artikkel 21 'har rett til' kontantytelser under opphold i et annet medlemsland, kan forstås på en slik måte at våre internrettslige bestemmelser om opphold i Norge ikke kan gjøres gjeldende innenfor EØS-området. NAV Klageinstans undersøker om det bør settes ned en faggruppe eller eventuelt en arbeidsgruppe som kan utrede forholdet nærmere og undersøke rettsavgjørelser. Vi mener videre at dersom bestemmelsen i § 8-9, 9-4 og 11-3 ikke kan gjøres gjeldende i EØS-området, vil konsekvensene av en lovendring ikke ha så store følger som forventet. Vår erfaring tilsier at de fleste som søker om å ta med kontantytelser til utlandet, ønsker å oppholde seg i andre EØS-land.» ¹³

Slik utvalget forstår det, mente Nav Klageinstans med dette å varsle ytelsesavdelingen i tråd med

¹² Brev fra Nav Klageinstans til ytelsesavdelingen i arbeids- og velferdsdirektoratet, 29. november 2017. Hele brevet fra klageinstansen er gjengitt i kapittel 11, om Trygderettens rolle i sakskomplekset.

¹³ Brev fra Nav Klageinstans til ytelsesavdelingen i Arbeids- og velferdsdirektoratet, 29. november 2017.

samhandlingsinstruksen. ¹⁴ Når klageinstansen avslutningsvis skriver at «konsekvensene av en lovendring ikke [vil] ha så store følger som forventet», må det antagelig forstås som en henvisning til at en eventuell lovendring uansett ikke vil ha konsekvenser for personer som vil reise innad i EØS. Dette fordi forordningen i så fall gir en rett til å motta ytelser også under opphold i andre EØS-stater, uavhengig av folketrygdlovens regler. Det fremgår ikke klart av brevet at en slik endret forståelse ville medføre en ganske omfattende endring i *praksis*, siden Nav frem til dette ikke hadde skilt mellom opphold i og utenfor EØS-området, og dermed lagt samme restriksjoner på alle typer utenlandsopphold for personer som har bodd i Norge. ¹⁵

Brevet fra Nav Klageinstans ble mottatt av ytelsesavdelingen i direktoratet 1. desember 2017, men ble ikke oppfattet eller behandlet som et varsel der. Det skal ikke ha vært uvanlig for klageinstansen å sette ned en arbeidsgruppe for å vurdere rettslige spørsmål, og i den forbindelse informere direktoratet om det, i tillegg til å vise til problemstillinger knyttet til ulik praksis i kvalitetsrapportene. ¹⁶ Ytelsesavdelingen avventet derfor konklusjonene fra Nav Klageinstans.

Ytelsesavdelingen svarte på henvendelsen 6. februar 2018, og ba da om innspill fra klageinstansen. Utvalget har fått opplyst at det før dette hadde vært en viss diskusjon mellom ytelsesavdelingen og arbeids- og tjenesteavdelingen om hvordan problemstillingen skulle håndteres, og at konklusjonen ble at man ville be klageinstansen utrede nærmere. E-posten fra direktoratet, som gikk direkte til saksbehandleren i klageinstansen, ga ingen indikasjon på at direktoratet vurderte problemstillingen som akutt. Direktoratet skrev at de «imøteser konkrete innspill dere måtte ha i denne saken», og at hvis klageinstansen

¹⁴ Utvalget har gjennomført intervjuer med sentrale medarbeidere i Nav Klageinstans, som viser til at ytelsesavdelingen ble varslet om problemstillingen ved dette brevet. Internrevisjonen i Nav legger også til grunn, etter samtaler med de involverte, at brevet var ment som et varsel om ulik praksis i Nav. Se Internrevisjonen i Arbeids- og velferdsdirektoratet, Spesialoppdrag – D2019-10 Kartlegging av fakta i EØS-saken, 12. desember 2019, s. 43.

¹⁵ Se nærmere om rundskrivene som har vært lagt til grunn for saksbehandlingen av disse sakene i kapittel 10. En kort gjengivelse av den praksis Nav har oppgitt at er fulgt, er gitt i kapittel 4.

¹⁶ Fremstillingen her bygger blant annet på samtaler med nåværende og tidligere ledere i ytelsesavdelingen. Nav Klageinstans utarbeider årlige kvalitetsrapporter om utfordringer de ser i sin klagesaksbehandling, for å bidra til ensartet og riktig praksis. Se også kapittel 8.

«i forbindelse med utredningen ser at det er behov for presiseringer i rundskrivet, er vi enig i at det bør nedsettes en faggruppe. Vi vil deretter vurdere hvem vi skal involvere her fra direktoratet.»¹⁷

15. februar 2018 sendte Nav Klageinstans sin kvalitetsrapport for 2017 til direktoratet. I rapporten er problemstillingen behandlet kort. Av det aktuelle utdraget fremgår det at klageinstansen har avdekket ulik praksis og ulike oppfatninger av hvordan trygdeforordning 883/2004 artikkel 7 og 21 skal forstås og praktiseres. Det aktuelle utdraget fra kvalitetsrapporten ga imidlertid liten indikasjon på hvilke konkrete problemstillinger som skal vurderes:

«Med innskjerpinger i lovverket for retten til å ta med seg pleiepenger og arbeidsavklaringspenger til utlandet, og med etablert praksis om det samme på sykepenge, har forståelsen av artiklene 7 og 21 i rådsforordningen 883/2004 aktualisert seg. Hvor langt innskjerpingene i vårt interne lovverk også kan følges i EØS-saker, har etter vår vurdering enkelte uløste problemstillinger, som igjen gir utfordringer i spørsmål om lovvalg og medlemskap. Vi er i dialog med vedtaksenheten og direktoratet om dette, og vil prioritere videre arbeid med dette i 2018.»¹⁸

15.2.3 Intern utredning og diskusjon i Nav-systemet

Arbeidet med å utrede de rettslige spørsmålene fortsatte så i Nav Klageinstans, under ledelse av sentrale saksbehandlere i fagmiljøet for sykepenge og det nevnte nettverket «medlemskap og lovvalg».

Frem til våren 2018 avsa Trygderetten en rekke kjennelser der Navs anvendelse og forståelse av trygdeforordningen ble underkjent. Fra januar 2018 begynte Trygderetten selv å vise til tidligere kjennelser i nye avgjørelser.¹⁹ En medarbeider i den sentrale styringsenheten i Nav Klageinstans har i ettertid gitt uttrykk for at det fra dette tidspunktet er grunnlag for å kritisere klageinstansens manglende initiativ overfor Trygde-

retten; klageinstansen kunne for eksempel bedt om at Trygderetten satte rett med fem medlemmer.²⁰ Utvalget har ikke fått noe konkret svar på hvorfor dette ikke ble gjort, ut over at man i klageinstansen kom inn i et «spor» der man mente å ha rett, og at Trygderetten måtte ta feil, samtidig som klageinstansen ikke «skjønte Alvoret» og ventet på avklaring fra direktoratet.²¹ Saken ble videre oppfattet å være komplisert, og det er bare direktoratet, i samråd med departementet, som kan beslutte at praksis skal endres. Til utvalget har en medarbeider i styringsenheten i Nav Klageinstans videre gitt uttrykk for at de kanskje ble litt vant til at ting tok tid i dialogen med direktoratet, og derfor bare ventet på avklaring. Medarbeideren understreket samtidig at klageinstansen ville opptrådt annerledes dersom de hadde skjønnet at det kunne være personer som satt i fengsel på grunn av opphold i EØS-området som de egentlig hadde hatt rett til.

Samhandlingen mellom Nav Klageinstans og Nav Kontroll var begrenset, og siden det er Nav Kontroll som følger opp sakenes eventuelle strafferettslige side, ble den strafferettslige siden av problemstillingene ikke diskutert internt i Nav Klageinstans mens de ventet på avklaring.

Klageinstansens arbeidsgruppe fullførte et notat om saken 14. mai 2018. I dette notatet er problemstillingen angitt å være generelt

«om krav om opphold i Norge for rett til kontantytelser som sykepenge, arbeidsavklaringspenge og pleiepenger i folketrygdloven §§ 8-9, 9-4 og 11-3 er i strid med bestemmelsen i trygdeforordning 883/2004 artikkel 21»²²

Innledningsvis redegjør notatet for noen generelle trekk ved trygdeforordningene, og viser til at disse er gjennomført med forrang for norsk rett. Det vises blant annet til at folketrygdlovens regler i §§ 8-9, -9-4 og 11-3 vil måtte ses bort fra der motakeren *flytter* til et annet land i EØS-området, etter forordningens artikkel 7. Når det gjelder artikkel 21 om opphold i utlandet, understreker notatet igjen at den interne lovgivningens krav må samsvare med de krav EØS-retten stiller. Notatet beskriver at «enkelte fagmiljøer i NAV og nå også

¹⁷ E-post fra saksbehandler i ytelsesavdelingen til saksbehandler i Nav Klageinstans, 6. februar 2018.

¹⁸ Kvalitetsrapport fra Nav Klageinstans til Arbeid- og velferdsdirektoratet for 2017, 15. februar 2018, s. 16.

¹⁹ Slike henvisninger kan leses som en understreking av at Trygderetten oppfattet egen praksis som konsistent.

²⁰ Medarbeideren ga i samtale med utvalget uttrykk for at klageinstansen hadde flere muligheter til å be om at Trygderetten satte rett med fem medlemmer etter nyttår 2018.

²¹ Fremstillingen her er basert på samtaler med ledere og sentrale medarbeidere i Nav Klageinstans.

²² Notat fra Nav Klageinstans, «Eksport av kontantytelser innad i EØS-området», 14. mai 2018, s. 1.

enkelte i Trygderetten» mener at kravet om opphold i Norge etter de nevnte bestemmelsene i folketrygdloven er i strid med artikkel 21, fordi denne bestemmelsen beskriver en rett til å få kontantytelse der man oppholder seg. Det presiseres at nettverket for medlemskap og lovvalg i Nav Klageinstans er uenig i denne tolkningen, men at Trygderettens kjennelser har utløst et «behov for at tolkningsspørsmålet avklares i høyere instans».

Notatet skisserer to alternative tolkninger av artikkel 21; den første er at den begrenser adgangen til å stille oppholds krav, idet opphold i andre EØS-stater skal likestilles med opphold i Norge. Den andre tolkningen er at artikkelen ikke begrenser adgangen til å stille oppholds krav

«så lenge bestemmelsene ikke er diskriminerende, og uansett kommer ikke artikkelen til anvendelse ved kortere opphold, som ved ferie og besøksopphold. Artikkel 21 kan deles inn i tre kulepunkter:

- at kompetent stat utbetaler kontantytelser,
- at vilkårene for kontantytelsen styres av internlovgivningen i den kompetente stat.
- at artikkel 21 må ses i sammenheng med gjennomføringsforordningen artikkel 27 og definisjonen av opphold som «midlertidig bosted» i trygdeforordningen artikkel 1.»²³

Om det første tolkningsalternativet uttales det at dette vil medføre at det blir «satt en strek over kravene til opphold i folketrygdloven §§ 8-9, 9-4 og 11-3». Det anføres i notatet at den eneste begrunnelsen for en slik forståelse er «artikkel 21s ordlyd der opphold sidestilles med bosted».

Om det andre tolkningsalternativet uttales:

«Etter dette alternativet må trygdeforordning 883/2004 artikkel 21, forstås slik at den ikke gir rett til fri eksport av kontantytelser innad i EØS-området. Bestemmelsen henviser til den interne lovgivningen, og dette må også omfatte oppholds kravet. Så lenge Norge har ikke-diskriminerende grunner for opphold i Norge som vilkår for en ytelse, som f.eks. behov for kontakt med NAV lokalt, lokal lege, lokalt arbeidsliv osv., vil vilkår om opphold i Norge ikke være diskriminerende.

NAV Klageinstans er kjent med at Arbeids- og sosialdepartementet i brev av 21. desember 2017 til Arbeids- og velferdsdirektoratet i forbindelse med eksport av dagpenger, kom med

synspunkter på retten til å fravike bosteds kravet i artikkel 7 ved eksport av dagpenger, og beskrev hvorfor det kan kreves opphold i Norge, jf. artikkel 63. De hensyn som ble påpekt av departementet er like aktuelle når det gjelder forståelsen av eksport av kontantytelser etter artikkel 21. Departementet uttalte at plikten til å møte ved innkalling til lege, plikten til å møte ved innkalling til NAV og plikten til å delta på tiltak, vil normalt være vanskeligere ved opphold i utlandet. Kravet om opphold i Norge vil videre gjøre det enklere å gjennomføre kontroll med at vilkårene for ytelsene fortsatt er oppfylt. Dette er momenter som vil kunne begrunne hvorfor vi har oppholds krav for rett til ytelsene etter folketrygdloven §§ 8-9, 9-4 og 11-3. Disse hensyn er ikke ansett for å være i strid med trygdeforordningen.

Lovgiver har med virkning fra 01. januar 2018, endret lovteksten til arbeidsavklaringspenger og pleiepenger, og har gitt en lovfestet begrenset adgang til eksport av ytelsene i henholdsvis 4 uker og 8 uker i løpet av et år. Dette har nok sammenheng med de hensyn som er nevnt ovenfor og med behovet for effektive og administrativt enkle regler. Dette er også ikke-diskriminerende hensyn.

I den norske oversettelsen av trygdeforordning 883/2004 artikkel 1, bokstav k) er 'opphold' definert som 'midlertidig bosted'. Det er ikke gitt noen forklaring på hva som menes med 'midlertidig bosted', og det er usikkert hvilken betydning denne oversettelsen har. Etter en naturlig ordforståelse vil kortvarige ferie- og besøksopphold falle utenfor. Ser man til den engelskspråklige versjonen benytter også den uttrykk som kan bære i retning av at oppholdet må være av en viss fast karakter. Tilsvarende definisjon i den engelske utgaven er temporary residence benyttet.

Vi mener at artikkel 21, kan forstås slik at den gir rett til kontantytelser til personer som er bosatt eller midlertidig bosatt i et annet medlemsland. Det vil for eksempel være aktuelt for arbeidstakere som er utsendt og arbeider i et annet medlemsland, og hvor det ikke vil være hensiktsmessig å flytte hjem igjen i perioden med arbeidsuførhet.

En slik forståelse av artikkel 21, samsvarer med NAVs forpliktelse til å tilby alternative løsninger for oppfølging i oppholdslandet, jf. trygdeforordning 987/2009 artikkel 27. Samarbeid og gjennomføring av artikkel 27, krever i seg selv at oppholdet i utlandet har et mer varig preg enn ferieopphold. Bestemmelsen

²³ Notat fra Nav Klageinstans, «Eksport av kontantytelser innad i EØS-området», s. 3.

inneholder prosedyrer for samarbeidet mellom medlemslandene og prosedyrer som personer må gjennomføre for rett til kontantytelser i et annet medlemsland.

Ved opphold i andre medlemsland, vil det måtte opprettes kontakt med utenlandske myndigheter for å kunne tilrettelegge for nødvendig oppfølging og kontroll. Dette er ikke hensiktsmessig å gjennomføre ved kortvarige opphold.

Kortvarige opphold som ferie- og besøksopphold, vil etter denne forståelsen av artikkel 21, falle utenfor bestemmelsen i artikkel 21. Medlemslandene kan derfor regulere retten til kontantytelser ved kortvarige opphold i sin internlovgivning under forutsetning av at det ikke skjer en diskriminering.»²⁴

Notatet konkluderer med at artikkel 21 må forstås slik at det bare er de oppholdene i utlandet som kan karakteriseres som opprettelse av «midlertidig bosted» som likestilles med bosted i utlandet, og at «mer kortvarige» opphold faller utenfor artikkelens anvendelsesområde. I slike tilfeller mente Nav Klageinstans at folketrygdlovens bestemmelser kan anvendes etter sin ordlyd, «så lenge det ikke skjer en diskriminering av statsborgere av EØS-land». Notatet problematiserer ikke diskrimineringsbegrepet, ikke at det kan utgjøre en diskriminering av borgere fra andre EØS-land å nekte disse å reise til utlandet, og heller ikke om det kan foreligge andre EØS-rettslige begrensninger på adgangen til å stille oppholds krav.

I notatet er det pekt på at det ville «måtte opprettes kontakt med utenlandske myndigheter for å kunne tilrettelegge for nødvendig oppfølging og kontroll», uten noen problematisering av om dette faktisk vil være nødvendig ved alle typer utenlandsopphold. Dersom en mottaker av arbeidsavklaringspenger reiser utenlands i en uke eller to, uten at det er planlagte tiltak eller oppfølgingsmøter i den perioden, er det vanskelig å se behovet for koordinering med trygdemyndighetene i det EØS-landet personen oppholder seg.

Notatet fra arbeidsgruppen ble først videre sendt til direktoratet 5. juli 2018, omtrent to måneder etter ferdigstillelse. Utvalget har forstått det slik at saken ble liggende hos en medarbeider i styringsenheten i Nav Klageinstans ved en menneskelig feil. Dette underbygger at saken på dette tidspunktet fortsatt bare ble oppfattet som én av mange saker, det var mye å ta tak i på andre

områder, og alvoret hadde ikke gått opp for klageinstansen.²⁵ I oversendelseposten skriver medarbeideren i styringsenheten i Nav Klageinstans:

«Det er behov for en avklaring om forståelsen av trygdeforordning 833/2004 art 21 som berører bla rett til kontantytelser slik som sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger. Det er risiko for ulik praktisering av bestemmelsen innad i NAV. Vi er usikre på hvilken avdeling i Direktoratet som 'eier' denne saken. Kontor for familieytelser har etablert et fagteam for medlemskap og lovvalg. Rettstilstandsavklaring [...] Vi legger til grunn at saken bør løses av dette teamet, og ber om tilbagemelding dersom dette ikke stemmer. Saken er viktig for fagmiljøene, og vi ber om at den prioriteres dersom dette er mulig.»²⁶

Medarbeideren som sendte notatet til ytelsesavdelingen har forklart at hun opplevde organiseringen av direktoratet som uklar, og derfor spurte om hvem som «eide» saken, for å forsikre seg om at henvendelsen nådde riktige fagpersoner.

Henvendelsen til direktoratet ble oversendt per e-post, som helt frem til februar 2020, da Nav Klageinstans fikk saksbehandlingssystemet Websak, var den vanlige kommunikasjonsformen mellom klageinstansen og direktoratet. Frem til implementeringen av Websak hadde klageinstansen etter det utvalget er forklart et arkivsystem som den enkelte saksbehandler ikke hadde tilgang til. Den enkelte saksbehandler hadde derfor ikke mulighet til å sjekke om saker hadde vært løftet til direktoratet eller departementet.

På dette tidspunktet var det etablert en faggruppe for rettstilstandsavklaring i direktoratet. Gruppens mandat var å avklare saker som på grunn av mangel på kompetanse og ressurser i direktoratet hadde blitt liggende uløst. I faggruppen satt en relativt nyansatt, men forholdsvis erfaren, jurist med kompetanse på medlemskap, lovvalg og avgiftsspørsmål, som er typisk EØS-rettslige spørsmål. I tillegg deltok en medarbeider fra Nav Klageinstans og en fra Nav Kontroll.²⁷

Saksbehandleren i direktoratet, som var mottaker av e-posten med oversendelsen av notatet,

²⁵ Dette bildet er beskrevet av medarbeiderne i styringsenheten som utvalget har snakket med.

²⁶ E-post fra Nav Klageinstans til ytelsesavdelingen i Arbeids- og velferdsdirektoratet, 5. juli 2018.

²⁷ Kontorsjefen i det kontoret i ytelsesavdelingen som hadde et hovedansvar for EØS-rettslige spørsmål, har redegjort for at de over tid så behov for å styrke kompetansen på EØS-rett i avdelingen, og at det var uklare ansvarsforhold. Den nye juristen med kompetanse på en del EØS-rettslige spørsmål var rekruttert for å styrke det som omtales som «utlandsfeltet».

²⁴ Notatets s. 4–5.

ble først oppmerksom på oversendelsen 7. august 2018, etter sommerferien.²⁸ For henne var problemstillingen knyttet til utenlandsopphold og forordningen artikkel 21 ny, fordi hun ikke hadde spesiell kunnskap om ytelsene det var snakk om.

Både saksbehandleren og den nærmeste lederen i ytelsesavdelingen oppfattet henvendelsen fra klageinstansen som en viktig sak. Av flere grunner tok det likevel tid å få fremdrift; gruppen som skulle arbeide med avklaring av rettsspørsmål hadde fått mange saker på sitt bord, og flere av disse var hastesaker. I tillegg slet avdelingen med høyt fravær: Både den relativt nyansatte saksbehandleren og den erfarne medarbeideren ytelsesavdelingen ellers hadde med særskilt EØS-kompetanse, var på grunn av sykefravær og arbeidsreiser mye borte.

Klageinstansen minnet om saken i august, og purret igjen 12. oktober, med henvisning til at «halve KA venter på svar».²⁹ Kontorsjefen som hadde ansvar for saken har beskrevet situasjonen utover høsten 2018 som uakseptabel, da klageinstansen purret uten at direktoratet klarte å «ta ordentlig fatt i saken». Kontorsjefen hadde, på grunn av flere andre presserende prosjekter i ytelsesavdelingen fra starten av oktober, selv fått ansvar for to kontor midlertidig. Samtidig var det i denne perioden mye arbeid med IT-utvikling i direktoratet. Seksjonssjefen, som er kontorsjefens overordnede, har fortalt utvalget at han ble orientert om saken, og purret på fremdrift, men at han ikke satte seg nærmere inn i de faglige spørsmålene som var reist for direktoratet. På dette tidspunktet var saken fremdeles bare én av flere saker som ble oppfattet som presserende.

Internrevisjonen i Nav har fremhevet som en sentral observasjon for perioden 2017 til 2019 at det var lite kontinuitet i arbeidet med saken i direktoratet i denne perioden. Flere ulike personer var på grunn av kapasitetsmangel i ytelsesavdelingen, inne i saken på ulike tidspunkt. Videre ble andre saker vurdert som mer presserende, og derfor prioritert.³⁰ Dette bildet er bekreftet gjennom utvalgets samtaler med medarbeidere og ledere i avdelingen.

I Nav Klageinstans begynte medarbeiderne i styringsenheten høsten 2018 å bli urolige, og de så at det var behov for rask avklaring. Trygderetten hadde per oktober 2018 avsagt en rekke opphevingskjennelser, og hadde i senere kjennelser også vist til sine tidligere avgjørelser. I september hadde Trygderetten henvist en sak tilbake til Nav Klageinstans for videre behandling, og klageinstansen hadde svart Trygderetten i denne saken og redegjort for sitt syn om at forordningen ikke kom til anvendelse.³¹ Som omtalt nedenfor i punkt 15.2.5, utløste dette en reaksjon fra Trygderetten, ved at det ble aktuelt å forelegge tolkningsspørsmålet knyttet til trygdeforordningen artikkel 21 for EFTA-domstolen.

15.2.4 Spørsmål om avklaring ved søksmål for lagmannsretten

Nav Klageinstans ba i brev 12. oktober 2018 direktoratet om å ta stilling til om Trygderettens kjennelse i sak 17/3528 skulle bringes inn for lagmannsretten for å få avklart spørsmålet om tolkning av forordningen artikkel 21.³² Saken dreide seg om et vedtak om tilbakekreving av omtrent 200.000 kroner i arbeidsavklaringspenger fra en kvinne som hadde hatt flere opphold av varierende lengde i Spania mens hun mottok ytelsen. I samme brev vedla klageinstansen kjennelsen i saken omtalt like ovenfor, avslutningsvis i punkt 15.2.3, og svaret som var sendt Trygderetten i den saken, der Nav Klageinstans eksplisitt argumenterte for sitt syn på forordningen.³³ I e-posten skrev Nav Klageinstans:

«Vedlagt er Trygderettens kjennelser i ankesakene 17/03528 (omgjøring av vedtak om tilbakekreving av AAP) og 17/03677 (henvisning). Vedlagt er også ankemotpartens svar til Trygderetten etter sistnevnte kjennelse, der vi redegjør for hvorfor vi mener EØS-forordningen ikke kommer til anvendelse i saken. Brevet er i samsvar med notatet vi sendte til Ytelsesavdelingen 5. juli 2018. Trygderetten har en annen vurdering av dette enn oss i disse sakene. Vi ber dere om å prioritere arbeidet

²⁸ Det fremgår av e-poster sendt denne dagen at saksbehandleren mottar e-posten, og etterlyser det vedlagte notatet, før hun finner dette i en annen e-post hun har mottatt av sin leder samme sommer.

²⁹ KA er kortform for Nav Klageinstans, som tidligere het Nav Klage og Anke.

³⁰ Se Internrevisjonen i Arbeids- og velferdsdirektoratet, Spesialoppdrag – D2019-10 Kartlegging av fakta i EØS-saken, 12. desember 2019, s. 5.

³¹ Nav Klageinstans skrev i brev til Trygderetten 4. oktober 2018 i sak 17/3677 at de mente at forordningen ikke kom til anvendelse, fordi den ankende part verken kunne vurderes som bosatt i utlandet, eller hadde så lange opphold at det var hensiktsmessig å koordinere med utenlandske myndigheter. Brevet fulgte vedlagt e-posten til ytelsesavdelingen 12. oktober.

³² Ankespørsmålet i denne saken er også omtalt i kapittel 11.

³³ Se trygderettens kjennelse i sak TRR-2017-3677.

med notatet vårt. Dersom direktoratet er enig med KA i at EØS-forordningen ikke kommer til anvendelse til saker som dette, ber vi dere vurdere anke til lagmannsretten i ankesak 17/03528. Vi vurderer saken som egnet for søksmål. Den har et forholdsvis enkelt og 'rent' faktum, og Trygderetten har en meget tydelig rettskildebruk. Vår begrunnelse for å ta ut søksmål i saken er lik den vi redegjør for i notatet.»

Saksbehandleren som fulgte opp saken i ytelsesavdelingen svarte på henvendelsen 16. oktober, og spurte da når søksmålsfristen i saken utløp, og om hvem som var forelagt saken for vurdering av søksmålsspørsmålet. Hun fikk svar fra en saksbehandler i juridisk seksjon i kunnskapsavdelingen i direktoratet, som på det tidspunktet jobbet delvis i Nav Klageinstans og hadde deltatt i vurderingen av om saken var egnet for søksmål. Denne saksbehandleren ga tydelig beskjed om at saken måtte følges opp av ytelsesavdelingen, og at søksmålsfristen utløp i januar. Han opplyste at leder i juridisk seksjon var orientert «underhånden» om saken. Lederen i juridisk seksjon har gitt uttrykk for at det er beklagelig at spørsmålene fra ytelsesavdelingen ble så kontant avvist. Lederen hadde etter egen oppfatning ikke mottatt noen orientering, verken formelt eller uformelt, og mener at juridisk seksjon både kunne og ville ha bistått dersom de hadde blitt bedt om det. Ved at svaret kom per e-post fra en person som fortsatt jobbet delvis i kunnskapsavdelingen, kunne det fremstå som en avklaring herfra.

Nav Klageinstans purret på direktoratet 6. november, og fagkontakten i klageinstansen viste da til at det var «helt nødvendig med rask avklaring på ankespørsmålet», da trygdemottakeren i saken Nav Klageinstans ønsket å anke, hadde tatt kontakt og ønsket avklaring på hva som ville skje etter Trygderettens kjennelse. Nav Klageinstans hadde bedt Nav Innkreving vente med å betale ut de rundt 200.000 kronene som tidligere var krevd tilbake av kvinnen. Kontorsjefen i kontor for familieytelser svarte samme dag at direktoratet ikke hadde kunnet ferdigstille saken på grunn av sykefravær.

16. november 2018 sendte saksbehandleren i direktoratet spørsmål til klageinstansen om de faktiske forholdene i saken:

«Jeg arbeider fortsatt med artikkel 21 og spørsmål om søksmål. Dere vil få et notat av meg i saken. Grunnet mye sykdom, har vi hatt pro-

blemer med å få vurderingene ferdige. (...) Videre ønsker vi å vite mer om omfanget av opphold i Spania. Det står to lengre opphold, men hva er det? Rent umiddelbart, tenker vi at EØS-forordningen regulerer dette tilfellet. Det er likevel et spørsmål om vi også innen EØS kan stille som vilkår at det må søkes om at ytelsen medtas. Man kan jo tenke seg at vilkår knyttet til oppfølging mv. må vurderes og at det derfor er greit å kreve forutgående søknad. Så snart jeg vet litt mer om omfanget av opphold i Spania og får tilsendt hele kjennelsen, vil vi vurdere om vi mener saken egner seg for søksmål.»³⁴

Saksbehandleren i direktoratet diskuterte spørsmålet med en erfaren kollega med EØS-kompetanse. Han ga tydelig tilbakemelding om at han mente forordningen måtte tas med i vurderingen i alle saker der personer reiser til et annet EØS-land for en kortere eller lengre periode. Begrepet «opphold» måtte etter hans syn forstås slik at det omfatter alle opphold, kortere og lengre, som ikke er fast bosetting i et annet EØS-land. Den erfarne medarbeideren var kritisk til Nav Klageinstans' tolkning av at kortere opphold, som «ferie- og besøksopphold», falt utenfor forordningens regulering. Han mente en slik grensedragnings ville gjøre bestemmelsen tilnærmet umulig å praktisere.³⁵ Han var også skeptisk til å bringe Trygderettens kjennelse inn for lagmannsretten, etter som han ikke delte klageinstansens syn.

På dette tidspunktet, senhøsten 2018, håndterte direktoratet altså en sak som dreide seg om flere lengre opphold i et annet EØS-land, det lengste på nesten et halvt år. Begge de direkte involverte saksbehandlerne i direktoratet mente, i likhet med Trygderetten, at oppholdene måtte vurderes etter forordningens regler.

Saken dreide seg som nevnt om et høyt beløp, rundt 200.000 kroner. Saker med så høye beløp vil kunne bli anmeldt dersom Nav Kontroll oppretter sak på forholdet. Det er ikke spor av at denne siden av saken ble vurdert i den skriftlige dokumentasjonen utvalget har gjennomgått. Nav Kontroll ble heller ikke orientert om at det var diskusjon om saken. Utvalget har i samtale med en sentral medarbeider i Nav Klageinstans, som blant annet hadde mye av dialogen med direktoratet i perioden, fått opplyst at vedkommende på dette

³⁴ E-post fra saksbehandler i Arbeids- og velferdsdirektoratet til Nav Klageinstans, 16. november 2018.

³⁵ Saksbehandleren sendte sine betraktninger som et notat vedlagt e-post.

tidspunktet var klar over at denne typen sak også kunne bli en straffesak. På spørsmål om hvorfor dette momentet ikke kom opp i dialogen med direktoratet, har utvalget fått til svar at Nav Klageinstans forholder seg til direktoratet for regelverksavklaring. Dersom saker berører andre resultatområder, er det direktoratet som skal informere disse resultatområdene.³⁶

Spørsmålet om å anlegge søksmål for lagmannsretten ble ikke avklart før etter jul, se punkt 15.3.2. I mellomtiden oppsto en ny situasjon, som følge av at Trygderetten responderte på Nav Klageinstans' synspunkter på forordningen.

15.2.5 Direktoratet orienteres om at Trygderetten vil spørre EFTA-domstolen

19. november 2018 sendte Trygderetten et brev til Nav Klageinstans, med henvisning til at etaten ikke hadde rettet seg etter Trygderettens praksis knyttet til artikkel 21. Trygderetten ville derfor forelegge EFTA-domstolen spørsmål om tolkningen av bestemmelsen i forbindelse med en sak som lå til behandling, og ba Nav Klageinstans uttale seg og komme med forslag til spørsmål.³⁷ Nav Klageinstans fikk tre ukers svarfrist.

Nav klageinstans varslet direktoratet per e-post 27. november 2018 om Trygderettens brev.³⁸ E-posten var merket «Viktig!». Innledningsvis viste fagkontakten i klageinstansen til at

«Trygderetten viser til at folketrygdloven §§ 8-9 og 11-3 må vike for art 21 ved kortvarige opphold i utlandet. Trygderetten har i flere kjennelser lagt til grunn at dagens rundskriv er i strid med art 21».

Det vises til at direktoratet ble forelagt spørsmålet om det var behov for å endre rundskrivet på området i juli 2018. Videre skrev fagkontakten at

«[s]pørsmålet gjelder også arbeidsavklaringspenger. For kun få dager siden ble det publisert

nytt rundskriv på dette området hvor vår tidligere praksis gjentas. Det forhold at spørsmålet alt er forelagt direktoratet er således ikke fanget opp på tvers av fagområdene».³⁹

Det aktuelle rundskrivet som henvises til her, er rundskrivet til EØS-avtalens bestemmelser om trygd. Her ble kapittel 11, om arbeidsavklaringspenger, helt omarbeidet og publisert på nytt 23. november 2018. Under punkt 11.4.5 «Kortvarige opphold i andre EØS-land», sto det følgende:

«For å utbetale arbeidsavklaringspenger under opphold i et annet EØS-land, vil det måtte opprettes kontakt med utenlandske myndigheter for å kunne tilrettelegge for nødvendig oppfølging og kontroll. Dette er ikke hensiktsmessig å gjennomføre ved kortvarige opphold.

Kortvarige opphold som ferie- og besøksopphold, vil etter denne forståelsen av artikkel 21, falle utenfor bestemmelsen i artikkel 21. Medlemslandene kan derfor regulere retten til kontantytelser ved kortvarige opphold i sin internlovgivning under forutsetning av at det ikke skjer en diskriminering.

Et eventuelt midlertidig opphold i et annet EØS-land må derfor avgjøres etter de ordinære unntaksreglene i folketrygdloven § 11-3».⁴⁰

En arbeidsgruppe i ytelseslinjen hadde arbeidet med endringene. Målsetningen var blant annet å forenkle rundskrivet språklig, og oppdateringen var ikke ment å medføre innholdsmessige endringer. Saksbehandlerne som arbeidet med oppdateringen var da kjent med at det foregikk vurderinger av oppholdskravet i direktoratet. Disse diskusjonene ble imidlertid ikke hensyntatt i utformingen av rundskrivet, fordi man så at det ville ta tid å få en endelig avklaring. EØS-rundskrivet ble publisert i oppdatert versjon 23. november 2018, altså noen måneder før det forelå en avklaring i form av en tilslutning til praksisendring fra departementet. Det som sto i rundskrivet fra denne datoen, er i overensstemmelse med den forståelsen Nav Klageinstans argumenterte for overfor direktoratet i notatet i juli 2018, og innebar ingen endring av praksis.

Klageinstansen ba i e-posten 27. november også direktoratet om tilbakemelding på om sak

³⁶ Se litt nærmere om dette i punkt 15.3.2 nedenfor. Organiseringen av Nav er redegjort litt nærmere for i kapittel 8. Nav Klageinstans og Nav Kontroll utgjør ulike resultatområder, begge i ytelseslinjen.

³⁷ Brevet er knyttet til ankesak 18/00741, og er gjengitt i kapittel 11 om Trygderettens håndtering.

³⁸ Trygderetten hadde sendt sitt brev til den enheten i klageinstansen som håndterte den aktuelle saken. Det tok noen dager før styringsenheten i Nav Klageinstans mottok brevet og videreformidlet det til direktoratet.

³⁹ E-post fra Nav Klageinstans til ytelsesavdelingen i Arbeids- og velferdsdirektoratet, 27. november 2018.

⁴⁰ Arbeids- og velferdsdirektoratet, R45-00 Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd, 23. november 2018, punkt 11.4.5.

17/3528 skulle bringes inn for lagmannsretten, og la til at det nå hastet med tilbakemelding.⁴¹

Saksbehandleren i direktoratet besvarte e-posten samme dag, og lovet at direktoratet skulle komme med en tilbakemelding knyttet til den mulige foreleggelsen for EFTA-domstolen. Saksbehandleren viste til at direktoratet også var klar over Trygderettens kjennelser og spørsmålet om mulig søksmål, og at det var «dialog med blant annet fagsiden på aap» om bestemmelsens rekkevidde.

14. desember svarte en annen saksbehandler i direktoratet på henvendelsen fra klageinstansen, og viste til at saken har vært drøftet i direktoratet. Han skrev at:

«Det vi er enige om er at vi har behov for å ta en gjennomgang av praksis i lys av forordningens bestemmelser, og at vi ønsker å ta den drøftelsen før vi evt. velger å påanke en kjennelse fra TR. Vi trenger å samordne oss litt i direktoratet og få til en enighet mellom de som er ansvarlig for fagområdet og dem som har et overordnet ansvar for gjennomføringen av EØS-regelverket. Hvis vi kommer til at gjeldende praksis bør endres eller modifiseres noe, må vi også ta en omgang med departementet. Vi tenker at det ikke er ønskelig med en Lagmannsrettssak før vi har foretatt en grundigere gjennomgang av praksis. Av samme grunn som ovenfor, er det fra direktoratets side heller ikke ønskelig med en sak for EFTA-domstolen (selv om det 'bare' er tale om at TR skal be om en prejudisiell vurdering) før vi har sett nærmere på vår praksis mht. artikkel 21.»

15.2.6 Klageinstansen stanser behandling

På bakgrunn av svaret fra direktoratet 14. desember, stanset Nav Klageinstans all saksbehandling av klagesaker som gjaldt eksport av arbeidsavklaringspenger, sykepenger og pleiepenger 18. desember 2018. Nav Klageinstans orienterte ytelsesavdelingen i direktoratet, samt Trygderetten og vedtaksenhetene i Nav Arbeid og ytelse, som de fleste sakene til klageinstansen

⁴¹ Klageinstansen hadde gitt beskjed til Nav Arbeid og ytelse og Nav Innkreving om at det ikke skulle iverksettes omgjøring i saken – og altså ikke betales tilbake til trygdemottakeren – i påvente av direktoratets avklaring av søksmåls-spørsmålet. Klageinstansen gir i e-posten uttrykk for at de mener at det neppe er hjemmel til å holde igjen tilbakebetaling helt til søksmålsfristen går ut, og gjentar sin tidligere puring av 12. oktober, som avsluttes med at de gjerne deltar i et møte om saken.

kommer fra. Stansingen skjedde fordi Nav Klageinstans opplevde at rettstilstanden var uavklart: Klageinstansen hadde ikke fått endelig svar på sitt spørsmål til direktoratet om Trygderettens avgjørelse i sak 17/3528 skulle bringes inn for lagmannsretten. Direktoratet hadde heller ikke gitt noen tydelig avklaring om håndteringen av Trygderettens varsel om spørsmål til EFTA-domstolen.⁴²

På dette tidspunktet hadde det gått nærmere 13 måneder siden Nav Klageinstans varslet direktoratet i brev om at det var

«noe usikkerhet i NAV Klageinstans om kravet om opphold i Norge i bestemmelsene i § 8-9, § 9-4 og § 11-3 er i strid med artikkel 21, og dessuten om disse bestemmelsene (...) bryter med ikke-diskrimineringsprinsippene i EØS».⁴³

Trygderetten hadde frem til oktober 2018 avsagt ytterligere åtte kjennelser der retten fastslo at artikkel 21 må vurderes i saker om utenlandsopphold, uavhengig av oppholdets varighet, også for personer bosatt i Norge. Nav Klageinstans hadde ikke bedt om at det ble satt femmedlemsrett i noen av disse sakene, selv om de opplevde at praksis fra Trygderetten «sprikte».⁴⁴ Direktøren i klageinstansen har forklart at de i denne saken ikke så det som hensiktsmessig å vente på en kjennelse fra Trygderetten avsagt med forsterket rett, siden det forelå kjennelser som egnet seg for å bli brakt inn for lagmannsretten. Behandling i lagmannsretten ville etter direktørens syn gitt rettsavklaring på et høyere nivå, noe som ville være bedre enn en femmedlemskjennelse fra Trygderetten. Regjeringsadvokaten bistår når saker behandles i lagmannsretten. Klageinstansen har gitt uttrykk for at de oppfattet denne typen bistand som faglig verdifull, og mer nyttig enn en diskusjon mellom departementet og direktoratet. Det ble også vurdert som sannsynlig at

⁴² Trygderetten varslet først om foreleggelse for EFTA-domstolen i sak 18/00741, som gjaldt en EØS-borger, 19. november. Sak 18/3099 var den første saken som var kommet tilbake til Trygderetten, etter at retten i kjennelse TRR-2017-3677 høsten 2018 hadde opphevet Navs tilbakekrevingsvedtak i saken med henvisning til at forordningen skulle vært vurdert. 7. desember varslet Trygderetten at også denne saken ville bli forelagt EFTA-domstolen. Se nærmere om dette i kapittel 11.

⁴³ Brev fra Nav Klageinstans til direktoratet, 29. november 2017.

⁴⁴ Flere medarbeidere og direktøren i Nav Klageinstans har vist til at praksis «sprikte» i perioden. Se nærmere kapittel 11 om adgangen til å sette rett med fem medlemmer i Trygderetten.

lagmannsretten eller partene ville be EFTA-domstolen om en uttalelse. Et søksmål for lagmannsretten med spørsmål til EFTA-domstolen ville etter direktørens syn vært en god måte å behandle problemstillingen.⁴⁵

15.3 Andre fase: avklaring av praksisendring

15.3.1 Første henvendelse til departementet

Etter at direktoratet ble informert om at Trygderetten vurderte å stille spørsmål til EFTA-domstolen, kom ytelsesavdelingen til at det var grunn til å løfte problemstillingen for departementet. Departementet ble først orientert per telefon, og deretter på e-post like etter, 27. november 2018.⁴⁶

Direktoratet rettet henvendelsen til pensjonsavdelingen. Pensjonsavdelingen har ansvar for medlemskaps- og lovvalsreglene i forordningen, mens velferdspolitisk avdeling har lovgivningsansvar for syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger. Som følge av at henvendelsen gjaldt forordningens betydning for vilkår knyttet til disse ytelsene, ble saken viderefremmet til velferdspolitisk avdeling.

Den uformelle henvendelsen inneholdt brevet fra Trygderetten, som orienterte om en mulig foreleggelse for EFTA-domstolen, og en kopi av kjennelsen i sak 17/3528, som direktoratet vurderte å bringe inn for lagmannsretten. Direktoratet ønsket avklart om «dette er noe dere ønsker forelagt dere for vurdering eller om dere for øvrig har noen tanker rundt problemstillingen». Videre redegjorde saksbehandleren for lengden på utenlandsoppholdene i den saken det var aktuelt å bringe inn for lagmannsretten. Det fremgår av e-posten at det lengste oppholdet er fem og en halv måned, men det er ikke knyttet noen nærmere kommentarer til om dette har betydning.

Departementets svar lot vente på seg. Direktoratet tok på nytt kontakt med departementet 11. desember, og spurte om departementet hadde noe syn på en eventuell foreleggelse for EFTA-domstolen. 19. desember tok departementet kontakt, og ba om å bli forelagt saken. Direktoratet utarbeidet da et brev i samråd med Nav Klageinstans, hvor det fremgikk at

«Trygderetten har i brev av 19. november 2018 og 7. desember 2018 varslet om at de vurderer å forelegge spørsmål om artikkel 21 i trygde-

⁴⁵ Fremstillingen her bygger på direktørens uttalelser i samtale med utvalget.

⁴⁶ E-posten sendes direkte til en saksbehandler i pensjonsavdelingen fra saksbehandleren i direktoratet.

forordning 883/2004 for EFTA-domstolen for en rådgivende uttalelse. Det er spørsmål om artikkel 21 også omfatter kortvarige opphold innenfor EØS-området (...) Arbeids- og velferdsdirektoratet ønsker dialog med Arbeids- og sosialdepartementet for avklaring før vi svarer Trygderetten i de to nevnte sakene. Vi ønsker også å diskutere spørsmålets materielle side, herunder eventuelt behov for lovendring. Trygderetten har bedt om partenes kommentarer og eventuelle forslag til spørsmål man ønsker å stille EFTA-domstolen.»⁴⁷

Vedlagt brevet lå kjennelsene i de to sakene hvor Trygderetten ønsket å innhente rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, et notat som ga en kortfattet beskrivelse av sakene, et notat fra Nav Klageinstans med forslag til eventuelle spørsmål, og notatet fra Nav Klageinstans utarbeidet på forsommeren 2018, som gir uttrykk for at Navs praksis er riktig. Problemstillingen presenteres som «spørsmålet om artikkel 21 også omfatter kortvarige opphold innenfor EØS-området». Denne formuleringen er en direkte gjengivelse av det som står i Trygderettens to brev om at det var aktuelt å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen.⁴⁸ Direktoratet skrev videre i brevet:

«Vi er enige med Klageinstansen når de i notatet blant annet peker på at den rettskildemesige situasjonen synes uavklart.»⁴⁹

Ut over dette ga ikke direktoratet uttrykk for noe syn på tolkningsspørsmålet, men bemerket at:

«Dersom Trygderettens kjennelser legges til grunn i fremtidig saksbehandling, vil dette innebære en vesentlig omlegging av dagens praksis i forhold til retten til å oppholde seg i utlandet for mottagere av kontantytelser. Forholdet til tidligere avgjorte saker må eventuelt også vurderes. Klageinstansen har inntil videre satt i bero behandling av innkomne klagesaker som gjelder disse spørsmålene.»

På bakgrunn av brevet fra direktoratet innkalte departementet til et møte 18. januar.

⁴⁷ Brev fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til Arbeids- og sosialdepartementet, 20. desember 2018, s. 1.

⁴⁸ Administrator i sak 18/00741 varslet om at retten vurderte foreleggelse 19. november 2018, mens administrator i sak 18/3099 varslet om det samme 7. desember. Formuleringen i de to brevene er lik.

⁴⁹ Brev fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til Arbeids- og sosialdepartementet, 20. desember 2018, s. 2.

Den samme seksjonen i ytelsesavdelingen som var i dialog med departementet om den mulige foreleggelsen for EFTA-domstolen, hadde ansvaret for å vurdere et mulig søksmål over gyldigheten av Trygderettens kjennelse i saken omtalt over i punkt 15.2.4, og de samme saksbehandlerne og lederne håndterte disse sakene. Denne saken, som dreide seg om lange utenlandsopphold og et høyt tilbakekrevd beløp, ble ikke nevnt i brevet til departementet.⁵⁰ Brevet viser bare til de to sakene Trygderetten vurderer å forelegge EFTA-domstolen spørsmål om, som begge dreide seg om opphold fra noen dager til rundt en måneds varighet, og forholdsvis lave beløp.

15.3.2 Avklaring av søksmålsspørsmålet

Direktoratet besluttet i starten av januar, like før søksmålsfristen gikk ut, ikke å ta ut søksmål for lagmannsretten over kjennelsen i sak 17/3528. Kontorsjefen i ytelsesavdelingen har forklart at det skyldes at direktoratet over nyttår hadde konkludert med at Trygderettens forståelse av regelverket nok var riktig. Direktoratet så ikke grunn til å bringe en sak inn for lagmannsretten og argumentere for en rettsoppfatning direktoratet selv mente var uriktig. Avklaringen ble sendt på e-post fra kontorsjefen i direktoratet til styringsenheten i Nav Klageinstans 7. januar. I e-posten sto det at direktoratet ikke ønsket en sak i lagmannsretten før etaten hadde gjennomgått egen praksis, og at det var opprettet kontakt med departementet om forståelsen av forordningens artikkel 21. Videre informerte kontorsjefen om at direktoratet avventet Arbeids- og sosialdepartementets tilbakemelding om hvordan Trygderettens henvendelser om foreleggelse for EFTA-domstolen burde håndteres, men at direktoratet ønsket å få foretatt gjennomgangen av praksis før det eventuelt ble en sak i EFTA-domstolen.

Verken i forbindelse med denne avklaringen eller i den øvrige skriftlige dialogen utvalget har gjennomgått, problematiseres det at den saken Nav Klageinstans foreslo å bringe inn for lagmannsretten dreide seg om betydelig lengre utenlandsopphold, og et langt høyere tilbakekrevd beløp, enn de sakene det ble vurdert å stille spørsmål til EFTA-domstolen om.

Kontorsjefen som fattet beslutningen om at saken ikke skulle ankes, har forklart at hun ikke reflekterte over at denne dreide seg om lange opphold og et høyt beløp, mens problemstillingen som var spilt inn for departementet var avgrenset til «korte» opphold. Kontorsjefen har gitt uttrykk

for at direktoratet ikke vurderte detaljene i de enkelte sakene Trygderetten hadde behandlet, men fokuserte på å få en avklaring fra departementet om at praksis skulle endres. Det at problemstillingen kunne være vel så aktuell i saker som kunne utvikle seg til straffesaker, var ifølge de lederne og ansatte utvalget har snakket med, overhodet ikke tema i direktoratet i årsskiftet 2018/2019. Nav Kontroll ble heller ikke orientert eller konsultert. Siden det ble besluttet ikke å anke den aktuelle kjennelsen, ble den heller ikke tatt opp med departementet.

15.3.3 Møte hos departementet og videre oppfølging

Den 18. januar 2019 ble det avholdt et møte i departementet om tolkningen av artikkel 21. Fra direktoratets side møtte en kontorsjef og en medarbeider med særskilt EØS-kompetanse, mens departementet var representert ved to avdelingsdirektører og noen øvrige medarbeidere fra henholdsvis velferdspolitisk avdeling og pensjonsavdelingen.

Utvalget har forstått det slik at departementets representanter trodde møtet skulle dreie seg om hvilke innspill Nav burde gi Trygderetten med hensyn til utforming av spørsmål til EFTA-domstolen.⁵¹ I møtet ga imidlertid direktoratets representanter uttrykk for at de delte Trygderettens forståelse av forordningen, og dermed var uenig med konklusjonen i notatet til Nav Klageinstans, som var vedlagt brevet departementet hadde mottatt før jul. Departementets representanter ble overrasket av at Nav stilte med «to ulike oppfatninger» i møtet; på den ene siden klageinstansens oppfatning av artikkel 21, slik den ble presentert i brevet og var lagt til grunn i gjeldende rundskriv og praksis, og på den andre siden direktoratets oppfatning om at praksis burde endres i tråd med Trygderettens kjennelser, som ble presentert i møtet.

På grunn av at det ikke syntes som etaten hadde en omforent oppfatning av rettstilstanden, ba departementet i møtet direktoratet foreta en grundigere vurdering av artikkel 21, og samtidig redegjøre nærmere for de økonomiske og administrative konsekvensene av en praksisendring. Forespørselen ble formalisert i et brev fra departementet 24. januar. I brevet heter det:

«Som avtalt i møtet ber vi direktoratet gjøre rede for etatens praksis og vurdere om forståelsen av

⁵⁰ Se punkt 15.2.4.

⁵¹ I brevet fra direktoratet til departementet 20. desember 2018 var det lagt ved utkast til spørsmål, utarbeidet av Nav Klageinstans.

artikkel 21 er i tråd med forordningen. Vi ber også om at etaten vurderer og gjør rede for konsekvenser av å eventuelt legge om praksis.»⁵²

Direktoratet svarte på henvendelsen samme dag, og anbefalte å endre praksis i tråd med Trygderettens syn. Anbefalingen begrunnes særlig med at det

«etter direktoratets syn vil (...) være å foretrekke at man endrer norsk praksis i stedet for å få en avgjørelse fra EFTA-domstolen. Vi bygger vår oppfatning på at norske myndigheter, ved å endre praksis i større grad vil ha muligheten for selv å vurdere hvilken betydning et midlertidig utenlandsopphold skal ha for retten til de aktuelle ytelsene enn om vi får en uttalelse fra EFTA-domstolen om betydningen av forordningens artikkel 21.»⁵³

I tillegg til usikkerheten om tolkingen av artikkel 21, var det også noe uklart hvilke konsekvenser en slik omlegging av praksis som direktoratet til slutt anbefalte ville ha. I brevet datert 18. desember skrev direktoratet at saken gjaldt spørsmålet om «artikkel 21 også omfatter kortvarige opphold innenfor EØS-området». Denne oppfatningen ble fastholdt i møtet, og direktoratets representanter ga uttrykk for at en omlegging av praksis kun ville gjelde «kortvarige opphold». Hva som nærmere ligger i at et opphold er «kortvarig», er ikke klart, og de personene som deltok i møtet har overfor utvalget gitt uttrykk for at det ikke var noen diskusjon om hva som kunne defineres som et «kort» opphold.

Gjennom utvalgets samtaler med involverte personer har det blitt klart at det ikke har vært noe tydelig skille mellom korte og lengre opphold. Flere av de personene utvalget har snakket med har gitt uttrykk for at de ikke hadde en helt bestemt oppfatning av hvor grensen mellom korte og lange opphold gikk. Avgrensningen kan delvis synes å bygge på at Trygderetten i noen kjennelser presiserte at «også korte opphold» var omfattet av forordningens regler, og delvis at folketrygdloven §§ 8-9, 9-4 og 11-3 åpner for at medlemmet kan motta ytelser under opphold i utlandet i «en begrenset periode». Videre har Nav Kontroll ikke gått til anmeldelse av saker der det antatt feilutbetalte beløpet er lavt og utenlandsoppholdene har vært under fire uker. Nav har i praksis tolket begrensningen «en begrenset periode» slik at mottakere av arbeidsavklaringspenger kunne oppholde seg i utlandet inntil fire uker per kalenderår, også før denne begrensningen ble inntatt i folketrygdloven § 11-3 med virkning fra 1. januar 2018.

I brevet 20. desember 2018 hadde direktoratet signalisert at en praksisendring ville «innebære en vesentlig omlegging av dagens praksis i forhold til retten til å oppholde seg i utlandet for mottagere av kontantytelser». Dette brevet var utarbeidet med bistand fra Nav Klageinstans. I møtet med departementet skal imidlertid direktoratet ha spilt ned konsekvensene av en praksisendring. I svaret til departementet 24. januar beskrev direktoratet praksis og de administrative konsekvensene av en praksisendring slik:

«Det foreligger ikke sikre tall for hvor mange tilfeller som vil bli omfattet av den foreslåtte praksisendringen. Ut fra at en eventuell endring av praksis som foreslått ovenfor, synes bare å ville påvirke avgjørelsene i saker der det er tale om korte – i noen tilfeller svært korte – utenlandsopphold, og i saker der utenlandsoppholdet verken påvirker mottakernes mulighet til å oppfylle vilkårene i fastsatte aktivitetsplaner, forhindre etatens kontroll- og oppfølgingsmuligheter eller påvirke mottakernes helsetilstand i negativ retning, må det antas at den økonomiske belastningen for trygden ikke blir vesentlig.

For så vidt gjelder arbeidsavklaringspenger har direktoratet fått opplyst at NAV Arbeid og ytelser praktiserer reglene slik at mottakeren kan oppholde seg kortvarig i EØS-land uten søknad så lenge NAV-kontoret ikke har satt krav om aktivitet, dog ikke utover fire uker per kalenderår. Dette er uavhengig av om det er sendt inn en søknad eller ikke. For denne ytelsen synes en praksisendring bare å berøre fireukers-vilkåret.

Samlet sett antas en endring som foreslått heller ikke å ville medføre vesentlig administrative kostnader for NAV.»⁵⁴

Det er ikke klart hvorfor direktoratet begrenset problemstillingen til å gjelde «kortvarige opphold». Det kan synes som at direktoratet oppfatter praksis slik at det kun er ved de helt korte oppholdene etaten ikke har vurdert EØS-reglene og artikkel 21. Senere kommunikasjon internt i direktoratet tilsier også at dette er oppfatningen helt frem til fagmeldinger om praksisendring publiseres i starten av juli 2019.⁵⁵ Samtidig er det klart at kjennelsene som direktoratet forelegges

⁵² Brev fra Arbeids- og sosialdepartementet til Arbeids- og velferdsdirektoratet, 24. januar 2019.

⁵³ Brev fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til Arbeids- og sosialdepartementet, 24. januar 2019.

⁵⁴ Brev fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til Arbeids- og sosialdepartementet, 24. januar 2019.

⁵⁵ De første fagmeldingene publiseres i slutten av juni 2019, før tilbakemeldinger om uklarheter gjør at disse revideres. Dette behandles nedenfor i punkt 15.4.2 og 15.5.1.

av Nav Klageinstans høsten 2018 gjelder både kortvarige og lengre opphold.⁵⁶ Så vidt utvalget har kunnet bringe på det rene, ble dette momentet – hvor langt et «kort» opphold egentlig er – ikke diskutert nærmere verken i dialogen mellom Nav Klageinstans og direktoratet, eller mellom direktoratet og departementet.

15.3.4 Avklaring i embetsverket og politisk ledelse

Spørsmålet om direktoratet skulle endre praksis i tråd med Trygderettens forståelse av artikkel 21 ble vurdert i departementet etter møtet med direktoratet. Velferdspolitisk avdeling utarbeidet i februar en tilråding til politisk ledelse, i samråd med pensjonsavdelingen. Pensjonsavdelingen ble involvert fordi den har koordineringsansvar for trygdeforordningen, og er vurdert å ha det sterkeste EØS-rettslige fagmiljøet i departementet.

Direktoratet var opptatt av rask avklaring, og kontorsjefen som hadde møtt for direktoratet i møtet 18. januar henvendte seg til sin kontaktperson i velferdspolitisk avdeling per e-post 31 januar 2019. På spørsmål om departementet har gjort seg opp en mening, får direktoratet følgende svar per e-post samme dag:

«Nei, vi er i tvil. Vi har i dag sendt på foreleggelse til PA [navn] et notat stilet til POL der vi i VPA tilrår at praksis ikke legges om før vi vet hva EFTA sier. Jeg synes saken er vanskelig. Selv om PA/[navn] sa at praksis nok var feil, sa hun også at situasjonen der man først er syk og så drar ut er en annen enn der man blir syk mens ute. Vi føler oss ikke sikre nok på at den langvarige praksisen er feil til at vi kan argumentere godt nok overfor POL, som ønsker å begrense trygdeeksport... men hvis PA er trygge på at praksis må endres, legger vi det til grunn – det er jo de som kan dette best. Jeg vil synes det er rart hvis TR ikke kan gi ytterligere utsatt frist gitt at vi nå har en vurdering av om praksis bør endres, dvs noe mye mer enn å gi innspill på spørsmål»⁵⁷

Pensjonsavdelingen var imidlertid tydelig på at de mente Trygderettens forståelse av forordningen

var riktig. En sentral medarbeider i pensjonsavdelingen karakteriserte i samtale med utvalget den tolkningen av forordningen Nav hadde lagt til grunn for sin praksis fram til dette tidspunkt, som «hårreisende». I den endelige tilrådingen, som ble oversendt fra embetsverket til politisk ledelse den 20. februar, fremgår det at:

«Velferdspolitisk avdeling og Pensjonsavdelingen deler direktoratets fortolkning av at artikkel 21 omfatter ethvert opphold i annet EØS-land, også helt kortvarige.»⁵⁸

Det ble henvist til at direktoratet hadde kommet til at etatens praksis ikke hadde vært i samsvar med forordningen, og at det ikke var adgang til å stanse eller avslå en kontantytelse kun på grunn av opphold i et annet EØS-land. Av tilrådingen fremgikk det at det ikke var klart hvor mange saker som ville omfattes av praksisendringen. Det ble vist til direktoratets brev av 24. januar, der det var lagt til grunn at dette gjaldt forholdsvis få saker, og at den økonomiske belastningen for Nav ved endringen ikke ville bli vesentlig.

Statsråden ga sin tilslutning til embetsverkets tilråding 21. februar 2019. I merknadene til saken i departementets interne systemer, ga statsråden uttrykk for at saken var vanskelig, og en praksisendring kunne være uheldig i lys av regjeringsplattformens formuleringer om trygdeeksport. Hun ga like fullt uttrykk for at juristene i departementet var de mest kompetente til å vurdere dette, men spurte om det kunne tenkes andre «innskjerpende» tiltak. Overfor utvalget har daværende statsråd Hauglie gitt uttrykk for at hun hele tiden mente at praksis måtte innrettes slik at Norges EØS-rettslige forpliktelser ble overholdt, og at det derfor ikke var problematisk for henne å slutte seg til embetsverkets vurdering av at Nav måtte endre praksis.

15.3.5 Departementet gir tilslutning til praksisendring

Fredag 22. februar sendte avdelingsdirektøren i velferdspolitisk avdeling en foreløpig, uformell avklaring til kontorsjefen i Arbeids- og velferdsdirektoratet. E-posten hadde følgende ordlyd:

«Hei,

Da har vi fått avklaring fra politisk ledelse om å gi dere tilslutning til å gi tilbakemelding

⁵⁶ Et eksempel er sak 17/3528, omtalt ovenfor, der direktoratet besluttet ikke å ta ut søksmål over kjennelsen i en sak som omhandlet flere opphold, herunder ett på rundt 5 måneder.

⁵⁷ I e-posten er PA kort for pensjonsavdelingen, og VPA viser til velferdspolitisk avdeling. POL er en vanlig brukt forkortelse for politisk ledelse. TR er kort for Trygderetten.

⁵⁸ Internt notat til politisk ledelse fra velferdspolitisk avdeling og pensjonsavdelingen, 20. februar 2019.

til Trygderetten om at dere nå vil legge om praksis i tråd med Trygderettens forståelse av artikkel 21. Vi har videre fått tilslutning til at slik praksis bør legges om for saker framover i tid (både førstegangssaker og ved klager), da det vil være svært administrativt krevende om etaten skal gjenoppta alle saker hvor de har avslått søknaden, om disse sakene i det hele tatt kan identifiseres.

Vi vil be om at dere vurderer tiltak/rammer som gjør at etaten har kontroll på disse sakene, slik at det ikke blir lengre perioder med mottak av korttidsytelser enn før. Dette kan være rutiner/krav om å søke eller melde fra på forhånd, presisere at selv om man kan oppholde seg i hele EØS-området, kan man ikke avvikle feriemens man mottar sykepenger osv.

Dette kommer nå per epost pga. tidsperspektivet, men vi vil også sende tilbakemeldingen i et mer formelt brev til uka.»⁵⁹

Kontorsjefen videreformidlet tilbakemeldingen fra departementet til andre aktuelle personer i direktoratet og etaten, herunder Nav Klageinstans. Om formiddagen påfølgende mandag, 25. februar, orienterte fagkontakt i Nav Klageinstans, i samråd med ytelsesavdelingen, de andre styringsenhetene i Ytelseslinjen per e-post. I e-posten viste fagkontakten til at Nav Klageinstans allerede hadde stanset sin saksbehandling i påvente av avklaring, i forbindelse med at Trygderetten hadde ønsket å forelegge saker for EFTA-domstolen for å få en rådgivende uttalelse om tolkningen av forordningen. Fagkontakten skrev videre at

«[n]ærmere detaljer er ennå ikke kjent, og vi avventer brev fra departementet. (...) Når departementets brev foreligger må det foretas avklaring på flere områder bla hvordan pågående straffesaker skal håndteres. Det må muligens lages en kommunikasjonsstrategi i forhold til endring av praksis.»

På dette tidspunktet ble også Nav Kontroll orientert, og fagkontakten viste til at «pågående straffesaker» måtte håndteres. Orienteringen fra Klageinstans ble også videreformidlet internt i NAV Kontroll, hvor fagansvarlig i styringsenheten skrev følgende i en e-post til en del øvrige medarbeidere:

⁵⁹ E-posten gikk også i kopi til sentrale ledere og saksbehandlere i departementet og direktoratet.

«I et møte i dag med fagansvarlige på utlandssakene (øst og nord), for drøfting av en konkret anmeldelsessak på utlandsområdet, ble jeg oppringt av [Nav Klageinstans] som da informerte oss som var på videomøtet om pågående regelavklaring som omtales under. Sender dere den formelle info'en som jeg nå akkurat mottok. Vi avventer departementets brev og nærmere dialog med øvrige enheter i YL og direktoratet, slik at vi fremover sikrer lik praksis i YL. Vi må også få avklart hva vi evt. skal foreta oss hva gjelder allerede ferdigbehandlede saker hos oss. For oss betyr dette p.t. at vi inntil avklaringen foreligger ikke behandlinger (utreder og anmelder) SP og AAP-saker med 'korte' utlandsopphold innen EU. Ber også om at NKF stopper behandlingen av slike saker.»⁶⁰

Nav Klageinstans hadde på dette tidspunktet allerede satt sine saker i bero.⁶¹ Fra 25. februar stoppet altså også Nav Kontroll utredning og anmeldelse av «korte» utenlandsopphold.

Departementet sendte 5. mars 2019 et formelt brev med tilslutning til direktoratets tilrådning. I brevet gir departementet

«tilslutning til at etaten endrer sin praksis slik at forordning 883/2004 artikkel 21 kommer til anvendelse også på kortvarige opphold, og slik at man fra norsk side ikke kan stanse eller avslå en kontantytelse kun på grunnlag av at brukeren skal oppholde seg i et EØS-land.»⁶²

Brevet gir inntrykk av at departementet ikke hadde fullstendig oversikt over etatens praksis. Departementet la tilsynelatende til grunn at praksisendringen kun ville gjelde kortvarige utenlandsopphold. I samtaler med utvalget har de involverte personene i departementet gitt uttrykk for at de klart mente at *alle* opphold skulle behandles etter forordningens regler, og at tilbakemeldingen var basert på at direktoratet hadde gitt uttrykk for at problemstillingen var knyttet til korte opphold. Det ble altså lagt til grunn at Nav i praksis behandlet de lengre oppholdene etter forordningens regler. Dette synes det også som direktoratet la til grunn basert på dokumentasjonen som ble sendt til departemen-

⁶⁰ E-post fra fagansvarlig i Nav Kontroll til fagansvarlige ved de regionale kontorene, 25. februar 2019.

⁶¹ Nav Klageinstans stanset behandlingen av klagesaker 18. desember 2018, som redegjort for i punkt 15.2.6.

⁶² Brev fra Arbeids- og sosialdepartementet til Arbeids- og velferdsdirektoratet, 5. mars 2019.

tet. Realiteten var imidlertid at også lengre, midlertidige opphold ble behandlet etter folketrygdlovens regler, uten at artikkel 21 ble vurdert.⁶³

Ute i resultatområdene ble avklaringen derfor forstått annerledes. På grunn av usikkerheten hadde Nav Klageinstans allerede satt alle sine saker på vent, mens Nav Kontroll forstod avklaringen slik at det kun var korte opphold som skulle vurderes etter artikkel 21, mens lengre opphold som ikke innebærer flytting fortsatt skulle vurderes etter folketrygdlovens regler alene. Nav Kontroll fortsatte derfor utredning og anmeldelse av lengre utenlandsopphold i EØS, og deler av feilpraktiseringen fortsatte til tross for avklaringen fra departementet.

Etter hvert begynte fagansvarlig i Nav Kontroll å lure på hvilke konsekvenser praksisendringen kunne ha; selv om Nav Kontroll ikke anmeldte saker med bare helt korte opphold i utlandet, ble det iblant tatt ut anmeldelser der det var en blanding av kortere og lengre opphold, som samlet oversteg beløpsgrensen for anmeldelse.⁶⁴ Fordi Nav Kontroll ble usikre på hvor lange opphold praksisendringen skulle omfatte, og ikke fikk svar på sine forespørsler til direktoratet om dette, sluttet de etter hvert helt å utrede og anmelde saker om utenlandsopphold i EØS. Nav Kontroll har opplyst til utvalget at de to siste sakene ble anmeldt 2. og 23. april 2019, og at begge sakene gjaldt lange utenlandsopphold.

15.4 Tredje fase: publisering av praksisendring og tilbakemelding til departementet

15.4.1 Utarbeidelsen av fagmeldingene

På grunn av problemer med arkivsystemet Web-sak mottok seksjonssjef og saksbehandler i ytelsesavdelingen i direktoratet brevet departementet sendte 5. mars, først 14. mars 2019. Ytelsesavdelingen begynte da å kartlegge hvilke konsekvenser praksisendringen ville ha for rundskriv og rutiner. Arbeidet ble koordinert av en saksbehandler med ansvar for internasjonale saker, mens arbeidet med nye rundskriv og ruti-

ner skulle utarbeides av fagansvarlige for de enkelte ytelsene. Som følge av at søknader om utenlandsopphold både behandles av regionale forvaltningsenheter i Nav Arbeid og ytelser og lokale Nav-kontor, måtte nye rutiner og rundskriv utarbeides i samarbeid mellom ytelsesavdelingen og arbeids- og tjenesteavdelingen i direktoratet.⁶⁵ Det ble raskt bestemt at direktoratet skulle informere resultatområdene i etaten om ny praksis gjennom egne fagmeldinger. Rundskrivene skulle endres senere.

Arbeidet med fagmeldingene tok tid. Fra tilbakemeldingen kom fra departementet i mars tok det nærmere fire måneder før fagmeldingene ble publisert i slutten av juni 2019. I samtale med utvalget har sentralt plasserte saksbehandlere og ledere gitt til dels sammenfallende og til dels ulike forklaringer på tidsbruken.

For det første bar prosessen preg av at saken ikke ble gitt høy prioritet. Saksbehandlerne som fikk ansvar for saken forteller at de samtidig hadde mange andre hastesaker. Siden EØS-saken på dette tidspunktet, våren 2019, ikke ble oppfattet som alvorlig, ble den heller ikke prioritert over andre saker. For det andre ble sentrale saksbehandlere sykemeldet i perioden, og noen gikk av med pensjon. Det var vanskelig å sikre fremdrift i arbeidet med stadige utskiftninger i hvem som gjorde hva. Endelig har flere vist til utfordringer knyttet til samarbeidet mellom ulike avdelinger i direktoratet. Selv om en rekke forhold medførte at ting tok lengre tid enn nødvendig, har flere ledere i direktoratet pekt på at direktoratets ressurser allerede var så presset at praksisendringene, selv om saken hadde blitt prioritert høyere, først ville blitt publisert i mai måned.

I arbeidet med fagmeldingene oppsto det en diskusjon i direktoratet om hvor stort omfang praksisendringen egentlig hadde. Saksbehandler i ytelsesavdelingen skrev til saksbehandler i arbeids- og tjenesteavdelingen at det kunne

«synes som om praksis likevel er slik at man kan få utbetalt AAP under opphold som strekker seg utover alminnelige ferieopphold, se rundskriv hovednr 45 punkt 11.4.»⁶⁶

⁶³ Rundskrivet la på dette tidspunkt til grunn at «midlertidige» opphold skulle behandles etter folketrygdlovens regler.

⁶⁴ Utvalget har i samtaler med ledere og fagansvarlige i Nav Kontroll fått opplyst at saker med bare helt korte opphold aldri har blitt anmeldt. Det er først når flere korte og minst ett langt opphold i utlandet, som Nav ikke har fått informasjon om, til sammen overstiger beløpsgrensen, at det er tatt ut anmeldelse.

⁶⁵ Se nærmere om organisatoriske forhold i kapittel 8.

⁶⁶ Rundskrivet punkt 11.4.5 har tittelen «kortvarige opphold i andre EØS-land», noe som kan indikere at praksis er slik direktoratet tror, men under overskriften heter det videre at et «eventuelt midlertidig opphold i et annet EØS-land må derfor avgjøres etter de ordinære unntaksreglene i folketrygdloven § 11-3». Lest i sammenheng med uttalelsene om hvilke situasjoner artikkel 21 skal anvendes, legger rundskrivet klart til grunn at artikkel 21 kun skal anvendes dersom en trygdemottaker bosetter seg i et annet EØS-land.

Ingen av medarbeiderne i direktoratet reagerte på denne fremstillingen av praksis. I samtale med utvalget har saksbehandleren bekreftet at de oppfattet rundskrivet slik at artikkel 21 skulle vurderes både ved bosted og midlertidige opphold i utlandet, og at det derfor kun var de kortvarige oppholdene som utelukkende ble vurdert etter folketrygdlovens regler. Direktoratet trodde derfor at praksisendringen kun gjaldt de kortvarige oppholdene.

Like før fagmeldingene ble publisert i slutten av juni 2019, sendte direktoratet et brev til departementet med redegjørelse for hvilke tiltak som ville bli satt i verk, og planlagt oppfølging. Direktoratet skrev at det ville bli sendt ut

«fagmelding til alle NAV-kontorene om å endre praksis vedrørende midlertidig utenlandsopphold innenfor EØS-området i henhold til Trygderettens forståelse av EØS-forordning 883/2004 artikkel 21. Tilsvarende vil rundskriv oppdateres i henhold vår beskrivelse i dette brevet. Endringen vil gjelde med virkning fremover i tid. Praksisendringen vil innebære at NAV-kontorene ikke kan avslå søknad om utenlandsopphold kun på bakgrunn av at brukeren skal oppholde seg i et annet EØS-land. Pågående klagesaker, vil vurderes etter ny praksis.»⁶⁷

15.4.2 Publisering av fagmeldinger

I slutten av juni 2019 sendte direktoratet ut fagmeldinger internt i Nav-systemet. Fagmeldingene redegjorde for ny praksis, som skulle følges fremover i tid. 25. juni publiserte Arbeids- og velferdsdirektoratet følgende fagmelding om endret praksis for arbeidsavklaringspenger:

«*Ny praksis: Arbeidsavklaringspenger ved kortvarig utenlandsopphold innenfor EØS-området*

Arbeids- og sosialdepartementet har etter innspill fra Trygderetten bestemt at arbeidsavklaringspenger ikke kan stanses eller avslås kun på grunnlag av at brukeren skal oppholde seg, eller har oppholdt seg i et annet EØS-land.

Dette betyr at NAV med umiddelbar virkning må endre praksis i tilfeller hvor brukeren skal reise til et EØS-land, slik at EØS-forordning 883/2004 artikkel 21 kommer til

anvendelse. EØS-forordning 883/2004 artikkel 21 gir en mottaker av arbeidsavklaringspenger fra NAV rett til å beholde ytelsen ved opphold i et annet EØS-land, så lenge øvrige vilkår for å motta arbeidsavklaringspenger er oppfylt.

Det vil ikke lenger være nødvendig å søke om å beholde arbeidsavklaringspengene ved opphold i EØS-området.

Ved opphold i EØS på tidspunkter uten avtalt aktivitet i aktivitetsplanen

- Dersom det ikke er avtalt aktivitet på et tidspunkt kan brukeren oppholde seg i resten av EØS i samme grad som brukeren har kunnet oppholde seg i hele Norge før praksisendringen.
- Dersom brukeren i denne perioden blir innkalt til aktivitet i Norge, er det ikke gyldig fraværsgrunn at han eller hun har oppholdt seg i EØS og dermed har hatt for lang hjemreise til å rekke en aktivitet.

Ved opphold som vil medføre endringer i aktivitetsplanen

- Brukeren må melde fra til NAV-kontoret om fremtidige opphold i EØS i perioder med tiltak og behandling. NAV-kontoret må kjenne til varigheten på oppholdet slik at eventuell oppfølging i utlandet planlegges.
- Oppholdet kan gjennomføres dersom det kan lages en aktivitetsplan likeverdig med den brukeren har i Norge.
- Brukeren må kontakte NAV-kontoret minst fire uker før oppholdet i EØS slik at aktivitetsplanen skal kunne tilpasses og eventuell oppfølging i utlandet planlegges.

Hvem omfattes av praksisendringen?

- Praksisendringen som er beskrevet her gjelder både norske- og utenlandske statsborgere som er omfattet av EØS-forordningens personkrets.
- Pågående klagesaker skal vurderes etter ny praksis.
- Reiser til land utenfor EØS skal behandles etter folketrygdloven § 11-3 med tilhørende begrensninger på oppholdets varighet.»

Den 26. juni ble fagmeldingen for sykepengeområdet publisert. Denne var litt annerledes, blant annet ble det lagt til grunn at søknadsplikten inntil videre skulle opprettholdes:

⁶⁷ Brev fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til Arbeids- og sosialdepartementet, 21. juni 2019, s. 2.

«Ny praksis for sykmeldte ved kortvarig utenlandsopphold innenfor EØS-området

Arbeids- og sosialdepartementet har etter innspill fra Trygderetten bestemt at sykepengeer ikke kan stanses eller avslås kun på grunnlag av at brukeren skal oppholde seg, eller har oppholdt seg i et annet EØS-land.

Dette betyr at NAV med umiddelbar virkning må endre praksis i tilfeller hvor brukeren skal reise til et EØS-land, slik at EØS-forordning 883/2004 artikkel 21 kommer til anvendelse. Praksisendringen innebærer at det ikke lenger er nødvendig å vurdere 'senter for livsinteresse' før man behandler en søknad om utenlandsopphold ved opphold i et annet EØS-land.

EØS-forordning 883/2004 artikkel 21 gir en mottaker av sykepengeer fra NAV rett til å beholde ytelsen ved opphold i et annet EØS-land, så lenge øvrige vilkår for å beholde sykepengeer er oppfylt.

Siden søknaden om utenlandsopphold i dag er en integrert del av den digitale selvbetjeningsløsningen for sykepengeer vil NAV inntil videre be om at brukeren søker om å beholde sykepengeer under utenlandsopphold selv ved opphold i et annet EØS-land. Som tidligere må brukeren avklare utenlandsoppholdet med behandleren og arbeidsgiveren. Utenlandsopphold må ikke:

- forverre helsetilstanden,
- forlenge arbeidsuførheten,
- hindre NAVs kontroll og oppfølging.

Arbeids- og velferdsdirektoratet jobber videre for å utvikle den digitale selvbetjeningsløsningen slik at det blir lettere å skille mellom opphold innenfor- og utenfor EØS-området. Dette vil kunne forenkle dialogen mellom den sykmeldte og NAV ved opphold innenfor EØS-området.»

Tittelen på fagmeldingen nevnte «kortvarig utenlandsopphold», men bortsett fra dette inneholdt ikke fagmeldingene noen nærmere begrensning av lengden på utenlandsoppholdet. Endringen skulle ha «umiddelbar virkning» og skulle også legges til grunn i «pågående klagesaker». Det ble ikke gitt nærmere informasjon om hvilken betydning praksisendringen ville ha for tidligere vedtak, eller pågående eller avsluttede straffesaker. Dette er heller ikke oppsiktsvekkende, siden det er vanlig praksis at praksisendringer gis virkning for fremtidige saker til behandling både i førsteinstans og ved klagebehandling.

15.5 Fjerde fase: Reaksjoner på praksisendring og ny runde internt i Nav

15.5.1 Reaksjoner på fagmeldinger og forsøk på revisjon

Etter publisering av fagmeldingene fikk direktoratet raskt tilbakemelding fra resultatområdene med spørsmål om hvordan de skulle forstås. Nav Klageinstans stilte en rekke spørsmål, og viste både til at det var uklart hva som var ment med «korte» opphold og at det ville være problematisk å endre praksis uten å gi endringen virkning på tidligere vedtak. Særlig spørsmålet om hvilket tidspunkt endringen skulle gis virkning fra, var sentralt i tilbakemeldingene til direktoratet.

Første juli ble det avholdt et videomøte med representanter for ytelsesavdelingen, arbeids- og tjenesteavdelingen, Nav Klageinstans og Nav Arbeid og ytelse. På agendaen var «praksisendring på kapittel 8, 9 og 11 i forhold til retten til kontantytelser ved opphold i EØS». Direktoratet fikk da gjentatt tilbakemeldingene resultatområdene allerede hadde gitt, og det ble enighet om at direktoratet skulle utarbeide nye fagmeldinger.

Nye fagmeldinger ble sendt på høring 5. juli med frist 11. juli. En av endringene i den reviderte fagmeldingen var at det ble tatt inn en setning som sa at dersom «brukeren ber om gjenopptak av tidligere vedtak, skal sakene vurderes i henhold til ny praksis.» Setningen kom inn som følge av en diskusjon om hva som skulle være virkningstidspunktet for praksisendringen. I høringen tok Nav Klageinstans fatt i denne formuleringen, og skrev følgende tilbakemelding:

«Vi er fremdeles usikre på hva praksisendringen innebærer: Har tidligere praksis vært feil, eller legger vi oss nå på en annen praksis innenfor samme tolkningsrom, slik at endringen gjelder fremover i tid?

Hvis sistnevnte er tilfelle, trenger vi ikke behandle saker som gjenopptak.

Hvis tidligere praksis har vært feil, bør alle gamle saker som har vært behandlet feil gjennomgå, herunder tilbakekreving- og straffesaker.»⁶⁸

⁶⁸ Merknader fra Nav Klageinstans til fagmelding om endret praksis for sykepengeer, 10. juli 2019. Klageinstansen viste blant annet til Høyesteretts dom i HR-2017-560-A som eksempel på en straffesak som ville måtte vurderes på nytt hvis tidligere praksis hadde vært feil. Saken er omtalt i kapittel 12.

På grunn av ferieavvikling tok det litt tid før fagansvarlig i Nav Kontroll så de nye fagmeldingene. Den fagansvarlige har i samtale med utvalget forklart at hun reagerte på at endringen skulle gjelde ved klagebehandling og gjenopptak, selv om det ble presentert som en praksisendring. Den 17. juli tok hun derfor kontakt med saksbehandler i ytelsesavdelingen for å avklare om det i praksis var tale om en rettsanvendelsesfeil, slik at endringen også skulle gjelde for tilbakebetalingssaker og straffesaker. I løpet av samtalen med ytelsesavdelingen forsto den fagansvarlige i Nav Kontroll at endringene fagmeldingen forespeilet også gjaldt langvarige opphold. Hun ga da klart uttrykk for at det innebar at det potensielt var straffesaker i sakskomplekset, og at det måtte avklares om det var tale om en rettsanvendelsesfeil. Styringsenheten i Nav Kontroll ga så beskjed til sine enheter om å stanse alle saker som gjaldt opphold i EØS-området.

Dagen etter, 18. juli, skrev ytelsesavdelingen til styringsenhetene i ytelseslinjen:

«Vi har mottatt tilbakemeldinger og ser at vi er nødt til å gjøre en grundig vurdering av virkningstidspunkt for praksisendring over ferien, særlig da med tanke på eventuelle gjenopptakelsessaker. Vi ser, som dere påpeker, at dette kan potensielt få store konsekvenser og det er derfor viktig at vi ikke forhaster oss i saken.

Dette betyr at det ikke foretas endringer i de allerede publiserte fagmeldingene inntil videre og slik at praksis per i dag kun endres fremover i tid. Vi ber om at saker der bruker ønsker gjenopptakelse, stilles i bero inntil endelige avklaringer foreligger. Tilsvarende vil rundskrivsarbeid settes på hold i påvente av avklaringene.»⁶⁹

Etter tilbakemeldingene fra resultatområdene, så direktoratet at virkningstidspunktet for praksisendringen måtte vurderes på nytt. Kommunikasjonen preges av at direktoratet ikke synes å ha hatt en klar oppfatning av hvorfor den endrede forståelsen av trygdeforordningens artikkel 21 ikke skulle få betydning for tidligere avgjorte saker, ut over at det ville være administrativt krevende å kartlegge slike saker. Samtidig var kommunikasjonen fra departementet tydelig på at det var det administrative hensynet som lå til grunn for at endringen ikke skulle gis virkning bakover i tid. I e-post fra avdelingsdirektøren i departemen-

tet hvor direktoratet fikk tilslutning til praksisendringen, skrev departementet at det ville være «svært administrativt krevende om etaten skal gjenoppta alle saker hvor de har avslått søknaden, om disse sakene i det hele tatt kan identifiseres». Kommunikasjon internt i departementet i perioden indikerer også at departementet oppfattet tolkningsfeilen som en type feil som i prinsippet hadde betydning for tidligere vedtak, men at konsekvensene var begrensede, og at det uansett ville være svært krevende å finne igjen sakene.⁷⁰

Det som endret seg etter at fagmeldingene var publisert, var at direktoratet fikk tilbakemeldinger om at de hadde oppfattet praksis feil, siden etaten også ved lengre opphold hadde lagt til grunn folketrygdlovens regler. Det synes som det først var på dette tidspunktet direktoratet forstod omfanget av feilen, og at det kunne være problematisk å gjennomføre endringen som en praksisendring, fordi praksis hadde vært annerledes, og inkluderte andre typer saker, enn det som til da var lagt til grunn.

15.5.2 Etablering av arbeidsgruppe

Ytelsesavdelingen fortsatte arbeidet med avklaring etter sommerferien. 13. august 2019 ble det avholdt et møte hvor direktørene i resultatområdene i ytelseslinjen, ledere i brukerseksjonen i arbeids- og tjenestelinjen og saksbehandlerne som arbeidet med fagmeldingene deltok. Et sentralt tema i møtet var at departementet måtte orienteres om utviklingen i saken. En slik orientering forutsatte imidlertid at direktoratet hadde noe skriftlig å vise til, og det ble derfor besluttet å sette ned en tverrfaglig arbeidsgruppe. Arbeidsgruppen skulle i hovedsak vurdere om den nye forståelsen av artikkel 21 innebar at etatens tidligere praksis bygget på uriktig lovforståelse, med andre ord om det forelå en rettsanvendelsesfeil. I så fall kunne det foreligge både ugyldige tilbakebetalingskrav og feilaktige domfellelser.

Den tverrfaglige gruppen førte ikke referater fra sine møter, men utarbeidet et antall notater i perioden 15. august til 2. september.⁷¹ I utkast til endelig notat, som ble sendt på høring 29. august 2019, skrev arbeidsgruppen:

«Etter arbeidsgruppens vurdering, taler flere momenter for at det foreligger en rettsanven-

⁶⁹ E-post fra ytelsesavdelingen til styringsenhetene i Nav Kontroll, Nav Klageinstans, Nav Familie- og pensjonsytelser og Nav Arbeid og ytelser, 18. juli 2019.

⁷⁰ Notat fra velferdspolitisk avdeling og pensjonsavdelingen til politisk ledelse, 20. februar 2019.

⁷¹ Utvalget har hatt tilgang til, og gjennomgått, dokumentasjonen fra gruppens arbeid.

delsesfeil all den tid artikkel 21 ikke er vurdert i angjeldende saker.»

Direktoratet tok deretter kontakt med departementet 30. august, først per telefon, og deretter per e-post. Vedlagt e-posten lå et forkortet notat som gjenga arbeidsgruppens endelige vurdering. Det var to sentrale funn i arbeidsgruppens vurdering. For det første mente arbeidsgruppen at etaten måtte

«vurdere retten til kontantytelser under opphold i andre EØS-land i lys av forordningen artikkel 21, både når det gjelder kortvarige opphold og lengre midlertidige opphold i andre EØS-land. Arbeidsgruppen ønsker spørsmålet forelagt departementet da en praksisendring særlig vil få konsekvenser for NAVs forståelse av regelverket knyttet til utenlandsopphold.»⁷²

For det andre skrev arbeidsgruppen at

«Arbeidsgruppen mener det kan argumenteres for at det foreligger en rettsanvendelsesfeil, noe som vil kunne medføre ugyldighet hvis feilen kan ha virket inn på avgjørelsens innhold. Arbeidsgruppen ønsker spørsmålet forelagt departementet.»

15.6 Femte fase: Alarmen går i departementet

15.6.1 Departementet blir kjent med sakens omfang

Departementet ble gjort kjent med utviklingen i saken 30. august, gjennom e-postutveksling mellom kontorsjefen i direktoratet og avdelingsdirektør i velferdspolitisk avdeling i departementet. Den 2. september tok ytelsesdirektøren i Nav kontakt med ekspedisjonssjefene i velferdspolitisk avdeling og budsjett- og styringsavdelingen i departementet, og ba om et møte på ekspedisjonssjefnivå. På dette tidspunktet ble statsråden orientert om den nye utviklingen i saken, og det ble planlagt et møte.

Møtet mellom direktoratet og departementet ble avholdt fredag 13. september 2019. I møtet orienterte direktoratet om konklusjonene fra arbeidsgruppen. Departementet var særlig interessert i

hvor trygg direktoratet var på sin juridiske vurderingen, og det ble diskutert ulike løsninger for å endelig avklare om det forelå en feilpraktisering. Departementet foreslo å forelegge saken for Regjeringsadvokaten, og det ble enighet om å innhente en uavhengig vurdering derfra før de konkluderte med at forordningen var tolket feil.

Departementet skrev i brev til Regjeringsadvokaten at direktoratet ville «innhente en tolkningsuttalelse fra Regjeringsadvokaten relatert til anvendelsen av (EF) forordning 883/2004». Direktoratet kontaktet Regjeringsadvokaten og redegjorde muntlig for problemstillingen i et møte 27. september 2019. 2. oktober sendte ytelsesavdelingen så en formell bestilling til Regjeringsadvokaten etter innspill fra departementet.

Regjeringsadvokaten avga sin vurdering 21. oktober 2019, og konkluderte der med at etaten hadde forstått artikkel 21 i forordning 883/2004 feil. Regjeringsadvokaten konkluderte på dette grunnlag med at det forelå en rettsanvendelsesfeil ved tidligere fattede vedtak.

15.6.2 Stans av berammede straffesaker og kontakt med Riksadvokaten

Sommeren 2019 hadde Nav Arbeid og ytelse, Nav Klageinstans og Nav Kontroll alle stanset behandlingen av saker som gjaldt utenlandsopphold i EØS-området, i påvente av rettslig avklaring. Utenfor Nav-systemet hadde imidlertid politiet, påtalemyndigheten og domstolene fortsatt behandlingen av anmeldte saker. Samtidig med at rettsstilstanden skulle avklares, arbeidet direktoratet og Nav Kontroll med å få oversikt over anmeldte saker, og kartlegge hvor mange anmeldelser som hadde endt med domfellelse.

Nav Kontroll ga en foreløpig tilbakemelding på omfanget av kartleggingsarbeidet som lå foran dem 2. september 2019. Den 4. september ga Nav Kontroll første skriftlige tilbakemelding om pågående straffesaker. I en e-post til ytelsesavdelingen informerte fagsjef i Nav Kontroll om en «EØS-sak som skal opp for domstolen i begynnelsen av oktober». Kontroll informerte om at de skulle utrede saken nærmere, for å ta stilling til om den var omfattet av den mulige feilpraktiseringen. Samtidig ble ytelsesavdelingen varslet om at det var vanskelig å holde oversikt over pågående straffesaker. Nav Kontroll har generelt bare oversikt over berammede saker dersom en av deres saksbehandlere er innkalt som vitne.

Den 10. september ble Nav Kontroll kjent med to nye berammede saker. Den ene var berammet allerede 16. september, den andre 2. oktober. Nav

⁷² Notatet hadde tittelen «Rett til kontantytelser under opphold i annet EØS-land – artikkel 21», og lå vedlagt en e-post fra kontorsjef i Arbeids- og velferdsdirektoratet til avdelingsdirektør i velferdspolitisk avdeling, 30. august 2019.

Kontroll varslet direktoratet, og ba om en rask avklaring på hvordan situasjonen skulle håndteres. Ytelsesavdelingen svarte da at direktoratet skulle møte departementet fredag 13. september, og at de måtte avvente avklaring i dette møtet.

På et ledermøte i ytelseslinjen 12. september tok direktør i Nav Kontroll til orde for å informere Riksadvokaten. Det ble da en diskusjon i ledergruppen om hvordan de pågående straffesakene skulle håndteres, og ytelsesdirektøren besluttet å avvente møtet med departementet dagen etter, fredag 13. september.

Møtet 13. september endte som nevnt med at tolkningen av artikkel 21 skulle forelegges Regjeringsadvokaten for en endelig vurdering. Tolkningen ble ikke ansett avklart, og det ble et spørsmål i møtet hvordan pågående straffesaker skulle håndteres. Departementet og direktoratet ble enige om at direktoratet skulle håndtere straffesakene, fordi det var Nav Kontroll som hadde tatt ut anmeldelsene. Direktoratet skulle kontakte påtalemyndigheten og sikre at pågående saker ble utsatt eller på annen måte håndtert, slik at det ikke ble avsagt nye dommer før tolkningen var avklart. Saken som var berammet allerede mandagen etter, var imidlertid ikke tema i møtet.

Fagsjefen i Nav Kontroll har i samtale med utvalget forklart at hun satt klar for å informere påtalemyndigheten fredag ettermiddag om at saken påfølgende mandag måtte utsettes, og avventet tilbakemelding fra direktoratet. Direktøren i Nav Kontroll tok kontakt med ytelsesdirektøren for avklaring etter møtet med departementet. Utvalget forstår tilbakemeldingene fra samtaler med de ulike involverte personene slik at Nav Kontroll og direktoratet var uenige om hvordan den nært forestående straffesaken burde håndteres. Direktøren i Nav Kontroll har forklart til utvalget at han oppfattet at direktoratet mente det var viktig at det som da fortsatt ble behandlet som en *mulig* feilpraktisering, ikke ble lekket til media før tolkningen av artikkel 21 var avklart. Risikoen for at tolkningstvilen i etaten ble kjent, ble opplevd som et viktig hensyn i valget av fremgangsmåte. Ledere i direktoratet har også fortalt utvalget at de opplevde det som ønskelig å ha «kontroll» på prosessen, i den forstand at de ønsket å få avklart med større sikkerhet om det faktisk forelå en omfattende feilpraktisering, før saken ble kjent. Nav Kontroll la derimot vekt på at det over tid hadde vært usikkert hvordan regelverket skulle forstås, og at denne usikkerheten ville fortsette som følge av at spørsmålet ble forelagt Regjeringsadvokaten. Direktøren i Nav Kontroll antok at det sent fredag ettermiddag ville være vanskelig å utsette saken som skulle gå mandag morgen: I e-post til ytelses-

direktøren og lederne i Nav Kontrolls enheter orienterte han om at saken påfølgende mandag ikke skulle utsettes, men at saksbehandleren fra Nav Kontroll som var innkalt som vitne, måtte være åpen om etatens usikkerhet knyttet til det underliggende regelverket dersom det ble tema i vitneutspørring. Denne orienteringen kom ikke frem til rette leder. I ettertid hadde det uansett begrenset betydning: Tiltalte erkjente skyld etter tiltalen i retten, og det ble ikke ført vitner. Tiltalte ble dømt til 60 dagers betinget fengsel.⁷³

I dagene 17. til 19. september sendte Nav Kontroll brev til politidistriktene hvor de informerte om usikkerheten knyttet til det underliggende regelverket. I samtale med utvalget har fagsjef og direktør i Nav Kontroll gitt uttrykk for at dette var vanlig praksis. I ansvarsfordelingen internt i Nav er det direktoratet som har kontakten med Riksadvokaten, mens Nav Kontroll forholder seg til de enkelte politidistriktene. Som følge av at anmeldelsene håndteres av påtalejurister i de ulike politidistriktene, la Nav Kontroll til grunn at det – så lenge rettstilstanden var uavklart – var tilstrekkelig å ta kontakt med de enkelte politidistriktene.

I starten av oktober diskuterte direktoratet hvordan Riksadvokaten best skulle informeres, og Nav Kontroll ble bedt om å formulere utkast til et formelt brev. Direktoratet valgte likevel å ta kontakt muntlig. Den 16. oktober ble Riksadvokaten orientert om problemstillingen, og at det sannsynligvis forelå en rettsanvendelsesfeil. Etter at Regjeringsadvokaten avga sin vurdering 21. oktober, ble Riksadvokaten 22. oktober orientert om konklusjonen i denne. I hele perioden fra starten av september ble statsråden holdt løpende orientert, mens håndteringen og kontakten med direktoratet ble forestått av embetsverket, frem mot offentliggjøring av saken 28. oktober 2019.

15.6.3 Oppfølging og kontakt frem mot avklaring

I ukene fra 13. september til 21. oktober forbedret direktoratet og departementet håndteringen av saken, og særlig hvordan saken skulle håndteres dersom Regjeringsadvokaten kom til at det forelå en rettsanvendelsesfeil. Direktoratet og departementet avholdt et møte 18. oktober, hvor direktoratet redegjorde for sin kontakt med Regjeringsadvokaten og Riksadvokaten.

Mandag 21. oktober konkluderte Regjeringsadvokaten, og sluttet seg til Trygderettens tolkning av artikkel 21. I vurderingen ble det konkludert

⁷³ Se Bergen tingretts dom 17. september 2019.

dert med at virkningstidspunktet er forordningens ikrafttredelse. Det innebar at alle saker om opphold i EØS-området skulle vært vurdert etter forordningens artikkel 21 siden juni 2012.⁷⁴

Arbeidet med oppdaterte fagmeldinger og rutiner, kartlegging av omfanget av saker som var feilbehandlet og kommunikasjonsstrategi hadde i stor grad foregått parallelt i påvente av Regjeringsadvokatens vurdering. Det gjensto derfor begrenset med arbeid før direktoratet og departementet kunne gå ut med saken. Fredag 25. oktober møtte arbeids- og velferdsdirektøren statsråden. Temaet for møtet var håndteringen av saken frem mot den planlagte pressekonferansen påfølgende mandag. Slik utvalget forstår det ble det ikke ført referat fra samtalen fordi oppfølgingen kom i form av direktoratets brev søndag 27. oktober. Der redegjorde direktoratet for sin juridiske vurdering og omfanget av saken.

Mandag 28. oktober 2019 innkalte statsråden, arbeids- og velferdsdirektøren og riksadvokaten til en felles pressekonferanse. Samme dag publiserte direktoratet nye, oppdaterte fagmeldinger med følgende ordlyd:

«Arbeidsavklaringspenger ved opphold innenfor EU/EØS-land

Det er avklart at alle opphold uavhengig av lengde i EU/EØS-land sidestilles med opphold i Norge.

Publisert 28. oktober 2019 kl. 13.00

Folketrygdens øvrige vilkår for rett til arbeidsavklaringspenger gjelder fortsatt.

Aktivitetene i aktivitetsplanen må følges og bruker må bidra aktivt til avklaring av sin arbeidsevne jf folketrygdloven § 11-7. Brudd på aktivitetsplikten skal sanksjoneres etter folketrygdlovens § 11-7, brudd på fravær fra fastsatt aktivitet 11-8, eller § 11-9 ved brudd på nærmere fastsatte aktiviteter.

Endringen gjelder også tidligere saker fra 1. juni 2012. Dette inkluderer pågående saker, inkl. klage- og ankesaker. Det vil komme egen informasjon om hvordan tidligere avgjorte saker skal behandles.

Det skal ikke søkes om opphold i EU/EØS-land.

Denne fagmeldingen gjelder AAP under opphold i et EU/EØS-land.

Det er fortsatt et vilkår for å motta AAP at man er medlem i folketrygden og dersom en person flytter må EU/EØS-lovvalget vurderes på nytt.

Det er utarbeidet en sakbehandlingsveileder for opphold i EU/EØS-land.

Servicerutinene er oppdatert i henhold til denne fagmeldingen. Det er også utarbeidet saksbehandlingsveileder for opphold i EU/EØS.

Opphold med godkjent aktivitetsplan

For å ha krav på arbeidsavklaringspenger skal bruker ha en godkjent aktivitetsplan med avtalte aktiviteter som skal følges. En bruker kan oppholde seg i et annet EU/EØS-land dersom oppholdet kan kombineres med avtalte aktiviteter. Dette kan skje enten ved at aktivitetene videreføres i Norge eller gjennomføres i oppholdslandet.

I utgangspunktet skal behandling/aktivitet i EU/EØS-land likestilles med behandling/aktivitet i Norge. Det innebærer at bruker må kunne nyttiggjøre seg av behandling/tiltak i tilsvarende grad som i Norge. Vi viser for øvrig til eksempler i saksbehandlingsveilederen.

Endringer i avtalte aktiviteter i aktivitetsplanen som skyldes opphold i andre EU/EØS-land må vurderes og godkjennes av NAV. Det må gjøres en vurdering av om den nye aktiviteten er nødvendig og hensiktsmessig.

Et opphold i EU/EØS er i seg selv ikke grunnlag for å stanse eller avslå ytelsen. Vi viser for øvrig til eksempler i saksbehandlingsveilederen.

Aktivitetsplikten er den samme uansett hvor bruker befinner seg. NAV har like stor mulighet til å stanse arbeidsavklaringspengene ved brudd på aktivitetsplikten i øvrige EU/EØS-land som i Norge.

Hensynet til oppfølging og kontroll i seg selv er ikke tilstrekkelig grunn til å ikke anse tiltak/behandling som likeverdige.

Ved opphold i andre EU/EØS-land på tidspunkter uten avtalt aktivitet i aktivitetsplanen

Dersom det ikke er avtalt aktivitet på et tidspunkt kan brukeren oppholde seg i resten av EU/EØS i samme grad som i hele Norge.

Dersom brukeren i denne perioden blir innkalt til aktivitet i Norge, er det ikke gyldig fraværsgrunn at han eller hun har oppholdt seg i EU/EØS og dermed har hatt for lang hjemreise til å rekke en aktivitet.

⁷⁴ Regjeringsadvokatens vurdering var avgrenset til spørsmålet om forholdet mellom folketrygdloven §§ 8-9 og 11-3 og den nye trygdeforordningen artikkel 21. I delutredningen *Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området*, har utvalget vurdert også forholdet til EØS-avtalens generelle regler om fri bevegelighet, før og etter 2012. Delutredningen følger utredningen som vedlegg 1. For tiden mellom 1994 og 2012 er det en dissens i utvalget knyttet til hvilke personer som hadde EØS-rettslig vern. Se også kapittel 5 og 6.

Hvem omfattes av EU/EØS-reglene ved utenlandsopphold?

Norske- og utenlandske statsborgere som er omfattet av EØS-forordningens personkrets.

Opphold i land utenfor EU/EØS skal behandles etter folketrygdloven § 11-3 med tilhørende begrensninger på oppholdets varighet.

Hovedpunkter fra fagmelding fra 25. juni, oppdatert 4. september

- Etter innspill fra Trygderetten ble det bestemt at arbeidsavklaringspenger ikke kan stanses eller avslås kun på grunnlag av at brukeren skal oppholde seg, eller har oppholdt seg i et annet EU/EØS-land. Dette betyr at NAV i tilfeller som gjelder opphold i et annet EØS-land, må anvende EØS-forordning 883/2004 artikkel 21.
- EØS-forordning 883/2004 artikkel 21 gir en mottaker av arbeidsavklaringspenger fra NAV rett til å beholde ytelsen ved opphold i et annet EU/EØS-land, så lenge øvrige vilkår for å motta arbeidsavklaringspenger er oppfylt.
- Det vil ikke lenger være nødvendig å søke om å beholde arbeidsavklaringspengene ved opphold i EU/EØS-land.

Sykepenger ved opphold innenfor EU/EØS-land

Det er avklart at alle opphold uavhengig av lengde i EU/EØS-land sidestilles med opphold i Norge.

Publisert 28. oktober 2019 kl. 13.00

Folketrygdens øvrige vilkår for rett til sykepenger gjelder fortsatt. Mottakere av sykepenger må for eksempel oppfylle de medisinske vilkårene i folketrygdloven § 8-

4, inkl. aktivitetskravet, og medvirkningsplikten i folketrygdloven § 8-8. Brudd på dette skal følges opp i henhold til gjeldende servicrutiner og kan medføre stans i sykepengene.

Endringen gjelder også tidligere saker fra 1. juni 2012. Dette inkluderer pågående saker, inkl. klage- og ankesaker. Det vil komme egen informasjon om hvordan tidligere avgjorte saker skal behandles.

De som er omfattet av EØS-forordningen skal ikke søke om opphold i EU/EØS-land.

Det er utarbeidet en sakbehandlingsveileder for opphold i EU/EØS-land.

Servicerutinene er oppdatert i henhold til denne fagmeldingen. Det er også utarbeidet saksbehandlingsveileder for opphold i EU/EØS-land.

Krav til den sykmeldte ved opphold i et annet EU/EØSland

Selv om folketrygdloven § 8-9 ikke gjelder ved opphold i et annet EU/EØS-land må brukeren oppfylle øvrige vilkår for rett til sykepenger.

Et opphold i et annet EU/EØS-land må være forenelig med helsetilstanden, planlagt aktivitet og oppfølging fra NAV, behandler og arbeidsgiver. Brudd på dette skal følges opp av veilederen på NAV-kontoret i henhold til gjeldende rutiner for vurdering av medisinske vilkår §8-4 og manglende medvirkning §8-8.

Hvem omfattes av EØS-reglene ved utenlandsopphold?

- Norske- og utenlandske statsborgere som er omfattet av EØS-forordningens personkrets.
- Opphold i land utenfor EU/EØS skal behandles etter folketrygdloven § 8-9 med tilhørende begrensninger på oppholdets varighet.

Hovedpunkter fra forrige fagmelding:

- Etter innspill fra Trygderetten ble det bestemt at sykepenger ikke kan stanses eller avslås kun på grunnlag av at brukeren skal oppholde seg, eller har oppholdt seg i et annet EU/EØS-land. Dette betyr at NAV i tilfeller som gjelder opphold i et annet EU/EØS-land, må anvende EØS-forordning 883/2004 artikkel 21.
- EØS-forordning 883/2004 artikkel 21 gir en mottaker av sykepenger fra NAV rett til å beholde ytelsen ved opphold i et annet EU/EØS-land, så lenge øvrige vilkår for å motta sykepenger er oppfylt.
- Det vil ikke lenger være nødvendig å søke om å beholde sykepengene ved opphold i EU/EØS-land.
- Forrige fagmelding gjaldt kun kortvarige opphold
- Endring gjaldt fremover i tid»

15.7 Utvalgets vurderinger

15.7.1 Lang saksbehandlingstid

Håndteringen av saken preges gjennomgående av lang saksbehandlingstid og svartid. Totalt tok det nesten to og et halvt år fra Trygderetten avsa sine første kjennelser, til direktoratet konkluderte med at det forelå en feil som hadde betydning også for tidligere saker. I etaten var arbeidet preget av

treghet og misforståelser i flere ledd, som synes å ha flere begrunnelser.

Nav Klageinstans har ikke hatt tydelige rutiner for å skille mellom ulike former for tilbake melding fra Trygderetten. Det innebar at kjennelsene i dette sakskomplekset ble behandlet på linje med andre avgjørelser som avviker fra etatens praksis, men hvor avviket ikke har betydning for andre eller tidligere saker.

Direktoratet slet med å forstå omfanget av saken, og gikk ikke inn i detaljene i Trygderettens kjennelser. Det medførte at direktoratet ikke forsto sakens alvorlighetsgrad, og dermed behandlet den som en av flere saker. Endelig synes kapasiteten å ha vært jevnt over begrenset, og særlig direktoratet var svært sårbart for sentrale medarbeideres fravær. Sammen med mangel på tilstrekkelige rutiner, synes mangel på tilstrekkelig kompetanse og ressurser å ha bidratt til at det tok tid før direktoratet og øvrige enheter i Nav-systemet tok innover seg omfanget av saken.

En god illustrasjon er at da departementet først fikk en formell henvendelse om problemstillingen, ble det presentert en ufullstendig versjon: Direktoratet viste til at feilpraktiseringen omfattet «korte» opphold, og mente i januar 2019 at en praksisomlegging i tråd med Trygderettens syn på trygdeforordningen antagelig ville ha små konsekvenser. Dette ble underbygget av at de sakene Trygderetten vurderte å forelegge EFTA-domstolen, som ble presentert for departementet, gjaldt forholdsvis små beløp. Den saken Nav Klageinstans før jul i 2018 ønsket å anlegge søksmål over for lagmannsretten, gjaldt på den annen side et forholdsvis høyt beløp, og utenlandsopphold som gikk over flere måneder. Den ble bare nevnt for departementet i en uformell e-post fra direktoratet i november 2018, før direktoratet besluttet ikke å anlegge søksmål i starten av januar 2019. Tilsynelatende ble ingen av disse «typesakene», eller spennet i omfanget av utenlandsopphold, nærmere presentert for departementet før det skulle ta stilling til praksisomleggingen.

Departementet ble dermed ikke oppmerksom på at sakskomplekset omfattet tilbakekrevings saker med høye beløp, som også kunne bli straffeforfulgt. Da det ble gitt tilsagn til å endre praksis fremover i tid, var det på bakgrunn av vurderingen fra direktoratet om at en endring ville ha små økonomiske og administrative konsekvenser, og at det ville være vanskelig å identifisere eldre saker.

Det er uklart hvorfor det ikke ble klarlagt hva slags saker som faktisk var omfattet av feilpraktiseringen allerede i årsskiftet 2018/2019. For utval-

get fremstår det først og fremst som omfanget av problemet gikk helt under radaren; representantene for direktoratet presenterte at problemstillingen gjelder korte opphold, uten å definere dette nærmere. Ingen fra departementet ba om en presisering av hva som var ment med «kort» i denne sammenheng, eller en nærmere presentasjon av hva som konkret hadde vært etatens praksis. Dette kom som en rekyl over et halvt år senere, da Nav Kontroll og Nav Klageinstans fikk melding om praksisendringen: Nav Kontroll så da at dette omfattet slike saker folk hadde blitt straffeforfulgt for, mens Nav Klageinstans så det som for dem var åpenbart; at når Nav har endret oppfatning om gjeldende rett, kan de ikke legge gal rettsoppfatning til grunn i klagesaker som stammer fra før praksisendringen.

15.7.2 Direktoratets koordineringsrolle

Ingen av de sentrale saksbehandlere og ledere i ytelsesavdelingen i direktoratet har kunnet gi en klar forklaring på hvorfor det ble lagt til grunn at det bare ville være behov for en praksisendring for «korte» opphold. Flere har pekt på at det aldri var noen omforent oppfatning internt om hva et «kort» opphold var.

Det at direktoratet ikke stilte spørsmål ved hvilke saker som ville omfattes av en eventuell praksisendring i tråd med Trygderettens syn, er påfallende. Dette gjelder særlig fordi direktoratet ble forelagt spørsmålet om å anlegge søksmål for lagmannsretten over en trygderettsavgjørelse som dreide seg om både korte og lengre opphold i utlandet. Selv om Nav Klageinstans ikke eksplisitt hadde pekt på dette momentet, burde direktoratet etter utvalgets syn klart å identifisere at saken dreide seg om lange opphold, og et så høyt beløp at det kunne vært en aktuell straffesak om Nav Kontroll opprettet kontrollsak. Det at direktoratet ikke evnet å se de ulike resultatområdene i sammenheng når en slik sak løftes, og identifisere at det kunne være behov for å involvere flere enheter – særlig når det var aktuelt å endre praksis – er bekymringsverdig. Særlig bekymringsverdig er dette fordi hele organiseringen av arbeids- og velferdsetaten bygger på at fagdirektoratet skal fungere som den sentrale koordinerende enheten. For å fylle en slik funksjon, må den sentrale enheten ha tilstrekkelig kompetanse og ressurser til å se de ulike resultatområdene i sammenheng. Håndteringen av denne saken indikerer at dette ikke er tilfelle for arbeids- og velferdsdirektoratets del.

Utvalget viser i denne sammenheng til at ledere i ytelsesavdelingen selv har vist til at direktoratet

har manglet oversikt over praksis i de ulike delene av Nav, og at faglig avklaring jevnt over har skjedd i forbindelse med enkeltsaker som løftes til direktoratet, eller for eksempel når nytt regelverk skulle implementeres. Som også Navs egen internrevisjon har pekt på, var det noen fagpersoner i direktoratet som hadde kompetanse i EØS-rett, men ikke kjente praksis ute i etaten, mens andre saksbehandlere kjente til praksis, men manglet EØS-kompetanse.⁷⁵ Det fremstår for utvalget som om de personene som gikk i dialog med departementet om det EØS-rettslige spørsmålet før jul i 2018, i liten grad hadde oversikt over praksis. Det er påfallende tatt i betraktning at EØS-rundskrivet til folketrygdlovens bestemmelser om arbeidsavklaringspenger ble helt omarbeidet i november 2018, og det her ble lagt til grunn at «midlertidig opphold i et annet EØS-land må [...] avgjøres etter de ordinære unntaksreglene i folketrygdloven § 11-3».

15.7.3 Forvaltningskultur

Utvalget mener alvoret i saken kunne vært avdekket allerede i årsskiftet 2018/19 dersom det hadde vært flere personer med fagkompetanse inne i saken fra direktoratets og departementets side, og samhandlingen innad i Nav hadde vært bedre. Utvalget er kjent med at minst én sentral ansatt i Nav Klageinstans var oppmerksom på at saker med så lange opphold og høye beløp som den saken klageinstansen ville bringe inn for lagmannsretten høsten 2018, kunne være potensielle straffesaker dersom de også ble fulgt opp fra Nav Kontrollers side. Utvalget har likevel ikke funnet spor av at dette er formidlet i klartekst, verken til direktoratet eller departementet, eller til Nav Kontroll. Bakgrunnen skal være at det ikke var opp til klageinstansen å instruere øvrige enheter i Nav. Det tok lang tid før Nav Kontroll ble involvert. Da Nav Klageinstans stanset sin klagesaksbehandling 18. desember 2018, ble ikke Nav Kontroll informert. Ledelsen i Nav Kontroll ble etter det utvalget har fått opplyst heller ikke informert om at det pågikk en diskusjon om hvorvidt Nav hadde lagt riktig tolkning av forordningen til grunn i tiden mellom klageinstansens første henvendelse til direktoratet i november 2017 og desember 2018, da direktoratet henvendte seg til departementet for å få tilsagn til å endre praksis.

Håndteringen av saken etter at Nav Klageinstans varslet direktoratet høsten 2017, viser etter

utvalgets syn at man i Nav manglet en klar og omforent oppfatning om regelverket. Dette tydeliggjøres av at direktoratet i desember 2018 tok initiativ til, og fikk departementets tilsagn til, en praksisendring bare for «korte opphold», uten at det eksisterte en klar oppfatning om hva et «kort» opphold var. Først etter at departementet hadde gitt tilsagn til å endre praksis, kartla direktoratet hvilken praksis som faktisk hadde vært fulgt i etaten, og først sommeren 2019 forsto direktoratet at enkeltpersoner kunne ha blitt straffeforfulgt og dømt til strenge fengselsstraffer på bakgrunn av feiltolkningen. Fagansvarlige og ledere i Nav Kontroll har forklart at de i behandlingen av mulige straffesaker i høy grad legger Nav Arbeid og ytelsers vedtak til grunn, og i liten grad foretar egne vurderinger av stonadsrettslige spørsmål. Ettersom enhetene i Nav bygger på hverandres vedtak, er det særlig viktig at usikkerhet om grunnlaget for slike vedtak formidles mellom enhetene.

Utvalget har mottatt Navs formelle varslingsrutiner, som blant annet fremhever betydningen av en kultur preget av åpenhet, der kritikkverdige forhold tas opp, diskuteres og løses. Håndteringen av denne saken innad i Nav-systemet bærer etter utvalgets syn preg av mangel på varslingskultur, ansvarspulverisering og en uakseptabel mangel på proaktivitet. Dette er et lederansvar, og bør ikke skyves over på enkeltmedarbeidere.

Saken illustrerer også hvor viktig det er at store forvaltningsorganer som arbeids- og velferdsetaten, hvor selvstendige forvaltningsenheter hver for seg ser deler av helhetsbildet, kommuniserer godt seg imellom. Kultur for informasjonsutveksling og en proaktiv holdning til problemløsning er kjennetegn på en god forvaltningskultur. En slik kultur må bygges fra toppen. Det er etter utvalgets syn illustrerende at ledelsen i ytelseslinjen, Nav Kontroll, Nav Arbeid og ytelsers og Nav Klageinstans, ikke evnet å koordinere håndteringen av saken, på tross av at samtlige er representert i ytelsesdirektørens ledergruppe. Det er etter utvalgets syn en av kjerneoppgavene til ledergruppen å sikre at enhetene samhandler godt, også i faglige spørsmål.

15.7.4 Merknad fra medlemmet Midthjell

Utvalgsmedlem Midthjell har skrevet en omfattende særmerknad til forhold som tas opp i dette kapittelet, især politiske prosesser og vurderinger i ledelse i departement og direktorat i 2019. Merknaden er i sin helhet tatt inn i kapittel 18, der merknadene til dette kapittelet fremgår av punkt 18.4.

⁷⁵ Internrevisjonen i Arbeids- og velferdsdirektoratet, Spesialoppdrag – D2019-10 Kartlegging av fakta i EØS-saken, 12. desember 2019, side 5 (sammendraget).

Del IV
Avslutning

Kapittel 16

Særskilt om enkelte rettssikkerhetsspørsmål

Boks 16.1 Læringspunkter:

- Det bør legges inn EØS-markører i lovtekst eller kilder nært til lovteksten, som for eksempel bestemmelsenes forarbeider
- Det bør etableres rutiner for å sikre tilstrekkelig kvalitet på lovforståelsen som ligger til grunn for Navs rundskriv
- Dersom etaten omgjør vedtak i strid med hva rundskrivene forutsetter, må det være rutiner for å vurdere hvilke konsekvenser den alternative lovforståelsen har for etatens praksis
- Trygderetten og de alminnelige domstolene bør i større grad ta i bruk EFTA-domstolen for å avklare EØS-rettslige spørsmål
- Nav må påse at all informasjon utformes enhetlig, slik at det ikke er tvil om vilkårene for å motta ytelser

16.1 Overordnet om spørsmål som behandles her

Mandatet for utvalgets arbeid angir at utvalget skal

«redegjøre for andre læringspunkter som avdekkes under gjennomgangen, blant annet for å ivareta rettssikkerheten til personer som mottar ytelser fra Nav».

Et helt sentralt formål med utvalgets arbeid er å bidra til forståelsen av hvordan en slik feilpraktisering kan pågå over så lang tid. I den sammenheng er det sentralt for utvalget å redegjøre for de rettssikkerhetsutfordringer som utvalget har identifisert gjennom arbeidet, og peke på læringspunkter knyttet til disse. I dette kapitlet behandles enkelte rettssikkerhetsspørsmål noe

nærmere. Utvalgets overordnede vurderinger behandles i kapittel 17.

Mandatet er avgrenset mot å vurdere spørsmålet om kompensasjon for berørte personer. Dette håndteres av forvaltningen. Utvalget behandler ikke enkeltsaker, og tar ikke stilling til om det for eksempel foreligger grunnlag for erstatningskrav fra berørte.

16.2 Rettighetslovgivning og rettssikkerhet

Velferdslovgivningen er i sin alminnelighet en rettighetslovgivning. Dersom lovens vilkår er oppfylt, har den enkelte krav på natural- eller pengeytelser fra det offentlige. Der det dreier seg om pengeytelser til sikring av livsopphold ved sykdom og skade, er dette særlig tydelig. Foreligger det sykdom eller skade hos et medlem av folketrygden som medfører at arbeidsevnen reduseres, har vedkommende krav på kompensasjon for reduksjon i inntekt etter faste satser.¹

Ordet «rettssikkerhet» brukes på mange måter og i mange betydninger. Utvalget forstår begrepet «rettssikkerhet» slik at det omfatter krav til forutberegnelighet, likebehandling, rettsriktighet og reell mulighet til å forsvare sine interesser.

16.3 Lovgivningsteknikken

Gjennomføringen av trygdeforordningene i norsk rett er gjort med hjemmel i blant annet folketrygdloven § 1-3, som gir regjeringen adgang til å inngå gjensidige avtaler med andre land om rettigheter og plikter etter folketrygdloven, og herunder gjøre unntak fra lovens bestemmelser. I trygdeforordningsforskriften heter det generelt at blant annet folketrygdloven «fravikes i den utstrekning det er nødvendig i henhold til»

¹ For de ytelsene utvalget behandler, se folketrygdloven §§ 8-16, 8-34, 8-38 og 11-20.

trygdeforordningene. Dette innebærer at folketrygdlovens bestemmelser må leses med forbehold for hva som følger av trygdeforordningene.

Det ble imidlertid ikke foretatt andre tilpasninger i folketrygdloven. Dette medfører at loven kan fremstå som misvisende på flere punkter. Den som forholder seg til folketrygdlovens bestemmelser får få eller ingen indikasjoner på at rettsstilstanden er en annen enn den lovens bestemmelser gir inntrykk av. Dette skaper rettssikkerhetsutfordringer knyttet både til forutberegnelighet og kontroll med at de vedtak som fattes med hjemmel i loven er gyldige. I tillegg kommer at loven er grunnlaget for tiltale og dom i saker om straff for trygdebedrageri.

EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, og bestemmelsene der skal ved konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold.² Utvalget har vist at oppholdskrav også reiser spørsmål knyttet til de alminnelige regler om fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel.³ Ikke bare trygdeforordningene, men også annen EØS-rett medfører at folketrygdloven isolert lest er misvisende for rettsstilstanden i Norge. Dette skaper ytterligere utfordringer. Ikke bare må den som forholder seg til folketrygdlovens bestemmelser kjenne til de reglene som følger av trygdeforordningene, vedkommende må også se konsekvensene av de reglene som følger av EØS-avtalens hoveddel.

I sentrale forarbeider til folketrygdloven er det ingen spor av at forholdet mellom EØS-avtalens alminnelige regler om fri bevegelighet eller trygdeforordningene og folketrygdlovens krav om opphold i Norge for rett til kontantytelser under sykdom er vurdert.

Drøftelsen av EØS-retten i kapittel 5 viste at allerede alminnelige regler om fri bevegelighet begrenser muligheten til å stille oppholdskrav. Folketrygdloven ble vedtatt i 1997, EØS-avtalen ble undertegnet i 1992, trådte i kraft for Norge 1. januar 1994, og hoveddelen har fra samme tidspunkt gjeldt som norsk lov. Forarbeidene til trygdloven er NOU 1990: 20 Forenklet folketrygdlov, Ot.prp. nr. 29 (1995–96) Om ny lov om folketrygd (folketrygdloven), og Ot.prp. nr. 8 (1996–97) Om endringer i folketrygdloven og enkelte andre lover, Innst.O. nr. 46 (1996–97) Innstilling fra sosial-

komiteen om ny lov om folketrygd (folketrygdloven) m.v. Bortsett fra at forholdet til EØS-avtalen så vidt er nevnt i Ot.prp. nr. 29 (1995–96) i merknadene til § 2-2, om medlemskap, behandler ingen av disse dokumentene forholdet til de forpliktelser som følger av EØS-avtalen. Det er ikke overraskende at det ikke finnes slike spor i NOU 1990: 20, men det kan fremstå som noe mer påtakelig at dette forholdet heller ikke er berørt i de senere forarbeidene, ikke minst fordi blant annet oppholdskrav reiser umiddelbare spørsmål i forhold til de alminnelige reglene om fri bevegelighet.

Ytelsen arbeidsavklaringspenger, som reguleres av folketrygdloven kapittel 11, ble innført ved lovendring i 2010. I forarbeidene til § 11-3 om opphold i Norge heter det:

«Hovedmålet med arbeidsavklaringspenger er å få folk inn i aktive, arbeidsrettede løp og over i arbeid gjennom relevant oppfølging fra Arbeids- og velferdsetaten. Mottakerne skal dessuten i større grad enn i dag tilbys oppfølging i perioder der det ikke er aktuelt med medisinsk behandling eller arbeidsrettede tiltak. Bestemmelsen skal regulere forholdet til utenlandsopphold generelt. Departementet legger til grunn at arbeidsavklaringspenger vil bli ansett som en kontantytelse under sykdom i henhold til EØS-forordning 1408/71. Departementet understreker at dersom det er motstrid mellom § 11-3 og forordningen, vil EØS-reglene gå foran.»⁴

Departementet viser her til at krav om opphold på norsk territorium vil kunne medføre EØS-rettslige problemstillinger. Sitatet indikerer at det i første rekke var forholdet til forordning 1408/71 departementet mente at kunne reise spørsmål. Selv om departementet nevner at det kan tenkes motstrid mellom folketrygdloven § 11-3 og forordning 1408/71, drøftes det ikke nærmere hva en eventuell motstrid vil bestå i.

Da forordning 883/2004 ble gitt som forskrift, ble også Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd oppdatert.⁵ I rundskrivet heter det at

«[a]nvendelsen av forordningens bestemmelser innebærer [...] at norsk trygdlovgivning må fravikes på en rekke områder».⁶

² Jf. EØS-loven §§ 1 og 2.

³ Som tidligere nevnt er det en dissens i utvalget knyttet til hvilke persongrupper som var vernet før 2012. Et enstemmig utvalg mener at EØS-borgere som har benyttet seg av sin rett til fri bevegelighet for arbeidskraft eller etableringsretten har vært vernet siden 1994. Se utvalgets delutredning *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*, som følger som vedlegg til utredningen.

⁴ Ot.prp. nr. 4 (2008–2009) pkt. 4.4.2.4.

⁵ Arbeids- og velferdsdirektoratet, R45-00 Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd, revidert 12. januar 2012 (EØS-rundskrivet).

⁶ Arbeids- og velferdsdirektoratet, R45-00 Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd, revidert 12. januar 2012 pkt. 8.2.1.

Dette viser at man allerede ved gjennomføringen av forordningen var klar over at øvrig trygdlov-givning kunne fremstå som misvisende, og at man anså det som tilstrekkelig å løse motstridssituasjonene gjennom anvendelse av konfliktregler.

En av årsakene til at trygdemottakere er nektet kontantytelser under sykdom ved utenlandsopphold, er feiltolkning av den nye trygdeforordningens artikkel 21. Utvalget antar at risikoen for feiltolkning er større der forordninger gjennomføres ved forskrift enn der de gjennomføres ved lov. Årsaken til dette er at lovvedtaksprosessen ikke bare inviterer til en grundigere gjennomtenkning og presentasjon av forordningens regler enn saksbehandlingen ved vedtakelse av forskrifter gjør, men også legger forholdene bedre til rette for oppmerksomhet og debatt om forordningens bestemmelser og forståelsen av dem. På et område som trygdeområdet gjør dette seg særlig gjeldende, fordi trygdereglene berører svært mange.

Kravet i folketrygdloven § 11-3 om forutgående søknad før utenlandsreise, kom inn i loven i 2018.⁷ Før dette tidspunktet tilsa utformingen av lovbestemmelsen at ytelsene ville fortsette å løpe der utenlandsoppholdet ikke forlenget eller vanskeliggjorde atferingsopplegget.⁸ Innføringen av et søknadskrav i lovteksten ga departementet oppfordring til å vurdere forholdet til EØS-retten generelt, og forordning 883/2004 spesielt, men anledningen ble ikke benyttet.⁹

Gjennomføring som forskrift, en nær total mangel på drøftelser av forholdet til EØS-retten ved forslag til lovbestemmelser, og fravær av nødvendige justeringer av folketrygdlovens bestemmelser skaper rettssikkerhetsutfordringer. Dette fordi lovteksten gir et misvisende bilde av rettstilstanden, forarbeider til gjennomføringsforskriften ikke er alminnelig tilgjengelig, de tolknings-spørsmål forordningen reiser får liten oppmerksomhet, og forarbeider til lovbestemmelser som er i berøring med forordningens regler gir liten eller ingen veiledning om forholdet til EØS-retten.

Det er grunn til å merke seg at forordningen implementeres ved at hele forordningsteksten gjøres til forskrift, uten regulering av forholdet til krav som ellers følger av trygdlov-givningen. Dette skiller implementeringen fra andre forskrifter som er bearbeidet i departementet.¹⁰ Med dette skapes betydelig rettsusikkerhet, og det er ikke rart at en slik lovgivningsteknikk er vanskelig å forene med så vel EØS-retten som alminnelige prinsipper for god lovgivningsteknikk. Begge tilsier at regelkonflikter man er klar over løses gjennom regelendringer, ikke kollisjonsprinsipper.¹¹

EØS-retten er, som EU-retten, dynamisk i den forstand at den er i endring. Denne endringen er dels drevet av politiske prosesser – traktatbestemmelser, forordninger og direktiver endres, oppheves, eller nye kommer til, og dels drevet av EU- og EFTA-domstolens tolkninger av gjeldende bestemmelser. Det er dermed et temmelig konstant behov for det som kalles «lovpleie», det vil si tiltak som treffes etter at en lov eller forskrift er vedtatt, og som skal sikre vedvarende høy kvalitet på lovgivningen.¹² Slike tiltak kan være nødvendige omlegginger av praksis som følge av at det skjer endringer i annet regelverk eller avklaringer i rettspraksis. Hvilke endringer som må gjøres, er imidlertid ikke alltid så enkelt å bringe på det rene. En mulig tilpasning til EØS-rettens krav for så vidt gjelder kontantytelser under sykdom er å oppheve oppholdskravene. De hensyn oppholdskravet er ment å ivareta, kan ivaretas gjennom konkrete aktivitetsplikter som tar sikte på å bringe den enkelte trygdemottaker tilbake til arbeidslivet. På denne måten vil lovteksten også ligge nærmere idealet om at

«[t]rygdlov-givningen bør være utformet på en slik måte at den enkelte borger er sikret tilstrekkelig informasjon til å ivareta sine interesser.»¹³

16.4 Forutberegnelighet (reglenes tilgjengelighet)

Selv om medlemmer av folketrygden har krav på syke-, pleie- eller arbeidsavklaringspenger når vil-

⁷ Jf. lov 16. juni 2017 nr. 43 om endringer i folketrygdloven mv. (arbeidsavklaringspenger og tilleggssstønader til arbeidsrettede tiltak mv).

⁸ Det er imidlertid avsagt fellende straffedommer der det synes som det ikke er vurdert om utenlandsoppholdet forlenget eller vanskeliggjorde atferingsopplegg eller aktivitetsplan. Som eksempel kan nevnes Nedre Telemarks tingretts dom 4. mars 2016, TNTE-2015-719156. Denne avgjørelsen ble bragt inn for lagmannsretten, og Høyesterett behandlet straffespørsmålet i HR-2017-560-A. Saken er blant dem som er begjært gjenopptatt.

⁹ Se Prop. 74 L (2016–2017).

¹⁰ Se for eksempel dagpengeforskriften (forskrift 16. september 1998 nr. 890 om dagpenger under arbeidsløshet) som har et eget kapittel 1 om unntak fra kravet om opphold i Norge.

¹¹ Se her særlig fremstillingen av EØS-rettslige krav til nasjonal gjennomføring i kapittel 7.

¹² Backer (2013), s. 53.

¹³ NOU 1990: 20 Forenklet trygdlov, s. 85.

kårene foreligger, forutsetter tildeling en søknad. Alle kan komme i en situasjon der man har krav på ytelse fra trygden. Regelverket om ytelsene bør derfor være tilgjengelig, lettfattelig, og ledsages av gode veiledninger. Samlet bør regelverk og veiledning være slik at flest mulig kan gjøre seg opp en mening, eventuelt med hjelp fra andre, om de i en gitt situasjon har krav på ytelse eller ikke. En situasjon der de regler lovens bestemmelser gir anvisning på, ikke gjelder ved konflikt med andre regler «i den grad det er nødvendig», kan vanskelig tilfredsstillende dette kravet. Enda vanskeligere blir det når grunnlaget for at lovens ordlyd ikke gjelder, ikke er å finne i loven selv, men i bestemmelser gitt med hjemmel i den. Konsekvensen av slik regulering kan være at mennesker som har krav på ytelse avholder seg fra å søke, fordi lovbestemmelsen bringer dem i den villfarelse at de ikke har noe krav.

Rettsikkerhet i betydningen forutberegnelighet innebærer også et krav om at den som mottar en ytelse skal kunne forstå konsekvensene av sine handlinger for fortsatt rett til å motta ytelsen. Folketrygdlovens krav om opphold i Norge for rett til kontantytelser under sykdom kan ha ledet mange mottakere av ytelsen til å tro at de ikke kan reise utenlands uten å miste rett til ytelsen under utenlandsoppholdet. Det er nærliggende å tro at dette enten avholdt dem fra å reise, eller ledet til at de aksepterte å miste ytelsen i det aktuelle tidsrommet.

Som påpekt av Erik Magnus Boe, har ikke folketrygdloven noen egen bestemmelse om Navs veiledningsplikt. Dette til tross for det sosiale formålet med loven, og til tross for at Navs klienter i stor grad er avhengig av veiledning for å finne frem.¹⁴ Navs veiledning er imidlertid et helt sentralt virkemiddel for sikre rettsikkerhet i betydningen forutberegnelighet, og Boe påpeker at

«[f]orbindelsen til det bakenforliggende rettsikkerhetsformålet og sammenhengen mellom fvl. § 11 og fvl. § 16 og mellom fvl. § 11 og fvl. § 17 gjør at NAV, som skal fordele goder ut fra et vanskelig forståelig regelverk, som har klienter som trenger ytelsene ekstra sterkt og som har vanskelig for å ta seg frem på egen hånd, får en veiledningsplikt som rekker lenger enn hva den vanligvis gjør i forvaltningen.»¹⁵

¹⁴ Boe (2016) s. 89 flg.

¹⁵ Boe (2016) s. 89 flg., på s. 100. Forkortelsen «fvl» brukes om forvaltningsloven.

Den veiledningen Nav gir, generelt og i møte med det enkelte medlem av folketrygden, tar blant annet utgangspunkt i rundskrivene. Det betyr at det er av avgjørende betydning at rundskrivene gir en dekkende beskrivelse av rettstilstanden. En ordning der man opererer med parallelle rundskriv, ett generelt og ett som justerer for situasjoner der EØS-reglene kommer inn, medfører en risiko for at den veiledningen rundskrivene er ment å danne grunnlag for, og å gi, blir ufullstendig. Dette bør løses ved at EØS-retten behandles integrert i hvert enkelt rundskriv, ikke for seg selv. Det som eventuelt tapes i enkelhet, vil vinnes i korrekthet.

Gjennom arbeidet med denne granskningen har utvalget fra flere ulike kilder fått bekreftet inntrykket av at brukere rundt om i landet opplever å få ulike beskjeder om adgangen til utenlandsopphold fra sine lokale saksbehandlere i Nav. Ofte er disse beskjedene tilsynelatende i strid med det som følger av standardinformasjonen som vedlegges vedtak fra de sentraliserte Nav-enhetene som fatter vedtak om ulike ytelse.

Det varierer i hvilken grad slike beskjeder blir skriftliggjort. Manglende skriftlighet (notoritet) utgjør i seg selv et rettsikkerhetsproblem, ved at det blir vanskelig for brukeren å dokumentere hvilken informasjon han eller hun har mottatt og forholdt seg til. Det kan på et overordnet nivå synes som Nav har sikret notoritet for informasjon som er viktig for Nav, men ikke i samme grad for informasjon som er viktig for brukeren.

16.5 Likebehandling, særlig når staten inngår forlik

Det er et gammelt rettsikkerhets- og rettferdighetsideal at like tilfeller skal behandles likt. De av Navs vedtak som bringes inn for Trygderetten, vil i det alt overveiende antall saker være basert på en regelforståelse som kommer til uttrykk i rundskrivet til ytelsen. Utvalgets gjennomgang av sakskomplekset gir flere eksempler på at Nav har omgjort vedtak som Trygderetten har hjemvist eller opphevet fordi forholdet til EØS-retten ikke er vurdert, eventuelt vurdert feil. Det har også skjedd at Nav har vunnet frem i Trygderetten, men trygdemottaker har bragt Trygderettens avgjørelse inn for lagmannsretten, og saken så er forlikt, ved at vedtaket likevel er endret.¹⁶

I slike tilfeller vil omgjøring og forlik gjerne være basert på en annen lovforståelse enn den

¹⁶ Se nærmere om dette i kapitlene 11 og 14.

vedtaket bygger på. Dette fordi spørsmålet om et medlem av trygden har rett til sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger når vedkommende oppholder seg i utlandet, beror på lovbestemte kriterier. Ved anvendelsen av disse er det et grunnleggende krav til likebehandling. Det skal ikke være avgjørende for utfallet av en søknad om søker får tildelt den ene eller den andre saksbehandleren, eller om en søker er kranglevoren eller slår seg til ro med forvaltningens behandling i førsteinstans; befolkningen skal kunne ha tillit til at søknader vurderes etter de samme kriterier. Dette innebærer at Nav må legge til grunn lik lovforståelse i like saker. Der vedtak bygger på gal anvendelse av rettighetsbestemmelser i trygdemottakers disfavør, må andre vedtak som lider av samme feil vurderes omgjort. Der feilen består i EØS-strid, kan det etter omstendighetene til og med foreligge plikt til omgjøring.¹⁷ I tillegg synes det temmelig selvsagt at fremtidig praksis bør justeres.

Når den regelforståelsen omgjøringer og forlik bygger på ikke kommer til uttrykk i rundskrivene til den aktuelle ytelsen, og dermed heller ikke i etterfølgende praktisering av regelverket, utfordrer dette det grunnleggende prinsippet om at like saker skal behandles likt.

Det er derfor særlig viktig at Nav har tilstrekkelig faglig kompetanse og gode nok rutiner til å sikre at endringer av lovforståelsen i enkeltsaker kommuniseres videre.

16.6 Rettsriktighet, særlig om foreleggelse for EFTA-domstolen

En viktig rettsikkerhetsgaranti er å legge forholdene til rette for at Nav kan treffe rettsriktige vedtak allerede første gang. Også her står ajourførte og kvalitetssikrede rundskriv sentralt. Som denne utredningen har vist, er det to grunnlag for EØS-rettslige føringer på utformingen og praktiseringen av folketrygdlovens regler; sekundærlovgivning, typisk trygdeforordningene, og EØS-avtalens hoveddel, i form av reglene om fri bevegelighet. For begge gjelder at den sentrale rettsavklaringen knyttet til dem skjer utenfor Norges grenser, i henholdsvis EU- og EFTA-domstolen. Dette innebærer at de standpunkt som tas til retts spørsmål i rundskrivene må vurderes, og eventuelt justeres, for avklaringer i disse domstolene. Dette må det være rutiner for.

Rundskrivene er i første rekke et virkemiddel for å sikre rettsriktighet for Nav. Der Navs vedtak bringes inn for Trygderetten, skal Trygderetten ta stilling til om det vedtaket som er bragt inn, er lovlig. Etter trygderettsloven § 2 (2) «skal partene likebehandles og få den nødvendige veiledning». Trygderetten skal foreta en «selvstendig og reell vurdering av avgjørelsesgrunnlaget». Trygderettens forhold til partenes prosesshandlinger er regulert i trygderettsloven § 20, og understreker Trygderettens preg av hybrid mellom domstol og forvaltningsorgan. Disse særtrekkene gjør det mulig for Trygderetten å fungere som en særskilt rettsikkerhetsgaranti, og også overholde den plikten som følger av EØS-retten til å prøve Navs vedtak mot EØS-retten regler.

En forutsetning for at Trygderetten kan fylle den oppgaven den er tillagt på en betryggende måte, er at den har tilstrekkelig tid, ressurser og kompetanse til å følge rettsutviklingen i EU- og EFTA-domstolen på de områder Trygderetten har myndighet. Det følger av domstolloven § 51a annet ledd sammenholdt med EFTA-domstolens praksis i tilknytning til ODA artikkel 34,¹⁸ at Trygderetten kan innhente rådgivende uttalelse om tolkningen av EØS-retten fra EFTA-domstolen. Bruk av denne adgangen er en viktig rettsikkerhetsgaranti. I dommen inntatt i Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* uttalte Høyesterett i plenum at

«Rettskildebruken innen EØS-retten kan avvike fra den nasjonale. Dette gjør at EFTA-domstolen med sin særlige kunnskap bør kunne uttale seg med betydelig autoritet. I denne sammenheng finner jeg grunn til å nevne at EFTA-domstolen gjennomfører en saksbehandling som blant annet gir andre medlemsland og organer innen EFTA og EF anledning til å uttale seg om de spørsmål som reises, jf. artikkel 20 i protokoll 5 til ODA-avtalen.»¹⁹

Behandlingen av saker for Trygderetten er en partsprosess. Det sakskomplekset utvalget behandler viser at det er svært få tilfeller hvor ankende part, det vil si trygdemottaker, anførte at Navs vedtak ikke lot seg forene med trygdeforordningen eller annen EØS-rett. Det er også flere tilfeller der heller ikke Trygderetten synes å ha sett EØS-spørsmålet. Utvalget vil ikke utelukke at noe av grunnen til dette kan være at det er

¹⁸ Jf. sak E-5/16 *Sinnataggen*, avsnittene 35 til 38.

¹⁹ Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*, på s. 1820. Se også HR-2016-2554-P *Holship*, avsnitt 77.

¹⁷ Eriksen og Fredriksen (2019) s. 141.

svært sparsommelig med drøftelser av forholdet til EØS-retten i forarbeider til folketrygdlovens bestemmelser, selv om oppfordringen til å foreta slike drøftelser er til stede. Det er heller ikke mange «EØS-markører» i selve lovteksten. Dette leder i sin tur til at det kan være tilfeldig om EØS-dimensjonen ved det spørsmålet som er til behandling i det hele tatt identifiseres. Drøftelser i forarbeidene til lovendringer og «EØS-markører» i lovtekst reduserer denne risikoen.

Der Navs vedtak er gjenstand for behandling ved de alminnelige domstolene, enten som sivil sak eller straffesak, blir det enda viktigere at det foreligger tilstrekkelig med «EØS-markører» til at så vel prosessfullmektiger som domstol blir satt på sporet. I disse tilfellene vil tvisten bli behandlet av en domstol som ikke er like spesialisert som Trygderetten. De ordinære domstolene har imidlertid den samme EØS-rettslige plikt til av eget tiltak å prøve forholdet til EØS-retten som Trygderetten, og den samme adgang til å innhente rådgivende tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen. En drøftelse av forholdet til EØS-retten i rundskriv og forarbeider kan bidra til å gjøre dommere og prosessfullmektiger oppmerksomme på EØS-dimensjonen i de spørsmål som er til behandling. Utvalget har bare identifisert én relevant sivil sak fra lagmannsrettene som gjelder søksmål over en kjennelse fra Trygderetten.²⁰ I denne saken stadfestet Borgarting lagmannsrett Trygderettens kjennelse, uten noen nærmere behandling av sakens EØS-rettslige spørsmål. Saken gjaldt en polsk-norsk kvinne som ønsket å være hos familie i Polen mens hun var syk og mottok sykepenger.²¹ Det at domstolen i denne ene saken ikke griper fatt i sakens EØS-rettslige side, gir magert grunnlag for å generalisere. Det kan imidlertid konstateres at lagmannsretten i denne enkeltsaken ikke drøftet EØS-retten, og at dette burde vært gjort.

Den omstendighet at Navs vedtak kan danne grunnlag for straffesak, er et selvstendig argument for bruk av «EØS-markører». Grunnen til dette er at det følger av straffeloven § 2 at straffelovgivningen gjelder med de begrensninger som følger av EØS-avtalen, uavhengig av om og hvor-

²⁰ LB-2007-611-81. Avgjørelsen er publisert i Lovdata. Med «relevant» menes her at avgjørelsen gjelder en av ytelsene (sykepenger) som er omfattet av utvalgets mandat, og at den gjelder utenlandsopphold i EØS-området. Domstolene har behandlet en rekke saker knyttet til andre ytelsener, som dagpenger, uføretrygd og barnetrygd, og ulike spørsmål knyttet til utenlandsopphold under mottak av disse ytelsene.

²¹ Avgjørelsen behandles nærmere i kapittel 12 om domstolenes behandling.

dan EØS-avtalen er gjennomført i norsk rett. Dette innebærer at bestemmelser som straffer atferd som etter EØS-retten skal være tillatt, ikke kan anvendes, og tiltale skal da selvfølgelig heller ikke tas ut. Utvalgets undersøkelser viser at påtalemyndigheten ikke har vurdert hvordan de forhold det er tatt ut tiltale for, forholder seg til EØS-retten.

16.7 Reell mulighet til å ivareta sine rettigheter

Det krever ressurser å angripe et vedtak, enten det gjøres gjennom klage eller ved søksmål. Regelverket på trygderettens område er komplekst og kan være vanskelig å sette seg inn i. I tillegg kommer EØS-dimensjonen inn som en kompliserende faktor. En viktig rettssikkerhetsgaranti er at trygdemottakeren har tilgang til bistand for å ivareta sine rettslige interesser på en forsvarlig måte.

Det er etablert en egen rettshjelpsordning for personer som er rammet av feiltolkningen av EØS-regelverket i det sakskomplekset utvalget har vurdert. Denne vil det ikke redegjøres nærmere for her, siden ordningen kom etter at feilpraktiseringen var avdekket, og dermed ikke kan kaste lys over hvordan feilpraksisen kunne oppstå.

På trygderettens område er det etablert særlige rettssikkerhetsgarantier som skal sikre rettighetene til personer som mottar trygdeytelser. Trygderetten gir mulighet til en særlig grundig og forsvarlig klagebehandling sammenlignet med klagebehandlingen etter forvaltningsloven. I tillegg er klagesaker etter folketrygdloven og anker til Trygderetten prioriterte områder etter retts hjelploven, slik at trygdemottaker har rett til behovsprøvd rettshjelp. Til tross for disse særlige rettssikkerhetsgarantiene, er den EØS-rettslige dimensjonen bare identifisert i et fåtall av sakene der feiltolkning av EØS-retten har ligget til grunn for Navs vedtak, det være seg i Trygderetten eller i de alminnelige domstolene.²² Utvalget kan ikke si noe definitivt om i hvilken utstrekning en styrking av rettshjelpstilbudet ville ha bidratt til å hindre feilpraktiseringen, eller ført til at den ble avdekket tidligere. Utvalgets undersøkelser gir likevel grunnlag for å anta at rettshjelp eller advokatbistand ikke har hatt avgjørende betydning for

²² Se nærmere om Trygderettens behandling i kapittel 11, og om påtalemyndigheten og de alminnelige domstolenes behandling av saker i kapittel 12.

identifiseringen av relevante EØS-rettslige problemstillinger.

Ved kgl. res. 12 oktober 2018 ble det oppnevnt et utvalg til å gjennomgå og forbedre rettshjelpsordningen. Det var da ti år siden rettshjelpsordningen ble undergitt en bred vurdering i St.meld. nr. 26 (2008–2009). Rettshjelpsutvalget avga sin utredning, NOU 2020: 5 Likhet for loven, 30. april 2020. Rettshjelpsutvalget foreslår å videreføre klagesaker etter folketrygdloven og ankesaker til Trygderetten som prioriterte områder, og at retten til støtte utvides til også å gjelde vurdering av klage. Det er også foreslått at en part som vinner frem i Trygderetten, gis rett til støtte dersom den offentlige parten anker til lagmannsretten. Utvalget har, på grunn av Rettshjelpsutvalgets utredning, ikke sett grunn til å foreta en nærmere vurdering av behovet for rettshjelp på trygdeområdet. Utvalgets funn har, som nevnt, heller ikke gitt noen foranledning til det.

I straffesakene utvalget har gjennomgått, har spørsmålet om oppnevning av forsvarer blitt håndtert i henhold til reglene i straffeprosessloven. Kort oppsummert er det ikke oppnevnt forsvarer i saker som har vært pådømt som tilståelsessaker, mens det har vært oppnevnt forsvarer i saker hvor det har vært avholdt hovedforhandling.²³

Utvalget har ikke funnet holdepunkter for å kunne fastslå at feilpraktiseringen hadde blitt avdekket tidligere om det oftere hadde vært oppnevnt forsvarer i tilståelsessaker. Det er svært få forsvarere som i det hele tatt har sett at disse sakene reiser EØS-rettslige spørsmål.

Utvalget har merket seg at systemet med tilståelsessaker kan innebære at enkelte opplever å bli oppfordret til å tilstå. I ettertid, med den kunnskapen man nå har, kan et slikt «press» bli oppfattet som kritikkverdige, og som en mulig årsak til at feilen ikke ble oppdaget. Utvalget har også stor forståelse for at de siktede som ble motivert til å tilstå, i dag reagerer sterkt på dette. Utvalget vil for egen del understreke at det ikke har funnet holdepunkter for å anta at påtalemyndigheten på en utilbørlig måte har presset siktede til å tilstå. Det er heller ikke holdepunkter i det materialet utvalget har gjennomgått for å anta at påtalemyndighetens eventuelle oppfordringer til å tilstå har bidratt til at feilpraktiseringen ikke ble oppdaget. I den grad siktede har blitt oppfordret til å tilstå, synes det å ha sammenheng med at påtalemyndigheten har oppfattet saken som opplagt, basert på Nav Kontrolls ofte svært grundige anmeldelser. Feilen lå, som tidligere nevnt, i at

ingen av aktørene identifiserte EØS-dimensjonen. At påtalemyndigheten i en slik situasjon oppfordret siktede til å tilstå, er ikke egnet som forklaring for hvorfor det gikk galt, og enda mindre som grunnlag for læringspunkt for fremtiden.

Utvalget har ikke funnet særegne rettssikkerhetsmessige utfordringer når det gjelder siktedes muligheter til å forsvare sine egne interesser i straffesakene; problemet har ligget i at regelverket som verner interessene, har vært nesten umulig å få øye på, og dette har svekket rettssikkerheten.²⁴ Som utvalget har redegjort for i kapittel 12, har påtalemyndigheten et selvstendig ansvar for å ta stilling til om de objektive og subjektive vilkår for straff er oppfylt basert på et tilstrekkelig etterforskningsmateriale. For at arbeidsdelingen mellom påtalemyndigheten og Nav skal fungere på en rettssikker måte, forutsetter det tett samhandling, klare kommunikasjonskanaler og jevnlig dialog. Det forutsetter også at Nav er sitt anmelderansvar bevisst, og at påtalemyndigheten tar høyde for at Nav kan ha grepet feil med hensyn til både faktum og juss.

16.8 Oppsummering

Samlet finner utvalget særlig grunn til å fremheve følgende anbefalinger for å bedre rettssikkerheten til personer som mottar ytelser fra Nav:

1. Det bør legges inn EØS-markører i lovtekst eller kilder nært til lovteksten, som for eksempel bestemmelsenes forarbeider
2. Det bør etableres rutiner for å sikre tilstrekkelig kvalitet på lovforståelsen som ligger til grunn for Navs rundskriv
3. Dersom etaten omgjør vedtak i strid med hva rundskrivene forutsetter, må det være rutiner for å vurdere hvilke konsekvenser den alternative lovforståelsen har for etatens praksis
4. Trygderetten og de alminnelige domstolene bør i større grad ta i bruk EFTA-domstolen for å avklare EØS-rettslige spørsmål
5. Nav må påse at all informasjon utformes enhetlig, slik at det ikke er tvil om vilkårene for å motta ytelser

²³ Se nærmere kapittel 12.

²⁴ Utvalgsmedlem Midthjell har avgitt en særmerknad som knytter seg til enkelte av forholdene omtalt her. Særmerknaden er inntatt i kapittel 18.

Kapittel 17

Overordnede funn og konklusjoner

Folketrygdloven har krav om opphold i Norge for rett til syke-, pleie og arbeidsavklaringspenger.¹ Mottakere av disse ytelsene har oppholdt seg i utlandet uten samtykke fra Nav. Delutredningen viste at arbeids- og velferdsetaten over tid har tolket forordning 883/2004 galt, og oversett betydningen av EØS-avtalens alminnelige regler om fri bevegelse.² Dermed er oppholdskravene i folketrygdloven §§ 8-9, 9-4 og 11-3 anvendt for strengt. Dette har medført at mange mennesker urettmessig har fått stanset sine ytelser og mange har fått krav om tilbakebetaling. Noen har også blitt straffedømt, enkelte har sittet i fengsel.

Utenlandsoppholdene har vært av ulike karakterer.³ Noen har vært fritidsreiser, andre skyldes behandlingsbehov, omsorgsplikter overfor nærstående, behov for omsorg fra familie eller venner under egen sykdom, eller andre omstendigheter de færreste vil karakterisere som ferie. Nav har sjelden skilt mellom ulike typer utenlandsopphold, men lagt til grunn at personer bosatt i Norge må oppholde seg her, uten å vurdere EØS-reglene.

Arbeids- og velferdsdirektoratets fremste verktøy for å sikre ensrettet praksis er rundskriv. Her kommer etatens lovforståelse til uttrykk. Feiltolkningen manifesterte seg i arbeidet med gjennomføring av EØS-retten i direktoratets rundskriv. Dette arbeidet bærer preg av store svakheter.

Anslag fra Arbeids- og velferdsetaten viser at mer enn 4000 personer på ulike måter er direkte berørt av etatens uriktige praksis. I tillegg kommer de menneskene som, etter å ha satt seg inn i hvordan reglene ble praktisert, har latt være å søke om å få reise til utlandet, og blitt værende i

Norge. For mange har feilpraktiseringen ledet til et økonomisk og personlig uføre, med alvorlige konsekvenser både for den enkelte og dennes familie.

Utredningen viser at EØS-rettens betydning for anvendelsen av folketrygdens oppholdskrav overfor mennesker bosatt i Norge, har befunnet seg i *blindsonen* til en rekke offentlige organer og andre som har hatt befattning med disse sakene.

De grunnleggende spørsmålene i hele utvalgets arbeid har vært hvordan feilen kunne skje, hvordan den kunne pågå så lenge, og hvilke lærdommer som kan trekkes.

En del av forklaringen på at feilen fikk pågå så lenge ligger i at de aktuelle bestemmelsene i folketrygdloven ikke er tilpasset EØS-rettens krav, verken i forbindelse med gjennomføringen av EØS-avtalens hoveddel i norsk rett, ved gjennomføringen av trygdeforordningene, eller ved senere lovendringer. Folketrygdlovens regler berører svært mange av de som bor eller arbeider i Norge. Reglene gir rettigheter til mennesker i sårbare situasjoner. De færreste har kunnskap eller ressurser til å utfordre myndighetenes forståelse av EØS-retten. Sett i sammenheng med reglenes rettighetskarakter, mener utvalget det er uforsvarlig at lovens bestemmelser ikke gir veiledning om EØS-regler av betydning.

En annen viktig forklaring ligger i at trygdeforordningene ble gjennomført i norsk rett ved forskrift, uten at det er gitt tydelige anvisninger i loven om at særlige regler gjelder i en rekke tilfeller. Til dette kommer at gjennomføringen ikke utløste drøfting eller utredning av forordningens konsekvenser for praksis. Forarbeidene til lovvedtak, selv ved gjennomføringer av forordninger, som gjennomføres «som sådanne», er gjennomgående grundigere og lettere tilgjengelig enn forarbeid til forskriftsvedtak. I tillegg legger behandlingen av lovsaker bedre til rette for offentlig oppmerksomhet og debatt om de foreslåtte reglene og betydningen de har for annet regelverk. Dette er særlig viktig på områder som kjennetegnes ved at de som berøres av reglene utgjør en stor og

¹ Utredningen er avgitt under dissens. Utvalgsmedlem Fløistad og Midthjell stiller seg ikke bak fremstillingen her. Se kapitlene 2, 5, 6 og 18.

² Se utvalgets delutredning *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*, som følger denne utredningen som vedlegg.

³ Se for eksempel kapitlene 11 og 12, der noen eksempler på saker som har vært behandlet i Trygderetten og de alminnelige domstolene er omtalt.

uensartet gruppe, slik situasjonen er på trygdeområdet. Hensynet til veiledning av brukerne av reglene må stå sentralt.

Samlet kan de tiltak som ble truffet ved gjennomføringen karakteriseres som dårlig lovgivningsteknikk. Dette spesielt fordi hensynet til veiledning om den enkeltes rettigheter ikke ble tillagt den vekt det fortjener i vurderingen av hvordan lovverket skulle utformes.

EØS-retten er heller ikke viet noen særlig plass i forarbeidene til folketrygdlovens regler. Forarbeidene er en sentral kilde til forståelse for rammene for praktiseringen av loven for jurister i Nav og påtalemyndigheten, samt advokater og dommere. Det er derfor en god tradisjon i norsk rett at forarbeidene gir en fremstilling av internasjonalt regelverk av betydning for anvendelsen av lovens regler. De hensynene som tilsier at den lovgivningsteknikken som ble anvendt er for dårlig, taler også for en utførlig behandling av EØS-retten i folketrygdlovens forarbeider. Forarbeidene til folketrygdloven gir likevel bare uttrykk for EØS-reglernes forrang, uten å gi noen veiledning om de praktiske konsekvensene av denne forrangen.

I den norskspråklige juridiske litteraturen har ingen omtalt forholdet mellom EØS-retten og oppholdskravene i folketrygdloven §§ 8-9, 9-4 og 11-3 nærmere ved behandlingen av disse bestemmelsene. Akademia har dermed verken gjennom forskning eller undervisning bidratt til en problematisering av hvilke forpliktelser som følger av EØS-retten på dette området, eller til en diskusjon av om praksis i Nav var riktig.

Arbeids- og velferdsdirektoratet har ikke hatt en sentral juridisk enhet med et helhetlig ansvar for ytelsesfaglige spørsmål. Direktoratet har heller ikke hatt mange personer med særlig kompetanse på EØS-rett. De personene som har denne kompetansen, har i liten grad hatt ansvar for konkrete ytelser. Da den nye trygdeforordningen skulle gjennomføres i norsk rett, la både departementet og direktoratet til grunn at den ikke innebar vesentlige endringer. Dette medførte at artikkel 21 i denne forordningen ble tolket feil.⁴

Forutsetningene for at feilen skulle bli fanget opp var ikke optimale. Det var tydelig mangel på kommunikasjon mellom enhetene i etaten, manglende koordinering internt i departementet og direktoratet, og for dårlig dialog mellom direkto-

ratet og departementet. I departementet ligger den sterkeste fagkompetansen i EØS-rett i en annen avdeling enn den som har lovansvar for ytelsene, og dermed også i en annen avdeling enn den med best kjennskap til hvordan Nav praktiserer regelverket.

Trygderetten kunne også oppdaget feilen tidligere. Trygderetten har imidlertid manglet effektive tiltak for å sikre kunnskapsdeling, og dette har medført at dommerne har hatt varierende forutsetninger for å se EØS-relaterte problemstillinger. Det har heller ikke her vært systematisk oppmerksomhet mot trygdeforordningene eller den øvrige EØS-rettens betydning for anvendelsen av folketrygdens krav om opphold i Norge.

Det tok lang tid fra Trygderetten begynte å oppheve Navs vedtak, til Nav endret praksis. En viktig grunn til det er at Nav ikke oppfattet Trygderettens praksis om disse spørsmålene som fast og konsistent. Trygderetten selv har imidlertid oppfattet sin praksis som mer konsistent i denne perioden. Det er liten tvil om at det derfor er behov for bedre kommunikasjon mellom disse organene. Utvalget er kritisk til at Trygderetten ikke gjorde mer for å sikre raskere regelverksavklaring.

Nav har ikke brakt de av Trygderettens avgjørelser etaten var uenig i, inn for lagmannsretten for å få rettslig avklaring. Dette har medført forskjellsbehandling, særlig i perioden fra 2017 og frem til praksisendringen. Utvalget har også sett at Nav ved minst én tidligere anledning har valgt å omgjøre vedtaket i en sak, heller enn å la lagmannsretten avklare rettsspørsmålet. Når Nav omgjør et vedtak på grunn av én regelforståelse, men fortsatt lar rundskrivene gi uttrykk for en annen, fører det til uakseptabel forskjellsbehandling. Utvalget mener derfor det er kritikkverdig at Nav ikke endret praksis tidligere.

I straffesakssporet er det et gjennomgående trekk at verken påtalemyndigheten, forsvarere eller domstolene har problematisert forholdet mellom folketrygdlovens oppholdskrav og EØS-regelverket. Påtalemyndigheten har selvstendig ansvar for det rettslige grunnlaget for straffefølgning, også ved anmeldelser fra offentlige forvaltningsorgan. Påtalemyndigheten har likevel i svært liten grad etterprøvd de vurderingene Nav har gjort. Domstolene har plikt til å anvende EØS-retten på eget initiativ. Det har de ikke gjort i disse sakene. I enkeltsaker der forsvarere har tatt opp EØS-retten, har det ikke gitt gjennomslag. Samlet bærer behandlingen i straffesakssporet preg av at forvaltningens lovforståelse ukritisk er lagt til grunn. Påtalemyndigheten og domstolene

⁴ For en nærmere redegjørelse for utvalgets tolkning av artikkel 21, se delutredningen *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*, punkt 4.2. I kapittel 10.1.4.3 foran redegjør utvalget nærmere for etatens tolkning.

har en viktig oppgave i å trygge rettssikkerheten til enkeltmennesker i møte med staten. Den oppgaven har de feilet i.

Da feilpraktiseringen først ble oppdaget, tok det for lang tid før alvorret og omfanget av feilen ble avklart. Gjennomgangen viser at det er mange som bærer ansvaret for det.

EØS-rettens betydning for tolkningen og anvendelsen av folketrygdlovens regler om sykepleie og arbeidsavklaringspenger har ligget i *blindsonen*, og den tok det lang tid før noen sjekket.

Boks 17.1 Overordnede anbefalinger:

- EØS-rettslige forpliktelser, herunder trygdeforordningen, må gjennomføres på en måte som sikrer den enkeltes rettigheter og legger til rette for at EØS-problematikk kan identifiseres. Der EØS-regler er særlig relevante, bør dette fremgå av loven
- Departementet må redegjøre grundig for EØS-rettslige føringer av betydning for anvendelsen av loven i forarbeider til forslag om endring av folketrygdlovens regler
- Juridisk forskning og undervisning må i langt større grad ta inn over seg at EØS-rett ikke bare er et eget rettsområde, men også en integrert del av andre rettsområder
- Den EØS-rettslige kompetansen sentralt i Nav må styrkes
- Nav må sikre at EØS-rettslige spørsmål inngår som en integrert del av utarbeidelse av rundskriv og andre retningslinjer og i behandlingen av enkeltsaker
- Det må utvikles en forvaltningskultur i Nav der kommunikasjonen mellom avdelinger og linjer er god, slik at endringer i praksis raskt kan manifestere seg i hele etaten
- Den EØS-rettslige kompetansen i Trygderetten må styrkes
- Trygderetten bør etablere effektive tiltak for kunnskapsdeling internt for å sikre likebehandling og rettssikkerhet for brukerne
- Trygderetten bør ha systemer for å reagere når Nav ikke følger opp prinsipielle kjennelser
- Der Trygderetten eller domstolene legger til grunn en annen rettsoppfatning enn Nav, må Nav enten utfordre lovforståelsen videre i rettssystemet eller endre praksis for å sikre reell likebehandling
- Avdelingen som har fag- og lovgivningsansvar for de aktuelle ytelsene i departementet må (også) ha solid EØS-rettslig kompetanse
- Departementet må inkludere sikring av EØS-rettslige rettigheter i den risikobaserte styringen av arbeids- og velferdsetaten
- Departementet må sikre en nærhet til Nav som gir dem innsyn i praksis på sentrale områder. Dette bør organiseres slik at det er nær sammenheng mellom EØS-rettslig kompetanse og innsyn i praksis
- Dialogen mellom Nav og påtalemyndigheten må styrkes
- Påtalemyndigheten må ta et selvstendig ansvar for å avklare og vurdere den forvaltningsmessige behandlingen som ligger til grunn for anmeldelser
- Den EØS-rettslige kompetansen i de alminnelige domstolene må styrkes. Det må utvikles en kultur i domstolene som gjør at dommere identifiserer EØS-rettslige spørsmål også i straffesaker, og som kan bidra til å hindre at det avsies straffedommer for handlinger som etter EØS-retten er tillatt

Kapittel 18

Utvalgsmedlem Midthjells særmerknader til kapittel 12 og 15

18.1 Innledning

I dette kapitlet fremgår utvalgsmedlem Midthjell sine merknader til kapittel 12: «Påtalemyndighetens og domstolens håndtering», samt merknader til kapittel 15: «Håndtering av saken frem mot offentliggjøring».

Merknadene ble opprinnelig utferdiget og oversendt som merknader og innspill til kapitlene. Merknadene ble deretter flyttet over i en særmerknad i slutten av hvert kapittel, der merknader ble sammenfattet til en mer helhetlig framstilling. Av redaksjonelle årsaker, ble det av utvalgsleder besluttet at merknadene skulle flyttes over i et eget kapittel. Denne flyttingen skjedde etter at utkast til merknader var oversendt sekretariatet, og merknadene i punkt 18.3 og 18.4 er derfor ikke tilpasset å inntas samlet, i et selvstendig kapittel, men som innspill til to separate kapitler. Merknadene må derfor leses med denne grunnforutsetningen. Merknadene må videre sees i sammenheng med medlemmets tilslutning til kapittel 6.2, samt medlemmets merknader i kapittel 6.4.

18.2 Generelt om særmerknadene

Medlemmet Midthjell har et noe annet syn på forvaltningspraksis og utvikling som ligger til grunn for den feilpraktisering som etter hvert er avdekket. Dette medlem må således tas et forbehold om tilslutning til både sammendrag og vurderinger i både kapittel 3 og 17, samt i de øvrige kapitlene i rapporten, opp imot kapittel 6, og særmerknader til dette. Det vises i så måte til merknader i øvrige kapitler underveis fra utvalgsmedlem Fløistad, som utvalgsmedlem Midthjell slutter seg til.

Dette medlem tar tilsvarende forbehold for de deler av utvalgets rapport der vurderinger, problemstillinger, henvisninger eller konklusjoner gir et annet bilde enn det medlemmet har trukket fram i særmerknader, især knyttet til kapittel 12 og 15, som det ikke har vært mulig å foreta gjennomgående krysshenvisninger til.

18.3 Merknad til kapittel 12

18.3.1 Innledning

Særmerknaden er i utgangspunktet skrevet som bidrag og innspill den 18. mai 2020, til mottatt utkast til dette kapitlet den 15. mai. Merknadene er deretter bearbeidet, og utdypet, også med bakgrunn i medlemmets egen gransking av mottatte utvalgsdokumenter. Videre er en del av innspill og forslag til opprinnelig kapittelutkast, tatt inn i særmerknaden. Dersom nærværende særmerknad eller dette medlemmets øvrige særmerknader (særlig til kapittel 15), eller dette medlemmets syn i kapittel 6 strider mot rapporten for øvrig, vil disse merknadene reflektere medlemmets syn, også der dette ikke er særskilt påpekt underveis i granskingsutvalgets rapport.

18.3.2 Utvalgsmedlemmets egen gransking, og avgrensninger/forbehold

Det følgende er basert på medlemmets egen gransking av materialet, i et svært begrenset tidsrom.¹

¹ Merknaden er gitt med forbehold i det arbeidet dette medlem selv har hatt tid og mulighet til, etter mottatt utkast den 15. mai. Ettersom et annet utvalgsmedlem hadde ansvar for kapittel 12, ble det ikke fra medlemmets side foretatt gransking ut over deltakelse i intervju/samtaler, samt ordinære møteforberedelser, i hovedsak gjennomgang av mottatte tekstutkast. Dette medlemmets gransking knyttet til dette temaet har således i hovedsak vært gjennomgang av utkast til kapitlet og merknader/innspill til dette, samt noe særlig gransking av mottatt materiale i utvalgets database, og utferdigelse av særmerknaden, i siste del av mai 2020. Framstillingen er derfor basert på det begrensede omfang av dokumenter det har vært mulig å se nærmere på innenfor denne tiden. Det tas således forbehold om at enkelte vurderinger kunne blitt justert dersom medlemmet hadde gjennomgått øvrig materiale, eller dersom det hadde vært rom for å diskutere problemstillingene i utvalget, noe det av tidsmessige årsaker ikke har vært muligheter til. Det er videre fra medlemmets side ytret ønske om at utvalget snakket med bl.a. personer fra Domstoladministrasjonen, domstolene, advokater (herunder særlig forsvarere), etterforskere, samt Advokatforeningen. Det tas derfor forbehold om eventuelle justeringer som kunne/ville blitt gjort etter eventuelle slike samtaler.

Det har ikke vært mulig for medlemmet å krys-sjekke dette opp imot øvrige deler av utvalgets rapport, eller justeringer i oppdaterte versjoner av kapittel 12, etter at merknader ble oversendt. Det tas derfor et forbehold om delvis overlapping både med kapittel 12 for øvrig, kapittel 16, samt øvrige deler av utvalgets rapport. Det tas således forbehold både mot «dobbelbehandlingen», samt opp imot eventuelle merknader som like gjerne kunne knyttes opp imot andre deler av utredningen. Av hensyn til sammenheng og helhet i merknaden er imidlertid innspillene prioritert samlet rundt særmerknader til kapittel 12 og kapittel 15, samt kapittel 6 m/merknader.

Omfanget av tid til disposisjon har medført at det ikke har vært mulig å gjennomgå alle mottatte straffesaker eller dommer, og det er derfor i hovedsak gjort «stikkprøver», med mer grundig gjennomgang av to mottatte saker («eksempelsakene»), gjennomgang av noen deler av de øvrige «fullstendige» straffesakene, samt erfaringer generelt gjennom granskingsarbeidet, herunder intervjuene. Det har heller ikke vært mulig for medlemmet å gjennomgå intervjureferat på nytt, og det er således i hovedsak vist til oppfatninger basert på deltakelse i intervju med påtalemyndigheten/domstolene.

Etter gjennomgang av politidokumenter finner dette medlem grunn til å stille en del spørsmål ved den strafferettslige prosessen i disse sakene, basert på egne erfaringer fra straffesaker². Det må derfor tas høyde for denne bakgrunnen ved vurderingen av merknadene opp imot eventuelle erfaringer fra andre advokater med mangeårig og gjennomgående erfaring som forsvarer, som evt. kunne ha vært belyst gjennom samtaler med slike. Like fullt mener dette medlem at det er viktig å belyse en del av saken ut ifra advokatens ståsted, særlig grunnet medias kritikk rettet mot forsvarere, sett opp imot at det også fremkommer eksempler på at advokater har tatt opp utfordringer både med rettshjelpsdekning, endringer i trygderegelverket, og EØS-spørsmål.³ Overfor utvalget har også Høyesterett delvis lagt ansvar på advokatene i straffesakene med hensyn til hvem som burde ha sett de EØS-rettslige problemstillingene i sakene, og det har derfor vært behov for å

² Dette medlem har aldri selv vært «fast forsvarer», men har hatt en del straffesaker som forsvarer (og som bistandsadvokat), både i tingretten og lagmannsretten, herunder saker med offentlig instans som anmelder, men ikke der det har vært anmeldelser m/bilag av et tilsvarende omfang, eller der straffesaksbehandlingen har foregått slik som i nærværende sakskompleks.

belyse disse mulighetene for forsvarernes del noe nærmere jf. de gjennomgåtte dokumentene.

Videre har det for dette medlem ikke vært mulig å snakke med de ulike aktørene i de konkrete sakene, og det må derfor tas betydelig forbehold i så måte, også med tanke på muntlige forhandlinger i sakene, vitner m.v. Det har heller ikke vært rom for detaljerte gjennomganger av avhørene for å gjennomgå hva disse personene har uttalt overfor politiet, hvilke spørsmål som er stilt m.v. Merknadene er derfor i hovedsak basert på generell gjennomgang jf. over, samt noen undersøkelser opp imot rettspraksis, forarbeider, mediesaker, Nav-rapporter m.v.

18.3.3 Særmerknaden sett opp mot granskingsutvalgets mandat

Etter granskingsutvalgets mandat skal det foretas en «grundig og fullstendig gjennomgang av feilpraktiseringen av adgangen til å motta sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger ved opphold i et annet EØS-land. *Alle relevante sider av saken* skal belyses» (medlemmets kursivering). Videre er en del av de særskilte områdene som skal undersøkes: «*påtalemyndighetenes og domstolenes håndtering av sakene*», og eventuelle andre saker i det sivile rettssystemet. Vurderingene skal ikke utfordre påtalemyndighetens og domstolenes uavhengighet» (medlemmets kursivering). Det er også bedt om at utvalget redegjør for læringspunkter som avdekkes, «blant annet for å ivareta rettssikkerheten til personer som mottar ytelser fra NAV». Videre skal det vurderes om «praksis» fra før 2012 også må gjennomgås.

Ettersom nærmere undersøkelser av straffesaksbehandlingen i sakskomplekset både har vist rettssikkerhetsmessige utfordringer, også ut over rent EØS-rettslige spørsmål, har dette medlem vurdert det viktig å belyse dette helhetlig. Dette medlem mener også at det er nødvendig å belyse påtalemyndighetens behandling av sakene nærmere, opp imot også eventuelle andre mulige påvirknings-

³ Selv om mediernes framstilling skal tas med en klype salt, fremkommer det ved enkle «google-søk» en rekke ulike saker over mange år der advokater har forsøkt å ta opp problemstillinger knyttet til trygd og/eller EØS, herunder ifm. innstramningene i regelverket for arbeidsavklaringspenger, i straffesaker m.v. Utvalget har også vist til en advokat som spesifikt tok dette opp, men ikke fikk gehør i retten.

Ved ett tilfelle ble til og med forsvarere i sakene i vårt sakskompleks spurt om de vurderte å *tilbakebetale* mottatt salær fra domstolen <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/mRxPPq/forsvarer-i-nav-sak-kan-ikke-se-at-det-er-noen-grunn-til-aa-klandre-meg>.

faktorer. Videre mener medlemmet at det faller innenfor mandatet å se på årsaker til at eventuelt forsvarerne ikke i større grad har avdekket de EØS-rettslige problemstillingene, opp imot de begrensninger rettshjelpsordningen setter for forsvarerbistand. Etter intervju med påtalemyndigheten, der bl.a. behovet for å gjennomgå eventuelle henleggelses ble bekreftet, finner medlemmet også at det ligger innenfor mandatet å kort påpeke andre mulige saker/sider av saken som bør gjennomgå nærmere av relevante instanser.

Dette medlem har funnet det særlig viktig å belyse en del funn hva gjelder praksis som har vært fra tidlig av, herunder innhold i meldekort, veiledning til meldekort og den faktiske informasjonen som er sendt ut til mistenkte i sakene dette medlem har gjennomgått. Dette kan få en vesentlig betydning også for andre saker, eksempelvis der det har vært opphold i land innenfor EØS og utenfor EØS, samt for eventuelt gjenåpningen av saker. Det å ha tilgang på dokumenter i flere saker, og på den måten kunne se likheter og fellestrekk ved sakene, gir en helt annen innfallsvinkel enn det en forsvarer får ved å gjennomgå en konkret sak.

Det bemerkes at forsvarere, og især «faste» forsvarere for de ulike domstolene, får tildelt straffesaker innenfor «alle» mulige saker, og det er først og fremst selve strafferetten og straffeprosessen som er forsvarernes «ekspertområde». Det kan ikke legges til grunn at alle forsvarere skal ha spisskompetanse innenfor alle de særskilte rettsområdene som berøres, og det må iallfall til en viss grad kunne forventes at forsvarere må kunne basere seg på den framstilling som eksempelvis Nav Kontroll og påtalemyndigheten legger til grunn, hva gjelder det trygderettslige området.

Det presiseres at de gjennomgåtte sakene har omhandlet arbeidsavklaringspenger («AAP»). Det er derfor ikke tatt med særskilte henvisninger til andre ytelser og regelverk.

18.3.4 Merknader vedrørende etterforskningen og saksgangen i de gjennomgåtte straffesakene

Innledning

Det er en grunnleggende forutsetning innen strafferetten at politiet etterforsker sakene. Det vises i den forbindelse til grunnleggende forutsetninger i straffeprosessloven kapittel 18, samt i påtaleinstruksens del 2, særlig kapittel 7. Det er spilt inn merknader til enkelte bestemmelser i

kapittel 12. Disse gjennomgås ikke på nytt her, da rettsreglene er gjennomgått mer detaljert i kapitlet.

I de fleste av sakene utvalget har mottatt, ser det imidlertid ut til at det er Nav som har besluttet, og gjennomført mesteparten av den faktiske «etterforskningen», noe som også er bekreftet av påtalemyndigheten, i samtaler med utvalget. Navs anmeldelser med bilag utgjør mesteparten av dokumentene i sakene, og anmeldelse med bilag er gjerne på flere hundre sider. Disse dokumentene er deretter fremlagt i bevisoppgave til tingretten i meddommersaker, eller oversendt til tingretten ifm. tilståelsessaker.

Dette medlem har ikke funnet eksempler på at denne etterforskningsmetoden er problematisert, eller at det er stilt spørsmål til grunnlaget for bevisene, eller de formelle vurderinger rundt framleggelsen av disse som bevis i straffesaker, og langt på vei som grunnlag for fellende dommer. Det som for medlemmet oppleves å være en manglende dialog mellom Nav Kontroll og mistenkte, og mellom Nav Kontroll og saksbehandler i Nav er heller ikke problematisert.⁴

Det er slik dette medlem ser det grunn til å stille en del spørsmål ved hele prosessen, særlig tatt i betraktning at det er snakk om en rekke domfellelser for både forsettlig og uaktsomme bedrageri (og grove bedrageri) samt domfellelser for falsk forklaring. Det er derfor foretatt en bred tilnærming til de gjennomgåtte sakene, også med tanke på andre relevante momenter som bør nevnes, også ut over det som er direkte knyttet til EØS-retten. Dette anses også for en viktig brikke i det helhetsbildet som til sammen dannes hva gjelder bakenforliggende årsak til at de EØS-rettslige problemstillingene heller ikke er avdekket i tilstrekkelig grad i straffesakene.

Bakgrunn for avdekking av utenlandsopphold

Ettersom det er Nav som gjennomfører den praktiske etterforskningen i sakene, er det hensiktsmessig å belyse noe av grunnlaget, og bakgrunnen for avdekkingen av tilbakekrevingssakene, som deretter har ført til anmeldelser.

Det fremkommer av anmeldelsene, og Navs årsrapporter, at det fra 2013 ble foretatt «rutinemessige» søk i IP-adresser. I samtaler med representanter fra Nav Kontroll er det uttalt at bakgrunnen for undersøkelse av IP-adresser og valutaregistre, var tips fra publikum, eller andre henven-

⁴ Denne dialogen har det ikke vært mulig å få klarhet i, herunder om det har vært slik kontakt overhodet i sakene.

delser som ga grunnlag for mistanke om «ulovlige» utenlandsopphold. Av anmeldelsene dette medlem har gjennomgått, fremkommer det imidlertid at det er gjort *rutinemessige* søk, og i Navs årsrapport for 2014 tales det om «stikkprøvekontroller». Det fremkommer at det også særlig fra 2014 av er igangsatt prosjekter for å intensivere avdekking av «trygdemisbruk», særlig innen bl.a. AAP, samt tiltak for å forhindre «trygdeeksport».

Nav Kontrolls fremgangsmåter er det ikke stilt spørsmål ved av politiet/påtalemyndigheten, og dette medlem har ikke hatt mulighet til å undersøke dette i detalj, men det bemerkes at Datatilsynet allerede i 2012, databasesøkene ble igangsatt av Nav, kom med kritikk til Tollvesenets bruk av registre og massesøk i etterforskningsøyemed. Datatilsynet har også reist innvendinger til Navs egne undersøkelser på bl.a. Facebook.

I tilbakemelding til utvalget den 8. mai 2020 har Nav Kontroll informert om et «uttrekk» av IP-adresser i 2012, og at det i april 2013 ble gjort endringer i folketrygdloven, hvorpå IP-adresser ble lagret, og «*alle med tjenstlig behov*», kunne bestille oversikter. Ifølge tilbakemeldingen ble det på et tidspunkt i 2013 foretatt massesøk i lagrede opplysninger for å luke ut personer som hadde sendt meldekort fra utlandet i perioder av et visst omfang, og det ble snakket om «nye kontroller for å avdekke utenlandsopphold». Det er videre vist til at Nav, fra 2013, også hadde tilgang til valuta-registeret. Dette ble iallfall fra senhøsten 2013/vinteren 2014 brukt til mer omfattende søk og «kryssjekk» av opplysninger, der det bl.a. er vist til planmessige søk for å avdekke personer som hadde brukt minimum 3 500 kroner i et land, i løpet av en 4-månedersperiode.

Ut ifra gjennomgåtte straffedokumenter ser det ut til at det fra iallfall januar 2014 ble en betydelig intensivering i omfang av anmeldelser grunnet utenlandsopphold⁵ IP-adresser, og også innhentet kontoutskrifter (eksakte tidspunkt er ikke kjent, men det foreligger bl.a. krav om oversendelse av kontoutskrifter fra november 2013). Det har for medlemmet ikke vært mulig å selv gjennomgå alle sakene, og utviklinger ifht. anmeldelser, opp imot eventuelle politiske føringer, herunder målet om å hindre og begrense trygdeeksport⁶ (jf. Sundvollen-erklæringen av 16. oktober 2013, etterfølgende regjeringsplattformer, økt fokus på anmeldelser, og prioritering av dette i

⁵ Om det har vært slike anmeldelser før dette har dette medlem ikke hatt mulighet til å granske nærmere, men i gjennomgåtte saker var det funnet brev med anmodning om innhenting av kontoutskrift fra november 2013.

Nav, særlig for AAP sitt vedkommende, samt også årlige beløpsmessige mål for tilbakekreving⁷).

I intervju med sentrale personer i Nav kontroll er det opplyst at bruk av IP-adresser stanset etter ny personopplysningslov av juni 2018. Det fremgår imidlertid av tilbakemeldingen fra mai 2020, at IP-adresser ble lagret helt fram til 8. mai 2019, da det ble sendt ut en mail om at dette ikke lenger ville skje, jf. GDPR fra året før.

IP-gjennomgangene har kartlagt hvor brukerne har befunnet seg på det tidspunktet der meldekortene er sendt. Dette ser ut til å være sjekket opp imot innvilgede utenlandsopphold etter søknad, og meldekortene der det er krysset «N» på punktet om «annet fravær». Det ser ved «stikkprøve» ut til at også personer som kun har hatt de «eldre» meldekortene, mens anmeldelser har kommet etter endringer i disse, er konfrontert med begrep fra nyere meldekort i avhør, noe som eventuelt kan skyldes teksten i anmeldelsesmalen på anmeldelsestidspunktet. Flere av de mistenkte har i avhør gitt uttrykk for at de ikke husker å ha krysset av for slike formuleringer, men dette er i liten grad hensyntatt i dommene. Dette medlem har ikke sett at det i noen av de gjennomgåtte dommene er trukket fram at det mistenkte er konfrontert med i avhør kanskje ikke stemmer overens med den informasjon vedkommende har fått i skriftlig materiale fra Nav.⁸

⁶ «trygdeeksport» er både fra tidlig av, samt senere tid benyttet ifm. både midlertidige opphold og flytting, mens det gis andre definisjoner andre steder. Til tider brukes ord som «trygdeferie» og «velferdsferie», og det er også vist til «trygdeeksport» ifm. personer i Norge sender sine trygdeytelser til familie i et annet land. Ettersom det i enkelte dokumenter brukes «trygdeeksport» om midlertidige opphold fra tidlig av, og nettopp dette begrepet var brukt ifm. departementets drøfting av omlegging av praksis for korte opphold i 2019, antas det at begrepet iallfall fra departementets side har omfattet opphold av kortere varighet. Se også regjeringens pressemelding den 16. juni 2017, om ønsket om å begrense mulighet for «trygdeeksport» ved «opphold» i utlandet, ettersom ytelsene der gir større kjøpekraft (og således bedre mulighet til å motta tjenester enn det lokale borgere med ytelser tilpasset eget kostnadsnivå har), og (Dok.nr. 15:880) fra stortinget, der statsråden, på spørsmål om eksport av trygdeytelser, viste til rettigheter «under og etter opphold i andre land».

⁷ Ca. 98 % av anmeldelser fra Nav (jf. navs årsrapport) ender med domfellelse, og antallet anmeldelser for trygdebedrageri har økt betydelig fra 2012 av, med særlig fokus på anmeldelser av trygdebedrageri i årene 2014 og 2015 (jf. Navs årsrapporter). I Navs årsrapport fra 2015 fremgår det i et eget avsnitt at det aldri før har vært anmeldt mer trygdevindel enn i 2015, der i alt 1472 personer ble anmeldt, og de fleste ifm. ytelsene dagpenger og arbeidsavklaringspenger.

⁸ Dette medlem er ikke kjent med om det i anmeldelser er brukt en mal tilpasset gjerningstidspunktet, eller om det er brukt den til enhver tid gjeldende anmeldelsesmal på anmeldelsestidspunktet

Blant annet i intervju med brukere i sakene har utvalget også fått høre om tidsmessige forskyvninger i helger, som har medført påståtte utenlandsopphold på tidspunkt der brukere har vært i Norge og faktisk deltatt på tiltak ihht. aktivitetsplan⁹. Eventuelle feildateringer ifm. kontoutskrifter er ikke trukket fram særskilt og det er ikke funnet undersøkelser i de gjennomgatte straffesakene hva gjelder eventuelle forskyvninger i datoer for IP-adressene. Det bemerkes imidlertid at det kan tenkes å forekomme mindre feil i flere saker.

De mistenkte¹⁰ har i avhør blitt konfrontert med funn i IP-adresser/kontoutskrifter. Flere har ikke kunnet huske detaljer, men samtidig sagt at de ikke kan utelukke at de har oppholdt seg utenlands i mer eller mindre de tidsrom Nav anfører jf. at disse tidsrom også presenteres som beviselige gjennom bl.a. utskrifter fra IP-adresser, valutaregistre og kontoutskrifter (der det også kan være forskyvinger). Dette «faktum» ser ut til å i hovedsak være lagt til grunn for å konstatere faktiske utenlandsopphold på de aktuelle datoene, noe som da er vurdert å være ulovlig jf. lovens oppholdskrav.

Varsel om stans/tilbakekreving og vedtak

Etter gjennomgangen av Navs datasystemer, opp imot IP-adresser og kontoutskrifter, er det sendt varsel om tilbakekreving og stans i ytelser til brukeren. Varselet er et tilpasset standardvarsel på ca. 5 sider, der *ikke* strafferettslig forfølgning nevnes. Varslene viser til funn ved «*søk i IP-adresser*» og kontoutskrifter, og at dette innebærer at det i gitte perioder har vært snakk om utenlandsopphold.¹¹ I varselet er det gitt 14-dagers frist på tilbakemelding vedrørende tilbakebetalingskravet, mens det fremkommer at det også så kort tid som 11 dager etter varselets dato er fattet vedtak om tilbakekreving.

De etterfølgende vedtakene er også basert på standardmaler på rundt 5–6 sider.¹² Avslutningsvis i vedtakene er det tatt inn en standardsetning om at saken etter «gjeldende rutiner» vil «overendes Nav kontroll for vurdering av påtale». Ord

som «straff» eller «anmeldelse» ser ikke ut til å være nevnt, og det er ikke bedt om tilbakemelding eller informasjon om de strafferettslige forholdene i saken.

Anmeldelsene, herunder ferdiglaget tekst, standardvedlegg m.v.

Anmeldelsene er basert på Nav Kontrolls standardmaler. Utvalget har fått oversendt en mal, (antatt gjeldende per mai 2020). Kommentarene er derfor basert på denne malen, uten at det har vært mulig å kryssjekke anmeldelser fra alle år for å se likheter/ulikheter ut over det som generelt er lagt merke til, og det har ikke vært mulig å innhente tidligere maler for å gjennomgå disse.

Den mottatte malen er på i alt 14 sider, med stort sett ferdig tekst, der det fylles inn detaljer (flere steder kun ord/navn/dato i ferdigskrevne avsnitt). Eventuell tekst som ikke passer fjernes. Den *ferdige* teksten omhandler alt fra hva brukeren *har fått* av informasjon, hva han/hun *har* krysset av på, til hva som *har* stått i enkeltvedtaket vedkommende mottok (det er vanskelig å se om dette er individuelt tilpasset i saken, eller om kun standardformuleringene er brukt). I malen er det også tatt med en «autotekst» om erstatning til Nav, som fornærmet i straffesaken, for eventuelle tilbakebetalingskrav som er foreldet.¹³ Det presiseres at også *skyldspørsmålet* langt på vei baseres på en i alle fall delvis ferdig tekst.

Utvalget har også fått oversendt en «anmeldelsesinstruks» fra juli 2015 (én a4-side), med angivelse av hvilke saker som skal anmeldes. Det er bl.a. lagt opp til at eventuelle tidligere domfellelser senker beløpsmessig terskel for ny anmeldelse, samt at det skal *tungtveiende grunner* til for å ikke anmelde i de sakene som faller inn under de objektive kriteriene i anmeldelsesinstruksen.

Det fremkommer som en standardformulering i anmeldelsene at mistenkte ikke er «underrettet om påtalebegjæringen». Flere av de mistenkte har opplevd anmeldelsene som brå og uventede, og enkelte har resignert helt som følge av å bli kontaktet av politiet, særlig ettersom det allerede er stanset utbetaling av ytelser, og i tillegg krevd tilbakebetalt forholdsvis enorme beløp, og disse

⁹ Noe som også kan tyde på manglende dialog med saksbehandler/oppfølger/brukeren selv

¹⁰ I framstillingen brukes av enkelthets skyld «mistenkte» om avhørssituasjonen, selv om enkelte på dette tidspunkt har status som siktet i saken

¹¹ Det varsles derfor stans i ytelser, og tilbakebetalingskrav for periodene med utenlandsopphold. Det er ikke funnet dokumenter om kontroll av opplysninger direkte med saksbehandler, men dette kan heller ikke utelukkes.

¹² Varsels- og vedtaksmaler er ikke mottatt til gjennomgang, men svært mye av formuleringene er likelydende, og basert på egen erfaring fra arbeid i forvaltningen er det vanlig å utferdige vedtak basert på detaljerte maler.

¹³ Ut ifra gjennomgatte dommer ser dette ut til å være noe som først de siste årene er tatt med. Det er ikke klarlagt fra når dette har skjedd, hvorfor dette ble tatt med, og hvem som evt. besluttet dette.

personene derfor i utgangspunktet står i en svært vanskelig situasjon (og de fleste også er syke/arbeidsuføre).

I flere av anmeldelsene (iallfall etter et visst tidspunkt) er som nevnt også foreldede pengekrav krevd tatt med som sivilt krav. Det er blant annet idømt oppimot kr. 200 000 i erstatning til Nav som følge av dette (i en sak der påtalemyndigheten ifølge mottatte opplysninger har besluttet å ikke gå for gjenopptakelse).

Flere av bilagene til anmeldelsene ser ut til å være «standardbilag» jf. at de samme dokumentene fremkommer av mange ulike saker, herunder både informasjonsmaterieell om AAP, og utskrifter over aktuelle regler i folketrygdloven. Disse dokumentene fremlegges også som «bevis» i den enkelte saken, og den vurderingen som gjøres opp imot hvilken informasjon mistenkte har fått.

Mistenktes muligheter til å ivareta egen rettssikkerhet på et tidlig stadium

Hva gjelder kontakten med mistenkte og/eller saksbehandler i saken (jf. over), har det vært vanskelig for medlemmet å bekrefte eller avkrefte om det har vært kontakt mellom den enkelte mistenkte og Nav Kontroll, som har anmeldt sakene. Det bemerkes imidlertid at aktor i en av sakene frafalt tiltalen under hovedforhandlingen etter at et vitne fra Nav fremla utskrifter av dialogen mellom tiltalte og saksbehandler, samt at det var vurdert at et eventuelt vitne fra Nav skulle forklare seg om usikkerhet i regelverket under hovedforhandling i september, dersom det ble stilt spørsmål om dette, men at vitnet ble frafalt, og mistenkte derfor dømt uten at dette kom opp.¹⁴

Når det gjelder kontakten med mistenkte, har Nav Kontroll vist til utsendt varsel med oppfordring om tilbakemelding. Dette medlem har ikke funnet noe annet varsel, enn varsel om stans i ytelse og eventuelt tilbakekreving, der straffefølgning ikke er nevnt overhodet. Det antas derfor at det er *dette varselet* som vises til som incitament til å ivareta sin rettssikkerhet også strafferettslig sett. Det at det er personer som i mange tilfeller har betydelige psykiske og/eller fysiske lidelser, sammenholdt med at det *ikke* i varselet¹⁵ nevnes noe om straffefølgning, men kun en noe vag henvisning til vurdering av påtale, avslut-

ningsvis i selve vedtaket der vedkommende blir presentert med et enormt tilbakebetalingskrav. Det fremgår også av anmeldelsene at mistenkte *ikke* er informert, og det ser ut til at første befatning med straffesaken er først for innkalling til et avhør. Det ser derfor ut til at «bevisoppgaven» fra aktoratet i de fleste sakene i hovedsak er ferdig før første kontakt med mistenkte.

Politiets etterforskning

Til tross for politiets nevnte plikt til vurdering av gjennomføring av etterforskning, ser imidlertid ut til at politiets etterforskning i all hovedsak har bestått i avhør av mistenkte/siktede, enten personlig, per telefon, og i enkelte tilfeller: ikke avhør overhodet. Det bemerkes at etterforskningen skal være *nøytral*.

Det er stor variasjon i omfanget av avhørene, og også forskjell i omfanget av avhørsrapporter ut ifra avhør der forsvarer har vært til stede/mistenkte har varslet at forsvarere er engasjert, og avhør der mistenkte har kommet alene.¹⁶

18.3.5 Påtalemessig avgjørelse

Dersom mistenkte i avhør har tilstått, og samtykket i en eventuell pådømmelse i tilståelsessak (se kapittelets egen omtale av dette), vil saken i de fleste tilfeller oversendes til tingretten for slik behandling. I enkelte tilfeller¹⁷ blir mistenkte

¹⁴ Se dette medlemmets merknad til kapittel 15, se punkt 18.4.

¹⁵ Det er ikke funnet et særskilt varsel om straffefølgning og antas derfor at det varselet det vises til er varselet om mulig tilbakekreving og stans i ytelse.

¹⁶ Etter at dette medlem selv tok en nærmere gjennomgang av enkelte avhør, ble mistanken om stor variasjon i avhørene styrket. I eksempelsakene var det snakk om avhørsrapporter på 1 side i en sak med to avhør (grunnet avlyst tilståelsessak). I den andre saken var det ikke gjennomført avhør. Ettersom det i merknad til det ovennevnte var henvist til en sak med 3 avhør, ble også denne saken, samt en ytterligere sak gjennomgått, for å ha et bedre grunnlag å sammenligne med. I saken med 3 avhør var det overraskende å finne at avhørsrapportene fra disse, hhv. ett ordinært avhør og to korte telefonsamtaler, alle var lengre enn i eksempelsaken, selv avhørene i eksempelsaken tidsmessig var betydelig lengre. I saken med 3 avhør var mistenkte var bistått av forsvarer i første avhør. Selv om avhøret var under halvparten så langvarig som avhøret i eksempelsaken, var referatdelen i avhørsrapporten fem ganger så lang (!). Avhør nr. 2 og 3 var telefonsamtaler på hhv. 1 t og 15 minutt og ca. 30 minutt (i hovedsak avklaring av enkle detaljer i faktum). Referatene fra forklaringene var på hhv. ca. 5,5 og 2 sider. I den andre tilfeldig utvalgte saken besto avhøret av en telefonsamtale på 1,5 timer. Mistenkte informerte innledningsvis at vedkommende hadde engasjert forsvarer selv. Denne rapporten er på i alt 5 sider, hvorav 3,5 var selve forklaringen. Det er derfor grunn til å bemerke at det i gjennomgåtte avhør var betydelig mer omfattende og detaljerte rapporter i de sakene der forsvarer var inne i bildet.

¹⁷ Dette medlem har ikke kunnet gjennomgå om det i alle avhørene er presentert en siktelse.

presentert med en siktelse i avhøret, med spørsmål om tilståelse i henhold til siktelsen, mens det i andre tilfeller er utferdiget siktelser i etterkant.¹⁸

I de avhørene mistenkte selv ikke har engasjert forsvarer, er det ikke funnet eksempler på at påtalemyndigheten har begjært (eller noen form for opplysninger om at det overhodet er vurdert begjære) oppnevning av forsvarer. Dette til tross for at mistenkte presenteres med omfattende (og gjerne overveldende) bevis på utenlandsopphold som ifølge Nav innebærer overtredelse av bedrageribestemmelsene (samt evt. falsk forklaring).

Dersom mistenkte blir presentert med en alvorlig anklage, og en enorm mengde «bevis», men samtidig forespeilet mulighet for en rask avklaring ved tilståelsesdom, der også straffen vil bli lavere, kan man iallfall ikke se helt bort ifra at dette kan ha medvirket til tilståelser på iallfall delvis feil grunnlag.¹⁹

Ettersom det ikke er forsvarer til stede, stilles det spørsmål ved tilståelsen opp imot skyldkrav, både hva gjelder forsettlig og uaktsomme overtredelser. Særlig stilles det etter det gjennomgåtte materialet spørsmål ved bruken av maler, både ved vurdering av skyldkrav, hvilken informasjon som rent faktisk er gitt m.v. Det er rimelig klart at politiet/påtalemyndigheten ikke ubetinget kan legge til grunn at anmelders arbeid alltid er i overensstemmelse med relevant regelverk for politiets og påtalemyndighetens arbeid, eller for straffeprosessen (herunder bevisregler).

Politiets etterforskningsmetoder og informasjonshenting til bruk i straffesaker vurderes videre fortløpende av bl.a. Datatilsynet, samt at overordnet påtalemyndighet fører intern kontroll med etterforskningsmetoder m.v. Selv om Nav også er underlagt ulike former for kontroll, er det usikkert om disse kontrollene er like for Navs og politiets etterforskning.²⁰

Det fremkommer av granskingen at det i hovedsak er Nav Kontroll sin vurdering som ligger til grunn for den påtalemessige avgjørelsen i saken. Det ble i samtale med statsadvokaten opplyst at det etter hvert var statsadvokaten som

besluttet tiltale i alle sakene, men at den påtalemessige vurderingen *hos statsadvokaten* tok rundt 10 minutter.

18.3.6 Forsvareren

Innledning

Ettersom det i media har vært fokusert en del på forsvarernes rolle, også Høyesterett viste til et ansvar for aktor og forsvarer, er det grunn til å omtale forsvarerrollen noe nærmere.²¹

Plikten til å vurdere oppnevning av forsvarer på etterforskningsstadiet

Dersom det kan være snakk om personer med nedsatt funksjonsevne, eller er i en annen fysisk eller psykisk tilstand som tilsier at det er et særskilt behov for forsvarer,²² skal politiet vurdere oppnevning allerede på avhørs/etterforsknings-tidspunktet. Gjennom de intervjuene utvalget har gjennomført synes det som om påtalemyndigheten i liten/ingen grad har vurdert oppnevning av forsvarer, til tross for at det nettopp anses å være tale om saker der påtalemyndigheten skal vurdere oppnevning. På direkte spørsmål til en av de personene i påtale/domstol som utvalget snakket med, kunne vedkommende ikke huske at det overhodet var oppnevnt forsvarer ifm. avhør i slike saker.

Det fremkommer i flere av sakene at mistenkte har hatt til dels svært store psykiske problemer og til og med har fremlagt legeerklæring på å ikke være i stand til å ivareta sine interesser i situasjonen.

Disse personene har gjerne mistet sin inntekt, og fått enorme tilbakebetalingskrav mot seg, uten mulighet til å klare å betale dette tilbake. Sammenholdt med den helsemessige tilstanden, bør plikten til å vurdere oppnevning av forsvarer til avhøret stå sterkt. Når det fremkommer at dette i liten, eller muligens ingen grad er vurdert, må det kunne sies at dette har betydning for disse personenes rettssikkerhet. Av denne grunn kan det også stilles spørsmål ved de straffedommer som påtalemyndigheten mener at ikke trenger å gjenopptas. Videre bør også dommer som ikke er begrenset til EØS-området, vurderes gjennomgått.

¹⁸ I avhørene blir mistenkte også gitt informasjonsskriv om strafferabatt ved tilståelse.

¹⁹ Dette medlem har heller ikke funnet eksempler på at mistenkte har fått forklart hva f.eks. «vinnings hensikt» innebærer e.l.

²⁰ Datatilsynet har som nevnt allerede før Nav Kontroll fikk tilgang på valutaregisteropplysninger (jf. brevet av 8. mai), kritisert tollvesenets bruk av slike opplysninger, og i 2012 ble det gitt en rekke pålegg til Navs undersøkelsesmetoder.

²¹ Det har som nevnt ikke vært rom for nærmere samtaler/intervju med forsvarersiden i sakene.

²² Jf. påtaleinstruksen § 8-1a jf. strpl § 100 2. ledd.

Forsvarerbistand i tilståelsessaker

Dommer i tilståelsessaker er i hovedsak svært korte. Det vises til den generelle gjennomgangen for øvrig i kapittelet. Selve rettsmøtet tar gjerne svært kort tid, ikke sjelden under en time.²³ I tillegg har gjerne dommeren flere tilståelsessaker samme dag.

Selv om dommeren mottar dokumentene i forkant, og gjennomgår disse, er det snakk om opptil 5–600 sider, der det ikke fremgår at det er snakk om standardmaler og formuleringer, enkelte «standardbevis» m.v. Det er derfor grunn til å tro at det iallfall til en viss grad har vært begrenset mulighet til å gjennomgå dette i detalj av dommeren forut for rettsmøtet. Av samme årsak kan det ha vært begrensede muligheter til å kryssjekke skyldvurderingen opp imot meldekort, veiledninger, og øvrige bevis. Dommer antas å til en viss grad kunne legge til grunn at påtalemyndigheten selv har fremskaffet, eller iallfall nøye vurdert bevisene som framlegges, ettersom påtalemyndigheten mener at dette er grunnlag for å straffe siktede/tiltalte.

Dokumentene sendes til retten sammen med en siktelse, og en påtegning der påtalemyndigheten redegjør for de momenter som taler for graden av skyld som legges til grunn, samt straffeskjerpene og formildende omstendigheter m.v., og hva påtalemyndigheten mener er riktig straffereaksjon i det enkelte tilfellet. Aktor møter gjerne ikke i rettsmøtet, og aktorats anførsler fremgår derfor i hovedsak av påtegningen.

Dommeren skal selv vurdere oppnevning av forsvarer til tilståelsessaken jf. straffeprosessloven § 100 annet ledd. Dette er den samme vurderingen som skal gjøres av politiet ifm. avhør²⁴. Selv om det eventuelt oppnevnes forsvarer, gis det særdeles liten tid til forsvareren hva gjelder å forberede saken. Muligheten forsvareren har til å kunne gå i dybden på juridiske problemstillinger, og eventuelt klare å se koblingene opp imot trykderettslige og EØS-rettslige problemstillinger anses for begrenset (se nærmere om dette senere).

²³ Utvalget har ikke hatt intervju med forsvarere/dommere som har hatt disse sakene i praksis, og således ikke fått belyst nærmere detaljer rundt varighet, omfang av saker på en dag m.v.

²⁴ Det er et paradoks at domstolen har funnet grunn til å oppnevne forsvarer i *de samme sakene* der politiet ikke har bedt oppnevnt forsvarer, selv om da vilkårene i § 100 annet ledd antas å være til stede

Forsvarerbistand i meddommersaker

Selv om det oppnevnes forsvarer i meddommersaker, medfører også her rettshjelpsordningen betydelige begrensninger i muligheten til grundige juridiske gjennomganger. Det kan derfor ikke i stor grad legges forsvarerne til last at de i forberedelsene ikke har avdekket eventuell motstrid med EØS-retten.²⁵

I meddommersaker er gjerne bevisoppgaven fra aktorats i disse sakene svært omfattende. Sett opp imot muntlighetsprinsippet, samt varigheten av rettsmøtene i sakskomplekset, er det grunn til å anta at det ikke er gjort en detaljert gjennomgang av bevismaterialet i løpet av rettsmøtet. Det har ikke vært mulig å gjøre en nærmere gransking av dette, men sett hen til omfanget av skyldvurderingen i dommene, samt at det også iallfall i enkelte dommer kun er henvist til vurderinger i andre dommer hva gjelder informasjonen tiltalte fikk, opp imot skyldspørsmålet, antas det at den detaljerte gjennomgangen av bevisene som ligger til grunn for skyldvurderingen er noe begrenset.

I de sakene der EØS-retten er nevnt, har det ikke fremkommet i detalj hva det er prosedert på, og i en av sakene ble også tiltalen frafalt underveis. Det er imidlertid grunn til å nevne at det i rettsmøter ikke helt sjelden skjer at forsvarer får tilbakemelding om at henvisninger til internasjonale rettskilder ikke er relevant, eller at dette er unødvendig å prosedere på da dommeren kan dette. Ialffall gjelder dette for henvisninger ut over mer «standardhenvisninger» til enkelte bestemmelser i EMK. Det kan derfor ikke ses helt bort ifra at dette kan ha spilt inn ved en vurdering av å bruke av tilmålt tid til å prosedere på EØS-rettslige spørsmål i sakene²⁶.

Særlig om saker der forsvarer aldri er oppnevnt

En av utfordringene dette medlem ser er omfanget av saker der siktede *ikke* har hatt bistand av forsvarer. Det er som nevnt ikke funnet noen saker der forsvarer har vært oppnevnt ifm. avhør. Dette innebærer ikke bare at forsvarerens vurde-

²⁵ Utvalget har imidlertid også fått tilbakemelding fra en advokat som tok opp det hun opplevde var motstrid mot EØS-avtalen, og tok med henvisning til manglende vurdering av fri bevegelighet i sin prosedyre. Hun presiserte at hun kun i beskjeden grad hadde hatt mulighet til å gå dypt inn i problemstillingene grunnet omfanget av forberedelsestid man får til rådighet som forsvarer.

²⁶ Det presiseres igjen at dette ikke har vært kartlagt gjennom intervju med forsvarere i sakene.

ring av tilståelsen opp imot skyldkravet i de aktuelle bestemmelsene uteblir, men også at det ikke kommer inn en advokat som vil se på saken ut ifra mistenktes/siktedes ståsted. Det vises i så måte til omtale vedrørende saksgangen i sakene.

Kun i enkelte av tilståelsessakene har det vært oppnevnt forsvarer, og da først for tingretten jf. straffeprosessloven § 100 annet ledd²⁷.

I mange av sakene har imidlertid siktede ikke vært representert av forsvarer overhodet. Både hensynet til en nøytral etterforskning og rettsikkerhet for mistenkte, forutsetter at han bør få tilstrekkelige muligheter til å få frem dokumentasjon, opplysninger m.v. evt. taler mot den anmeldelse og det grunnlag Nav har presentert, og i tillegg må det forsikres at mistenkte har *forstått* at dette kan/bør gjøres, istedenfor å evt. bare tilstå og bli ferdig med saken. Det vises igjen til disse personenes særskilte situasjon, samtidig som det er snakk om alvorlige lovbrudd, der det i flere tilfeller er idømt ubetinget fengsel.

Spørsmålet i nærværende sak er imidlertid ikke om omfattende bistand fra forsvarere kunne ha bidratt i større grad til å ivareta mistenktes interesser, men om dette ville fått betydning for muligheten til avdekking av manglende overensstemmelsen med EØS-retten. Dette må vurderes opp imot hvilke muligheter en forsvarer har til å kunne se problemstillingen.

Omfanget av en eventuell forsvarerbistand

Spørsmålet om EØS-rettens betydning har i liten grad vært tatt opp i disse sakene. Spørsmålet blir derfor om en økt oppnevning av forsvarere ville ha utgjort en forskjell.

Med utgangspunkt i at problemstillingen i liten grad er reist i disse sakene, er det ikke uten videre grunn til å konkludere med at dette ville ha blitt påberopt av forsvarer dersom det var oppnevnt forsvarere til alle rettsmøter gjennomført som tilståelsessaker.

Dette handler ikke nødvendigvis om manglende evne til å ta EØS-retten i betraktning, men også hvilke muligheter en forsvarer har til å gjøre omfattende og dyptgående vurderinger av rettslige problemstillinger, ut over «vanlig» strafferett og straffeprosess. Blant annet viste en advokat som *hadde* tatt opp spørsmålet om EØS-rettens betydning, til utfordringen med at forsvarere i

svært beskjedne grad får betalt for forberedelser. Dette gjelder særlig i tilståelsessaker, der det omtrent ikke dekkes forberedelsesarbeid. I meddommersaker er det også som hovedregel få muligheter til å gjøre grundige forberedelser, særlig sett hen til at meddommersakene dette medlemmet har hatt mulighet til å se på, er gjennomført på under en rettsdag.²⁸ Det vises for å belyse dette til forsvarerens mulighet for bistand i henhold til «stykkprisforskriften» som i all hovedsak legges til grunn for advokatenes salær:

Straffesaker som gjennomføres ved hovedforhandling

I henhold til stykkprisforskriften²⁹ § 7 dekkes opptil 4 timer forberedelser til straffesaker som gjennomføres på 2 timer eller mindre i retten, og inntil 4,5 timers forberedelse dersom saken varer inntil 3,5 timer. Dersom saken varer inntil én dag i retten, honoreres 2,25 ganger antallet timer i retten (inkludert selve tiden i retten). Dette innebærer en hovedforhandling som tar 7,5 timer, gir rundt 9 timers forberedelse. I tillegg bemerkes at domstolene i enkelte tilfeller trekker ifra lunsjpausen i stykkprisgrunnlaget.

Forberedelsene skal inkludere alt av kontakt med mistenkte/siktede, innhenting og gjennomgang av (gjerne mange hundre sider) dokumenter, kontakt med påtalemyndighet og domstol, vurdering av, og evt. innhenting og framlegging av bevis, og forberedelse av hovedforhandling, herunder prosedyre, partsavhør (tiltaltes egen forklaring), vitneavhør og juridisk utdrag (og øvrig gjennomgang av rettskilder m.v.). Ettersom det i enkelte saker tas med foreldede tilbakebetalingskrav som erstatningskrav, må disse også forberedes behandlet, etter erstatningsrettslige regler. I sakene må det gjerne foretas en gjennomgang av rettspraksis både hva gjelder straffenivå, straffe-reaksjon, og omfang av erstatning.

Dette viser at omfanget av tid forsvarere har til rådighet, sett opp imot alt som må forberedes, er svært begrenset. Grunnet timesatser for arbeid for det offentlige, opp imot gjerne tredoble timesatser for advokater i sivile saker, er det heller ikke særlig rom for omfattende «gratisarbeid», eller å satse på en utvidelse av stykkprisen, noe som sjelden innvilges av retten. Det antas derfor

²⁷ Det har ikke vært undersøkt om det er forsvarer som har begjært seg oppnevnt, eller om det er domstolene som har oppnevnt av eget initiativ/evt. etter anmodning fra påtalemyndigheten ved oversendelsen.

²⁸ Det har ikke vært mulig for dette medlem å fremskaffe en fullstendig oversikt over dette jf. tilmålt tid, men dette antas å generelt være av mindre betydning for framstillingen.

²⁹ Se forskrift 12. desember 2005 nr. 1442 om salær fra det offentlige til advokater m.fl. etter faste satser (stykkpris-satser) ved fri rettshjelp og i straffesaker (stykkprisforskriften).

at mulighetene til å se den EØS-rettslige problemstillingen i arbeid ihht. stykkprisen er begrenset.³⁰ Det at forsvarer selv må bære risikoen for avslag på en begjæring om salær etter medgått tid, medfører at forsvarere gjerne kvier seg for å gjøre omfattende rettskildesøk, og juridiske utredninger i sakene.

Tilståelsessaker

I tilståelsessaker gis det totalt 4,5 timers dekning i saker som varer inntil 1,5 timer. De fleste tilståelsessakene gjennomføres på kort tid, og det er derfor som oftest snakk om i alt 3 timers forberedelse.³¹

Ettersom siktede har tilstått, og samtykket til gjennomføring som tilståelsessak, vil forsvarers arbeid i hovedsak bestå i støtte til klienten i saken, samt arbeid med å trekke fram de formildende omstendighetene i saken. Dette innebærer at det er usikkert om flere oppnevninger av forsvarere i tilståelsessakene hadde bidratt til å avdekke relevante EØS-rettslige problemstillinger.³²

Ankesaker

Forsvarerens disponible tid til forberedelse i ankeforhandling, især der han har bistått tiltalte under tingrettens behandling av saken er også svært begrenset. Hovedregelen er at det kun gis dekning til 3 timer til utferdigelse av anke (støtteskriv), og dette kun i saker der hovedforhandlingen har vart i 9 timer eller mer.³³ Dette innebærer at forsvarer i liten grad har mulighet til utførlige undersøkelser i forbindelse med en anke/ankebehandling.³⁴

Generelle vurderinger og læringspunkt

Dersom forsvarerbistand skulle bidratt til avdekking av de EØS-rettslige problemstillingene i

større grad, ville ikke nødvendigvis et økt antall oppnevninger til rettsmøtene bidra i vesentlig grad.³⁵

Det som eventuelt kunne sees nærmere på er om oppnevning av forsvarer på etterforskningsstadiet/ifm. avhør, jf. påtaleinstruksens § 8-1 a jf. straffeprosessloven § 100 annet ledd, kunne bidra til å avdekke juridiske problemstillinger i større grad. Dekning av bistand på etterforskningsstadiet honoreres normalt etter faktisk medgått tid, jf. salærforskriften.³⁶ Økt forsvarerbistand på etterforsknings/avhørsstadiet vil kanskje gi større tid og rom for vurderinger også opp imot EØS-rettslige problemstillinger, og evt. mer omfattende vurderinger av EMK der dette er relevant.³⁷

For stykkprissakers vedkommende, særlig i saker med en stor dokumentmengde, men kort varighet av rettsmøtet, er svært liten tid til å gjennomgå dokumenter. Til og med dette medlemsgjennomgang av *en enkelt sak* i mottatt sakskompleks ville overstige dette. Forberedelsestiden skal som nevnt i tillegg omfatte alt annet av forberedelser, og det oppfattes gjerne slik at det i realiteten ikke forventes at forsvarere i detalj gjennomgår dokumentene.³⁸ Det må også tas i betraktning at saker ofte gjennomføres på mindre tid enn først antatt (der det gjerne tas med en sikkerhetsmargin mht. omfanget av tid til rettsmøtet), og derfor en fare for å få mindre forberedelsestid dekket, noe som medfører at forberedelsestid ihht. opprinnelig anslått berammelsestid kanskje heller ikke utnyttes fullt ut, nettopp da sakene erfaringsmessig går raskere.

Dette stiller seg annerledes i andre typer bedragerisaker, der det kan være snakk om beramning over mange dager, uker og måneder. I slike saker vil det innvilges fri sakførsel etter faktisk medgått tid. Også i disse sakene må imidlertid forsvareren godtgjøre at alt arbeid har vært *rimelig og nødvendig*, jf. salærforskriften § 7, for å unngå kutt i salær. Nettopp bruk av tid til retts-

³⁰ Dette betyr imidlertid ikke at det samme nødvendigvis er gjeldende for muligheten til å se nærmere på grunnlaget for skyld m.v. eller å eventuelt se likhetstrekkene mellom formuleringer, dokumenter m.v., opp imot de individuelle forholdene, dersom man har mange slike saker for retten.

³¹ Disse forberedelsene er langt på vei de samme som i dommersakene, og dokumentmengden er gjerne langt på vei den samme. Omfanget av prosedyren er imidlertid kortere, og det er normalt sett ikke vitneavhør.

³² Selv om dette medlem i høyeste grad mener at det bør oppnevnes flere forsvarere også i tilståelsessaker.

³³ Der også formålet i praksis er å argumentere for hvorfor lagmannsretten skal ta saken inn til behandling.

³⁴ Og arbeid også evt. må foretas innenfor oppnevningen i saken i tingretten.

³⁵ Se dog noten over, samt vurdering i punkt i.

³⁶ Se forskrift 3. desember 1997 om salær fra det offentlige til advokater m.v. (salærforskriften), selv om det også i slike saker gis begrensede muligheter til bistand (enkelte saker kun til avhør, i andre saker ytterligere bistand, men tidsbruk må også godtgjøres i detalj overfor retten).

³⁷ Økt mulighet til bistand på etterforskningsstadiet vil også gi mistenkte bedre sjanser til å ivare sine generelle interesser, både hva gjelder tilståelse, innholdet i denne, muligheten til å klare å gjennomføre avhør dersom dette opplevs som svært vanskelig for mistenkte, samt for å skape et bredere bevismessig bildet av saken.

³⁸ Noe det bemerkes at det i enkelte straffesaker ikke nødvendigvis er et stort behov for

kildesøk, gjennomgang av rettspraksis og juridiske utredninger kan være arbeid domstolene anser ut over det som er rimelig/nødvendig. Det er imidlertid et paradoks at i store bedragerisaker med gjerne omfattende etterforskning (gjerne over år), med betydelige prosessuelle omkostninger for påtalemyndigheten og domstolene, gis mistenkte et bedre rettsvern gjennom økt bistand til forsvarer. I trygdebedragerisakene, der gjerne ressursvake og/eller alvorlig syke personer, som både har mistet inntektsgrunnlag, fått tilbakebetalingskrav de ikke kan innfri, og samtidig tiltales/siktes for grove bedrageri og evt. falsk forklaring, gis det i svært liten grad mulighet til omfattende forsvarerbistand.

Gjennom at advokater kvier seg for å påta seg slike oppdrag av frykt for gratisarbeid, når i tillegg den tid som honoreres skjer etter satser som gjerne ligger under halvparten av deres ordinære satser, blir videre *tilgangen* på advokater svært begrenset.

18.3.7 Kort om andre momenter, funn og læringspunkter

Innledning

Av hensyn til omfang, samt direkte relevans opp imot mandatet, kommenteres helt kort enkelte andre tema som har kommet opp i forbindelse med granskningen, for å synliggjøre «alle sider» av sakene jf. mandatet.³⁹

Fare for «tilståelsespress»

I enkelte saker kan mistenkte oppleve et «press» for å tilstå, noe berørte personer ga uttrykk for i samtaler med utvalget, selv om dette ikke nødvendigvis er like tilsiktet fra avhørers side som det oppleves for mistenkte. Samtidig er mistenkte i liten grad representert av forsvarer på avhørstidspunktet, og har derfor ikke nødvendigvis hatt mulighet til å rådføre seg før tilståelse og evt. samtykke til gjennomføring som tilståelsessak. Dette kan oppleves som eneste mulighet til lavere straff og evt. å unngå ubetinget fengsel. Personer utvalget snakket med nevnte nettopp at de opplevde press for å tilstå, der en person også fortalte om gjentatte oppfordringer fra Nav om å tilstå, for å komme seg videre.

Dersom det i en sak der Nav Kontroll har anmeldt en *forsettlig* overtredelse, mens mistenkte

forespeiles muligheten for domfellelse for en uaktsom overtredelse, kan dette ytterligere bidra til et tilståelsespress.

Dersom mistenkte opplever et «tilståelsespress» som i disse tilfellene, kan man fort bevege seg i retning av en form for «plea bargaining» istedenfor strafferabatt ihht. straffeloven 1902 § 59, eller straffeloven 2005 § 78. Dette bekreftet også tidligere riksadvokat i samtale med utvalget.

Saker registrert på andre straffebud, samt ikke oversendte saker

En av svakhetene utvalget har fått beskjed om er at domstolenes datasystem registrerer sakene inn under et bestemt straffebud, og det kan derfor finnes saker der det er snakk om flere tiltaleposter, men saken er registrert på andre straffebud og derfor ikke funnet ved domstolenes søk. Videre er det ikke alle domstoler som har gjennomgått og oversendt sakene, både av tidsmessige hensyn, og av kapasitetsmessige årsaker.

Av disse grunner, samt evt. også andre grunner, kan det derfor finnes domfellelser for trygdebedrageri og/eller falsk forklaring grunnet reiser i EØS-området, uten at dette er tatt med i utvalgets oversikt/gjennomgang.

Frifinnelser

Selv om en siktet/tiltalt er frikjent, enten for enkelte tiltaleposter, eller frikjent helt, kan det være grunn til å se nærmere også på slike dommer, både av hensyn til årsaker til frifinnelser, den praksis som er lagt til grunn, gjennomføringen av saken m.v. Det kan uansett være aktuelt med erstatning for uberettiget straffeforfølgelse i sakene.

Henleggelse

Det antas at det kan foreligge saker der Nav har anmeldt et trygdebedrageri og/eller falsk forklaring, men påtalemyndigheten har henlagt saken eller deler av den. Dette innebærer ikke bare at det kan være tale om personer som er utsatt for uberettiget anmeldelse, men at de i verste grad har forberedt seg på en ubetinget fengselsstraff dersom henleggelsen har kommet kort tid før berammet rettsmøte. I slike tilfeller kan henleggelsen oppleves verre enn en frifinnelse, når man likevel er forberedt på å møte i retten og bevise sin uskyld.

Det er grunn til å påpeke at en straffeforfølgningen i seg selv kan medføre betydelige påkjen-

³⁹ Der andre relevante instanser evt. må vurdere spørsmålene.

ninger uansett om vedkommende i utgangspunktet er skyldig eller ikke. Med tanke på at det i de aktuelle sakene er tale om personer med sykdom, også psykisk sykdom, antas belastningene å iallfall ikke være mindre. I tillegg er de som regel fratatt sine trygdeytelser og/eller har fått tilbakebetalingskrav. Det å plutselig, midt i dette, bli kontaktet av politiet for et avhør grunnet en bedragerianmeldelse, kan ha fått betydelige konsekvenser selv om saken eventuelt har endt med en henleggelse.

Videre er det grunn til å særlig bemerke at en henleggelse fra politiet, *på bevisets stilling*, i praksis sees på som en sak der politiet mener at det er klart at vedkommende er skyldig, men at bevisene ikke er tilstrekkelige for å kunne domfelle.⁴⁰ Dette er derfor belastende å ha «hengende ved» seg, når vedkommende aldri får mulighet til å faktisk renske seg. Dette innebærer at påtalemyndigheten bør gjennomgå henleggelse i aktuelle saker.⁴¹

Det bør også sees på om det kan være snakk om saker med påtaleunntatelse, utsettelse, eller andre særskilte reaksjoner.

Erstatning for uberettiget straffeforfølgelse

Utvalget skal ikke gå inn i de erstatningsmessige forholdene i sakene, men det bemerkes at det også må foretas en vurdering av sakene, opp imot grunnlag for erstatning for uberettiget straffeforfølgelse jf. straffeprosessloven kapittel 31. Dette gjelder ikke bare i saker der personer er domfelt, og i verste fall har sonet ubetingede fengselsstraffer, men også i andre saker der *straffeforfølgningen* har vært urettmessig, herunder både frifinnessaker og henlagte saker. Personer utsatt for uberettiget straffeforfølgelse kan få innvilget fri rettshjelp, jf. straffeprosessloven § 450.⁴²

Sivile krav samt sakskostnader

Dersom det av påtalemyndigheten vurderes at saker ikke skal gjenopptas dersom utenlandsopphold i EØS antas å ha hatt liten betydning for straf-

fen, må det også sees hen til de øvrige forhold i sakene, samt eventuelt sivilt krav, og konsekvenser av at vedkommende også har måttet erstatte eventuelle foreldede krav. Det samme gjelder for eventuelle andre følger, herunder sakskostnader (idømte og evt. egne til forsvarerbistand).

Andre punkter som bør sees på av forvaltningen

Forvaltningen har allerede påstartet gjennomgang av saker med tilbakebetalingskrav grunnet utenlandsopphold. Det antas imidlertid at det også foreligger et betydelig antall saker der personer kan ha unnlatt å søke om ytelse da de har antatt at utenlandsopphold ikke godkjennes, evt. at de ikke har hatt tid til å vente på søknad om godkjenning av utenlandsopphold og derfor avstått fra å søke, eller der personer har krysset av for «annet fravær» og derfor ikke mottatt ytelse for disse tidsrommene. Slike saker kan være vanskelig å avdekke, men det bør foretas en vurdering på hva som skal/kan gjøres i så måte.

Saker om opphold utenfor EØS

Ihht. allerede gjennomgåtte forhold i særmerknaden, samt gjennomgangen av dokumenter i det følgende, bør det også tas en vurdering opp imot saker der personer er dømt for opphold i land utenfor EØS-området, på bakgrunn av de allerede avdekkede punktene i den generelle gjennomgangen av grunnlaget for straffedommene.

18.3.8 Særlig om enkelte av dokumentbevisene i sakene

Innledning

Det vises til tidligere redegjørelse for det bevismessige grunnlaget, anmeldelsesmaler m.v., og avgrensninger mot hva som har vært mulig å gjøre og ikke for dette medlem i granskingen. Etter å ha gjennomgått utkast til kapittelet gjorde medlemmet selv en nærmere gjennomgang straffesaksdokumentene, og gjorde i denne gjennomgangen en del funn som dette medlem finner grunnlag for å trekke særskilt fram. Disse funnene kan også få betydning for saker ut over EØS-sakene. Det bemerkes i så måte at det også er foreslått å *ikke* gjenåpne saker som er mottatt, da «EØS-biten» av utenlandsoppholdene ikke er vurdert å ha stor betydning for straffen, og dette kan derfor *indirekte* få betydning for enkelte EØS-saker der opphold i land utenfor EØS har vært det førende for omfanget av straff, eller i

⁴⁰ Dersom det i sivile saker innhentes fullstendige politidokumenter, f.eks. i barnevernssaker eller foreldretvister, vil det gjerne fremgå at personen f.eks. ble anmeldt for grovt bedrageri og falsk forklaring, men at saken ble henlagt på bevisets stilling.

⁴¹ Herunder henleggelse for enkelte tiltalepunkt, deler av forhold m.v.

⁴² Dette vil derfor være andre erstatningsmessige vurderinger enn de som eventuelt foretas grunnet urettmessig tilbakebetaling, og direkte eller indirekte tap for berørte personer som følge av dette.

saker der kun deler av de «straffbare» forholdene har skjedd etter 2004-forordningen trådte i kraft.

Plikten til å gjøre seg kjent med opplysninger

I alle sakene er det lagt til grunn en streng plikt til å sette seg inn i den informasjon Nav mener at brukeren har fått, og forståelsen av dette opp imot anført plikt til å søke om godkjenning før utenlandsreiser (der ytelse fortsatt mottas). Det er nettopp den manglende forståelsen av sine plikter, eller det som vurderes som bevisst unnlattelse av å etterleve pliktene, i hensikt å skaffe seg en ytelse man ikke hadde krav på, som i hovedsak er grunnlag for domfellelse (sondring mellom skyldgrader omtales i kapittel 12). Ved observasjoner av at dette er henvist til i maler for anmeldelse, og fremgår av dokumentene, er det derfor grunn til å se nærmere på dette materialet. Det vises også særskilt til at det fremkommer et ytterligere moment i retning av at det iallfall på enkelte tidspunkt, om enn i begrenset grad, har vært snakk om en praksis som kan ha vært i tråd med EØS-retten, men der de etterfølgende anmeldelsene legger til grunn en praksis som strider mot den egentlige praksis som fremkommer av dokumentene. Dette kan eventuelt ha noe med både bruk av anmeldelsesmaler å gjøre, og evt. dersom rundskrivene har gitt andre føringer for de som har vurdert sakene, enn det som i realiteten har fremkommet av øvrige dokumenter m.v.

Opplysninger mistenkte har fått fra Nav

Det er i hovedsak to kategorier opplysninger som er gitt. Det ene er opplysninger brukerne har fått i vedtak/vedlegg til vedtak, mottatt skriftlig. Det andre er opplysninger som har vært tilgjengelig på nett (det er ikke sett nærmere på håndskrevne meldekort). I tillegg kan det, som presisert, være gitt opplysninger muntlig, noe det tas forbehold om. Samtidig er det i stor grad skriftlige bevis som har medført domfellelser, særlig for tilståelses-sakenes vedkommende.

Ut over disse særskilte opplysningene har også brukerne til en viss grad mulighet for å selv undersøke lovtekst, som vi både har erfart at har vært misvisende (iallfall til tider), samt at mye kun fremgår av rundskriv, EØS-avtalen og forordninger, som er vanskeligere tilgjengelig for publikum. I tillegg ser det ut til at praksis, iallfall til en viss grad, har vært avvikende fra også rundskrivene, noe som har gjort det tilnærmet umulig for brukeren å få en reell oversikt på egen hånd.

Videre bemerkes det at Nav før omleggingen i 2010, ser ut til å ha hatt en praksis om at det har vært tillatt å oppholde seg utenlands, iallfall for enkelte av ytelsene som ble slått sammen til dagens AAP. Det ser imidlertid ut til at de skriv om overføringen til AAP som brukerne mottok i overgangsfasen, i liten grad har synliggjort det nye kravet som plutselig er stilt både til søknad, godkjenning og varighet av opphold. Videre ble det først i 2018 inntatt et krav om søknad i loven, og dette søknadskravet har derfor vært vanskelig tilgjengelig og/eller forståelig.

Ettersom dokumenter mottatt i papir ikke nødvendigvis alltid er like lett å finne igjen, samtidig som det i dagens samfunn gjerne i hovedsak søkes etter opplysninger på internett (noe som alminnelig anses for å være mest oppdatert), vil nettopp den informasjonen brukerne finner på Navs nettsider festes lit til. Ved utfyllingen av meldekortene, er det naturlig å tenke at «veiledning til utfylling av meldekort» vil gi best veiledning til utfyllingen av meldekortene (!). Dersom brukerne har forholdt seg til denne veiledningen, bør det også normalt sett kunne anses at de har vært så aktsomme som det kan være grunn til å forvente, uavhengig av standardinformasjon e.l. de kan ha mottatt tidligere. – særlig med tanke på at enkelte brukere har mottatt en mengde ulike dokumenter og bilag, og det kan være vanskelig å få oversikt. Det er derfor grunn til å gjennomgå særskilt de faktiske opplysningene brukerne har mottatt:

Meldekortene

Teksten i meldekortene

I AAP-sakene der personer er anmeldt etter utenlandsopphold, er det først og fremst meldekortene som har medført grunnlag for anmeldelse. Dette da meldekortene er registrert sendt fra utlandet, jf. IP-adressesøk.

Ved gjennomgang av straffedokumentene ble det derfor sett nærmere på de mange meldekort som var fremlagt, og den veiledningen til utfylling som var gitt.

Det ser ut til at det er snakk om to ulike meldekort innenfor det aktuelle tidsrommet. Det kan se ut til at endringen fra gammelt meldekort til nytt meldekort skjedde i starten av 2014.⁴³

⁴³ I en sak der det er fremlagt nettbaserte meldekort fra 2010 av, har dette meldekortet vært brukt helt fram til slutten av 2013. I en annen sak der det var snakk om meldekort fram til 2016, men at dette er noe annerledes i dag

I de undersøkte sakene er det snakk om forhold i hovedsak før 2014, og det har derfor vært mest omfattende vurderinger opp imot faktisk utfylling av «gamle» meldekort. Den mottatte anmeldelsesmalen omhandler imidlertid ordlyden gjeldende meldekort, noe som gjør en helhetlig framstilling vanskelig.

De tidligere meldekortene hadde følgende 5 spørsmål:

1. «Arbeidet?»
2. Tiltak/utdanning?
3. Syk?
4. Annet fravær?
5. Fortsatt registrert?»

På disse punktene er det krysset av for «J» eller «N». I tillegg må antall arbeidede timer fylles inn. Det er med andre ord «annet fravær» disse personene eventuelt har krysset av feil på. Spørsmålet blir derfor hva de forsto/måtte forstå at de skulle krysse av på dette punktet.

Veiledning til meldekort

I de gjennomgåtte sakene har dette medlem funnet to ulike veiledninger til utfylling av meldekortene. Den ene veiledningen er datert 2. november 2009, og er på i alt 2 A4-sider. Den andre veilederen som er fremlagt er datert den 14. juli 2014. Det er ingen relevante innholdsmessige forskjeller på disse jf. utenlandsopphold.⁴⁴

I begge veilederne er det gitt veiledning på hvordan meldekortene konkret skal utfylles, og i begge skrivenes fremgår det at det skal krysses «J» for *fravær som har hindret gjennomføring av avtalt aktivitet*. Det står imidlertid ingenting om avkrysning for fravær som er å vurdere som ferie, helgeturer e.l., innland/utland m.v. Det er kun fravær som hindrer de avtalte aktivitetene det vises til. Det er videre gitt oversikt over de situasjoner der det også kan gis tillatelse til fravær, *selv om dette går ut over avtalt aktivitet*.

Dette innebærer med andre ord at hverken de gjennomgåtte meldekortene, eller veiledningene til disse, har gitt noen form for antydning om at det skal krysses «J» for reiser som ikke har medført fravær fra avtalt aktivitet. Det er i veilederne vist til aktivitetsplanene som er inngått, eksempli-

fisert med: «*Dette kan for eksempel være når du tar ferie i periodene du skulle ha vært på tiltak/behandling*».

Det bemerkes at mange av de aktuelle aktivitetsplanene i gjennomgåtte saker har hatt målsetting om å skaffe arbeid, og aktivitetene har bestått i medisinske behandlinger, utprøving av medisin, eller å sende søknad om jobb eller praksisplass. Det er ikke funnet vurderinger av om dette ikke har vært mulig ifm. utenlandsoppholdene⁴⁵.

Oppsummering/funn ifm. meldekort

Ut ifra meldekortene, og veiledningen til meldekortene, ser det ut til at det eventuelt er vanskelig å forstå at det «må» krysses «J» på «annet fravær», dersom aktivitetsplikten i aktivitetsplanen er overholdt. Det sies heller ikke noe om søknad om samtykke i slike saker, så lenge aktivitetsplikten overholdes. Det er med andre ord ingen indikasjoner i veiledningen som tilsier at det kan bli snakk om både tilbakekreving og anmeldelse for grove lovbrudd dersom man i disse tilfellene krysser «N».

Videre skilles det ikke særskilt mellom utenlandsopphold og reiser innenlands i meldekort/veiledning. Dette innebærer at meldekortene både gir uttrykk for en praksis som ihht. sin ordlyd kan være i overensstemmelse med EØS-retten, og i tillegg gi tilsvarende rettigheter også for personer som har reist i andre land enn i EØS-området. Dette er det derfor særlig grunn til å framheve, opp imot eventuell gjennomgang av også andre saker. Det er således ikke lagt opp til et skille i denne teksten som ihht. sin ordlyd ville forskjellsbehandle reiser i innland og reiser i utlandet (eller i land innenfor/utenfor EØS-området).

Det er også i bevismaterialet funnet en «screenshot» av meldekort fra mars 2014, og fra 2015, der teksten i avkrysningen er endret til «*ferie eller fravær slik at du ikke har kunnet gjennomføre avtalt aktivitet*». I en «boble» med veiledningstekst som kan hentes fram, er det i denne perioden vist til *fravær som hindrer aktivitet*, og i tillegg fravær som gjør at man ikke er tilgjengelig for Nav. Det er ikke redegjort nærmere for hva det vil være si å være tilgjengelig for Nav og ikke, dersom man er påpasselig med å følge opp alle foreslåtte tiltak og aktiviteter m.v., og evt. reiser hjem ved behov. Sett hen til selve veiledningen for utfylling (eget skjema/info på hjemmesiden), må det vurderes om dette har gitt grunn til å tenke annerledes enn før

⁴⁴ Dette medlem er gjort kjent med at det i dag står «Har du hatt ferie eller fravær slik at du ikke har kunnet ta arbeid eller gjennomføre avtalt aktivitet?» i meldekortet, og at det i «informasjonstekst» som man kan hente fram, er en noe annen tekst, herunder oppdatert ifht. EU/EØS, men fortsatt er det nevnt et premiss om at fraværet har gjort at man ikke er «tilgjengelig for NAV».

⁴⁵ Men det utelukkes selvsagt ikke at dette kan være vurdert, og ha fått betydning i saken.

denne «informasjonsboblen» var mulig å få fram. Det er ikke funnet brev, dokumenter e.l. som har gitt brukerne detaljinformasjon om noen form for endringer, og veiledningen viser som nevnt fortsatt til aktivitet og tilgjengelighet.

Skriv i forbindelse med overgang til AAP

Et annet dokument som er lagt til grunn som «bevis» for at brukeren har fått informasjon om konsekvenser av utenlandsopphold, er et standardskriv datert den 13. oktober 2009, som omhandler endringen til AAP fra 1. mars 2010. I dette brevet, som ble sendt ut til alle mottakere av tidsbegrenset uførestønad, ble konsekvensene for vedkommende gjennomgått, ifm. at tidsbegrenset uførestønad, attføringspenger og rehabiliteringspenger, som da ble slått sammen til arbeidsavklaringspenger fra 1. mars 2010. Ihht. brevet skulle det være en overgangsordning ut 2012, før disse personene gikk over på ytelsen AAP. Dette gjelder for flere av de sakene der straffesaksdokumentene er mottatt.

Det er i skrevet tatt med et eget punkt med overskriften: «Overgangsregler- barnetillegg, friinntekt, honnørkort og opphold i utlandet». I avsnittet gjennomgås eventuelle endringer (for personer med tidsbegrenset uførestønad). Det presiseres følgende: «*Du kan oppholde deg i utlandet så lenge overgangsreglene gjelder. Forutsetningen er at dette ikke er til hinder for avtalt aktivitet*». Det er imidlertid fortsatt ikke sagt noe annet enn at det er aktivitetsplikten som må overholdes, og dette viser at det i alle fall ut 2012 var gitt skriftlig informasjon om mulighet til å reise utenlands, så lenge dette ikke brøt med pliktene.⁴⁶ Det bemerkes at det ikke har vært mulig å få gjennomgått tilsvarende standardbrev som ble sendt til mottakere av de andre ytelsene som ble slått sammen til AAP. Det fremgår ikke av nytt vedtak om AAP for disse personene at det faktisk har skjedd en endring, eller at det er nye krav som stilles, men snarere at disse personene også har mottatt «standardvedtak» med vedlegg etter overgangen.

Vedtak om AAP

Den siste hoveddelen av «standarddokument» som er vedlagt anmeldelsene⁴⁷ er selve vedtakene, og vedlegg til disse (ifølge anmeldelsene).

⁴⁶ Dette har heller ikke vært knyttet opp imot EØS-land, og antas derfor å ha vært gjeldende for alle.

⁴⁷ I tillegg til standardvedlegg til anmeldelser der lovtekst er kopiert, fullmakt ifht. påtale er gitt m.v.

Det må ved vurderingen av disse skilles mellom selve vedtakene, og vedlegg/infoskriv med ulike dateringer. Det presiseres at det ikke er undersøkt om disse rent faktisk er mottatt, og/eller om det kan finnes andre slike skriv fra ulike tidspunkt.

Det vises imidlertid til at det i mange saker er sendt en mengde vedtak, endringsvedtak, standardskriv m.v. og at det derfor er mottatt omfattende mengder dokumenter. Dersom det er motstridende informasjon i disse, og brukeren forholder seg til feil skriftlig informasjon, stilles det spørsmål ved om dette er tilstrekkelig til å konstatere forsettlig eller grovt uaktsomt bedrageri og/eller falsk forklaring.

Eksempler på vedtak:

- Vedtak om tidsbegrenset uførestønad fra 2008: Fravær, reiser m.v. nevnes ikke.
- Vedtak om AAP etter konvertering fra ovennevnte ytelse, av 2010: Vedtaket nevner ikke noe om endringer i adgang til utenlandsopphold, søknadsplikt, begrensninger, reiser e.l.
- Endringsvedtak AAP 2013: Vedtaket nevner endringer, mulige framtidige endringer som må meldes ifra om, aktivitetsplikter, konsekvenser ved uriktige opplysninger m.v. men ingenting om ferie, eller utenlandsreise.
- Vedtak AAP 2014: vedtaket er på 3 sider totalt. På side 1 nevnes punkter man må være særskilt oppmerksom på, og her nevnes ikke ferie, utland m.v. Fravær nevnes ikke overhodet i vedtaket, men det nevnes at uriktige opplysninger kan føre til tilbakekreving og straffansvar.
- Forlengende vedtak AAP 2015: vedtaket er kortet ned til 2 sider, men nevner fortsatt ikke noe om utenlandsopphold, ferie eller lignende.

Heller ikke i vedtakene, som antas å være en primærkilde til informasjon, sies det noe om krav til å melde ifra ved reiser, begrensninger i utenlandsopphold eller lignende. Også her er det oppfølging og aktiviteter som nevnes. Dette er imidlertid også dokumenter som gjennomgående er benyttet som *bevis* for å konstatere både forsett, vinnings hensikt og uaktsomhet. Det stilles imidlertid spørsmål også ved dette, ikke bare i EØS-saker, men andre saker.⁴⁸

⁴⁸ Det bemerkes at en av sakene som gjaldt begge ytelsene, og omfattende utbetalinger over flere år, ble avsluttet ikke gjenopptatt, fordi andelen av opphold i EØS-land (dog i hovedsak i Europa) ikke hadde tilstrekkelig betydning for straff, herunder erstatningskravet knyttet til foreldete tilbakebetalingskrav. Dette viser nettopp relevansen av gjennomgangen for saker som opprinnelig rammes av feilvurderingene ifht. 2004-forordningen og EØS-reglene.

Vedlegg til vedtak

Det har ikke vært mulig å undersøke, og gjennomgå alle vedlegg til ulike vedtak opp igjennom, men ettersom både vedtakene, meldekortene og meldekortsveilederne har vært tilnærmet like, er det grunn til å tro at det samme kan gjelde for bilag til vedtakene. Sammenholdt med funnene for de andre bevisene, som i stor grad har medført grunnlaget for skyldvurderingen, må det eventuelt sees på om vedleggene til vedtakene kan ha såpass detaljerte henvisninger til regler at det likevel kan være grunnlag for å konstatere at disse brukerne har mottatt utvetydig informasjon om krav til opphold, søknadsplikt, og eventuelle konsekvenser av brudd på dette. Dette medlemmet har derfor kort sett på enkelte vedlegg, relevant informasjon og eventuelle forskjeller:

«Arbeidsavklaringspenger», datert 02.11.09: Skrivet er på 2 forholdsvis tettskrevne sider der det redegjøres i detalj for utfylling av utført arbeid m.v. Under eget punkt om «Spørsmålet om ferie/fravær», står det at fravær som hindrer avtalt aktivitet må meldes ifra om. Det sies ikke noe om fravær som ikke er til slikt hinder, eller utenlandsreiser særskilt, og ingenting om søknadsplikt.

«Orientering om rettigheter og plikter – arbeidsavklaringspenger og tilleggsstønader». Skrivet er datert 01.02.10, og har i så fall vært gjeldende for nye søknader som ikke var omfattet av overgangsordningen ut 2012. Under punktet «Opplysningsplikt», er det noen innledende merknader, og en liste på 12 punkter, med følgende beskjed: «Du må melde fra til ditt NAV-kontor dersom du»... De 12 punktene omhandler ulike ting, herunder fengsel, mottak av andre ytelser, arbeid, sykehusinnleggelse m.v. I straffesakene er kulepunkt 8⁴⁹ ansett som relevant, og påberopt som bevis for skyld. I henhold til dette punktet skal det meldes ifra, til det lokale Navkontoret, dersom vedkommende «skal reise eller flytte til utlandet». Det ser derfor ut til at det er en varslingsplikt, men ingen søknadsplikt det tales om, og det er ikke sagt noe mer om utdypende kriterier i dette punktet. Det er vanskelig å se at denne henvisningen til å gi beskjed til sitt lokal-kontor ved ferie, reise eller flytting, skal innebære at brukeren må forstå at brudd på dette kan få alvorlige økonomiske og strafferettslige konsekvenser.

«Arbeidsavklaringspenger – AAP», skriv av 11. februar 2014. I dette vedlegget, på 3 A4-sider, nevnes for første gang kravet om opphold i Norge, og krav til søknadsplikt (som på dette tidspunkt heller ikke fulgte av lovbestemmelsen om AAP!). Samtidig står det noe misvisende at det tillates utenlandsopphold dersom dette ikke hindrer avtalt aktivitet. Det gis ingen tidsbegrensning på oppholdene ut over «midlertidig».

Oppsummeringsvis ser det ut til at det overhodet ikke er nevnt oppholdskrav, søknadskrav eller lignende før i februar 2014. Det er imidlertid i de fleste av straffesakene sendt en rekke ulike vedtak, infoskriv, brev m.v. forut for dette, samt at det også fra 2014 av oppleves å være motstrid mellom innholdet i vedlegget, og veiledningen til meldekortene. Videre har det også vært motstrid fra 2014 av hva gjelder bestemmelsen i ftrl § 11-3, der det ikke stilles krav til søknad, men derimot er en tidsbegrensning i opphold. Det er også noe besynderlig at oppdatert veiledning til meldekort bare måneder senere gir informasjon som oppleves som motsatt, der det kun er reiser som hindrer avtalt aktivitet som skal varsles.

Oppsummering: dokumentbevis i straffesakene

Etter en nærmere gjennomgang av de mottatte straffesakene, der det ser ut til å i stor grad være snakk om *samme* informasjon gitt til de ulike brukerne, tillates det å stille et spørsmål ved vurderingen av disse som bevis for skyldkonstatering, både for bedrageri og falsk forklaring.

Det ser for dette medlem ut til at det er innholdet i anmeldelsen, og gjengivelsen der, og ikke hva som faktisk er informert om (i allfall i dokumenter), motstridende opplysninger, hva som har vært løpende tilgjengelig som veiledning til meldekortene, omfanget av mottatte ulike dokumenter og opplysninger, eller motstrid med lovbestemmelser på området, som har vært avgjørende. Samtidig er det snakk om til dels ressursvake personer, der det ikke har vært forsvarer inne i bildet (før evt. til rettsmøter), der det er store ulikheter mellom hva som fremkommer i navs vurderinger og rundskriv, hva som er mulig å finne i lovtekst og tilgjengelige internasjonale rettskilder, og ikke minst motstrid mot den skriftlige informasjonen brukeren har mottatt fra Nav. I tillegg ser det også ut til å være klar motstrid mot den veiledningen brukerne har forholdt seg til ved utfyllingen av meldekortene.

Det er også funnet eksempel fra nyere tid på at i allfall lagmannsretten, ved nærmere gjennomgang, enten har funnet vedkommende i «god tro»

⁴⁹ Og evt. punkt 4, om at det må meldes ifra ved avvikling av ferie eller permisjon, selv om dette ikke er trukket fram i «anmeldelsesmalen».

og/eller at det er vist til «rettsvillfarelse».⁵⁰ Det er grunn til å vurdere om dette kan gjelde i større grad enn kun i enkeltsaker.

Det bemerkes imidlertid at selv i saker der personer har fått andre til å sende meldekort fra Norge for å unngå at utenlandsopphold er oppdaget, har det også vært snakk om at personene har mottatt motstridende informasjon. Det kan derfor ikke ubetinget legges til grunn at dette er gjort *i vinnings hensikt*, for å få en ytelse man ikke hadde krav på, dersom en bruker har vært usikker på hva som er riktig/ikke riktig, eller av andre grunner har bedt andre om å sende inn for seg.⁵¹

Dersom det i saker har vært fra f.eks. saksbehandlere om informasjon de mener å ha gitt tiltalte, vil både gitt informasjon, eller hva som ble forstått og ikke gjerne være «ord mot ord». Det samme gjelder for Navs egne notater fra møte.

Dette innebærer derfor at det for de aktuelle sakene i utvalgets sakskompleks, også kan tenkes at de delene av dommene som gjelder forhold før 2012, og/eller opphold i land utenfor EØS også må gjennomgås nærmere.

18.4 Merknad til kapittel 15

18.4.1 Innledning, avgrensning og forbehold

Særmerknaden er basert på skriftlige innspill, endringsforslag og merknader til kapittelet i mai 2020, som deretter er bearbeidet og utdypet noe, også opp imot ytterligere gjennomgang av mottatt materiale i utvalgets database.

Særlig forholdene rundt situasjonen i februar/mars 2019 er det ønsket faglig diskusjon av i utvalget.⁵² Ettersom det ikke har vært tid til slik diskusjon, er disse spørsmålene/vurderingene derfor tatt med i en særmerknaden for å belyse dette nærmere. Videre har dette medlem ønsket å synliggjøre forholdene rundt straffesaker som ikke ble stanset, selv etter at både Nav, direktoratet, departementet og også statsråden var klar over

⁵⁰ Se eksempelvis Borgarting lagmannsretts dom 1. september 2014, LB-2014-9356.

⁵¹ Det må eventuelt også vurderes å se nærmere på saker ut over de saker som kan være rammet av feilpraktiseringen av trygdeforordningen av 2004, eller eventuelle tidligere EØS-saker, ettersom det ikke kan utelukkes at det bevismessige grunnlaget for en skyldkonstatning kan være feil i enkelte saker, især da i tilståelsessaker.

⁵² Medlemmet Midthjell har en rekke ganger anmodet om slik diskusjon, bl.a. i utvalgsmøter den 20. april 2020, 5. mai 2020 og 15. mai 2020, samt i skriftlige oversendelser, og det må derfor tas uttrykkelig forbehold om at dette medlemmets oppfatning av funn i materialet utvalget har mottatt kunne ha vært endret etter eventuelle diskusjoner og innspill fra øvrige utvalgsmedlemmer.

iallfall *muligheten for* feilaktige straffedommer. Det tas, som for særmerknad i kapittel 12, et forbehold knyttet til de undersøkelser det for medlemmet har vært mulig å få til i den tiden som har vært til rådighet i saken, samt de ressurser medlemmet har hatt tilgjengelig. Av hensyn til svært begrensede tidsrammer har ferdigstillelse av særmerknader, samt kapittel 6 måttet prioriteres, på bekostning av muligheter til å gjøre ytterligere undersøkelser, eller tilsvarende undersøkelser knyttet til andre kapitler i rapporten.⁵³

Ettersom det i utvalgsmaterialet ligger en stor mengde e-poster, og referanser til en mengde ulike personer, der kun navn eller mailadresser fremgår, er personer i Nav og/eller direktoratet, delvis henvist til som «direktoratet», og enkelte steder med nærmere betegnelse.

18.4.2 Merknad vedrørende prosessen fra 2018–2019

Generelt

Dette medlem har stilt en del spørsmål rundt prosessen knyttet til behandlingen av sakskomplekset i 2019, særlig med tanke på statsrådets og departementets håndtering. Med forbehold om eventuelle misforståelser som kunne ha vært avklart gjennom diskusjon, gjennomgås en del hendelser særskilt, sortert kronologisk.

Grunnen til at dette medlem ønsker å trekke fram særlig to «hendelser» er at dette ikke i tilstrekkelig grad er belyst i øvrig gjennomgang i granskingsrapporten, med tanke på de momenter dette medlem ønsker å trekke fram. Det oppleves videre at for mye av ansvaret for den feilpraktiseringen som de senere årene har fått alvorlige konsekvenser for enkeltpersoner, legges på Nav, uavhengig av overordnet ansvar. Dette medlem opplever til tider departementet som ansvarsfraskrivende, og at de snarere henviser til at de ikke var klar over direktoratets praksis, og at denne var «hårreisende».⁵⁴

⁵³ Det har heller ikke for dette medlem vært mulig å foreta en kryssjekk opp imot kapittelet eller de øvrige kapitlene for øvrig, herunder oppdaterte forslag til vurderinger og læringspunkter, grunnet prioritering av arbeidet i et svært begrenset tidsrom. Det tas derfor forbehold om slik «overlapping». Det samme forbehold tas for de deler av kapittelet og/eller utvalgets rapport for øvrig, der det eventuelt fremkommer andre vurderinger/læringspunkter/henvisninger, som vil stride mot medlemmets særmerknader, eller fremstillingen i kapittel 6, og derfor burde ha vært kommentert. I så måte vises det til merknader fra utvalgsmedlem Fløistad, knyttet opp imot de vurderinger som fremkommer av kapittel 6.

⁵⁴ Se for øvrig punkt 18.4.2 og 18.4.3 i særmerknaden.

Noen kommentarer knyttet til tiden fram til 2019

En tidligere saksbehandler i Nav har informert utvalget om at oppholdskravet *i praksis* først og fremst har dreid seg om at ikke utenlandsopphold skal forverre sykdom, forløp, hindre kontroll og oppfølging, og at dette er vurdert opp imot ikke-diskrimineringsprinsippet i EØS-retten. Det vises i så måte til særlig kapittel 6 m/ særmerknader, samt dette medlemmets særmerknad til kapittel 12, der innholdet i meldekort m.v. er referert.

Det ble videre fra ovennevnte saksbehandlers side vist til at Nav Klageinstans, i kvalitetsrapporter for både 2015 og 2016, hadde tatt opp at EØS-rettslige problemstillinger var mangelfullt utredet, og ikke tatt stilling til, også for Trygderettens omtalte kjennelser. Det var gjort ulike tiltak for å øke bevisstheten rundt EØS-problemstillinger i Nav, og det ble også sett til utenlandsk rettspraksis (bl.a. Danmark) for å se hvordan dette ble gjort i andre land. Slik dette medlem forsto det fortalte saksbehandleren at han selv ba Trygderetten om å løfte problemstillinger til EFTA-domstolen, ettersom Nav selv ikke kunne gjøre dette. Han fortalte også at flere andre saksbehandlere i Nav helt klart hadde uttrykt at de mente at ftrl § 8-9 ikke var i overensstemmelse med EØS-retten, og at det ofte var dissens i forbindelse med oppdatering/utferdigelse av rundskrivene.

Som vist til i særmerknad til kapittel 6 og 12, ble det økt fokus på å «ta trygdemisbrukere» og å hindre trygdeeksport, herunder intensivering av anmeldelser, fra iallfall 2014.

Det fremkommer av både regjeringsplattformer, og en del av de dokumentene utvalget har mottatt, at ønsket om å hindre trygdeeksport har stått sterkt, noe man også finner en rekke eksempler på ved enkle søk på nett. Dette er også presisert politisk hold etter at statsråden vinteren 2019 ble kjent med feilpraktiseringen. Det er derfor stilt spørsmål fra dette medlem vedrørende om dette fokuset kan ha gått på bekostning av annet arbeid og fokus de senere årene. På spørsmål overfor et av intervjuobjektene til utvalget, ble det imidlertid benektet at *dette* var årsaken til feilpraktiseringen de senere årene.

Som det fremgår av kapittel 15 var det i 2017, fra departementets side, bedt om en gjennomgang av regelverket, der det blant annet ble sett på problemstillinger rundt EØS-borgere og forholdet til trygdeforordningen av 2004, særlig artikkel 21. Det var også mellom departementet og direktoratet diskusjoner mht. om § 11-3 kunne brukes på reiser i EØS, i 2017, uten at dette ble

avklart. Det var videre diskusjoner i «MEL-nettverket» om dette, i 2017–2018.

I brev av 29. november 2017, fra Nav Klageinstans til telsesavdelingen i direktoratet, ble det vist til at de hadde mottatt flere henvendelser om EØS-borgere og forordningen sett opp imot utenlandsopphold. Det ble særskilt påpekt at Nav Klageinstans var usikre på om de norske reglene brøt med EØS-retten. Dette ble også nevnt i kvalitetsrapporten for 2017 (se kapittelets punkt 15.2.2).

I juli 2018 ble et notat fra Nav Klage, vedrørende trygderettsavgjørelser og artikkel 21, samt to mulige tolkningsalternativer (se kapittelet punkt 1.2.3), formidlet til ulike personer i direktoratet. Dette ble tatt med inn i «rettsavklaringsgruppen», der både Nav Kontroll og Nav Klage deltok. På dette tidspunkt var derfor også Nav Kontroll kjent med problemstillingen.⁵⁵ Selv om problemstillingen ifølge de personer utvalget har snakket med, antakeligvis ikke ble oppfattet som viktig, og det tydeligvis var en del uavklarte tolkningsspørsmål, ble *ikke* ansvarlig departement særskilt varslet ifølge mottatte dokumenter.

I 2018 var det omfattende korrespondanse innad i Nav, knyttet til særlig to trygderettskjennelser: TRR 2017-565 og 17-02063 som Nav, ifølge gjennomgått korrespondanse, mente «endret praksis». Det var, i alle fall av enkelte, fastholdt at art. 21 også gjaldt midlertidige opphold, i tillegg til enighet om at *lengre perioder med utenlandsopphold* falt innenfor forordningen. Blant annet i korrespondanse den 20. september 2018, ble problemstillingene og trygderettskjennelsene diskutert. Denne korrespondansen ble videre sendt både til Nav Klageinstans og Nav Kontroll, både til enkeltpersoner og til «styringsenheter».

Etter flere år med uklarhet mht. utenlandsopphold og EØS-retten, sendte Trygderetten et brev til Nav Klageinstans den 19. november 2018, der de viste til at Nav fortsatt ikke hadde endret sin praksis jf. forordningens art. 21, og at Trygderetten derfor ønsket å løfte spørsmål til EFTA-domstolen. De ba i brevet om tilbakemelding på eventuelle spørsmål innen tre uker.⁵⁶

Den 27. november, da saksbehandler i Navs ytelsesavdeling mottok kopi av brevet fra Trygderetten, ble departementet v/pensjonsavdelingen kontaktet, og de to representantene for Nav og departementet diskuterte både anke over trygderettskjennelse (der også lengre opphold var et

⁵⁵ Nav Kontroll utferdiger og sender anmeldelsene, Nav Klage fatter vedtak, blant annet i tilbakekrevingssaker.

⁵⁶ Noe de først fikk etter litt over tre måneder.

tema) og eventuell foreleggelse for EFTA i saker med kortere opphold.

Oppsummering

Det ser ut til at problemstillingene er forsøkt tatt opp og «løftet» på ulike måter ved ulike anledninger, og at oppholdskravene og trygdeforordningen er diskutert, også med departementet, men at departementet ikke ga noen føringer for tolkningen, eller tok tak i problemstillingen selv.

Nav Kontroll har overfor utvalget vært kritisk til manglende informasjon, men har samtidig vært kjent med dialog rundt problemstillingene iallfall fra 2018 av.

Det er i samtaler med utvalget anført at *ingen* forsto alvoret, eller at problemstillingene fikk betydning for pågående straffesaker, selv om nettopp klarhet i regelverket, og ulike syn på praksis var et tema gjentatte ganger, og det bl.a. i Navs årsrapporter har vært presisert hvor mange personer som har blitt *anmeldt*. Eksempelvis var det en egen overskrift i årsrapporten fra 2015 om at det aldri tidligere hadde vært så mange anmeldelser for trygdemisbruk.

Det at det i tillegg er satt mål for tilbakekreving av beløp, har vært fokus på å anmelde «misbruk» og fokus på å hindre trygdeeksport, innebærer at det er vanskelig å forstå at «ingen», på noe tidspunkt forsto at dette kunne ha betydning for straffesaker, før sommeren 2019. Utvalget har mottatt 18 fellende straffedommer fra 2019 og så sent som i april 2019 anmeldte Nav trygdemisbruk grunnet brudd på oppholdskravet.

Trygderettens anmodning, behandlingen av denne, og departementets notat den 20. februar

Samtidig som Trygderettens brev ble diskutert muntlig med departementet den 27. november 2018, ble de aktuelle dokumentene også oversendt departementet, som derfor iallfall i november var både muntlig og skriftlig informert om utfordringer med saker som gjaldt utenlandsopphold på oppimot et halvt år, og saker med «korte» utenlandsopphold.⁵⁷

I brevet til departementet den 20. desember 2018, med overskriften «Adgangen til eksport av kontantytelser innad i EØS – området – spørsmål om forståelse av trygdeforordning 883/2004 artik-

kel 21» ble adgangen til «eksport av kontantytelser» tatt opp, og både Trygderettens brev, de to relevante kjennelsene, samt flere notat om praksis m.v. ble vedlagt. Det ble vist til en vesentlig omlegging av praksis. Det var forut for dette også dialog med departementet i desember 2018.

I møtet den 18. januar 2019,⁵⁸ deltok en rekke personer fra både departementet og direktoratet, herunder ansvarlig for *koordineringen av forordningen i departementet*, ansvarlig for ytelsene, og den samme personen som diskuterte saken med Nav den 27. november.

Etter møtet, utferdiget direktoratet et utkast til brev til departementet, som ihht. tilbakemeldinger i intern e-postdialog den 22. januar hadde «*Fått fram argumenter for hvorfor vi bør «ordne» dette nasjonalt.*

Den 22. januar ble det også sendt en henvendelse fra saksbehandler i ytelsesavdelingen til en rekke «ressurspersoner på AAP», med anmodning om rask tilbakemelding grunnet oversendelse til departementet, og foreleggelse for politisk ledelse. Det ble bedt om tilbakemelding på praksis for korte opphold/ferier, om man fant art. 21 anvendelig i disse sakene, om de mente at det var rom for å ha søknadskrav, og hvilke konsekvenser en anvendelse av art. 21 ville få framover, også mht. økonomi. «Ressurspersonene» varslet at de ikke rakk å svare innen fristen dagen etter.⁵⁹

Den 24. januar kontaktet departementet direktoratet med følgende e-post: «*[...] var opptatt av å få en formell bestilling til dere i denne saken (den er sendt til postmottaket nå), men også for at dere da ev. kan vise til denne bestillingen til Trygderetten for å få utsatt frist/sikre at TR ikke sender over til EFTA.*» Det fremgår av korrespondansen at direktoratet allerede var ferdige med sitt brev da «bestillingen» kom, men at bestillingen medførte at frist for tilbakemelding til Trygderetten ble utsatt på nytt. Samme dag ble tilbakemelding til departementet sendt, antatt den samme tilbakemeldingen som ovennevnte utkast av 22. januar.

Deler av brevet er referert i kapittelet for øvrig, men det ble også uttrykt bl.a. at Nav ikke

⁵⁸ Så vidt dette medlem har sett er det ikke mottatt et referat fra møtet.

⁵⁹ I tilbakemelding fra «team sykefravær», som utvalget imidlertid har mottatt, ble det vist til at *praksis på området er ulik på ulike kontor*. Det ble vist til at de ved utviklingen av den digitale søknadsløsningen hadde sett på «senter for livsinteresse»-vurderingen, og at *EØS-borgere med bosted andre steder ikke har trengt å søke*. De som bodde i Norge og ville reise på ferie, måtte søke jf. § 8-9. De hadde imidlertid vurdert at det ble veldig vanskelig å kommunisere hvem som ikke trengte å søke, og at de derfor hadde kuttet dette ut, slik at alle måtte søke likevel.

⁵⁷ Det ser derfor ut til at departementet var kjent med nettopp den praksis som personer i departementet har beskrevet som «hårreisende», og noe de ville tatt tak i langt tidligere dersom de var kjent med – noe de var iallfall i 2018.

ville ha noen «*reell mulighet til å påvirke en eventuell beslutning fra Trygderettens side om å forelegge saken for EFTA-domstolen*». Videre ble det vist til at:

«Dersom man mener at forordningens artikkel 21 kommer til anvendelse også ved midlertidige utenlandsopphold, synes det klart at man fra norsk side ikke kan opprettholde et generelt vilkår om opphold i Norge, heller ikke dersom utenlandsoppholdene strekker seg ut over en nærmere angitt tidsperiode per kalenderår. Det vil si at man ikke kan avslå å utbetale ytelsen utelukkende med den begrunnelse at mottakere skal oppholde seg utenfor Norge» (medlemmets utheving).

Det ble ytterligere vist til at Trygderetten mente at man ikke kunne ha et krav om forutgående søknad, mens direktoratet vurderte at dette var tillatt, såfremt det ikke skjedde forskjellsbehandling mellom EØS-borgere og norske borgere. Det ble videre vist til at:

«Etter direktoratets syn vil det være å foretrekke at man endrer norsk praksis i stedet for å få en avgjørelse fra EFTA-domstolen. *Vi bygger vår oppfatning på at norske myndigheter, ved å endre praksis i større grad vil ha muligheten for selv å vurdere hvilken betydning et midlertidig utenlandsopphold skal ha for retten til de aktuelle ytelsene enn om vi får en uttalelse fra EFTA-domstolen om betydningen av forordningens artikkel 21. (...)*

Direktoratet er kommet til at *norske myndigheters mulighet til selv å vurdere grensene for handlingsrommet er større dersom man på eget initiativ ved i større grad å anvende forordningens artikkel 21, endrer praksis slik at den kommer mer i tråd med Trygderettens syn. Dersom saken forelegges EFTA-domstolen vil vi kunne få en avgjørelse som definerer handlingsrommet snevrere. Dette vil kunne føre til at Norge må utbetale de aktuelle ytelsene i utlandet i større grad enn om norske myndigheter selv fastlegger rammene for disse utbetalingene*» (medlemmets utheving).

Den 30. januar var det et internt møte om saken i departementet, og dagen etter sendte departementet en e-post til direktoratet der de uttrykte usikkerhet ved om det var tilstrekkelig grunnlag til å argumentere for en praksisendring overfor politisk ledelse, *som ønsket å begrense trygdeeksport*. Det er ikke mottatt et referat fra møtet,

men ihht. innholdet i mottatt korrespondanse, forstås dette slik at departementet mente at de måtte ha bedre grunnlag for å kunne få gjennomslag for en praksisendring hos politisk ledelse.⁶⁰

Problemstillingene ser heller ikke ut til å være diskutert i andre møter mellom departementet og direktoratet i det aktuelle tidsrommet.⁶¹

Det er noe uklart hva som skjedde i den videre dialogen i februar, men det ble den 18. februar utsendt et utkast til et notat, der ulike personer i departementet kom med innspill/tilbakemeldinger.

Det ferdige notatet, datert den 20. februar var adressert til «*statsråden via departementsråd og statssekretær fra VPA og PA*», og ser ut til å ha blitt sendt til statsråden den 21. februar.

I notatet ble det presisert at personer som bor og jobber i Norge, «*etter langvarig praksis*» har blitt ansett å ikke være innenfor forordningen, henvist til direktoratets brev og konklusjon om at etatens praksis ikke hadde vært i samsvar med trygdeforordningen, og at det ikke var adgang til å stanse eller avslå en kontantytelse «kun» på grunn av opphold i et annet EØS-land, *og at dette gjaldt «ethvert opphold»*.

Departementet sluttet seg «på usikkert grunnlag» til vurderingen fra direktoratet om at omleggingen ikke ville medføre vesentlige administrative kostnader.⁶²

Under overskriften: «*Bør praksis endres nå, eller avvente eventuell avklaring fra EFTA-domstolen?*» ble det først vist til den generelle EØS-retten, og at EFTA-domstolen vil legge vekt på fri bevegelighet, og ikke-diskriminering.

Det ble videre vist til uttalelsene i brevet av 24. januar, og

«[d]et faktum at etaten har hatt en langvarig og fast praksis på dette området og at den politiske plattformen varsler at regjeringen skal jobbe for tiltak som kan begrense og stanse eksport av velferdsytelser, taler for å avvente en ev.

⁶⁰ Den politiske ledelsens ønske om å begrense trygdeeksport, har vært et uttrykt mål i de ulike regjeringsplattformene, herunder i «Sundvollen-erklæringen» fra oktober 2013 om å «*Vurdere tiltak som kan begrense og stanse trygdeeksport, men innenfor de internasjonale avtalene Norge er bundet av*», i «Jeløya-plattformen» fra januar 2018 om å «*Vurdere tiltak som kan begrense og stanse eksport av velferdsytelser, blant annet arbeide for aksept i EU for kjøpekraftjustering av velferdsytelser*», samt i «Granavolden-plattformen», som ble utferdiget samme måned som den ovennevnte dialogen, der den sistnevnte målsetning ble gjentatt.

⁶¹ Eksempel i møte angående «Brexit» sin betydning for trygd m.v.

⁶² Se øvrige fotnoter/henvisninger til departementets definisjon av praksis som «hårreisende» i etterkant.

omlegging av praksis til EFTA-domstolen har uttalt seg.

En foreleggelse av saken for EFTA-domstolen kan på den andre siden innebære en viss risiko for at man kan få en uttalelse som definerer handlingsrommet vårt enda snevrere, i den forstand at domstolen ikke bare uttaler seg om hva som ligger i begrepet 'opphold' men også uttaler seg om at fortolkningen må legges til grunn også for tidligere avgjorte saker og at Arbeids- og velferdsetaten ikke kan stille krav om å sende inn en søknad eller melde fra ved opphold i utlandet. Dette taler for å legge om praksis nå. Dersom Trygderetten får tilbakemelding om at etaten nå deler Trygderettens rettsoppfatning og vil legge om praksis, vil Trygderetten Trolig ikke be EFTA-domstolen om en uttalelse».

Deretter konkluderte departementet med at praksis måtte endres framover, men at ikke tidligere vedtak skulle endres. Årsaken var at *«[d]et vil være svært administrativt krevende om etaten skal gjenoppta alle saker hvor de har avslått søknaden, om disse sakene i det hele tatt kan identifiseres»*.

Etter at notatet var sendt til «politisk ledelse», sendte også departementet beskjed til Nav om dette den 20. februar, og varslet at de antok at politisk ledelse ville stille seg bak notatet slik at *det var lurt å utferdige et svar til Trygderetten på forhånd, der Nav burde si at de hadde vurdert praksis nærmere og ville legge denne om i tråd med Trygderettens forståelse*.⁶³

Den 21. februar ga statsråden tilbakemelding på notatet, der det ble vist til at *«Dette er en vanskelig sak. Sett i lys av plattformens formuleringer om trygdeeksport, er dette uheldig. Samtidig er jeg enig i at uttalelse fra domstolen kan innebære risiko»*. Hun mente at denne «risikoen» var juristene i departementet mest kompetente til å vurdere.

Overfor utvalget har daværende statsråd gitt uttrykk for at hensikten var at praksis måtte innrettes slik at *Norges EØS-rettslige forpliktelser ble overholdt*, og at det derfor ikke var problematisk for henne å slutte seg til embetsverkets vurdering. På spørsmål om «risikoen» ved en uttalelse fra EFTA-domstolen, jf. regjeringsplattformen, ble det vist til at det var bedre å rette opp i feilen med

en gang, enn å fortsette en feilpraktisering inntil EFTA-domstolen kom med en tilbakemelding.

Oppsummering/vurderinger

For det første stilles det spørsmål ved vurderingen av det, til tross for konklusjon om *feil praksis*, og senere omtale av at praksis var «hårreisende», ikke var aktuelt å se på avgjorte saker, da dette ville være for ressurskrevende. Det er ikke i den forbindelse nevnt betydningen dette har hatt for enkeltmennesker, selv om man «bare» så hen til tilbakekreving og ikke straffedommer.

Direktoratet vurderte selv at det ikke var snakk om et stort omfang av saker, men samtidig var det i korrespondanse med Trygderetten i januar anslått at det var snakk om 10 saker hos Trygderetten, der dette var et tema. Departementet la også til grunn at det hadde vært en *fast og langvarig feilpraktisering*.

Det stilles spørsmål ved notatet av 20. februar, statsrådets tilbakemelding om dette, samt motstriden med det «offisielle» notatet (se neste punkt). Formuleringen i notatet av 20. februar la riktignok opp til en praksisendring som kunne skje langt raskere enn å fastholde praksis inntil en eventuell avklaring fra EFTA-domstolen. Samtidig ser den faktiske begrunnelsen for endringen ut til å være å unngå at EFTA-domstolen «blandet seg inn».

Slik dette medlem oppfatter ordlyden i både brevet fra direktoratet, mail om oversendelse til politisk ledelse, departementets notat og statsrådets uttalelse, ser det nettopp ut til at begrunnelsen for endringen var å omgå EFTA-domstolen, for å unngå at det ble påpekt brudd på EØS-retten over tid, eller at allerede fattede vedtak måtte gjennomgås. Sett opp imot den «offisielle» redegjørelsen i ettertid, tilbakemeldingen til Trygderetten, samt at det i et møte den 13. september 2019, *sju måneder senere*, ble vurdert at det var *usikkert* om det var snakk om feilpraktisering, og at man på dette tidspunkt vurderte å *avvente omleggingen av praksis*, og heller løfte problemstillingen til EFTA-domstolen, blir det vanskelig å se at den reelle begrunnelsen bak omleggingen var å endre feilpraktiseringen så raskt som mulig (se nærmere om dette møtet avslutningsvis i særmerknaden).

Videre behandling av feilpraktiseringen våren 2019, straffesakene

Mandag den 25. februar ble notatet fra departementet sendt ut til styringsenhetene, inkludert

⁶³ Det bemerkes at det var snakk om å varsle at praksis skulle endres «i tråd med» Trygderettens forståelse, selv om det i brevet av 24. januar var snakk om å bringe praksis «mer i tråd med Trygderettens syn».

Nav kontroll styringsenhet. Det ble i mailen presisert at «*Når departementets brev foreligger må det foretas en avklaring på flere områder bla hvordan pågående straffesaker skal håndteres*» (medlemmets utheving). Det ble også videreført øvrig korrespondanse om saken, og betydningen for pågående straffesaker til leder for Nav Kontroll, og andre ansatte i Nav Kontroll.

Det fremgår av korrespondanse den 7. mars, der flere personer i Nav var involvert, at det hadde kommet en henvendelse fra Nav Kontroll vedrørende berammet straffesak i mars, og i e-post den 13. mars, bl.a. til Nav Kontroll styringsenhet, ble det på nytt gitt en detaljert redegjørelse for bl.a. praksisendringen, og at *ytelser ikke kunne avslås kun på bakgrunn av utenlandsopphold*.

Det bemerkes at utvalget har mottatt 15 straffedommer knyttet til utenlandsopphold⁶⁴ avsagt etter oversendelsen til Nav Kontroll styringsenhet den 25. februar. I 9 av disse sakene ble det idømt ubetinget fengsel, i enkelte saker på opptil 6 måneder.

Straffesakene vedrørende utenlandsopphold innen EØS ble, ikke stanset før 7 måneder senere. En av sakene i mellomtiden hadde hele 4 vitner fra Nav, men ingen tok opp EØS-spørsmål, praksisendringen eller evt. uklarheter i regelverket, jf. omfattende dialog i direktoratet og departementet i løpet av 2019, vedrørende disse problemstillingene.

Den 26. februar, sendte fagkontakten i Nav en kort tilbakemelding til Trygderetten om at departementet hadde gitt sin tilslutning til praksisendring, Nav ba om at den aktuelle saken ble returnert for ny behandling. Notatet av 20. februar eller vurderingene i dette, ble ikke nevnt.

Til tross for beslutning om endring, gikk det svært lang tid før den faktiske praksisendringen ble tatt tak i, og det ser ikke ut til at departementet fulgte opp framdriften i dette. Trygderetten fulgte heller ikke opp dette, men samtidig hadde Nav Klageinstans allerede i desember stanset disse sakene, så Trygderetten fikk antakeligvis ingen indikasjoner på at praksisen ikke allerede var endret. Saken ble derfor ikke løftet til EFTA-domstolen.⁶⁵

Den 5. mars, sendte departementet sin «offisielle» tilbakemelding til direktoratet, der mye av innholdet i notatet av 20. februar ikke var nevnt.⁶⁶

Det ble i brevet bedt om å vurdere rammer og tiltak som kunne gi etaten bedre kontroll over sakene, herunder krav om søknad eller melding før man reiste til et EØS-land, og eventuelt en presisering av at man uansett ikke hadde rett til sykepenger under ferie.

Oppsummering/vurdering

Ved gjennomgang av dokumentene er det vanskelig å ikke legge merke til den ovennevnte motstriden mellom notatet og den «offisielle» vurderingen av praksisendring, og hva som ble varslet til Trygderetten. Dette underbygger opplevelsen av at formålet med endringen ikke nødvendigvis var å raskest mulig stanse feilpraktisering av EØS-regler for å unngå at enkeltpersoner ble skadelidende, men å unngå oppmerksomhet rundt dette, ressursbruk, og evt. avdekking av feilpraktisering av større omfang, samt økt ressursbruk for forvaltningen.

Selv om det tas betydelig forbehold jf. at dette er medlemmets tolkning av innholdet i gjennomgått materiale, vil en slik handlemåte, dersom denne oppfatningen stemmer, der enkeltpersoners rettigheter og rettssikkerhet nærmest blir tilside-satt, være svært uheldig.

18.4.3 Oppfølgingen høsten 2019 og manglende stans av straffesaker

Grunnet svært begrensede rammer for egen gjennomgang av dette, kommenteres ikke prosessen ut over våren/sommeren 2019 i detalj, men det henvises i så måte til den øvrige gjennomgangen i kapittelet. Det bemerkes imidlertid at en reell praksisendring ikke skjedde, og iallfall ikke ble synliggjort utad for brukerne, blant annet under henvisning til vansker med å endre Navs datasystemer, samt at ting bare «ble liggende». Det vises i så måte til særmerknad til kapittel 12 og kapittel 6, og utfordringer med samsvar mellom faktisk praksis, informasjon gitt brukere, tilgjengelig regelverk m.v. og også konsekvenser for personer som f.eks. har avstått fra å kreve ytelse de hadde rett til.

Til tross for at det allerede i februar 2019 ble påpekt utfordringer med pågående straffesaker, og Nav Kontroll i slutten av april 2019 omsider stanset anmeldelsene, ble det fortsatt ikke gjort noe med de allerede pågående straffesakene. Basert på de dommer utvalget har fått oversendt (som antas å eventuelt ikke være uttømmende), ble det *etter* at anmeldelsene stanset avsagt 9 dommer, der det ble idømt ubetinget fengsel i omtrent

⁶⁴ Der noen imidlertid har omhandlet land utenfor EØS eller evt. ukjent land

⁶⁵ Trygderetten har for øvrig ingenting med straffesakene å gjøre.

⁶⁶ Notatet av 20. februar var på flere sider, mens det offisielle brevet var på tre avsnitt.

halvparten. Det ble også i samme periode påbegynt soning av fengselsstraffer i aktuelle saker. Det er framhevet at Nav først sommeren 2019 forsto «alvoret» og at «alarmen gikk». Selv om legges til grunn at de iallfall sommeren 2019 forsto alvorret, ble det heller ikke fra dette tidspunkt stans i pågående straffesaker.

I starten av september 2019 var det, ihht. mottatte e-poster,⁶⁷ økt dialog rundt pågående straffesaker, og håndteringen av disse. Den 2. september sendte leder for Nav Kontroll en e-post til flere ulike personer i ledelsen i Nav, herunder ytelsesdirektøren og kontorsjefen for ytelsesavdelingen, der det ble videreformidlet korrespondanse om straffesaker som måtte gjennomgås, samt at dette ville få betydning for resultatoppgjør. Samme dag sendte ytelsesdirektøren en e-post til ledelsen i direktoratet (og andre sentrale personer i Nav), der det ble vist til behov for en gjennomgang av saken med departementet. Vedlagt e-posten var en oppsummering av problemstillingen, av arbeidet i Navs arbeidsgruppe m.v.

Morgenen den 3. september responderte ytelsesdirektøren, der hun bl.a. skrev: «Jeg forventer at de har kontroll på straffesaker som skal opp slik at de kan be om utsettelse eller prioritere gjennomgang av disse før de skal opp» (det antas at «de» er Nav Kontroll, jf. korrespondansen).

Den 9. september innkalte departementet til et møte den 13. september (fra 11:00–12:00) der ledelsen i departementet og direktoratet skulle delta. Temaet var «EØS-forordning 883/2004».

Den 10. september sendte en medarbeider i Nav kontroll en e-post til bl.a. ytelsesdirektøren og leder for Nav Kontroll, der hun presiserte at det var berammet en straffesak den 16. september, og en ytterligere sak den 2. oktober. Datoene ble eksplisitt uthevet i e-posten, og det ble presisert: «I og med at den ene saken er berammet til 16.09, haster det svært med en avklaring».

Det ble presisert at dersom det ikke senest dagen etter kom en avklaring, ville hun måtte trekke saken med de konsekvenser dette kunne innebære, eksemplifisert til:

«Vi er nødt til å begrunne overfor påtalemyndigheten hvorfor saken må trekkes

Aktuell informasjon vil tilflytte tiltalte, forsvarer og domstolen for øvrig

Risiko for at saken kommer ut i media

Risiko for at NAV får henvendelse fra tiltalte/forsvarer med spørsmål om hvordan forvaltningssaken vil bli håndtert, ref. det foreligger et *tilbakebetalingskrav* på totalt 622 783 kroner + rentetillegg.

Krav om evt. dekning av utgifter som er påløpt hos tiltalte, forsvarer m.m. hvis saken må treffes» (medlemmenes kursivering).

Det ble også presisert at saken den 2. oktober omhandlet utenlandsopphold der aktivitetsplanen ihht. AAP *ikke* var brutt.⁶⁸ I tilbakemelding fra kontorsjefen i ytelsesavdelingen ble det svart følgende: «Vi har akkurat fått avklart et møte med ASD på fredag. Vi må ta det derfra».

Korrespondansen ble videreformidlet til ytelsesdirektøren, som ba om at det ble forberedt en trekking av saken etter møtet den 13., da det antakeligvis ikke ble noen avklaring i møtet.

Samme dag ba kontorsjefen om at pågående straffesaker ble utsatt, og spurte leder for Nav Kontroll (med kopi til ytelsesdirektøren), om han kunne kontakte påtalemyndigheten og be om utsettelse.

Til møtet den 13. september hadde ytelsesdirektøren forberedt en PowerPoint-presentasjon av saken. I denne ble det vist til rettigheter etter forordningens artikkel 21, og at Nav i liten grad hadde vurdert disse, men kun forholdt seg til folketrygdloven. Det ble vist til mulige konsekvenser, herunder tilbakebetalingskrav og straffedommer, og presisert at artikkel 21 får betydning både for kortere og lengre opphold i EØS. Som mulige «scenario» framover ble det vist til

1. Praksisendring framover i tid – herunder at berammede straffesaker måtte trekkes
2. Dersom ASD vurderte at det forelå en rettsanvendelsesfeil måtte konsekvensen bli at fattede vedtak var ugyldige og måtte omgjøres, samt at berammede straffesaker måtte trekkes.
3. Dersom ASD likevel ikke ønsket endring av praksis, måtte Trygderetten varsles. Trygderetten ville da antakeligvis fortsette å omgjøre vedtak, og det ville bli snakk om at spørsmålet måtte forelegges EFTA-domstolen.

Det er ikke mottatt noe referat fra møtet, men det ser etter det ovennevnte ut til at et hovedtema var om det likevel ikke skulle foretas den praksisendringen som departementet konkluderte med i februar, og som også ble varslet om til Trygderetten.

⁶⁷ Utvalget har fått tilgang på antatt relevante e-poster fra mailkontoer til tre personer i Nav – ved henvisning til mailkorrespondanse i særmerknaden er det mailer fra disse tre kontoene det vises til.

⁶⁸ Se kapittel 6, samt dette medlemmens særmerknad til kapittel 12.

Det ser ikke ut til at det ble gitt den forutsatte raske tilbakemeldingen til saksbehandleren i Nav Kontroll, som i e-posten den 10. september ba om dette, men det har i ettertid vært «samtale» om dette jf. tilbakemeldingen som først 15:56 den 13. september ble gitt fra leder for Nav Kontroll:

«Hei. Viser til samtale i ettermiddag om berammede straffesaker om trygdebedrageri begrunnet i utenlandsopphold i EØS-området.

NAV kontroll *ber ikke om utsettelse av sak berammet førstkommande mandag*. Vi har ansatte som skal vitne i den saken. *Dersom det kommer opp spørsmål i saken om rettstilstand* må vårt vitne nødvendigvis forklare at rettstilstanden er til avklaring [...]

Avgjørende for min beslutning er at både direktoratet og departementet etter dagens møte *fortsatt er i tvil om det reelt sett dreier seg om rettsanvendelsesfeil*, og vil be Regjeringsadvokaten om vurdering av dette. Vurderingen forutsettes etter det opplyste også å omfatte spørsmålet om Norge skal la saken prøves for EØS-domstolen» (medlemmets kursivering).

Ifølge den informasjon utvalget har fått, ble også statsråden varslet om dette samme dag. Den påfølgende helgen var det også dialog rundt oppfølgingen av saken, forestående møter i ledelsen i Nav tidlig mandag morgen m.v., men det ble kun vist til beslutningen om å ikke utsette saken, og ikke diskutert nærmere en oppfølging av dette. I dialog søndag morgen viste direktøren i ytelsesavdelingen til kontakten med departementet, og at saken måtte løftes da det var en prinsipiell vurdering, og at det ble arbeidet med «medieberedskap».

Mandag den 16. september, samtidig som en person møtte i retten tiltalt for trygdebedrageri grunnet opphold i EØS-land, var det både møter innad i Nav, herunder i ledelsen, samt omfattende dialog mellom ulike personer i direktoratet *der det var stort fokus på å klargjøre en eventuell uttalelse til pressen ved eventuell henvendelse*, men ingen dialog rundt pågående straffesak.

Oppsummering/vurdering

Slik det fremstår for dette medlem ble det i møtet, initiert av ekspedisjonssjef i departementet, vurdert at man likevel ikke var sikre på om det forelå en rettsanvendelsesfeil, til tross for vurderingene i februar. Ettersom departementet og direktoratet plutselig 7 måneder senere vurderte at man *heller* skulle forelegge saken for EFTA-domstolen,

underbygger dette for det første at departementet selv ikke kan ha vurdert denne praksisen som «hårreisende». Videre underbygger dette at det heller ikke var tidsmessige årsaker som medførte at man ønsket å avverge at Trygderetten løftet problemstillingene til EFTA-domstolen, slik de vurderte å gjøre nærmere et år forut for dette møtet, etter gjentatte tilbakemeldinger om vurdering av feilpraktisering av reglene. Det at også fokus i september kan se ut til å ha vært kostnader, negativ medieoppmerksomhet og ressursbruk, er ytterligere bekymringsfullt ettersom det iallfall på dette tidspunkt var helt klart at det var snakk om muligheter for uriktige straffedommer, men man likevel valgte å la saken den 16. september gå som berammet.

Selv om det i etterkant er påstått at den aktuelle straffesaken *gikk som tilståelsessak*, og at det derfor ikke var rom for vitnemål fra Nav, har dette medlem ikke funnet informasjon om *hvem* som skulle vitne, om vedkommende visste om «usikkerheten» rundt rettsanvendelsesfeil m.v. Saken gikk ikke som tilståelsessak, men det antas at vitner evt. ble frafalt som følge av at tiltalte erklærte seg skyldig.

Det var uansett lagt opp til at vitnet fra Nav kun skulle uttale seg om uklarheten i regelverket *dersom det kom opp slikt spørsmål*, og således ikke at vedkommende skulle ta opp dette uoppfordret.

I samtale med utvalget har leder for Nav Kontroll forsvart beslutningen om å ikke stanse saken med at de *ikke trodde at det var mulig å stanse saken sent på ettermiddagen*, fredag den 13. september. Dette selv om møtet med departementet ifølge innkallingen skulle være ferdig klokken 12:00.

Ut ifra dette medlems kjennskap til domstolene, ville saken ha blitt stanset *umiddelbart*, underveis i behandlingen om så, dersom domstolen ble varslet om mulig regelanvendelsesfeil som kunne få betydning for straffbarheten. Det antas videre at dersom forsvarer og/eller aktor hadde fått informasjon, evt. en kort e-post fra Nav om så, ville disse også umiddelbart ha tatt tak i dette.

Saken hadde både først blitt henlagt, deretter gjenopptatt etter klage fra Nav, samt utsatt tidligere grunnet tiltaltes helse, og det antas at Nav kjente både saken, tiltalte og evt. forsvarer. Mulighetene for å på enkel måte varsle *noen* som kunne fått stanset saken var således klart til stede.

Videre ble dommen først avsagt den 17. september, noe som innebærer at Nav, også etter at de visste at vitnet fra Nav ikke avga forklaring, kunne ha varslet noen av aktørene om dette.

Den 17. september ble imidlertid tiltalte i saken dømt til betinget fengsel. Det ble lagt til grunn at ubetinget fengsel i utgangspunktet skulle idømmes, men at det forelå brudd på EMK art. 6, samt individuelle forhold hos tiltalte, som medførte straffereduksjon, og at fengselsstraffen ble gjort betinget.

Det ser derfor ut til at både direktoratet, departementet og politisk ledelse valgte å la en person bli dømt for grovt trygdebedrageri, med stor fare for en eventuell ubetinget fengselsstraff, istedenfor å først og fremst forsikre seg om at ingen ble dømt for handlinger som *muligens* ikke var straffbare. Dette er i så fall svært alvorlig.

18.4.4 Generelle vurderinger/læringspunkter

For dette medlem har det vært ønskelig å belyse det ovennevnte, først og fremst for å unngå at noe slikt kan skje igjen. Det er videre viktig at det tas ansvar for de vurderinger, prioriteringer og konklusjoner som har fått alvorlige konsekvenser for enkeltpersoners liv. Det presiseres på nytt at medlemmet har hatt svært begrensede muligheter til å gjennomgå alt av dokumenter i saken, herunder e-poster fra de tre e-postkontoene. Ettersom det også kun er snakk om e-poster til/fra tre personer i Nav, er dette heller ikke uttømmende for saken.

Mange sider av utfordringer i sakskomplekset og årsaker til feilpraktisering, samt årsaker til feilaktige straffedommer, er belyst gjennom øvrige vurderinger i rapporten, herunder særlig utfordringer med ansvarsfordeling, dialog, manglende styring, manglende tilpasning i regelverk m.v.

Det må imidlertid også presiseres at det *ikke* er godt nok dersom forvaltningen (herunder Nav), setter hensyn til negativ oppmerksomhet og/eller ressursbruk foran hensynet til rettsikkerheten.

Hensynet til rettssikkerheten, og å først og fremst sikre at ingen dømmes uten lovhjemmel følger ikke bare av grunnprinsipper i norsk rett, men av overordnede menneskerettigheter. De

årsaker som er oppgitt som grunnlag for å ikke stanse pågående straffesaker oppleves derfor som utilstrekkelige. Dersom det var *usikkert* om handlingene var straffbare, burde *ingen av de involverte* unnlate å avverge en *mulig* uriktig domfellelse.

Videre er det ikke godt nok, dersom politisk ledelse, som til og med i regjeringsplattformer presiserer et ønske om et tett samarbeid med EU/EØS, og overholdelse av Norges internasjonale forpliktelser, samtidig forsøker å unngå at EFTA-domstolen påpeker brudd med EØS-retten, og/eller lar en mulig feilpraktisering og pågående mulig feilaktige straffesaker fortsette i lengre tid, uten at noe skjer. Slik dette medlem har oppfattet dialogen var det fryktet at EFTA-domstolen ville konkludere med at Norges feilpraktisering var mer omfattende, og at det viktigste var å unngå at Trygderetten derfor løftet problemstillingen til EFTA-domstolen. Selv om Trygderetten ble varslet om at endringen ville skje, og derfor ikke løftet problemstillingen til EFTA-domstolen, ble det sju måneder senere vurdert at denne endringen (som fortsatt ikke hadde skjedd), kanskje ikke skulle skje likevel... Henvisningen til at det ville ta for lang tid å vente på domstolens avklaring blir derfor litt påfallende, ettersom praksis fortsatt så ut til å ikke være endret, nærmere ett år etter Trygderettens brev i november 2018.

Uavhengig av ståsted til EØS/EU, må norske myndigheter forholde seg til gjeldende internasjonale forpliktelser, og dersom det eventuelt er ønskelig å unngå innblanding fra EFTA-domstolen, må eventuelt EØS-avtalen endres.

For øvrig oppleves det at det ser ut til å mangle muligheter til å «trykke på alarmknappen» dersom enkeltpersoner, etater m.v. ser at det kan være snakk om alvorlige feil i lovverket og/eller praksis i forvaltningen. Det burde på et langt tidligere tidspunkt ha vært «slått alarm», og det burde finnes mekanismer for en umiddelbar varsling til nødvendige instanser, herunder påtalemyndigheten, dersom det kan være noen form for tvil om grunnlag for eventuelle pågående straffesaker.

Referanse- og litteraturliste

Der det i utredningen er referert til konkrete avgjørelser, rettsregler, publikasjoner eller littera-

tur, er fullstendige henvisninger til disse kildene inntatt under.

Litteratur, artikler, tidsskrifter

Forfatter	Tittel, forlag/medie mm
Andresen, Martin	«Koordinering av trygdeytelser i EØS-området» i <i>Trygd og pensjon i EØS</i> . Biørn Bogstad (red.) Oslo: Gyldendal, 2015, s. 19–37.
Andresen, Martin	«Kontantytelser ved sykdom og svangerskap/fødsel» i <i>Trygd og pensjon i EØS</i> . Biørn Bogstad (red.) Oslo: Gyldendal, 2015, s. 95–107.
Arnesen, Finn og Are Stenvik	<i>Internasjonalisering og juridisk metode</i> . 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
Backer, Inge Lorange	<i>Lov og lovgivning: artikler og foredrag</i> . Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
Bakke, Olaug Kristine	«Kommentar til folketrygdloven» i <i>Norsk lovkommentar</i> , Gyldendal Rettsdata 2017. Hentet 10. juni 2020.
Bekkedal, Tarjei	«Nav-saken, likebehandlingsprinsippet og retten til fri bevegelse» <i>Lov og rett</i> Vol. 59, nr. 4 (2020), s. 191–212.
Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther	<i>Straffeprosessloven: Kommentarutgave: Bind 1</i> . 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
Boe, Erik Magnus	«Navs veilednings- og opplysningsplikt» i <i>Cand.mag., cand.med., cand.jur., cand.alt: Festskrift til Aslak Syse 70 år</i> . Reidun Førde, Morten Kjelland og Ulf Stridbeck (red.), Oslo: Gyldendal Juridisk 2016.
Bogstad, Biørn (red.)	<i>Trygd og pensjon i EØS</i> . Oslo: Gyldendal, 2015.
Eckhoff, Torstein og Eivind Smith	<i>Forvaltningsrett</i> . 11. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
Eckhoff, Torstein	<i>Rettskildelære</i> . 4. utg., ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 1997.
Eriksen, Christoffer Conrad og Halvard Haukeland Fredriksen	<i>Norges europeiske forvaltningsrett</i> , Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
Fløistad, Karin	<i>The EEA Agreement in a Revised EU Framework of Welfare Services</i> . Cham: Springer, 2018.

Forfatter	Tittel, forlag/medie mm
Fløistad, Karin	Article 28 and 29, i <i>Agreement on the European Economic Area: A Commentary</i> . Arnesen, Finn, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad, Christoph Vedder (red.), Baden-Baden, C.H. Beck, Hart, Nomos, Universitetsforlaget, 2018.
Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen	<i>EØS-rett</i> . 3. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
Fredriksen, Halvard Haukeland	«Tvisteloven og EØS-avtalen» <i>Tidsskrift for Rettsvitenskap</i> Vol. 121, nr. 3 (2008), s. 289–359.
Fredriksen, Halvard Haukeland	<i>EU/EØS-rett i norske domstoler</i> . Rapport # 3 fra Europa-utredningen, Oslo, 2011.
Fuchs, Maximilian og Rob Cornelissen (red.)	<i>EU Social Security Law – A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009</i> . Baden-Baden: Beck/Hart, 2015.
Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen	<i>Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett</i> . 2. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2019.
Haider, Imran	«Bokanmeldelse: Gudrun Holgersen: Arbeidsavklaringspenger og trygdeytelser» <i>Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett</i> Vol. 13, nr. 3 (2016) s. 230–236.
Hasfjord, Kjersti	«Sykepenger m. m.» i <i>Trygdeytelser i Europa: vandrearbeideres rett til ytelser fra ulike europeiske trygdeordninger etter forordning (EØF) 1408/71</i> . Asbjørn Kjøenstad (red.), Oslo: Gyldendal, 1999, s. 77–88.
Holgersen, Gudrun	<i>Arbeidsavklaring og trygdeytelser</i> . Bergen: Fagbokforlaget, 2015.
Holgersen, Gudrun	«Kommentar til folketrygdloven» i <i>Norsk lovkommentar</i> , Gyldendal Rettsdata 2019. Hentet 10. juni 2020.
Horspool, Margot, Matthew Humphreys og Michael Wells-Greco	<i>European Union Law</i> . 10. utg., Oxford: Oxford University Press, 2018.
Irgens-Jensen, Harald (red.)	<i>Knøphs oversikt over Norges rett</i> . 15. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
Jünge, Lisa-Mari Moen	«EØS-rettens tjenere – om norske domstolers plikt til å anvende EØS-retten ex officio» <i>Marlus</i> nr. 487, Oslo: Sjørettsfondet, 2017.
Kane, Aina	«Navs begrunnelse av enkeltvedtak. Hvilke forhold kan påvirke utformingen av Navs enkeltvedtak, og hvilke konsekvenser kan det ha for brukernes rettssikkerhet?» <i>Tidsskrift for velferdsforskning</i> Årg. 21, nr. 4 (2018), s. 313–329.
Kjøenstad, Asbjørn (red.)	<i>Trygdeytelser i Europa: vandrearbeideres rett til ytelser fra ulike europeiske trygdeordninger etter forordning (EØF) 1408/71</i> . Oslo: Gyldendal, 1999.
Kjøenstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland	<i>Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang</i> . 6. utg., Oslo: Gyldendal, 2017.
Kjøenstad, Asbjørn	<i>Innføring i Trygderett</i> . 5. utg., ved Imran Haider, Oslo: Universitetsforlaget, 2018.

Forfatter	Tittel, forlag/medie mm
Matningsdal, Magnus	«Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker» <i>Jussens venner</i> Vol. 48, nr. 01-02 (2013), s. 1–115.
Matningsdal, Magnus	<i>Norsk spesiell strafferett</i> . 2. utg., Bergen, Fagbokforlaget, 2016.
Matningsdal, Magnus	«Tilståelsesdom» <i>Jussens venner</i> Vol. 42, nr. 5. (2007) s. 251–272.
Matningsdal, Magnus	<i>Straffeloven: Alminnelige bestemmelser: Kommentartutgave</i> . Oslo, Universitetsforlaget, 2015.
Narvland, Runar	<i>Trygderett i et nøtteskall</i> . 2. utg., Oslo: Gyldendal, 2018.
Narvland, Runar	«Kommentar til folketrygdloven» i <i>Norsk lovkommentar</i> , Gyldendal Rettsdata 2020. Hentet 10. juni 2020.
Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen og Olav Kolstad	<i>EØS-rett</i> . 1. utg., Oslo: Universitetet i Oslo, Senter for Europarett, 1995.
Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen og Olav Kolstad	<i>EØS-rett</i> . 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2004.
Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad	<i>EØS-rett</i> . 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
Strandbakken, Asbjørn	«Retten til bistand av forsvarer ved politiavhør. En kritisk vurdering av Rt. 2015 s. 844 og forslaget til ny straffeprosesslov» i <i>Straff og frihet: Til vern om den liberale rettsstat: Festskrift til Tor-Aksel Busch</i> . Knut Erik Sæther, Runar Torgersen, Ulf Stridbeck og Kjerstin A. Kvande (red.), Oslo: Gyldendal, 2019, s. 559–578.
Svele, Ane-Louise	«Arbeidsavklaringspenger – en ny ytelse fra folketrygden», <i>Tidsskrift for Erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett</i> Vol 7, nr 01–02 (2010), s. 42–75.
Troberg, Peter	Troberg i <i>Kommentar zum EU-/EG-Vertrag</i> . Hans von der Groeben, Jochen Thiesing og Claus-Dieter Ehlermann red., 5. utg., Baden-Baden: Nomos, 1997.
Wennerås, Pål	Article 6 Homogeneity, i <i>Agreement on the European Economic Area: A Commentary</i> , Arnesen, Finn, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad, Christoph Vedder (red.), Baden-Baden, C.H.Beck, Hart, Nomos, Universitetsforlaget, 2018.
Westerhäll, Lotta	«Grunnprinsipper om koordinering av trygdeytelser» i <i>Trygdeytelser i Europa: vandrearbeideres rett til ytelser fra ulike europeiske trygdeordninger etter forordning (EØF) 1408/71</i> . Asbjørn Kjøenstad red., Oslo: Gyldendal, 1999, s. 21–40.
Øyen, Ørnulf	<i>Straffeprosess</i> . 2. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2019.

Lovgivning*Norske lover og forskrifter*

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov (Grunnloven).
- 1902 Lov 22. mai 1902 nr. 10 almindelig borgerlig straffelov (Straffeloven) [opphøvet].
- 1915 Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven).
- 1949 Lov 28. juli 1949 nr. 26 om Statens pensjonskasse.
- 1962 Forskrift 9. mai 1962 nr. 1 Instruks for Regjeringsadvokaten.
- 1965 Lov 18. juni 1965 nr. 4 om vegtrafikk (vegtrafikkloven).
- 1966 Lov 16. desember 1966 nr. 9 om anke til Trygderetten (trygderettsloven).
- 1966 Lov 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd [opphøvet].
- 1980 Lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp [rettshjelploven].
- 1981 Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).
- 1985 Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen).
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m. v. (EØS-loven).
- 1992 Forskrift 4. desember 1992 nr. 914 om inkorporasjon av trygdeforordningen i EØS-avtalen.
- 1997 Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).
- 1997 Forskrift 3. desember 1997 om salær fra det offentlige til advokater m.v.
- 1998 Forskrift 16. september 1998 nr. 890 om dagpenger under arbeidsløshet.
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven).
- 2001 Lov 2. mars 2001 nr. 7 om endring i straffeloven og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling m.v.).
- 2004 Lov 28. mai 2004 nr. 29 om register over opplysninger om valutaveksling og overføring av betalingsmidler inn og ut av Norge (valutaregisterloven).
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
- 2005 Forskrift 12. desember 2005 nr. 1442 om salær fra det offentlige til advokater m.fl. etter faste satser (stykkprissatser) ved fri rettshjelp og i straffesaker.
- 2006 Lov 16. juni 2006 nr. 20 om arbeids- og velferdsforvaltningen (arbeids- og velferdsforvaltningsloven) [NAV-loven].
- 2006 Forskrift 30. juni 2006 nr. 731 om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen [opphøvet].
- 2012 Forskrift 22. juni 2012 nr. 585 om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen (trygdeforordningsforskriften).
- 2012 Forskrift 7. juni 2012 nr. 518 Stortingets forretningsorden.
- 2016 Forskrift 19. februar 2016 nr. 184 Instruks om utredning av statlige tiltak (utredningsinstruksen).
- 2017 lov 16. juni 2017 nr. 43 om endringer i folketrygdloven mv. (arbeidsavklaringspenger og tilleggsgstønader til arbeidsrettede tiltak mv).
- 2018 Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).
- 2019 Lov 20. desember 2019 nr. 85 om informasjonstilgang mv. for utvalget for ekstern granskning av saken knyttet til feilaktig praktisering av adgangen til å motta sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger ved opphold i et annet EØS-land.

Traktater og konvensjoner

ODA	<i>Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol.</i> Oporto, 2. mai 1992.
EØS-avtalen	<i>Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.</i> Oporto, 2. mai 1992.
EMK	<i>Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter.</i> Roma, 4. november 1950.
SP	<i>Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter.</i> New York, 16. desember 1966. (FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter).
TEUF	Traktat om den Europæiske Unions funksjonsmåde. Konsolidert udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).
Statutten for den europeiske unions domstol	Protokol nr. 3 til TEUF, Statutten for den europeiske unions domstol.

Direktiver og forordninger

Forordning 1612/68	Rådsforordning (EØF) nr. 1612/68 av 15. oktober 1968 om fri bevegelighet for arbeidstakere innen Fellesskapet.
Forordning 1408/71	Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 av 14. juni 1971 om anvendelsen av trygdeforordninger på arbeidstakere og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet.
Direktiv 73/148/EØF	Rådsdirektiv (EØF) nr. 73/148 av 21. mai 1973 om opphevelse av reise- og oppholdsrestriksjoner innen Felleskapet for statsborgere i medlemsstatene med hensyn til etablering og tjenesteytelse.
Forordning 883/2004	Europaparlaments- og Rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger [trygdeforordningen].
Direktiv 2004/38/EF	Europaparlamentets- og Rådsdirektiv (EF) 2004/38 av 29. april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF [unionsborgerdirektivet].
Forordning 987/2009	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.
Forordning 2016/679	Europaparlaments- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning)

For- og etterarbeider

Dato/referanse	Tittel
Innst. O. nr. 46 (1996–1997)	Innstilling fra sosialkomiteen om ny lov om folketrygd (folketrygdloven) m.v.
Innst. S. nr. 210 (2002–2003)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortinget fra utvalget til å utrede Stortingets kontrollfunksjon. Stortingets kontroll med regjering og forvaltning.
Innst. S. nr. 296 (1995–1996)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om statsrådets protokoller for tidsrommet 1. juli – 31. desember 1995.
NOU 1990: 20	Forenklet folketrygdlov.
NOU 1992: 32	Bedre struktur i lovverket. Lovstrukturutvalgets delutredning II.
NOU 2012: 2	Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU.
NOU 2016: 24	Ny straffeprosesslov.
NOU 2019: 5	Ny forvaltningslov – Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven).
NOU 2020: 5	Likhet for loven – Lov om støtte til rettshjelp (rettshjelpsloven).
Ot.prp. nr. 22 (2008–2009)	Om lov om endring i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning).
Ot.prp. nr. 29 (1995–96)	Om ny lov om folketrygd (folketrygdloven).
Ot.prp. nr. 4 (2008–2009)	Om lov om endringer i folketrygdloven og i enkelte andre lover (arbeidsavklaringspenger, arbeidsevnevurderinger og aktivitetsplaner).
Ot.prp. nr. 5 (1966–67)	Om lov om anke til Trygderetten og lov om endringer i lov av 17. juni 1966 om folketrygd og andre trygde- og pensjonslover.
Ot.prp. nr. 51 (2004–2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
Ot.prp. nr. 66 (2001–2002)	Om lov om endring i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.).
Ot.prp. nr. 68 (1976–77)	Om lov om endring av lov av 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd.
Ot.prp. nr. 8 (1996–97)	Om lov om endringer i folketrygdloven og i enkelte andre lover (Oppfølging av Velferdsmeldingen).
Ot.prp. nr. 90 (2003–2004)	Om lov om straff (straffeloven).
Ot.prp. nr. 99 (1991–92)	Om lov om endringer i lov 17 juni 1966 nr 12 om folketrygd (Tryggedekning, pensjonsopptjening og pensjonsberegning for personer med utenlandsopphold i yrkesaktiv alder).
PRE-2012-06-22-585	Statsrådsforedrag: Forskrift 22. juni 2012 nr. 585 om inkorporasjon av nye trygdeforordninger i norsk rett. Kongelig resolusjon. Statsråd Hanne Inger Bjurstrøm.
Prop. 139 L (2014– 2014)	Endringer i lov om anke til Trygderetten (lovrevisjon).

Dato/referanse	Tittel
Prop. 48 L (2016–2017)	Endringer i folketrygdloven mv. (pleiepenger ved pleie av syke barn).
Prop. 74 L (2016–2017)	Endringer i folketrygdloven mv. (arbeidsavklaringspenger og tilleggstønader til arbeidsrettede tiltak mv.).
St.meld. nr. 26 (2008–2009)	Om offentlig rettshjelp – Rett til hjelp
St.prp. nr. 100 (1991–92)	Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992.
St.prp. nr. 100 (1991–92)	Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS).

Rettspraksis mv.

Rettspraksis fra Høyesterett

År	Referanse
1990	Rt. 1990 s. 801
1995	HR-1995-87-B (Rt. 1995 s. 945)
2001	HR-2000-49-B (Rt. 2000 s. 1811 <i>Finanger I</i>)
2005	HR-2005-2000-A (Rt. 2005 s. 1757 <i>Skyggekjennelsen</i>)
2006	HR-2006-1150-A (Rt. 2006 s. 853)
2007	HR-2008-1840-A (Rt. 2007 s. 1040)
2008	HR-2008-1840-A (Rt. 2008 s. 1386)
2009	HR-2009-81-A (Rt. 2009 s. 22)
	HR-2009-1336-A (Rt. 2009 s. 872)
2012	HR-2012-409-A (Rt. 2012 s. 313)
	HR-2012-810-A (Rt. 2012 s. 622)
	HR-2012-97-U
2013	HR-2013-650-A (Rt. 2013 s. 416)
2014	HR-2014-808-U
2015	HR-2015-1405-A (Rt. 2015 s. 844)
2016	HR-2016-1648-U
	HR-2016-2554-P <i>Holship</i>
2017	HR-2017-560-A
	HR-2017-1569-U
2018	HR-2018-587-U
2019	HR-2019-1788-A
	HR-2019-2193-A
	HR-2019-2282-U

Rettspraksis fra lagmannsrettene

År	Referanse
2008	LB-2007-61181 Borgarting
2014	LB-2014-9356 Borgarting
2018	LF-2018-107704 Frostating

Rettspraksis fra tingrettene

År	Referanse
2010	Rana tingretts dom av 23. juli 2010, 10-051886MED-RANA.
2013	Indre Finnmark tingretts dom av 16. mai 2013, 13-060095MED-INFI.
2014	Øvre Romerike tingretts dom av 2. juli 2014, 13-209359MED-OVRO. Nord-Troms tingretts dom av 27. august 2014, 14-084912MED-NHER.
2015	Larvik tingretts dom av 20. oktober 2015, 15-098611MED-LARV. Asker og Bærum tingretts dom av 25. november 2015 15-129045MED-AHER/2. Nord-Troms tingretts dom av 30. november 2015, 15-183900ENE-NHER.
2016	Nedre Telemark tingretts dom av 4. mars 2016, 15-179156MED-NETE. Hammerfest tingretts dom av 29. august 2016, 16-046155MED-HAFE. Drammen tingretts dom av 8. september 2016, 16-082918MED-DRAM. Trondenes tingretts dom av 24. oktober 2016, 16-129152MED-TRES. Halden tingretts dom av 7. desember 2016, 16-147694MED-HALD.
2017	Tønsberg tingretts dom av 5. januar 2017, 16-205881ENE-TONS. Tønsberg tingretts dom av 9. februar 2017, 16-169944MED-TONS. Kristiansand tingretts dom av 24. mars 2017, 17-023583MED-KISA/05. Heggen og Frøland tingretts dom av 19. april 2017, 17-015047MED-HEGG. Sandefjord tingretts dom av 7. juli 2017, 17-081023MED-SAFO. Oslo tingretts dom av 28. august 2017, 17-065591MED-OTIR/08. Stavanger tingretts dom av 31. august 2017, 17-113375ENE-STAV. Follo tingretts dom av 13. oktober 2017, 17-098330MED-FOLL.
2018	Gjøvik tingretts dom av 12. januar 2018, 17-112588MED-GJOV. Oslo tingretts dom av 21. februar 2018, 17-137460MED-OTIR/06. Rana tingretts dom av 9. mai 2018, 18-022972MED-RANA. Kristiansand tingretts dom av 21. september 2018, 18-108435MED-KISA/27. Fredrikstad tingretts dom av 11. november 2018, 18-042424ENE-FRED.
2019	Kristiansand tingretts dom av 9. januar 2019, 18-158623MED-KISA/01. Asker og Bærum tingretts dom av 25. februar 2019, 19-021545ENE-AHER/1. Bergen tingretts dom av 17. september 2019, 18-133294MED-BERG/4

Avgjørelser fra EU-domstolen

Referanse	Tittel/partner	Publisert
<i>Sak 167/73</i>	<i>Kommisjonen mot Frankrike</i>	ECLI:EU:C:1974:35
Sak C-275/81	<i>Koks</i>	ECLI:EU:C:1982:316
Forente saker 286/82 og 86/83	<i>Luisi og Carbone</i>	ECLI:EU:C:1984:35
Sak 104/86	<i>Kommisjonen mot Italia</i>	ECLI:EU:C:1988:171
Sak 186/87	<i>Cowan</i>	ECLI:EU:C:1989:47
Sak C-204/90	<i>Bachmann</i>	ECLI:EU:C:1992:35
Sak C-45/93	<i>Kommisjonen mot Spania</i>	ECLI:EU:C:1994:101
Sak C-55/94	<i>Gebhard</i>	ECLI:EU:C:1995:411
Sak C-120/95	<i>Decker</i>	ECLI:EU:C:1998:167
Sak C-158/96	<i>Kohll</i>	ECLI:EU:C:1998:171
Sak C-275/96	<i>Kuusijärvi</i>	ECLI:EU:C:1998:279
Sak C-18/95	<i>Terhoeve</i>	ECLI:EU:C:1999:22
Sak C-211/98	<i>Kommisjonen mot Spania</i>	ECLI:EU:C:2000:119
Sak C-157/99	<i>Smits og Peerbooms</i>	ECLI:EU:C:2001:404
Sak C-385/99	<i>Müller-Fauré,</i>	ECLI:EU:C:2003:270
Sak C-215/03	<i>Oulane</i>	ECLI:EU:C:2005:95
Sak C-372/04	<i>Watts</i>	ECLI:EU:C:2006:325
Sak C-522/04	<i>Kommisjonen mot Belgia</i>	ECLI:EU:C:2007:405
Sak C-50/05	<i>Nikula</i>	ECLI:EU:C:2006:493
Sak C-212/05	<i>Hartmann</i>	ECLI:EU:C:2007:437
Sak C-76/05	<i>Schwarz</i>	ECLI:EU:C:2007:492
Sak C-208/07	<i>von Chamier-Gliszinski</i>	ECLI:EU:C:2009:455
Sak C-490/09	<i>Kommisjonen mot Luxemburg</i>	ECLI:EU:C:2011:34
Sak C-503/09	<i>Stewart</i>	ECLI:EU:C:2011:500
Sak C-430/15	<i>Tolley</i>	ECLI:EU:C:2017:74
Sak C-551/16	<i>Klein Schiphorst</i>	ECLI:EU:C:2018:200
Sak C-729/17	<i>Kommisjonen mot Hellas</i>	ECLI:EU:C:2019:534
Sak C-477/17	<i>Holiday on Ice Services BV</i>	ECLI:EU:C:2019:60
Forente saker C-95/18 og C-96/18	<i>van den Berg</i>	ECLI:EU:C:2019:767
Sak C-897/19 PPU	<i>straffesak mot I.N</i>	ECLI:EU:C:2020:262

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Referanse	Tittel/partner	Publisert
Sak E-6/98	<i>Norge mot ESA</i>	[1999] EFTA Ct. Rep. 74
Sak E-3/04	<i>Tsomakas m.fl.</i>	[2004] EFTA Ct. Rep. 95
Sak E-3/05	<i>ESA v Norge (Finnmarkstillegg)</i>	[2006] EFTA Ct. Rep. 102
Sak E-2/07	<i>ESA mot Norge</i>	[2007] EFTA Ct. Rep. 280
Forente saker E-11/07 og E-1/08	<i>Rindal og Slinning</i>	[2008] EFTA Ct. Rep. 320
Sak E-3/12	<i>Jonsson</i>	[2013] EFTA Ct. Rep. 136
Sak E-6/12	<i>ESA v Norge (barnetrygd)</i>	[2013] EFTA Ct. Rep. 618
Sak E-13/15	<i>Abuelo</i>	[2015] EFTA Ct. Rep. 720
Sak E-14/15	<i>Holship Norge AS mot Transportarbeiderforbundet</i>	[2016] EFTA Ct. Rep. 240
Sak E-24/15	<i>Walter Waller</i>	[2016] EFTA Ct. Rep. 527
Sak E-11/16	<i>Mobil Betriebskrankenkasse v Tryg</i>	[2017] EFTA Ct. Rep. 384
Sak E-5/16	<i>Sinnataggen</i>	[2017] EFTA Ct. Rep. 52

Kjennelser fra Trygderetten

TRR-1999-295
TRR-2000-1214
TRR-2000-5350
TRR-2002-2534
TRR-2003-2253
TRR-2009-2265
TRR-2009-488
TRR-2010-2285
TRR-2011-1098
TRR-2011-1809
TRR-2012-195
TRR-2013-704
TRR-2014-1181
TRR-2014-855
TRR-2015-1493
TRR-2016-1368
TRR-2016-2497
TRR-2016-2634

TRR-2016-3142
TRR-2016-3145
TRR-2016-3182
TRR-2016-3238
TRR-2016-3288
TRR-2017-1058
TRR-2017-1265
TRR-2017-1708
TRR-2017-2054
TRR-2017-2063
TRR-2017-2148
TRR-2017-2308
TRR-2017-2497
TRR-2017-2826
TRR-2017-2929
TRR-2017-3048
TRR-2017-3258
TRR-2017-3528
TRR-2017-3662
TRR-2017-3677
TRR-2017-565
TRR-2017-964
TRR-2018-1101
TRR-2018-2114
TRR-2018-3099
TRR-2018-567
TRR-2018-741

Generaladvokatenes forslag til avgjørelser

Sak 186/87, <i>Cowan</i>	Forslag til avgjørelse, Generaladvokat Carl Otto Lenz	ECLI:EU:C:1988:526
Sak C-215/03, <i>Oulane</i>	Forslag til avgjørelse, Generaladvokat Phillipe Léger	ECLI:EU:C:2004:653
Sak C-221/11, <i>Demirkan</i>	Forslag til avgjørelse, Generaladvokat Pedro Cruz Villalón	ECLI:EU:C:2013:237

Annen offentlig praksis*Rundskriv*

Referansenummer	Organ/forfatter	Tittel/beskrivelse, dato/årstall
G-16/2001	Justis- og politidepartementet	«Rundskriv, Lovavdelingens bistand til andre departementer» datert 28. juni 2001, senere oppdatert.
RA nr. 3/2018	Riksadvokaten	«Kvalitetskrav til straffesaksbehandlingen i politiet og ved statsadvokatembetene mv. (kvalitetsrundskrivet)» datert 8. november 2018.
R09-00	Rikstrygdeverket/ Nav – Arbeids- og velferdsetaten	«Rundskriv til ftrl. kap. 9 – Stønad ved barns og andre nærståendes sykdom» datert 1. januar 1998, senere oppdatert.
R11-00	Rikstrygdeverket/ Nav – Arbeids- og velferdsetaten	«Rundskriv til ftrl. kap. 11 – Arbeidsavklaringspenger» datert 1. oktober 2002, senere oppdatert.
R40-00	Rikstrygdeverket/ Nav – Arbeids- og velferdsetaten	«Rundskriv til EØS-avtalens trygdedel» datert 15. februar 2001, senere oppdatert.
R45-00	Rikstrygdeverket/ Nav – Arbeids- og velferdsetaten	«Hovednr. 45 – Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd» datert 15. februar 2001, senere oppdatert.

Instrukser/retningslinjer

Arbeids- og sosialdepartementet	«Tildelingsbrev til Arbeids- og velferdsdirektoratet for 2011», 10. februar 2011 https://nsd.no/polsys/data/filer/tildelingsbrev/nav_2011.pdf hentet 9. juni 2020.
Arbeids- og sosialdepartementet	«Tildelingsbrev til Arbeids- og velferdsdirektoratet for 2012», 27. januar 2012 https://www.regjeringen.no/contentassets/ccfdb1de77a04e41ad4989825a70e315/tildelingsbrev_2012_arbeids_og_velferdsdirektoratet.pdf hentet 9. juni 2020.
Arbeids- og sosialdepartementet	«Tildelingsbrev til Arbeids- og velferdsdirektoratet for 2013», 1. februar 2013 https://www.regjeringen.no/contentassets/ccfdb1de77a04e41ad4989825a70e315/tildelingsbrev_2013_arbeids_og_velferdsdirektoratet.pdf hentet 9. juni 2020.
Arbeids- og sosialdepartementet	«Tildelingsbrev til Arbeids- og velferdsdirektoratet for 2014», 5. februar 2014 https://www.regjeringen.no/contentassets/ccfdb1de77a04e41ad4989825a70e315/tildelingsbrev_2014_arbeids_og_velferdsdirektoratet.pdf hentet 9. juni 2020.
Arbeids- og sosialdepartementet	«Tildelingsbrev til Arbeids- og velferdsdirektoratet for 2015», 23. mars 2015 https://www.regjeringen.no/contentassets/ccfdb1de77a04e41ad4989825a70e315/tildelingsbrev_2015_arbeids_og_velferdsdirektoratet.pdf hentet 9. juni 2020.

- Arbeids- og sosialdepartementet «Instruks om virksomhets- og økonomistyring for Arbeids- og velferdsdirektoratet» Fastsatt 1. januar 2017, revidert 18. januar 2019. <https://www.regjeringen.no/contentassets/ccfdb1-de77a04e41ad4989825a70e315/instruks-av-dir-2019.pdf> hentet 7. juni 2020.
- Direktoratet for økonomistyring «Veileder til utredningsinstruksen – Instruks om utredning av statlige tiltak» 2018. <https://dfo.no/filer/Fagomr%C3%A5der/Utredninger/Veileder-i-utredningsinstruksen.pdf> hentet 11. juni 2020
- Finansdepartementet «Reglement for økonomistyring i staten. Bestemmelser om økonomistyring i staten» Fastsatt 12. desember 2003, sist oppdatert 23. september 2019. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fin/vedlegg/okstyring/reglement_for_ekonomistyring_i_staten.pdf hentet 7. juni 2020.
- Justisdepartementet «Lovteknikk og lovforberedelse: Veiledning om lov- og forskriftsarbeid» [Lovteknikkveilederen]. Februar 2000. <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/jd/bro/2000/0003/ddd/pdfv/108138-lovteknikkboka.pdf> hentet 7. juni 2020.
- Riksadvokaten «Saker om trygdebedragerier – Bruk av straffeloven § 166 og §§ 270, 271 og 271A i konkurrens – nytt påtaledirektiv» Instruks fra Riksadvokaten til statsadvokater og politimestrene, 18. februar 2014. <https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2017/10/Saker-om-trygdebedragerier.pdf> hentet 5. juni 2020.
- Riksadvokaten «Høyesteretts dom av 19. desember 2019 – prøving av gyldigheten av forvaltningsvedtak i straffesaker» Brev fra riksadvokaten til statsadvokater og politimestrene, 20. februar 2020. <https://www.riksadvokaten.no/document/proving-av-gyldigheten-av-forvaltningsvedtak-i-straffesaker/> hentet 6. juni 2020
- Statsministerens kontor «Retningslinjer: Foreleggelse av saker for Regjeringsadvokaten» 2011. <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/smk/vedlegg/retningslinjer/14367-foreleggelse-av-saker.pdf> hentet 7. juni 2020.
- Statsministerens kontor «Retningslinjer: Om r-konferanser: forberedelse av saker til regjeringskonferanse» Oktober 2018. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/om-rkonf/id2470121/> hentet 7. juni 2020.
- Utenriksdepartementet «EU/EØS-håndboken 2016» https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/europapolitikk/eu_eos_handbok2016.pdf hentet 09.06.2020
- Ytelsesavdelingen i Arbeids- og velferdsdirektoratet «Overordnede prinsipper for utarbeidelse av rundskriv i NAV» 13. desember 2016. Ikke offentlig tilgjengelig.

Annet

Organ/forfatter	Tittel/beskrivelse, dato/årstall
Ekspertgruppe nedsatt av Arbeidsdepartementet	«Tiltak for å bedre NAVs virkemåte.» Sluttrapport, 24. juni 2010.
Internrevisjonen i Arbeids- og velferdsdirektoratet	«Spesialoppdrag – D2019-10 Kartlegging av fakta i EØS-saken.» 11. desember 2019.
Arbeidsdepartementet	«Utkast til prop. XX L (2012–2013) Endringer i folketrygdloven og enkelte andre lover.»
Arbeidsdepartementet	«Medlemskap og eksport.» Arbeidsgrupperapport, 2013.
Domstolsadministrasjonen	«Saksavvikling i domstolene.» i Domstolsadministrasjonens årsrapport 2018. https://www.domstol.no/Enkelt-domstol/arsrapport/aktiviteterogresultater/saksavvikling/ hentet 5. juni 2020.
Høyesterett	«Årsmelding 2019.» 13. januar 2020. https://www.domstol.no/Enkelt-domstol/hoyesterett/arsmelding/2019/ hentet 5. juni 2020.
Interdepartemental arbeidsgruppe	«Eksport av velferdsytelser.» 2014. Ikke offentlig tilgjengelig.
Arbeids- og velferdsdirektoratet	«Årsrapport 2016.» 24. april 2017. https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/om-nav/arsrapport/tidligere-arsrapporter-fra-nav hentet 10. juni 2020
NOKUT	«Revidering av akkreditert mastergradsstudium i rettsvitenskap.» NOKUT rapport, 2008 https://www.uio.no/for-ansatte/arbeidsstotte/sta/kvalitetssystem/jus/kvalitetssystem-studier/2008_nokut_rapport-master-rettsvitenskap-uio.pdf hentet 7. juni 2020.
Arbeid- og velferdsdirektoratet.	«Arbeid- og velferdsdirektoratet sitt svar på høring om arbeidsavklaringspenger, arbeidsevnevurdering m.m.» 14. mars 2008. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/aid/publikasjoner/horing/2008/vpa/arbeidsavklaringspenger_frist_130308/horingssvar/arbeids_og_velferdsdirektoratet.pdf hentet 7. juni 2020.
Administrasjonsdepartementet	«Ny trygdeforordning.» EØS-notat. Administrasjonsdepartementet, 2012. https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2006/okt/ny-trygdeforordning/id2432782/ hentet 7. juni 2020.

Andre EU/EØS-kilder

KOM (1998) 779	Forslag til Rådets forordning (EF) om koordinering af de sociale sikringsordninger.
EU-tidende	EU-tidende nr. 76/2015.
EU-tidende	EØS-komitébeslutning 76/2011, 1. juli 2011, publisert i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 54, 6. oktober 2011.
Case No 84326	ESAs brev til Norge 11. mars 2020.

Nettsider

- Arbeids- og velferdsetaten «Grunnbeløpet i folketrygden» 1. desember 2019. <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/kontakt-nav/utbetalinger/grunnbelopet-i-folketrygden> hentet 9. juni 2020
- Norges Høyesterett «Om Høyesterett» u.å. <https://www.domstol.no/Enkelt-domstol/hoyesterett/om/> hentet 5. juni 2020.
- UiT Norges arktiske universitet «Regelverk ved UiT Det juridiske fakultet» u.å <https://uit.no/regelverk#v-pills-660873> hentet 9. juni 2020.
- Universitetet i Bergen «Norske og internasjonale rettslege institusjonar» u.å. <https://www.uib.no/emne/JUS121> hentet 9. juni 2020.
- Universitetet i Oslo «JUS2211 – Vår 2020 – Litteratur/læringskrav – EØS rett» 2019 <https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS2211/v20/pen-sumliste/index.html#toc13> hentet 9. juni 2020.
-

Vedlegg 1

Samtaler

Tabell 1.1 Oversikt over personer utvalget har hatt samtale med

Dato for samtale	Stilling/funksjon	Arbeidssted	Fornavn	Etternavn
12.02.2020	Tidligere rettsmedlem	Trygderetten		
12.02.2020	Tidligere rettsmedlem	Trygderetten		
12.02.2020	Rettsmedlem	Trygderetten		
14.02.2020	Avdelingsleder	Trygderetten		
14.02.2020	Tidligere seniorrådgiver	Arbeids- og velferds- direktoratet		
14.02.2020	Tidligere direktør	NAV Internasjonalt		
14.02.2020	Tidligere avdelings- direktør	NAV Internasjonalt		
03.03.2020	Enkeltperson berørt av feilen			
03.03.2020	Enkeltperson berørt av feilen			
03.03.2020	Enkeltperson berørt av feilen			
03.03.2020	Enkeltperson berørt av feilen			
09.03.2020	Seniorrådgiver	Arbeids- og velferds- direktoratet		
09.03.2020	Seniorrådgiver	Arbeids- og sosial- departementet		
09.03.2020	Underdirektør	Arbeids- og sosial- departementet		
10.03.2020	Seniorrådgiver	Arbeids- og sosial- departementet		
10.03.2020	Tidligere seniorrådgiver	Arbeids- og sosial- departementet		
10.03.2020	Tidligere seniorrådgiver	Arbeids- og velferds- direktoratet		
10.03.2020	Tidligere seniorrådgiver	Arbeids- og sosial- departementet		
10.03.2020	Seniorrådgiver	Arbeids- og velferds- direktoratet		

Tabell 1.1 Oversikt over personer utvalget har hatt samtale med

Dato for samtale	Stilling/funksjon	Arbeidssted	Fornavn	Etternavn
10.03.2020	Rådgiver	NAV Kontroll Øst		
10.03.2020	Tidligere seniorrådgiver	Arbeids- og sosial- departementet		
11.03.2020	Seniorrådgiver	Arbeids- og velferds- direktoratet		
11.03.2020	Seniorrådgiver	Nav Klageinstans Styrings- enhet		
11.03.2020	Seniorrådgiver	Nav Klageinstans Styrings- enhet		
11.03.2020	Tidligere avdelings- direktør, nå senior- rådgiver	Arbeids- og velferds- direktoratet		
31.03.2020	Kontorsjef	Arbeids- og velferds- direktoratet		
31.03.2020	Kontorsjef	Arbeids- og velferds- direktoratet		
31.03.2020	Seksjonssjef	Arbeids- og velferds- direktoratet		
31.03.2020	Avdelingsdirektør	Arbeids- og velferds- direktoratet		
01.04.2020	Seniorrådgiver	Nav Kontroll Nord		
01.04.2020	Seniorrådgiver	Nav Kontroll Øst		
01.04.2020	Seniorrådgiver	Nav Kontroll Styrings- enhet		
01.04.2020	Tidligere ekspedisjons- sjef	Sosial- og helse- departementet	Alfred	Kvalheim
02.04.2020	Avdelingsdirektør	Arbeids- og sosial- departementet		
02.04.2020	Førstestatsadvokat	Oslo Statsadvokatembeter		
02.04.2020	Seniorrådgiver	Nav Klageinstans Sør		
02.04.2020	Politiadvokat	Vest politidistrikt		
02.04.2020	Avdelingsdirektør	Arbeids- og sosial- departementet		
03.04.2020	Førstelagmann	Agder lagmannsrett	Dag	Bugge-Nordén
03.04.2020	Sorenskriver	Oslo tingrett	Yngve	Svendsen
16.04.2020	Ekspedisjonssjef	Arbeids- og sosial- departementet	Tomas	Berg
16.04.2020	Ekspedisjonssjef	Arbeids- og sosial- departementet	Ulf	Pedersen

Tabell 1.1 Oversikt over personer utvalget har hatt samtale med

Dato for samtale	Stilling/funksjon	Arbeidssted	Fornavn	Etternavn
16.04.2020	Ekspedisjonssjef	Arbeids- og sosial- departementet	Tom	Gulliksen
20.04.2020	Direktør	Nav Klageinstans	Grethe	Børsheim
20.04.2020	Leder	Trygderetten	Trine	Fernsjø
20.04.2020	Direktør	Nav Arbeid og ytelser	Ellen	Christiansen
20.04.2020	Tidligere ytelsesdirektør	Arbeids- og velferds- direktoratet	Kjersti	Monland
20.04.2020	Tidligere departements- råd	Arbeids- og sosial- departementet	Ellen	Seip
20.04.2020	Departementsråd	Arbeids- og sosial- departementet	Eli	Telhaug
20.04.2020	Justitiarius	Høyesterett	Toril Marie	Øie
21.04.2020	Tidligere riksadvokat	Riksadvokaten	Tor-Aksel	Busch
21.04.2020	Tidligere direktør	Nav Kontroll	Sverre	Lindahl
21.04.2020	Direktør	Nav Kontroll	Ole-Johan	Heir
21.04.2020	Regjeringsadvokat	Regjeringsadvokaten	Fredrik	Sejersted
21.04.2020	Arbeids- og velferds- direktør	Arbeids- og velferds- direktoratet	Sigrun	Vågeng
21.04.2020	Tidligere arbeids- og sosialminister	Arbeids- og sosial- departementet	Anniken	Hauglie

Vedlegg 2

Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området

Sammendrag

I denne utredningen drøftes tre spørsmål.¹ Disse spørsmålene er hvilke begrensninger EØS-retten setter for å gjøre rett til syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger betinget av opphold på trygdestatens territorium,² hvem som kan påberope slike begrensninger, og fra hvilket tidspunkt disse begrensningene har eksistert.

Forordning 883/2004 koordinerer EØS-statenes trygdeordninger.³ Forordningen stiller få krav til utformingen av nasjonale trygdeordninger, men har likevel noen bestemmelser som har betydning for EØS-statenes adgang til å begrense muligheten til å ta med seg trygdeytelser til en annen EØS-stat. Forordningen må ses i sammenheng med EØS-rettens regler om fri bevegelighet for personer. Disse forbyr i utgangspunktet nasjonale regler som kan gjøre det mindre attraktivt å benytte den rett til fri bevegelighet EØS-retten gir, men tillater likevel slike regler der de tilfredsstillende EØS-rettslige krav til begrunnelse og utforming.

EU-retten gir grunnlag for en alminnelig rett til fri bevegelighet for personer, forankret i reglene om unionsborgerskapet.⁴ I en viss motsetning til dette står retten til fri bevegelighet etter EØS-avtalen, fordi denne i første rekke er en rett for økonomisk aktive personer. Dette kommer til uttrykk ved at friheten er knyttet til «arbeidstagerne» (EØS-avtalen artikkel 28), «selvstendig næringsvirksomhet» (EØS-avtalen artikkel 31) og tjenesteyting mot betaling (EØS-avtalen artikkel 37). Denne motsetningen reduseres av direktiv 2004/38, som etablerer en alminnelig rett til å

oppholde seg i en annen EØS-stat enn den man er statsborger i. Utenfor de områdene dette direktivet regulerer, er det rom for flere oppfatninger om i hvilken grad også EØS-retten gir en alminnelig rett til fri bevegelighet for personer, og i tilfelle når en slik rett oppsto. Utvalget finner ikke holdepunkter for at det har vært noen ulikhet av betydning mellom EU-rett og EØS-rett for de spørsmål som omfattes av utvalgets mandat etter at trygdeforordningen ble gjeldende i norsk rett, det vil si 1. juni 2012.

Det følger av utvalgets mandat at det skal «vurdere om praksis før 2012 også må gjennomgås». Slik utvalget forstår mandatet, siktes det her til spørsmålet om det kan foreligge ugyldige tilbakebetalingskrav og feilaktige domfellelser basert på forhold som forelå før 1. juni 2012. En slik vurdering krever at utvalget behandler spørsmålet om hva EØS-retten krevde av norsk rett også før 1. juni 2012, tidspunktet da forordning 883/2004 gjennom en forskrift gitt med hjemmel i folketrygdloven § 1-3 ble gitt virkning i norsk rett.⁵ For rettstilstanden før 1. juni 2012 er utvalget delt.

Utvalget har valgt å redegjøre for hva EØS-retten krever, og har krevd, av norsk rett gjennom denne delutredningen, men understreker at det verken har mandat eller kompetanse til med bindende virkning å avgjøre hva som er gjeldende EØS-rett, langt mindre avgjøre konkrete saker. Slik avklaring kan bare oppnås gjennom domstolene, og fortrinnsvis etter at det er innhentet tolkningsuttalelser fra EFTA-domstolen om hvordan EØS-retten skal forstås.⁶ Utvalget håper likevel at det med denne delutredningen kan bidra til

¹ Delutredningen ble ferdigstilt i utvalgets møte 2. mars 2020. Den er inntatt her slik den ble publisert i mars. Enkelte rene skrivefeil er rettet.

² Med «trygdestat» mener utvalget den statens trygdeordning som en person er tilsluttet. Ved utbetalinger i henhold til folketrygdlovens regler, vil trygdestaten være Norge.

³ Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger.

⁴ Se Traktat om den europeiske unions funksjonsmåte (TEUF), artikkel 21.

⁵ Jf. forskrift 22. juni 2012 nr. 585 om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen (trygdeforordningsforskriften) § 1 tredje ledd jf. første ledd. Her bestemmes det at forordningen skal gjelde som forskrift, og at en rekke lover, blant disse folketrygdloven, «fravikes i den utstrekning det er nødvendig i henhold til» blant annet forordning 883/2004.

⁶ Jf. lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstoloven) § 51a.

å kaste lys over de EØS-rettslige spørsmålene sakskomplekset reiser.

Det er enighet i utvalget om at for så vidt gjelder medlemmer av folketrygden som er omfattet av bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel om fri bevegelighet for arbeidstakere og etableringsrett, er folketrygdlovens krav om opphold i Norge en restriksjon på rettighetene disse reglene gir. EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, og de regler som følger av den skal gå foran regler som følger av andre bestemmelser.⁷ For disse personene var rettsstillingen allerede fra 1. januar 1994 slik at de ikke kunne nektes syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger utelukkende med den begrunnelse at de oppholdt seg i et annen EØS-stat. Det innebærer at det kan foreligge ugyldige tilbakebetalingskrav og feilaktige domfellelser basert på forhold som forelå før 1. juni 2012. På dette grunnlaget mener et samlet utvalg at det er nødvendig at forvaltningen gjennomgår praksis før 1. juni 2012.

For så vidt gjelder situasjonen der medlemmet er norsk statsborger, og vedkommende ikke har eller har hatt arbeidsforhold eller næringsvirksomhet i andre EØS-stater, mener utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken at slike medlemmer er omfattet av EØS-retten i kraft av å være tjenestemottaker i en annen EØS-stat. Slik utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken ser det, har det derfor siden 1. januar 1994 vært i strid med EØS-retten å nekte disse medlemmene syke-, pleie-, eller arbeidsavklaringspenger utelukkende fordi de er i en annen EØS-stat.⁸ Utvalget for øvrig finner ikke grunnlag til å konkludere med at disse reglene kommer til anvendelse i de aktuelle sakene.

Trygdeforordningen artikkel 7 bestemmer at myndighetene ikke kan redusere eller stanse trygdeutbetalinger til en EØS-borger bare fordi personen bor i en annen EØS-stat. Bestemmelsen regulerer ikke situasjonen der vedkommende oppholder seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten uten å være bosatt der. Artikkel 21 i forordningen bestemmer at et medlem av folketrygden som befinner seg i en annen EØS-stat enn Norge «skal ha rett til» utbetalinger fra Nav «i samsvar med» norske trygderegler. Utvalget forstår dette slik at ytelsene som koordineres gjennom trygdeforordningen, i de situasjoner forord-

ningen regulerer, derfor ikke kan nektes utbetalt utelukkende fordi mottakeren befinner seg i en annen EØS-stat enn Norge. Samtidig gir ikke bestemmelsen noen ubetinget rett til å motta trygdeytelser i utlandet.

Sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger skal kompensere manglende inntekt som skyldes egen eller andres sykdom. Et viktig tilleggsformål med disse ytelsene er å bringe personen tilbake til arbeidsmarkedet, ved at vedkommende blir frisk eller omskoleres til annet arbeid. Utbetalingene skal derfor kombineres med oppfølging av og plikter for mottaker. Der oppfølging blir vanskelig eller umulig dersom personen ikke oppholder seg i Norge, eller opphold utenlands medfører at vedkommende ikke kan utføre pålagte plikter, vil EØS-retten normalt ikke være til hinder for at det kreves samtykke fra trygdemyndighetene, eventuelt omlegging av plikter som forutsetter opphold på trygdestatens territorium, før utenlandsreise kan skje. Det følger av dette at en ordning der ytelsen beholdes hvis det kan godtgjøres at utenlandsoppholdet er forenlig med pålagte plikter og heller ikke hindrer oppfølging og kontroll, kan la seg forene med EØS-retten.

Folketrygdloven pålegger medlemmet å opplyse om endringer som kan være avgjørende for om vedkommende har rett til ytelsen eller for å kontrollere ytelsens størrelse.⁹ Det er straff for å gi uriktige opplysninger eller holde tilbake opplysninger som «er viktige for rettigheter og plikter» etter folketrygdloven.¹⁰ Det er også straff for ikke å gi de opplysninger og meldinger man er pålagt med hjemmel i loven.¹¹ Selv der nasjonale regler lovlig kan hindre fri bevegelighet, må sanksjonene ved brudd på slike regler overholde EØS-rettslige krav. Dette innebærer at sanksjonen ved regelbrudd ikke kan stå i et slikt misforhold til overtredelsens grovhet at sanksjonen i seg selv utgjør en hindring for fri bevegelighet.

Utvalget konkluderer med at det kravet til forutgående samtykke som folketrygdloven oppstiller for adgangen til å motta arbeidsavklaringspenger, sykepenger eller pleiepenger under opphold i en annen EØS-stat, må praktiseres i samsvar med EØS-rettslige begrensninger i de situasjoner der forordning 883/2004 kommer til anvendelse. Utvalget mener derfor at det siden 1. juni 2012 har vært i strid med Norges forpliktelser etter EØS-retten, og, siden folketrygdloven skal forstås med de modifikasjoner som følger av forordning 883/

⁷ Se lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) §§ 1 og 2.

⁸ Utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken reddegjør for sitt syn i punkt 5.

⁹ Folketrygdloven § 21-3 første ledd.

¹⁰ Folketrygdloven § 25-12 første ledd.

¹¹ Folketrygdloven § 25-12 annet ledd.

2004,¹² norsk rett, å nekte syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger utelukkende med den begrunnelse at mottaker befinner seg i en annen EØS-stat.

1 Innledning

1.1 Om denne delutredningen

Utvalget for ekstern granskning av håndtering og praktisering av EUs trygdeforordning ble oppnevnt i statsråd 8. november 2019. Utvalget er satt ned for å få gjennomført en grundig og fullstendig gjennomgang av årsakene til at folketrygdlovens regler om syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger er praktisert slik at retten til disse kontantytelsene er nektet der medlemmer av folketrygden bosatt i Norge har oppholdt seg i andre EØS-land.¹³

Det fremgår av utvalgets mandat at det kan avgi delutredninger. Utvalget fant at det kunne være hensiktsmessig, både for eget og andres arbeid, om det avga en delutredning som behandler EØS-rettslige spørsmål oppholds krav reiser. Utredningen er ferdigstilt noe tid etter at utvalgets medlem Jens Edvin A. Skoghøy ble fritatt for vervet fordi han hadde søkt stilling som dommer i Høyesterett. Etter Skoghøys fratreden ble Asbjørn Strandbakken oppnevnt som medlem i utvalget med virkning fra 1. mars 2020. Utredningen ble ferdigstilt i møte 2. mars 2020.

Utvalget er forelagt Arbeids- og velferdsdirektoratets juridiske vurdering datert 27. oktober 2019, hvor det konkluderes at forordning 883/2004 innebærer at det «ikke [vil] være anledning til å avslå krav om kontantytelser alene på bakgrunn av at bruker oppholder seg i et annet EØS-land». Denne konklusjonen, som ikke er bindende for utvalget, kan utvalget tiltre.

1.2 Om trygdeforordningene og de alminnelige reglene om fri bevegelighet

1.2.1 Trygdeforordningens koordinerende funksjon

Forordning 883/2004 og den tilhørende forordning 987/2009 regulerer forholdet mellom EØS-statenes trygdeordninger. Forordningene avløser

forordning 1408/71 og forordning 574/72, og er ment å erstatte, forenkle og modernisere reglene.¹⁴ Samtidig utvides forordningens personelle anvendelsesområde slik at alle EØS-borgere, statsløse personer og flyktninger som er bosatt i en EØS-stat og som er eller har vært omfattet av en eller flere EØS-staters lovgivning, og deres familiemedlemmer og etterlatte er omfattet, ikke bare personer som er eller har vært i økonomisk aktivitet, jf. artikkel 2.

Forordningenes hovedformål er å regulere hvilket lands trygdeordning som kommer til anvendelse når, og å sikre at opptjente trygderettigheter ikke går tapt dersom medlemmet flytter til en annen EØS-stat.¹⁵ Forordningene regulerer derfor i utgangspunktet ikke innretningen av medlemsstatenes trygdeordninger; de koordinerer bruken av dem.¹⁶ Trygdeordningene er fortsatt nasjonale. Dette betyr at verken spørsmålet om hvilke trygdeordninger en stat har, eller spørsmålet om hvilke vilkår som må være oppfylt for å motta trygdeytelser, er harmonisert gjennom forordningene. EU-domstolen har i en rekke avgjørelser påpekt at eksistensen av ulike nasjonale trygdeordninger innebærer at utøvelsen av fri bevegelighet kan få betydning for retten til ytelse i henhold til de ulike ordningene, uten at dette er i strid med EU-retten. Det samme gjelder under EØS-avtalen.

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

Trygdekoordineringsreglene har tett forbindelse med reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft og selvstendig næringsdrivende. Dels skal de sikre arbeidstakere og næringsdrivende fra andre medlemsstater samme rettigheter som personer hjemmehørende i den aktuelle staten, og dels skal de sikre at opptjeningstid og opptjente ytelse kan tas med til andre medlemsstater. På denne måten legger forordningene til rette for fri bevegelighet av personer. En side ved dette er at

¹² Se trygdeforordningsforskriften § 1 tredje ledd jf. første ledd.

¹³ Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd. Det heter i §§ 8-9, 9-4 og 11-3 at opphold i Norge er et vilkår for rett til henholdsvis syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger, men bestemmelsene gir hjemmel til å dispensere fra dette kravet.

¹⁴ Se forordning 883/2004, fortalen avsnitt 3.

¹⁵ Se Traktat om den europeiske unions funksjonsmåte (TEUF) artikkel 48, og tilsvarende EØS-avtalen artikkel 29.

¹⁶ Se forordning 883/2004, fortalen avsnitt 4, samt gjentatte uttalelser i praksis både fra EU- og EFTA-domstolen.

ikke bare statsborgere i EØS-stater er rettighetssubjekter, men også disses familiemedlemmer. I trygdeforordningene fremgår dette uttrykkelig.¹⁷ Utenfor de situasjonene som reguleres av forordningene, følger dette av EU-domstolens praksis om forordning 492/11 artikkel 7. Denne forordningen er gjennomført i norsk rett ved EØS-arbeidstakerlova.¹⁸

1.2.2 *Reglene om fri bevegelse for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende*

De alminnelige reglene om fri bevegelse for arbeidstakere og om etableringsrett, som gir næringsdrivende en rett til fri bevegelse, følger av bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel. EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, og skal legges til grunn dersom de er i konflikt med andre regler i norsk rett. Slik har det vært siden 1. januar 1994.

Reglene om fri bevegelse for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende er strukturert som forbud mot restriksjoner, supplert med unntak. For så vidt gjelder det nærmere innholdet i restriksjonsbegrepet, viser rettspraksis at reglene om fri bevegelse for arbeidstakere forstås slik at både tiltak som uttrykkelig forskjellsbehandler på grunnlag av nasjonalitet, og tiltak som fremstår nasjonalitetsnøytrale, men som i praksis rammer arbeidstakere fra andre EØS-stater hardere enn arbeidstakere hjemmehørende i vertsstaten, er å anse som restriksjoner på den frie bevegelse.¹⁹ Slike restriksjoner er i utgangspunktet forbudt. EU-domstolen har lagt til grunn at motstykket til EØS-avtalen artikkel 28, TEUF artikkel 45,

«er til hinder for enhver foranstaltning, som ganske vist finder anvendelse uten forskelsbehandling på grunnlag af nationalitet, men som kan gøre det vanskeligere eller mindre attraktivt for unionsborgerne at udøve de i traktaten sikrede grundlæggende friheder (dom af 6.10.2016, Adrien m.fl., C-466/15, EU:C:2016:749, præmis 26). Selv restriksjoner af den frie bevegelse for personer med ringe rækkevidde eller af mindre betydning er

følgelig forbudt i henhold til artikkel 45 TEUF (jf. i denne retning dom af 12.7.2012, Kommissionen mod Spanien, C-269/09, EU:C:2012:439, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis).»²⁰

Siktemålet med de aktuelle bestemmelsene er med andre ord å

«undgå, at en arbeidstager, der har benyttet sin rett til fri bevegelse, uden saglig begrunnelse behandles ringere end en arbeidstager, der har tilbragt hele sit arbeidsliv i én og samme medlemsstat (dom af 12.6.2012, Hudzinski og Wawrzyniak, C-611/10 og C-612/10, EU:C:2012:339, præmis 80 og den deri nævnte retspraksis).»²¹

EØS-avtalen artikkel 31 flg. forbyr restriksjoner i etableringsretten, og dermed også næringsdrivendes bevegelse. EFTA-domstolen har, som EU-domstolen, forstått reglene slik:

«Tiltak som kan hindre utøvelsen av de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen, eller gjøre den mindre interessant, er, selv om de får anvendelse uten hensyn til nasjonalitet, en krenkelse av disse friheter som må rettfærdiggjøres». ²²

I *Holship*-dommen fikk dette tilslutning fra Høyesterett i plenum.²³ Vurderingen blir derfor den samme her som i relasjon til reglene om fri bevegelse for arbeidstakere.

Restriksjonsbegrepet har for alle praktiske formål det samme innhold uavhengig av hvilken frihet det er tale om, og er vidt nok til å ramme både hjemstats- og vertsstatsrestriksjoner. I EU-retten ser vi det samme, og da slik at den alminnelige rett til fri bevegelse for personer unionsborgerkapet gir, er et forbud mot tiltak som kan hindre eller gjøre det mindre attraktivt å reise til andre medlemsstater.

Det kan derfor ikke være tvil om at det er en restriksjon på den frie bevegelse for arbeidstakere og på etableringsretten å knytte betingelser til syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger som forutsetter opphold i trygdestaten og dermed vanskeliggjør reiser i EØS-området. Hvorvidt slike

¹⁷ Se forordning 1408/71 artikkel 2 og forordning 883/2004 artikkel 2.

¹⁸ Lov 14. desember 2012 nr. 81. Forordningen erstatter forordning 1612/68, som var gjennomført i norsk rett ved lov 27. november 1992 nr. 112. Om forståelsen av denne, se sak 94/84 *Deak*.

¹⁹ Se EØS-avtalen artikkel 28 flg.

²⁰ Sak C-420/15 *straffesak mot U*, avsnitt 20.

²¹ Forente saker C-95/18 og C-96/18 *van den Berg*, avsnitt 75.

²² Sak E-14/15 *Holship Norge AS mot Transportarbeiderforbundet*, avsnitt 115.

²³ Se HR-2016-2554-P *Holship Norge AS mot Transportarbeiderforbundet*.

begrensninger likevel kan oppstilles, vil måtte drøftes i relasjon til de kravene EØS-retten stiller.

1.2.3 *Trygdeforordningene og retten til fri bevegelse uavhengig av økonomisk aktivitet i EU*

Med forordning 833/2004 ble som nevnt det personelle anvendelsesområdet for trygdeforordningene utvidet til å omfatte også ikke-økonomisk aktive. Utvidelsen har sammenheng med innføringen av et unionsborgerskap i EU. Dette ble introdusert med Maastrichttraktaten (1992). I dag finner vi reglene om unionsborgerskapet i «Traktat om den europeiske unions funksjonsmåte» (TEUF), artiklene 20 til 23. Unionsborgerskapet gir rett til å ferdes og oppholde seg fritt i hele EU, og følger direkte av det å være statsborger i en medlemsstat, uten ytterligere vilkår om tilknytning til nærings- eller arbeidsliv.²⁴ Med unionsborgerskapet fikk dermed retten til fri bevegelse for personer et ytterligere grunnlag. Den ble en rettighet i seg selv, ikke bare en rettighet knyttet til økonomisk aktivitet.²⁵ Samtidig er det grunn til å merke seg at den særskilte hjemmelen i TEUF artikkel 21 til å treffe tiltak på trygdeområdet for å sikre den rett til fri bevegelse unionsborgerskapet gir, ikke er benyttet.²⁶

Unionsborgerskapet gir statsborgere i EUs medlemsstater en generell rett til fri bevegelse, og et EU-rettslig vern mot begrensninger i denne bevegelsesfriheten. Bopels- og oppholdsforhold knyttet til retten til å motta trygdeytelser begrenser bevegelsesfriheten ved at ytelsene mistes dersom man reiser til en annen medlemsstat. Unionsborgerskapet setter rammer for medlemsstatenes mulighet til å diskriminere egne ikke-økonomisk aktive borgere som utnytter retten til fri bevegelse. Det foreligger omfattende praksis fra EU-domstolen om dette siden begynnelsen av år 2000.

EU-domstolens praksis om unionsborgerskapets selvstendige betydning for trygderettigheter og velferdsordninger generelt er i dag omfattende og omdiskutert. Allerede i sak C-224/98 *D'Hoop* fant EU-domstolen at den alminnelige rett til fri bevegelse unionsborgerskapet gir, er til hinder for at hjemstaten knytter negative virkninger til

egne statsborgeres opphold i andre medlemsstater.²⁷ Dette er fulgt opp i en rekke avgjørelser, og så sent som i sak C-679/16 *A*, fant EU-domstolen at en finsk ordning som gjorde funksjonshemmedes rett til personlig assistanse betinget av opphold på finsk territorium, var en ulovlig restriksjon på den alminnelige rett til fri bevegelse unionsborgerskapet gir.²⁸

En sak som illustrerer unionsborgerskapets betydning i trygdesammenheng, men også grensen for dets rekkevidde, er sak C-406/04 *De Cuyper*. Saken gjaldt en betingelse om bopel og faktisk bosted i Belgia for rett til dagpenger under arbeidsledighet. De Cuyper hadde oppgitt til belgiske myndigheter at han var enslig og faktisk bodde i Belgia. Realiteten var imidlertid at selv om han hadde en leilighet i Belgia, var han her bare en gang i kvartalet. Ellers oppholdt han seg i Frankrike. Da belgiske myndigheter oppdaget forholdet, stanset de utbetalingene og krevde utbetalte ytelser tilbakeført. Situasjonen ble ikke regulert av forordning 1408/71, men De Cuyper gjorde gjeldende at bopelskravet var en ulovlig restriksjon på hans rett til fri bevegelse som unionsborger. Belgiske myndigheter anførte at bopelskravet var nødvendig av kontrollhensyn.

EU-domstolen fant at bostedskravet utgjorde en restriksjon, men at hensynet til kontroll med at de som mottar ytelser også tilfredsstillte vilkårene for å motta dem, begrunnet bopelskravet. Administrative kontrollhensyn ble dermed ansett mer tungtveiende enn retten til fri bevegelse.²⁹ Saken viser den selvstendige betydningen reglene om unionsborgerskap kan ha for de spørsmål utvalget behandler.

1.2.4 *Trygdeforordningene og retten til fri bevegelse uavhengig av økonomisk aktivitet i EØS*

Det er betydningen av EØS-retten, herunder trygdeforordningene som EØS-rett, som er tema i det følgende.³⁰ EØS-avtalens hoveddel har ingen

²⁴ TEUF artiklene 20 og 21.

²⁵ Retten til fri bevegelse ut over tre måneders oppholdstid er likevel ikke helt ubetinget. Det følger av direktiv 2004/38 artikkel 7 at det er et krav at man ikke er en byrde for oppholdslandet ved opphold ut over tre måneder.

²⁶ Se fortalen til forordning 833/2004, hvor det fremgår at forløperen til TEUF artikkel 20, Traktat om det europeiske fællesskab (TEF) artikkel 18, ikke utgjør en del av hjemmelsgrunnlaget for forordningen.

²⁷ Se sak C-224/98 *D'Hoop*, avsnitt 29 flg.

²⁸ Se også sak C-503/09 *Stewart*, avsnitt 81 flg.

²⁹ Se også sak C-228/07 *Petersen*, der EU-domstolen etter en konkret vurdering knyttet til en yttelse med litt andre karakteristika fant at et bopelskrav ikke var berettiget. Praksis fra EU-domstolen er til dels sprikende og ofte konkret begrunnet.

³⁰ Forordning 1408/71 og den tilhørende forordning 574/72 utgjorde en del av den EU-rett EØS-avtalen omfattet da den ble undertegnet. Forordning 833/2004 og forordning 987/2009 ble innlemmet i EØS-avtalen i 2011 ved EØS-komiteens beslutning nr. 76/11 av 1. juli 2011 om endring av EØS-avtalens vedlegg VI (Trygd) og protokoll 37.

bestemmelser som svarer til dem vi finner om unionsborgerskap i TEUF. Når EØS-avtalen ikke gir grunnlag for noe «EØS-borgerskap» tilsvarende unionsborgerskapet, er spørsmålet hvilken betydning dette har. Spørsmålet er om vi her er på et område der EØS-retten ikke er sammenfallende med EU-retten. Svaret på dette spørsmålet kan ha betydning for rettsstillingen til de medlemmer av folketrygden som ikke har benyttet seg av retten til fri bevegelighet for arbeidskraft eller etableringsretten, og hovedtyngden av disse vil være norske statsborgere.

Et grunnleggende hensyn ved tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser er hensynet til samsvarende mellom de regler EØS-avtalen gir grunnlag for, og de som gjelder i EU-retten. Dette innebærer at med mindre det foreligger særtrekk ved EØS-avtalen som tilsier noe annet, skal det ikke spille noen rolle for tolkningen om den skjer i en EØS-rettslig eller en EU-rettslig kontekst. Fraværet av en parallell til EUs unionsborgerskap i EØS-avtalen er et slikt særtrekk, som etter omstendighetene kan begrunne ulike tolkninger.

Når forordning 833/2004 utvidet det personelle anvendelsesområdet for trygdeforordningene til å omfatte også ikke-økonomisk aktive, hadde det sammenheng med innføringen av unionsborgerskapet i EU. Ved innlemmelsen av forordningen i EØS-avtalen ble det imidlertid ikke foretatt noen justeringer for dette, i motsetning til ved innlemmelsen av det såkalte unionsborgerdirektivet. Da påpekte EØS-komiteen særskilt at begrepet «unionsborgerskap» ikke inngår i avtalen.

EU-domstolens avgjørelser viser at EU-retten i hvert fall på tidspunktet da forordning 833/2004 ble innlemmet i EØS-avtalen ga grunnlag for en alminnelig rett til fri bevegelighet for personer med betydning også for adgangen til stille krav om opphold i trygdestaten for rett til kontantytelser.

EFTA-domstolens praksis viser at den strekker seg langt for å realisere målsettingen om at EØS-retten skal gi de samme rettigheter som EU-retten gjør på de områder EØS-avtalen dekker. EFTA-domstolen søker derfor gjerne å oppstille samme regel i EØS som den som gjelder i EU, selv om rettsgrunnlaget da må bli et annet enn i EU.³¹ Utvalget mener at dette tilsier at forordningen forstått i EØS-kontekst vil gi de samme materielle resultater for de ytelsene denne utredningen gjelder som de resultater EU-retten gir.³²

Et samlet utvalg er derfor enige om at spørsmålet om unionsborgerskapets betydning i EØS

ikke kommer på spissen for folketrygdlovens regler om syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger i tiden etter gjennomføringen av trygdeforordning 833/2004. Det kan derfor legges til grunn at fra det tidspunktet forordning 833/2004 ble gjennomført i norsk rett, må regler og vedtak som medfører at retten til kontantytelser ved sykdom bortfaller der medlemmet reiser til en annen EØS-stat vurderes mot retten til fri bevegelighet for personer.

Det kan reises spørsmål om det også før 1. juni 2012 var EØS-rettslig grunnlag for en alminnelig rett til fri bevegelighet for personer uavhengig av økonomisk aktivitet. En EØS-rettslig ramme som utvilsomt gjaldt også tiden før 1. juni 2012 er reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft og etableringsrett. Disse reglene er anvendelige der det er et grenseoverskridende element knyttet til arbeidsforholdet eller den selvstendige næringsvirksomheten. Reglene kommer derfor til anvendelse der et medlem av trygden er statsborger i en annen EØS-stat og arbeider eller driver selvstendig næringsvirksomhet i Norge. Reglene kommer også til anvendelse der norske statsborgere arbeider eller har arbeidet i andre EØS-stater, men ikke der det ikke foreligger noe grenseoverskridende element knyttet til arbeidsforholdet. De fleste av de av folketrygdens medlemmer som er omfattet av reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft og etableringsrett, vil trolig være statsborgere fra andre EØS-stater.

Det har siden 1. januar 1994, for så vidt gjelder de personer som er omfattet av reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft og etableringsrett, vært i strid med norsk rett å nekte disse kontantytelser ved sykdom utelukkende med den begrunnelse at de oppholder seg i en annen EØS-stat.³³

Det har imidlertid ikke vært i strid med disse reglene å nekte personer som ikke har benyttet

³¹ Et klart eksempel er avgjørelsen i sak E-28/15 *Jabbi*, avsnitt 49 flg.

³² Mer om den generelle problemstillingen i Karin Fløistad, *The EEA Agreement in a Revised EU Framework for Services*, Springer 2018, se også Pål Wennerås, *Merknader til Article 6 EEA Homogeneity* og Karin Fløistad, *Merknader til Articles 28 and 29, Free movement of persons*, begge i Finn Arnesen et al. (eds.), *Agreement on the European Economic Area – A Commentary* (Baden-Baden 2018) (*Arnesen et al.*).

³³ Ytelsen arbeidsavklaringspenger erstattet 1. mars 2010 ytelsene yrkesrettet attføring, rehabiliteringspenger og tidsbegrenset uførestønad. Spørsmålet om oppholds krav knyttet til retten til å motta disse ytelsene utgjør en restriksjon på de friheter som følger av EØS-retten, vil være den samme som ved vurderingen av oppholds krav knyttet til arbeidsavklaringspenger. Karakteristika ved ytelsene yrkesrettet attføring, rehabiliteringspenger og tidsbegrenset uførestønad kan imidlertid ha betydning for vurderingen av om restriksjonen kan opprettholdes, og for plasseringen av dem i de kategorier forordning 1408/71 opererer med.

seg av retten til fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende etter EØS-retten slike kontantytelser utelukkende med den begrunnelse at de oppholder seg i en annen EØS-stat. Spørsmålet blir dermed om andre EØS-rettslige regler er til hinder for slike nektelser.

Et mulig grunnlag kan være innlemmelsen av direktiv 2004/38, unionsborgerdirektivet, i EØS-avtalen, og gjennomføringen av det i norsk rett. Ved innlemmelsen påpekte som nevnt EØS-komiteen særskilt at begrepet «unionsborgerskap» ikke inngår i avtalen. I tillegg avga avtalepartene en felleserklæring. Oppmerksomheten i denne erklæringen er imidlertid rettet mot andre spørsmål enn unionsborgerbegrepets eventuelle betydning for tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser om trygd.³⁴

Etter sin ordlyd gir unionsborgerdirektivet, med unntak for artikkel 4 som gir rett til utreise, rettigheter overfor andre EØS-stater enn den man er statsborger i. Tatt på ordet gir derfor ikke unionsborgerdirektivet norske statsborgere rettigheter overfor norske myndigheter. EFTA-domstolen har imidlertid, ut fra hensynet til materiell homogenitet mellom EØS-rett og EU-rett, tolket direktivet slik at det også gir rettigheter overfor egen stat. Hvorvidt dette innebærer at unionsborgerdirektivet, forstått i en EØS-rettslig sammenheng, gir den samme rett til fri bevegelighet innenfor EØS som unionsborgerskapet gir i EU, er likevel uavklart.

Et annet grunnlag kan være reglene om fri bevegelighet for tjenester, som følger av EØS-avtalen artikkel 36 flg. Utvalgets flertall, alle bortsett fra utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken, kan ikke på nåværende tidspunkt konkludere med at reglene om fri bevegelse av tjenester kommer til anvendelse i de sakene som eventuelt ikke omfattes av reglene om fri bevegelse av arbeidskraft og reglene om retten til fri etablering, for tiden før 1. juni 2012. Flertallet mener at spørsmålet om tjenestereguleringene kommer til anvendelse, må få sin avklaring i EFTA-domstolen. Dette vil ha betydning for omfanget av saker som må gjenomgås, for tiden før 1. juni 2012. Utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken deler ikke denne oppfatningen, og redegjør derfor særskilt for sin oppfatning av rettstilstanden på disse punktene. Dette gjøres i punkt 5.

³⁴ Se EØS-komiteens beslutning 158/2007 av 7. desember 2007 om endring av EØS-avtalens vedlegg V (Fri bevegelighet av arbeidstakere) og vedlegg VIII (Etableringsrett), og den tilknyttede felleserklæringen. Beslutning og erklæring er publisert i EU-tidende L 124 8.5. 2008 s. 20 og, på norsk, i EØS-tillegget til EU-tidende nr. 26, 8. mai 2008 s. 17.

1.3 Opplegget videre

Den sentrale funksjonen til trygdeforordningene er å koordinere EØS-statenes trygdeordninger, ikke harmonisere dem. Forordningenes vesentlige funksjon er derfor å sikre at personer som beveger seg fra én EØS-stat til en annen ikke skal miste ytelse de har opptjent, og at de får uttelling for tid knyttet til andre EØS-staters trygde-systemer. Samtidig skal forordningene sikre at det ikke gis dobbelt uttelling for samme aktivitet.

Trygdeforordningene koordinerer ikke alle velferdsytelser, men slike som møter forordningenes definisjoner. Det er derfor nødvendig å plassere syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger i forordningenes kategorier. Dette gjøres i punkt 2. Frem til den någjeldende trygdeforordningen, forordning 883/2004, trådte i kraft i EØS, skjedde koordineringen i EØS gjennom forordning 1408/71. Utvalget drøfter hvilken betydning denne forordningen hadde for retten medlemmer av folketrygden bosatt i Norge hadde til å motta syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger ved opphold i andre EØS-stater i punkt 3. Den gjeldende forordningen, forordning 883/2004, behandles i punkt 4. I punkt 5 følger utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakkens drøftelse av reglene om fri bevegelighet for tjenester, og i punkt 6 redegjøres det for hvilken betydning uenigheten innad i utvalget har for de øvrige spørsmål utvalget behandler. I punkt 7 redegjør utvalget kort for EØS-rettens betydning for folketrygdlovens krav om opphold i Norge for rett til syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger.

2 Syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger i forordningenes system

Forordning 1408/71 og 883/2004 skiller begge mellom kontantytelser og naturalytelser, og mellom årsakene til at ytelsen gis, f.eks. sykdom eller uførhet. Reguleringen i forordningene viser til denne kategoriseringen, og det er derfor nødvendig å plassere syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger i forordningenes kategorier.³⁵ Dette må

³⁵ Ytelsen arbeidsavklaringspenger erstattet 1. mars 2010 ytelsene yrkesrettet attføring, rehabiliteringspenger og tidsbegrenset uførestønad. Karakteristika ved disse kan ha betydning for plasseringen av dem i de kategorier forordning 1408/71 opererer med. Som det vil fremgå, faller rene kontantytelser ved sykdom utenfor det materielle virkeområdet til denne forordningen. Utvalget har derfor ikke sett grunn til å drøfte plasseringen av disse ytelsene i forordningens system nærmere.

skje etter EØS-rettslige kriterier,³⁶ og det er derfor uten betydning hvordan disse ytelsene er karakterisert i norsk rett.

Det følger allerede av ordlyden at den sentrale forskjellen mellom kontantytelser og naturalytelser er at førstnevnte gis i form av penger, mens sistnevnte gis i form av varer eller tjenester. Forordningene inneholdt da de ble vedtatt ingen nærmere definisjon av uttrykkene, men EU-domstolen har utviklet nærmere retningslinjer for hvordan ulike ytelser skal kategoriseres. Denne praksisen ble kodifisert i endringsforordning 988/2009, slik at naturalytelser nå defineres som ytelser som skal

«levere, gjøre tilgjengelig, betale direkte eller refundere utgifter til legehjelp og legemidler samt tjenester knyttet til legehjelpen».³⁷

Endringsforordningen definerer ikke kontantytelser, men det følger motsetningsvis, og av fast praksis i EU-domstolen, at kontantytelser kjenne-tegnes ved at de skal «skaffe en syg arbeidstager kompensasjon for løntab».³⁸ Ved vurderingen av om en ytelse gjør det, skal det blant annet legges vekt på om betaling skjer ved faste overføringer, om summen er fast og uavhengig av kostnadene til medlemmet, og hvilken frihet medlemmet har med hensyn til hva pengene brukes til.³⁹

Vurdert mot disse kriteriene, er det ikke tvil om at syke- pleie- og arbeidsavklaringspenger er «kontantytelser». Pengene gis for å kompensere manglende inntekt, utbetales som en fast sum og det legges ingen nærmere føringer på hvordan pengene disponeres.⁴⁰

Videre må det vurderes om ytelsene er blant dem som omfattes av forordningene, og i så fall hvilken kategori ytelsene faller inn under.⁴¹ Dette er spørsmålet om ytelsene er gitt i henhold til

«trygdeordninger» slik dette begrepet er forstått i EU/EØS-retten. Forordningene inneholder ikke selv noen definisjon av hva som er en trygdeytelse, men EU-domstolen har i sin praksis lagt til grunn at forordning 883/2004 omfatter enhver ytelse som

«tildeles de berettigede uten nogen individuell bedømmelse af deres personlige behov, men efter lovbestemte kriterier, og forudsat for det andet, at den vedrører én af de sociale risici, der udtrykkelig er anført i artikkel 3, stk. 1».⁴²

Tilsvarende er lagt til grunn for forordning 1408/71.⁴³ Når det gjelder den nærmere grensdragningen mellom de ulike trygdeytelsene, knytter den seg til hvilken risiko ytelsen skal kompensere for. Det sentrale ved vurderingen er altså om formålet er å kompensere for den risikoen som materialiseres ved sykdom. Ytelsene utvalget skal vurdere, gis alle etter lovbestemte kriterier, og kompenserer for manglende inntekt som skyldes sykdom.⁴⁴ Det har etter utvalgets syn ikke betydning for vurderingen av pleiepenger at ytelsen gis på grunn av andres sykdom. Utvalget er etter dette kommet til at syke- pleie- og arbeidsavklaringspenger er «kontantytelser» som gis ved «sykdom». Adgangen å motta ytelsene under reise i EØS må derfor vurderes mot forordningenes regler for disse ytelsene.

Utvalget noterer at norske myndigheter har gitt uttrykk for det samme synet i erklæringer gitt i medhold av forordning 883/2004 artikkel 9,⁴⁵ og registrerer samtidig at det finnes andre syn på dette spørsmålet.⁴⁶ Adgangen til å gjøre rett til syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger betinget av opphold på trygdestatens territorium må etter utvalgets oppfatning vurderes mot forordningenes regler om kontantytelser ved sykdom.

³⁶ Nærmere om kriteriene for bedømmelsen, se sak C-372/18 *Dreyer*, avsnitt 31 flg. og den rettspraksis det vises til der.

³⁷ Forordning (EU) 988/2009 artikkel 1 nr. 3, publisert i EØS-tillegget til EU-tidende nr. 70/2012 s. 59.

³⁸ Sak C-466/04 *Acereda Herrera* avsnitt 31, sak C-160/96 *Molenaar* avsnitt 31.

³⁹ Se nærmere om dette i kommentaren til avdeling 2 kapittel I i forordning 883/2004 i Maximilian Fuchs og Rob Cornelissen (ed.) *EU Social Security Law – A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009* (Baden-Baden 2015) (*Fuchs og Cornelissen*).

⁴⁰ Se formålsbestemmelsen til folketrygdlovens regler om sykepenger i § 8-1, pleiepenger i § 9-1 og arbeidsavklaringspenger i § 11-1.

⁴¹ Forordningens avdeling 2 gir regler for en lang rekke ulike typer ytelser, hvor én av disse er ytelser ved «sykdom».

⁴² Sak C-372/18 *Dreyer*, avsnitt 32, med videre henvisning til sak C-249/83 *Hoeckx* avsnitt 12 – 14, sak C-433/13 *Kommissionen mot Slovakia*, avsnitt 71 og sak C-679/16 avsnitt 32.

⁴³ Sak C-160/96 *Molenaar* avsnitt 20, med videre henvisning til sak C-249/83 *Hoeckx* avsnitt 12 – 14, sak C-122/84 *Scriver* avsnitt 19 – 21 og sak C-78/91 *Hughes* avsnitt 15.

⁴⁴ Se formålsbestemmelsen til folketrygdlovens regler om sykepenger i § 8-1, pleiepenger i § 9-1 og arbeidsavklaringspenger i § 11-1.

⁴⁵ Slike erklæringer er bindende i den forstand at meldte ordninger vil være å anse som ordninger omfattet av forordningen.

⁴⁶ Se her Karl Arne Utgård i «Trygdesaka – ein gjennomgang av dei grunnleggande rettsreglane», <https://rett24.no/articles/trygdesaka-ein-gjennomgang-av-dei-grunnleggande-rettsreglane>, 19.02.2020.

3 Frem til 1. juni 2012, forordning 1408/71

3.1 Innledning

Forordning 883/2004 ble innlemmet i EØS-avtalen 1. juli 2011, og gitt virkning fra 1. juni 2012.⁴⁷ Forordningen erstattet forordning 1408/71. Før juni 2012 var det altså forordning 1408/71 som regulerte koordineringen av trygdeytelser i EØS. Redegjørelsen for rettstilstanden før juni 2012 tar derfor utgangspunkt i reguleringen i denne tidligere forordningen.

Forordningen stiller ikke krav om at medlemmet må ha benyttet seg av den rett til fri bevegelighet som følger av EØS-avtalens hoveddel. Det avgjørende er om medlemmet er omfattet av forordningens personelle virkeområde, om den trygdeytelsen det er tale om, er koordinert gjennom forordningen, og om forordningen regulerer den aktuelle situasjonen.

Forordningens avdeling III gir særskilte bestemmelser for de ytelsene forordningen koordinerer. Avdeling III kapittel 1 gjelder ytelser ved «sykdom, svangerskap eller fødsel». Kapitlets avsnitt 2 regulerer koordineringen av disse ytelsene for «arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende», og gjelder blant annet situasjoner der vedkommende oppholder seg i eller ønsker å flytte til en annen EØS-stat enn trygdestaten. Utvalget kommer nærmere tilbake til artiklene 19 og 22, som regulerer bosted og opphold i annen EØS-stat, i punkt 3.2.

EU-domstolen har fastslått

«at forordning nr. 1408/71 ikke indfører en felles sosialsikringsordning, men udelukkende har til formål at sikre en samordning af medlemsstaternes nationale sikringsordninger, som fortsat består. I henhold til fast retspraksis bevarer medlemsstaterne således deres kompetence til selv at udforme deres sociale sikringsordninger (jf. bl.a. dom af 21.2.2013, Salgado González, C- 282/11, EU:C:2013:86, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis). I mangel af harmonisering på EU-niveau tilkommer det følgelig hver medlemsstat i lovgivningen navnlig at fastsætte de betingelser, som en person skal opfylde for at være berettiget til ydelser (dom af 21.2.2013, Salgado González, C-

282/11, EU:C:2013:86, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

Ved udøvelsen af denne kompetence skal medlemsstaterne imidlertid overholde EU-retten og navnlig EUF-traktatens bestemmelser om unionsborgernes ret til at færdes og opholde sig på medlemsstaternes område (dom af 21.2.2013, Salgado González, C-282/11, EU:C:2013:86, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).⁴⁸

Dette er fulgt opp av EFTA-domstolen, jf sak E-6/12, hvor EFTA-domstolen påpeker:

«It must also be kept in mind that, according to established case law, the Regulation provides for coordination of the applicable national law and not harmonisation of the social security legislations of the EEA States (see Tsomakas and Others, cited above, paragraph 27, and Jonsson, cited above, paragraph 55). This entails, first, that the choice of law rules of the Regulation are binding in the sense that a Contracting Party cannot decide the extent to which its own legislation or that of another State applies (see Tsomakas and Others, cited above, paragraph 28).

Second, the Regulation does not detract from the power of the EEA States to organise their social security systems. In the absence of harmonisation at EEA level, it is thus for each EEA State to determine in national legislation the conditions on which social security benefits are granted. However, in such circumstances, the EEA States must nevertheless comply with EEA law when exercising that power (see Jonsson, cited above, paragraph 55).»⁴⁹

Dette viser hvilken frihet statene har på trygdeområdet. Dette innebærer imidlertid også at man ikke kan slå seg til ro med at nasjonale trygde-regler lar seg forene med forordningen. Det må også vurderes om trygdereglene er i samsvar med de krav øvrig EØS-rett stiller.

3.2 Nærmere om forordning 1408/71 artikkel 19 og 22

Forordning 1408/71 regulerer i artikkel 19 og 22 en rekke situasjoner hvor et medlem har bosted eller opphold i en annen EØS-stat. Bestemmel-

⁴⁷ EØS-komitebeslutning nr. 76/2011, 1. juli 2011, publisert i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 54 av 6.10.2011, s. 46.

⁴⁸ Sak C-189/16 *Zaniewicz-Dybeck*, avsnittene 38 til 40.

⁴⁹ Sak E-6/12 *ESA mot Norge* (Barnetrygd), avsnittene 71 og 72.

sene er ikke strukturert etter type ytelse, men etter faktisk situasjon. Det er derfor nødvendig å se på reguleringen av både naturalytelser og kontantytelser, selv om ytelsene utvalget er opptatt av, er kontantytelser.

Artikkel 19 nr. 1 regulerer situasjonen hvor medlemmet er bosatt i en annen EØS-stat, og lyder slik i norsk versjon:

1. En arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som er bosatt på territoriet til en annen medlemsstat enn den kompetente stat, og som oppfyller vilkårene for rett til ytelser i henhold til den kompetente stats lovgivning, skal, etter at det eventuelt er tatt hensyn til bestemmelsene i artikkel 18, i staten der vedkommende er bosatt motta:
 - a) naturalytelser gitt for den kompetente institusjons regning av institusjonen på bostedet i samsvar med bestemmelsene i lovgivningen den anvender, som om vedkommende var trygdet der,
 - b) kontantytelser gitt av den kompetente institusjon i samsvar med bestemmelsene i lovgivningen den anvender. Etter avtale mellom den kompetente institusjon og institusjonen på bostedet, kan ytelsene likevel gis av sistnevnte institusjon for førstnevntes regning i samsvar med bestemmelsene i den kompetente stats lovgivning.⁵⁰

Det følger av sammenhengen med artikkel 22, som gjelder flytting til annen EØS-stat, at bestemmelsen er begrenset til å gjelde situasjonen hvor et medlem oppfyller vilkårene for rett til en ytelse mens vedkommende bor i en annen EØS-stat enn trygdestaten.⁵¹ For kontantytelser er regelen den at medlemmet har rett til ytelser fra trygdestaten,

⁵⁰ Begrepene «institusjon», «kompetent medlemsstat» og «kompetent institusjon» er definert i artikkel 1 bokstavene n), o) og q). Med «institusjon» menes det organet som har ansvaret for anvendelsen av trygdellovgivningen i det enkelte EØS-land. For Norges vedkommende er dette Nav. Begrepet «den kompetente institusjon» er i artikkel 1 bokstav o) gitt fire alternative meningsinnhold, avhengig av situasjonen. I de situasjonene denne utredningen behandler, vil den kompetente institusjon være Nav. Dette fordi utredningen bare behandler rettsstillingen etter EØS-retten for de trygdemottakerne som har rett til ytelser fra Nav. Med «kompetent medlemsstat» menes den EØS-staten hvor den kompetente institusjonen ligger. I denne sammenheng er det Norge. Endelig viser artikkel 1 bokstav p) at avhengig av situasjonen, vil den «kompetente institusjon» kunne være en annen enn institusjonen på bo- eller oppholdsstedet.

⁵¹ Denne sammenhengen er nærmere beskrevet i sak C-208/07 *Chamier-Glisczinski* avsnitt 42 - 45.

i tråd med dennes lovgivning. For naturalytelser er det slik at medlemmet skal motta ytelsene fra oppholdsstaten, i tråd med dennes lovgivning. Artikkel 19 har begrenset interesse i en redegjørelse for adgangen til å reise med ytelser i EØS, i og med at bestemmelsen bare regulerer situasjonen hvor vilkårene for rett til ytelsen blir oppfylt (sykdommen inntreffer) mens medlemmet allerede bor i en annen EØS-stat.

Artikkel 22 nr. 1 og 2 regulerer opphold i og reise til annen EØS-stat, og lyder slik i norsk versjon:

1. En arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som oppfyller vilkårene for rett til ytelser etter den kompetente stats lovgivning, etter at det eventuelt er tatt hensyn til bestemmelsene i artikkel 18 og:
 - a) hvis tilstand krever naturalytelser som av medisinske grunner blir nødvendige under et opphold på en annen medlemsstats territorium, idet det tas hensyn til ytelsenes art og oppholdets forventede varighet, eller
 - b) som, etter å ha fått rett til ytelser som skal belastes den kompetente institusjon, får tillatelse av institusjonen til å reise tilbake til den medlemsstat på hvis territorium vedkommende er bosatt, eller til å flytte til en annen medlemsstats territorium, eller
 - c) som får tillatelse av den kompetente institusjon til å reise til en annen medlemsstats territorium for der å motta hensiktsmessig behandling for sin tilstand,
 - skal ha rett til:
 - i) naturalytelser gitt av institusjonen på oppholds- eller bostedet for den kompetente institusjons regning i samsvar med bestemmelsene i lovgivningen den anvender, som om vedkommende var trygdet der; tidsrommet det skal gis ytelser for, skal imidlertid reguleres av den kompetente stats lovgivning
 - ii) kontantytelser gitt av den kompetente institusjon i samsvar med bestemmelsen i lovgivningen den anvender. Etter avtale mellom den kompetente institusjon og institusjonen på oppholds- eller bostedet kan likevel ytelsene gis av sistnevnte institusjon for førstnevnte institusjons regning i samsvar med

bestemmelsene i den kompetente stats lovgivning.

2. Tillatelsen som kreves i henhold til nr. 1 bokstav b), kan bare nektes dersom det blir fastslått at reisen kan forverre vedkommendes helsetilstand eller forringe den medisinske behandling.

Tillatelsen som kreves i henhold til nr. 1 bokstav c), kan ikke nektes når den aktuelle behandling er oppført blant de ytelser som er fastsatt i lovgivningen i den medlemsstat på hvis territorium vedkommende er bosatt og dersom det, etter at det er tatt hensyn til vedkommendes aktuelle helsetilstand og sykdommens mulige utvikling, ikke kan gis behandling innen den frist som vanligvis gjelder for å oppnå den aktuelle behandling i bostedsstaten.⁵²

Artikkel 22 nr. 1 regulerer i hvilke situasjoner medlemmet har krav på ytelser. Bestemmelsen er strukturert slik at ett av tre alternative vilkår i bokstav a til c må være oppfylt for at vedkommende skal ha rett til slike naturalytelser og/eller kontantytelser som er omtalt i bestemmelsens punkt i og ii.

Bokstav a og c regulerer situasjoner hvor retten til kontantytelser er en konsekvens av et krav på, eller en tillatelse til, naturalytelser i en annen EØS-stat. Alternativene gir derfor ingen selvstendig rett til kontantytelser, men presenteres her for helhetens skyld. Bokstav a regulerer situasjonen hvor en person trenger naturalytelser som av «medisinske grunner blir nødvendige» under opphold i en annen EØS-stat, og bokstav c regulerer situasjonen hvor en person får tillatelse av trygdestaten til å reise til en annen EØS-stat for å motta «hensiktsmessig behandling» der. Det følger av artikkel 22 nr. 2 annet ledd at trygdestaten kun i begrenset utstrekning kan nekte slik tillatelse. I begge tilfeller har vedkommende krav på naturalytelser fra oppholdsstaten, i tråd med oppholdsstatens lovgivning, betalt av trygdestaten, og kontantytelser fra trygdestaten etter trygdestatens lovgivning.

Bokstav b regulerer situasjonen hvor et medlem skifter bostedsland, og skiller i den forbindelse mellom to situasjoner. Den første situasjonen er den hvor et medlem bor i en annen EØS-stat enn trygdestaten, og reiser tilbake til bostedet. Den andre situasjonen er den der vedkommende bor i trygdestaten, men flytter til en annen EØS-stat. Det følger både av ordlyden og sam-

menhengen at bestemmelsen gjelder situasjoner hvor medlemmet endrer bosted, og dermed ikke omfatter mer kortvarige eller midlertidige opphold i annen EØS-stat. Dette fremgår enda klarere i enkelte andre språkversjoner.⁵³ I begge disse situasjonene kan trygdestaten gjøre adgangen til å ta med seg sitt krav på kontantytelser og naturalytelser til en annen EØS-stat betinget av forutgående samtykke. Rammene for å nekte samtykke er imidlertid snevre. Det følger av artikkel 22 nr. 2 første ledd at tillatelse i henhold til bokstav b kun kan nektes dersom reisen kan «forverre vedkommendes helsetilstand eller forringe den medisinske behandling».

Drøftelsen av artikkel 22 nr. 1 og 2 viser at bestemmelsen har begrenset betydning for adgangen til å motta kontantytelser på reise i EØS-området. Dette skyldes hovedsakelig at bestemmelsen kun regulerer opphold i en annen EØS-stat der medlemmet samtidig har krav på naturalytelser, jf. bokstav a. Reguleringen av kontantytelser er begrenset til situasjoner hvor medlemmet flytter til en annen EØS-stat, reiser tilbake til EØS-landet vedkommende bor i eller får tillatelse til å motta naturalytelser i annen EØS-stat. Kontantytelser under andre former for kortvarige og midlertidige opphold reguleres ikke av artikkel 22.

4 Etter 1. juni 2012, forordning 883/2004

4.1 Innledning

Forordning 883/2004 ble innlemmet i EØS-avtalen 1. juli 2011, og gitt virkning i norsk rett fra 1. juni 2012.⁵⁴ Fra og med juni 2012 er det denne forordningen som har regulert koordineringen av trygdeytelser i EØS, og EU-domstolen har gjentatte ganger understreket at

⁵³ Det følger av EØS-avtalen artikkel 129 at den norske språkversjonen har «samme gyldighet» som de øvrige versjonene av forordningen. I engelsk språkversjon brukes «transfer his residence». I tysk språkversjon «Wohnortwechsel von dem Gebiet des zuständigen Staates in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats». I fransk versjon brukes «transférer sa résidence sur le territoire d'un autre État membre». Nærmere om håndteringen av flerspråkighet, se Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, EØS-rett, 3. utg. (Bergen 2018) (*Fredriksen og Mathisen*) avsnitt VII 3.2 og kommentarene til EØS-avtalen artikkel 129 i *Arnesen et al.*

⁵⁴ EØS-komitebeslutning nr. 76/2011, 1. juli 2011, publisert i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 54 av 6.10.2011, s. 46.

⁵² Publisert i særskilt vedlegg til EU-tidende nr. 2 bind 11 s. 25. Endret ved forordning 634/2004, publisert i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 65 av 23.12.2004, s. 19.

«forordning nr. 883/2004, som har til formål at sikre koordinering af de nationale ordninger, som fortsatt består, ikke indfører en fælles sosialsikringsordning. Ifølge fast retspraksis bevarer medlemsstatene således deres kompetence til selv at utforme deres sociale sikringsordninger [...].

I mangel af harmonisering på EU-plan tilkommer det følgelig hver medlemsstat i lovgivningen bl.a. at fastsette de betingelser, som en person skal opfylde for at være berettiget til ytelser [...].

Ved udøvelsen af denne kompetence skal medlemsstatene imidlertid overholde EU-retten og navnlig EUF-traktatens bestemmelser om unionsborgeres rett til at færdes og opholde seg på medlemsstaternes område [...].⁵⁵

Dette viser at statenes frihet på trygdeområdet også etter vedtakelsen av forordning 883/2004 er stor. Samtidig viser sitatet at man heller ikke nå kan slå seg til ro med at nasjonale trygderegler lar seg forene med forordningen. Det må også vurderes om trygdereglene er i samsvar med de krav øvrig EU-rett stiller.

Heller ikke forordning 883/2004 stiller noe krav om at vedkommende må ha benyttet seg av den rett til fri bevegelighet EØS-retten gir, men utvider det personelle virkeområdet for reguleringen ved at begrensningen til arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende oppheves. Det avgjørende også i relasjon til denne forordningen er om den trygdeytelsen det er tale om, er koordinert gjennom forordningen, og om situasjonen er en forordningen regulerer.

Forordning 883/2004 er organisert i seks avdelinger,⁵⁶ nummerert fra I til VI. Avdeling III er delt inn i kapitler, noe de øvrige ikke er. Denne delen av forordningen gir regler om de enkelte typer trygdeytelser forordningen koordinerer. Avdelingen er delt inn i ni kapitler, og kapittel 1 er igjen delt i tre avsnitt.⁵⁷ Avdeling III regulerer hvilken institusjon som, eventuelt i første omgang, skal utrede ytelser medlemmet har rett til etter den trygdeordningen vedkommende er omfattet av, der personen bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat enn den kompetente. Bestemmelsene er koordineringsbestemmelser. De regulerer ikke det vi kan kalle medlemmets primærkrav, det vil si hvilke ytelser vedkommende har krav på

etter den trygdeordningen vedkommende er omfattet av, men hvilken institusjon som skal utrede disse ytelsene der medlemmet er i en annen EØS-stat enn den kompetente.

Avdeling III kapittel 1 gjelder «ytelser ved sykdom samt ytelser til mor ved svangerskap og fødsel og de tilsvarende ytelser til far».⁵⁸ Kapitlet gjelder situasjoner der medlemmet oppholder seg, eller ønsker å oppholde seg, i en annen EØS-stat enn den kompetente – i vår sammenheng, en annen EØS-stat enn Norge. Kapitlet skiller, som flere av de andre kapitlene i dette avsnittet, klart mellom naturalytelser og kontantytelser. For kontantytelser er regelen etter artikkel 21 at medlemmet har rett til ytelser fra «den kompetente institusjon». Der det er tale om naturalytelser, er derimot hovedregelen at medlemmet har rett til ytelser fra institusjonen i den EØS-staten vedkommende oppholder seg, som om vedkommende var omfattet av trygdelovgivningen der, men for den kompetente stats regning.

4.2 Forordning 883/2004 artikkel 21

4.2.1 Innledning

Forordning 883/2004 artikkel 7 fastsetter at alle nasjonale krav som innebærer at medlemmet eller medlemmets familie må være bosatt i trygdestaten for å ha rett til (fulle) ytelser, skal oppheves.⁵⁹ Bestemmelsen forbyr uttrykkelig regler som innebærer at kontantytelser endres, reduseres eller bortfaller som følge av at medlemmet *flytter* innad i EØS-området. Forordning 1408/71 artikkel 10 hadde et lignende innhold, men skiller seg fra forordning 883/2004 artikkel 7 ved at bestemmelsen bare regulerte nærmere angitte kontantytelser, ikke kontantytelser generelt. Sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger omfattes ikke av oppregningen i forordning 1408/71 artikkel 10.⁶⁰

Forordning 883/2004 artikkel 21 bestemmer at der et medlem bor eller oppholder seg i en

⁵⁵ Sak C-134/18 *Vester*, avsnittene 29 til 31. Henvisninger til rettspraksis utelatt.

⁵⁶ I den danske språkversjonen brukes «afsnit».

⁵⁷ I den danske språkversjonen brukes «afdeling».

⁵⁸ Uttrykkene «ytelser ved sykdom», «ytelser til mor ved svangerskap og fødsel» og «tilsvarende ytelser til far» skal tolkes autonomt. Dette innebærer at det er det innholdet uttrykkene har etter EU/EØS-retten som er avgjørende, ikke hva ytelsene er kalt i den enkelte nasjonale trygdeordning. Ytelser etter folketrygdloven kapitlene 8 til 10 er «ytelser ved sykdom» etter forordningens system.

⁵⁹ Med «trygdestat» mener utvalget den statens trygdeordning som en person er tilsluttet. Ved utbetalinger i henhold til folketrygdlovens regler, vil trygdestaten være Norge.

⁶⁰ Sak C-406/04 *De Cuyper* kan tjene som eksempel på betydningen av at en yttelse ikke er omfattet av oppregningen. I saken var den konkrete ytelsen dagpenger under arbeidsløshet.

annen EØS-stat enn trygdestaten, skal vedkommende «ha rett til» kontantytelser «i samsvar med lovgivningen» trygdestaten anvender. Artikkel 21 nr. 1 første punktum lyder slik i norsk versjon:

Et medlem i trygdeordningen og medlemmer av hans/hennes familie som bor eller oppholder seg i en annen medlemsstat enn den kompetente medlemsstat, skal ha rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon i samsvar med lovgivningen den anvender.⁶¹

Den situasjonen forordning 883/2004 artikkel 21 nr. 1 regulerer, er dermed situasjonen der en person bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten. Det følger av bestemmelsen at medlemmet i slike tilfeller skal rette krav om kontantytelser mot den institusjonen som forvalter den trygdeordningen vedkommende er tilsluttet, den kompetente institusjon, som skal yte trygd etter lovgivningen som gjelder for denne institusjonen. Hovedregelen om utbetaling direkte fra den kompetente institusjon etter dennes lovgivning skiller kontantytelsene fra naturalytelsene.⁶² For naturalytelser er hovedregelen at medlemmet har rett til ytelser fra oppholdsstatens institusjon, i tråd med lovgivningen som gjelder der. Disse ytelsene «gis på vegne av» den kompetente institusjon, noe som innebærer at utgiftene til ytelsene skal refunderes «fullt ut» av denne.⁶³

Forordning 883/2004 artikkel 21 reiser særlig to tolkningsspørsmål. Det ene er spørsmålet om når et medlem er omfattet av bestemmelsen, og det andre er spørsmålet om bestemmelsen stiller krav til nasjonale regler om trygd.

4.2.2 Anvendelsesområdet for artikkel 21

Spørsmålet om når et medlem er omfattet av bestemmelsen, er spørsmålet om når vedkommende «bor eller oppholder seg» i en annen medlemsstat. Forordningen definerer bosted og opphold i artikkel 1 bokstav j og k. Bosted er «stedet der en person til vanlig er bosatt», og opphold er «midlertidig bosted». Det er sikker EØS-rett at begrep som er definert i en rettsakt, skal tolkes

autonomt og forstås likt i alle bestemmelser i rettsakten med mindre det er særlige holdepunkter for noe annet.⁶⁴ Dette medfører at bruken av begrepene «bosted» og «opphold» i ulike sammenhenger i forordningen, kan kaste lys over hvordan begrepene er å forstå.

Definisjonen av opphold som «midlertidig bosted» kan indikere at det ligger et kvalifiserende element i hva forordningen regner som opphold. Det kan fremstå som anstrengt å se det slik at en person på et par dagers opphold i et annet land, har midlertidig bosted der. Sagt med andre ord, kan ordlyden forstås slik at det finnes former for tilstedeværelse i et annet land som verken er bosettelse eller «opphold». Forstått slik, kommer bestemmelsen ikke til anvendelse på de mer kortvarige opphold i utlandet. Grunnlaget for slik forståelse svekkes imidlertid om man også tar de øvrige språkversjonene i betraktning. Den danske språkversjonen definerer «opphold» som «midlertidigt ophold». Den indikerer dermed ikke noen terskel for hva som er opphold. Det gjør heller ikke den tyske språkversjonen. Den definerer «Wohnort» som «den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person», mens «Aufenthalt» blir definert som «vorübergehend Aufenthalt».⁶⁵

Begrepsparet «bosted» og «opphold» brukes også i bestemmelser som gjelder rett til helsehjelp i et annet medlemsland enn trygdestaten, se artiklene 17 til 20. Disse bestemmelsene tar sikte på å dekke alle situasjoner hvor en person kan kreve naturalytelser i en annen EØS-stat enn den hvis trygdeordning vedkommende er medlem av.⁶⁶ Det følger av dette at begrepsparet «bosted» og «opphold» i disse bestemmelsene samlet omfatter alle former for tilstedeværelse i et annet land.

⁶¹ Publisert i EØS-tillegget til EU-tidende nr. 76/2015 s. 40 flg. Som nevnt følger det av EØS-avtalen artikkel 129 at den norske versjonen har «samme gyldighet» som versjoner på de øvrige EØS-landenes språk. Ved den nærmere tolkingen av forordningen tar utvalget derfor også andre språkversjoner i betraktning.

⁶² Kontantytelser reguleres i artikkel 21, mens naturalytelser er regulert i artikkel 17–20.

⁶³ Se forordning 883/2004 artikkel 35.

⁶⁴ I EU-domstolens praksis kommer dette til uttrykk i form av uttalelser om at begreper har et særskilt EU-rettslig innhold. For en nærmere redegjørelse for hva som ligger i at et begrep har en særskilt EU-rettslig betydning, se for eksempel forslaget til avgjørelse i sak C-13/05 *Chacón Navas*, avsnitt 57 til 64 og den rettspraksis det er henvisning til der. Om definisjonen av bosted i artikkel 1 bokstav j, se sak C-255/13 I avsnitt 43 med videre henvisning til sak C-90/97 *Swaddling*, premiss 28, der det fastslås at begrepet har et slikt særskilt fellesskapsrettslig innhold.

⁶⁵ Den engelske språkversjonen ligger derimot tettere opp til den norske, og bruker «residence» og «stay», hvor sistnevnte defineres som «temporary residence». Spansk bruker ordene «residencia» og «estancia», og sistnevnte defineres som «residencia temporal». På italiensk brukes ordene «residenza» og «dimora», hvor sistnevnte defineres som «la residenza temporal».

⁶⁶ Se kommentaren til artikkel 19 i Maximilian Fuchs og Rob Cornelissen (ed.) *EU Social Security Law – A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009* (Baden-Baden 2015) (*Fuchs og Cornelissen*) som nevner opphold som turist og forretningsreisende, og ikke tar forbehold for noen former for tilstedeværelse.

Begrepet «opphold» må dermed omfatte også den helt kortvarige tilstedeværelse.

Konklusjonen må etter utvalgets oppfatning etter dette bli at begrepene «opphold» og «bosted» samlet sett omfatter alle former for tilstedeværelse. Sagt med andre ord, er det slik at enten «bor» man i et land, eller så «oppholder» man seg der. Noen tredje form for tilstedeværelse er det ikke rom for.

Det er hevdet at artikkel 21 må leses i lys av gjennomføringsforordningen 987/2009 artikkel 27, og at den tilsier at artikkel 21 har et snevrere anvendelsesområde enn en isolert lesning gir inntrykk av.⁶⁷ Gjennomføringsforordningen gjennomfører trygdeforordningens regler. Utvalget mener det ikke kan slutes noe sikkert om anvendelsesområdet til artikkel 21 fra den omstendighet at artikkel 27 koordinerer situasjonen hvor en person blir syk i en annen EØS-stat enn trygdestaten. Dette fordi det er der medlemmet blir syk i utlandet at det er behov for regler om hvordan sykdom dokumenteres. Når medlemmet blir syk i trygdestaten, kommer denne statens regler om dokumentasjon av sykdom til anvendelse, og det er ikke nødvendig å koordinere med andre staters myndigheter. Samtidig er situasjonen der sykdom inntreffer under opphold i en annen stat enn trygdestaten bare én av de situasjoner artikkel 21 omfatter.⁶⁸

4.2.3 Innholdet i artikkel 21

a) Innledning

Artikkel 21 regulerer, som utvalget allerede har påpekt, hvilken institusjon som skal utrede en kontantytelse, og hvilken lovgivning institusjonen skal anvende i denne forbindelse. Spørsmålet i det følgende er om artikkel 21 er til hinder for at det knyttes vilkår til kontantytelser som begrenser muligheten til å motta dem der man befinner seg i et annet land enn trygdestaten.

Det er to tilnærminger til dette spørsmålet. En mulig tilnærming er å legge vekt på at bestemmelsen henviser til nasjonal lovgivning («rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon i samsvar med lovgivningen den anvender»). Lest på denne måten blir artikkel 21 i det vesentlige en henvisningsbestemmelse, ikke en bestemmelse som i seg selv gir rettigheter. En annen tilnær-

ming vil være å ta utgangspunkt i ordene «skal ha rett til kontantytelser», og på denne måten lese en rettighet inn i bestemmelsen.

Forskjellen mellom tilnærmingene ligger i at dersom man legger den første, henvisningstilnærmingen, til grunn, vil forordningen ikke ha betydning for trygdestatens adgang til å begrense mulighetene til å motta kontantytelser utenlands. Eventuelle begrensninger vil måtte søkes i annen EØS-rett. Dersom rettighetstilnærmingen legges til grunn, vil den omstendighet at forordningen gir en slik rett, ha selvstendig betydning ved vurderingen av vilkår knyttet til mottakelsen av kontantytelser.

Den rettslige betydningen av valget mellom disse to tolkningsalternativene beror på hvilke begrensninger øvrig EØS-rett setter for adgangen til å knytte betingelser til rett til kontantytelser under sykdom som vanskeliggjør utenlandsreiser. Dersom øvrig EØS-rett gir trygdestaten større handlingsrom, eventuelt i relasjon til noen grupper medlemmer, vil det ha selvstendig betydning å forstå forordning 883/2004 som en rettighetsbestemmelse. Dersom man ser det slik at øvrig EØS-rett setter begrensninger som samsvarer med dem forordning 883/2004 lest som en rettighetsbestemmelse setter, har det liten rettslig betydning om den leses som en rettighets- eller henvisningsbestemmelse.

b) Henvisningstilnærmingen

Forordning 883/2004 artikkel 21 viser til «den kompetente institusjon» og «den kompetente medlemsstats lovgivning» i samme setning. Dette kan tale for at bestemmelsen regulerer valget av institusjon og lovgivning, men selv ikke stiller krav til innholdet i lovgivningen.

Den systematiske plasseringen av bestemmelsen, i forordningens avdeling om særlige bestemmelser om de ulike typer ytelser, støtter dette. Bestemmelsene i denne avdelingen regulerer hovedsakelig hvilken institusjon som skal utrede ytelsen, etter hvilken lovgivning det skal skje, og hvem som skal bekoste ytelsen der medlemmet befinner seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten.

Standpunktet om at bestemmelsen, i det minste i det alt vesentlige, er en kanaliseringsbestemmelse, støttes også av forordningens hjemmelsgrunnlag. Forordningen har hjemmel i TEUF artikkel 48 og 352.⁶⁹ Artikkel 48 hjemler tiltak

⁶⁷ Slik Karl Arne Utgård, «Trygdesaka – ein gjennomgang av dei grunnleggjande rettsreglane», <https://rett24.no/articles/trygdesaka-ein-gjennomgang-av-dei-grunnleggjande-rettsreglane>, 19.02.2020.

⁶⁸ Dette står ikke i motstrid til innholdet i Europakommisjonens brev til Karl Arne Utgård, med referansen Ares (2020)1212384 - 26/02/2020.

⁶⁹ Forordningen er gitt med hjemmel i daværende Traktat om opprettelse av Det europeiske fellesskap, artikkel 42 og 308. Disse hjemlene finner vi nå i TEUF artikkel 48 og 352.

som er nødvendige for å gjennomføre fri bevegelighet for arbeidstakere, mens artikkel 352 hjemler tiltak der traktaten for øvrig ikke gir hjemmel. Det er videre slik at EU-lovgiver er gitt kompetanse til å harmonisere medlemsstatenes velferdslovgivning, men hjemmelen til det følger av TEUF artikkel 153, og denne er ikke brukt. Endelig er EU-lovgiver gitt eksplisitt kompetanse til å vedta tiltak som gjelder trygd der det er nødvendig for å sikre unionsborgernes rett til fri bevegelighet.⁷⁰ Heller ikke denne hjemmelen er brukt. Når det bare er artikkel 352 av de benyttede hjemmelgrunnlagene som hjemler harmoniseringstiltak, og den ikke gir kompetanse til harmonisering som kunne hatt hjemmel i artikkel 153, følger det at forordningen i store trekk bygger på bestemmelser som kun hjemler koordinering, ikke harmonisering.

Artikkel 21 nr. 1 kommer til anvendelse der en person bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten. Det kan hevdes at bestemmelsen regulerer situasjonen der medlemmet befinner seg i et annet land enn trygdestaten, men ikke selv gir rett til kontantytelser. Forstått på denne måten må retten til ytelsen forankres annetsteds enn i artikkel 21. Det kan videre hevdes at henvisningen i artikkel 21 til den kompetente medlemsstats lovgivning nettopp er en henvisning til hvor retten til ytelsen må forankres. Eventuelle begrensninger i muligheten til å motta kontantytelser under sykdom ved opphold utenlands må da vurderes mot andre regler enn de som følger av forordning 883/2004 – typisk de alminnelige reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende.

Det siste innebærer i det vesentlige at selv om man ser artikkel 21 som en henvisningsbestemmelse, vil EØS-retten – som følge av de alminnelige reglene om fri bevegelighet – være til hinder for at en kontantytelse nektes utelukkende med den begrunnelse av medlemmet oppholder seg i en annen EØS-stat.

c) Rettighetstilnærmingen

Ordlyden i bestemmelsen, «rett til kontantytelser», kan som sagt tilsi at forordningen ikke bare koordinerer nasjonale trygdeordninger, men også gir en rett til å motta kontantytelser fra trygden mens man er i andre EØS-land. Øvrige språkversjoner bruker også uttrykk som kan tilsi at medlemmet har en slik rett.⁷¹ Tolkningen har en viss støtte i fortalen punkt 20, som fremhever hen-

synet til å beskytte den som oppholder seg i en annen medlemsstat enn den kompetente.⁷²

Artikkel 7 bestemmer at kontantytelser ikke kan reduseres, endres, stanses eller beslaglegges som følge av at medlemmet eller familien er bosatt i en annen EØS-stat enn den der institusjonen som har ansvar for å gi ytelsene ligger. En «rettighetslesning» av artikkel 21 vil innebære at den regelen som etter artikkel 7 gjelder der et medlem er bosatt i en annen EØS-stat, også gjelder der vedkommende oppholder seg i en annen EØS-stat og mottar kontantytelser under sykdom.

Artikkel 21 nr. 1 kommer til anvendelse der en person bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten. Det kan derfor hevdes at bestemmelsen bare gir mening dersom medlemmet har rett til kontantytelser i slike situasjoner.

Det foreligger ingen avgjørelser fra EU-domstolen om forståelsen av forordning 883/2004 artikkel 21. EU-domstolen har imidlertid tatt stilling til lignende spørsmål som dem artikkel 21 reiser i saker som gjelder de tidligere forordning 1408/71.

Sak C-430/15 *Tolley* gjaldt en britisk kvinne, Tolley, som mottok kontantytelser til dekning av særskilte pleiebehov. I henhold til britisk lovgivning var ytelsen betinget av bosted og opphold i Storbritannia. Da Tolley flyttet til Spania, ble hun derfor nektet ytelsen. Tolley utfordret nektelsen, og saken ble forelagt EU-domstolen. EU-domstolen vurderte lovligheten av det britiske bosteds- og oppholdskravet etter artikkel 22 første og annet ledd i den forrige trygdeforordningen (1408/71). Etter denne bestemmelsen skal en arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som har rett til ytelse i trygdestaten, ha rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon når vedkommende er i en annen medlemsstat. EU-domstolen fant at artikkel 22 regulerte Tolleys situasjon, og uttalte deretter at

⁷¹ I den engelske versjonen heter det «shall be entitled to cash benefits provided by the competent institution», i den tyske «haben Anspruch auf Geldleistungen, die vom zuständigen Träger nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften erbracht werden», i den franske «bénéficiaire de prestations en espèces servies par l'institution compétente», i den italienske «hanno diritto a prestazioni in denaro erogate dall'istituzione competente», og på svensk «har rätt att erhålla kontantförmåner från den behöriga institutionen».

⁷² Fortalen er ikke tilpasset EØS-avtalen. Det fremgår av EØS-avtalens protokoll 1 punkt 1 at fortalene «er relevante i den utstrekning de er nødvendige for en riktig fortolkning og anvendelse av rettsaktenes bestemmelser innenfor avtalens ramme».

⁷⁰ Jf. TEUF artikkel 21 nr. 3.

«bestemmelse[n] fastsetter nemlig retten for en arbeidstager eller selvstendig erhvervsdrivende, som oppfyller de i den kompetente stats lovgivning foreskrevne betingelser, til å motta kontantytelser udbetalt af den kompetente institution efter vedkommendes flytning til en anden medlemsstats område».⁷³

EU-domstolen gikk så nærmere inn på den britiske lovgivningens krav til bosted og opphold for å motta ytelsen, og fant at en tolkning av forordningen som gjorde det mulig å fastsette en generell betingelse om bosted ville «betyde at denne bestemmelse helt ville miste sit innhold».⁷⁴ EU-domstolen kom derfor til at

«artikel 22, stk. 1, litra b), er til hinder for, at en kompetent stat underlegger bevarelsen af retten til en ydelse som ydelsen i hovedsagen en betingelse om bopæl og om opphold på medlemsstatens område».⁷⁵

EU-domstolen forankrer resultatet i forordningen, uten å gå veien om en drøftelse av spørsmålet om bostedskravet var en ulovlig restriksjon etter de alminnelige reglene om fri bevegelse. Samtidig er avgjørelsen temmelig konkret. Den er knyttet opp til den ytelsen Tolley mottok, og det er vanskelig å se at et bostedskrav knyttet til en ytelse av denne karakteren i det hele tatt kan begrunnes.

Avgjørelsen illustrerer EU-domstolens tilnærming til tolkningen av koordineringsbestemmelser i trygdeforordningene. Vilkår i nasjonal rett som fullstendig undergraver bestemmelsens formål, kan ikke opprettholdes. En slik tolkning er også godt i samsvar med den alminnelige retten til fri bevegelse for personer unionsborgerskapet gir grunnlag for i EU.

Et siktemål med EØS-avtalen er at den skal gi grunnlag for de samme regler som dem som gjelder i EU, på de områder avtalen dekker. EFTA-domstolens praksis viser at den strekker seg langt for å realisere denne homogenitetsmålsettingen, slik at den søker å finne grunnlag for å oppstille samme regel i EØS som den som gjelder i EU.⁷⁶ Dette fordi man da får den samme regelen i EØS som i EU.

Selv om bestemmelsen forstås som en rettighetsbestemmelse, finner ikke utvalget rettskilde-

messig dekning for å forstå bestemmelsen slik at den er til hinder for at det knyttes vilkår til mottakelsen av kontantytelser som reelt sett kan gjøre det vanskelig å reise utenlands. Slike vilkår må imidlertid tilfredsstillende de krav EU- og EØS-retten stiller til hindringer for fri bevegelse for personer, både med hensyn til begrunnelse og med hensyn til utforming.

4.2.4 Spørsmålet om forordning 883/2004 artikkel 21 medfører endringer i den adgangen til å knytte vilkår til mottak av kontantytelser under sykdom som følger av annen EØS-rett

Utvalget forstår forordning 883/2004 artikkel 21 slik at den er til hinder for at kontantytelser nektes eller reduseres *utelukkende* med den begrunnelse at mottakeren befinner seg i en annen EØS-stat. Dette medfører at også personer som ikke har gjort bruk av den rett til fri bevegelse bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel gir, har rett til å motta kontantytelser under sykdom fra trygdestaten når de er i andre EØS-stater. Denne retten er imidlertid ikke absolutt og ubetinget. Medlemmet må finne seg i at det knyttes betingelser til ytelsen, for eksempel at man underkaster seg behandling, følger kurs eller lignende. Slike betingelser kan begrense muligheten til å reise utenlands, men må likevel kunne opprettholdes dersom de tilfredsstillende EØS-rettens krav til lovlige hindringer for fri bevegelse. Noe annet ville medføre at forordningen rent faktisk harmoniserte medlemsstatenes utforming av sine trygdeordninger, og det gjør forordningen klart ikke. Det nærmere innholdet i disse kravene kommer utvalget tilbake til i punkt 4.4 flg. nedenfor.

Når EU-domstolen har uttalt at motstykket til forordning 883/2004 artikkel 21 er til hinder for nasjonale tiltak som undergraver formålet med bestemmelsen, nemlig at medlemmet skal kunne motta kontantytelser når vedkommende er utenlands, er dette etter utvalgets oppfatning ikke uttrykk for noe vesentlig annet enn det som følger av reglene om fri bevegelse for personer.⁷⁷ Rene oppholds krav som betingelse for rett til kontantytelser vil alltid være en restriksjon på de alminnelige reglene om fri bevegelse. Dette innebærer at når forordningen forstås som EØS-rett, er den, uavhengig av hva man ellers måtte mene om hvilke løsninger øvrig EØS-rett gir anvisning på, til hinder for at en kontantytelse

⁷³ Sak C-430/15 *Tolley* avsnitt 87.

⁷⁴ *Ibid.* avsnitt 88.

⁷⁵ *Ibid.* avsnitt 89.

⁷⁶ Et klart eksempel er avgjørelsen i sak E-28/15 *Jabbi*, avsnitt 49 flg.

⁷⁷ Se sak C-430/15 *Tolley*, avsnitt 88–89 med videre henvisninger, knyttet til den tidligere forordning 1408/71 artikkel 22.

nektes *utelukkende* med den begrunnelse at mot-takeren befinner seg i en annen EØS-stat. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med at forordning 883/2004 er til hinder for at knyttes andre betingelser til retten til å motta kontantytelser, som krever opphold på trygdestatens territorium.

4.2.5 *Forhåndsmelding som vilkår for rett til å motta kontantytelser under sykdom utenlands*

Et særskilt spørsmål er om forordning 883/2004 har selvstendig betydning for trygdestatens adgang til å gjøre muligheten til fortsatt å motta kontantytelser under sykdom utenlands betinget av at medlemmet har fått tillatelse eller gitt forhåndsmelding. Bakgrunnen for problemstillingen er at forordning 1408/71 hadde uttrykkelige regler om forutgående tillatelse som betingelse for å motta kontantytelser etter flytting til annen EØS-stat, og for å motta planlagt medisinsk behandling i en annen EØS-stat på trygdestatens regning. Disse reglene fremgikk av forordningens artikkel 22, som utvalget har redegjort for i punkt 3.2. Forordning 883/2004 artikkel 21 inneholder ikke tilsvarende regler.

Uttalelser i fortalen til forordning 883/2004 viser at EU-lovgiver hadde et bevisst forhold til tillatelseskra- v under lovgivningsprosessen. Se sær- lig fortalens avsnitt 21, hvor det heter:

«Bestemmelsene om forhåndstillatelse er blitt bedre ved at de tar hensyn til Domstolens avgjørelser på området.»⁷⁸

For retten til naturalytelser der medlemmet reiser til utlandet med det formål å søke behandling for trygdestatens regning, gir forordning 883/2004 artikkel 20 uttrykkelig adgang til å oppstille krav om forutgående tillatelse. Forordningen angir også på hvilke vilkår trygdestaten kan nekte slik tillatelse.⁷⁹ For kontantytelser inneholder forordning 883/2004 ikke noen tilsvarende hjemmel for å stille krav om forhåndstillatelse.

Spørsmålet blir derfor om fraværet av hjemmel for å kreve forhåndstillatelse til utenlandsreiser med kontantytelser skal tolkes som et for-

bud mot en ordning med forhåndstillatelse eller meldeplikt.⁸⁰

Formålet med kontantytelser ved sykdom er å kompensere for manglende inntekt som følge av sykdom. I tillegg kombineres gjerne kontantytelsen med aktivitetsplikter for mottaker. Slike aktivitetsplikter tar sikte på å bringe vedkommende tilbake til arbeidslivet. Der disse aktivitetspliktene er slik at de, uten å være i strid med EØS-retten, krever opphold på trygdestatens territorium, vil medlemmet måtte be om en omlegging av pliktene før utenlandsreise kan foretas. Slike tillatelsesordninger er EØS-retten ikke til hinder for.

I en annen kategori kommer meldeplikts- og tillatelsesordninger som ikke er foranlediget av behovet for omlegging av EØS-konforme plikter. Spørsmålet er om forordning 883/2004 er til hinder for slike ordninger der det dreier seg om kontantytelser under sykdom.

Forordning 1408/71 regulerte situasjonen hvor et medlem returnerte til bosted i en annen EØS-stat enn trygdestaten, eller flyttet dit. Forordningen regulerte ikke kontantytelser ved kortvarige og midlertidige opphold i en annen EØS-stat. Forordning 883/2004 artikkel 21 omhandler mottak av kontantytelser ved alle former for tilstedeværelse i en annen EØS-stat. Det er dermed vesensforskjeller mellom de to forordningene på dette punktet. Den omstendighet at forordning 883/2004 ikke gir hjemmel for forhåndstillatelse, kan derfor ikke uten videre oppfattes som et forbud mot en slik ordning.

Forordning 1408/71 regulerte kontant- og naturalytelser samlet, mens forordning 883/2004 skiller ut reguleringen av kontantytelser i en egen bestemmelse. For naturalytelser finnes det en omfattende rettspraksis etter reglene om tjenestefrihet, som senere er kodifisert og modifisert i direktiv 2011/24 (pasientrettighetsdirektivet).⁸¹ Disse rettskildene angir de nærmere betingelsene for å kreve forutgående tillatelse til å motta helse- tjenester i utlandet for trygdestatens regning. Det er deler av denne rettspraksisen det vises til når reglene om tillatelseskra- v omtales i forarbeidene til forordningen.⁸² Det finnes imidlertid ikke tilsvarende praksis om adgangen til å gjøre rett til kontantytelser betinget av et krav om forutgående

⁷⁸ Fortalen til forordning 883/2004 avsnitt 21. Den rettspraksisen det er tale om, gjelder adgangen til å motta naturalytelser for trygdestatens regning i andre medlemstater, jf. EU-kommisjonens svar til EU-parlamentets første lesning, KOM (2004) 44, 27. januar 2004, s. 4

⁷⁹ Se artikkel 20. Bestemmelsen må for øvrig ses i sammenheng med direktiv 2011/24/EU, det såkalte pasientrettighetsdirektivet.

⁸⁰ EU-domstolen ga uttrykk for et tilsvarende resonnement ved vurderingen av om retten til naturalytelser etter forordning 1408/71 artikkel 31 kan gjøres betinget av en forutgående tillatelse, se sak C-326/00 *Ioannidis* avsnitt 42 – 43.

⁸¹ To sentrale saker er sak C-158/96 *Kohll* og sak C-120/95 *Decker*.

⁸² Se EU-kommisjonens svar til EU-parlamentets første lesning, KOM (2004) 44, 27. januar 2004, s. 4.

tillatelse, og EU-lovgiver hadde dermed heller ikke den samme forutsetningen for å gi generelle regler om når det kan stilles krav om forutgående tillatelse ved kontantytelser.

Behovet for forhåndstillatelse har ikke den samme begrunnelsen der det dreier seg om naturalytelser som der det er kontantytelser det er tale om. Naturalytelser ytes som hovedregel etter reglene i oppholdsstaten, men for trygdestatens regning.⁸³ Dette innebærer at trygdestaten er prisgitt oppholdsstatens behandlingstilbud og kostnadsnivå, noe som kan undergrave nasjonale vurderinger og prioriteringer på helseområdet og andre områder, i tillegg til å skape ubalanse i trygdestatens trygdeordninger. Kontantytelser ytes etter trygdestatens regler, og er heller ikke påvirket av kostnadsnivået der mottakeren oppholder seg. Eksport av kontantytelser reiser dermed til dels andre utfordringer enn rett til behandling utenlands gjør. Dette utelukker likevel ikke at trygdestaten kan ha et legitimt behov for oppfølging av medlemmet og kontroll med at vilkårene for å motta kontantdelen av ytelsen foreligger. I tillegg vil hensyn knyttet til selve opprettholdelsen av ordningenes legitimitet og oppslutningen om dem komme inn.⁸⁴

Etter utvalgets oppfatning kan den omstendighet at forordning 883/2004 ikke gir hjemmel for en tillatelsesordning, ikke tolkes som et forbud mot å stille krav om tillatelse eller forhåndsmelding før en utenlandsreise. Hvorvidt en ordning med forhåndstillatelse eller meldeplikt skal aksepteres, må da avgjøres etter reglene om fri bevegelighet.

4.2.6 Sammenfatning

Forordning 883/2004 regulerer situasjonen der medlemmet befinner seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten. Forordningen gjør det helt klart at også medlemmer som ikke har benyttet den rett til fri bevegelighet EØS-retten gir, er omfattet av retten til å motta kontantytelser i en annen EØS-stat enn trygdestaten.

Drøftelsene har vist at artikkel 21 ikke gir medlemmet en ubetinget rett til å motta trygdeytelser der vedkommende befinner seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten. Bestemmelsen forbyr ikke trygdestaten å stille krav om forhåndstillatelse eller meldeplikt ved reise utenlands. EØS-retten er imidlertid til hinder for at kontantytelser nektes eller reduseres *utelukkende* med den

begrunnelse at vedkommende oppholder seg i en annen EØS-stat.

I hvilken utstrekning det kan knyttes vilkår til mottak av kontantytelser under sykdom som kan begrense muligheten til å oppholde seg i andre EØS-land, må vurderes som etter EU-retten. Som det vil fremgå av punkt 4.4 flg., innebærer dette

- at de hensyn som følges gjennom vilkårene, må være slike som EØS-retten anerkjenner,
- at de vilkårene som stilles, må være egnet til å oppnå de hensynene som begrunner dem,
- at de vilkårene som stilles, må være proporsjonale og ikke medføre større begrensninger i muligheten til å oppholde seg i andre EØS-stater enn det som er nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene.

Forordning 883/2004 innebærer med andre ord at de nærmere grensene for hvilke vilkår en EØS-stat lovlig kan knytte til mottak av kontantytelser under sykdom, beror på vurderinger som svarer til dem man gjør etter de alminnelige reglene om fri bevegelighet for personer i EU-retten.

4.2.7 Opplegget videre

Drøftelsen foran har vist at de begrensninger forordning 883/2004 medfører for trygdestatens mulighet til å knytte betingelser som forutsetter opphold på trygdestatens territorium til mottak av kontantytelser under sykdom, må fastlegges med grunnlag i de begrensninger i den frie bevegelighet for personer EU- og EØS-retten tillater. Reglene om fri bevegelighet er som nevnt bygget opp slik at de i utgangspunktet forbyr restriksjoner på fri bevegelighet av personer over landegrensene, men tillater restriksjoner som er nødvendige for å beskytte hensyn EU- og EØS-retten anerkjenner, såfremt restriksjonene ikke medfører større begrensninger i den frie bevegeligheten enn de aktuelle hensynene kan rettferdiggjøre.

Restriksjonsforbudet medfører at utvalget må ta stilling til fem spørsmål: Det første spørsmålet er om det å knytte krav til syke-, arbeidsavklarings- eller pleiepenger som krever opphold på trygdestatens territorium, er å anse som en restriksjon på den frie bevegelighet. Det andre spørsmålet er om de hensyn slike krav skal ivareta, er hensyn EØS-retten anerkjenner. Det tredje spørsmålet er om de kravene som stilles, er egnet til å ivareta de aktuelle hensynene. Det fjerde spørsmålet er om hensynene kan ivaretas med tiltak som virker mindre begrensende på fri bevegelighet. Det femte og siste spørsmålet er om

⁸³ Se forordning 883/2004 artikkel 35.

⁸⁴ Se også punkt 4.4.2

de hensynene som ivaretas, er tungtveiende nok til å legitimere den nødvendige begrensningen i fri bevegelighet.

I de neste avsnittene redegjør derfor utvalget nærmere for restriksjonsbegrepet, det vil si hva som i det hele tatt skal til for at noe kvalifiserer som en hindring for fri bevegelighet. Deretter redegjøres det for de krav som må være tilfredsstillt for at et tiltak som kvalifiserer som en restriksjon, likevel skal la seg forene med EU- og EØS-retten.

4.3 Restriksjonsbegrepet

4.3.1 Generelt

Reglene om fri bevegelighet i EU- og EØS-retten forbyr som et utgangspunkt restriksjoner på den frie bevegeligheten. For så vidt gjelder det nærmere innholdet i restriksjonsbegrepet, er dette omtalt i punkt 1.2.2. Utvalget minner derfor bare om EFTA-domstolens uttalelse i *Holship*, som senere fikk tilslutning fra et samlet Høyesterett,⁸⁵ hvor det ble lagt til grunn at

«Tiltak som kan hindre utøvelsen av de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen, eller gjøre den mindre interessant, er, selv om de får anvendelse uten hensyn til nasjonalitet, en krenkelse av disse friheter som må rettferdiggjøres».⁸⁶

Restriksjonsforbudene gir likevel ingen garanti for at flytting ikke kan ha negative virkninger for personens trygderettigheter.⁸⁷

Spørsmålet blir etter dette om betingelser for å motta syke-, pleie- eller arbeidsavklaringspenger som forutsetter opphold på trygdestatens territorium, kan hindre eller gjøre mindre attraktiv utøvelsen av retten til fri bevegelighet. Dette spørsmålet må uten videre kunne besvares bekreftende.

Utvalget finner grunn til å påpeke at ytelsene det er tale om i denne sammenheng, gis der en person er for syk til å arbeide, ikke kan arbeide som før, eller noen i nær familie trenger så omfattende omsorg og pleie at det ikke lar seg forene med annet arbeid. I slike situasjoner kan det også være aktuelt å støtte seg på familie og annet nett-

verk. Det kan ikke være tvil om at vilkår som vanskeliggjør utenlandsopphold rammer statsborgere fra andre EØS-stater hardere enn norske statsborgere. Statsborgere fra andre EØS-stater har gjerne familie og nettverk i andre EØS-stater enn Norge, mens norske statsborgere som regel har sin familie og sitt nettverk i Norge. Utvalget finner det derfor klart at slike betingelser ikke bare er å anse som restriksjoner på fri bevegelighet for personer i sin alminnelighet, men også som restriksjoner på fri bevegelighet av arbeidskraft og på etableringsretten.

Utvalget legger etter dette til grunn at en rekke av de plikter som knyttes til mottak av kontantytelser, som aktivitets-, fremmøte- og tilstedeværelsesplikter, kvalifiserer som restriksjoner på fri bevegelighet. For at slike restriksjoner skal være forenlige med EØS-retten, må de rettferdiggjøres av hensyn som EØS-retten anerkjenner.

4.3.2 Særlig om sanksjoner som restriksjoner

Der nasjonal lovgivning inneholder plikter, vil den gjerne også inneholde sanksjoner for pliktbrudd. På trygdeområdet vil aktuelle sanksjoner kunne være tap av retten til ytelsen, eller ulike former for straffesanksjoner. Der den aktuelle plikten er en restriksjon EØS-retten ikke tillater, kan pliktbrudd ikke straffes.⁸⁸ Det følger imidlertid av EU-domstolens praksis at selv om den plikten det er aktuelt å sanksjonere brudd på, er forenlig med EØS-retten, kan sanksjonen i seg selv være en ulovlig restriksjon. I sak 118/75 *Watson og Belmann* uttalte EU-domstolen at en straffebestemmelse ikke må stå

«i et sådant misforhold til lovovertrædelsens grovhet, at den kommer til at udgøre en hindring for den frie bevægelighet for personer;»⁸⁹

Strafferetten er i utgangspunktet et nasjonalt anliggende. Det skal derfor en del til før sanksjoner i seg selv kvalifiserer som restriksjoner. Samtidig er oppholds krav, aktivitetsplikter og ulike former for meldeplikter som vanskeliggjør opphold i andre EØS-stater, restriksjoner på den frie bevegelighet. Det betyr at sanksjoner for brudd på pliktene må holde seg innenfor EØS-rettens rammer. Sanksjoner for brudd på restriksjoner som er forenlige med EØS-retten, vil derfor være i strid med EØS-retten der sanksjonen i seg selv

⁸⁵ Se HR-2016-2554-P *Holship Norge AS mot Transportarbeiderforbundet*.

⁸⁶ Sak E-14/15 *Holship Norge AS mot Transportarbeiderforbundet*, avsnitt 115.

⁸⁷ Slik eksempelvis forente saker C-95/18 og C-96/18 *van den Berg*, avsnittene 57 og 58.

⁸⁸ Dette følger allerede av straffeloven § 2.

⁸⁹ Se sak 118/75 *Watson og Belmann*, avsnitt 21.

står i et slikt «misforhold til lovovertrædelsens grovhet» at den utgjør en uforholdsmessig restriksjon på den frie bevegelighet.

Vurderingstemaet gir anvisning på en vurdering av forholdet mellom en bestemt lovovertrædelse og den etterfølgende sanksjonen. Utvalget finner ikke grunn til å foreta en nærmere vurdering av sanksjonene for brudd på plikter knyttet til retten til syke-, pleie-, eller arbeidsavklaringspenger. Utvalget vil likevel fremheve at det – selv i de situasjoner hvor plikten er forenlig med EØS-retten – må vurderes særskilt om sanksjonene ved pliktbrudd er det.

4.4 Hensyn EØS-retten anerkjenner

4.4.1 Generelt

Krav eller tiltak etter nasjonal rett som utgjør restriksjoner på fri bevegelighet, kan opprettholdes såfremt de er rettferdiggjort. Rettferdiggjøring krever at de hensyn som tiltaket skal beskytte er anerkjent av EØS-retten, og at tiltaket fremstår som et egnet og proporsjonalt virkemiddel. EU-domstolen har fastslått gjentatte ganger at det

«følger af fast retspraksis, at en foranstaltning, der kan hindre den frie bevægelighed for arbejdstagere, der er sikret ved artikel 45 EF, kun kan tillades, hvis den har et lovligt formål, som er foreneligt med traktaten og er begrundet i tvingende almene hensyn.»⁹⁰

Sak C-406/04 *De Cuyper* gjaldt krav om bosted i trygdestaten som betingelse for å motta dagpenger under arbeidsløshet. Etter å ha fastslått at bopelskravet utgjorde en restriksjon på fri bevegelighet, uttalte domstolen:

«I den foreliggende sag beror bopælskravet på hensynet til kontrollen med de arbeidsløses erhvervs- og familiemæssige situation. I kraft af bopælskravet har ONEM's inspektions-tjenester nemlig mulighed for at efterprøve, om situationen for de personer, som oppebærer arbeidsløshedsydelse, har gennemgået nogen ændringer af betydning for den udbetalte ydelse. Hermed er kravet begrundet i objektive almene hensyn, som er uafhængige af de berørte personers nationalitet.»⁹¹

EU-domstolen har videre lagt til grunn at EU-retten ikke kan gjøres gjeldende for å muliggjøre svik eller misbruk.⁹² Hensynet til kontroll med at betingelsene for å motta den aktuelle ytelsen foreligger, og mer generelt hensynet til å hindre misbruk av nasjonale trygdeordninger, kan dermed begrunne restriksjoner på den frie bevegelighet.

De betingelsene som knyttes til mottak av syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger er begrunnet i hensynet til å bringe personer tilbake til arbeidslivet og fremme full sysselsetting.⁹³ Dette er hensyn som gjenfinnes i EØS-avtalens fortale og i avtalens del V. Hensynene er også godt i samsvar med bestemmelser i TEUF. Utvalget vil særlig fremheve TEUF artikkel 51, hvor varig høy sysselsetting uttrykkelig nevnes blant de mål medlemsstatene og EU skal arbeide mot.

Utvalget legger etter dette til grunn at flere av de plikter det kan være aktuelt å knytte til mottak av syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger, følger hensyn EØS-retten anerkjenner.

Domstolene skal etterprøve at det hensynet som anføres som begrunnelse for en restriksjon, rent faktisk er den reelle begrunnelsen («the real justification»)⁹⁴. Dette innebærer at krav som i realiteten er motivert av rene økonomiske eller administrative hensyn, ikke «renvaskes» av at de også kan hevdes å forfølge et tillatt hensyn som ikke utgjør den reelle begrunnelsen for restriksjonen.⁹⁵ Omvendt vil krav som reelt er begrunnet i hensyn EØS-retten anerkjenner, ikke «forurenses» av at de også bidrar til å realisere hensyn EØS-retten ikke anerkjenner.⁹⁶

⁹² Se sak C-251/16 *Cussens* m.fl. avsnitt 27 flg.

⁹³ Se rundskriv R8-00 til folketrygdloven der det fremgår at begrunnelsen for oppholdskravet i § 8-9 «er hovedsakelig at det ikke er mulig å føre den nødvendige kontroll med hensyn til sykdommens karakter, utvikling, varighet og innvirkning på arbeidsevnen, når et medlem oppholder seg i utlandet. *Et utenlandsopphold vil videre kunne være til hinder for oppfølgingen av den sykmeldte med henblikk på å få vedkommende tilbake i arbeid.*» (Uthevet i originalen). Begrunnelsen for oppholdskravet ved pleiepenger er i det alt vesentlige kontrollhensyn, jf. Prop. 48 L (2016–2017) avsnitt 6.2.2.4. For så vidt gjelder arbeidsavklaringspenger heter det i rundskriv R11-00 at «[b]estemmelsen om opphold i Norge må ses i sammenheng med formålet med arbeidsavklaringspenger, se § 11-1. Hovedmålet med arbeidsavklaringspenger er at medlemmet skal gjennomføre et aktivt, arbeidsrettet løp og komme i arbeid ved hjelp av oppfølging fra NAV. Dette forutsetter at medlemmet er tilgjengelig for oppfølging. Oppfølging fra NAV tilsier også at aktuelle tiltak i hovedsak må foregå i Norge».

⁹⁴ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 118.

⁹⁵ Barnard (2019) s. 503–508 gir en oppstilling av legitime hensyn som så langt er anerkjent av EU-domstolen.

⁹⁶ Se i denne retningen sak E-1/06 *ESA mot Norge* (Norsk Tipping), avsnittene 37 til 39.

⁹⁰ Sak C-174/18 *Lennertz*, avsnitt 44.

⁹¹ Sak C-406/04 *De Cuyper*, avsnitt 41.

4.4.2 Særlig om hensynet til et bærekraftig trygdesystem

Trygdeytelser er en stor utgift for staten.⁹⁷ Universelle trygdeordninger finansieres i hovedsak gjennom skatteinntekter. Formålet om å opprettholde en universell velferdsstat og en bærekraftig trygdeordning, avhenger av kontroll med trygdens utgifter. Hensynet til å sikre en bærekraftig velferdsstat, som kommer alle innbyggere til gode, anses som et legitimt hensyn av allmenn interesse som kan begrunne restriksjoner på den frie bevegelse for personer. Dette kan illustreres med EU-domstolens avgjørelse i sak C-651/16 *DW* hvor den uttaler:

«[S]elv om en begrundelse af rent økonomisk karakter ikke kan udgøre et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en begrænsning af en grundlæggende frihed, der er sikret i traktaten, kan en national lovgivning imidlertid udgøre en sagligt begrundet hindring for en grundlæggende frihed, når den er nødvendig af økonomiske grunde og forfølger et mål om almene hensyn. Det kan således ikke udelukkes, at en risiko for et alvorligt indgreb i den sociale sikringsordnings økonomiske ligevægt kan udgøre et tvingende alment hensyn, som kan begrunde, at der gøres indgreb i traktatbestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed.»⁹⁸

Et argument i samme retning er hensynet til trygdeordningens legitimitet. Det kan utfordre trygdeordningens legitimitet om medlemmer som ikke kan arbeide på grunn av sykdom, og derfor mottar kontantytelser, benytter disse til å reise på ferie utenlands mens folk som er friske må gå på jobb og holde samfunnsmaskineriet i gang. Utvalget vil påpeke at EØS-retten, som vist, i utgangspunktet stiller medlemsstatene fritt i utformingen av sine trygdesystemer. Utvalget vil derfor anta at EØS-retten ikke er til hinder for å utforme trygde-

ordningen slik at kontantytelser stanses under ferie, uansett hvor denne tilbringes.⁹⁹

4.5 Egnethetskravet

Det er ikke nok at en restriksjon på fri bevegelse er motivert av hensyn EØS-retten anerkjenner. Det eller de tiltakene som utgjør restriksjonen, må også være egnet til å ivareta de hensyn som forfølges. I den grad det knyttes betingelser til retten til å motta syke-, arbeidsavklarings- eller pleiepenger som gjør det mindre attraktivt eller vanskeligere å reise til en annen EØS-stat, må disse betingelsene være egnet til å realisere de hensynene som begrunner dem, for eksempel å bringe personen tilbake i arbeid eller muliggjøre kontroll med at vilkårene for å motta ytelsen er tilfredsstillende.

EU-domstolens praksis viser at denne egnethetstesten ikke er særlig streng.¹⁰⁰ Vurderingstemaet er om restriksjonen er tjenlig til å realisere de hensyn som forfølges. Denne testen suppleres av det vi kan kalle et konsistenskrav, av EFTA-domstolen uttrykt som at restriksjonen «virkelig gjenspeiler et hensyn om å oppnå dette mål på en konsistent og systematisk måte».¹⁰¹ Kravet innebærer at de betingelsene som knyttes til retten til å motta syke-, arbeidsavklarings- eller pleiepenger, rent faktisk må forfølge hensynene som begrunner dem på en konsistent måte. Hvordan vurderingen faller ut, vil i praksis bero på de hensynene som forfølges, utformingen av de aktuelle betingelsene, og de konkrete forhold i saken.

Utvalget antar imidlertid at et generelt krav om opphold i Norge neppe vil oppfylle dette egnethetskravet der det er hensynet til rask rehabilitering som forfølges.¹⁰² I disse tilfellene er det vanskelig å se hvorfor det grenseoverskridende elementet skal være avgjørende for rehabiliteringen. Det faktum som lå til grunn for Trygderettens kjennelse TRR-2019-12 kan illustrere poenget. Her hadde medlemmet fått avslag på krav om sykepenger under opphold i utlandet, med den begrunnelse at en flyreise ville kunne forverre helsetilstanden. En slik nektelse kan være velbe-

⁹⁷ Nav utbetalte totalt 439 milliarder i ulike ytelser i 2018. 7,2 milliarder ble utbetalt til personer i utlandet. Se <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/flere-statistikk-omrader/utbetalinger-til-personer-i-utlandet>.

⁹⁸ Sak C-651/16 *DW*, avsnitt 33 med videre henvisning til tidligere rettspraksis. Saken gjaldt beregning av foreldrepenger etter latvisk rett for en kvinne som hadde arbeidet i en EU-institusjon, og som etter hjemkomsten til Latvia ikke fikk medregnet denne perioden fullt ut ved beregningen av foreldrepenggrunnlaget. EU-domstolen avgjorde saken direkte etter TEUF artikkel 45, som et spørsmål om hindring av den frie bevegelse. Se videre for eksempel sak C-158/96 *Kohll* avsnitt 41, og Barnard (2019) s. 507

⁹⁹ Man har ikke rett til sykepenger der man avvikler lovbestemt ferie, og ikke til arbeidsavklaringspenger der man tar fri fra avtalte aktiviteter eller ikke ønsker å være tilgjengelig for Nav i en periode.

¹⁰⁰ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 119, med videre henvisninger.

¹⁰¹ Sak E-8/17 *Kristoffersen*, avsnitt 117.

¹⁰² Utvalget har ikke her vurdert mulige andre hensyn som kan begrunne restriksjonen, som for eksempel hensynet til kontroll.

grunnet i det enkelte tilfellet. Problemet i forhold til konsistenskravet ligger i at adgangen til å foreta flyreiser innenlands ikke er betinget av samtykke. Et generelt krav om opphold i Norge kan da fremstå som lite egnet og inkonsistent.

Hensynet til kontroll med at ordningene ikke misbrukes, vil nok lettere tilfredsstillende kravet til konsistens. Myndighetenes mulighet til å utøve kontroll er ganske annerledes når medlemmet oppholder seg i Norge enn når vedkommende er utenlands. Dette innebærer at kontrollhensyn kan begrunne at samtykke kreves der medlemmet vil reise utenlands. Det konkrete vedtaket om å kreve opphold på territoriet, eller betingelser knyttet til et samtykke, må i sin tur tilfredsstillende de krav som følger av EØS-retten.

4.6 Nødvendighets- eller forholdsmessighetskravet (det minste inngreps prinsipp)

Også der det foreligger en restriksjon på fri bevegelse som både er motivert av hensyn EØS-retten anerkjenner og egnet til å ivareta slike hensyn, vil restriksjonen være uforenlig med EØS-retten dersom den medfører større begrensninger i den frie bevegelse enn det som er nødvendig for å ivareta det aktuelle hensynet.¹⁰³ I utgangspunktet er det opp til den enkelte EØS-stat å bestemme med hvilken intensitet et hensyn skal beskyttes i nasjonal rett (ofte omtalt som det nasjonale beskyttelsesnivået). Dette innebærer at nødvendighetsvurderingen må ta utgangspunkt i det nivået den enkelte EØS-stat har satt. Vurderingstemaet er så om det aktuelle beskyttelsesnivået kan realiseres med tiltak som virker mindre inngripende i bevegelsesfriheten.

For ytelser som tar sikte på å bringe personer tilbake til arbeidslivet, står EØS-statene temmelig fritt til å utforme betingelser som krever opphold på trygdestatens territorium mens man mottar kontantytelser. Så lenge betingelsene er egnet for formålet, og ikke like gjerne kan oppfylles i andre EØS-stater enn trygdestaten, er EØS-retten ikke til hinder for dem.

Når det gjelder restriksjoner begrunnet i hensynet til kontroll og motvirkning av trygdesvindel, viser avgjørelser fra EU-domstolen at medlemsstatene har en betydelig skjønnsfrihet. Dette

illustreres godt av avgjørelsen i sak C-406/04 *De Cuyper*. Saken gjaldt en betingelse om bopel og faktisk bosted i Belgia for rett til dagpenger under arbeidsledighet. De Cuyper hadde oppgitt til belgiske myndigheter at han var enslig og faktisk bodde i Belgia. Realiteten var imidlertid at selv om han hadde en leilighet i Belgia, var han her bare en gang i kvartalet. Ellers oppholdt han seg i Frankrike. Da belgiske myndigheter oppdaget dette, stanset de utbetalingene og krevde utbetalte ytelser tilbakeført. De Cuyper gjorde gjeldende at bopelskravet var en ulovlig restriksjon på fri bevegelse, mens belgiske myndigheter anførte at bopelskravet var nødvendig av kontrollhensyn.

EU-domstolen fant at bostedskravet utgjorde en restriksjon, og at hensynet til kontroll med at de som mottar ytelser også tilfredsstillende vilkårene for å motta dem, kan begrunne restriksjoner. I forbindelse med spørsmålet om kravet om faktisk bosted var nødvendig, hadde De Cuyper anført at kontrollhensynet kunne ivaretas med tiltak som virket mindre hindrende på fri bevegelse enn et bostedskrav gjør. EU-domstolen var ikke enig i dette, og uttalte:

«Hvad angår spørsmålet, om der findes bestemmelser, som indebærer mindre indgribende kontrolforanstaltninger i hovedsagen, såsom de af De Cuyper anførte foranstaltninger, er det ikke godtgjort, at sådanne foranstaltninger er egnede til at sikre opfyldelsen af det tilstræbte formål.

Effektiviteten af kontrolforanstaltninger som dem, der er anvendt i det foreliggende tilfælde, og som har til formål at efterprøve den arbejdsløses familiemæssige situation, og om han eventuelt råder over indtægter, som han ikke har opgivet, beror i vidt omfang på, at kontrollen foretages uventet, og på muligheden af at foretage kontrollen på stedet, da de kompetente tjenestegrene skal kunne efterprøve, at der er overensstemmelse mellem den arbejdsløses angivelser og dem, der fremgår af de virkelige omstændigheder. Herved må der tages hensyn til, at den kontrol, som udføres på området for arbejdsløshedsydelse, har en specifik karakter, som begrunder indførelsen af mere indgribende foranstaltninger end dem, der anvendes ved kontrollen med andre ydelser.

Anvendelsen af mindre indgribende foranstaltninger, såsom fremlæggelsen af dokumenter eller attester, ville berøve kontrollen dens uventede karakter og dermed gøre den mindre effektiv.

¹⁰³ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 114, som uttrykker det slik at tiltaket må overholde proporsjonalitetsprinsippet. I avgjørelsen av om et tiltak er nødvendig isolert sett, må det vurderes om det finnes mindre inngripende tilgjengelige tiltak for å oppnå samme mål. Dette kan også omtales som det minste inngreps prinsipp.

Det må derfor antages, at kravet om, at den pågældende skal have bopæl i den medlemsstat, hvor den institution, som ydelsen påhviler, er beliggende, og som i national ret er begrundet i hensynet til kontrollen med overholdelsen af betingelserne i lovgivningen for udbetaling af ydelser til arbejdsløse, opfylder proportionalitetskravet.»¹⁰⁴

EU-domstolens resonneringer er tett knyttet til karakteren av den aktuelle ytelsen, som var en arbeidsledighetsytelse, og de forhold det var behov for å føre kontroll med – inntekter og familiesituasjon. Det er reist spørsmål om EU-domstolen ville ha akseptert bostedskravet dersom det bare var medlemmets inntektsforhold som skulle kontrolleres.¹⁰⁵ Etter utvalgets oppfatning har likevel synsmåtene overføringsverdi til ytelser som skal kompensere for manglende inntekt grunnet sykdom. For så vidt gjelder slike ytelser, vil lange eller gjentatte opphold utenfor de kompetente myndigheters jurisdiksjon kunne hindre kontrollen med at de økonomiske vilkårene for å motta ytelsen faktisk foreligger, for eksempel at eventuelle inntekter oppgis. Dette innebærer at en begrensning i muligheten til å reise utenlands står sterkere der det dreier seg om opphold av en viss varighet, men svakere der det dreier seg om kortere opphold. Samtidig er det sikker EØS-rett at rent administrative hensyn ikke kan begrunne restriksjoner. Det betyr at det ikke er relevant for vurderingen at tilstedeværelseskrav gjør kontrollen enklere eller rimeligere å gjennomføre for trygdeforvaltningen.

4.7 Avveiningstesten

Selv om en restriksjon både er begrunnet i hensyn EØS-retten anerkjenner og er egnet og nødvendig for å ivareta disse, må restriksjonen passere enda et hinder for at den ikke skal utgjøre en ulovlig restriksjon. Dette formuleres gjerne som at tiltaket må være forholdsmessig også i snever forstand; det må ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep i den frie bevegelighet.¹⁰⁶ Denne vurderingen kan formuleres som et spør-

mål om «inngrepet i grunnfrihetene er så stort at det står i et helt urimelig forhold til målsetningen».¹⁰⁷ EU-domstolen praktiserer balanse-testen slik at den gir atskillig rom for ulike politiske valg medlemsstatene imellom, og testen er karakterisert som en «kvalifisert urimelighets-sensur» av det nasjonale beskyttelsesnivået.¹⁰⁸

4.8 Prøvingsintensitet

Rettspraksis viser at intensiteten i domstolens prøving av om kravene til restriksjonens utforming er tilfredsstillt, varierer med de hensyn som følges. Det er mulig å spore en tendens i rettspraksis som kan tilsi at medlemsstatene har noe større handlefrihet der de hensynene som følges er slike det ikke er noen egentlig felles europeisk konsensus om, eller det dreier seg om tiltak på politisk sensitive områder, slik som velferdsområdet. Hovedinntrykket fra rettspraksis er likevel at intensiteten i domstolsprøvingen kan variere fra sak til sak, uten at det lar seg oppstille helt faste kriterier. Dette er særlig påtakelig på området for sosiale ytelser, der mange ulike interesser og hensyn møtes. Dette medfører at domstolens drøftelse i enkelte saker kan bli temmelig detaljert og nærgående, mens domstolen i andre saker lettere aksepterer medlemsstatens begrunnelse.¹⁰⁹ To avgjørelser kan illustrere dette.

Den første er EU-domstolens avgjørelse i *De Cuyper*, nevnt i foregående avsnitt. Saken gjaldt som nevnt krav etter belgisk rett om faktisk opphold i Belgia for rett til en arbeidsløshetsytelse der også familiesituasjonen var av betydning. EU-domstolen fant at hensynet til tilstrekkelig kontroll ikke kunne ivaretas med tiltak som virket mindre hindrende på fri bevegelighet. Prøvingen av dette spørsmålet er detaljert og prinsipiell i generaladvokatens uttalelse, men ikke like inngående i selve dommen, noe som kanskje kan forklares med at det dreide seg om ytelser under arbeidsløshet som også tok hensyn til den arbeidsløses familiesituasjon.¹¹⁰

EU-domstolens avgjørelse i sak C-676/16 *A* gjaldt blant annet spørsmålet om det utgjør en restriksjon på den retten til fri bevegelighet unionsborgerskapet gir å nekte funksjons-

¹⁰⁴ Sak C-406/04 *De Cuyper*, avsnittene 44 til 47. Se likevel sak C-228/07 *Petersen*, der EU-domstolen etter en konkret vurdering fant at et bopelskrav ikke var berettiget.

¹⁰⁵ Se Mel Cousins, Citizenship, residence and social security (2007) 32 E.L. Rev. s. 386 til 395, på s. 393 til 394.

¹⁰⁶ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 114–115 peker på at EU-domstolen ofte ikke skiller vurderingen av forholdsmessighet i snever forstand (iblant omtalt som proporsjonalitet *strictu sensu*) fra den generelle nødvendighetsvurderingen.

¹⁰⁷ Fredriksen og Mathisen (2018), side 127, med henvisning til sak C-126/15 *Kommisjonen mot Portugal*.

¹⁰⁸ Fredriksen og Mathisen (2018), side 129.

¹⁰⁹ Slik Catherine Barnard, *The Substantive law of the EU*, 5th ed. Oxford 2016, på s. 322

¹¹⁰ Sak C-406/04 *De Cuyper*, avsnittene 44 til 47. Se også sak C-228/07 *Petersen*, der EU-domstolen etter en konkret vurdering fant at et bopelskrav ikke var berettiget.

hemmede bosatt i trygdestaten rett til personlig assistanse når de oppholder seg i en annen medlemsstat i studieøyemed. EU-domstolen besvarte dette bekreftende. Ved vurderingen av om restriksjonen lar seg begrunne, går domstolen temmelig konkret til verks, og overlater lite til nasjonale myndigheter. Sagt med andre ord er det en temmelig høy prøvingsintensitet i denne saken.

4.9 Tillatelses- og meldepliktordninger

Utvalget påpekte i punkt 4.2.5 at der oppfølging blir vanskelig eller umulig om en mottaker av syke-, pleie eller arbeidsavklaringspenger ikke oppholder seg i Norge, eller opphold utenlands medfører at vedkommende ikke kan utføre pålagte plikter, vil EØS-retten normalt ikke være til hinder for at det kreves en eller annen form for samtykke fra trygdemyndighetene, eventuelt omlegging av plikter som krever opphold på trygdestatens territorium, før utenlandsreise kan skje.

Også tillatelses- og meldepliktordninger er restriksjoner på retten til fri bevegelse. Dette har to konsekvenser. For det første må selve utformingen av ordningen tilfredsstillende de krav som følger av EØS-retten. For det annet må det enkelte vedtak fattet i henhold til ordningen gjøre det.

Tillatelses- og meldepliktordninger kan være nødvendige for å beskytte ett eller flere ikke-økonomiske hensyn.¹¹¹ I kravet om at ordningen skal være nødvendig, ligger det imidlertid to elementer.

Det ene elementet er at ordningen skal være egnet til å beskytte det eller de aktuelle hensynene som begrunner den. Det andre elementet er at ordningen ikke må medføre større hindringer i fri bevegelse enn det som er nødvendig for beskyttelsen av de hensyn som begrunner ordningen. En tillatelsesordning vil som regel være mer inngripende enn en meldepliktordning der tillatelse anses gitt om ikke forvaltningen reagerer innen viss frist.¹¹² Dette medfører at dersom et krav om forhåndsmelding er tilstrekkelig for å ivareta de hensynene som begrunner oppholdskravet, er EØS-retten til hinder for en ordning der det kreves uttrykkelig tillatelse til utenlandsopphold.

Nødvendighetskriteriet kan også ha betydning for andre sider ved utformingen av samtykke- og

meldepliktordninger. Det kan eksempelvis medføre at det først er der utenlandsoppholdet er av noe varighet, at det kan kreves melding eller forutgående tillatelse.

Forutberegnelighet og muligheten til å føre kontroll med nasjonale forvaltningsmyndigheters disposisjoner står sentralt i så vel EU-domstolens som EFTA-domstolens praksis. Dette leder over til en tredje konsekvens EØS-retten har for utformingen av tillatelsesordninger; de kriterier en søknad om utenlandsopphold vurderes etter må være publisert på forhånd, og både kriteriene og anvendelsen av dem må kunne gjøres til gjenstand for domstolskontroll.

Hvorvidt en nektelse av utenlandsopphold eller de betingelser som måtte bli stilt for slikt opphold er forenlig med EØS-retten, beror på saksforholdet i den enkelte sak. Vurderingstemaet vil være om nektelsen er begrunnet i et eller flere av de hensyn som begrunner ordningen, om nektelsen er egnet til å beskytte dette hensynet, og om hensynet kan beskyttes på en måte som er mindre inngripende i retten til fri bevegelse.

5 Reglene om fri bevegelse for tjenester

Reglene om fri bevegelse for tjenester følger av EØS-avtalen artikkel 36 flg. Som nevnt i punkt 1.2.4, finner utvalgets flertall ikke grunnlag til å konkludere med at disse reglene kommer til anvendelse i de aktuelle sakene. Utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken deler ikke denne oppfatningen. I dette punktet følger derfor Arnesen og Strandbakkens begrunnelse for hvorfor de ser det slik at reglene om fri bevegelse for tjenester kommer til anvendelse:

Den sentrale funksjonen til trygdeforordningene er å koordinere EØS-statenes trygdeordninger, ikke harmonisere dem. Som nevnt har EU-domstolen gjentatte ganger understreket at i

«mangel af harmonisering på EU-plan tilkommer det følgelig hver medlemsstat i lovgivningen bl.a. at fastsætte de betingelser, som en person skal opfylde for at være berettiget til ydelser (dom af 21.2.2013, Salgado González, C-282/11, EU:C:2013:86, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis, og af 7.12.2017, Zaniewicz-Dybeck, C-189/16, EU:C:2017:946, præmis 39).

Ved udøvelsen af denne kompetence skal medlemsstaterne imidlertid overholde EU-ret-

¹¹¹ Se for så vidt fremstillingen i punkt 4.4 flg.

¹¹² Se til illustrasjon forordning 987/2009 artikkel 26 nr. 2 og direktiv 2006/123/EF, tjenstedirektivet, artikkel 13 nr. 3 og 4.

ten og navnlig EUF-traktatens bestemmelser om unionsborgeres ret til at færdes og opholde sig på medlemsstaternes område (dom af 21.2.2013, Salgado González, C-282/11, EU:C:2013:86, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis, og af 7.12.2017, Zaniewicz-Dybeck, C-189/16, EU:C:2017:946, præmis 40).»¹¹³

Uttalelser i EFTA-domstolens avgjørelse i E-11/07 og E-1/08 *Rindal og Slinning* gir uttrykk for det samme. Her uttaler EFTA-domstolen følgende:

«EØS-retten begrenser ikke EØS-landenes kompetanse til å organisere sine trygde-systemer. I mangel av harmonisering på EØS-nivå tilkommer det hver EØS-stats lovgiver å fastsette vilkårene for trygdeytelser. Når de utøver denne kompetansen, må imidlertid EØS-statene overholde EØS-retten.»¹¹⁴

Hvorvidt EØS-retten tillater vilkår som begrenser rettighetshaverens muligheter til å motta ytelser under opphold i en annen EØS-stat, må altså også vurderes etter andre EØS-rettslige regler enn koordineringsreglene. I den øvrige EØS-retten finner vi enkelte direktiver og forordninger som på ulike måter påvirker utformingen av nasjonale trygdeordninger.¹¹⁵ Når det gjelder de spørsmålene utvalget skal behandle, følger likevel ikke de viktigste skrankene av direktiver eller forordninger, men av de alminnelige reglene om fri bevegelighet.

Som vist i punkt 1.2.2 kommer reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere og reglene om etableringsrett til anvendelse der det er et grenseoverskridende element knyttet til arbeidsforholdet eller den selvstendige næringsvirksomheten. Reglene kommer derfor til anvendelse der et medlem av trygden er statsborger i en annen EØS-stat og arbeider eller driver selvstendig næringsvirksomhet i Norge. Reglene kommer også til anvendelse der norske statsborgere har arbeidet i andre EØS-stater tidligere, og der norske statsborgere som mottar kontantytelser under sykdom er mindre enn 100 % sykmeldt

eller har reduserte arbeidsavklaringspenger, og arbeider i andre EØS-land.¹¹⁶ Reglene kommer imidlertid ikke til anvendelse der det ikke foreligger noe grenseoverskridende element knyttet til arbeidsforholdet. Dette innebærer at rettsstillingen for norske statsborgere som bor og arbeider i Norge som regel må fastlegges på annet grunnlag.

Der et medlem av trygden verken benytter eller har benyttet seg av den retten til fri bevegelighet reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere og etableringsretten gir, foreligger det ikke noe grenseoverskridende element før vedkommende reiser til en annen EØS-stat.¹¹⁷ Formålet med utenlandsoppholdet vil i slike tilfeller kunne være noe annet enn arbeid, studier eller selvstendig næringsvirksomhet, og spørsmålet er om EØS-retten også i disse tilfellene, uavhengig av forordning 883/2004, er til hinder for at det knyttes betingelser til kontantytelser som forutsetter opphold på norsk territorium.

Reglene om fri bevegelighet for tjenesteytelser kommer til anvendelse der det ytes tjenester over landegrensene. Reglene kommer dermed til anvendelse der tjenesten etter sin art er grenseoverskridende,¹¹⁸ der tjenesteyter er hjemmehørende i én EØS-stat og reiser til en annen EØS-stat for midlertidig å yte tjenester der,¹¹⁹ og der tjenestemottakeren forlater hjemstaten for å motta tjenester i en annen EØS-stat.¹²⁰ Slik utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken ser det, innebærer således reglene om fri bevegelighet for tjenester ikke bare en rett til å yte tjenester over landegrensene, men også en rett til å motta tjenester hvor i EØS-området man måtte ønske.

Frem til direktiv 2004/38/EF, unionsborgerdirektivet, ble innlemmet i EØS-avtalen, ble retten til fri bevegelighet regulert i en rekke direktiver. Blant disse finner vi direktiv 73/148/EØF. Dette direktivet inngikk i EØS-avtalen da den ble undertegnet. Artikkel 1 nr. 1 bokstav b) pålegger EØS-statene å oppheve reise- og oppholdsrestriksjoner for «medlemsstats borgere som ønsker å reise

¹¹³ Sak C-134/18 *Vester*, avsnittene 30 og 31.

¹¹⁴ Sak E-11/07 og E-1/08 *Rindal og Slinning*, avsnitt 43. EU-domstolens avgjørelse i sak C-134/18 *Vester*, avsnitt 29, viser at dette er gjeldende EU/EØS-rett også i dag.

¹¹⁵ Som eksempel kan nevnes forordning 492/2011 om fri bevegelighet for arbeidstakere artikkel 7, som bestemmer at en arbeidstaker som er statsborger i en EØS-stat, skal nytte godt av de samme sosiale fordelene som innenlandske arbeidstakere. Om rekkevidden av denne bestemmelsen, se C-447/18 *UB*, avsnitt 40 flg.

¹¹⁶ For slike medlemmer av folketrygden er et ubetinget oppholds krav til hinder for at restarbeidsevnen benyttes i andre EØS-land enn Norge.

¹¹⁷ Det er mulig det samme gjelder for personer med statsborgerskap i andre EØS-stater som alltid har vært i Norge.

¹¹⁸ Fjernsynssendinger fra en EØS-stat til mottakere i en annen er skoleeksempelet her.

¹¹⁹ For eksempel entreprenørbedriften hjemmehørende i en EØS-stat som påtar seg oppdrag i en annen.

¹²⁰ Skoleeksempelet her er en som er turist i en annen EØS-stat enn bostedslandet.

til en annen medlemsstat for å motta en tjeneste».¹²¹ Av artikkel 2 fremgår det at disse skal ha rett til å forlate statens territorium, og etter artikkel 8 kan medlemsstatene bare fravike bestemmelsene i direktivet når dette er begrunnet i hensynet til offentlig orden og sikkerhet, eller folkehelsen. Direktivet er som sagt erstattet av unionsborgerdirektivet, og dette direktivets artikkel 4 gir en alminnelig rett til å forlate én EØS-stat for å reise til en annen.¹²² Det er ikke grunnlag for å anta at direktiv 2004/38/EF medførte begrensninger i den rett til fri bevegelse som allerede forelå.¹²³

Dette innebærer ikke bare at det vil være en restriksjon på den frie bevegelse av tjenesteytelse dersom regler i vertslandet hindrer besøkende i å motta tjenester på samme vilkår som landets egne innbyggere,¹²⁴ men også om regler i tjenestemottakerens hjemstat eller trygdestaten er til hinder for at vedkommende mottar tjenester i andre EØS-stater. Det siste poenget kommer godt frem i direktiv 73/148/EF artiklene 1 og 2, i rettspraksis om begrensninger i adgangen til å få refundert utgifter til helsetjenester mottatt i andre EØS-stater,¹²⁵ og i rettspraksis om fradragsrett for tjenestekjøp foretatt i utlandet.¹²⁶ Dette elementet

i reglene om den frie utveksling av tjenesteytelser kalles gjerne «den passive frie utveksling av tjenesteytelser»,¹²⁷ og viser at reglene om fri bevegelse for tjenesteytelser også er regler om fri bevegelse for personer.

For at det skal foreligge en slik passiv fri utveksling av tjenesteytelser, kreves det muligens noe mer enn at tjenestemottaker bare oppholder seg i en annen EØS-stat enn hjemstaten. I sak 186/87 *Cowan* fant EU-domstolen at Cowan, i egenskap av turist fra et annet land, var omfattet av vertslandets regler om voldsoffererstatning, selv om disse etter sin ordlyd bare kom til anvendelse der offeret var bosatt i vertslandet. Saken ble avgjort med grunnlag i forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, i kombinasjon med tjenestereguleringene, og er tatt til inntekt for at det må foreligge et formål om å motta tjenesteytelser.¹²⁸ Det skal imidlertid ikke mye til for at et slikt formål skal anses å foreligge. Dersom siktemålet ved avreisen var å kjøpe tjenester i en annen EØS-stat, må vedkommende være beskyttet av reglene om fri bevegelse for tjenester.¹²⁹

I EU-domstolens praksis etter at unionsborgerskapet ble innført ser vi at begrensninger gjerne vurderes mot de rettigheter unionsborgerskapet gir, også i situasjoner der tjenestereguleringene nok kunne vært aktuelle. Allerede homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen, og EFTA-domstolens betoning av denne, kan da tilsi at tjenestereguleringene slik de følger av EØS-avtalen har et innhold som sikrer at personer kan reise fra én EØS-stat til en annen for å motta tjenester der.

I tillegg kommer at den grunnleggende avgjørelsen om hjemstatsbegrensninger, forente saker 286/82 og 86/83 *Luisi og Carbone*, er avsagt før unionsborgerskapet ble innført.¹³⁰ Her fant EU-domstolen at begrensninger i italiensk rett i adgangen til å ta kontanter ut av landet var en

¹²¹ Direktiv 73/148/EØF om opphevelse av reise- og oppholdsrestriksjoner innen Fellesskapet for statsborgere i medlemsstatene med hensyn til etablering og tjenesteytelse. Særskilt vedlegg nr. 2 til St.prp. nr. 100 (1991–92) bind 11, side 567. Se E-26/13 *Gunnarson* avsnitt 77 hvor det fremgår at forbudet mot oppholdsrestriksjoner også innebærer et forbud mot utreiserestriksjoner. Vi finner tilsvarende bestemmelser i direktiv 2006/123 (tjenstedirektivet), artikkel 19. Bestemmelsen er gjennomført i norsk rett ved lov 19. juni 2009 nr. 103, tjenesteloven, § 19.

¹²² EU-domstolens praksis viser at den utreiseretten artikkel 4 gir, ikke er ubetinget. Der utreiseforbudet tilfredsstiller de krav som følger av direktiv 2004/38/EF artikkel 27, kan det opprettholdes. Se sak C-249/11 *Byankov*, avsnitt 34 flg. og den rettspraksis det vises til der.

¹²³ Slik EFTA-domstolen i sak E-26/13 *Gunnarsson*, avsnitt 80.

¹²⁴ Se eksempelvis sak C-45/93 *Kommisjonen mot Spania*, hvor EU-domstolen fant at spanske regler som ga utlendinger bosatt i Spania, personer under 21 år og spanske statsborgere, gratis adgang til museer, mens statsborgere fra de øvrige medlemsstatene over 21 år måtte betale inngangspenger, var i strid med reglene om fri bevegelse for tjenesteytelser og det alminnelige forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling.

¹²⁵ For en beskrivelse av rettstilstanden, se sak C-490/09 *Kommisjonen mot Luxembourg*, avsnittene 32 til 35. Se også EFTA-domstolen i forente saker E-11/07 og E-1/08 *Rindal og Slinning*, avsnittene 41 flg.

¹²⁶ Se sak C-76/05 *Schwarz*. Her fant EU-domstolen at nasjonale regler som ga fradragsrett for skolepenger betalt til nasjonale skoler men ikke til skoler i andre medlemsstater var en restriksjon på adgangen til å yte tjenester over landegrensene ved de gjorde det mindre attraktivt å benytte seg av det tilbudet slike skoler ga. Se også sak C-204/90 *Bachmann*. Saken gjaldt fradragsrett for forsikringspremier.

¹²⁷ Se generaladvokat P. Cruz Villalón i forslaget til avgjørelse i sak C-221/11 *Demirkan*, avsnittene 47 til 51. Bruken av begrepet «passiv» er begrunnet i at det verken er tjenesten eller tjenesteyter som krysser landegrensene, men tjenestemottaker.

¹²⁸ Se for eksempel Peter Troberg i Groeben, Thiesing Ehlermann (Hrsg.), *Kommentar zum EU/EG-Vetrag* 5. Auflage 1997, på s. 1/1478.

¹²⁹ Se drøftelsen til generaladvokat Lenz i hans forslag til avgjørelse i sak 186/87 *Cowan*, punkt 25 flg., og generaladvokat Leger i sak C-215/03 *Oulane*, punktene 36 til 38. EU-domstolens avgjørelse i sak 186/87 *Cowan* er fulgt opp av EFTA-domstolen i sak E-13/11 *Granville*, se avsnittene 37 og 38.

¹³⁰ Det samme gjelder sak C-158/96 *Kohll*, og sak C-157/99 *Smits og Peerbooms*, som følger opp synspunktene i *Luisi og Carbone*.

tjenesterestriksjon, og forankret dette blant annet i direktiv 73/148/EØF.¹³¹ EU-domstolen uttalte helt generelt at

«fri udveksling af tjenesteydelser omfatter frihed for modtagerne af tjenesteydelserne til at begive sig til en anden medlemsstat for at modtage en ydelse dér, og at de ikke herved kan hindres af begrænsninger, [...] samt at turister, kurrejsende og personer på studie- eller forretningsrejse må anses for modtagere af tjenesteydelser.»¹³²

Nevnes kan også sak C-204/90 *Bachmann*, hvor EU-domstolen fant at belgiske regler som gjorde rett til inntektsfradrag for forsikringspremier betinget av at forsikringsselskapet var etablert i Belgia, var en hindring for fri bevegelighet for tjenesteytelser. Begrunnelsen var at reglen «afskrækker de forsikrede fra at rette henvendelse til forsikringsselskaber, der er etableret i en anden medlemsstat».¹³³ I tillegg kommer at EFTA-domstolen i *Rindal og Slinning* vurderte vilkårene for adgang til å motta naturalytelser i utlandet for trygdestatens regning utelukkende etter EØS-avtalen artikkel 36 og 37, som fastlegger retten til fri bevegelighet for tjenester.

I sak C-211/08 *Kommisjonen mot Spania*, en avgjørelse avsagt etter at retten til fri bevegelighet som unionsborger ble etablert, beskriver EU-domstolen rettstilstanden slik:

«Hvad [...] angår de ikke-lægelige tjenesteydelser, såsom turist- og uddannelsesmæssige tjenesteydelser, der udtrykkeligt er omhandlet i Kommissionens søgsmål, bemærkes det i tillæg til den i denne doms præmis 48 nævnte retspraksis, at personer etableret i en medlemsstat, der som turister eller i forbindelse med studier rejser til en anden medlemsstat, skal anses for at være modtagere af tjenesteydelser i artikkel 49 EF's forstand (jf. dom af 31.1.1984, forenede sager 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377, præmis 16, af 2.2.1989, sag 186/87, Cowan, Sml. s. 195, præmis 15, og af 19.1.1999, sag C-348/96, Calfa, Sml. I, s. 11, præmis 16).»¹³⁴

¹³¹ *Luisi og Carbone*, avsnitt 12.

¹³² *Luisi og Carbone*, avsnitt 16.

¹³³ Sak C-204/90 *Bachmann*, avsnitt 31. Se også sak C-55/98 *Vestergaard*, særlig avsnitt 23.

¹³⁴ Sak C-211/08 *Kommisjonen mot Spania*, avsnitt 51.

Det er dermed sikker rett at tjenestereglene kommer til anvendelse der tjenestemottaker reiser til tjenesteyter og mottar tjenesten(e) der. Det er ingen holdepunkter i rettspraksis eller skreven EØS-rett for å anta at den omstendighet at tjenestemottaker mottar trygdeytelser, medfører at tjenestereglene likevel ikke kommer til anvendelse.

Der det knyttes betingelser til syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger som vanskeliggjør reiser i EØS-området, har dette tre tjenesterelaterte virkninger: For det første hindres mottakeren i å motta tjenester i andre EØS-stater. For det annet avskjæres tjenesteytere i andre EØS-stater fra det markedet personer som mottar syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger utgjør. Disse personenes etterspørsel allokteres i stedet til nasjonale tjenesteytere. For det tredje vil et oppholds krav hindre selvstendig næringsdrivende som har restarbeidsevne i å utnytte denne i andre land enn trygdestaten.¹³⁵

Der retten til syke-, pleie-, eller arbeidsavklaringspenger kombineres med betingelser som forutsetter opphold i trygdestaten, vil det dermed foreligge en restriksjon på fri bevegelighet av tjenesteytelser. Slike betingelser må tilfredsstillende krav EØS-retten stiller.

Det har derfor siden 1. januar 1994 vært i strid med norsk rett å nekte syke-, pleie-, eller arbeidsavklaringspenger utelukkende med den begrunnelse at mottaker oppholder seg i en annen EØS-stat, og praksis fra tiden før 1. juni 2012 bør derfor vurderes nærmere.

6 Felles merknad om betydningen av utvalgets konklusjoner

Som utvalget bemerket innledningsvis, har det verken mandat eller kompetanse til autoritativt å avklare gjeldende rett. Det er en oppgave som ligger til domstolene. Et flertall av utvalgsmedlemmene, alle bortsett fra utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken, mener derfor det ikke er nødvendig å ta endelig standpunkt til et spørsmål som er uavklart, for at utvalget skal svare oppdragsgiver på sitt mandat. Det er imidlertid enighet i utvalget både om forståelsen av forordning 883/2004, og med det rettstilstanden etter juni 2012, og om det vern som følger av reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft og reglene om

¹³⁵ Det samme gjelder for arbeidstakere med restarbeidsevne, slik at oppholds krav for dem vil være en restriksjon på den frie bevegeligheten for arbeidskraft.

etablering, og dermed at det er nødvendig for utvalget å se nærmere på forhold også før implementeringen av forordning 883/2004.

Utvalget ble oppnevnt for å få gjennomført en grundig og fullstendig gjennomgang av årsakene til at folketrygdlovens regler om syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger er praktisert slik at retten til disse kontantytelsene er nektet der medlemmer av folketrygden bosatt i Norge har oppholdt seg i andre EØS-land. Utvalgets konklusjoner innebærer at det ikke er tilstrekkelig å gjennomgå årsakene til praksisen knyttet til forordning 883/2004, altså fra 2012, men at utvalget også må se nærmere på årsakene til at regelverket kan være praktisert feil for en større eller mindre gruppe siden innføringen av EØS-avtalen i norsk rett. Utvalget presiserer at det er forvaltningens oppgave å ta stilling til konkrete enkeltsaker, både før og etter 1. juni 2012. Uenigheten innad i utvalget om den nærmere behandlingen av ulike typer enkeltsaker i perioden fra 1994–2012, har etter utvalgets syn ikke betydning for utvalgets arbeid med å vurdere forhold tilbake til 1994.

7 EØS-rettens betydning for folketrygdlovens krav om opphold i Norge for rett til syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger

7.1 Innledning

Drøftelsene har vist at kravet til opphold i Norge for å motta kontantytelser under sykdom er en restriksjon på retten til fri bevegelse for arbeidstakere og reglene om etablering. Slike restriksjoner er i utgangspunktet forbudt, men kan likevel opprettholdes der de er nødvendige for å ivareta ikke-økonomiske hensyn. EØS-avtalens hoveddel, som er grunnlaget for frihetene, har hatt lovs kraft i Norge siden 1. januar 1994.¹³⁶ Bestemmelsene i avtalen skal, der de er i konflikt med andre bestemmelser, gå foran.¹³⁷ Dette innebærer at siden 1. januar 1994 har oppholds krav bare kunnet gjøres gjeldende overfor personer som er omfattet av EØS-retten, dersom opphold i Norge har vært nødvendig av hensyn til formålet med ytelsen eller av hensyn til oppfølging eller kontroll av medlemmet. Innføringen av forordning 883/2004 endret ikke på dette.

Oppholds kravet for sykepenger, som følger av folketrygdloven § 8-9, er det samme som for pleie-

penger, jf. folketrygdloven § 9-4. Lovens krav er det samme i dag som da loven ble vedtatt. Et medlem i folketrygden kan imidlertid etter søknad få sykepenger «i en begrenset periode under opphold i utlandet» dersom vedkommende godtgjør at utenlandsoppholdet ikke vil forverre helsetilstanden, forlenge arbeidsuførheten eller hindre Navs kontroll og oppfølging.

Oppholds kravet for arbeidsavklaringspenger er formulert litt annerledes, jf. folketrygdloven § 11-3. Også her er det hjemmel for å gjøre unntak fra oppholds kravet i nærmere angitte situasjoner. Forskjellen mellom de to bestemmelsene, samt den omstendighet at folketrygdloven § 11-3 er endret ved et par anledninger, gjør det hensiktsmessig å behandle oppholds kravet for syke- og pleiepenger atskilt fra oppholds kravet for arbeidsavklaringspenger.

7.2 Nærmere om oppholds kravet for syke- og pleiepenger

Oppholds kravet for syke- og pleiepenger er begrunnet i hensynet til oppfølging av medlemmet, hensynet til å hindre misbruk av ordningen og hensynet til å oppdage og sanksjonere misbruk.¹³⁸ Forholdet mellom kravet og EØS-retten er ikke diskutert i de forarbeidene til loven som skriver seg fra tiden etter at EØS-avtalen ble undertegnet.

Etter folketrygdloven § 8-9 tredje ledd kan et medlem søke om å få sykepenger «i en begrenset periode under opphold i utlandet» dersom vedkommende «godtgjør at utenlandsoppholdet ikke vil forverre helsetilstanden, forlenge arbeidsuførheten eller hindre Navs kontroll og oppfølging».

Det er klart at oppholds kravet er begrunnet i hensyn EØS-retten anerkjenner. Etter det utvalget forstår, skjer Navs kontroll med medlemmets økonomiske forhold – typisk at de opplysninger som gis om inntekter i sykmeldingsperioden er korrekte – gjennom registersamkjøring, opplysninger fra andre etater som politi, Skatteetaten, Arbeids tilsynet og Tollvesenet, det daglige virke på Navkontorene og tips fra publikum, for å nevne noe.

¹³⁶ Se rundskriv R8-00 til folketrygdloven der det fremgår at begrunnelsen for oppholds kravet i § 8-9 «er hovedsakelig at det ikke er mulig å føre den nødvendige kontroll med hensyn til sykdommens karakter, utvikling, varighet og innvirkning på arbeidsevnen, når et medlem oppholder seg i utlandet. *Et utenlandsopphold vil videre kunne være til hinder for oppfølgingen av den sykmeldte med henblikk på å få vedkommende tilbake i arbeid.*» (Uthevet i originalen). Begrunnelsen for oppholds kravet ved pleiepenger er i det alt vesentlige kontrollhensyn, jf. Prop. 48 L (2016–2017) avsnitt 6.2.2.4.

¹³⁶ Jf. EØS-loven § 1.

¹³⁷ Jf. EØS-loven § 2.

En rekke av kontrollmetodene er basert på at medlemmet befinner seg i Norge. Kontrollen må derfor legges annerledes an der vedkommende er utenlands, og det er nødvendig å vite hvor vedkommende er. Utvalget antar derfor at et krav om forutgående søknad for å ha rett til å motta sykepenger under opphold i utlandet av en viss varighet, som et utgangspunkt er forenlig med EØS-retten.

7.3 Nærmere om oppholdskravet ved arbeidsavklaringspenger

Folketrygdloven § 11-3 første ledd bestemmer at det er et vilkår for rett til arbeidsavklaringspenger at medlemmet oppholder seg i Norge. Også her er det uten videre klart at kravet er begrunnet i hensyn EØS-retten anerkjenner, og utvalget viser til de hensynene som er nevnt i punkt 4.4 flg.¹³⁹

Etter bestemmelsens tredje ledd kan et medlem få arbeidsavklaringspenger under opphold i utlandet i inntil fire uker per kalenderår dersom utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføringen av fastsatt aktivitet, og ikke hindrer Navs oppfølging og kontroll. Paragraf 11-3 er endret flere ganger, og kravet om at det må søkes om godkjenning av utenlandsoppholdet, kom først inn i lovteksten med virkning fra 1. januar 2018.

I tiden fra 1. januar 1997 til 28. februar 2010 het det at et medlem som oppholder seg i utlandet i en begrenset periode kunne få ytelser «dersom utenlandsoppholdet ikke vil forlenge eller vanskeliggjøre attføringen».¹⁴⁰

I forarbeidene til den bestemmelsen het det:

«Tredje ledd følger av praksis, som er etablert med hjemmel i forskriftenes § 3. Bestemmelsen er tatt med for å gi en person som mottar attføringspenger under yrkesrettet attføring mulighet til å reise på ferie til utlandet uten å miste attføringspengene. I dag løper attføringspengene selv om det f.eks. er ferie ved skolen vedkommende går på. Departementet ønsker å presisere at det er et vilkår at utenlandsopphol-

det i disse tilfellene ikke forlenger eller vanskeliggjør attføringsopplegget. Departementet har ikke foreslått noen fast tidsgrense for utenlandsoppholdets varighet, ut over at det skal gjelde i en 'begrenset periode'. Med 'begrenset periode' mener departementet et tidsrom som anses som rimelig ferietid. Dette er i samsvar med gjeldende praksis.»¹⁴¹

I tiden fra 1. mars 2010 til 31. desember 2017 het det at et medlem kunne få ytelser etter dette kapitlet i loven

«i en begrenset periode under opphold i utlandet dersom det kan godtgjøres at utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføringen av den fastsatte aktiviteten, og ikke hindrer Arbeids- og velferdsetatens oppfølging og kontroll».

Kravet om forhåndsgodkjenning av utenlandsoppholdet, kom som nevnt inn i loven med virkning fra 1. januar 2018. I forarbeidene til gjeldende bestemmelse uttales følgende:

«Etter gjeldende rett er det ikke et krav til forhåndsgodkjenning fra Arbeids- og velferdsetaten før et opphold i utlandet, og varigheten er ikke begrenset i loven. Arbeids- og velferdsetaten praktiserer vanligvis et krav om forhåndsgodkjenning av utenlandsopphold, og en varighet på inntil fire uker per kalenderår for utenlandsopphold.»¹⁴²

Frem til lovendringen som trådte i kraft 1. januar 2018 medførte således folketrygdloven § 11-3 mindre begrensninger i retten til fri bevegelighet enn den gjør i dag.

Utvalget påpeker at dersom man legger til grunn Arbeids- og sosialdepartementets oppfatning av gjeldende rett forut for lovendringen som trådte i kraft 1. januar 2018, kan det synes usikkert om det, helt uavhengig av EØS-rettens krav til norsk rett, var hjemmel for å trekke tilbake arbeidsavklaringspenger utelukkende av den grunn at medlemmet oppholdt seg i utlandet uten forutgående tillatelse. Langt mindre var det hjemmel for å straffe for dette.

¹³⁹ Se også EØS-rundskriv R40-11, hvor kravet til opphold i Norge for rett til arbeidsavklaringspenger er begrunnet i behovet for å «følge opp brukeren i forhold til riktig ytelse og arbeidsrettet aktivitet og til enhver tid vite om vilkårene for rett til ytelsen er oppfylt».

¹⁴⁰ Ytelsen arbeidsavklaringspenger ble først introdusert i 2010, og erstattet blant annet ytelsen attføringspenger. Poenget i denne sammenheng er imidlertid at loven ikke oppstilte noe uttrykkelig krav om samtykke til utenlandsopphold.

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 58 (1992–93) Om lov om endringer i lov 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd og i visse andre lover (Yrkesrettet attføring), s. 24.

¹⁴² Prop. 74 L (2016–2017) Endringer i folketrygdloven mv. (arbeidsavklaringspenger og tilleggssstønader til arbeidsrettede tiltak mv), punkt 5.3.1.

7.4 Nærmere om sanksjonsbruken ved brudd på plikter som er forenlige med EØS-retten

Folketrygdloven pålegger medlemmet å opplyse om endringer som kan være avgjørende for om vedkommende har rett til ytelsen eller for å kontrollere ytelsens størrelse.¹⁴³ Det er straff for å gi uriktige opplysninger eller holde tilbake opplysninger som «er viktige for rettigheter og plikter»

¹⁴³ Folketrygdloven § 21-3 første ledd.

etter folketrygdloven.¹⁴⁴ Det er også straff for ikke å gi de opplysninger og meldinger man er pålagt med hjemmel i loven.¹⁴⁵ Selv der nasjonale regler lovlig kan hindre fri bevegelse, må imidlertid sanksjonene ved brudd på slike regler overholde EØS-rettslige krav. Det innebærer at sanksjonen ikke kan stå i et slikt misforhold til overtredelsens grovhet at sanksjonen i seg selv utgjør en hindring for fri bevegelse.

¹⁴⁴ Folketrygdloven § 25-12 første ledd.

¹⁴⁵ Folketrygdloven § 25-12 annet ledd.

Norges offentlige utredninger

2019

Arbeids- og sosialdepartementet:

NOU 2019: 6 Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2019
NOU 2019: 7 Arbeid og inntektssikring

Barne- og likestillingsdepartementet:

NOU 2019: 20 En styrket familietjeneste

Finansdepartementet:

NOU 2019: 1 Overtakelsestilbud (frivillig og pliktig tilbud)
NOU 2019: 8 Særavgiftene på sjokolade- og sukkerverer og alkoholfrie drikkevarer
NOU 2019: 11 Enklere merverdiavgift med én sats
NOU 2019: 15 Skatterådgiveres opplysningsplikt og taushetsplikt
NOU 2019: 16 Skattlegging av vannkraftverk
NOU 2019: 18 Skattlegging av havbruksvirksomhet

Helse- og omsorgsdepartementet:

NOU 2019: 10 Åpenhet i grenseland
NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven
NOU 2019: 24 Inntektsfordeling mellom regionale helseforetak
NOU 2019: 26 Rusreform – fra straff til hjelp

Justis- og beredskapsdepartementet:

NOU 2019: 4 Organisering av norsk naturskadeforsikring
NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov
NOU 2019: 13 Når krisen inntreffer
NOU 2019: 17 Domstolstruktur

Kulturdepartementet:

NOU 2019: 9 Fra kalveskinn til datasjø
NOU 2019: 19 Jenterom, gutterom og mulighetsrom

Kunnskapsdepartementet:

NOU 2019: 2 Fremtidige kompetansebehov II
NOU 2019: 3 Nye sjanser – bedre læring
NOU 2019: 12 Lærekraftig utvikling
NOU 2019: 23 Ny opplæringslov
NOU 2019: 25 Med rett til å mestre

Nærings- og fiskeridepartementet:

NOU 2019: 21 Framtidens fiskerikontroll

Samferdselsdepartementet:

NOU 2019: 22 Fra statussymbol til allemannseie – norsk luftfart i forandring

Bestilling av publikasjoner

Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon
www.publikasjoner.dep.no
Telefon: 22 24 00 00

Publikasjonene er også tilgjengelige på
www.regjeringen.no

Omslagsillustrasjon: Bjørn Sæthren, 07 Media AS

Trykk: Departementenes sikkerhets- og
serviceorganisasjon – 08/2020