



# NORGES HØYESTERETT

EFTA Court  
Rue du Fort Thungen  
1499 Luxembourg  
Luxembourg

Dok 46

## **Sak nr. 20-046393STR-HRET, straffesak, anke over dom: Anmodning om rådgivende tolkingsuttalelse**

### **1. INNLEDNING**

- (1) Norges Høyesterett anmoder med dette om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i sak 20-046393, jf. den norske domstoloven § 51a, jf. ODA artikkel 34.
- (2) Saken gjelder spørsmålet om A kan straffedømmes for grovt uaktsomt grovt bedrageri ved at han mottok arbeidsavklaringspenger i henhold til folketrygdloven kapittel 11 uten å opplyse om flere opphold i Italia i denne perioden. For dette ble A dømt til fengsel i 75 dager ved Høyesteretts dom 15. mars 2017. Gjenopptakelseskommissjonen gjenåpnet saken 19. mars 2020, og Høyesterett skal nå behandle anken på nytt.
- (3) Hovedspørsmålet i saken er om et krav til opphold i Norge for å motta arbeidsavklaringspenger er forenlig med EØS-retten og særskilt Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 av 14. juni 1971 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet (forordning 1408/71) og Europaparlaments- og Rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger (forordning 883/2004). Det stilles spørsmål til EFTA-domstolen fordi forordningene og øvrige relevante EØS-regler på enkelte punkter reiser tolkningstvil.
- (4) Det anmodes høfligst om at saken behandles så raskt som mulig, eventuelt at hasteprosedyren i artikkel 97 a i EFTA-domstolens saksbehandlingsregler anvendes. A har behov for å få avsluttet saken, og mange andre straffesaker er stilt i bero i påvente av avklaringene av de EØS-rettslige spørsmålene som reises her. I tillegg vil det være aktuelt med tilbakebetaling til et stort antall stønadsmottakere dersom det er truffet uriktige vedtak.

## 2. OVERSIKT OVER SAKENS PARTER

- (5) De involverte partene i saken for Høyesterett er:
- (6) Ankende part: A
- Forsvarer: Advokat John Christian Elden  
Advokatfirmaet Elden DA  
Postboks 6684 St. Olavs plass  
0129 Oslo
- (7) Ankemotpart: *Påtalemyndigheten*
- Aktor: Setteriksadvokat Henry John Mæland  
Riksadvokaten  
Postboks 2120 Vika  
0125 Oslo

## 3. SAKENS FAKTISKE HOVEDTREKK

- (8) Etter anmeldelse fra Arbeids- og velferdsetaten (NAV) ble A 18. februar 2016 satt under tiltale for forsettlig, grovt trygdebedrageri, jf. straffeloven 1902 § 271, jf. § 270 første ledd nr. 1, jf. andre ledd. Grunnlaget ble beskrevet slik:
- «I perioden 19. mai 2010 til 31. oktober 2012 i X 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.»
- (9) Under tingrettens behandling endret påtalemyndigheten påstand til å gjelde grovt uaktsomt grovt bedrageri.
- (10) Nedre Telemark tingrett avsa dom 4. mars 2016 for grovt uaktsomt grovt bedrageri og fastsatte straffen til fengsel i 75 dager. Tingretten la følgende til grunn for domfellelsen:

«Tiltalte fikk i november 2008 innvilget rehabiliteringspenger. I vedtaket ble han informert om at han «*må melde fra til NAV lokalt*» dersom han «*reiser ut av Norge (gjelder sykepenger og rehabiliteringspenger)*». Den samme informasjonen ble gitt hver gang tiltalte fikk innvilget rehabiliteringspenger for en ny periode.

Bakgrunnen for at tiltalte fikk innvilget rehabiliteringspenger var sviktende helse i kombinasjon med at han ble overtallig på sin tidligere arbeidsplass. [...]

Fra 1. mars 2010 ble vedtaket om rehabiliteringspenger på grunn av en lovendring overført til arbeidsavklaringspenger, og i april ble tiltalte innkalt til samtale om arbeidsrettede tiltak.

I vedtak om innvilgelse av arbeidsavklaringspenger av 26.07.2010 ble det gitt informasjon om at «*du må melde fra til ditt NAV-kontor hvis du ... skal reise eller flytte til*

*utlandet*». Den samme informasjonen ble gitt hver gang tiltalte fikk innvilget arbeidsavklaringspenger frem til han fikk innvilget uførepensjon fra 01.11.2012.

Via bekjente fikk tiltalte og hans kone tilbud om å låne et hus i Italia, og de neste årene hadde de til sammen 14 opphold i Italia i perioder på tre og fire uker. ...»

- (11) A søkte om unntak fra kravet om å oppholde seg i Norge for to av oppholdene. Han verken søkte eller opplyste om de øvrige oppholdene. A forklarte i tingretten at han arbeidet fra Italia når helsen tillot det. Det festet ikke retten lit til, og det ble ikke lagt til grunn. Retten kom imidlertid til at det ikke kunne anses bevist at han bevisst og i vinnings hensikt unnlot å opplyse NAV om at han i perioder oppholdt seg i utlandet, men at han hadde opptrådt grovt uaktsomt:

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

- (12) Retten uttalte for øvrig at også om man la As forklaring til grunn, måtte han domfelles på grunn av kravet til opphold i Norge, som han var klar over.
- (13) A anket over straffutmålingen, og Agder lagmannsrett satte ved dom 12. desember 2016 straffen til samfunnsstraff i 45 timer, med gjennomføringstid på 90 dager og subsidiær fengselsstraff på 45 dager. Lagmannsretten la ved valget av straffereaksjon vekt på at tiltalte kunne ha fått tillatelse til utenlandsopphold dersom han hadde søkt, og at det derfor var en reell mulighet for at tapspotensialet knyttet til tiltaltes handlinger egentlig var betydelig lavere enn beløpet i tiltalen.
- (14) Påtalemyndigheten anket over straffutmålingen til Norges Høyesterett, som ved dom 15. mars 2017 stadfestet tingrettens dom (HR-2017-560-A). Høyesterett mente lagmannsretten ikke hadde grepet saken riktig an da den i realiteten hadde satt seg i NAVs sted, og kom til at det ikke var grunnlag for samfunnsstraff.
- (15) Høsten 2019 ble NAV usikker på om gjeldende praksis var i strid med forordning 883/2004 artikkel 21. NAV omla praksisen høsten 2019 i samsvar med den forståelsen at «oppholder seg» omfatter alle opphold som ikke utgjør bosetting. NAV anså imidlertid ikke at tidligere praksis hadde vært i strid med forordning 1408/71.
- (16) NAV hadde forut for politianmeldelsen av A truffet vedtak om å kreve tilbake 345 119 kroner fra ham. Ved vedtak 19. desember 2019 ble vedtaket om tilbakekreving delvis omgjort. Den del av vedtaket som er opprettholdt, utgjør 199 370 kroner og gjelder tiden før 1. juni 2012.
- (17) Både påtalemyndigheten og domfelte begjærte gjenåpning av straffesaken til gunst for domfelte. Gjenopptakelseskommisjonen tok 19. mars 2020 begjæringene til følge. I avgjørelsen heter det:

«EUs trygdeforordning 1408/71 ble gjeldende for Norge da EØS-avtalen trådte i kraft i 1994. Forordningen ble avløst av forordning 883/2004 som trådte i kraft i hele EØS-området fra 01.06 2012.

Ingen av rettsinstansene som behandlet As sak har drøftet hvorvidt folketrygdlovens krav om opphold i Norge og NAVs krav om søknad og tillatelse i forkant av midlertidige opphold i en annen EØS-stat, var forenlige med trygdeforordningene og EØS-retten for øvrig. Det har da heller ikke vært vurdert om det kunne være i strid med EØS-retten å nekte A arbeidsavklaringspenger utelukkende fordi han ikke hadde søkt om å få reise til Italia, og om det var grunnlag for å domfelle ham for bedrageri med hensyn til penger han hadde mottatt mens han oppholdt seg i Italia.

Heller ikke i Trygderettens kjennelse 08.01.2016 om tilbakekreving av arbeidsavklaringspengene ble forholdet til EØS-retten drøftet. Fra 2017 har Trygderetten imidlertid avsagt flere kjennelser som problematiserer dette.

I Granskingsutvalgets delutredning: 'Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området' er det enstemmig lagt til grunn at EØS-retten etter 2012 er til hinder for at kontantytelser nektes eller reduseres utelukkende med den begrunnelse at vedkommende oppholder seg i en annen EØS-stat.

Også ESA har inntatt dette rettslige utgangspunktet.

Kommisjonen finner på denne bakgrunn at det foreligger berettiget tvil ved om dommen – som bygger på en annen rettsforståelse – er riktig. Tungtveiende hensyn tilsier at spørsmålet om domfeltes skyld blir prøvd på ny. Vilkårene i straffeprosessloven § 392 annet ledd er derfor oppfylt.

I As sak strakk det straffbare forholdet seg over tre år, både før og etter 01.06.2012, som er det tidspunktet den nye forordningen (883/2004) trådte i kraft i hele EØS-området. Forholdet ble pådømt som en fortsatt og sammenhengende forbrytelse, det vil si som ett bedrageri. Dette er den eneste tiltaleposten i denne saken. Det innebærer at dommen må gjenåpnes i sin helhet.

[...]

Saken inneholder også andre EØS-rettslige spørsmål som ikke har vært vurdert og som gjør det tvilsomt om de objektive vilkårene for bedrageri var oppfylt. Disse spørsmålene bør avklares og få sin endelige løsning i domstolene. Også dette tilsier en ny rettslig behandling av saken.»

## **4. RELEVANT NORSK LOVGIVNING**

### **4.1 Forordning 1408/71 og forordning 883/2004**

- (18) Forordning 1408/71 med senere endringer ble inkorporert i norsk rett gjennom forskriftene FOR-1992-12-04-914 med ikrafttredelse 1. januar 1994, FOR-1997-04-25-384 med ikrafttredelse 1. mai 1997, FOR-2000-12-01-1204 med ikrafttredelse 1. januar 2001 og FOR-2006-06-30-731 med ikrafttredelse 30. juni 2006.
- (19) Forordning 883/2004 ble inkorporert ved forskrift FOR-2012-06-22-585 med virkning fra 1. juni 2012.
- (20) Forordningene har ved motstrid forrang fremfor folketrygdloven, jf. EØS-loven § 2, se også inkorporasjonsforskriftene § 1 og folketrygdloven § 1-3 første ledd.
- (21) Det fremgår av NAVs Rundskriv 40-00 og 45-00 (sistnevnte rundskriv avløste Rundskriv 40-00 fra 28. februar 2012) punkt 11.3.2 at trygdemyndighetene tolket forordning 1408/71

slik at den på visse vilkår ga rett til å medta arbeidsavklaringspenger ved flytting til en annen EØS-stat, men ikke ved opphold i en annen EØS-stat. Fra og med 28. februar 2011 lød rundskrivets punkt 11.3.2 slik:

«Bosatt i Norge og opphold i annet EØS-land

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 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.»

- (22) Rundskrivet ble ikke endret på dette punktet da forordning 1408/71 i 2012 ble avløst av forordning 883/2004.

#### **4.2 Folketrygdlovens regler om arbeidsavklaringspenger**

- (23) Folketrygdlovens bestemmelser om arbeidsavklaringspenger har vært endret en rekke ganger. Når ikke annet er sagt, gjengis bestemmelsene nedenfor slik de lød i tidsrommet som er relevant for denne saken, dvs. perioden 19. mai 2010 til 31. oktober 2012.

- (24) Formålet med arbeidsavklaringspenger følger av folketrygdloven § 11-1 første ledd:

«Formålet med arbeidsavklaringspenger er å sikre inntekt for medlemmer mens de får aktiv behandling, deltar på et arbeidsrettet tiltak eller får annen oppfølging med sikte på å skaffe seg eller beholde arbeid.»

- (25) Det er to grunnleggende vilkår for å kvalifisere for arbeidsavklaringspenger. Det første er nedsatt arbeidsevne, jf. § 11-5:

«§ 11-5. Nedsatt arbeidsevne

Det er et vilkår for rett til ytelse etter dette kapitlet at medlemmet på grunn av sykdom, skade eller lyte har fått arbeidsevnen nedsatt i en slik grad at vedkommende hindres i å beholde eller skaffe seg inntektsgivende arbeid.

Når det vurderes om arbeidsevnen er nedsatt i en slik grad at vedkommende hindres i å beholde eller skaffe seg inntektsgivende arbeid, skal det blant annet legges vekt på helse, alder, evner, utdanning, yrkesbakgrunn, interesser, ønsker, muligheter for å gå tilbake til nåværende arbeidsgiver, arbeidsmuligheter på hjemstedet og arbeidsmuligheter på andre steder der det er rimelig at vedkommende tar arbeid.»

- (26) Det andre grunnvilkåret er behov for bistand til å skaffe seg eller beholde arbeid, jf. § 11-6:

«§ 11-6. Behov for bistand til å skaffe seg eller beholde arbeid

Det er et vilkår for rett til ytelse etter dette kapitlet at medlemmet

- a) har behov for aktiv behandling, eller
- b) har behov for arbeidsrettet tiltak, eller

- c) etter å ha prøvd tiltak etter bokstavene a eller b fortsatt anses å ha en viss mulighet for å komme i arbeid, og får oppfølging fra Arbeids- og velferdsetaten for å bli i stand til å skaffe seg eller beholde arbeid som han eller hun kan utføre.»

- (27) Det er også et vilkår for arbeidsavklaringspenger at vedkommende bidrar aktivt med sikte på å komme i arbeid, og en aktivitetsplan skal fastsettes, jf. § 11-8:

«§ 11-8 Aktivitet med sikte på å komme i arbeid

Det er et vilkår for rett til ytelser etter dette kapitlet at medlemmet bidrar aktivt i prosessen med å komme i arbeid. Kravene til egenaktivitet skal tilpasses den enkeltes funksjonsnivå og fastsettes ved innvilgelsen av ytelsen.»

- (28) Det er i utgangspunktet et vilkår etter § 11-3 at vedkommende oppholder seg i Norge. NAV kan på visse vilkår gi tillatelse til å motta arbeidsavklaringspenger i utlandet:

«§ 11-3 Opphold i Norge

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

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

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

- (29) NAV har utarbeidet Rundskriv 11-00 til folketrygdloven kapittel 11. I den versjonen som gjaldt fra 1. mars 2010 het det blant annet følgende om § 11-3:

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

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

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

[...]

### **§ 11-3 tredje ledd – Unntak for utenlandsopphold som ikke følger av aktivitetsplanen**

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

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

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

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

(30) Rundskrivet fikk på dette punktet følgende tillegg fra 6. juni 2012:

«Bruker må søke NAV-kontoret om forhåndsgodkjenning før han kan ta med seg arbeidsavklaringspengene under midlertidig opphold i andre land. Skjemaet 11-03.07 bør benyttes, forutsatt at tidsmessige årsaker ikke gjør dette umulig. Dersom NAV ikke har noen aktuelle aktiviteter å tilby i perioden, skal dette ikke regnes som perioder med fravær, jf. §§ 11-8 og 11-9.

Dersom NAV-kontoret innvilger søknaden, kan tillatelse gis muntlig og notattføres i Arena. Konsekvenser for oppfølging må vurderes, herunder innsending av meldekort. Bruker må informeres om innsendingsmåter (meldeform) og konsekvenser av for sent innsendte kort. Dersom NAV-kontoret ikke innvilger søknaden, skal bruker ha skriftlig avslagsbrev med begrunnelse og informasjon om alminnelig klageadgang, jf. forvaltningsloven § 29. Dersom bruker velger å reise til utlandet til tross for at NAV ikke har innvilget søknaden, må stans av arbeidsavklaringspengene vurderes jf. §§ 11-8 og/eller 11-9.»

(31) Loven har en generell meldeplikt mens ytelsen løper uavhengig av om en person oppholder seg utenlands eller innenlands. Oppfyllelse av meldeplikten er et absolutt vilkår for mottak av ytelsen. Dette reguleres i § 11-7. Første og annet ledd lyder:

«§ 11-7. Meldeplikt

For å ha rett til ytelser etter dette kapitlet må medlemmet melde seg til Arbeids- og velferdsetaten hver fjortende dag (meldeperioden) og gi opplysninger som har betydning for retten til ytelsene. Melding skal gis ved bruk av meldekort, ved oppmøte eller på annen måte som Arbeids- og velferdsetaten bestemmer.

Dersom medlemmet uten rimelig grunn unnlater å melde seg på fastsatt dag, faller retten til ytelser etter dette kapitlet bort fra og med den dagen medlemmet skulle ha meldt seg og inntil han eller hun melder seg på nytt. Hvis medlemmet har hatt rimelig grunn til å unnlate å melde seg, skal ytelsene etterbetales.»

(32) NAV har på denne bakgrunn utarbeidet meldekort som inneholder følgende spørsmål, hvorav sistnevnte gjelder ferie eller fravær så vel innenlands som utenlands:

«Har du vært i arbeid de siste 14 dagene?	Ja/Nei
Har du gjennomført aktivitet eller deltatt på kurs/utdanning?	Ja/Nei
Har du vært forhindret fra å ta arbeid eller gjennomføre avtalt aktivitet fordi du har vært for syk?	Ja/Nei

Har du hatt ferie eller fravær slik at du ikke har kunnet ta arbeid eller gjennomføre avtalt aktivitet?

Ja/Nei»

### 4.3 Straffeloven

- (33) Den aktuelle straffebestemmelsen i saken gjelder bedrageri. Bedrageri ble regulert som følger i dagjeldende straffelov (1902) § 270 nr. 2:
- «For bedrageri straffes den som i hensikt å skaffe seg eller andre uberettiget vinning, ved bruk av uriktig opplysning eller ufullstendig opplysning, eller på annen måte rettsstridig påvirker resultatet av en automatisk databehandling, og derved volder tap eller fare for tap for noen.»
- (34) Dersom det ikke foreligger en «uberettiget vinning», kan det altså ikke straffes for bedrageri.
- (35) Straffen for forsettlig bedrageri er bøter eller fengsel inntil 3 år, men inntil 6 hvis bedrageriet er grovt, jf. § 271. Grovt uaktsomt bedrageri og grovt uaktsomt grovt bedrageri straffes med inntil 2 års fengsel, jf. straffeloven § 271 a. Ved avgjørelsen av om bedrageriet er grovt skal det blant annet særlig legges vekt på om handlingen har voldt betydelig økonomisk skade. Dersom det er begått flere bedrageri overfor NAV som har en nær sammenheng i tid, stønadsform og forøvelsesmåte, vil det normalt bli ansett å foreligge én sammenhengende og fortsatt forbrytelse. Totalsummen er da avgjørende for bedrageriets omfang og om det er grovt eller ikke.
- (36) NAV anmelder som det klare utgangspunkt ikke dersom det urettmessige stønadsbeløpet er lavere enn to tredeler av folketrygdens grunnbeløp<sup>1</sup> (G).
- (37) Ved straffutmålingen legges det stor vekt på bedrageriets omfang. Ved forsettlig bedrageri over 1 G anvendes i utgangspunktet ubetinget fengsel. Ved grovt uaktsomt bedrageri er straffenivået markert lavere; det anvendes betinget fengsel eller samfunnsstraff ved de lavere beløp og fengselsstraff ved høyere beløp.

## 5. BEHOVET FOR EN RÅDGIVENDE UTTALELSE

- (38) Høyesterett kan, uansett ankegrunn – som i dette tilfelle var straffutmålingen – prøve om straffelovgivningen er riktig anvendt, jf. straffeprosessloven § 342 annet ledd nr. 1. Ved den nye behandlingen av straffesaken mot A vil Høyesterett prøve lovanvendelsen under skyldspørsmålet. Det må da prøves om det er forenlig med EØS-retten å domfelle A for grovt uaktsomt grovt bedrageri utelukkende fordi han mottok arbeidsavklaringspenger mens han oppholdt seg i Italia slik det fremgår av tiltalebeslutningen.
- (39) Perioden dette pågikk strakk seg over et tidsrom som ble dekket først av forordning 1408/71 og deretter av forordning 883/2004. Den sistnevnte ble innlemmet i EØS-avtalen 1. juli 2012 med virkning fra 1. juni 2012.
- (40) Regjeringen oppnevnte 8. november 2019 et granskningsutvalg for å foreta en ekstern gjennomgang av praktisering og håndtering av EUs trygdeforordning. Granskningsutvalgets

<sup>1</sup> Folketrygdens grunnbeløp fastsettes hvert år med virkning fra 1. mai – 2010: kr 75 641, 2011: 79 216, 2012: kr 82 122, 2013: kr 85 245, 2014: kr 88 370, 2015: 90 068, 2016: kr 92 576, 2017: kr 93634, 2018: kr 96 883 og 2019: kr 99 858.



vurderinger av fortolkningen av EØS-retten fremgår av dets delutredning avgitt 4. mars 2020: «Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området».

- (41) Granskningsutvalget mener enstemmig at det siden 1. juni 2012 har vært i strid med Norges forpliktelser etter EØS-retten å nekte blant annet arbeidsavklaringspenger utelukkende med den begrunnelse at mottaker befinner seg i en annen EØS-stat, jf. forordning 883/2004 artikkel 21.
- (42) Når det gjelder tiden før 1. juni 2012 mener Granskningsutvalget at forordning 1408/71 bare regulerer situasjoner der et medlem av folketrygden bosetter seg i en annen EØS-stat. Dersom nektelse av eksport av kontantytelser ved kortere opphold i andre EØS-stater for personer som ikke er økonomisk aktive, skal være i strid med EØS-retten, må det følgelig ha annet grunnlag enn forordning 1408/71.
- (43) Granskningsutvalget nevner direktiv 2004/38 som mulig grunnlag for at arbeidsavklaringspenger ikke kan nektes eller reduseres for en person som ikke er økonomisk aktiv, utelukkende med den begrunnelse at vedkommende oppholder seg i en annen EØS-stat. Granskningsutvalget konkluderer imidlertid ikke på dette punktet, jf. side 12-15. Spørsmålet om betydningen av direktiv 2004/38 artikkel 4 og artikkel 6 bør om nødvendig avklares.
- (44) Utvalgsformannen og ett medlem konkluderer med at det på grunnlag av EØS-avtalens regler om fri bevegelse for tjenester, jf. EØS-avtalen artikkel 36 flg., også før 1. juni 2012 har vært i strid med EØS-retten å nekte arbeidsavklaringspenger utelukkende med den begrunnelse at mottaker oppholder seg i en annen EØS-stat, se side 52. Flertallet på fem medlemmer unnlot å ta stilling til dette, men mente at spørsmålet må få sin avklaring ved en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, se side 16.
- (45) Som det vil fremgå nedenfor av punkt 5 om partenes anførsler, har partene langt på vei sammenfallende syn når det gjelder rettstilstanden etter 1. juni 2012. Forsvarer har på den bakgrunn stilt spørsmål ved om det bør stilles spørsmål til EFTA-domstolen om tolkningen av forordning 884/2004.
- (46) Høyesterett er kommet til at det bør stilles spørsmål også om denne perioden. Avklaring av hva som er bindende EØS-rett kan bare oppnås gjennom domstolene, og fortrinnsvis etter at det er innhentet tolkningsuttalelser fra EFTA-domstolen om hvordan EØS-retten skal forstås, slik også Granskningsutvalget understreker på side 6 i delutredningen. Til dette kommer at tidligere høyesterettsdommer Karl Arne Utgård i artikkelen "Trygdesaka – ein gjennomgang av dei grunnleggande rettsreglane", Rett24, 19. februar 2020 reiser tvil om klassifiseringen av arbeidsavklaringspenger som «sickness benefits» i henhold til forordning 883/2004 artikkel 3 (1) (a) før 2017. Han stiller også spørsmål om ikke forordningens artikkel 21 alene regulerer den situasjonen at medlemmet av folketrygden blir syk mens vedkommende er under opphold i annen EØS-stat enn Norge.
- (47) Når saken nå skal behandles, er det ønskelig å få EFTA-domstolens avklaring av alle de EØS-rettslige spørsmålene saken reiser.

## 6. PARTENES ANFØRSLER

### 6.1 Påtalemyndighetens anførsler

#### 6.1.1 Rettstilstanden før 1. juni 2012

- (48) Etter påtalemyndighetens syn kan EØS-rettslige restriksjoner på norsk forvaltning i tilfellet A ikke bygge på den eldre forordning 1408/71.
- (49) Påtalemyndigheten mener at forordning 1408/71 ikke er til hinder for et krav om opphold i Norge for rett til arbeidsavklaringspenger. Forordningen gir ikke A rett til ytelsen ved midlertidige ferieopphold i Italia. Denne situasjonen reguleres verken av forordning 1408/71 artikkel 19 eller artikkel 22.
- (50) Heller ikke EØS-avtalens artikkel 28 (fri bevegelse av arbeidstaker) er anvendelig. A var ikke arbeidssøker i Italia og det forelå i hans tilfelle heller intet annet grenseoverskridende element knyttet til arbeidsforholdet som tilsier at EØS-avtalen artikkel 28 har anvendelse. Hans opphold i Italia var ferieopphold.
- (51) Rent hypotetiske utsikter til å utøve retten til fri bevegelighet etablerer ikke en tilstrekkelig kobling til EØS-retten. Det bestrides at det er tilstrekkelig som grenseoverskridende element at stønaden på arbeidsavklaringspenger er en trygd til erstatning for inntekt og som har sitt grunnlag i As arbeidsforhold.
- (52) Påtalemyndigheten mener at heller ikke EØS-avtalens artikkel 36 har anvendelse med den begrunnelse at A ved å ta opphold i Italia er tjenestemottaker fra ulike tilbydere i Italia. En slik gjennomslagskraft har ikke artikkel 36 i lys av EØS-avtalens struktur som skiller mellom bevegelsesfriheten som gis til forskjellige kategorier av markedsaktører. For at det skal foreligge en passiv rett for tjenestemottakere til fri bevegelighet etter EØS-avtalens artikkel 36 forutsettes at utenlandsreisens formål var å motta bestemte tjenesteytelser, noe som ikke var tilfelle i As situasjon.
- (53) Påtalemyndigheten anfører videre at direktiv 2004/38 artikkel 4 og 6 ikke gir det nødvendige grunnlag for A til å ha rettskrav på trygden under opphold i Italia i strid med folketrygdloven § 11-3 og NAVs forvaltningspraksis. EØS-avtalen inneholder ingen bestemmelse som tilsvarer artikkel 21 TFEU, og EFTA-domstolen har sagt at borgerskapsdirektivet ikke kan introdusere rettigheter i EØS-avtalen basert på borgerskapsbegrepet, jfr. E-26/13 *Gunnarsson*, avsnitt 80. Dette understøttes av felleserklæringen fra avtalepartene i forbindelse med EØS-komiteéns beslutning nr. 158/2007.
- (54) Endelig anfører påtalemyndigheten at det i alle fall for perioden før 2012 må være klart at NAV kunne stille vilkår om at A i forkant av utenlandsoppholdene benyttet seg av den søknadsordningen som forelå. Det vises her til at selv forordning 1408/71 artikkel 22 forutsetter en søknadsordning for de tilfeller som denne artikkelen regulerer. Søknadsordningen er begrunnet i et legitimt behov for kontroll med trygdemottakere, og må anses som både egnet og nødvendig (ikke uforholdsmessig inngripende) for å oppnå dette formålet. Det er på det rene at A ikke søkte om å få beholde trygden under reise og opphold i Italia. Tvert om gav han uriktige opplysninger ved svar på spørsmålene i meldekortene til NAV slik at trygden ble utbetalt han under uriktige forutsetninger. A kan under disse omstendighetene ikke i ettertid gjøre krav på å få beholde trygden når det må legges til grunn at søknadsordningen var EØS-konform.

### 6.1.2 Rettstilstanden etter 1. juni 2012

- (55) Etter påtalemyndighetens syn skjedde det endringer ved ikrafttredelsen av forordning 883/2004 artiklene 2 og 21 som utvidet stønadsmottakers rettigheter, og som la tilsvarende begrensninger på norsk forvaltning. For det første ble det personelle virkeområdet utvidet ved ny forordning artikkel 2 og ikke lenger begrenset til arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende, jf. EØS-avtalen artikkel 28 og 31. For det andre utvidet forordning 883/2004 artikkel 21 trygdestatens forpliktelser til å betale arbeidsavklaringspenger også når stønadsmottaker hadde midlertidige opphold i annen EØS-stat.
- (56) Påtalemyndigheten mener at arbeidsavklaringspenger må klassifiseres som «sickness benefits» i henhold til forordning 883/2004 artikkel 3 (1) (a). Ytelsen gis etter lovbestemte kriterier, og har som sitt formål å kompensere for bortfall av inntekt på grunn av sykdom. Ettersom arbeidsavklaringspenger er kontantytelser, betyr dette at artikkel 21 har anvendelse.
- (57) Påtalemyndigheten mener at NAV kunne stille vilkår overfor A om tilstedeværelse i Norge for å beholde trygden slik som aktivitetsplikter og fremmøte for samtale med saksbehandler, men at det ville være i strid med tolkningen av forordning 883/2004 artikkel 21, sammenholdt med den alminnelige regel i forordningens artikkel 2 om fri bevegelighet av personer, fra NAVs side å nekte arbeidsavklaringspenger utelukkende fordi A oppholdt seg i Italia.
- (58) Påtalemyndigheten mener at det av hensyn til behov for kontroll ikke er i strid med forordning 883/2004 at norsk forvaltning har en søknadsordning der trygdemottaker har opphold i en annen EØS-stat, i alle fall når oppholdene er langvarige. Samtidig antar påtalemyndigheten at søknadsordningen må være EØS-konform, og da slik at søknader behandles på grunnlag av en korrekt praktisering av EØS-retten. Påtalemyndigheten må anta at NAVs praksis for å tillate eksport av stønaden på grunnlag av søknad, var generelt sett for restriktiv og uten at det ble tatt hensyn til EØS-retten. Det er på det rene at A ikke søkte om å beholde arbeidsavklaringspenger under de opphold han hadde i Italia etter 1. juni 2012, men det er likevel usikkert om dette har betydning.

## 6.2 Forsvarerens anførsler

- (59) A anfører at EØS-retten innebærer at NAV ikke kunne nekte ham å eksportere arbeidsavklaringspenger til Italia. At han oppholdt seg i Italia og unnlot å oppgi dette, innebærer dermed ikke at han skaffet seg en «uberettiget vinning», jf. ovenfor i punkt 2.2 om dagjeldende straffelov (1902) § 270 nr. 2. A kan derfor ikke straffes for bedrageri.

### 6.2.1 Rettstilstanden før og etter 1. juni 2012

- (60) A anfører at arbeidsavklaringspenger er en kontantytelse under sykdom, og som av den grunn reguleres av forordning 883/2004 og tidligere 1408/71. Subsidiært har Norge uansett bundet seg til å inkludere arbeidsavklaringspenger i erklæringer til Kommisjonen.

## 6.2.2 Rettstilstanden før 1. juni 2012

### *Forordning 1408/71*

- (61) A anfører at forordning 1408/71 artikkel 22, eventuelt artikkel 19, omfatter også kortere opphold som i foreliggende sak. Forordning 1408/71 er derfor til hinder for at arbeidsavklaringspenger nektes eller reduseres utelukkende med den begrunnelse at A oppholdt seg i Italia.

### *EØS-avtalen artikkel 36*

- (62) A anfører at EØS-avtalen artikkel 36 er til hinder for at arbeidsavklaringspenger nektes eller reduseres for en person som ikke er økonomisk aktiv, utelukkende med den begrunnelse at vedkommende oppholder seg i en annen EØS-stat. Artikkel 36 gir ikke bare en rett til å yte tjenester i en annen EØS-stat, men også en rett til å motta tjenester hvor i EØS-området man måtte ønske. Sak C-186/87 *Cowan* er tatt til inntekt for at det må foreligge et formål om å motta tjenesteytelser for at tjenestereglene skal komme til anvendelse ved reise til et annen EØS-stat. Det skal imidlertid ikke mye til for at et slikt formål skal anses å foreligge. A anfører at å reise til Italia som turist innebærer et formål om å motta tjenesteytelser. Hvis det knyttes betingelser til 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 andre avskjæres tjenesteytere i andre EØS-stater fra det markedet personer som mottar arbeidsavklaringspenger utgjør. Disse personenes etterspørsel allokeres i stedet til nasjonale tjenesteytere. For det tredje vil et oppholdskrav hindre selvstendig næringsdrivende som har restarbeidsevne i å utnytte denne i andre land enn trygdestaten. Slike betingelser må tilfredsstille de krav EØS-retten stiller. Derfor har det også før 1. juni 2012 – helt siden 1. januar 1994 – vært i strid med EØS-retten å nekte arbeidsavklaringspenger til personer som ikke er økonomisk aktive, utelukkende med den begrunnelse at de oppholder seg i en annen EØS-stat.

### *EØS-avtalen artikkel 28*

- (63) A anfører at det er uavklart om EØS-avtalen artikkel 28 kommer til anvendelse i den foreliggende saken. Det som er uavklart er om det er tilstrekkelig som grenseoverskridende element at arbeidsavklaringspenger er en trygd til erstatning for inntekt og som har sitt grunnlag i As arbeidsforhold.

### *Direktiv 38/2004 artikkel 4 og 6*

- (64) A anfører at 38/2004 artikkel 4 og 6 er til hinder for at arbeidsavklaringspenger nektes eller reduseres for en person som ikke er økonomisk aktiv, utelukkende med den begrunnelse at vedkommende oppholder seg i en annen EØS-stat. Det anføres at dette direktivet fra og med innlemmelsen i norsk rett i 2007 gir grunnlag for en alminnelig rett til fri bevegelighet for personer i EØS-området uavhengig av økonomisk aktivitet, på samme måte som i EU. Hensynet til materiell homogenitet mellom EØS-rett og EU-rett taler for en slik forståelse.

### *Adgangen til å knytte vilkår, herunder forhåndsgodkjennelse, til mottak av arbeidsavklaringspenger ved opphold i andre EØS-stater for personer som ikke er økonomisk aktive.*

- (65) Når det gjelder spørsmålet om det før 1. juni 2012 var adgang til å knytte vilkår, herunder krav om forhåndsgodkjennelse, til mottak av arbeidsavklaringspenger ved opphold i andre

EØS-stater for personer som ikke var økonomisk aktive, anfører A prinsipielt at slike vilkår som folketrygdloven oppstiller, ikke er forenlige med forordning 1408/71 artikkel 22, EØS-avtalen artikkel 36, EØS-avtalen artikkel 28, og/eller direktiv 38/2004 artikkel 4 og 6. Subsidiært, for det tilfelle at slike vilkår som folketrygdloven oppstiller er forenlige med EØS-avtalen artikkel 36, EØS-avtalen artikkel 28, og/eller direktiv 38/2004 artikkel 4 og 6, kan likevel ikke en person som har unnlatt å søke om forhåndsgodkjenning, og som unnlot å oppgi dette, bli pålagt å tilbakeføre ytelsen som ulovlig ervervet etter nasjonal rett eller bli ilagt strafferettslige sanksjoner.

### 6.2.3 Rettstilstanden etter 1. juni 2012

- (66) A anfører at forordning 883/2004 artikkel 21 er til hinder for at arbeidsavklaringspenger nektes eller reduseres utelukkende med den begrunnelse at mottakeren befinner seg (bosted og opphold) i en annen EØS-stat. Dette gjelder både økonomisk aktive personer og personer som ikke er økonomisk aktive.
- (67) A anfører at forordning 883/2004 artikkel 21 ikke gir hjemmel til å knytte vilkår, herunder krav om forhåndsgodkjenning, for mottak av arbeidsavklaringspenger ved opphold i andre EØS-stater. Tvert imot er dette i strid med ordlyden i og formålet med 883/2004 artikkel 21, og bestemmelsen er således positivt til hinder for slike vilkår. Det er på den bakgrunn ikke rom for en vurdering av om slike vilkår er forenlige med øvrig relevant EØS-rett, herunder EØS-avtalen artikkel 36 og 38/2004 artikkel 4 og 6. Subsidiært anføres at slike vilkår som folketrygdloven oppstiller ikke er forenlige med EØS-avtalen artikkel 36, EØS-avtalen artikkel 28, og/eller direktiv 38/2004 artikkel 4 og 6. Atter subsidiært, for det tilfelle at slike vilkår som folketrygdloven oppstiller er forenlige med EØS-avtalen artikkel 36, EØS-avtalen artikkel 28, og/eller direktiv 38/2004 artikkel 4 og 6, kan likevel ikke en person som har unnlatt å søke om forhåndsgodkjenning, og som har unnlatt å opplyse om oppholdssted, bli pålagt å tilbakeføre ytelsen som ulovlig ervervet etter nasjonal rett eller bli ilagt strafferettslige sanksjoner. Uansett anførslene ovenfor, har manglende søknad og tillatelse i forkant ikke den virkning at As rettskrav på trygden etter Trygdeforordningen artikkel 21 faller bort. Det vises til at NAV har omgjort sitt vedtak for perioden etter juni 2012 og tilbakebetalt trygden, og at domfellelsen i straffesaken utelukkende bygger på at A unnlot å opplyse i meldekortene til NAV hvor han befant seg, samt at bestemmelsen om forhåndsgodkjenning etter søknad kom inn i folketrygdloven § 11-3 tredje ledd ved lovendring først i 16. juni 2017.

## 7. SPØRSMÅL

### 7.1 Spørsmål om rettstilstanden før 1. juni 2012

Spørsmål 1: Skal begrepet «sickness benefits», jf. artikkel 4(1)(a) i forordning 1408/71, tolkes slik at det omfatter en ytelse som arbeidsavklaringspenger?

Spørsmål 2: Skal artikkel 22 i forordning 1408/71, eventuelt artikkel 19, tolkes slik at den kun gir rett til å motta kontantytelser ved bosetting (*residence*) i en annen EØS-stat enn den kompetente stat, eller omfattes også kortere *opphold* som i foreliggende sak?

Spørsmål 3: Dersom også kortere opphold som i foreliggende sak omfattes, skal artikkel 22 i forordning 1408/71 og dens henvisning til tillatelse fra den kompetente institusjon, eventuelt artikkel 19, fortolkes slik at den kompetente stat kan gjøre retten til å medta

arbeidsavklaringspenger betinget av at vedkommende har søkt om og fått tillatelse til å oppholde seg i en annen EØS-stat?

Spørsmål 4: Dersom forordning 1408/71 ikke ga rett til å medta arbeidsavklaringspenger under opphold i en annen EØS-stat, eventuelt ikke uten tillatelse fra den kompetente institusjon i henhold til nasjonale regler, må det også vurderes om de nasjonale reglene faller inn under andre EØS-reglers anvendelsesområde?

Spørsmål 5: Kommer EØS-avtalen artikkel 28 eller 36 til anvendelse i en situasjon hvor en borger av en EØS-stat har kortere fritidsopphold i en annen EØS-stat?

Spørsmål 6: Hvis svaret er ja, utgjør det en restriksjon av bevegelsesfriheten etter EØS-avtalen artikkel 28 eller artikkel 36 at nasjonal lov fastsetter følgende vilkår:

- (i) At ytelsen bare kan gis i en begrenset periode, som i henhold til administrative rundskriv vanligvis ikke kan overskride fire uker per år, og
- (ii) at utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføring av fastsatte aktivitetsplikter, og ikke hindrer den kompetente institusjonens oppfølging og kontroll, og
- (iii) at vedkommende må søke og få tillatelse fra den kompetente institusjon (og kontroll av oppfylt søknadsplikt ved meldekort)?

Spørsmål 7: Dersom vilkår (i) utgjør en restriksjon, kan vilkåret rettferdiggjøres som en generalisert ivaretagelse av hensynene som ligger bak vilkår (ii), dvs. sikre gjennomføring av fastsatte aktivitetsplikter samt oppfølging og kontroll?

Spørsmål 8: Hvis vilkår (i) ikke kan rettferdiggjøres og vilkår (ii) og (iii) utgjør en restriksjon, kan vilkår (ii) og (iii) rettferdiggjøres ut fra samme hensyn?

Spørsmål 9: Hvis vilkår (ii) og (iii) kan rettferdiggjøres, er det forenlig med EØS-avtalen artikkel 28 og 36 at en person som har unnlatt å søke og få tillatelse til å medta ytelser til en annen EØS-stat, og som gir den kompetente institusjon uriktige opplysninger om oppholdssted, kan bli pålagt å tilbakeføre ytelsen som derved er ulovlig ervervet etter nasjonal rett?

Spørsmål 10: Hvis ja, er det forenlig med EØS-avtalen artikkel 28 og artikkel 36 at vedkommende kan bli ilagt strafferettslige sanksjoner for å ha forledet den kompetente institusjon til uriktige utbetalinger ved å gi uriktige opplysninger?

Spørsmål 11: Hvis svaret på spørsmål 5 er nei, kommer direktiv 2004/38 artikkel 4 eller 6 til anvendelse i en situasjon hvor en borger av en EØS-stat har kortere fritidsopphold i en annen EØS-stat? I den utstrekning artikkel 6 skulle komme til anvendelse, pålegger denne bestemmelsen hjemstaten forpliktelser? Hvis artikkel 4 eller 6 kommer til anvendelse og kan påberopes overfor hjemstaten, stilles tilsvarende spørsmål som spørsmål 6 til 10 i den utstrekning de passer.

## 7.2 Spørsmål om rettstilstanden etter 1. juni 2012

Spørsmål 12: Skal begrepet «sickness benefits», jf. artikkel 3(1)(a) i forordning 883/2004, tolkes slik at det omfatter en ytelse som arbeidsavklaringspenger?

Spørsmål 13: Skal begrepet «staying» i forordning 883/2004 artikkel 21(1), som defineres som «temporary residence» i artikkel 1(k), tolkes slik at det omfatter ethvert kortvarig opphold i annen EØS-stat som ikke utgjør bosettelse, inklusive opphold som i foreliggende sak?

Spørsmål 14: Hvis ja, skal forordning 883/2004 artikkel 21 tolkes slik at den kun omfatter situasjoner hvor den medisinske diagnosen er stilt under oppholdet i den andre EØS-staten, eller også situasjoner – som i foreliggende sak – hvor diagnosen er anerkjent av den kompetente institusjon før utreise?

Spørsmål 15: Hvis artikkel 21 kommer til anvendelse i en situasjon som i foreliggende sak, skal bestemmelsen, herunder betingelsen om «in accordance with the legislation it applies», tolkes slik at den kompetente EØS-staten kan opprettholde følgende vilkår:

- (i) At ytelsen bare kan gis i en begrenset periode, som i henhold til administrative rundskriv vanligvis ikke kan overskride fire uker per år, og
- (ii) Utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføring av fastsatte aktivitetsplikter, og ikke hindrer den kompetente institusjonens oppfølging og kontroll, og
- (iii) At vedkommende må søke og få tillatelse fra den kompetente institusjon (og kontroll av oppfylt søknadsplikt ved meldekort)?

Spørsmål 16: Dersom artikkel 21 er til hinder for vilkår (i), men ikke (ii) og (iii), faller (ii) og (iii) inn under anvendelsesområdet av andre EØS-regler, jf. spørsmål 4 følgende?

Oslo, 30. juni 2020

Hilde Indreberg  
dommer