



E-13/20-16

RETTSMØTERAPPORT

i sak E-13/20

ANMODNING til Domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Trygderetten i en sak mellom

O

og

Arbeids- og velferdsdirektoratet

om tolkningen av artiklene 28, 31 og 36 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger og europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium.

I Innledning

1. Ved brev 9. september 2020, registrert ved Domstolen 10. september 2020, fremsatte Trygderetten en anmodning om rådgivende uttalelse i saken den har til behandling mellom O og Arbeids- og velferdsdirektoratet.

2. Saken for Trygderetten gjelder spørsmålet om Arbeids- og velferdsdirektoratet både kan kreve at O tilbakebetaler dagpengene som ble utbetalt mens han oppholdt seg i Tyskland, og kreve tilleggsrente, med den begrunnelse at han ikke oppfylte vilkåret om opphold i Norge, som er fastsatt i lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd («folketrygdloven») § 4-2. Ved vedtak i NAV Klageinstans ble O ilagt sanksjoner fordi han grovt uaktsomt hadde unnlatt å opplyse om hans opphold utenfor Norge.

3. Ifølge den anmodende domstol reiser saken spørsmål om et krav om opphold i Norge for å motta dagpenger er forenlig med EØS-retten.

II Rettslig bakgrunn

EØS-rett

4. Artikkel 28 nr. 1 og 2 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») lyder:

1. Fri bevegelse for arbeidstagere skal gjennomføres mellom EFs medlemsstater og EFTA-statene.

2. Den frie bevegelse innebærer at all forskjellsbehandling av arbeidstagere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene på grunnlag av statsborgerskap skal avskaffes når det gjelder sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår.

5. EØS-avtalen artikkel 31 nr. 1 lyder:

1. I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.

Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, særlig selskaper som definert i artikkel 34 annet ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere, med forbehold for bestemmelsene i kapitlet om kapital.

6. EØS-avtalen artikkel 36 nr. 1 lyder:

1. Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.

7. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EØF) 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 (EUT 2004 L 158, s. 77), rettet ved EUT 2004 L

229, s. 35, EUT 2005 L 30, s. 27, og EUT 2005 L 197, s. 34, («direktivet») ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 av 7. desember 2007 (EUT 2008 L 124, s. 20, og EØS-tillegg 2008 nr. 26, s. 17), og er vist til i vedlegg V nr. 1 og vedlegg VIII nr. 3.

8. Artikkel 1 i beslutning nr. 158/2007 lyder:

I avtalens vedlegg VII gjøres følgende endringer:

«[...]

Direktivets bestemmelser skal for avtalens formål gjelde med følgende tilpasninger:

a) Direktivet får anvendelse der det er aktuelt på de områder som omfattes av dette vedlegg.

b) Direktivet får anvendelse for avtalepartenes statsborgere. Deres familiemedlemmer i direktivets betydning som er tredjelandsborgere, tilkommer imidlertid visse rettigheter i medhold av direktivet.

c) Betegnelsen «unionsborger(e)» erstattes med betegnelsen «statsborger(e) i EF-medlemsstatene og EFTA-statene».

9. Direktivet artikkel 4 nr. 1, som har overskriften «Rett til utreise», lyder:

1. Uten at det berører de bestemmelser om reisedokumenter som gjelder ved nasjonale grensekontroller, skal alle unionsborgere med gyldig identitetskort eller pass samt deres familiemedlemmer som ikke er borgere i en medlemsstat og har gyldig pass, ha rett til å forlate en medlemsstats territorium for å reise til en annen medlemsstat.

10. Direktivet artikkel 6, som har overskriften «Oppholdsrett i inntil tre måneder», lyder:

1. Unionsborgere skal ha rett til å oppholde seg på territoriet til en annen medlemsstat i et tidsrom på inntil tre måneder uten andre vilkår eller formaliteter enn kravet om å ha et gyldig identitetskort eller pass.

2. Bestemmelsene i nr. 1 får også anvendelse på familiemedlemmer med gyldig pass som ikke er borgere i en medlemsstat, og som kommer sammen med eller slutter seg til unionsborgeren.

11. Direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav b, som har overskriften «Oppholdsrett i over tre måneder», lyder:

1. *Alle unionsborgere skal ha rett til å oppholde seg på territoriet til en annen medlemsstat i et tidsrom på over tre måneder dersom vedkommende*

[...]

b) har tilstrekkelige midler til seg selv og sine familiemedlemmer slik at de ikke blir en byrde for vertsstatens sosialhjelpssystem under oppholdet, samt har en sykeforsikring med full dekning i vertsstaten,

[...]

12. Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger (EUT 2004 L 166, s. 1, rettet ved EUT 2005 L 200, s. 1 («forordningen»)), ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 76/2011 av 1. juli 2011 (EUT 2011 L 262, s. 33, og EØS-tillegg 2011 nr. 54, s. 46), som trådte i kraft 1. juni 2012 og er vist til i EØS-avtalen vedlegg VI nr. 1.

13. Forordningen artikkel 1, som har overskriften «Definisjoner», lyder i utdrag:

I denne forordning menes med:

[...]

j) «bosted» stedet der en person til vanlig er bosatt,

k) «opphold» midlertidig bosted,

[...]

14. Forordningen artikkel 3, som har overskriften «Områder som omfattes», lyder i utdrag:

1. Denne forordning får anvendelse på all lovgivning om følgende deler av trygdesystemet:

[...]

h) ytelser ved arbeidsløshet,

[...]

15. Forordningen artikkel 5 bokstav b, som har overskriften «Likebehandling med hensyn til ytelser, inntekter, faktiske forhold eller hendelser», lyder:

Med mindre det er bestemt noe annet i denne forordning, og på bakgrunn av de særlige gjennomføringsbestemmelser som er fastsatt, får følgende anvendelse:

[...]

b) når visse faktiske forhold eller hendelser gir rettsvirkninger etter den kompetente medlemsstats lovgivning, skal denne medlemsstat ta hensyn til tilsvarende faktiske forhold eller hendelser som inntreffer i en annen medlemsstat, som om de hadde funnet sted på dens eget territorium.

16. Forordningen artikkel 7, som har overskriften «Opphevelse av bostedskrav», lyder:

Med mindre det er fastsatt noe annet i denne lovgivning, skal kontantytelser som utbetales etter en eller flere medlemsstaters lovgivning eller etter denne forordning, ikke reduseres, endres, midlertidig stanses, bortfalle eller beslaglegges som følge av at mottakeren eller medlemmer av hans/hennes familie er bosatt i en annen medlemsstat enn medlemsstaten der institusjonen som har ansvar for å gi ytelsene, ligger.

17. Forordningen artikkel 63, som har overskriften «Særlige bestemmelser om opphevelse av bostedskrav», lyder:

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

18. Forordningen artikkel 64, som har overskriften «Arbeidsløse som reiser til en annen medlemsstat», lyder:

1. En helt arbeidsløs person som oppfyller den kompetente medlemsstats vilkår for rett til ytelser, og som reiser til en annen medlemsstat for å søke arbeid der, skal beholde sin rett til kontantytelse ved arbeidsløshet på følgende vilkår og med følgende begrensninger:

a) før avreisen må den arbeidsløse ha vært registrert som arbeidssøker og ha vært til rådighet for arbeidsformidlingen i den kompetente medlemsstat i minst fire uker etter at han/hun ble arbeidsløs. Den kompetente

arbeidsformidling eller den kompetente institusjon kan likevel gi samtykke til at han/hun reiser før utløpet av denne fristen,

b) den arbeidsløse skal registrere seg som arbeidssøker ved arbeidsformidlingen i medlemsstaten han/hun har reist til, omfattes av kontrollordningen som gjelder der, og overholde vilkårene i den medlemsstatens lovgivning. Dette vilkåret skal anses oppfylt i tiden fram til den berørte personen registrerer seg, dersom registreringen skjer innen sju dager fra den dag han/hun ikke lenger er til rådighet for arbeidsformidlingen i medlemsstaten han/hun har forlatt. I unntakstilfeller kan den kompetente arbeidsmidling eller den kompetente institusjon forlenge denne perioden,

c) retten til ytelser skal beholdes i tre måneder fra den dag den arbeidsløse ikke lenger er til rådighet for arbeidsformidlingen i medlemsstaten han/hun har forlatt, forutsatt at det ikke gis ytelser i lengre tid totalt enn den tid han/hun totalt har rett til ytelser etter denne medlemsstatens lovgivning. Den kompetente arbeidsformidling eller den kompetente institusjon kan forlenge perioden på tre måneder med inntil tre nye måneder,

d) ytelsene skal gis av den kompetente institusjon i samsvar med lovgivningen den anvender, og skal dekkes av den.

2. Dersom den berørte personen reiser tilbake til den kompetente medlemsstat i løpet av tidsrommet han/hun har rett til ytelser etter nr. 1 bokstav c), skal han/hun fortsatt ha rett til ytelser etter denne medlemsstatens lovgivning. Han/hun skal tape all rett til ytelser etter den kompetente medlemsstatens lovgivning dersom han/hun ikke reiser tilbake dit i løpet av dette tidsrommet, med mindre den lovgivningen har gunstigere bestemmelser. Den kompetente arbeidsformidling eller den kompetente institusjon kan i unntakstilfeller tillate at den berørte personen reiser tilbake på et senere tidspunkt uten tap av rettigheter.

3. Med mindre den kompetente medlemsstats lovgivning har gunstigere bestemmelser, skal tidsrommet mellom to ansettelsesperioder med opprettholdelse av rett til ytelser etter nr. 1, være høyst tre måneder totalt. Den kompetente

arbeidsformidling eller den kompetente institusjon kan forlenge dette perioden med inntil tre nye måneder.

4. Bestemmelser om utveksling av opplysninger, samarbeid og gjensidig bistand mellom institusjoner og tjenester i den kompetente medlemsstat og medlemsstaten personen reiser til for å søke arbeid, skal fastsettes i gjennomføringsforordningen.

19. Forordningen artikkel 65, som har overskriften «Arbeidsløse som har vært bosatt i en annen medlemsstat enn den kompetente stat», lyder:

1. En person som er delvis eller periodevis arbeidsløs, og som da han/hun sist utførte lønnet arbeid eller drev selvstendig virksomhet, var bosatt i en annen medlemsstat enn den kompetente medlemsstat, skal stille seg til rådighet for sin arbeidsgiver eller for arbeidsformidlingen i den kompetente medlemsstat. Han/hun skal motta ytelser i samsvar med den kompetente medlemsstats lovgivning som om han/hun var bosatt i den medlemsstaten. Disse ytelsene skal gis av institusjonen i den kompetente medlemsstat.

2. En person som er helt arbeidsløs, og som da han/hun sist utførte lønnet arbeid eller drev selvstendig virksomhet, var bosatt i en annen medlemsstat enn den kompetente medlemsstat, og som fortsatt er bosatt i den medlemsstaten eller reiser tilbake til den medlemsstaten, skal stille seg til rådighet for arbeidsformidlingen i bostedsstaten. Uten at det berører artikkel 64 kan en helt arbeidsløs person i tillegg stille seg til rådighet for arbeidsformidlingen i medlemsstaten der han/hun sist utførte lønnet arbeid eller drev selvstendig virksomhet.

En arbeidsløs person som ikke er grensarbeider, og som ikke reiser tilbake til sin bostedsstat, skal stille seg til rådighet for arbeidsformidlingen i den medlemsstat hvis lovgivning han/hun sist var undergitt.

3. Den arbeidsløse personen som er nevnt i nr. 2 første punktum, skal registrere seg som arbeidssøker ved den kompetente arbeidsformidling i bostedsstaten, omfattes av kontrollordningen som gjelder der, og overholde vilkårene i den medlemsstatens lovgivning. Dersom han/hun også velger å registrere seg som arbeidssøker i medlemsstaten der han/hun sist utførte lønnet arbeid eller drev selvstendig virksomhet, skal han/hun oppfylle forpliktelsene som gjelder i den medlemsstaten.

4. Gjennomføringen av nr. 2 annet punktum og nr. 3 annet punktum, samt bestemmelser om utveksling av opplysninger, samarbeid og gjensidig bistand mellom institusjoner og tjenester i bostedsstaten og medlemsstaten der han/hun sist var yrkesaktiv, skal fastsettes i gjennomføringsforordningen.

5. a) Den arbeidsløse personen som nevnt i nr. 2 første og annet punktum, skal motta ytelser i samsvar med bostedsstatens lovgivning som om han/hun var undergitt den lovgivningen da han/hun sist utførte lønnet arbeid eller drev selvstendig virksomhet. Disse ytelsene skal gis av institusjonen på bostedet.

b) En arbeidstaker som ikke er grensearbeider, og som har fått utbetalt ytelser av den kompetente institusjon i den medlemsstat hvis lovgivning han/hun sist var undergitt, skal imidlertid først motta ytelser i samsvar med artikkel 64 når han/hun reiser tilbake til bostedsstaten, ettersom mottak av ytelser i samsvar med bokstav a) stanses midlertidig i det tidsrom han/hun mottar ytelser etter lovgivningen han/hun sist var undergitt.

6. Ytelser som gis av institusjonen på bostedet i henhold til nr. 5, skal fortsatt dekkes av den. Den kompetente institusjon i den medlemsstat hvis lovgivning han/hun sist var undergitt, skal imidlertid gi institusjonen på bostedet full refusjon for ytelser sistnevnte institusjon har gitt i løpet av de tre første månedene, med forbehold for nr. 7. Beløpet som refunderes i dette tidsrommet, kan ikke være høyere enn beløpet som skal utbetales ved arbeidsløshet etter den kompetente medlemsstats lovgivning. I tilfellet nevnt i nr. 5 bokstav b) skal tidsrommet da det gis ytelser etter artikkel 64, trekkes fra tidsrommet nevnt i dette nummer annet punktum. Bestemmelser om refusjon skal fastsettes i gjennomføringsforordningen

7. Tidsrommet for refusjon som er nevnt i nr. 6, skal imidlertid forlenges til 5 måneder når den berørte personen i løpet av de foregående 24 måneder har tilbakelagt tid med lønnet arbeid eller tid med selvstendig virksomhet av minst 12 måneders varighet i den medlemsstat hvis lovgivning han/hun sist var undergitt, dersom disse tidsrom ville gitt rett til ytelser ved arbeidsløshet.

8. Ved anvendelse av nr. 6 og 7 kan to eller flere medlemsstater eller deres kompetente myndigheter fastsette andre refusjonsmåter eller gi avkall på all refusjon mellom institusjoner som er underlagt deres myndighet.

20. Artikkel 65a i forordningen slik den ble endret ved europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 465/2012 av 22. mai 2012, som har overskriften «Særlige bestemmelser for helt arbeidsløse grensearbeidere som er selvstendig næringsdrivende, når bostedsstaten ikke har en ordning for ytelser ved arbeidsløshet for selvstendig næringsdrivende», lyder:

1. Som unntak fra artikkel 65 skal en helt arbeidsløs person som er grensearbeider og nylig har tilbakelagt trygdetid som selvstendig næringsdrivende eller tid med selvstendig virksomhet som er anerkjent for det formål å gi ytelser ved arbeidsløshet i en annen medlemsstat enn hans/hennes bostedsstat, og hvis bostedsstat har gitt melding om at det ikke er noen mulighet for at noen kategori av selvstendig næringsdrivende kan omfattes av en ordning for ytelser ved arbeidsløshet i den

medlemsstaten, registrere seg ved og stille seg til rådighet for arbeidsformidlingen i medlemsstaten der han/hun sist drev selvstendig virksomhet og, når han/hun søker om ytelser, fortsette å overholde vilkårene i sistnevnte medlemsstats lovgivning. Den helt arbeidsløse kan i tillegg stille seg til rådighet for arbeidsformidlingen i bostedsstaten.

2. Ytelser til den helt arbeidsløse som er nevnt i nr. 1, skal gis av den medlemsstat hvis lovgivning han/hun sist var undergitt, i samsvar med lovgivningen som den medlemsstaten anvender.

3. Dersom den helt arbeidsløse som er nevnt i nr. 1, ikke ønsker å stille seg til rådighet eller fortsatt være til rådighet for arbeidsformidlingen i medlemsstaten der han/hun sist drev selvstendig virksomhet, etter å ha blitt registrert der, og ønsker å søke arbeid i bostedsstaten, skal artikkel 64 gjelde tilsvarende, med unntak av artikkel 64 nr. 1 bokstav a). Den kompetente institusjon kan forlenge tidsrommet som er nevnt i artikkel 64 nr. 1 bokstav c) første punktum, inntil det tidspunkt retten til ytelser bortfaller.

Nasjonal rett og praksis

21. Folketrygdloven § 4-2, med overskriften «Opphold i Norge», lyder:

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

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

22. Folketrygdloven § 4-3 fastsetter at formålet med dagpenger er å gi delvis dekning for tapt arbeidsinntekt ved arbeidsløshet. Det er en rekke kumulative vilkår for å motta ytelsen. Vedkommende må ha tapt arbeidsinntekt som arbeidstaker på grunn av arbeidsløshet, og vanlig arbeidstid må være redusert med minst 50 prosent.

23. Folketrygdloven § 4-5 første ledd, med overskriften «Reelle arbeidssøkere», lyder:

For å ha rett til dagpenger må medlemmet være reell arbeidssøker. Som reell arbeidssøker regnes den som er arbeidsfør, og er villig til

a) å ta ethvert arbeid som er lønnet etter tariff eller sedvane,

b) å ta arbeid hvor som helst i Norge,

c) å ta arbeid uavhengig av om det er på heltid eller deltid,

d) å delta på arbeidsmarkedstiltak.

24. Folketrygdloven § 4-8, som har overskriften «Meldeplikt og møteplikt», lyder:

For å ha rett til dagpenger må medlemmet melde seg som arbeidssøker til Arbeids- og velferdsetaten.

Medlemmet må melde seg hver fjortende dag (meldeperioden). Arbeids- og velferdsetaten bestemmer hvordan melding skal skje.

Arbeids- og velferdsetaten kan bestemme at medlemmet skal møte utenom de fastsatte meldingsdagene.

Dersom medlemmet uten rimelig grunn unnlater å melde seg på fastsatt dag, faller retten til dagpenger bort fra og med den dag medlemmet skulle ha meldt seg og inntil han eller hun melder seg på nytt.

25. Folketrygdloven § 4-20 første ledd, som har overskriften «Tidsbegrenset bortfall av dagpenger», lyder:

Retten til dagpenger faller bort i et begrenset tidsrom dersom medlemmet uten rimelig grunn nekter

a) å motta tilbud om arbeid som er lønnet etter tariff eller sedvane,

b) å motta tilbud om arbeid hvor som helst i Norge,

c) å motta tilbud om arbeid uavhengig av om det er på heltid eller deltid,

d) å delta på arbeidsmarkedstiltak,

e) å møte til konferanse med Arbeids- og velferdsetaten etter innkalling, eller unnlater å møte etter innkalling til slik konferanse.

26. Folketrygdloven § 4-21 fastsetter at retten til dagpenger faller bort fra det tidspunkt medlemmet ikke lenger oppfyller vilkåret om å være en reell arbeidssøker.

27. Folketrygdloven § 22-15 første og fjerde ledd lyder:

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

[...]

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

feilutbetalte beløpet. Når den som kravet retter seg mot har opptrådt forsettlig, skal krav alltid fremmes, og beløpet kan ikke settes ned.

28. Folketrygdloven § 22-17 a første ledd lyder:

Ved tilbakekreving etter § 22-15 første og andre ledd på grunnlag av forsett eller grov uaktsomhet hos den som kravet retter seg mot, beregnes et rentetillegg på 10 prosent av det beløp som kreves tilbake.

29. Forskrift 16. september 1998 nr. 890 om dagpenger under arbeidsløshet («dagpengeforskriften») § 1-3 fastsetter at en person som mottar dagpenger under etablering av egen virksomhet, kan søke om unntak fra kravet om opphold i Norge dersom utenlandsoppholdet er en integrert del av etableringsprosessen.

30. Dagpengeforskriften § 1-4 lyder:

Et medlem som er på jobbintervju i et annet EØS-land kan etter søknad unntas fra kravet i folketrygdloven § 4-2 om opphold i Norge i inntil tre dager.

31. Dagpengeforskriften § 1-5 lyder:

Et medlem som har mottatt dagpenger i mer enn 52 uker, kan oppholde seg utenfor Norge i forbindelse med feriefravær i medhold av folketrygdloven § 4-5 fjerde ledd.

32. Dagpengeforskriften § 4-1, som har overskriften «Aktiv arbeidssøking», lyder:

Et medlem som mottar dagpenger skal drive aktiv arbeidssøking eller annen aktivitet for å komme i arbeid, for at medlemmet skal kunne anses som reell arbeidssøker i henhold til folketrygdloven § 4-5 første ledd.

Arbeids- og velferdsetaten og medlemmet avtaler hvilke konkrete aktiviteter medlemmet skal gjennomføre. Dersom enighet om aktivitet ikke oppnås eller når det ellers anses hensiktsmessig, kan Arbeids- og velferdsetaten pålegge medlemmet å gjennomføre nærmere angitt aktivitet.

Arbeids- og velferdsetaten kan kreve at medlemmet dokumenterer gjennomført aktivitet.

33. Dagpengeforskriften § 13-4 første ledd lyder:

Unntatt fra kravet i folketrygdloven § 4-2 om opphold i Norge, er medlemmer som
a. har benyttet adgangen til eksport av dagpenger, jf. § 13-9,
b. er delvis eller periodevis arbeidsløse og under sitt siste arbeidsforhold var grensearbeider,

c. er delvis eller periodevis arbeidsløse og under sitt siste arbeidsforhold har vært bosatt i annet EØS-land eller Sveits, og ikke anses som grensearbeider, dersom han eller hun i sitt siste arbeidsforhold arbeidet sammenhengende flere dager ut over en uke for deretter å ha fri flere dager i strekk (i en regelmessig tilbakevendende turnus- eller rotasjonsordning), og reiste hjem til bosettingslandet i friperiodene.

34. **Dagpengeforskriften § 13-9 lyder:**

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

Kravet om å være reell arbeidssøker må ha vært oppfylt i minst fire av de siste tolv ukene før avreise. Det kan gjøres unntak fra fireukerskravet i tilfeller der den arbeidsløse skal følge ektefelle eller samboer til et annet EØS-land der denne har tatt arbeid.

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

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

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

III Faktum og saksgang

35. I sin anmodning beskriver Trygderetten de faktiske forhold i saken som følger. O er norsk statsborger. Han bodde og jobbet i Norge frem til november 2012, da han ble arbeidsledig og registrerte seg som arbeidssøker. Han mottok dagpenger fra desember 2012 til oktober 2014. Dagpenger er en kontantytelse ved arbeidsløshet.

36. Fra januar 2013 var O registrert med en adresse hos hans familie i Norge. I januar 2016 registrerte han flytting til Tyskland.

37. Mens han mottok dagpenger, oppholdt han seg i flere perioder i en leilighet han disponerte i Tyskland. Partene er enige om at dette gjelder følgende perioder: 05.12.2012–11.12.2012, 05.01.2013–29.01.2013, 31.01.2013–18.02.2013, 28.02.2013–25.03.2013, 17.04.2013–21.05.2013, 18.07.2013–24.07.2013, 09.08.2013–20.11.2013, 05.12.2013–18.12.2013, 28.12.2013–05.02.2014, 17.02.2014–18.03.2014, 28.03.2014–14.04.2014, 24.04.2014–05.05.2014, 13.05.2014–21.05.2014 og 30.05.2014–26.10.2014. O informerte ikke Arbeids- og velferdsetaten («NAV») om oppholdene i Tyskland.

38. For øvrig oppholdt O seg i Norge.

39. O opplyser at oppholdene i Tyskland var av midlertidig karakter. Han hadde familie og sosialt nettverk i Norge og ønsket seg tilbake i fast jobb i Norge så snart som mulig. Det er omstridt om, og i så fall i hvilken utstrekning, O søkte på jobber i Norge.

40. O har et enkeltmannsforetak som ble registrert i Enhetsregisteret i 2004. Det var ingen virksomhet i foretaket før han ble arbeidsledig. Det var virksomhet i foretaket i ukene 46/2013, 06/2014, 08/2014, 34/2014, 36/2014 og 42/2014. Totalt jobbet han 172,5 timer, som han løpende informerte NAV om. 157,5 timer av arbeidet ble utført mens han oppholdt seg i Tyskland, mens resten av arbeidet ble utført i Norge. Foretaket leverte tjenester utelukkende til norske oppdragsgivere. O ble ansett for å være skattepliktig til Norge, fordi virksomheten ikke ble drevet gjennom et fast driftssted i Tyskland. O opplyser at han ikke hadde til hensikt å drive selvstendig næringsvirksomhet fra Tyskland over en lengre periode.

41. Oppholdene i Tyskland ble avdekket da NAV gjennomførte en kontroll av om O oppfylte vilkårene for å motta dagpenger. Den 28. august 2015 traff NAV vedtak om å kreve tilbake dagpengene som var utbetalt i perioden fra desember 2012 til oktober 2014. O klaget på vedtaket.

42. NAV Klageinstans behandlet klagen 8. juni 2016. Klageinstansen la til grunn at O var bosatt i Norge og underlagt norsk lovgivning etter reglene i forordning (EF) nr. 883/2004 i hele perioden saken gjelder. NAV Klageinstans kom til at O ikke hadde rett til å beholde dagpengene under oppholdene i Tyskland, fordi han ikke oppfylte vilkåret om opphold i Norge i folketrygdloven § 4-2. Tilbakebetalingskravet ble redusert til det beløpet O fikk utbetalt i de periodene han oppholdt seg i Tyskland. O ble ilagt en sanksjon i form av et rentetillegg på 10 prosent fordi han grovt uaktsomt hadde unnlatt å opplyse om utenlandsoppholdene.

43. O anket over vedtaket 1. mars 2018. I kjennelse 25. mars 2019 kom Trygderetten til at anken skulle realitetsbehandles til tross for at ankefristen var oversittet. Saken ble sendt til NAV for ankeforberedelse før den igjen ble oversendt Trygderetten.

44. O ble senere straffedømt for å ha unnlatt å opplyse om utenlandsoppholdet i meldingene til NAV.

45. På denne bakgrunn har Trygderetten besluttet å utsette saken og forelegge EFTA-domstolen følgende spørsmål:

1. Er det forenlig med bestemmelsene i forordning (EF) nr. 883/2004, herunder artikkel 5(b), at det i tilfeller hvor verken artikkel 64, 65 eller 65a kommer til anvendelse, stilles som vilkår for rett til en kontantytelse ved arbeidsløshet at den arbeidsløse må oppholde seg i den kompetente stat?
2. Kommer EØS-avtalen artikkel 36 til anvendelse ved midlertidige opphold i en annen EØS-stat som beskrevet i denne saken?
3. Utgjør et vilkår som nevnt i spørsmål 1 en restriksjon av bevegelsesfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31 eller 36?
4. Hvis ja, kan restriksjonen rettferdiggjøres på grunnlag av at
 - opphold i den kompetente stat gir den arbeidsløse bedre incentiv og mulighet til å søke og finne en jobb?
 - opphold i den kompetente stat sikrer at den arbeidsløse er tilgjengelig for arbeidsformidlingen, slik at denne (arbeidsformidlingen) kan kontrollere om den arbeidsløse oppfyller vilkårene for arbeidsløshetsytelsen?
 - opphold i den kompetente stat gir arbeidsformidlingen bedre muligheter til å vurdere om den arbeidsløse får egnet oppfølging?
 - oppholds krav sikrer den sosiale trygdeordningens økonomiske likevekt?
5. Hvis vilkåret kan rettferdiggjøres, er det forenlig med EØS-avtalen artikkel 31 og 36 at en person som har oppholdt seg i en annen EØS-stat enn den kompetente stat uten å oppfylle en plikt til å opplyse den kompetente institusjonen om oppholdet, kan bli pålagt å tilbakeføre ytelsen som derved er ulovlig ervervet etter nasjonal rett? Er det i så fall forenlig med EØS-avtalen artikkel 31 og 36 at vedkommende ilegges et rentetillegg på 10 prosent?
6. Hvis svaret på spørsmål 3 er nei, kommer direktiv 2004/38/EF artikkel 4, 6 eller 7 til anvendelse i en situasjon hvor en arbeidsløs person oppholder seg midlertidig i en annen EØS-stat? Hvis artikkel 4, 6 eller 7 kommer til anvendelse og kan påberopes overfor hjemstaten, stilles tilsvarende spørsmål som spørsmål 3 til 5 så langt de passer.

IV Skriftlige innlegg

46. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 97 i rettergangsordningen er skriftlige innlegg inngitt av:

- O, representert ved advokatene Hanne Krogenæs og Helge Hjort,
- Arbeids- og velferdsdirektoratet, representert ved Simen Hammersvik og Torje Sunde, som partsrepresentanter,
- Nederlands regjering, representert ved Mielle Bulterman og Joost Hoogveld, som partsrepresentanter,
- EFTAs overvåkingsorgan («ESA»), representert ved Erlend Møinichen Leonhardsen, Ewa Gromnicka, Catherine Howdle og Carsten Zatschler, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Denis Martin og Bernd-Roland Killmann, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter.

V Fremsatte forslag til svar

O

47. O anmoder EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

Spørsmål 1:

Forordning 883/2004, herunder artikkel 5 bokstav b, må tolkes slik at den utelukker et krav om opphold i Norge for å kunne motta en ytelse slik som den arbeidsløshetsytelse som saken for den nasjonale domstol gjelder.

Spørsmål 2:

EØS-avtalen artikkel 36 får anvendelse i saken som står for den nasjonale domstol.

Spørsmål 3:

EØS-avtalen artiklene 28, 31 og 36 må tolkes slik at et krav om opphold i Norge som pålegges mottakere av ytelser ved arbeidsløshet, utgjør en restriksjon på bevegelsesfriheten.

Spørsmål 4:

Restriksjonen kan ikke begrunnes i noen av de anførte hensyn.

Spørsmål 5:

Selv om et krav om opphold i Norge ikke kan utelukkes, utgjør tilbakebetalingsbestemmelsen og rentebestemmelsen restriksjoner på EØS-avtalen artiklene 28, 31 og 36 og direktiv 2004/38 artiklene 4, 6 og 7 som ikke kan rettfærdiggjøres. Kravet om opphold i Norge, tilbakebetalingsbestemmelsen og rentebestemmelsen er i strid med grunnleggende EØS-prinsipper, som rettssikkerhet, fri bevegelse, vern av personopplysninger og prinsippet om ne bis in idem.

Spørsmål 6:

Direktiv 2004/38 artiklene 4, 6 og 7 må tolkes slik at et krav om opphold i Norge som pålegges mottakere av ytelse ved arbeidsløshet, utgjør en restriksjon på bevegelsesfriheten som ikke er begrunnet.

Arbeids- og velferdsdirektoratet

48. Arbeids- og velferdsdirektoratet anmoder EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

Spørsmål 1:

Forordning (EF) nr. 883/2004, herunder artikkel 5 bokstav b, utelukker ikke en nasjonal bestemmelse som, stiller som vilkår for ytelse ved arbeidsløshet at den arbeidsløse er til stede i den kompetente stat, i tilfelle hvor verken artikkel 64, 65 eller 65a gjelder

Spørsmål 2 og 3:

EØS-avtalen artikkel 36 er ikke til hinder for en nasjonal bestemmelse som i tilfelle hvor verken artikkel 64, 65 eller 65a kommer til anvendelse, stiller som vilkår for ytelse ved arbeidsløshet at den arbeidsløse oppholder seg i den kompetente stat.

Spørsmål 4:

EØS-avtalen artikkel 31 er ikke til hinder for et krav om tilstedeværelse i den kompetente stat for å kunne ha rett til ytelse ved arbeidsløshet, slik som gjelder i hovedsaken, i tilfelle der kravene i forordning (EF) nr. 883/2004 artiklene 64–64a ikke er oppfylt.

Spørsmål 5:

EØS-avtalen artikkel 36 er ikke til hinder for en håndhevingsbestemmelse, slik som den som gjelder i hovedsaken, som medfører at EØS-staten kan kreve

tilbakebetaling av ulovlig mottatte ytelser ved arbeidsløshet. EØS-avtalen artikkel 36 er ikke til hinder for en håndhevingsbestemmelse, slik som den som gjelder i hovedsaken, der et rentetillegg på 10 prosent ilegges i tilfelle der den arbeidsløse forsettlig eller grovt uaktsomt har unnlatt å oppfylle kravene for å få ytelser ved arbeidsløshet.

Spørsmål 6:

Direktiv 2004/38/EF artiklene 4, 6 og 7 får ikke anvendelse på en nasjonal bestemmelse som i tilfelle hvor verken artikkel 64, 65 eller 65a kommer til anvendelse, stiller som vilkår for ytelser ved arbeidsløshet at den arbeidsløse er til stede i den kompetente stat, og som medfører krav om tilbakebetaling fra den arbeidsløse fordi han har oppholdt seg midlertidig i en annen EØS-stat uten å ha oppfylt vilkåret.

Nederlands regjering

49. Nederlands regjering anmoder EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

Spørsmål 1:

Det er forenlig med bestemmelsene i forordning 883/2004, herunder artikkel 5 bokstav b, at det stilles krav om bosted for rett til ytelser ved arbeidsløshet i tilfelle hvor verken artikkel 64, 65 eller 65a gjelder

Spørsmål 2:

EØS-avtalen artikkel 36 får ikke anvendelse på midlertidige opphold i en annen EØS-stat som beskrevet i den foreliggende sak.

Spørsmål 3 og 4:

EØS-avtalen artiklene 31 og 36 må tolkes slik at de ikke utelukker at medlemsstatene kan stille bostedskrav for rett til ytelser ved arbeidsløshet i tilfelle hvor verken artikkel 64, 65 eller 65a i forordning 883/2004 gjelder.

Spørsmål 5:

I samsvar med prinsippene om ekvivalens og effektivitet kan en EØS-stat pålegge en person å tilbakebetale en ytelse som er ulovlig ervervet etter nasjonal rett, og ilegge vedkommende et rentetillegg på 10 prosent.

Spørsmål 6:

Direktiv 2004/38 artiklene 4, 6 og 7 er ikke til hinder for et krav om opphold for å ha rett til ytelser ved arbeidsløshet i tilfelle der verken artikkel 64, 65 eller 65a i forordning 883/2004 kommer til anvendelse.

ESA

50. ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

Spørsmål 1:

Forordning 883/2004 artikkel 63, lest i lys av artikkel 7 i samme forordning, må tolkes slik at dersom den nasjonale domstol skulle komme til den konklusjon at vedkommende faktisk skiftet bosted, har den kompetente stat rett til å trekke en arbeidsløshetsytelse tilbake etter forordning 883/2004 artikkel 63, med mindre en av de konkrete situasjoner nevnt i artiklene 64, 65 og 65a skulle oppstå, noe som det er opp til den nasjonale domstol å vurdere.

Spørsmål 2:

En situasjon slik som den hovedsaken gjelder, faller inn under virkeområdet for adgangen til å yte tjenester, og et krav om å oppholde seg i den kompetente stat utgjør en restriksjon på denne adgang.

Spørsmål 3:

En restriksjon på adgangen for mottakere av ytelser ved arbeidsløshet til å oppholde seg i en annen EØS-stat kan være begrunnet så lenge den anvendes på en måte som ikke medfører forskjellsbehandling, i den utstrekning den er nødvendig og forholdsmessig for å sikre at vedkommende fortsatt er tilgjengelig for arbeidsmarkedet, og at det er mulig å gjennomføre forsvarlig kontroll. Det er opp til den nasjonale domstol å vurdere i hvilken utstrekning dette er tilfelle.

Spørsmål 4:

I den utstrekning den nasjonale lovgivning saken gjelder skulle bli funnet å være begrunnet med henvisning til de grunnleggende friheter, tilføyer ikke prinsippet om likebehandling av faktiske forhold som er nedfelt i forordning 883/2004 artikkel 5 bokstav b, noe til den rettslige vurdering siden det ved vurdering av forholdsmessigheten ved de restriksjoner saken gjelder, uansett må undersøkes om målene med lovgivningen saken gjelder, kan oppnås like godt i en annen EØS-stat.

Spørsmål 5:

Tilbakebetaling av for mye utbetalte beløp og en tilleggsrente på 10 prosent synes ikke å være så uforholdsmessig at det utgjør hindringer for utøvelsen av de grunnleggende friheter. Dette må gjennomføres i samsvar med rettssikkerhetsprinsippet, som det ligger til den nasjonale domstol å kontrollere.

Spørsmål 6:

Analysen etter direktiv 2004/38 artiklene 4 og 6 gir samme konklusjon som analysen etter EØS-avtalen artikkel 36.

Kommisjonen

51. Kommisjonen anmoder EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

Spørsmål 1:

Forordning 883/2004 artikkel må tolkes slik at den kompetente stat ikke har plikt til å eksportere ytelser ved arbeidsløshet i et tilfelle der mottakeren av ytelsen ikke faller inn under en av situasjonene som uttrykkelig omfattes av forordning 883/2004 artikkel 64, 65 eller 65a.

Spørsmål 2 til 5:

Fraværet av en rett til å eksportere ytelser ved arbeidsløshet annet enn i situasjonene uttrykkelig nevnt i forordning 883/2004 artikkel 64, 65 eller 65a, utgjør ikke en hindring for bevegelsesfriheten som er sikret i EØS-avtalen artiklene 31 og 36.

Páll Hreinsson
Saksforberedende
dommer