



EFTA-DOMSTOLENS DOM

20. mars 2013*

(Forordning (EØF) nr. 1408/71 – Trygd for vandrearbeidere – Ytelser ved arbeidsledighet – Bosted på territoriet til en annen EØS-stat – Vilkår om faktisk opphold i siste arbeidsstat for rett til ytelser ved arbeidsledighet)

I sak E-3/12,

ANMODNING til EFTA-domstolen i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Borgarting lagmannsrett i en sak for denne domstol mellom

Den norske stat v/Arbeidsdepartementet,

og

Stig Arne Jonsson

om reglene for fri bevegelighet for arbeidstakere i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Per Christiansen, fungerende president, og Páll Hreinsson (saksforberedende dommer) og Martin Ospelt (ad hoc), dommere,

justissekretær: Gunnar Selvik,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

- den norske stat (“saksøker”), representert ved advokat Ketil Bøe Moen, Regjeringsadvokaten,
- Stig Arne Jonsson (“saksøkte”), representert ved advokat Lars Edvard Landsverk,

* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk.

- EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Xavier Lewis, Director, og Maria Moustakali, Temporary Officer, Department of Legal and Executive Affairs,
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Julie Samnadda og Viktor Kreuschitz, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste,

med henvisning til rettsmøterapporten

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra saksøkeren, representert ved Ketil Bøe Moen, saksøkte, representert ved Lars Edvard Landsverk, ESA, representert ved Maria Moustakali og Xavier Lewis, og Kommisjonen, representert ved Julie Samnadda og Viktor Kreuschitz, i rettsmøte 11. januar 2013,

slik

Dom

I Innledning

- 1 Stig Arne Jonsson er svensk statsborger og bosatt i Sverige. Siden 1983 har han ofte arbeidet i Norge, der han også hadde sitt siste arbeid, i et norsk selskap på Svalbard, før han ble arbeidsledig i november 2008. I sitt siste arbeidsforhold oppholdt Jonsson seg i Norge i arbeidsperiodene, mens han i friperiodene normalt reiste hjem til Sverige. Etter at han ble arbeidsledig, reiste han hjem til Sverige og er for tiden bosatt der.
- 2 Etter ansettelsesforholdets slutt fremmet Jonsson krav om dagpenger i Norge som helt arbeidsledig. Søknaden ble avslått. Saken for den nasjonale domstol gjelder lovligheten av dette avslag.

II Rettslig bakgrunn

EØS-rett

- 3 Første ledd i protokoll 40 til EØS-avtalen om Svalbard lyder:

Ved ratifikasjon av denne avtale skal Kongedømmet Norge ha rett til å unnta Svalbards territorium fra anvendelsen av denne avtale.

- 4 Dette er en rett Norge har benyttet seg av.
- 5 I punkt 1 i vedlegg VI til EØS-avtalen vises det til rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 av 14. juni 1971 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familier som flytter innenfor Fellesskapet (EFT, engelsk spesialutgave 1971 (II), s. 416) (“forordning nr. 1408/71” eller “forordningen”). Med mindre annet er angitt, siteres følgende bestemmelser i gjeldende ordlyd – med

forbehold for protokoll 1 til EØS-avtalen og tilpasningene i vedlegg VI – på det tidspunkt da de faktiske forhold i saken fant sted.

- 6 Artikkel 1 bokstav b) i forordningen, som etter EØS-avtalen gjaldt i den aktuelle periode, fastsetter:

“grensearbeider” [betyr] en arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som utfører inntektsgivende arbeid på en medlemsstats territorium og er bosatt på territoriet til en annen medlemsstat som han som regel reiser tilbake til daglig eller minst en gang i uken; en grensearbeider som av foretaket han vanligvis er tilknyttet, utsendes til den samme medlemsstats eller til en annen medlemsstats territorium, eller som utfører tjenester på samme medlemsstats eller en annen medlemsstats territorium, skal likevel fortsatt anses som grensearbeider i et tidsrom som ikke må overstige fire måneder, selv om vedkommende i dette tidsrommet ikke kan reise tilbake til sitt bosted daglig eller minst en gang i uken,

- 7 Artikkel 1 bokstav h) i forordningen lyder:

“bosted” [betyr] vanlig oppholdssted,

- 8 Artikkel 13 nr. 2 bokstav a) i forordningen lyder:

en arbeidstaker som er ansatt på en medlemsstats territorium, skal omfattes av denne statens lovgivning selv om vedkommende er bosatt på en annen medlemsstats territorium, eller foretaket eller arbeidsgiveren der vedkommende er ansatt, har sitt forretningskontor eller sin bopel på en annen medlemsstats territorium,

- 9 Artikkel 71 nr. 1 i forordningen lyder:

Arbeidsløse arbeidstakere som under sitt siste arbeid var bosatt på territoriet til en annen medlemsstat enn den kompetente stat, skal motta ytelser etter følgende bestemmelser:

- a) i) *grensearbeidere som er delvis eller periodevis arbeidsløse i det foretaket der de er ansatt, skal motta ytelser i henhold til bestemmelsene i den kompetente stats lovgivning som om de var bosatt på denne statens territorium; ytelsene skal utbetales av den kompetente institusjon,*
- ii) *grensearbeidere som er helt arbeidsløse, skal motta ytelser i henhold til bestemmelsene i lovgivningen i den medlemsstat på hvis territorium de er bosatt, som om de under sitt siste arbeid hadde vært omfattet av denne lovgivningen; ytelsene skal utbetales av institusjonen på bostedet for dens egen regning,*
- b) i) *arbeidstakere unntatt grensearbeidere som er delvis, periodevis eller helt arbeidsløse, og som fortsatt er til rådighet for*

arbeidsgiver eller for arbeidsformidlingen på den kompetente stats territorium, skal motta ytelser i henhold til bestemmelsene i denne statens lovgivning som om de var bosatt på dens territorium; ytelsene skal utbetales av den kompetente institusjon,

- ii) arbeidstakere unntatt grensearbeidere som er helt arbeidsløse, og som stiller seg til rådighet for arbeidsformidlingen i den medlemsstat på hvis territorium de er bosatt, eller som reiser tilbake til denne statens territorium, skal motta ytelser i henhold til bestemmelsene i denne statens lovgivning som om de sist hadde utført arbeid der; ytelsene skal utbetales av institusjonen på bostedet for dens egen regning. Dersom arbeidstakeren allerede har oppnådd rett til ytelser for den kompetente institusjons regning i den medlemsstat hvis lovgivning vedkommende sist var omfattet av, skal vedkommende likevel motta ytelser i samsvar med bestemmelsene i artikkel 69. Rett til ytelser i henhold til lovgivningen i den stat på hvis territorium den arbeidsløse er bosatt, skal suspenderes for det tidsrom vedkommende i henhold til artikkel 69 kan gjøre krav på ytelser etter lovgivningen vedkommende sist var omfattet av.*

- 10 Forordning nr. 1408/71 er ledsaget av en gjennomføringsforordning, rådsforordning (EØF) nr. 574/72 av 21. mars 1972 om regler for gjennomføring av forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet (EFT, engelsk spesialutgave 1972 (I), s. 159) ("forordning nr. 574/72"). Det vises til forordning nr. 574/72 i nr. 2 i vedlegg VI til EØS-avtalen. Med mindre annet er angitt, siteres følgende bestemmelser i gjeldende ordlyd – med forbehold for protokoll 1 til EØS-avtalen og tilpasningene i vedlegg VI – på det tidspunkt da de faktiske forhold i saken fant sted.
- 11 Artikkel 84 i forordning nr. 574/72 lyder:

1. I tilfellene omhandlet i forordningens artikkel 71 nr. 1 bokstav a) ii) og bokstav b) ii) første punktum, skal institusjonen på bostedet anses som den kompetente institusjon ved anvendelse av bestemmelsene i gjennomføringsforordningens artikkel 80.

2. For at bestemmelsene i forordningens artikkel 71 nr. 1 bokstav b) ii) skal kunne påberopes, skal en arbeidsløs arbeidstaker i tillegg til bekreftelsen omhandlet i gjennomføringsforordningens artikkel 80, fremlegge for institusjonen på bostedet en bekreftelse fra institusjonen i den medlemsstat hvis lovgivning han sist var omfattet av, som viser at han ikke har rett til ytelser etter forordningens artikkel 69.

3. Ved anvendelse av bestemmelsene i forordningens artikkel 71 nr. 2, skal institusjonen på bostedet kunne be den kompetente institusjon om alle

opplysninger om de rettigheter den arbeidsløse arbeidstakeren har overfor sistnevnte institusjon.

- 12 Ved EØS-komiteens beslutning nr. 76/2011 av 1. juli 2011 ble forordning nr. 1408/71 erstattet med europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om samordning av trygdeordninger (EUT 2004 L 200, s. 1), som endret ved forordning (EF) nr. 988/2009 (EUT 2009 L 284, s. 43), forordning (EU) nr. 1244/2010 (EUT 2010 L 338, s. 35) og forordning (EU) nr. 465/2012 (EUT 2012 L 149, s. 4) (“forordning nr. 883/2004”). Beslutningen trådte i kraft dagen etter at EØS-komiteen hadde mottatt alle meddelelser etter avtalens artikkel 103 nr. 1. Den dagen var 1. juni 2012.

Nasjonal rett

- 13 Etter §§ 2-1 og 2-2 i folketrygdloven (lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd) er det et generelt vilkår for å ha rett til ytelser etter det norske trygdesystem at søkeren er medlem i folketrygden. Medlemskap får blant annet de som enten bor eller arbeider lovlig i Norge.
- 14 For arbeid på Svalbard er det gitt en særregel i § 2-3. Denne regel medfører at saksøkte var medlem i folketrygden som ansatt i et norsk selskap.
- 15 I tillegg er det et vilkår for å ha rett til ytelser ved arbeidsledighet at den arbeidsledige har opphold i Norge. Bestemmelsen lyder som følger:

§ 4-2. Opphold i Norge

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

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

- 16 Folketrygdloven § 4-5 første ledd og § 4-8 lyder:

§ 4-5. Reelle arbeidssøkere

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.*

§ 4-8. Meldeplikt og møteplikt

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.

...

Nordisk konvensjon om trygd

17 Artikkel 4 i Nordisk konvensjon om trygd av 18. august 2003 lyder:

Artikkel 4 Utvidet anvendelse av forordningen

Dersom ikke annet følger av denne konvensjonen, utvides anvendelsen av forordningen og gjennomføringsforordningen til alle personer som omfattes av denne konvensjon og som er bosatt i et nordisk land.

18 Som nevnt over kommer EØS-avtalen ikke til anvendelse på Svalbard. Imidlertid inneholder artikkel 4 i Nordisk konvensjon om trygd av 18. august 2003 ("konvensjonen") en egen bestemmelse som fastsetter at forordning nr. 1408/71 får anvendelse på personer som omfattes av konvensjonen og som er bosatt i et nordisk land. Ettersom saksøkte var medlem i folketrygden under sitt ansettelsesforhold på Svalbard, var han omfattet av konvensjonen. Han var også bosatt i et nordisk land. Som følge av konvensjonen får forordningen dermed anvendelse på den foreliggende sak.

III Faktum og saksgang

- 19 Den 21. januar 2009 fattet NAV EØS-forvaltning ("NAV") vedtak hvor Jonssons krav om dagpenger ble avslått med den begrunnelse at han ikke oppholdt seg i Norge og derfor ikke oppfylte vilkårene for rett til dagpenger ved arbeidsledighet, jf. artikkel 71 i forordning nr. 1408/71 og folketrygdloven § 4-2.
- 20 Jonsson påklagde vedtaket. I vedtak av 22. mai 2009 stadfestet klageinstansen avslaget på dagpenger.
- 21 Mens hans klagesak var til behandling, meldte Jonsson seg for arbeidsformidlingen i Sverige i februar 2009 og søkte om ytelser ved arbeidsledighet der.
- 22 Ved vedtak av 31. mars 2009 av Byggnadsarbetarnas arbetslöshetskassa ble Jonsson innvilget dagpenger i Sverige fra og med 2. mars 2009. Beløpet som ble utbetalt i Sverige, var lavere enn ytelsene ved arbeidsledighet fra Norge ville vært, blant annet fordi Jonsson ikke hadde vært medlem i den aktuelle arbetslöshetskassa i Sverige.
- 23 Jonsson brakte vedtaket fra klageinstansen inn for Trygderetten, som i kjennelse av 1. juni 2010 ga ham medhold. Trygderetten kom til at kravet om faktisk opphold i Norge ikke kunne komme til anvendelse i Jonssons tilfelle. Den la til grunn av kravet var uforenlig med artikkel 71 i forordningen.
- 24 I tråd med Trygderettens kjennelse mottok Jonsson dagpenger fra Norge fra 1. januar 2009 til 12. desember 2009.

- 25 Den norske stat bragte så Trygderettens kjennelse inn for Borgarting lagmannsrett, med påstand om at Trygderettens kjennelse er ugyldig. Jonsson har påstått seg frifunnet.
- 26 Etter å ha hørt partenes syn på saken, besluttet Borgarting lagmannsrett å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse om følgende spørsmål:

Når det i henhold til den nasjonale lovgivningen blant annet stilles krav om faktisk opphold i landet for å få ytelser ved arbeidsledighet, er det da forenlig med rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 art. 71 nr. 1 b) å stille vilkår om fortsatt opphold i den kompetente stat (siste arbeidsstat) for å få slike ytelser fra denne staten, også for en helt arbeidsledig person som under siste arbeid har hatt opphold her som såkalt "ukegrensearbeider"?

Har det betydning for svaret på dette spørsmålet om:

- 1. Den arbeidsledige bor i et land i nærheten av den kompetente stat (siste arbeidsstat) slik at det er praktisk mulig for vedkommende å møte ved arbeidsformidlingen i denne staten selv om vedkommende ikke har opphold her?*
 - 2. Den arbeidsledige, etter å ha reist tilbake til sin bostedsstat, melder seg som arbeidssøkende ved arbeidsformidlingen og søker om ytelser ved arbeidsløshet også i bostedsstaten?*
- 27 Det henvises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innlegg fremmet for EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for domstolens begrunnelse.

IV Spørsmålet

Innlegg inngitt til EFTA-domstolen

- 28 Det er enighet mellom partene om at Jonsson er underlagt bestemmelsene i artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen. Her fastsettes to forskjellige regler for den kategori personer som er helt arbeidsledige, som ikke er grensearbeidere, og som under siste arbeid var bosatt i en annen EØS-stat enn siste arbeidsstat (heretter også kalt "den kompetente stat").
- 29 Partene er uenige om hvordan denne artikkel skal tolkes, da særlig om den er til hinder for at nasjonal lovgivning kan sette som vilkår for at en arbeidsledig person skal få rett til dagpenger, at han oppholder seg i siste arbeidsstat.
- 30 Den norske stat gjør gjeldende at norsk rett fastsetter et generelt krav om faktisk opphold som får anvendelse på både norske borgere og borgere av andre EØS-stater. Det anføres at begrepet opphold ("stay") i folketrygdloven ikke er det samme som

begrepet bosted (“residence”) slik det er definert i artikkel 1 bokstav h) i forordningen, i den forstand at opphold viser til fysisk tilstedeværelse på norsk territorium, mens bosted viser til der en persons vanlige interessesentrum befinner seg, det vil si der han normalt bor og har sin familie.

- 31 Ifølge den norske stat innebærer dette krav at ytelser ved arbeidsledighet bare kan gis for perioder der den arbeidsledige faktisk befinner seg i Norge, uavhengig av hvor han har sitt bosted. Det gjøres gjeldende at kravet hjemlet i folketrygdloven § 4-2 er forenlig med forordningen, og at det kan anvendes på “uekte” grensearbeidere under de omstendigheter som er beskrevet i spørsmålene til EFTA-domstolen. Den norske stat er av den oppfatning at dette må gjelde uavhengig av hvor stor avstand det er mellom den kompetente stat og bostedsstaten.
- 32 Den norske stat hevder at artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i) i forordningen oppstiller vilkårene for at en arbeidsledig person som ikke er en grensearbeider, skal være underlagt lovgivningen i den kompetente stat, i dette tilfelle siste arbeidsstat. Vilråene er i) at den arbeidsledige står til rådighet for arbeidsformidlingen i denne stat, og ii) at bestemmelsene i denne stats lovgivning er oppfylt.
- 33 Når det gjelder det andre vilkår, peker den norske stat på at opphold eller tilstedeværelse i Norge er et generelt krav etter folketrygdloven § 4-2 for utbetaling av dagpenger i Norge. Dette krav gjelder for alle arbeidsledige personer og er klart en del av “[den kompetente stats] lovgivning” etter artikkel 71 i forordningen. Derfor må det også oppfylles før saksøkte har rett på ytelser fra Norge.
- 34 Den norske stat anfører også at Jonsson, ved å ha søkt om og mottatt ytelser ved arbeidsledighet i Sverige, har truffet det valg han har etter artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen, om å motta ytelser fra Sverige som sin bostedsstat, og bare derfra.
- 35 Den norske stat gjør gjeldende at en arbeidsledig person treffer dette valg ved enten å stille seg til rådighet for arbeidsformidlingen i arbeidsstaten, eller ved bare å reise tilbake til sin bostedsstat. I begge tilfeller må de relevante nasjonale bestemmelser om retten til ytelser ved arbeidsledighet følges. Den norske stat anfører at dette følger av artikkel 71 nr. 1 bokstav b) ii) i forordning nr. 1408/71, og det bekreftes ytterligere i den mer detaljerte bestemmelse i artikkel 65 i forordning nr. 883/2004, som nå har erstattet trygdeforordningen som kommer til anvendelse i den foreliggende sak.
- 36 Saksøkte, ESA og Kommisjonen bestrider den norske stats anførsel om at det er forenlig med artikkel 71 i forordningen å kreve opphold i siste arbeidsstat for helt arbeidsledige personer som har arbeidet i Norge, men som er bosatt i en annen EØS-stat. De bestrider også anførselen om at en person som reiser tilbake til bostedsstaten dermed har valgt, innenfor rammen av artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen, å underkaste seg reglene i sin bostedsstat.
- 37 Ifølge saksøkte, ESA og Kommisjonen treffer en helt arbeidsledig person det valg han har etter artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen, ved å stille seg til rådighet for arbeidsformidlingen på det territorium der ytelsene kreves. Den aktuelle bestemmelse

innebærer at den kompetente stat må skape en juridisk fiksjon om bosted og betale ytelser ved arbeidsledighet til vedkommende etter intern rett som om han var bosatt på statens territorium. Dersom vedkommende på den annen side krever ytelser i bostedsstaten, har sistnevnte plikt til å skape en juridisk fiksjon om tidligere arbeidsforhold og utbetale ytelser ved arbeidsledighet i samsvar med intern rett som om vedkommende sist hadde vært ansatt der.

- 38 Slik saksøkte ser det, er et krav om faktisk opphold i Norge som det som er fastsatt i folketrygdloven § 4-2, forbudt etter artikkel 71 i forordning nr. 1408/71. Selv om det kan kreves at saksøkte melder seg for NAV og overholder NAVs kontrollprosedyrer, er det klart at Norges kontrollkrav ikke kan strekke seg så langt som til å kreve at den arbeidsledige skifter bosted. Følgelig kan det slutes, slik saksøkte ser det, at han kan bo og oppholde seg i Sverige.
- 39 Saksøkte gjør gjeldende at for å oppnå dette må kravene i folketrygdloven tolkes i samsvar med forordningen, jf. folketrygdloven § 1-3 og forskrift om inkorporasjon av forordning nr. 1408/71 i EØS-avtalen, som fastsetter at forordningens regler har forrang fremfor folketrygdloven.
- 40 Når det gjelder vilkåret om opphold eller tilstedeværelse i Norge, anfører ESA at et slikt krav vil være enda mer bebyrdende enn et bostedskrav, som EU-domstolen allerede har funnet å være i strid med EØS-reglene. ESA gjør gjeldende at dersom kravet om fortsatt opphold var tillatt, ville valget som den helt arbeidsledige har etter artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen, være alvorlig svekket og uten praktisk betydning.
- 41 ESA anfører for det første at det ville være en restriksjon, innebære forskjellsbehandling og være uforholdsmessig å kreve at en person som søker å utnytte de muligheter som finnes på det indre marked i EØS, enten flytter sitt bosted til EØS-arbeidsstaten eller blir værende på territoriet til denne stat etter ansettelsesforholdets slutt for å ha rett til dagpenger fra denne stat. Dernest vil et krav om fortsatt opphold ikke ta hensyn til den helt arbeidslediges personlige situasjon og faktiske intensjoner.
- 42 Videre gjør ESA gjeldende at kravet om kontinuerlig fysisk tilstedeværelse på territoriet til siste arbeidsstat er et restriktivt vilkår da det ikke gjenspeiler formålet med artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i) i forordningen. Etter ESAs oppfatning tar formuleringen "fortsatt er til rådighet for sin arbeidsgiver eller for arbeidsformidlingen på den kompetente stats territorium" ikke sikte på å utelukke enhver mulighet for en helt arbeidsledig til å søke jobbmuligheter i andre EØS-stater i den perioden han mottar ytelser fra siste arbeidsstat, og utnytte de muligheter som det felles arbeidsmarked byr på.
- 43 Kommisjonen anfører at i betraktning av de grunnleggende friheter fastsatt ved EØS-retten, vil et krav om at en person som faller inn under artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen hele tiden skal være til stede på territoriet til nevnte EØS-stat, verken være berettiget eller forholdsmessig. Et slikt krav ville gå lenger enn det som er nødvendig for å sikre at arbeidssøkende overholder sine forpliktelser og ville i praksis

hindre vedkommende fra å reise regelmessig tilbake til sin bostedsstat. Etter Kommisjonens syn har den norske stat ikke lagt frem noen begrunnelse for å kreve at Jonsson skal være kontinuerlig til stede i Norge for å overholde de forpliktelser som hviler på arbeidssøkende, og det tilsyn som er på plass der.

- 44 Til den nasjonale domstols første underspørsmål gjør ESA og Kommisjonen gjeldende at verken bosted eller faktisk avstand mellom de berørte stater bør ha betydning for om den arbeidsledige har krav på dagpenger, så lenge vedkommende overholder lovens vilkår for å få ytelser ved arbeidsledighet i den kompetente stat.
- 45 Når det gjelder den nasjonale domstols annet underspørsmål, understreker både saksøkte, ESA og Kommisjonen at Jonsson først søkte om og fikk dagpenger i bostedsstaten etter å ha fått avslag på dagpenger i Norge med den begrunnelse at han ikke var bosatt der. Saksøkte og Kommisjonen bestrider den norske stats argumenter og anfører at det ikke kan antas at Jonsson, da han søkte om dagpenger i bostedsstaten etter å ha fått avslag i den kompetente stat, foretok et valg etter artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen. Etter deres oppfatning var dette et nødvendig skritt for å få midler til livsopphold. Derfor kan ikke denne søknad anses som en søknad om ytelser ved arbeidsledighet etter artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen.
- 46 Ifølge Kommisjonen hadde Jonsson rett til å kreve dagpenger i Norge da han stilte seg til rådighet for arbeidsformidlingen der. Dette er en rett som er hjemlet i EØS-retten, og den faller ikke bort når en søknad om dagpenger urettmessig blir avslått av den kompetente EØS-stat, det vil si siste arbeidsstat. Kommisjonen mener at dersom en arbeidstaker fremmer krav om dagpenger i bostedsstaten etter å ha fått avslag på søknad om dagpenger i den kompetente EØS-stat med grunnlag i et krav som er i strid med EØS-retten, ville det klart være i strid med prinsippet om en effektiv virkning for reglene om trygdesamordning å hindre nevnte arbeidstaker i å utøve sin rett etter artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen.
- 47 Videre avviser Kommisjonen den norske stats argument om at en helt arbeidsledig person som ikke er en grensearbeider, og som melder seg for arbeidsformidlingen i sin bostedsstat, ikke lenger kan kreve dagpenger etter lovgivningen i den kompetente stat. Kommisjonen anfører at ingen andre bestemmelser i forordningen fastsetter vilkår som begrenser anvendelsen av artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i) i forordningen. Den norske stats tolkning ville også være i strid med bestemmelsens formål, nemlig å optimere arbeidstakerens muligheter til å finne nytt arbeid. Slik Kommisjonen ser det, ville ikke dette mål kunne nås dersom vedkommende var fratatt sin rett til ytelser etter lovgivningen i en stat fordi han først hadde valgt å søke om ytelser i en annen stat.
- 48 Kommisjonen understreker imidlertid at en arbeidstaker verken kan motta dagpenger fra begge stater samtidig eller, dersom han bare står til rådighet for arbeidsformidlingen på territoriet til bostedsstaten, kreve dagpenger fra siste arbeidsstat. I denne sammenheng gjør Kommisjonen gjeldende at rett til dagpenger ved arbeidsledighet forutsetter at den arbeidsledige står til rådighet for arbeidsformidlingen der han er registrert.

49 ESA og Kommisjonen gjør gjeldende at etter artikkel 71 nr. 1 bokstav b) ii) i forordningen skal ytelser som en helt arbeidsledig person mottar etter lovgivningen i bostedsstaten, suspenderes dersom han har fått rett til ytelser fra den kompetente institusjon i den EØS-stat hvis lovgivning han sist var underlagt. Etter ESAs og Kommisjonens oppfatning bekrefter denne bestemmelse at en person kan beholde sin rett til ytelser ved arbeidsledighet i den kompetente stat selv om han har mottatt ytelser etter lovgivningen i bostedsstaten. De peker på at ytelser ved arbeidsledighet fra den kompetente stat får forrang ettersom ytelsene etter lovgivningen i bostedsstaten blir suspendert. Dette gjenspeiler prinsippet om at den kompetente stat for arbeidsledige arbeidstakere er deres siste arbeidsstat, og at artikkel 71 i forordningen tillater unntak fra dette prinsipp bare i den utstrekning den arbeidsledige krever ytelser ved arbeidsledighet i bostedsstaten.

Rettens bemerkninger

50 Ved sitt spørsmål søker den nasjonale domstol i hovedsak å bringe på det rene om et krav etter nasjonal lovgivning om “fortsatt opphold”, slik den anmodende domstol har ordlagt seg, eller “faktisk opphold”, som den norske stat kaller det, dvs. faktisk tilstedeværelse i staten for en arbeidstaker som er underlagt ordningen i artikkel 71 nr. 1 bokstav b) for å få ytelser ved arbeidsledighet, er forenlig med artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordning nr. 1408/71.

51 Den nasjonale domstol spør videre om det har betydning for svaret på dette spørsmål om den arbeidsledige bor i et land i nærheten av siste arbeidsstat, selv om vedkommende ikke har opphold der, og om det har betydning at den arbeidsledige, etter å ha reist tilbake til sin bostedsstat, melder seg som arbeidssøkende ved arbeidsformidlingen i bostedsstaten og også søker om ytelser ved arbeidsledighet der.

52 I saken for den nasjonale domstol bestrides det ikke at Jonsson hadde sitt siste arbeidsforhold i Norge før han ble arbeidsledig, og at han under sitt siste arbeidsforhold var bosatt i Sverige. Følgelig faller han inn under virkeområdet for artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen. Videre er det enighet mellom partene i saken om at forordningen får anvendelse på saksøktes tilfelle.

53 Ifølge fortalen ble forordningen vedtatt for å fremme fri bevegelighet for arbeidstakere, som fastsatt i EØS-avtalen artikkel 28. Den innfører et system for samordning av trygdellovgivningen og er ment å sikre likebehandling under de ulike lovgivninger. Det overordnede mål er å hindre at vandrearbeidere blir forhindret fra å utøve den rett til fri bevegelighet de har etter EØS-avtalen.

54 For dette formål gir forordningen i avdeling II et fullstendig og ensartet sett med lovvalgsregler. Reglene er ment å forhindre at mer enn én trygdeordning kommer til anvendelse samtidig på personer som omfattes av forordningen, og å sikre at de ikke står uten trygderettigheter fordi det ikke er noen lovgivning som kommer til anvendelse på dem (se sak E-3/05 ESA mot Norge, Sml. 2006 s. 102, avsnitt 46).

- 55 Det følger av fast rettspraksis at forordningen samordner hvilken nasjonal rett som kommer til anvendelse, ikke at den harmoniserer EØS-statenes trygdelovgivninger (se sak E-3/04 *Tsomakas m.fl.*, Sml. 2004 s. 95, avsnitt 27). 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 (se forente saker E-11/07 og E-1/08 *Rindal og Slinning*, Sml. 2008 s. 322, avsnitt 43, og for sammenligning, sak C-385/99 *Müller-Fauré og van Riet*, Sml. 2003 s. I-4509, avsnitt 100, og C-347/10 *Salemink*, dom av 17. januar 2012, ennå ikke i Sml., avsnitt 38 og 39).
- 56 I så måte kan forordningen sammenlignes med annen sekundærlovgivning som har som mål å samordne snarere enn å harmonisere nasjonal lovgivning, slik som europaparlaments- og rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (EFT 1997 L 18, s. 1). Artikkelen 3 nr. 1 i dette direktiv inneholder en uttømmende liste over de arbeids- og ansettelsesvilkår som den nasjonale lovgivning i vertsstaten må kreve at foretak etablert i andre EØS-stater overholder når de sender arbeidstakere til deres territorium. Direktivet harmoniserer imidlertid ikke vilkårenes materielle innhold. EØS-statene kan dermed fritt definere vilkårenes innhold, så sant man overholder EØS-avtalen, særlig friheten til å yte tjenester, og de generelle prinsipper i EØS-retten (se sak E-2/11 *STX Norway m.fl.*, dom av 23. januar 2012, ennå ikke i Sml., avsnitt 27 til 31, og E-12/10 *ESA mot Island*, Sml. 2011 s. 117, avsnitt 40 og 45, og for sammenligning, sak C-341/05 *Laval un Partneri*, Sml. 2007 s. I-11767, avsnitt 60, og C-490/04 *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 2007 s. I-6095, avsnitt 19; se også Catherine Barnard, *EU Employment Law*, fjerde utgave, Oxford 2012, s. 226 og 227).
- 57 Denne situasjon skiller seg fra situasjoner der tekniske og regulatoriske forhold er uttømmende harmonisert i sekundærlovgivningen. Et slikt eksempel er innsamlingen av spillolje, som inntil nylig var regulert i rådsdirektiv 75/439/EØF av 16. juni 1975 om håndtering av spillolje (EFT 1975 L 194, s. 23). Når et spørsmål er regulert ved harmonisering på EØS-nivå gjennom et direktiv, må ethvert nasjonalt tiltak som vedrører saken, vurderes i lys av bestemmelsene i direktivet, ikke primærretten i EØS (se sak E-9/11 *ESA mot Norge*, dom av 16. juli 2012, ennå ikke i Sml., avsnitt 72, og for sammenligning, sak C-37/92 *Vanacker*, Sml. 1993 s. I-4947, avsnitt 9).
- 58 Dersom nasjonal lovgivning i vertsstaten fastsetter restriktive arbeids- og ansettelsesvilkår som foretak etablert i andre EØS-stater må overholde når de sender arbeidstakere til deres territorium, kan slike restriksjoner være berettiget dersom de er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, herunder sosial trygghet for arbeidstakerne (se *STX m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 80). Men da det rettslige grunnlag for direktiv 96/71 er artikkel 56 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte ("TEUV"), som tilsvarende EØS-avtalen artikkel 36, innebærer dette at formålet med direktiv 96/71 primært er å verne om den frie bevegelighet for tjenester snarere enn å beskytte arbeidstakere. Friheten må likevel ikke misbrukes for åpenbart å omgå arbeidstakervernet, for eksempel ved sosial dumping, men samtidig må tiltak for å

motvirke slikt misbruk være berettigede og forholdsmessige (se sak E-15/11 *Arcade Drilling*, dom av 3. oktober 2012, ennå ikke i Sml., avsnitt 88, og for sammenligning, sak C-577/10 *Kommisjonen mot Belgia*, dom av 19. desember 2012, ennå ikke i Sml., avsnitt 45).

- 59 Selv om samordningsdirektivene på arbeidsrettens område inneholder visse forhold som må innlemmes i nasjonal rettsorden (se, for sammenligning, sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 2005 s. I-2733), kjennetegnes EØS-rettens arbeidsrettsregler også av at de gir EØS-statene og partene i arbeidslivet en viss skjønnsmargin i anvendelsen av dem. Denne skjønnsmargin kan gå lenger enn bare friheten til å bestemme formen og midlene for gjennomføringen etter EØS-avtalen artikkel 7 bokstav b). Dette gjelder særlig direktiver som innarbeider i EØS-retten rammeavtaler inngått mellom de europeiske arbeidslivsparter, herunder deres norske medlemmer, som rådsdirektiv 99/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse inngått mellom EFF, UNICE og CEEP (EFT 1999 L 175, s. 143).
- 60 For at EØS-avtalen skal virke effektivt, er det ikke desto mindre viktig at EØS-statene anvender skjønnsmarginen nevnt i avsnitt 59 i samsvar med blant annet EØS-arbeidstakeres rett til fri bevegelighet og markedsdeltageres adgang til å yte tjenester. Det er like viktig at slike spørsmål forelegges for EFTA-domstolen etter fremgangsmåten fastsatt i artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol dersom rettstilstanden er uklar (se sak E-18/11 *Irish Bank*, dom av 28. september 2012, ennå ikke i Sml., avsnittene 57 og 58). Derved unngås unødvendige feil i tolkningen og anvendelsen av EØS-retten, og man sikrer konsekvens og gjensidighet når det gjelder EØS-borgernes, herunder EFTA-borgernes, rettigheter i EU (se *Irish Bank*, som omtalt over, avsnitt 122, og E-14/11 *DB Schenker m.fl.*, dom av 21. desember 2012, ennå ikke i Sml., avsnitt 118).
- 61 For å vende tilbake til forordningen, minner EFTA-domstolen om at artikkel 13 nr. 2 bokstav a) i avdeling II i forordningen fastsetter som en generell regel at en arbeidstaker som er ansatt på en EØS-stats territorium, skal omfattes av denne stats lovgivning selv om vedkommende er bosatt på en annen EØS-stats territorium. Dette gjelder også ytelser ved arbeidsledighet. Ordningen er et utslag av forordningens formål, som er beskrevet i punkt 9 i fortalen, og som er å sikre alle arbeidstakere som er EØS-borgere, og som flytter innenfor EØS-området, likebehandling under de ulike nasjonale lovgivninger og rett til trygdeytelser uansett hvor de har sitt arbeidssted eller bosted (se sak E-3/05 *ESA mot Norge*, som omtalt over, avsnitt 47).
- 62 Artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen fastsetter imidlertid spesifikke bestemmelser for arbeidsledige som ikke er grensearbeidere, og som under sitt siste arbeidsforhold var bosatt i en annen EØS-stat enn den de var ansatt i.
- 63 Disse bestemmelser er ment å sikre at vandrearbeidere skal motta ytelser ved arbeidsledighet på de vilkår som er gunstigst for å søke nytt arbeid (se sak 227/81 *Aubin*, Sml. 1982 s. 1991, avsnitt 19, og sak C-102/91 *Knoch*, Sml. 1992 s. I-4341, avsnitt 14). Etter artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen har altså arbeidstakere som

ikke er grensearbeidere, ved full arbeidsledighet anledning til å velge mellom de ytelser som tilbys av den EØS-stat der de hadde sitt siste arbeid (se artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i)), og de ytelser som tilbys av den EØS-stat de er bosatt i (se artikkel 71 nr. 1 bokstav b) ii)). De treffer dette valg når de stiller seg til rådighet for arbeidsformidlingen enten i siste arbeidsstat eller i bostedsstaten, alt etter som (se, for sammenligning, sak 1/85 *Miethé*, Sml. 1986 s. 1837, avsnitt 9).

- 64 Den norske stat har anført at det følger av ordlyden i artikkel 71 nr. 1 bokstav b) ii) i forordningen at valget om å underkaste seg lovgivningen i bostedsstaten, og bare denne, treffes ved simpelthen å reise tilbake til denne stat. Imidlertid følger det av rettspraksis at formuleringen “som reiser tilbake til denne stats territorium” i artikkel 71 nr. 1 bokstav b) ii) ikke innebærer annet enn at begrepet bosted ikke nødvendigvis utelukker et midlertidig bosted i en annen EØS-stat (se, for sammenligning, sak 76/76 *Di Paolo*, Sml. 1977 s. 315, avsnitt 21). For å kunne være underkastet lovgivningen i bostedsstaten må den arbeidsledige følgelig stille seg til rådighet for arbeidsformidlingen i denne stat.
- 65 Artikkel 71 nr. 1 bokstav b) ii) i forordningen fastsetter at arbeidstakere unntatt grensearbeidere som er helt arbeidsledige, og som stiller seg til rådighet for arbeidsformidlingen i den medlemsstat på hvis territorium de er bosatt, eller som reiser tilbake til denne stats territorium, skal motta ytelser etter bestemmelsene i denne stats lovgivning som om de sist hadde utført arbeid der. Dette valg – som er et unntak for helt arbeidsledige personer fra hovedregelen i artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i) – muliggjør at slike personer gis de beste forutsetninger for å søke nytt arbeid i bostedsstaten. Det er rett at artikkel 71 nr. 1 bokstav b) ii) dermed gir helt arbeidsledige personer mulighet til å få dagpenger fra en EØS-stat som de under sitt seneste arbeidsforhold ikke har betalt trygdeavgift til. Men dette er en ønsket konsekvens fra lovgivers side og er ment å sikre at arbeidsledige personer gis de beste muligheter til å finne nytt arbeid (se, for sammenligning, sak C-454/93 *van Gestel*, Sml. 1995 s. I-1707, avsnittene 22 og 26).
- 66 Det eneste formål med artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen er å fastslå hvilken nasjonal lovgivning som skal få anvendelse på personer som ikke er grensearbeidere, og som har arbeidet i en EØS-stat og så blir arbeidsledige. Som nevnt i avsnitt 55 over, er ikke bestemmelsen i seg selv ment å fastsette vilkår som skaper en rett eller plikt til å bli medlem i en trygdeordning eller en bestemt del av en slik ordning. Slike vilkår skal fastsettes i lovgivningen i den enkelte EØS-stat.
- 67 Men som nevnt i avsnitt 55 over, må EØS-statene, selv om de beholder myndigheten til å fastsette vilkårene for medlemskap i sine trygdeordninger, likevel overholde EØS-retten når de utøver denne myndighet. Særlig kan vilkårene ikke ha den konsekvens at de utelukker fra den aktuelle lovgivnings virkeområde personer som etter forordningen er underlagt denne lovgivning (se for sammenligning sak C-2/89 *Kits van Heijningen*, Sml. 1990 s. I-1755, avsnitt 20, og *Salemink*, som omtalt over, avsnitt 40).
- 68 Artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i) i forordningen fastsetter uttrykkelig at en person som er delvis, periodevis eller helt arbeidsledig, og som fortsatt står til rådighet for

arbeidsformidlingen på siste arbeidsstats territorium, skal motta ytelser etter bestemmelsene i denne stats lovgivning som om han var bosatt på dens territorium. Ettersom det er en forutsetning for at denne bestemmelse skal komme til anvendelse, at den arbeidsledige er bosatt på territoriet til en annen EØS-stat enn siste arbeidsstat, kan lovgivningen i sistnevnte stat følgelig ikke ha den direkte eller indirekte konsekvens at vedkommende må være bosatt i denne stat for å kunne motta dagpenger (se, for sammenligning, sak C-308/94 *Naruschawicus*, Sml. 1996 s. I-207, avsnittene 25 og 26, og hva angår den generelle bestemmelse i artikkel 13 nr. 2 bokstav a) i forordningen, *Kits van Heijningen*, som omtalt over, avsnitt 21).

- 69 På grunnlag av opplysninger forelagt EFTA-domstolen, er det klart at vilkåret om opphold i folketrygdloven § 4-2 innebærer et krav om faktisk tilstedeværelse for å ha rett til utbetaling av dagpenger i Norge. Selv om dette vilkår ofte vil overlappe kravet om å være bosatt i landet, vil personer som er bosatt der og som drar til utlandet, heller ikke ha rett til dagpenger i perioder der de ikke er til stede på norsk territorium. Derfor vil vilkåret om opphold ikke nødvendigvis være synonymt med begrepet “bosatt” etter punkt i) i artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen eller “bosatt” etter punkt ii) i samme bestemmelse.
- 70 Ifølge rettspraksis vil en person likevel fortsatt stå til rådighet for arbeidsformidlingen på territoriet til siste arbeidsstat etter artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i) i forordningen dersom han melder seg der som arbeidssøkende og underkaster seg kompetente tjenesters kontroll i denne stat (se *Naruschawicus*, som omtalt over, avsnitt 27, og den rettspraksis som det vises til der). Artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i) må derfor sies å være til hinder for at lovgivningen i siste EØS-arbeidsstat fastsetter et krav om å være til rådighet som innebærer at en arbeidsledig person bosatt i en annen EØS-stat, må være fysisk til stede i den kompetente stat.
- 71 Den norske stat gjør gjeldende at vilkåret om faktisk opphold etter folketrygdloven § 4-2 kommer til anvendelse uten hensyn til om den arbeidsledige står “til rådighet for arbeidsformidlingen” i den kompetente stat. Vilkåret er grunnleggende og allment og må oppfylles for å kunne få dagpenger i Norge.
- 72 Imidlertid vil det være i strid med artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen om nasjonal lovgivning i siste arbeidsstat krever at arbeidsledige personer som ikke er grensarbeidere, må være faktisk til stede i denne stat for å ha rett på ytelser ved arbeidsledighet. Valget den arbeidsledige har etter artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen er ment å sikre ham de vilkår som er gunstigst for å søke nytt arbeid. Et krav om faktisk tilstedeværelse gjør at dette valg blir alvorlig svekket og uten praktisk betydning, ettersom det vil være til hinder for at vedkommende reiser tilbake til sin bostedsstat. Videre ville et slikt krav gjøre det urimelig vanskelig for den arbeidsledige å søke arbeid i en annen EØS-stat. I denne sammenheng vil et krav om faktisk tilstedeværelse for å ha rett til ytelser ved arbeidsledighet være mer byrdefullt enn et bostedskrav.
- 73 Dessuten ville forordningens overordnede mål om å bidra til størst mulig bevegelsesfrihet for vandrearbeidere ikke kunne nås dersom arbeidstakere skulle miste

trygderettigheter de er sikret etter lovgivningen i én EØS-stat som en følge av at de utøver sin rett til fri bevegelse, spesielt dersom disse rettigheter representerer en motytelse for innbetalte trygdeavgifter (se for eksempel sak 284/84 *Spruyt*, Sml. 1986 s. 685, avsnitt 18 og 19).

- 74 Endelig vil en slik lovgivning som er hovedsakens gjenstand, som gjør retten til ytelser ved arbeidsledighet betinget av faktisk tilstedeværelse, etter sin art være til spesiell ulempe for arbeidsledige personer som er bosatt utenfor Norges territorium.
- 75 Når det gjelder det første underspørsmål den nasjonale domstol har stilt, kan det etter det ovenstående ikke være av betydning for svaret på hovedspørsmålet om den arbeidsledige bor i et land i nærheten av siste arbeidsstat slik at det er praktisk mulig for vedkommende å møte ved arbeidsformidlingen i denne stat selv om vedkommende ikke har opphold der. En slik tolkning har ikke støtte i forordningens bestemmelser. Videre ville en slik tolkning kunne få en negativ og uforholdsmessig virkning på forutsigbarheten og effektiviteten i anvendelsen av samordningsreglene i forordningen.
- 76 Når det gjelder det annet underspørsmål, anfører den norske stat at saksøkte i saken for den nasjonale domstol, ved å søke om dagpenger i Sverige i februar 2009 etter at hans søknad om dagpenger i Norge ble avslått i januar 2009, i realiteten valgte å underkaste seg ordningen for ytelser ved arbeidsledighet i Sverige, som den EØS-stat han er bosatt i.
- 77 EFTA-domstolen bemerker at det fremgår av sakens dokumenter at formålet med ytelsen saken gjelder, hovedsakelig er å kompensere for inntektstap som følge av arbeidsledighet og derved gi den arbeidsledige midler til livsopphold.
- 78 Derfor kan den tolkning den norske stat har tatt til orde for, ikke legges til grunn. En slik tolkning ville i realiteten innebære at en person som etter å ha fått avslag på sin søknad om dagpenger i siste arbeidsstat og som tvinges til å søke ytelser ved arbeidsledighet i sin bostedsstat for å sikre seg midler til livsopphold, ikke vil ha noe valg med hensyn til hvor han kan søke ytelser ved arbeidsledighet.
- 79 Den norske stats tolkning ville også være i strid med formålet med artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen, som er – som EFTA-domstolen har bemerket i avsnitt 63 over – å sikre vandrearbeidere ytelser ved arbeidsledighet på de vilkår som er gunstigst for å søke nytt arbeid, og å gi arbeidstakerne mulighet til å treffe et valg i den anledning. Dette mål vil ikke kunne nås dersom vedkommende, etter å ha fått avslag på sin søknad om ytelser ved arbeidsledighet i siste arbeidsstat, var fratatt enhver rettighet til ytelser i samme stat bare fordi han senere hadde søkt om dagpenger i bostedsstaten. Faktisk kan den første søknad om dagpenger som en arbeidsledig fremmer, slik saksøkte i hovedsaken gjorde, generelt antas å utgjøre hans valg med hensyn til hvor han ønsker å motta disse ytelser etter artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i forordningen.
- 80 Etter artikkel 71 nr. 1 bokstav b) ii) i forordningen skal dessuten ytelser som en helt arbeidsledig person mottar etter lovgivningen i bostedsstaten, suspenderes dersom han

har fått rett til ytelser fra den kompetente stat (se i denne sammenheng også artikkel 69 i forordningen). Denne bestemmelse forutsetter dermed at en person kan beholde sin rett til ytelser ved arbeidsledighet i den kompetente stat selv om han har mottatt ytelser etter lovgivningen i bostedsstaten.

- 81 Det må imidlertid understrekes at en arbeidsledig person verken kan motta dagpenger fra begge stater samtidig eller, dersom han bare står til rådighet for arbeidsformidlingen på territoriet til bostedsstaten, kreve dagpenger fra siste arbeidsstat (se, for sammenligning, *Aubin*, avsnitt 19, og *van Gestel*, avsnitt 23, begge som omtalt over).
- 82 Derfor må svaret på spørsmålet fra Borgarting lagmannsrett være at artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i) i forordning nr. 1408/71 er til hinder for en bestemmelse i nasjonal lovgivning som setter faktisk tilstedeværelse i den berørte EØS-stat som vilkår for utbetaling av ytelser ved arbeidsledighet. En slik bestemmelse kan ikke anvendes overfor personene nevnt i artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i) i forordningen. Det er uten betydning for svaret på spørsmålet om den arbeidsledige bor i et land i nærheten av siste arbeidsstat. I et tilfelle som saksøkte i hovedsaken vil det videre være uten betydning for anvendelsen av artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i) om den arbeidsledige melder seg som arbeidssøkende og søker om dagpenger i bostedsstaten.

V Saksomkostninger

- 83 Omkostninger som er påløpt for ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Ettersom foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for Borgarting lagmannsrett, ligger det til lagmannsretten å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålet forelagt den av Borgarting lagmannsrett, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. Artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i) i forordning nr. 1408/71 er til hinder for en bestemmelse i nasjonal lovgivning som setter faktisk tilstedeværelse i den berørte EØS-stat som vilkår for utbetaling av ytelser ved arbeidsledighet. En slik bestemmelse kan ikke anvendes overfor personene nevnt i artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i) i forordningen.**
 - a. Det er uten betydning for svaret på spørsmålet om den arbeidsledige bor i et land i nærheten av siste arbeidsstat.**
 - b. I et tilfelle som saksøktes i hovedsaken er det videre uten betydning for anvendelsen av artikkel 71 nr. 1 bokstav b) i) om den arbeidsledige melder seg som arbeidssøkende og søker om dagpenger i bostedsstaten.**

Per Christiansen

Páll Hreinsson

Martin Ospelt

Avsagt i åpen rett i Luxembourg den 20. mars 2013.

Gunnar Selvik
Justissekretær

Per Christiansen
Fungerende president