



E-8/20-19

RETTSMØTERAPPORT

i sak E-8/20

ANMODNING til Domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol fra Norges Høyesterett i en straffesak for denne domstol mot

N

om tolkningen av Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, særlig artikkel 28 og 36, rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 av 14. juni 1971 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet, 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 av 30. juni 2020, registrert ved Domstolen 2. juli 2020, fremsatte Norges Høyesterett en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak som står for den mellom N og påtalemyndigheten.
2. Saken som står for den anmodende domstol, gjelder spørsmålet om N kan straffedømmes for grovt uaktsomt grovt bedrageri ved at han mottok arbeidsavklaringspenger i henhold til lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd («folketrygdloven») kapittel 11 uten å opplyse om flere opphold i Italia i perioden der han mottok ytelsen. For dette ble N dømt til fengsel i 75 dager ved Høyesteretts dom 15. mars 2017. Etter begjæring fra N og påtalemyndigheten besluttet Gjenopptakelseskommissjonen 19. mars 2020 at saken skulle gjenåpnes. Derfor skal Høyesterett nå behandle anken på nytt.

3. Ifølge den anmodende domstol er hovedspørsmålet i den nasjonale rettergang om et krav til opphold i Norge for å motta arbeidsavklaringspenger 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 kapittel 4.

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. Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 av 14. juni 1971 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet (OJ, English Special Edition 1971(II), s. 416) («forordning nr. 1408/71»). Forordning nr. 1408/71 ble innlemmet i vedlegg VI til EØS-avtalen da EØS-avtalen trådte i kraft.

8. Forordning nr. 1408/71 artikkel 1 har overskriften «Definisjoner» og lyder i utdrag:

I denne forordning menes med:

[...]

(h) 'bosted', vanlig oppholdssted;

(i) 'opphold', midlertidig oppholdssted;

[...]

9. Forordning nr. 1408/71 artikkel 4 nr. 1 har overskriften «Områder som omfattes» og lyder:

1. Denne forordning får anvendelse på all lovgivning om følgende trygdeområder:

(a) ytelser ved sykdom og svangerskap eller fødsel;

(b) ytelser ved uførhet, herunder ytelser som tar sikte på å bevare eller forbedre arbeidsevnen;

(c) ytelser ved alder;

(d) ytelser til etterlatte;

(e) ytelser ved yrkesskade og yrkessykdom;

(f) gravferdshjelp;

(g) ytelser ved arbeidsløshet;

(h) familieytelser.

10. Forordning nr. 1408/71 artikkel 19 nr. 1 har overskriften «Residence in a Member State other than the competent State – General rules» og lyder:

1. En arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som er bosatt på territoriet til en annen medlemsstat enn den kompetente stat, og som oppfyller vilkårene for rett til ytelser i henhold til den kompetente stats lovgivning, skal, etter at det eventuelt er tatt hensyn til bestemmelsene i artikkel 18, i staten der vedkommende er bosatt motta:

(a) naturalytelser gitt for den kompetente institusjons regning av institusjonen på bostedet i samsvar med bestemmelsene i lovgivningen den anvender, som om vedkommende var trygdet der,

(b) kontantytelser gitt av den kompetente institusjon i samsvar med bestemmelsene i lovgivningen den anvender. Etter avtale mellom den kompetente institusjon og institusjonen på bostedet, kan ytelsene likevel gis av sistnevnte institusjon for førstnevntes regning i samsvar med bestemmelsene i den kompetente stats lovgivning.

11. Forordning nr. 1408/71 artikkel 22 nr. 1 og 2 har overskriften «Opphold utenfor den kompetente stat – Tilbakekomst eller flytting til en annen medlemsstat ved sykdom eller svangerskap eller fødsel – Nødvendig reise til en annen medlemsstat for å få hensiktsmessig behandling» og lyder:

1. En arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som oppfyller vilkårene for rett til ytelser etter den kompetente stats lovgivning, etter at det eventuelt er tatt hensyn til bestemmelsene i artikkel 18 og:

(a) hvis tilstand krever øyeblikkelig ytelse under opphold på en annen medlemsstats territorium, eller

(b) som, etter å ha fått rett til ytelser som skal belastes den kompetente institusjon, får tillatelse av institusjonen til å reise tilbake til den medlemsstat på hvis territorium vedkommende er bosatt, eller til å flytte til en annen medlemsstats territorium, eller

(c) som får tillatelse av den kompetente institusjon til å reise til en annen medlemsstats territorium for der å motta hensiktsmessig behandling for sin tilstand,

skal ha rett til:

(i) naturalytelser gitt av institusjonen på oppholds- eller bostedet for den kompetente institusjons regning i samsvar med bestemmelsene i lovgivningen den anvender, som om vedkommende var trygdet der; tidsrommet det skal gis ytelser for, skal imidlertid reguleres av den kompetente stats lovgivning,

(ii) kontantytelser gitt av den kompetente institusjon i samsvar med bestemmelsene i lovgivningen den anvender. Etter avtale med den kompetente institusjon og institusjonen på oppholds- eller bostedet kan likevel ytelsene gis av sistnevnte institusjon for førstnevntes

institusjons regning i samsvar med bestemmelsene i den kompetente stats lovgivning.

2. Tillatelse som kreves i henhold til nr. 1 bokstav b), kan bare nektes dersom det blir fastslått at reisen kan forverre vedkommendes helsetilstand eller forringe den medisinske behandling.

Tillatelsen som kreves i henhold til nr. 1 bokstav c), kan ikke nektes når den aktuelle behandling er oppført blant de ytelser som er fastsatt i den medlemsstat på hvis territorium vedkommende er bosatt, og dersom det, etter at det er tatt hensyn til vedkommendes aktuelle helsetilstand og sykdommens mulige utvikling, ikke kan gis behandling innen den frist som vanligvis gjelder for å oppnå den aktuelle behandling i bostedsstaten.

12. 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, («direktiv 2004/38/EF») ble innlemmet i EØS-avtalen vedlegg V nr. 1 og vedlegg VIII nr. 3 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).

13. Direktiv 2004/38/EF artikkel 4 nr. 1 har overskriften «Rett til utreise» og 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.

14. Direktiv 2004/38/EF artikkel 6 har overskriften «Oppholdsrett i inntil tre måneder» og 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.

15. Direktiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav b, med 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, eller

[...]

16. Europaparlaments- og rådsforordning (EF) 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger (EUT 2004 L 166, s. 1, rettet ved EUT 2004 L 200, s. 1, og EUT L 204, s. 30 («forordning nr. 883/2004»)) ble innlemmet i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») i vedlegg VI nr. 1 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.

17. Forordning nr. 883/2004 artikkel 1 har overskriften «Definisjoner» og lyder i utdrag:

I denne forordning menes med:

[...]

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

k) «opphold» midlertidig bosted,

[...]

18. Forordning nr. 883/2004 artikkel 2 har overskriften «Personer som omfattes» og lyder:

1. Denne forordning får anvendelse på statsborgere i en medlemsstat, på statsløse personer og flyktninger som er bosatt i en medlemsstat og som er eller har vært undergitt en eller flere medlemsstaters lovgivning, og på deres familiemedlemmer og etterlatte.

2. Den skal også få anvendelse på etterlatte etter personer som har vært undergitt en eller flere medlemsstaters lovgivning, uansett nasjonalitet, når de etterlatte er statsborgere i en medlemsstat eller statsløse eller flyktninger bosatt i en medlemsstat.

19. Forordning nr. 883/2004 artikkel 3 har overskriften «Områder som omfattes» og lyder i utdrag:

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

a) ytelser ved sykdom,

[...]

2. Med mindre det er fastsatt noe annet i vedlegg XI, får denne forordning anvendelse på generelle og særlige trygdeordninger, enten de er avgiftsbaserte eller ikke, og på ordninger knyttet til arbeidsgivers eller skipsreders plikter.

3. Denne forordning får også anvendelse på særlige, ikke-avgiftsbaserte kontantytelser som omfattes av artikkel 70.

4. Bestemmelsene i avdeling III i denne forordning skal imidlertid ikke berøre en medlemsstats lovbestemmelser om en skipsreders plikter.

20. Forordning nr. 883/2004 artikkel 21 har overskriften «Kontantytelser» og lyder:

1. Et medlem i trygdeordningen og medlemmer av hans/hennes familie som bor eller oppholder seg i en annen medlemsstat enn den kompetente medlemsstat, skal ha rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon i samsvar med lovgivningen den anvender. Etter avtale mellom den kompetente institusjon og institusjonen på bostedet eller oppholdsstedet kan imidlertid ytelsene gis av institusjonen på bostedet eller oppholdsstedet og dekkes av den kompetente institusjon i samsvar med den kompetente medlemsstats lovgivning.

2. Den kompetente institusjon i en medlemsstat hvis lovgivning fastsetter at beregningen av kontantytelser skal foretas på grunnlag av gjennomsnittsinntekt eller gjennomsnittlig avgiftsgrunnlag, skal fastsette denne gjennomsnittsinntekt eller dette gjennomsnittlige avgiftsgrunnlag utelukkende på grunnlag av bekreftede inntekter eller anvendt avgiftsgrunnlag i den tid som er tilbakelagt etter nevnte lovgivning.

3. Den kompetente institusjon i en medlemsstat hvis lovgivning fastsetter at beregningen av kontantytelser skal foretas på grunnlag av en normert inntekt, skal utelukkende ta hensyn til normert inntekt eller, når det er hensiktsmessig, gjennomsnittlig normert inntekt i den tid som er tilbakelagt etter nevnte lovgivning.

4. Nr. 2 og 3 får tilsvarende anvendelse i tilfeller der lovgivningen som anvendes av den kompetente institusjon, fastsetter en bestemt referanseperiode som i det aktuelle

tilfellet helt eller delvis svarer til den tid den berørte personen har tilbakelagt etter en eller flere andre medlemsstaters lovgivning.

Nasjonal rett og praksis

21. I tidsrommet som er relevant for denne sak, 19. mai 2010 til 31. oktober 2012, lød lov 28. februar 1997 om folketrygd («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.

22. I tidsrommet som er relevant for denne sak, 19. mai 2010 til 31. oktober 2012, lød folketrygdloven § 11-5, med overskriften «Nedsatt arbeidsevne»:

Det er et vilkår for rett til ytelser 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.

23. I tidsrommet som er relevant for denne sak, 19. mai 2010 til 31. oktober 2012, lød folketrygdloven § 11-6, med overskriften «Behov for bistand til å skaffe seg eller beholde arbeid»:

Det er et vilkår for rett til ytelser 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.

24. I tidsrommet som er relevant for denne sak, 19. mai 2010 til 31. oktober 2012, lød folketrygdloven § 11-8, med overskriften «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.

25. I tidsrommet som er relevant for denne sak, 19. mai 2010 til 31. oktober 2012, lød folketrygdloven § 11-3, med overskriften «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.

26. I tidsrommet som er relevant for denne sak, 19. mai 2010 til 31. oktober 2012, lød folketrygdloven § 11-7 første og andre ledd, under overskriften «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.

27. Punkt 11.3.2 i rundskriv R40-00 (Rundskriv til EØS-avtalens trygdedel), som senere, 28. februar 2012, ble avløst av rundskriv R45-00 (Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd), lød fra og med 28. februar 2011:

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.

28. Rundskriv R11-00 (Rundskriv til ftrl. kap. 11 – Arbeidsavklaringspenger) ble utarbeidet til folketrygdloven kapittel 11. I den versjon som gjaldt fra 1. mars 2010, het det blant annet følgende om folketrygdloven § 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.

29. Rundskriv R11-00 fikk 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 notatføres 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.

30. I tidsrommet som er relevant for denne sak, 19. mai 2010 til 31. oktober 2012, lød Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10 ("straffeloven") § 270 i utdrag:

For bedrageri straffes den som i hensikt å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning

[...]

2. ved bruk av uriktig eller ufullstendig opplysning, [...] eller på annen måte rettsstridig påvirker resultatet av en automatisk databehandling, og derved volder tap eller fare for tap for noen.

Straffen for bedrageri er bøter eller fengsel inntil 3 år. [...]

31. I tidsrommet som er relevant for denne sak, 19. mai 2010 til 31. oktober 2012, lød straffeloven § 271 i utdrag:

Grovt bedrageri straffes med fengsel inntil 6 år. Bøter kan anvendes sammen med fengselsstraffen. [...]

[...]

32. I tidsrommet som er relevant for denne sak, 19. mai 2010 til 31. oktober 2012, lød straffeloven § 271 a:

Den som ved grov uaktsomhet foretar bedrageri som beskrevet i § 270 eller § 271, straffes med bøter eller fengsel inntil 2 år.

III Faktum og saksgang

33. Den 18. februar 2016, etter å ha blitt anmeldt av Arbeids- og velferdsetaten («NAV»), ble N satt under tiltale for forsettlig, grovt trygdebedrageri etter straffeloven § 271.

34. Grunnlaget for tiltalen var at N i perioden 19. mai 2010 til 31. oktober 2012 ble ansett å ha forledet ansatte i NAV til å utbetale ham i alt 309 458 kroner i arbeidsavklaringspenger, idet han unnlot å opplyse NAV om at han i denne periode oppholdt seg i perioder i utlandet uten at dette var godkjent av NAV, og dermed ikke hadde krav på arbeidsavklaringspenger, slik at det oppstod tap eller fare for tap for NAV. Under rettergangen for Nedre Telemark tingrett («tingretten») endret påtalemyndigheten påstand til å gjelde grovt uaktsomt grovt bedrageri.

35. Tingretten avsa dom 4. mars 2016 for grovt uaktsomt grovt bedrageri og fastsatte straffen til fengsel i 75 dager. Tingretten la til grunn for domfellelsen at N i november 2008 fikk 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)*». Samme informasjon ble gitt hver gang N fikk innvilget rehabiliteringspenger for en ny periode.

36. Ifølge anmodningen var bakgrunnen for at N fikk innvilget rehabiliteringspenger, sviktende helse i kombinasjon med at han ble overtallig på sin tidligere arbeidsplass. Fra 1. mars 2010 ble Ns rehabiliteringspenger erstattet med arbeidsavklaringspenger på grunn av en lovendring.

37. I vedtak 26. juli 2010 om innvilgelse av arbeidsavklaringspenger ble N informert om at «*du må melde fra til ditt NAV-kontor hvis du [...] skal reise eller flytte til utlandet*». Samme informasjon ble gitt hver gang N fikk innvilget arbeidsavklaringspenger frem til han fikk innvilget uførepensjon fra 1. november 2012.

38. Via bekjente fikk N 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.

39. N søkte om unntak fra kravet om å oppholde seg i Norge for to av oppholdene. N verken søkte om tillatelse eller meldte fra om de øvrige opphold. N forklarte i tingretten at han arbeidet fra Italia når helsen tillot det. Denne forklaring festet tingretten ikke lit til, og den ble ikke lagt til grunn. Tingretten kom imidlertid til at det ikke var bevist at N bevisst og i vinnings hensikt hadde unnlatt å opplyse NAV om at han i perioder oppholdt seg i utlandet, men at N hadde opptrådt grovt uaktsomt. Tingretten la til grunn at:

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.

40. Tingretten uttalte videre at selv om Ns forklaring ble til grunn, måtte han domfelles på grunn av kravet til opphold i Norge, som han var klar over.

41. N anket tingrettens dom, og ved dom 12. desember 2016 dømte Agder lagmannsrett N til 45 timers samfunnsstraff, med en 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 Ns handlinger egentlig var betydelig lavere enn beløpet i tiltalen.

42. Påtalemyndigheten anket Agder lagmannsretts dom til Norges Høyesterett, som ved dom 15. mars 2017 stadfestet tingrettens dom.

43. Høsten 2019 ble NAV usikker på om gjeldende praksis var i strid med forordning nr. 883/2004 artikkel 21. NAV omla praksisen høsten 2019 i samsvar med den forståelsen at «oppholder seg» («stays») omfatter alle opphold som ikke utgjør bosetting. NAV anså imidlertid ikke at tidligere praksis hadde vært i strid med forordning nr. 1408/71.

44. Forut for politianmeldelsen av N hadde NAV 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 ble opprettholdt, utgjør 199 370 kroner og gjelder tiden før 1. juni 2012.

45. Den 19. mars 2020, etter begjæring fra både N og påtalemyndigheten om gjenåpning av straffesaken, tok Gjenopptakelseskommisjonen begjæringene til følge.

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

Spørsmål om rettsstilstanden før 1. juni 2012

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

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?
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?
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)?
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?
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?
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?
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?
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?

Spørsmål om rettstilstanden etter 1. juni 2012

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

IV Skriftlige innlegg

47. I samsvar med artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 97 i rettergangsordningen er skriftlige innlegg inngitt av:

- N, representert ved advokatene John Christian Elden og Anders Brosveet,

- den norske stat, representert ved Pål Wennerås, Lisa-Mari Moen Jünge, Kaja Moe Winther og Tone Hostvedt Aarthun, 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, som partsrepresentanter.

V Fremsatte forslag til svar

N

48. N anmoder om at spørsmålene besvares på følgende måte:

Spørsmål 1:

Arbeidsavklaringspenger er en kontantytelse under sykdom og var av den grunn regulert av EØS-forordning nr. 1408/71.

Spørsmål 2:

Forordning nr. 1408/71 artikkel 22 og/eller 19 omfatter kortvarige opphold i andre EØS-stater. Forordning nr. 1408/71 er derfor til hinder for at arbeidsavklaringspenger kan nektes eller reduseres utelukkende med den begrunnelse at en person oppholdt seg i en annen EØS-stat enn den kompetente stat.

Spørsmål 3:

Forordning nr. 1408/71 åpnet for en søknadsordning, men tillatelse kunne bare nektes dersom personens bevegelse ville kunne forverre hans eller hennes helsetilstand eller vanskeliggjøre den medisinske behandling.

Spørsmål 4:

Dersom forordning nr. 1408/71 ikke gir rett til å medta arbeidsavklaringspenger under opphold i en annen EØS-stat, eventuelt ikke uten tillatelse fra den kompetente institusjon, må det fastslås om de nasjonale regler faller inn under andre EØS-reglers anvendelsesområde.

Spørsmål 5:

EØS-avtalen artikkel 28 kommer til anvendelse i en situasjon hvor en borger av en EØS-stat har et kortere fritidsopphold i en annen EØS-stat.

EØS-avtalen artikkel 36 kommer til anvendelse i en situasjon hvor en borger av en EØS-stat har et kortere fritidsopphold i en annen EØS-stat.

Spørsmål 6:

Det utgjør en restriksjon på bevegelsesfriheten etter EØS-avtalen artikkel 28 og artikkel 36 at nasjonal lov fastsetter vilkår (i) og (iii). Alt etter forpliktelsene i den enkelte sak kan vilkår (ii) utgjøre en restriksjon.

Spørsmål 7:

Vilkåret om at utenlandsoppholdet ikke må overskride fire uker per år, kan ikke rettferdiggjøres som en generalisert ivaretagelse av hensynet til å sikre gjennomføring av fastsatte aktivitetsplikter, oppfølging og kontroll.

Spørsmål 8:

Hensynene som vilkår (iii) er ment å gjennomføre, kan ivaretas med mindre inngrepene tiltak; vilkåret kan derfor ikke rettferdiggjøres.

For at vilkår (ii) skal være begrunnet, må hver enkelt aktivitetsplikt tjene et formål som er anerkjent av EØS-retten, og forpliktelsen må være egnet og forholdsmessig. Forpliktelsen må også bestå en balansetest.

Spørsmål 9:

En person som har unnlatt å søke forhåndsgodkjenning, eller som gir den kompetente institusjon uriktige opplysninger om oppholdssted, kan ikke pålegges å tilbakebetale ytelsen.

Spørsmål 10:

En person som har unnlatt å søke forhåndsgodkjenning, eller som gir den kompetente institusjon uriktige opplysninger om oppholdssted, kan ikke ilegges strafferettslige sanksjoner.

Spørsmål 11:

Direktiv 2004/38 artikkel 4 eller 6 kommer til anvendelse i en situasjon hvor en borger av en EØS-stat har et kortere fritidsopphold i en annen EØS-stat. Artikkel 4 eller 6 kan påberopes overfor hjemstaten.

At nasjonal lov fastsetter de angitte vilkår, utgjør en restriksjon på bevegelsesfriheten etter direktiv 2004/38 artikkel 4 og 6. Disse vilkår må oppfylle EØS-rettens krav. Å nekte arbeidsavklaringspenger utelukkende med den begrunnelse at mottakeren oppholder seg i en annen EØS-stat, er derfor i strid med direktiv 2004/38.

Vilkårene i (i), (ii) og (iii) utgjør restriksjoner som ikke kan begrunnes.

Spørsmål 12:

Arbeidsavklaringspenger er en kontantytelse under sykdom og er av den grunn regulert av EØS-forordning nr. 883/2004.

Spørsmål 13:

Forordning nr. 883/2004 artikkel 21 nr. 1 skal forstås slik at det omfatter ethvert kortvarig opphold i annen EØS-stat som ikke utgjør bosettelse, herunder opphold som i den foreliggende sak. Artikkel 21 nr. 1 er derfor til hinder for at arbeidsavklaringspenger kan nektes eller reduseres med den begrunnelse at mottakeren befinner seg (bosted og opphold) i en annen EØS-stat.

Spørsmål 14:

Forordning nr. 883/2004 artikkel 21 nr. 1 skal tolkes slik at den omfatter både situasjoner der den medisinske diagnose er stilt under oppholdet i den andre EØS-stat, og – som i den foreliggende sak – situasjoner der diagnosen er anerkjent av den kompetente institusjon før utreise.

Spørsmål 15:

Forordning nr. 883/2004 artikkel 21 gir ikke adgang til å knytte vilkår, herunder et krav om forhåndsgodkjenning, til mottak av arbeidsavklaringspenger ved opphold i andre EØS-stater. Tvert imot er dette i strid med ordlyden i og formålet med forordning nr. 883/2004 artikkel 21, og bestemmelsen utelukker derfor positivt vilkår (iii).

Også vilkår (i) og (ii) er i strid med rettighetene gitt ved forordning nr. 833/2004

og kan derfor ikke opprettholdes. Subsidiært er vilkår (i) ikke egnet og består ikke balansetesten, og for at vilkår (ii) skal være begrunnet, må hver enkelt aktivitetsplikt tjene et formål som er anerkjent av EØS-retten, og forpliktelsen må være egnet og forholdsmessig. Den enkelte forpliktelse må også bestå en balansetest.

Spørsmål 16:

Vilkår (ii) og (iii) utgjør en restriksjon på bevegelsesfriheten etter EØS-avtalen artikkel 28 og 36 og direktiv 2004/38 artikkel 4 og 6. Vilkår (iii) kan ikke begrunnes. For at vilkår (ii) skal kunne begrunnes, må hver enkelt aktivitetsplikt tjene et formål som er anerkjent av EØS-retten, og forpliktelsen må være egnet og forholdsmessig. Forpliktelsen må også bestå en avveiningstest.

Subsidiært, dersom vilkårene kan begrunnes, kan en person som har unnlatt å søke om forhåndsgodkjenning, og som har unnlatt å melde fra om midlertidig oppholdssted, likevel ikke pålegges å tilbakebetale ytelsen som ulovlig ervervet etter nasjonal rett eller ilegges strafferettslige sanksjoner.

Den norske stat

49. Den norske stat anmoder om at spørsmålene må besvares på følgende måte:

Spørsmål 1:

En ytelse som arbeidsavklaringspenger er en ytelse ved sykdom etter rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 av 14. juni 1971 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet, slik den foreligger etter endring og ajourføring ved rådsforordning (EF) nr. 118/97 av 2. desember 1996, endret ved rådsforordning (EF) nr. 307/1999 av 8. februar 1999.

Spørsmål 2:

Forordning nr. 1408/71 artikkel 22 gir rett til kontantytelser i en situasjon som den hovedsaken gjelder og på øvrige gjeldende vilkår, , dersom arbeidstakeren eller den selvstendig næringsdrivende har flyttet til en annen EØS-stats territorium, og omfatter derfor ikke opphold som den hovedsaken gjelder. Det samme gjelder forordning nr. 1408/71 artikkel 19.

Spørsmål 3:

I lys av svaret over er det ikke nødvendig å besvare det tredje forelagte spørsmål.

Subsidiært: Forordning nr. 1408/71 artikkel 22 nr. 1 bokstav b og artikkel 22 nr. 2 innebærer at en person beholder retten til å motta ytelsene nevnt i artikkel 22 nr. 1 bokstav b etter å ha flyttet til en annen EØS-stat enn den kompetente stat, forutsatt at han har fått tillatelse til dette og oppfyller de andre vilkår som er fastsatt der.

Spørsmål 4:

En konklusjon om at et nasjonalt tiltak kan være forenlig med forordning nr. 1408/71, betyr ikke nødvendigvis at tiltaket unntas fra virkeområdet for bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel.

Spørsmål 5 og 6:

EØS-avtalen artikkel 28 får ikke anvendelse i en situasjon som den hovedsaken gjelder.

Personer som er etablert i en medlemsstat og reiser til en annen medlemsstat som turister, må betraktes som tjenestemottakere og faller dermed inn under virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 36. Vilkårene for å ha rett til arbeidsavklaringspenger, som de vilkår hovedsaken gjelder, berører ikke personens rett til å reise fritt som turist og til å motta tjenester etter EØS-avtalen artikkel 36.

Spørsmål 7 og 8:

I lys av svaret over er det ikke nødvendig å besvare det syvende og åttende forelagte spørsmål.

Subsidiært: Nasjonal lovgivning som den hovedsaken gjelder, kan være begrunnet i allmenne hensyn som integrering av personer som står utenfor arbeidsmarkedet og å fremme et høyt sysselsettingsnivå, overvåking av etterlevelsen av regelverket, forebygging av misbruk, risikoen for alvorlig undergraving av trygdeordningens økonomiske stabilitet, og nødvendigheten av å sikre et regelverk som er enkelt å forvalte og føre tilsyn med.

Den nasjonale lovgivning må også være egnet til å nå sine formål og ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å nå dem. Sistnevnte vilkår betinger at formålene ikke kan oppnås like effektivt ved tiltak som er mindre inngripende i den frie bevegelse.

Spørsmål 9:

For det tilfelle at de to vilkår som det niende spørsmål viser til, er begrunnet og forholdsmessige, noe som det er opp til den nasjonale domstol å vurdere på grunnlag av svaret som gis på det syvende og åttende spørsmål over, går et

administrativt tiltak som pålegger tilbakebetaling av en ytelse som arbeidsavklaringspenger, som er gitt i fravær av en tillatelse som kreves etter nasjonal rett, og som dermed gjør at nasjonale myndigheter blir ute av stand til å verifisere på forhånd om det aktuelle opphold var forenlig blant annet med kravet om at utenlandsoppholdet er forenlig med planlagt aktivitet, oppfølging og kontroll, ikke lenger enn det som er nødvendig for å oppfylle de fastsatte regler.

Spørsmål 10:

Gitt det samme forbehold som angitt over, går en strafferettslig sanksjon for å ha oppnådd en ytelse som arbeidsavklaringspenger uten den tillatelse som kreves etter nasjonal rett, ved å ha gitt den kompetente myndighet uriktige opplysninger, der slik atferd har blitt ansett som grovt uaktsom og medført risiko for tap for den bedratte part, og som dermed kvalifiserer som grovt uaktsomt bedrageri etter vedkommende stats straffelov, ikke i seg selv lenger enn det som er strengt nødvendig for de formål som søkes oppnådd, og er heller ikke så uforholdsmessig med hensyn til lovbruddets grovhet at den blir en hindring for friheten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 36, for det tilfelle at nevnte bestemmelse skulle anses å måtte legges til grunn. Den konkrete vurdering er uansett et spørsmål den nasjonale domstol må ta stilling til.

Spørsmål 11:

Nasjonale tiltak som de hovedsaken gjelder, krenker ikke retten til å forlate vedkommende stats territorium etter direktiv 2004/38 artikkel 4. Direktiv 2004/38 artikkel 6 gir en EØS-borger rett til å oppholde seg på territoriet til en annen medlemsstat i tre måneder, og pålegger derfor ikke forpliktelser på den EØS-stat borgeren er borger av.

Spørsmål 12:

En ytelse som arbeidsavklaringspenger er en ytelse ved sykdom etter rådsforordning (EØF) nr. 883/2004.

Spørsmål 13:

Opphold som dem spørsmålet i hovedsaken gjelder, er opphold etter forordning nr. 883/2004 artikkel 21 nr. 1 ettersom hvert av dem utgjør et midlertidig bosted etter forordning nr. 883/2004 artikkel 1 bokstav k.

Spørsmål 14:

Forordning nr. 883/2004 artikkel 21 omfatter både situasjoner der den medisinske diagnose blir stilt under et opphold i en annen EØS-stat enn den kompetente stat, og situasjoner der diagnosen er stilt i den kompetente stat før utreise.

Spørsmål 15:

Ved å gi et medlem i trygdeordningen rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon i samsvar med lovgivningen den anvender, gjenspeiler forordning nr. 883/2004 artikkel 21 at TEUV artikkel 48 ikke harmoniserer trygdelovgivningen i EU- og EØS-statene, kun koordinerer den. Dermed er det den enkelte EØS-stat som i sin lovgivning må fastsette vilkårene for å innvilge trygdeytelser. De nasjonale vilkår må imidlertid ikke medføre at forordning nr. 883/2004 artikkel 21 blir gjenstandsløs. Et vilkår som utelukker opphold i en annen EØS-stat ut over fire uker, er derfor ikke forenlig med forordning nr. 883/2004 artikkel 21. Dessuten må EØS-statene når de fastsetter vilkårene for å innvilge trygdeytelser, overholde EØS-retten. Følgelig må den anmodende domstol vurdere disse vilkår på bakgrunn av svarene gitt over på spørsmål 5 til 8.

Spørsmål 16:

En konklusjon om at et nasjonalt tiltak kan være forenlig med forordning nr. 883/2004, medfører ikke nødvendigvis at tiltaket unntas fra virkeområdet for bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel.

ESA

50. ESA gjør gjeldende at EFTA-domstolen bør besvare spørsmålene på følgende måte:

1. Forordning 1408/71 må tolkes slik at den ikke er til hinder for et krav om opphold i den kompetente stat for å kunne motta en ytelse som de arbeidsavklaringspenger som saken som står for den nasjonale domstol gjelder. Et slikt krav må imidlertid være i samsvar med andre gjeldende bestemmelser i EØS-retten.

2. EØS-avtalen artikkel 36 og/eller 28 må tolkes slik at vilkårene som pålegges mottakere av ytelser ved sykdom etter forordning 1408/71 artikkel 4 nr. 1 bokstav a, og som innebærer:

(i) at ytelsesmottakeren bare kan oppholde seg utenlands i en begrenset periode, som vanligvis ikke kan overskride fire uker per år, og

(ii) at utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføringen av fastsatte aktivitetsplikter og ikke hindrer den kompetente institusjons oppfølging og kontroll, og

(iii) at vedkommende må søke og få tillatelse fra den kompetente institusjon, og at etterlevelsen kontrolleres ved bruk av meldekort,

utgjør restriksjoner på disse mottakeres frie bevegelighet som ikke synes begrunnet.

Når det gjelder unnlåtelsen av å søke tillatelse i henhold til vilkår (iii), kan ikke en unnlåtelse av å overholde en forpliktelse til å søke offisiell tillatelse eller overholde en meldeplikt holdes mot personer i en situasjon der vilkårene for å innvilge en slik tillatelse i seg selv var i strid med EØS-retten.

3. Direktiv 2004/38 artikkel 4 og 6 må tolkes slik at disse artikler er til hinder for et krav om opphold i den kompetente stat for å kunne motta en ytelse som de arbeidsavklaringspenger som saken som står for den nasjonale domstol gjelder.

4. Forordning 883/2004 artikkel 21 må tolkes slik at den er til hinder for et krav om opphold i den kompetente stat for å kunne motta en ytelse som de arbeidsavklaringspenger som saken som står for den nasjonale domstol gjelder.

Kommisjonen

51. Kommisjonen anmoder om at spørsmålene besvares på følgende måte:

Begrepet «ytelser ved sykdom» i forordning 1408/71 artikkel 4 nr. 1 bokstav a og forordning 883/2004 artikkel 3 nr. 1 bokstav a skal tolkes slik at det omfatter de norske arbeidsavklaringspenger, som har som formål å tillate mottakerne å ha en inntekt i perioder der de er syke eller skadet og trenger bistand fra Arbeids- og velferdsetaten for å komme seg tilbake i arbeid.

Forordning 1408/71 artikkel 22 nr. 1 bokstav b skal tolkes slik at den er til hinder for at en kompetent stat kan gjøre retten til å fortsatt motta en ytelse som den hovedsaken gjelder, betinget av en tillatelse under opphold i en annen EØS-stat, når nektelsen av en slik rett ikke er basert på den objektive faktor at vedkommendes bevegelse ville kunne forverre hans eller hennes helsetilstand eller vanskeliggjøre den medisinske behandling.

Begrepet «opphold» i forordning 883/2004 artikkel 21 nr. 1 skal tolkes slik at det omfatter alle kortvarige opphold i andre EØS-stater, uansett formål. Nevnte bestemmelse er til hinder for at EØS-statene kan gjøre retten til å fortsatt motta kontantytelser under slike kortvarige opphold i andre EØS-stater betinget av en tillatelse eller godkjenning.

Páll Hreinsson
Saksforberedende
dommer