



Arbeids- og sosialdepartementet

Sendt elektronisk

Deres ref.: 21/2494-  
Vår ref.: 312244

Dato: 28. oktober 2021

## **Høring - NOU 2021 8 Trygd over landegrensene**

### **1 INNLEDNING**

Advokatforeningens tillitsvalgte advokater utfører et omfattende frivillig og ulønnet arbeid for å ivareta rettsstaten, rettsikkerheten og menneskerettighetene. En del av dette arbeidet består i å utarbeide høringsuttalelser.

Advokatforeningens høringsarbeid er organisert i 27 lovutvalg og 13 faste utvalg, oppdelt etter særskilte rettsområder og rettslige interesseområder. Om lag hundre høringsuttalelser utarbeides av foreningens tillitsvalgte advokater hvert år.

Alle våre høringsuttalelser er forfattet av advokater med ekspertise innenfor det rettsområdet som lovforslaget gjelder. En ekspertise som ikke er hentet kun fra juridisk teori, men fra advokatenes praktiske erfaring med å bistå sine klienter – i den norske rettsstatens hverdag. Denne høringsuttalelsen er skrevet ut fra Advokatforeningens ønske om å bidra til gode lovgivningsprosesser, og gode lover.

### **2 SAKENS BAKGRUNN**

Vi viser til høringen til arbeids- og sosialdepartementet publisert den 25.6.2021, med høringsfrist den 25.10.2021. Høringen gjelder forslag til lovteknisk gjennomføring av Norges folkerettslige forpliktelser på trygdeområdet.

Dette høringssvaret er i hovedsak utarbeidet av Advokatforeningens lovutvalg for velferds- og trygderett. Lovutvalget består av Thorgeir Hole, (leder), Siw Bleikvassli, Gorm Are Grammeltvedt, Olav Lægreid og Anette Schei, som alle har lang erfaring og god kompetanse innfor det aktuelle rettsområdet.

### **3 KOMMENTARER**

#### **3.1 Innledning**

Advokatforeningen legger til grunn at målsettingen med det aktuelle lovarbeidet er at NAVs praksis etter

folketrygdloven og andre norske lover på trygdeområdet, skal bli juridisk riktig i lys av Norges folkerettslige forpliktelser, herunder EØS-avtalen.

Trygdekoordineringsutvalgets mandat er også gitt med utspring i at det høsten 2019 ble offentliggjort at det hadde foreligget tolkningsfeil ved NAVs praktisering av retten til eksport av visse kontantytelser. Advokatforeningen vil derfor konsentrere sin høringsuttalelse om utvalgets drøftelser i tilknytning til EØS-relevante spørsmål.

En rettsriktig praksis av norske trygderegler i lys av EØS-retten beror juridisk sett i hovedsak på to grunnleggende forutsetninger. For det første forutsetter en riktig praksis at forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2 forstås på korrekt måte. For det andre er det avgjørende å ha en korrekt forståelse av det materielle innholdet i så vel norske trygderegler som EØS-reglene.

Disse to forutsetningene henger sammen: Det er nødvendig å kjenne innholdet i begge regelsett for å avdekke om det foreligger noen motstrid som skal løses ved forrangsbestemmelsen, herunder om den norske ytelsen overhodet er omfattet av trygdeforordningen.

Utredningen illustrerer, blant annet i kapittel 7, at det er grunnlag for tvil om klassifiseringen av de enkelte norske trygdeytelsene etter EUs trygdeforordning 883/2004. Dette kan tjene som et eksempel på utfordringene med å håndtere forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2. Gjennom hele rapporten gis det en rekke eksempler på at utvalget har vært i tvil om hvordan norske trygderegler skal forstås eller faktisk blir praktisert, og konklusjonene er også usikre når det gjelder forståelsen av trygdeforordningen anvendt på de norske ytelsene.

Advokatforeningen vil påpeke at slik tvil i alle fall ikke gjør det enklere å utforme et allment tilgjengelig norsk regelverk, som er godt forståelig for rettsanvendere med ulik faglig bakgrunn. Målsettingen om å oppnå juridisk riktig praksis krever at regelverket er egnet til å bli praktisert på en forutsigbar og ensartet måte, på tvers av ulike forvaltningsenheter i NAV.

I fortsettelsen av dette vil Advokatforeningen påpeke at en synliggjøring av Norges EØS-rettslige forpliktelser i det norske regelverket, også vil medføre at den norske lovbestemmelsen blir undergitt en tolkning, som forutsetningsvis skal dekke både det som følger av andre norske regler og det som følger av EU-regler.

Videre vil innføring av EØS-baserte lovregler i for eksempel folketrygdloven, ikke bety at tolkningen av slike regler nødvendigvis unngår å komme i motstrid til forordningen eller andre EU-regler. Ved å løfte EØS-retten tydeligere inn i trygdelovgivningen, må det påregnes et økt antall klagesaker og økt synliggjøring av publikums behov for profesjonell juridisk bistand i sakene. Advokatforeningen vil i den sammenheng minne om at tilgangen til juridisk bistand på trygdeområdet er under et betydelig press, særlig på grunn av mangelfulle ordninger for dekning av advokatutgifter. EØS-saken (også kalt trygdeskandalen) er et godt eksempel på hvilke konsekvenser det kan få, når advokatene på grunn av stram stykkprising av bistanden ikke er satt i stand til å arbeide grundig nok med komplekse juridiske spørsmål. Kompleksiteten i det materielle rettsstoffet vil trolig i beste fall bare helt marginalt bli mindre, hvis det i for eksempel folketrygdloven innføres bestemmelser av rene informasjonshensyn, slik utvalget legger opp til.

Advokatforeningen har merket seg at det i Hurdalsplattformen er lagt opp til at tidsbruken i domstolene

skal reduseres, at den enkeltes økonomiske risiko ved å få avgjort sivile saker skal begrenses og at det skal bli enda enklere for domstolene å kutte i advokatenes salærkrav. Dersom dette betyr at det skal innføres regler som legger enda strammere føringer på hvor grundig domstolene og advokatene tillates å arbeide med for eksempel EØS-relaterte spørsmål, vil det øke risikoen for feil og motvirke målsettingen om riktig praksis.

Advokatforeningen vil etter dette understreke at målsettingen om riktig praktisering av EØS-baserte regler i norsk trygderett ikke kan ivaretas uten et samspill mellom aktørene på feltet. Selv om forvaltningen har utredningsplikt, vil det særlig med henblikk på enkeltsakenes rettslige side være det kontradiktoriske prinsipp som må ligge til grunn for å oppnå riktige avgjørelser i klage- og ankesaker for NAV Klageinstans og Trygderetten. Det samme gjelder selvsagt i saker for domstolene.

Det kan ikke påregnes at det allmenne publikum på egen hånd, eller via forvaltningens veiledningsplikt, vil kunne ivareta sine egne interesser på et så komplekst rettslig felt som dette uten profesjonell juridisk bistand. Dermed vil det allmenne publikum heller ikke i nevneverdig grad kunne bidra til å korrigere rettsoppfatninger som måtte dannes i etaten etter at de nye lovreglene har trådt i kraft, uten advokatbistand.

Utredningen inneholder en rekke materiellrettslige drøftelser hvor utvalget etterlater tvil om konklusjonen. For eksempel angis det i utredningen punkt 7.4.4. på side 104 en problemstilling knyttet til overgangsstønad for foreldre med barn over åtte år, hvor utvalget med fordel kunne ha nevnt betydningen av at slike saker undergis vanlig domstolskontroll og at domstolene da kan prøve rettsanvendelsesskjønnet. Et annet eksempel gis i punkt 7.4.5 på side 106-107, hvor utvalget med fordel kunne problematisert at kriteriet «nødvendig og hensiktsmessig» i relasjon til kvalifiseringsprogram, har samme ordlyd i tiltaksforskriften § 1-3 for såvidt gjelder arbeidsavklaringspenger, som klart er omfattet av forordningen.

Advokatforeningen finner imidlertid ikke grunn til å gå inn på de ulike materielle spørsmålene som drøftes i utredningen, da hovedmålet med lovarbeidet nå synes å være å finne en metode for å gjennomføre Norges folkerettslige forpliktelser på trygdeområdet. Utredningen gir etter Advokatforeningens syn ikke et tilstrekkelig grunnlag for å innføre materielle bestemmelser i norske lover som innebærer en tolkning av de folkerettslige reglene. Advokatforeningen vil derfor i dette henseende nøye seg med å knytte noen merknader til metoden for gjennomføring av folkerettslige trygdekoordineringsregler i norsk rett.

### **3.2 Nærmere om metoden for gjennomføring**

Advokatforeningen har merket seg utredningens kapittel 15 og utvalgets drøftelser av ulike måter å gjennomføre EUs trygdeforordning i norsk rett på. Utvalget foreslår en lovteknikk hvor lovteksten ikke bare angir hvilke kilder i EØS-retten som kan modifisere det utgangspunkt som ellers følger av den norske bestemmelsen, men som i tillegg angir hva disse kildene kan medføre. Etter Advokatforeningens syn er dette ikke bare en uvanlig lovteknikk, men også en uheldig lovteknikk.

I utredningen punkt 15.11 gir utvalget selv gode argumenter mot den lovtekniske utformingen det foreslår, og Advokatforeningen viser særlig til side 288 første spalte. Advokatforeningen vil tilføye at EUs trygdeforordning og andre EØS-regler på trygdeområdet er dynamiske instrumenter som undergis stadig tolkning og anvendelse i saker ved så vel norske domstoler som EFTA-domstolen og EU-domstolen. En

henvisning til hva som kan følge av et spesifisert sett av EØS-regler vil kunne føre til uriktige motsetningslutninger, både om hva den aktuelle EØS-regelen ikke kan medføre og om hvilke EØS-regler som kan og ikke kan modifisere den norske regelen.

I utredningen er det på side 287 vist til hvordan den svenske lovgivningen på området har løst tilsvarende spørsmål, og Advokatforeningen mener at denne løsningen vil skape mindre behov for senere lovendringer. Denne teknikken, som ifølge utredningen også er valgt i Finland og Danmark, vil også gjøre det enklere å innføre en ensartet måte å henvise til folkerettslige regler på, slik at bi- og multilaterale trygdeavtaler kan behandles på samme måte som EØS-regler i lovteksten. Det vises til utvalgets drøftelser i punkt 16.5, som Advokatforeningen kan slutte seg til.

En annen sak er at informasjon om innholdet i de folkerettslige reglene må formidles til brukerne av norske trygderegler, slik at korrekt og lik praksis i størst mulig grad sikres. Dette kan dels gjøres ved forskrift og dels ved en «Trygde-ABC», altså et konsolidert rundskriv, slik utvalget er inne på i punkt 17.3.3.

Advokatforeningen vil framheve betydningen av at en eventuell «Trygde-ABC» vedlikeholdes i samsvar med det behov som måtte følge av ny domstolspraksis fra så vel Trygderetten og norske domstoler, som EU-domstolen og EFTA-domstolen.

### **3.3 Nærmere om konsekvensene av gjennomføring**

I utredningen kapittel 18 gir utvalget uttrykk for at det ikke kan sies å medføre nevneverdige økonomiske eller administrative konsekvenser å innføre lovregler som bare bekrefter gjeldende rett. Advokatforeningen er i utgangspunktet enig i dette. Det må imidlertid understrekes at de økonomiske og administrative konsekvensene av å endre praksis slik at den blir riktig, når det over mange år ikke har vært tilfelle, kan bli store.

Sagt på en annen måte vil innføring av en riktig praksis selvsagt kunne koste folketrygden mer enn å la være å yte den dekning trygdemedlemmene har krav på. Det vil også kunne koste ressurser å gi NAVs ansatte tilstrekkelige verktøy og opplæring, slik at vedtakene blir riktige.

Advokatforeningen vil påpeke at det å introdusere flere nye rettsgrunnlag ved henvisninger i blant annet folketrygdloven til for eksempel EUs trygdeforordning, som enten har vært praktisert annerledes i mange år eller ikke har vært praktisert i det hele tatt, vil kunne føre til økt ressursbruk på klagesaker. Advokatforeningen mener det er viktig at departementet er forberedt på en økning i antall saker og at det budsjetteres for dette, slik at saksbehandlingstiden i NAV ikke blir enda lengre enn den er.

Dersom disse sakene skal behandles i egne internasjonale avdelinger i NAV, er det etter Advokatforeningens syn viktig at disse har like god kjennskap til NAVs praksis etter norske regler, som de vanlige forvaltningsavdelingene har. I motsatt fall vil det etter Advokatforeningens syn være fare for at det utvikles to eller flere ulike oppfatninger av de norske reglene, avhengig av hvilken avdeling som treffer vedtaket.

Advokatforeningen påpeker videre at de økonomiske og administrative konsekvensene av å innføre lovregler som synliggjør betydningen av EUs trygdeforordning og andre folkerettslige trygderegler i norsk trygdelovgivning, kan sees på bakgrunn av erfaringene hittil. NAV har i sin offentlige kommunikasjon om

saken gitt uttrykk for å ha god oversikt over problemstillingene og sakene som skulle behandles på nytt. Dette budskapet er etter Advokatforeningens syn lite forenlig med de problemstillinger som er beskrevet i NOU 2020:9 «Blindsonen» (Arnesen-utvalgets utredning) og den forutgående delutredningen, samt i den foreliggende utredningen fra Trygdekoordineringsutvalget.

Det er etter Advokatforeningens syn uheldig at konsekvensene av tolkningsfeilen, mulighetene for at det foreligger andre tolkningsfeil i tilknytning til samme regelverk, og utfordringene med både å identifisere sakene og å rette feil som er begått, har vært framstilt som relativt små og enkelt kontrollerbare..

Advokatforeningen vil i denne sammenheng vise til at Arnesen-utvalget allerede i sin delrapport av 4. mars 2020 påpekte behovet for å løse tolkningsstil gjennom konkrete saker. Dette skulle etter Advokatforeningens syn naturlig kunne forstås som at kontradiktoriske prosesser for domstolene og forvaltningen utgjør selve nøkkelen til å avklare innholdet i EØS-forpliktelsene Norge har på trygdeområdet, gjennom enkeltavgjørelser om de ytelser som omfattes av trygdeforordningen. Dette ble også understreket i hovedrapporten.

Regjeringen opprettet den 4. desember 2019 en særskilt rettshjelpsordning for klagesaker og erstatningssaker i tilknytning til den tolkningsfeilen som da nylig var offentliggjort. Statsforvalteren i Oslo og Viken fikk nasjonalt ansvar for å administrere ordningen og oppnevne to koordinerende advokater. Oppnevningen av disse to skjedde etter forslag fra Advokatforeningen, slik rundskrivet la opp til.

Ordningen hjemlet ikke rett til fri rettshjelp for å undersøke om man var rammet av feilen. Ved dette ble ordningen først aktuell dersom NAV selv hadde gjenfunnet saken, og dertil hadde truffet et materielt vedtak om at det likevel ikke var grunnlag for omgjøring. Blant annet av disse grunner har ordningen vært lite brukt.

Hensyntatt de utfordringene NAV har hatt med å gjenfinne saker og ta stilling til hvordan reglene skal tolkes og anvendes i disse sakene, består det etter Advokatforeningens syn en fare for at NAV preliminært har gjenfunnet og vurdert saker som det deretter verken er truffet vedtak eller beslutning om, og som dermed aldri er blitt aktualisert for rettshjelpsordningen.

Advokatforeningen viser for dette til at NAV selv har informert om at ca. 60.000 saker ble undersøkt, mens det ble truffet vedtak i ca. 7.000 av disse. Dette framkom i pressemelding fra Arbeids- og velferdsdirektoratet og presseoppslag 6. mai 2021.

I rundskrivet ble det angitt at den kunne bli utvidet dersom det senere ble avdekket grunnlag for det. Arnesen-utvalgets delrapport inneholdt kun eksempler fra saker om ytelser ved arbeidsløshet, som forutsetningsvis skulle illustrere problemstillingene vedrørende arbeidsavklaringspenger. Regjeringen vurderte ikke dette som et aktuelt grunnlag for daværende regjering for å utvide rettshjelpsordningen med hensyn til hvilke ytelser som var omfattet av sakskomplekset, selv om regjeringen to måneder tidligere hadde henvist til at nettopp denne delrapporten skulle avdekke behov for å undersøke andre sakstyper.

Arnesen-utvalgets hovedrapport av 4. august 2020 la til grunn at tidsperioden for den aktuelle tolkningsfeilen strakk seg tilbake til EØS-avtalens ikrafttredelse 1. januar 1994. Heller ikke dette avstedkom at rettshjelpsordningen ble utvidet, slik at saker om stønadsforhold før 1. juni 2012 var omfattet. Noen utvidelse kom heller ikke i forbindelse med EFTA-domstolens avgjørelse av 5. mai 2021.

Først etter at Høyesterett den 2. juli 2021 hadde avsagt frifinnende dom i sak HR-2021-1453-S, ble rettshjelpsordningen utvidet til å gjelde saker om stønadsforhold tilbake til 1. januar 1994. I mellomtiden hadde NAV altså kommunisert at etaten hadde god oversikt og sågar hadde avsluttet sitt arbeid med sakene om stønadsforhold etter 1. juni 2012 – uten at den særskilte rettshjelpsordningen hadde vært i bruk i mer enn et fåtall saker.

Trygdekoordineringsutvalget påpeker som nevnt en rekke utfordringer som må avklares gjennom praksis, og at disse ikke kan avklares gjennom norske myndigheters egen tolkning eller at et offentlig lovutvalg avgir synspunkter. Det vises til utredningen punkt 18.2.

Dette understreker etter Advokatforeningens syn relevansen av den historikken som er beskrevet ovenfor. En vesentlig del av forklaringen på at man fortsatt, to år etter at tolkningsfeilen ble offentliggjort, fortsatt bare har et fåtall dommer om aktuelle problemstillinger og heller ikke ligger an til å få mange flere med det første, må etter Advokatforeningens syn søkes i at det ikke har blitt lagt til rette for at sakene bringes fram og kan prøves for Trygderetten og domstolene.

Det foreliggende lovarbeidet ville på flere punkter kunnet bli lettere dersom en hadde hatt flere rettsavgjørelser å bygge på. Erfaringsgrunnlaget som kunne vært etablert gjennom avgjørelser fra domstolene, er foreløpig sparsomt. Advokatforeningen vil derfor sterkt understreke betydningen av at det enkelte trygded medlem må gis tilgang til informasjon om at NAV har gjenfunnet vedkommendes sak og hvilken vurdering som er gjort.

Basert på at NAV opplyser å ha identifisert ca. 60.000 saker om stønadsforhold etter 1. juni 2012, uten at ca. 53.000 av disse personene er blitt kontaktet, er det etter Advokatforeningens syn grunn til å understreke potensialet for rettsavklaring som kan befinne seg blant et så stort antall saker.

## **4 OPPSUMMERING OG AVSLUTNING**

Advokatforeningen slutter seg ikke til utvalgets forslag til lovteknisk gjennomføring av Norges folkerettslige forpliktelser på trygdeområdet. I stedet vil Advokatforeningen påpeke at den metoden utvalget på side 287 refererer til at Sverige, Danmark og Finland har valgt, synes godt egnet også for Norges vedkommende.

Advokatforeningen er enig med utvalget i at det er behov for et konsolidert rundskriv etter modell fra Skatte-ABC. Det er etter Advokatforeningens syn viktig at dette i så fall vedlikeholdes godt og undergis revisjon minst en gang i året, slik tilfellet er med Skatte-ABC. Dette vil også gi mulighet for at rettsavklaring i tiden framover blir innarbeidet etter hvert som den tilkommer, og at informasjon om avgjørelsene dermed blir gjort tilgjengelig og anvendelig for rettsanvendere og det rettssøkende publikum.

En slik «Trygde-ABC», som utvalget i punkt 17.3.3. kaller det, vil i så fall markere en ny måte for Arbeids- og velferdsdirektoratet å arbeide med rundskriv og rettsinformasjon på. Etter Advokatforeningens syn er det betimelig av utvalget å påpeke at en god oversikt over NAVs rundskriv per i dag er lite tilgjengelig, og at rundskrivene ikke vedlikeholdes på en ensartet måte.

Utspringet til dette lovarbeidet finnes i offentliggjøringen av tolkningsfeil knyttet til tre bestemte kontantytelser og en avgrenset periode. Sakens videre utvikling har vist at feilen gjaldt en lengre periode. ESA undersøker for tiden flere trygdespørsmål i tilknytning til Norges praktisering av EØS-reglene. Dette, sammen med de forhold som allerede er kjent, tilsier at det fortsatt foreligger flere uavklarte rettsspørsmål.

Videre kan det ikke utelukkes at NAV har en uriktig praksis vedrørende flere andre ytelser, og Trygdekoordineringsutvalgets rapport gir selv eksempler på mulighetene for dette. Det samme gjør Arnesen-utvalgets delrapport og hovedrapport. Etter Advokatforeningens syn er det svært viktig at regjeringen legger til rette for å bringe slike saker fram for rettsavklaring.

Både Arnesen-utvalget og Trygdekoordineringsutvalget har påpekt at innholdet i EUs trygdeforordning anvendt i norsk rett må utlegges gjennom konkrete saker, og i disse sakene er det behov for profesjonell juridisk bistand. Regjeringen bør derfor sikre at det tilbys gode og tilgjengelige ordninger for dekning av juridiske utgifter, som vil bevirke at det blir mulig å framskaffe rettsavklaringer og dermed erfaringsgrunnlag for å utforme lovregler og rundskriv i tråd med folkeretten. Disse ordningene bør etter Advokatforeningens syn utformes slik at det sikres reell mulighet til å få prøvd et bredt spekter av problemstillinger.

Etter Advokatforeningens syn gir EØS-saken i NAV et godt eksempel på hva som kan bli konsekvensen av stram stykkprising av advokatbistand i straffesaker. Et ønske om å redusere det offentlige kostnader og domstolenes tidsbruk i sivile saker på trygdeområdet, vil på lignende måte være egnet til å motvirke formålet med det aktuelle lovarbeidet, hvis dette er å fremme riktig praksis, rettsforutsigbarhet og rettssikkerhet på området.

Vennlig hilsen



Jon Wessel-Aas  
leder



Merete Smith  
generalsekretær

Saksbehandler: Trude K. Molvik  
tm@advokatforeningen.no