

Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området

Delutredning fra utvalg oppnevnt av Kongen i statsråd 8. november 2019 for ekstern gjennomgang av praktisering og håndtering av EUs trygdeforordning

Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området

Delutredning fra utvalg oppnevnt av Kongen i statsråd 8. november 2019 for ekstern gjennomgang av praktisering og håndtering av EUs trygdeforordning.

Granskingsutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 8. november 2019 for ekstern gjennomgang av praktiseringen og håndteringen av EUs trygdeforordning. Utvalget avgir med dette sin første delutredning.

*Finn Arnesen
(leder)*

Karin Fløistad

Asbjørn Strandbakken

Hanne Merete Jendal

Kristin Bugge Midthjell

Per Sanderud

Barbro Wærnes

Simon Torp

Ingrid Hvidsten

Kristian Brandt

<i>Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området</i>	1
<i>Sammendrag</i>	5
1. Innledning	9
1.1 Om denne delutredningen	9
1.2 Om trygdeforordningene og de alminnelige reglene om fri bevegelse	9
1.3 Opplegget videre	16
2. Syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger i forordningenes system	17
3. Frem til 1. juni 2012, forordning 1408/71	19
3.1 Innledning	19
3.2 Nærmere om forordning 1408/71 artikkel 19 og 22.....	20
4. Etter 1. juni 2012, forordning 883/2004	25
4.1 Innledning	25
4.2 Forordning 883/2004 artikkel 21	26
4.3 Restriksjonsbegrepet	37
4.4 Hensyn EØS-retten anerkjenner	39
4.5 Egnethetskravet.....	41
4.6 Nødvendighets- eller forholdsmessighetskravet (det minste inngreps prinsipp) .	42
4.7 Avveiningstesten	44
4.8 Prøvingsintensitet.....	45
4.9 Tillatelses- og meldepliktordninger.....	46
5. Reglene om fri bevegelse for tjenester	47
6. Felles merknad om betydningen av utvalgets konklusjoner	53
7. EØS-rettens betydning for folketrygdlovens krav om opphold i Norge for rett til syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger	55
7.1 Innledning	55
7.2 Nærmere om oppholds kravet for syke- og pleiepenger	55
7.3 Nærmere om oppholds kravet ved arbeidsavklaringspenger	56
7.4 Nærmere om sanksjonsbruken ved brudd på plikter som er forenelige med EØS-retten	58

Sammendrag

I denne utredningen drøftes tre spørsmål. Disse spørsmålene er hvilke begrensninger EØS-retten setter for å gjøre rett til syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger betinget av opphold på trygdestatens territorium,¹ hvem som kan påberope slike begrensninger, og fra hvilket tidspunkt disse begrensningene har eksistert.

Forordning 883/2004 koordinerer EØS-statenes trygdeordninger.² Forordningen stiller få krav til utformingen av nasjonale trygdeordninger, men har likevel noen bestemmelser som har betydning for EØS-statenes adgang til å begrense muligheten til å ta med seg trygdeytelser til en annen EØS-stat. Forordningen må ses i sammenheng med EØS-rettens regler om fri bevegelighet for personer. Disse forbyr i utgangspunktet nasjonale regler som kan gjøre det mindre attraktivt å benytte den rett til fri bevegelighet EØS-retten gir, men tillater likevel slike regler der de tilfredsstiller EØS-rettslige krav til begrunnelse og utforming.

EU-retten gir grunnlag for en alminnelig rett til fri bevegelighet for personer, forankret i reglene om unionsborgerskapet.³ I en viss motsetning til dette står retten til fri bevegelighet etter EØS-avtalen, fordi denne i første rekke er en rett for økonomisk aktive personer. Dette kommer til uttrykk ved at friheten er knyttet til «arbeidstagere» (EØS-avtalen artikkel 28), «selvstendig næringsvirksomhet» (EØS-avtalen artikkel 31) og tjenesteyting mot betaling (EØS-avtalen artikkel 37). Denne motsetningen reduseres av direktiv 2004/38, som etablerer en alminnelig rett til å oppholde seg i en annen EØS-stat enn den man er statsborger i. Utenfor de områdene dette direktivet regulerer, er det rom for flere oppfatninger om i hvilken grad også EØS-retten gir en alminnelig rett til fri bevegelighet for personer, og i tilfelle når en slik rett oppsto. Utvalget finner ikke holdepunkter for at det har vært noen ulikhet av betydning mellom EU-rett og EØS-rett for de spørsmål som omfattes av utvalgets mandat etter at trygdeforordningen ble gjeldende i norsk rett, det vil si 1. juni 2012.

Det følger av utvalgets mandat at det skal «vurdere om praksis før 2012 også må gjennomgås». Slik utvalget forstår mandatet siktes det her til spørsmålet om det kan foreligge ugyldige tilbakebetalingskrav og feilaktige domfellelser basert på forhold som forelå før 1. juni 2012. En slik vurdering krever at utvalget behandler spørsmålet om hva EØS-retten krevde av norsk rett også før 1. juni 2012, tidspunktet da forordning 883/2004

¹ Med «trygdestat» mener utvalget den statens trygdeordning som en person er tilsluttet. Ved utbetalinger i henhold til folketrygdlovens regler, vil trygdestaten være Norge.

² Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger.

³ Se Traktat om den europeiske unions funksjonsmåte (TEUF), artikkel 21.

gjennom en forskrift gitt med hjemmel i folketrygdloven § 1-3 ble gitt virkning i norsk rett.⁴ For rettstilstanden før 1. juni 2012 er utvalget delt.

Utvalget har valgt å redegjøre for hva EØS-retten krever, og har krevd, av norsk rett gjennom denne delutredningen, men understreker at det hverken har mandat eller kompetanse til med bindende virkning å avgjøre hva som er gjeldende EØS-rett, langt mindre avgjøre konkrete saker. Slik avklaring kan bare oppnås gjennom domstolene, og fortrinnsvis etter at det er innhentet tolkningsuttalelser fra EFTA-domstolen om hvordan EØS-retten skal forstås.⁵ Utvalget håper likevel at det med denne delutredningen kan bidra til å kaste lys over de EØS-rettslige spørsmålene sakskomplekset reiser.

Det er enighet i utvalget om at for så vidt gjelder medlemmer av folketrygden som er omfattet av bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel om fri bevegelighet for arbeidstakere og etableringsrett, er folketrygdlovens krav om opphold i Norge en restriksjon på rettighetene disse reglene gir. EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, og de regler som følger av den skal gå foran regler som følger av andre bestemmelser.⁶ For disse personene var rettsstillingen allerede fra 1. januar 1994 slik at de ikke kunne nektes syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger utelukkende med den begrunnelse at de oppholdt seg i et annen EØS-stat. Det innebærer at det kan foreligge ugyldige tilbakebetalingskrav og feilaktige domfellelser basert på forhold som forelå før 1. juni 2012. På dette grunnlaget mener et samlet utvalg at det er nødvendig at forvaltningen gjennomgår praksis før 1. juni 2012.

For så vidt gjelder situasjonen der medlemmet er norsk statsborger, og vedkommende ikke har eller har hatt arbeidsforhold eller næringsvirksomhet i andre EØS-stater, mener utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken at slike medlemmer er omfattet av EØS-retten i kraft av å være tjenestemottaker i en annen EØS-stat. Slik utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken ser det, har det derfor siden 1. januar 1994 vært i strid med EØS-retten å nekte disse medlemmene syke-, pleie-, eller arbeidsavklaringspenger utelukkende fordi de er i en annen EØS-stat.⁷ Utvalget for øvrig finner ikke grunnlag til å konkludere med at disse reglene kommer til anvendelse i de aktuelle sakene.

Trygdeforordningen artikkel 7 bestemmer at myndighetene ikke kan redusere eller stanse trygdeutbetalinger til en EØS-borger bare fordi personen bor i en annen EØS-stat. Bestemmelsen regulerer ikke situasjonen der vedkommende oppholder seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten uten å være bosatt der. Artikkel 21 i forordningen bestemmer

⁴ Jf. forskrift 22. juni 2012 nr. 585 om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen (trygdeforordningsforskriften) § 1 tredje ledd jf. første ledd. Her bestemmes det at forordningen skal gjelde som forskrift, og at en rekke lover, blant disse folketrygdloven, «fravikes i den utstrekning det er nødvendig i henhold til» blant annet forordning 883/2004.

⁵ Jf. lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven) § 51a.

⁶ Se lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) §§ 1 og 2.

⁷ Utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken redegjør for sitt syn i punkt 5.

at et medlem av folketrygden som befinner seg i en annen EØS-stat enn Norge «skal ha rett til» utbetalinger fra Nav «i samsvar med» norske trygderegler. Utvalget forstår dette slik at ytelsene som koordineres gjennom trygdeforordningen, i de situasjoner forordningen regulerer, derfor ikke kan nektes utbetalt utelukkende fordi mottakeren befinner seg i en annen EØS-stat enn Norge. Samtidig gir ikke bestemmelsen noen ubetinget rett til å motta trygdeytelser i utlandet.

Sykepenge, pleiepenge og arbeidsavklaringspenge skal kompensere manglende inntekt som skyldes egen eller andres sykdom. Et viktig tilleggsformål med disse ytelsene er å bringe personen tilbake til arbeidsmarkedet, ved at vedkommende blir frisk eller omskoleres til annet arbeid. Utbetalingene skal derfor kombineres med oppfølging av og plikter for mottaker. Der oppfølging blir vanskelig eller umulig dersom personen ikke oppholder seg i Norge, eller opphold utenlands medfører at vedkommende ikke kan utføre pålagte plikter, vil EØS-retten normalt ikke være til hinder for at det kreves samtykke fra trygdemyndighetene, eventuelt omlegging av plikter som forutsetter opphold på trygdestatens territorium, før utenlandsreise kan skje. Det følger av dette at en ordning der ytelsen beholdes hvis det kan godtgjøres at utenlandsoppholdet er forenelig med pålagte plikter og heller ikke hindrer oppfølging og kontroll, kan la seg forene med EØS-retten.

Folketrygdloven pålegger medlemmet å opplyse om endringer som kan være avgjørende for om vedkommende har rett til ytelsen eller for å kontrollere ytelsens størrelse.⁸ Det er straff for å gi uriktige opplysninger eller holde tilbake opplysninger som «er viktige for rettigheter og plikter» etter folketrygdloven.⁹ Det er også straff for ikke å gi de opplysninger og meldinger man er pålagt med hjemmel i loven.¹⁰ Selv der nasjonale regler lovlig kan hindre fri bevegelse, må sanksjonene ved brudd på slike regler overholde EØS-rettslige krav. Dette innebærer at sanksjonen ved regelbrudd ikke kan stå i et slikt misforhold til overtredelsens grovhet at sanksjonen i seg selv utgjør en hindring for fri bevegelse.

Utvalget konkluderer med at det kravet til forutgående samtykke som folketrygdloven oppstiller for adgangen til å motta arbeidsavklaringspenge, sykepenge eller pleiepenge under opphold i en annen EØS-stat, må praktiseres i samsvar med EØS-rettslige begrensninger i de situasjoner der forordning 883/2004 kommer til anvendelse. Utvalget mener derfor at det siden 1. juni 2012 har vært i strid med Norges forpliktelser etter EØS-retten, og, siden folketrygdloven skal forstås med de modifikasjoner som følger av forordning 883/2004,¹¹ norsk rett, å nekte syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenge utelukkende med den begrunnelse at mottaker befinner seg i en annen EØS-stat.

⁸ Folketrygdloven § 21-3 første ledd.

⁹ Folketrygdloven § 25-12 første ledd.

¹⁰ Folketrygdloven § 25-12 annet ledd.

¹¹ Se trygdeforordningsforskriften § 1 tredje ledd jf. første ledd.

1. Innledning

1.1 Om denne delutredningen

Utvalget for ekstern gransking av håndtering og praktisering av EUs trygdeforordning ble oppnevnt i statsråd 8. november 2019. Utvalget er satt ned for å få gjennomført en grundig og fullstendig gjennomgang av årsakene til at folketrygdlovens regler om syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger er praktisert slik at retten til disse kontantytelsene er nektet der medlemmer av folketrygden bosatt i Norge har oppholdt seg i andre EØS-land.¹²

Det fremgår av utvalgets mandat at det kan avgi delutredninger. Utvalget fant at det kunne være hensiktsmessig, både for eget og andres arbeid, om det avga en delutredning som behandler EØS-rettslige spørsmål oppholds krav reiser. Utredningen er ferdigstilt noe tid etter at utvalgets medlem Jens Edvin A. Skoghøy ble fritatt for vervet fordi han hadde søkt stilling som dommer i Høyesterett. Etter Skoghøys fratreden ble Asbjørn Strandbakken oppnevnt som medlem i utvalget med virkning fra 1. mars 2020. Utredningen ble ferdigstilt i møte 2. mars 2020.

Utvalget er forelagt Arbeids- og velferdsdirektoratets juridiske vurdering datert 27. oktober 2019, hvor det konkluderes at forordning 883/2004 innebærer at det «ikke [vil] være anledning til å avslå krav om kontantytelser alene på bakgrunn av at bruker oppholder seg i et annet EØS-land». Denne konklusjonen, som ikke er bindende for utvalget, kan utvalget tiltre.

1.2 Om trygdeforordningene og de alminnelige reglene om fri bevegelighet

1.2.1 Trygdeforordningens koordinerende funksjon

Forordning 883/2004 og den tilhørende forordning 987/2009 regulerer forholdet mellom EØS-statenes trygdeordninger. Forordningene avløser forordning 1408/71 og forordning 574/72, og er ment å erstatte, forenkle og modernisere reglene.¹³ Samtidig utvides forordningens personelle anvendelsesområde slik at alle EØS-borgere, statsløse personer og flyktninger som er bosatt i en EØS-stat og som er eller har vært omfattet av en eller flere EØS-staters lovgivning, og deres familiemedlemmer og etterlatte er omfattet, ikke bare personer som er eller har vært i økonomisk aktivitet, jf. artikkel 2.

Forordningenes hovedformål er å regulere hvilket lands trygdeordning som kommer til anvendelse når, og å sikre at opptjente trygderettigheter ikke går tapt dersom medlemmet

¹² Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd. Det heter i §§ 8-9, 9-4 og 11-3 at opphold i Norge er et vilkår for rett til henholdsvis syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger, men bestemmelsene gir hjemmel til å dispensere fra dette kravet.

¹³ 883/2004, fortalen avsnitt 3.

flytter til en annen EØS-stat.¹⁴ Forordningene regulerer derfor i utgangspunktet ikke innretningen av medlemsstatenes trygdeordninger; de koordinerer bruken av dem.¹⁵ Trygdeordningene er fortsatt nasjonale. Dette betyr at hverken spørsmålet om hvilke trygdeordninger en stat har, eller spørsmålet om hvilke vilkår som må være oppfylt for å motta trygdeytelser, er harmonisert gjennom forordningene. EU-domstolen har i en rekke avgjørelser påpekt at eksistensen av ulike nasjonale trygdeordninger innebærer at utøvelsen av fri bevegelighet kan få betydning for retten til ytelser i henhold til de ulike ordningene, uten at dette er i strid med EU-retten. Det samme gjelder under EØS-avtalen.

Selv om trygdeforordningene i prinsippet stiller medlemsstatene fritt i utformingen av nasjonale trygdeordninger, må ordningene like fullt ligge innenfor rammene av hva EØS-retten tillater. Dette innebærer blant annet at nasjonale trygderegler må tilfredsstille de kravene som følger av de alminnelige reglene om fri bevegelighet for personer, varer, tjenester og kapital. I tillegg må de nasjonale trygdeordningene oppfylle trygdeforordningenes krav til hvilken betydning opphold i andre EØS-stater kan tillegges.

Trygdekoordineringsreglene har tett forbindelse med reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft og selvstendig næringsdrivende. Dels skal de sikre arbeidstakere og næringsdrivende fra andre medlemsstater samme rettigheter som personer hjemmehørende i den aktuelle staten, og dels skal de sikre at opptjeningstid og opptjente ytelser kan tas med til andre medlemsstater. På denne måten legger forordningene til rette for fri bevegelighet av personer. En side ved dette er at ikke bare statsborgere i EØS-stater er rettighetssubjekter, men også disses familiemedlemmer. I trygdeforordningene fremgår dette uttrykkelig.¹⁶ Utenfor de situasjonene som reguleres av forordningene, følger dette av EU-domstolens praksis om forordning 492/11 artikkel 7. Denne forordningen er gjennomført i norsk rett ved EØS-arbeidstakerlova.¹⁷

1.2.2 Reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende

De alminnelige reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere og om etableringsrett, som gir næringsdrivende en rett til fri bevegelighet, følger av bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel. EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, og skal legges til grunn dersom de er i konflikt med andre regler i norsk rett. Slik har det vært siden 1. januar 1994.

Reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende er strukturert som forbud mot restriksjoner, supplert med unntak. For så vidt gjelder det

¹⁴ Se Traktat om den europæiske unions funktionsmåte (TEUF) artikkel 48, og tilsvarende EØS-avtalen artikkel 29.

¹⁵ Se forordning 883/2004, fortalen avsnitt 4, samt gjentatte uttalelser i praksis både fra EU- og EFTA-domstolen.

¹⁶ Se forordning 1408/71 artikkel 2 og forordning 883/2004 artikkel 2.

¹⁷ Lov 14. desember 2012 nr. 81. Forordningen erstatter forordning 1612/68, som var gjennomført i norsk rett ved lov 27. november 1992 nr. 112. Om forståelsen av denne, se sak 94/84 *Deak*.

nærmere innholdet i restriksjonsbegrepet, viser rettspraksis at reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere forstås slik at både tiltak som uttrykkelig forskjellsbehandler på grunnlag av nasjonalitet, og tiltak som fremstår nasjonalitetsnøytrale, men som i praksis rammer arbeidstakere fra andre EØS-stater hardere enn arbeidstakere hjemmehørende i vertsstaten, er å anse som restriksjoner på den frie bevegelighet.¹⁸ Slike restriksjoner er i utgangspunktet forbudt. EU-domstolen har lagt til grunn at motstykket til EØS-avtalen artikkel 28, TEUF artikkel 45,

«er til hinder for enhver foranstaltning, som ganske vist finder anvendelse uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, men som kan gøre det vanskeligere eller mindre attraktivt for unionsborgerne at udøve de i traktaten sikrede grundlæggende friheder (dom af 6.10.2016, Adrien m.fl., C-466/15, EU:C:2016:749, præmis 26). Selv restriktioner af den frie bevægelighed for personer med ringe rækkevidde eller af mindre betydning er følgelig forbudt i henhold til artikel 45 TEUF (jf. i denne retning dom af 12.7.2012, Kommissionen mod Spanien, C-269/09, EU:C:2012:439, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis).»¹⁹

Siktemålet med de aktuelle bestemmelsene er med andre ord å

«undgå, at en arbeidstager, der har benyttet sin ret til fri bevegelse, uden saglig begrunnelse behandles ringere end en arbeidstager, der har tilbragt hele sit arbeidsliv i én og samme medlemsstat (dom af 12.6.2012, Hudzinski og Wawrzyniak, C-611/10 og C-612/10, EU:C:2012:339, præmis 80 og den deri nævnte retspraksis).»²⁰

EØS-avtalen artikkel 31 flg. forbyr restriksjoner i etableringsretten, og dermed også næringsdrivendes bevegelighet. EFTA-domstolen har, som EU-domstolen, forstått reglene slik:

«Tiltak som kan hindre utøvelsen av de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen, eller gjøre den mindre interessant, er, selv om de får anvendelse uten hensyn til nasjonalitet, en krenkelse av disse friheter som må rettfærdiggjøres». ²¹

I *Holship*-dommen fikk dette tilslutning fra Høyesterett i plenum.²² Vurderingen blir derfor den samme her som i relasjon til reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere.

Restriksjonsbegrepet har for alle praktiske formål det samme innhold uavhengig av hvilken frihet det er tale om, og er vidt nok til å ramme både hjemstats- og vertsstatsrestriksjoner. I EU-retten ser vi det samme, og da slik at den alminnelige rett til

¹⁸ Se EØS-avtalen artikkel 28 flg.

¹⁹ Sak C-420/15 *straffesak mot U*, avsnitt 20.

²⁰ Forente saker C-95/18 og C-96/18 *van den Berg*, avsnitt 75.

²¹ Sak E-14/15 *Holship Norge AS mot Transportarbeiderforbundet*, avsnitt 115.

²² Se HR-2016-2554-P *Holship Norge AS mot Transportarbeiderforbundet*.

fri bevegelighet for personer unionsborgerskapet gir, er et forbud mot tiltak som kan hindre eller gjøre det mindre attraktivt å reise til andre medlemsstater.

Det kan derfor ikke være tvil om at det er en restriksjon på den frie bevegelighet for arbeidstakere og på etableringsretten å knytte betingelser til syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger som forutsetter opphold i trygdestaten og dermed vanskeliggjør reiser i EØS-området. Hvorvidt slike begrensninger likevel kan oppstilles, vil måtte drøftes i relasjon til de kravene EØS-retten stiller.

1.2.3 Trygdeforordningene og retten til fri bevegelighet uavhengig av økonomisk aktivitet i EU

Med forordning 833/2004 ble som nevnt det personelle anvendelsesområdet for trygdeforordningene utvidet til å omfatte også ikke-økonomisk aktive. Utvidelsen har sammenheng med innføringen av et unionsborgerskap i EU. Dette ble introdusert med Maastrichttraktaten (1992). I dag finner vi reglene om unionsborgerskapet i «Traktat om den europæiske unions funksjonsmåde» (TEUF), artiklene 20 til 23. Unionsborgerskapet gir rett til å ferdes og oppholde seg fritt i hele EU, og følger direkte av det å være statsborger i en medlemsstat, uten ytterligere vilkår om tilknytning til nærings- eller arbeidsliv.²³ Med unionsborgerskapet fikk dermed retten til fri bevegelighet for personer et ytterligere grunnlag. Den ble en rettighet i seg selv, ikke bare en rettighet knyttet til økonomisk aktivitet.²⁴ Samtidig er det grunn til å merke seg at den særskilte hjemmelen i TEUF artikkel 21 til å treffe tiltak på trygdeområdet for å sikre den rett til fri bevegelighet unionsborgerskapet gir, ikke er benyttet.²⁵

Unionsborgerskapet gir statsborgere i EUs medlemsstater en generell rett til fri bevegelighet, og et EU-rettslig vern mot begrensninger i denne bevegelsesfriheten. Bopels- og oppholdsbedingungen knyttet til retten til å motta trygdeytelser begrenser bevegelsesfriheten ved at ytelsene mistes dersom man reiser til en annen medlemsstat. Unionsborgerskapet setter rammer for medlemsstatenes mulighet til å diskriminere egne ikke-økonomisk aktive borgere som utnytter retten til fri bevegelighet. Det foreligger omfattende praksis fra EU-domstolen om dette siden begynnelsen av år 2000.

EU-domstolens praksis om unionsborgerskapets selvstendige betydning for trygderettigheter og velferdsordninger generelt er i dag omfattende og omdiskutert. Allerede i sak C-224/98 *D'Hoop* fant EU-domstolen at den alminnelige rett til fri bevegelighet unionsborgerskapet gir, er til hinder for at hjemstaten knytter negative

²³ TEUF artiklene 20 og 21.

²⁴ Retten til fri bevegelighet ut over tre måneders oppholdstid er likevel ikke helt ubetinget. Det følger av direktiv 2004/38 artikkel 7 at det er et krav at man ikke er en byrde for oppholdslandet ved opphold ut over tre måneder.

²⁵ Se fortalen til forordning 833/2004, hvor det fremgår at forløperen til TEUF artikkel 20, Traktat om det europæiske fællesskab (TEF) artikkel 18, ikke utgjør en del av hjemmelsgrunnlaget for forordningen.

virksomheter til egne statsborgeres opphold i andre medlemsstater.²⁶ Dette er fulgt opp i en rekke avgjørelser, og så sent som i sak C-679/16 A, fant EU-domstolen at en finsk ordning som gjorde funksjonshemmedes rett til personlig assistanse betinget av opphold på finsk territorium, var en ulovlig restriksjon på den alminnelige rett til fri bevegelighet unionsborgerskapet gir.²⁷

En sak som illustrerer unionsborgerskapets betydning i trygdesammenheng, men også grensen for dets rekkevidde, er sak C-406/04 *De Cuyper*. Saken gjaldt en betingelse om bopel og faktisk bosted i Belgia for rett til dagpenger under arbeidsledighet. De Cuyper hadde oppgitt til belgiske myndigheter at han var enslig og faktisk bodde i Belgia. Realiteten var imidlertid at selv om han hadde en leilighet i Belgia, var han her bare en gang i kvartalet. Ellers oppholdt han seg i Frankrike. Da belgiske myndigheter oppdaget forholdet, stanset de utbetalingene og krevde utbetalte ytelser tilbakeført. Situasjonen ble ikke regulert av forordning 1408/71, men De Cuyper gjorde gjeldende at bopelskravet var en ulovlig restriksjon på hans rett til fri bevegelighet som unionsborger. Belgiske myndigheter anførte at bopelskravet var nødvendig av kontrollhensyn.

EU-domstolen fant at bostedskravet utgjorde en restriksjon, men at hensynet til kontroll med at de som mottar ytelser også tilfredsstillende vilkårene for å motta dem, begrunnet bopelskravet. Administrative kontrollhensyn ble dermed ansett mer tungtveiende enn retten til fri bevegelighet.²⁸ Saken viser den selvstendige betydningen reglene om unionsborgerskap kan ha for de spørsmål utvalget behandler.

1.2.4 Trygdeforordningene og retten til fri bevegelighet uavhengig av økonomisk aktivitet i EØS

Det er betydningen av EØS-retten, herunder trygdeforordningene som EØS-rett, som er tema i det følgende.²⁹ EØS-avtalens hoveddel har ingen bestemmelser som svarer til dem vi finner om unionsborgerskap i TEUF. Når EØS-avtalen ikke gir grunnlag for noe «EØS-borgerskap» tilsvarende unionsborgerskapet, er spørsmålet hvilken betydning dette har. Spørsmålet er om vi her er på et område der EØS-retten ikke er sammenfallende med EU-retten. Svaret på dette spørsmålet kan ha betydning for rettsstillingen til de medlemmer av folketrygden som ikke har benyttet seg av retten til fri bevegelighet for arbeidskraft eller etableringsretten, og hovedtyngden av disse vil være norske statsborgere.

²⁶ Se sak C-224/98 *D'Hoop*, avsnitt 29 flg.

²⁷ Se også sak C-503/09 *Stewart*, avsnitt 81 flg.

²⁸ Se også sak C-228/07 *Petersen*, der EU-domstolen etter en konkret vurdering knyttet til en ytelse med litt andre karakteristika fant at et bopelskrav ikke var berettiget. Praksis fra EU-domstolen er til dels sprikende og ofte konkret begrunnet.

²⁹ Forordning 1408/71 og den tilhørende forordning 574/72 utgjorde en del av den EU-rett EØS-avtalen omfattet da den ble undertegnet. Forordning 883/2004 og forordning 987/2009 ble innlemmet i EØS-avtalen i 2011 ved EØS-komiteens beslutning nr. 76/11 av 1. juli 2011 om endring av EØS-avtalens vedlegg VI (Trygd) og protokoll 37.

Et grunnleggende hensyn ved tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser er hensynet til samsvar mellom de regler EØS-avtalen gir grunnlag for, og de som gjelder i EU-retten. Dette innebærer at med mindre det foreligger særtrekk ved EØS-avtalen som tilsier noe annet, skal det ikke spille noen rolle for tolkningen om den skjer i en EØS-rettslig eller en EU-rettslig kontekst. Fraværet av en parallell til EUs unionsborgerskap i EØS-avtalen er et slikt særtrekk, som etter omstendighetene kan begrunne ulike tolkninger.

Når forordning 833/2004 utvidet det personelle anvendelsesområdet for trygdeforordningene til å omfatte også ikke-økonomisk aktive, hadde det sammenheng med innføringen av unionsborgerskapet i EU. Ved innlemmelsen av forordningen i EØS-avtalen ble det imidlertid ikke foretatt noen justeringer for dette, i motsetning til ved innlemmelsen av det såkalte unionsborgerdirektivet. Da påpekte EØS-komiteen særskilt at begrepet «unionsborgerskap» ikke inngår i avtalen.

EU-domstolens avgjørelser viser at EU-retten i hvert fall på tidspunktet da forordning 883/2004 ble innlemmet i EØS-avtalen ga grunnlag for en alminnelig rett til fri bevegelighet for personer med betydning også for adgangen til stille krav om opphold i trygdestaten for rett til kontantytelser.

EFTA-domstolens praksis viser at den strekker seg langt for å realisere målsettingen om at EØS-retten skal gi de samme rettigheter som EU-retten gjør på de områder EØS-avtalen dekker. EFTA-domstolen søker derfor gjerne å oppstille samme regel i EØS som den som gjelder i EU, selv om rettsgrunnlaget da må bli et annet enn i EU.³⁰ Utvalget mener at dette tilsier at forordningen forstått i EØS-kontekst vil gi de samme materielle resultater for de ytelses denne utredningen gjelder som de resultater EU-retten gir.³¹

Et samlet utvalg er derfor enige om at spørsmålet om unionsborgerskapets betydning i EØS ikke kommer på spissen for folketrygdlovens regler om syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger i tiden etter gjennomføringen av trygdeforordning 833/2004. Det kan derfor legges til grunn at det fra det tidspunktet forordning 883/2004 ble gjennomført i norsk rett, må regler og vedtak som medfører at retten til kontantytelser ved sykdom bortfaller der medlemmet reiser til en annen EØS-stat vurderes mot retten til fri bevegelighet for personer.

Det kan reises spørsmål om det også før 1. juni 2012 var EØS-rettslig grunnlag for en alminnelig rett til fri bevegelighet for personer uavhengig av økonomisk aktivitet. En EØS-rettslig ramme som utvilsomt gjaldt også tiden før 1. juni 2012 er reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft og etableringsrett. Disse reglene er anvendelige der det er et grenseoverskridende element knyttet til arbeidsforholdet eller den selvstendige næringsvirksomheten. Reglene kommer derfor til anvendelse der et medlem av trygden er

³⁰ Et klart eksempel er avgjørelsen i sak E-28/15 *Jabbi*, avsnitt 49 flg.

³¹ Mer om den generelle problemstillingen i Karin Fløistad, *The EEA Agreement in a Revised EU Framework for Services*, Springer 2018, se også Pål Wennerås, *Merknader til Article 6 EEA Homogeneity* og Karin Fløistad, *Merknader til Articles 28 and 29, Free movement of persons*, begge i Finn Arnesen et al. (eds.), *Agreement on the European Economic Area – A Commentary* (Baden-Baden 2018) (*Arnesen et al.*).

statsborger i en annen EØS-stat og arbeider eller driver selvstendig næringsvirksomhet i Norge. Reglene kommer også til anvendelse der norske statsborgere arbeider eller har arbeidet i andre EØS-stater, men ikke der det ikke foreligger noe grenseoverskridende element knyttet til arbeidsforholdet. De fleste av de av folketrygdens medlemmer som er omfattet av reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft og etableringsrett, vil trolig være statsborgere fra andre EØS-stater.

Det har siden 1. januar 1994, for så vidt gjelder de personer som er omfattet av reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft og etableringsrett, vært i strid med norsk rett å nekte disse kontantytelser ved sykdom utelukkende med den begrunnelse at de oppholder seg i en annen EØS-stat.³²

Det har imidlertid ikke vært i strid med disse reglene å nekte personer som ikke har benyttet seg av retten til fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende etter EØS-retten slike kontantytelser utelukkende med den begrunnelse at de oppholder seg i en annen EØS-stat. Spørsmålet blir dermed om andre EØS-rettslige regler er til hinder for slike nektelser.

Et mulig grunnlag kan være innlemmelsen av direktiv 2004/38, unionsborgerdirektivet, i EØS-avtalen, og gjennomføringen av det i norsk rett. Ved innlemmelsen påpekte som nevnt EØS-komiteen særskilt at begrepet «unionsborgerskap» ikke inngår i avtalen. I tillegg avga avtalepartene en felleserklæring. Oppmerksomheten i denne erklæringen er imidlertid rettet mot andre spørsmål enn unionsborgerbegrepets eventuelle betydning for tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser om trygd.³³

Etter sin ordlyd gir unionsborgerdirektivet, med unntak for artikkel 4 som gir rett til utreise, rettigheter overfor andre EØS-stater enn den man er statsborger i. Tatt på ordet, gir derfor ikke unionsborgerdirektivet norske statsborgere rettigheter overfor norske myndigheter. EFTA-domstolen har imidlertid, ut fra hensynet til materiell homogenitet mellom EØS-rett og EU-rett, tolket direktivet slik at det også gir rettigheter overfor egen stat. Hvorvidt dette innebærer at unionsborgerdirektivet, forstått i en EØS-rettslig sammenheng, gir den samme rett til fri bevegelighet innenfor EØS som unionsborgerskapet gir i EU, er likevel uavklart.

³² Ytelsen arbeidsavklaringspenger erstattet 1. mars 2010 ytelsene yrkesrettet attføring, rehabiliteringspenger og tidsbegrenset uførestønad. Spørsmålet om oppholds krav knyttet til retten til å motta disse ytelsene utgjør en restriksjon på de friheter som følger av EØS-retten, vil være den samme som ved vurderingen av oppholds krav knyttet til arbeidsavklaringspenger. Karakteristika ved ytelsene yrkesrettet attføring, rehabiliteringspenger og tidsbegrenset uførestønad kan imidlertid ha betydning for vurderingen av om restriksjonen kan opprettholdes, og for plasseringen av dem i de kategorier forordning 1408/71 opererer med.

³³ Se EØS-komiteens beslutning 158/2007 av 7. desember 2007 om endring av EØS-avtalens vedlegg V (Fri bevegelighet av arbeidstakere) og vedlegg VIII (Etableringsrett), og den tilknyttede felleserklæringen. Beslutning og erklæring er publisert i EU-tidende L 124 8.5. 2008 s. 20 og, på norsk, i EØS-tillegget til EU-tidende nr. 26, 8. mai 2008 s. 17.

Et annet grunnlag kan være reglene om fri bevegelighet for tjenester, som følger av EØS-avtalen artikkel 36 flg. Utvalgets flertall, alle bortsett fra utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken, kan ikke på nåværende tidspunkt konkludere med at reglene om fri bevegelse av tjenester kommer til anvendelse i de sakene som eventuelt ikke omfattes av reglene om fri bevegelse av arbeidskraft og reglene om retten til fri etablering, for tiden før 1. juni 2012. Flertallet mener at spørsmålet om tjenesteregulering kommer til anvendelse, må få sin avklaring i EFTA-domstolen. Dette vil ha betydning for omfanget av saker som må gjennomgås, for tiden før 1. juni 2012. Utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken deler ikke denne oppfatningen, og redegjør derfor særskilt for sin oppfatning av rettstilstanden på disse punktene. Dette gjøres i punkt 5.

1.3 Opplegget videre

Den sentrale funksjonen til trygdeforordningene er å koordinere EØS-statenes trygdeordninger, ikke harmonisere dem. Forordningenes vesentlige funksjon er derfor å sikre at personer som beveger seg fra én EØS-stat til en annen ikke skal miste ytelser de har opptjent, og at de får uttelling for tid knyttet til andre EØS-staters trygdesystemer. Samtidig skal forordningene sikre at det ikke gis dobbelt uttelling for samme aktivitet.

Trygdeforordningene koordinerer ikke alle velferdsytelser, men slike som møter forordningenes definisjoner. Det er derfor nødvendig å plassere syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger i forordningenes kategorier. Dette gjøres i punkt 2. Frem til den någjeldende trygdeforordningen, forordning 883/2004, trådte i kraft i EØS, skjedde koordineringen i EØS gjennom forordning 1408/71. Utvalget drøfter hvilken betydning denne forordningen hadde for retten medlemmer av folketrygden bosatt i Norge hadde til å motta syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger ved opphold i andre EØS-stater i punkt 3. Den gjeldende forordningen, forordning 883/2004, behandles i punkt 4. I punkt 5 følger utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakkens drøftelse av reglene om fri bevegelighet for tjenester, og i punkt 6 redegjøres det for hvilken betydning uenigheten innad i utvalget har for de øvrige spørsmål utvalget behandler. I punkt 7 redegjør utvalget kort for EØS-rettens betydning for folketrygdlovens krav om opphold i Norge for rett til syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger.

2. Syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger i forordningenes system

Forordning 1408/71 og 883/04 skiller begge mellom kontantytelser og naturalytelser, og mellom årsakene til at ytelsen gis, f.eks. sykdom eller uførhet. Reguleringen i forordningene viser til denne kategoriseringen, og det er derfor nødvendig å plassere syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger i forordningenes kategorier.³⁴ Dette må skje etter EØS-rettslige kriterier,³⁵ og det er derfor uten betydning hvordan disse ytelsene er karakterisert i norsk rett.

Det følger allerede av ordlyden at den sentrale forskjellen mellom kontantytelser og naturalytelser er at førstnevnte gis i form av penger, mens sistnevnte gis i form av varer eller tjenester. Forordningene inneholdt da de ble vedtatt, ingen nærmere definisjon av uttrykkene, men EU-domstolen har utviklet nærmere retningslinjer for hvordan ulike ytelser skal kategoriseres. Denne praksisen ble kodifisert i endringsforordning 988/09, slik at naturalytelser nå defineres som ytelser som skal

«levere, gjøre tilgjengelig, betale direkte eller refundere utgifter til legehjelp og legemidler samt tjenester knyttet til legehjelpen».³⁶

Endringsforordningen definerer ikke kontantytelser, men det følger motsetningsvis, og av fast praksis i EU-domstolen, at kontantytelser kjennetegnes ved at de skal «skaffe en syg arbeidstager kompensasjon for løntab».³⁷ Ved vurderingen av om en ytelse gjør det, skal det blant annet legges vekt på om betaling skjer ved faste overføringer, om summen er fast og uavhengig av kostnadene til medlemmet, og hvilken frihet medlemmet har med hensyn til hva pengene brukes til.³⁸

Vurdert mot disse kriteriene, er det ikke tvil om at syke- pleie- og arbeidsavklaringspenger er «kontantytelser». Pengene gis for å kompensere manglende

³⁴ Ytelsen arbeidsavklaringspenger erstattet 1. mars 2010 ytelsene yrkesrettet attføring, rehabiliteringspenger og tidsbegrenset uførestønad. Karakteristika ved disse kan ha betydning for plasseringen av dem i de kategorier forordning 1408/71 opererer med. Som det vil fremgå, faller rene kontantytelser ved sykdom utenfor det materielle virkeområdet til denne forordningen. Utvalget har derfor ikke sett grunn til å drøfte plasseringen av disse ytelsene i forordningens system nærmere.

³⁵ Nærmere om kriteriene for bedømmelsen, se sak C-372/18 *Dreyer*, avsnitt 31 flg. og den rettspraksis det vises til der.

³⁶ Forordning (EU) 988/2009 artikkel 1 nr. 3, publisert i EØS-tillegget til EU-tidende nr. 70/2012 s. 59.

³⁷ Sak C-466/04 *Acereda Herrera* avsnitt 31, sak C-160/96 *Molenaar* avsnitt 31.

³⁸ Se nærmere om dette i kommentaren til avdeling 2 kapittel I i forordning 883/2004 i Maximilian Fuchs og Rob Cornelissen (ed.) *EU Social Security Law – A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009* (Baden-Baden 2015) (*Fuchs og Cornelissen*).

inntekt, utbetales som en fast sum og det legges ingen nærmere føringer på hvordan pengene disponeres.³⁹

Videre må det vurderes om ytelsene er blant dem som omfattes av forordningene, og i så fall hvilken kategori ytelsene faller inn under.⁴⁰ Dette er spørsmålet om ytelsene er gitt i henhold til «trygdeordninger» slik dette begrepet er forstått i EU/EØS-retten. Forordningene inneholder ikke selv noen definisjon av hva som er en trygdeytelse, men EU-domstolen har i sin praksis lagt til grunn at forordning 883/2004 omfatter enhver ytelse som

«tildeles de berettigede uden nogen individuel bedømmelse af deres personlige behov, men efter lovbestemte kriterier, og forudsat for det andet, at den vedrører én af de sociale risici, der udtrykkelig er anført i artikel 3, stk. 1».⁴¹

Tilsvarende er lagt til grunn for forordning 1408/71.⁴² Når det gjelder den nærmere grensedragningen mellom de ulike trygdeytelsene, knytter den seg til hvilken risiko ytelsen skal kompensere for. Det sentrale ved vurderingen er altså om formålet er å kompensere for den risikoen som materialiseres ved sykdom. Ytelsene utvalget skal vurdere, gis alle etter lovbestemte kriterier, og kompenserer for manglende inntekt som skyldes sykdom.⁴³ Det har etter utvalgets syn ikke betydning for vurderingen av pleiepenger at ytelsen gis på grunn av andres sykdom. Utvalget er etter dette kommet til at syke- pleie- og arbeidsavklaringspenger er «kontantytelser» som gis ved «sykdom». Adgangen å motta ytelsene under reise i EØS må derfor vurderes mot forordningenes regler for disse ytelsene.

Utvalget noterer at norske myndigheter har gitt uttrykk for det samme synet i erklæringer gitt i medhold av forordning 883/2004 artikkel 9,⁴⁴ og registrerer samtidig at det finnes andre syn på dette spørsmålet.⁴⁵ Adgangen til å gjøre rett til syke-, pleie- og arbeidsavklaringspenger betinget av opphold på trygdestatens territorium må etter utvalgets oppfatning vurderes mot forordningenes regler om kontantytelser ved sykdom.

³⁹ Se formålsbestemmelsen til folketrygdlovens regler om sykepenger i § 8-1, pleiepenger i § 9-1 og arbeidsavklaringspenger i § 11-1.

⁴⁰ Forordningens avdeling 2 gir regler for en lang rekke ulike typer ytelser, hvor én av disse er ytelser ved «sykdom».

⁴¹ Sak C-372/18 *Dreyer*, avsnitt 32, med videre henvisning til sak C-249/83 *Hoeckx* avsnitt 12 – 14, sak C-433/13 *Kommissjonen mot Slovakia*, avsnitt 71 og sak C-679/16 avsnitt 32.

⁴² Sak C-160/96 *Molenaar* avsnitt 20, med videre henvisning til sak C-249/83 *Hoeckx* avsnitt 12 – 14, sak C-122/84 *Scrivner* avsnitt 19 – 21 og sak C-78/91 *Hughes* avsnitt 15.

⁴³ Se formålsbestemmelsen til folketrygdlovens regler om sykepenger i § 8-1, pleiepenger i § 9-1 og arbeidsavklaringspenger i § 11-1.

⁴⁴ Slike erklæringer er bindende i den forstand at meldte ordninger vil være å anse som ordninger omfattet av forordningen.

⁴⁵ Se her Karl Arne Utgård i «Trygdesaka – ein gjennomgang av dei grunnleggande rettsreglane», <https://rett24.no/articles/trygdesaka--ein-gjennomgang-av-dei-grunnleggande-rettsreglane>, 19.02.2020.

3. Frem til 1. juni 2012, forordning 1408/71

3.1 Innledning

Forordning 2004/883 ble innlemmet i EØS-avtalen 1. juli 2011, og gitt virkning fra 1. juni 2012.⁴⁶ Forordningen erstattet forordning 1408/71. Før juni 2012 var det altså forordning 1408/71 som regulerte koordineringen av trygdeytelser i EØS. Redegjørelsen for rettstilstanden før juni 2012 tar derfor utgangspunkt i reguleringen i denne tidligere forordningen.

Forordningen stiller ikke krav om at medlemmet må ha benyttet seg av den rett til fri bevegelighet som følger av EØS-avtalens hoveddel. Det avgjørende er om medlemmet er omfattet av forordningens personelle virkeområde, om den trygdeytelsen det er tale om, er koordinert gjennom forordningen, og om forordningen regulerer den aktuelle situasjonen.

Forordningens avdeling III gir særskilte bestemmelser for de ytelsene forordningen koordinerer. Avdeling III kapittel 1 gjelder ytelser ved «sykdom, svangerskap eller fødsel». Kapitlets avsnitt 2 regulerer koordineringen av disse ytelsene for «arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende», og gjelder blant annet situasjoner der vedkommende oppholder seg i eller ønsker å flytte til en annen EØS-stat enn trygdestaten. Utvalget kommer nærmere tilbake til artiklene 19 og 22, som regulerer bosted og opphold i annen EØS-stat, i punkt 3.2.

EU-domstolen har fastslått

«at forordning nr. 1408/71 ikke indfører en fælles sosialsikringsordning, men udelukkende har til formål at sikre en samordning af medlemsstaternes nationale sikringsordninger, som fortsat består. I henhold til fast retspraksis bevarer medlemsstaterne således deres kompetence til selv at udforme deres sociale sikringsordninger (jf. bl.a. dom af 21.2.2013, Salgado González, C-282/11, EU:C:2013:86, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

I mangel af harmonisering på EU-niveau tilkommer det følgelig hver medlemsstat i lovgivningen navnlig at fastsætte de betingelser, som en person skal opfylde for at være berettiget til ydelser (dom af 21.2.2013, Salgado González, C-282/11, EU:C:2013:86, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

Ved udøvelsen af denne kompetence skal medlemsstaterne imidlertid overholde EU-retten og navnlig EUF-traktatens bestemmelser om unionsborgeres ret til at færdes og opholde sig på medlemsstaternes område (dom af 21.2.2013, Salgado González, C-282/11, EU:C:2013:86, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).⁴⁷

Dette er fulgt opp av EFTA-domstolen, jf sak E-6/12, hvor EFTA-domstolen påpeker:

⁴⁶ EØS-komitebeslutning nr. 76/2011, 1. juli 2011, publisert i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 54 av 6.10.2011, s. 46.

⁴⁷ Sak C-189/16 *Zaniewicz-Dybeck*, avsnittene 38 til 40.

«It must also be kept in mind that, according to established case law, the Regulation provides for coordination of the applicable national law and not harmonisation of the social security legislations of the EEA States (see Tsomakas and Others, cited above, paragraph 27, and Jonsson, cited above, paragraph 55). This entails, first, that the choice of law rules of the Regulation are binding in the sense that a Contracting Party cannot decide the extent to which its own legislation or that of another State applies (see Tsomakas and Others, cited above, paragraph 28).

Second, the Regulation does not detract from the power of the EEA States to organise their social security systems. In the absence of harmonisation at EEA level, it is thus for each EEA State to determine in national legislation the conditions on which social security benefits are granted. However, in such circumstances, the EEA States must nevertheless comply with EEA law when exercising that power (see Jonsson, cited above, paragraph 55).»⁴⁸

Dette viser hvilken frihet statene har på trygdeområdet. Dette innebærer imidlertid også at man ikke kan slå seg til ro med at nasjonale trygderegler lar seg forene med forordningen. Det må også vurderes om trygdereglene er i samsvar med de krav øvrig EØS-rett stiller.

3.2 Nærmere om forordning 1408/71 artikkel 19 og 22

Forordning 1408/71 regulerer i artikkel 19 og 22 en rekke situasjoner hvor et medlem har bosted eller opphold i en annen EØS-stat. Bestemmelsene er ikke strukturert etter type ytelse, men etter faktisk situasjon. Det er derfor nødvendig å se på reguleringen av både naturalytelser og kontantytelser, selv om ytelsene utvalget er opptatt av, er kontantytelser.

Artikkel 19 nr. 1 regulerer situasjonen hvor medlemmet er bosatt i en annen EØS-stat, og lyder slik i norsk versjon:

«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

⁴⁸ Sak E-6/12 *ESA mot Norge* (Barnetrygd), avsnittene 71 og 72.

på bostedet, kan ytelsene likevel gis av sistnevnte institusjon for førstnevntes regning i samsvar med bestemmelsene i den kompetente stats lovgivning.»⁴⁹

Det følger av sammenhengen med artikkel 22, som gjelder flytting til annen EØS-stat, at bestemmelsen er begrenset til å gjelde situasjonen hvor et medlem oppfylder vilkårene for rett til en ytelse mens vedkommende bor i en annen EØS-stat enn trygdestaten.⁵⁰ For kontantytelser er regelen den at medlemmet har rett til ytelser fra trygdestaten, i tråd med dennes lovgivning. For naturalytelser er det slik at medlemmet skal motta ytelsene fra oppholdsstaten, i tråd med dennes lovgivning. Artikkel 19 har begrenset interesse i en redegjørelse for adgangen til å reise med ytelser i EØS, i og med at bestemmelsen bare regulerer situasjonen hvor vilkårene for rett til ytelsen blir oppfylt (sykdommen inntreffer) mens medlemmet allerede bor i en annen EØS-stat.

Artikkel 22 nr. 1 og 2 regulerer opphold i og reise til annen EØS-stat, og lyder slik i norsk versjon:

«1. En arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som oppfylder 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 naturalytelser som av medisinske grunner blir nødvendige under et opphold på en annen medlemsstats territorium, idet det tas hensyn til ytelsenes art og oppholdets forventede varighet, 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 mellom den kompetente institusjon og institusjonen

⁴⁹ Begrepene «institusjon», «kompetent medlemsstat» og «kompetent institusjon» er definert i artikkel 1 bokstavene n), o) og q). Med «institusjon» menes det organet som har ansvaret for anvendelsen av trygdlovgivningen i det enkelte EØS-land. For Norges vedkommende er dette Nav. Begrepet «den kompetente institusjon» er i artikkel 1 bokstav o) gitt fire alternative meningsinnhold, avhengig av situasjonen. I de situasjonene denne utredningen behandler, vil den kompetente institusjon være Nav. Dette fordi utredningen bare behandler rettsstillingen etter EØS-retten for de trygdemottakerne som har rett til ytelser fra Nav. Med «kompetent medlemsstat» menes den EØS-staten hvor den kompetente institusjonen ligger. I denne sammenheng er det Norge. Endelig viser artikkel 1 bokstav p) at avhengig av situasjonen, vil den «kompetente institusjon» kunne være en annen enn institusjonen på bo- eller oppholdsstedet.

⁵⁰ Denne sammenhengen er nærmere beskrevet i sak C-208/07 *Chamier-Glisczinski* avsnitt 42 - 45.

på oppholds- eller bostedet kan likevel ytelsene gis av sistnevnte institusjon for førstnevnte institusjons regning i samsvar med bestemmelsene i den kompetente stats lovgivning.

2. Tillatelsen 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 lovgivningen 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.»⁵¹

Artikkel 22 nr. 1 regulerer i hvilke situasjoner medlemmet har krav på ytelser. Bestemmelsen er strukturert slik at ett av tre alternative vilkår i bokstav a til c må være oppfylt for at vedkommende skal ha rett til slike naturalytelser og/eller kontantytelser som er omtalt i bestemmelsens punkt i og ii.

Bokstav a og c regulerer situasjoner hvor retten til kontantytelser er en konsekvens av et krav på, eller en tillatelse til, naturalytelser i en annen EØS-stat. Alternativene gir derfor ingen selvstendig rett til kontantytelser, men presenteres her for helhetens skyld. Bokstav a regulerer situasjonen hvor en person trenger naturalytelser som av «medisinske grunner blir nødvendige» under opphold i en annen EØS-stat, og bokstav c regulerer situasjonen hvor en person får tillatelse av trygdestaten til å reise til en annen EØS-stat for å motta «hensiktsmessig behandling» der. Det følger av artikkel 22 nr. 2 annet ledd at trygdestaten kun i begrenset utstrekning kan nekte slik tillatelse. I begge tilfeller har vedkommende krav på naturalytelser fra oppholdsstaten, i tråd med oppholdsstatens lovgivning, betalt av trygdestaten, og kontantytelser fra trygdestaten etter trygdestatens lovgivning.

Bokstav b regulerer situasjonen hvor et medlem skifter bostedsland, og skiller i den forbindelse mellom to situasjoner. Den første situasjonen er den hvor et medlem bor i en annen EØS-stat enn trygdestaten, og reiser tilbake til bostedet. Den andre situasjonen er den der vedkommende bor i trygdestaten, men flytter til en annen EØS-stat. Det følger både av ordlyden og sammenhengen at bestemmelsen gjelder situasjoner hvor medlemmet endrer bosted, og dermed ikke omfatter mer kortvarige eller midlertidige opphold i annen EØS-stat. Dette fremgår enda klarere i enkelte andre språkversjoner.⁵² I

⁵¹ Publisert i særskilt vedlegg til EU-tidende nr. 2 bind 11 s. 25. Endret ved forordning 634/2004, publisert i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 65 av 23.12.2004, s. 19.

⁵² Det følger av EØS-avtalen artikkel 129 at den norske språkversjonen har «samme gyldighet» som de øvrige versjonene av forordningen. I engelsk språkversjon brukes «transfer his residence». I tysk språkversjon «Wohnortwechsel von dem Gebiet des zuständigen Staates in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats». I fransk versjon brukes «transférer sa résidence sur le territoire d'un autre État membre». Nærmere om håndteringen av flerspråklighet, se Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen,

begge disse situasjonene kan trygdestaten gjøre adgangen til å ta med seg sitt krav på kontantytelser og naturalytelser til en annen EØS-stat betinget av forutgående samtykke. Rammene for å nekte samtykke er imidlertid snevre. Det følger av artikkel 22 nr. 2 første ledd at tillatelse i henhold til bokstav b kun kan nektes dersom reisen kan «forverre vedkommendes helsetilstand eller forringe den medisinske behandling».

Drøftelsen av artikkel 22 nr. 1 og 2 viser at bestemmelsen har begrenset betydning for adgangen til å motta kontantytelser på reise i EØS-området. Dette skyldes hovedsakelig at bestemmelsen kun regulerer opphold i en annen EØS-stat der medlemmet samtidig har krav på naturalytelser, jf. bokstav a. Reguleringen av kontantytelser er begrenset til situasjoner hvor medlemmet flytter til en annen EØS-stat, reiser tilbake til EØS-landet vedkommende bor i eller får tillatelse til å motta naturalytelser i annen EØS-stat. Kontantytelser under andre former for kortvarige og midlertidige opphold reguleres ikke av artikkel 22.

EØS-rett, 3. utg. (Bergen 2018) (*Fredriksen og Mathisen*) avsnitt VII 3.2 og kommentarene til EØS-avtalen artikkel 129 i *Arnesen et al.*

4. Etter 1. juni 2012, forordning 883/2004

4.1 Innledning

Forordning 883/2004 ble innlemmet i EØS-avtalen 1. juli 2011, og gitt virkning i norsk rett fra 1. juni 2012.⁵³ Fra og med juni 2012 er det denne forordningen som har regulert koordineringen av trygdeytelser i EØS, og EU-domstolen har gjentatte ganger understreket at

«forordning nr. 883/2004, som har til formål at sikre koordinering af de nationale ordninger, som fortsatt består, ikke indfører en fælles socialsikringsordning. Ifølge fast retspraksis bevarer medlemsstaterne således deres kompetence til selv at udforme deres sociale sikringsordninger [...].

I mangel af harmonisering på EU-plan tilkommer det følgelig hver medlemsstat i lovgivningen bl.a. at fastsætte de betingelser, som en person skal opfylde for at være berettiget til ydelser [...].

Ved udøvelsen af denne kompetence skal medlemsstaterne imidlertid overholde EU-retten og navnlig EUF-traktatens bestemmelser om unionsborgeres ret til at færdes og opholde sig på medlemsstaternes område [...].»⁵⁴

Dette viser at statenes frihet på trygdeområdet også etter vedtakelsen av forordning 883/2004 er stor. Samtidig viser sitatet at man heller ikke nå kan slå seg til ro med at nasjonale trygderegler lar seg forene med forordningen. Det må også vurderes om trygdereglene er i samsvar med de krav øvrig EU-rett stiller.

Heller ikke forordning 883/2004 stiller noe krav om at vedkommende må ha benyttet seg av den rett til fri bevegelse EØS-retten gir, men utvider det personelle virkeområdet for reguleringen ved at begrensningen til arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende oppheves. Det avgjørende også i relasjon til denne forordningen er om den trygdeytelsen det er tale om, er koordinert gjennom forordningen, og om situasjonen er en forordningen regulerer.

Forordning 883/2004 er organisert i seks avdelinger,⁵⁵ nummerert fra I til VI. Avdeling III er delt inn i kapitler, noe de øvrige ikke er. Denne delen av forordningen gir regler om de enkelte typer trygdeytelser forordningen koordinerer. Avdelingen er delt inn i ni kapitler, og kapittel 1 er igjen delt i tre avsnitt.⁵⁶ Avdeling III regulerer hvilken institusjon som, eventuelt i første omgang, skal utrede ytelse medlemmet har rett til etter

⁵³ EØS-komitebeslutning nr. 76/2011, 1. juli 2011, publisert i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 54 av 6.10.2011, s. 46.

⁵⁴ Sak C-134/18 *Vester*, avsnittene 29 til 31. Henvisninger til rettspraksis utelatt.

⁵⁵ I den danske språkversjonen brukes «afsnit».

⁵⁶ I den danske språkversjonen brukes «afdeling».

den trygdeordningen vedkommende er omfattet av, der personen bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat enn den kompetente. Bestemmelsene er koordineringsbestemmelser. De regulerer ikke det vi kan kalle medlemmets primærkrav, det vil si hvilke ytelser vedkommende har krav på etter den trygdeordningen vedkommende er omfattet av, men hvilken institusjon som skal utrede disse ytelsene der medlemmet er i en annen EØS-stat enn den kompetente.

Avdeling III kapittel 1 gjelder «ytelser ved sykdom samt ytelser til mor ved svangerskap og fødsel og de tilsvarende ytelser til far».⁵⁷ Kapitlet gjelder situasjoner der medlemmet oppholder seg, eller ønsker å oppholde seg, i en annen EØS-stat enn den kompetente – i vår sammenheng, en annen EØS-stat enn Norge. Kapitlet skiller, som flere av de andre kapitlene i dette avsnittet, klart mellom naturalytelser og kontantytelser. For kontantytelser er regelen etter artikkel 21 at medlemmet har rett til ytelser fra «den kompetente institusjon». Der det er tale om naturalytelser, er derimot hovedregelen at medlemmet har rett til ytelser fra institusjonen i den EØS-staten vedkommende oppholder seg, som om vedkommende var omfattet av trygdellovgivningen der, men for den kompetente stats regning.

4.2 Forordning 883/2004 artikkel 21

4.2.1 Innledning

Forordning 883/2004 artikkel 7 fastsetter at alle nasjonale krav som innebærer at medlemmet eller medlemmets familie må være bosatt i trygdestaten for å ha rett til (fulle) ytelser, skal oppheves.⁵⁸ Bestemmelsen forbyr uttrykkelig regler som innebærer at kontantytelser endres, reduseres eller bortfaller som følge av at medlemmet *flytter* innad i EØS-området. Forordning 1408/71 artikkel 10 hadde et lignende innhold, men skiller seg fra forordning 883/2004 artikkel 7 ved at bestemmelsen bare regulerte nærmere angitte kontantytelser, ikke kontantytelser generelt. Sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger omfattes ikke av oppregningen i forordning 1408/71 artikkel 10.⁵⁹

Forordning 883/2004 artikkel 21 bestemmer at der et medlem bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten, skal vedkommende «ha rett til» kontantytelser «i

⁵⁷ Uttrykkene «ytelser ved sykdom», «ytelser til mor ved svangerskap og fødsel» og «tilsvarende ytelser til far» skal tolkes autonomt. Dette innebærer at det er det innholdet uttrykkene har etter EU/EØS-retten, som er avgjørende, ikke hva ytelsene er kalt i den enkelte nasjonale trygdeordning. Ytelser etter folketrygdloven kapitlene 8 til 10 er «ytelser ved sykdom» etter forordningens system.

⁵⁸ Med «trygdestat» mener utvalget den statens trygdeordning som en person er tilsluttet. Ved utbetalinger i henhold til folketrygdlovens regler, vil trygdestaten være Norge.

⁵⁹ Sak C-406/04 *De Cuyper* kan tjene som eksempel på betydningen av at en ytelse ikke er omfattet av oppregningen. I saken var den konkrete ytelsen dagpenger under arbeidsløshet.

samsvar med lovgivningen» trygdestaten anvender. Artikkel 21 nr. 1 første punktum lyder slik i norsk versjon:

«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.»⁶⁰

Den situasjonen forordning 883/2004 artikkel 21 nr. 1 regulerer, er dermed situasjonen der en person bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten. Det følger av bestemmelsen at medlemmet i slike tilfeller skal rette krav om kontantytelser mot den institusjonen som forvalter den trygdeordningen vedkommende er tilsluttet, den kompetente institusjon, som skal yte trygd etter lovgivningen som gjelder for denne institusjonen. Hovedregelen om utbetaling direkte fra den kompetente institusjon etter dennes lovgivning skiller kontantytelsene fra naturalytelsene.⁶¹ For naturalytelser er hovedregelen at medlemmet har rett til ytelser fra oppholdsstatens institusjon, i tråd med lovgivningen som gjelder der. Disse ytelsene «gis på vegne av» den kompetente institusjon, noe som innebærer at utgiftene til ytelsene skal refunderes «fullt ut» av denne.⁶²

Forordning 883/2004 artikkel 21 reiser særlig to tolkningsspørsmål. Det ene er spørsmålet om når et medlem er omfattet av bestemmelsen, og det andre er spørsmålet om bestemmelsen stiller krav til nasjonale regler om trygd.

4.2.2 *Anvendelsesområdet for artikkel 21*

Spørsmålet om når et medlem er omfattet av bestemmelsen, er spørsmålet om når vedkommende «bor eller oppholder seg» i en annen medlemsstat. Forordningen definerer bosted og opphold i artikkel 1 bokstav j og k. Bosted er «stedet der en person til vanlig er bosatt», og opphold er «midlertidig bosted». Det er sikker EØS-rett at begrep som er definert i en rettsakt, skal tolkes autonomt og forstås likt i alle bestemmelser i rettsakten med mindre det er særlige holdepunkter for noe annet.⁶³ Dette medfører at bruken av

⁶⁰ Publisert i EØS-tillegget til EU-tidende nr. 76/2015 s. 40 flg. Som nevnt følger det av EØS-avtalen artikkel 129 at den norske versjonen har «samme gyldighet» som versjoner på de øvrige EØS-landenes språk. Ved den nærmere tolkningen av forordningen tar utvalget derfor også andre språkversjoner i betraktning.

⁶¹ Kontantytelser reguleres i artikkel 21, mens naturalytelser er regulert i artikkel 17-20.

⁶² Se forordning 883/2004 artikkel 35.

⁶³ I EU-domstolens praksis kommer dette til uttrykk i form av uttalelser om at begreper har et særskilt EU-rettslig innhold. For en nærmere redegjørelse for hva som ligger i at et begrep har en særskilt EU-rettslig betydning, se for eksempel forslaget til avgjørelse i sak C-13/05 *Chacón Navas*, avsnitt 57 til 64 og den rettspraksis det er henvisning til der. Om definisjonen av bosted i artikkel 1 bokstav j, se sak C-255/13 I avsnitt 43 med videre henvisning til sak C-90/97 *Swadding*, premiss 28, der det fastslås at begrepet har et slikt særskilt fellesskapsrettslig innhold.

begrepene «bosted» og «opphold» i ulike sammenhenger i forordningen, kan kaste lys over hvordan begrepene er å forstå.

Definisjonen av opphold som «midlertidig bosted» kan indikere at det ligger et kvalifiserende element i hva forordningen regner som opphold. Det kan fremstå som anstrengt å se det slik at en person på et par dagers opphold i et annet land, har midlertidig bosted der. Sagt med andre ord, kan ordlyden forstås slik at det finnes former for tilstedeværelse i et annet land som verken er bosettelse eller «opphold». Forstått slik, kommer bestemmelsen ikke til anvendelse på de mer kortvarige opphold i utlandet. Grunnlaget for slik forståelse svekkes imidlertid om man også tar de øvrige språkversjonene i betraktning. Den danske språkversjonen definerer «opphold» som «midlertidigt ophold». Den indikerer dermed ikke noen terskel for hva som er opphold. Det gjør heller ikke den tyske språkversjonen. Den definerer «Wohnort» som «den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person», mens «Aufenthalt» blir definert som «vorübergehend Aufenthalt». ⁶⁴

Begrepsparet «bosted» og «opphold» brukes også i bestemmelser som gjelder rett til helsehjelp i et annet medlemsland enn trygdestaten, se artiklene 17 til 20. Disse bestemmelsene tar sikte på å dekke alle situasjoner hvor en person kan kreve naturalytelser i en annen EØS-stat enn den hvis trygdeordning vedkommende er medlem av. ⁶⁵ Det følger av dette at begrepsparet «bosted» og «opphold» i disse bestemmelsene samlet omfatter alle former for tilstedeværelse i et annet land. Begrepet «opphold» må dermed omfatte også den helt kortvarige tilstedeværelse.

Konklusjonen må etter utvalgets oppfatning etter dette bli at begrepene «opphold» og «bosted» samlet sett omfatter alle former for tilstedeværelse. Sagt med andre ord, er det slik at enten «bor» man i et land, eller så «oppholder» man seg der. Noen tredje form for tilstedeværelse er det ikke rom for.

Det er hevdet at artikkel 21 må leses i lys av gjennomføringsforordningen 572/2009 artikkel 27, og at den tilsier at artikkel 21 har et snevrere anvendelsesområde enn en isolert lesning gir inntrykk av. ⁶⁶ Gjennomføringsforordningen gjennomfører trygdeforordningens regler. Utvalget mener det ikke kan slutes noe sikkert om anvendelsesområdet til artikkel 21 fra den omstendighet at artikkel 27 koordinerer

⁶⁴ Den engelske språkversjonen ligger derimot tettere opp til den norske, og bruker «residence» og «stay», hvor sistnevnte defineres som «temporary residence». Spansk bruker ordene «residencia» og «estancia», og sistnevnte defineres som «residencia temporal». På italiensk brukes ordene «residenza» og «dimora», hvor sistnevnte defineres som «la residenza temporal».

⁶⁵ Se kommentaren til artikkel 19 i Maximilian Fuchs og Rob Cornelissen (ed.) *EU Social Security Law – A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009* (Baden-Baden 2015) (*Fuchs og Cornelissen*) som nevner opphold som turist og forretningsreisende, og ikke tar forbehold for noen former for tilstedeværelse.

⁶⁶ Slik Karl Arne Utgård, «Trygdesaka – ein gjennomgang av dei grunnleggjande rettsreglane», <https://rett24.no/articles/trygdesaka--ein-gjennomgang-av-dei-grunnleggjande-rettsreglane>, 19.02.2020.

situasjonen hvor en person blir syk i en annen EØS-stat enn trygdestaten. Dette fordi det er der medlemmet blir syk i utlandet at det er behov for regler om hvordan sykdom dokumenteres. Når medlemmet blir syk i trygdestaten, kommer denne statens regler om dokumentasjon av sykdom til anvendelse, og det er ikke nødvendig å koordinere med andre staters myndigheter. Samtidig er situasjonen der sykdom inntreffer under opphold i en annen stat enn trygdestaten bare én av de situasjoner artikkel 21 omfatter.⁶⁷

4.2.3 Innholdet i artikkel 21

a) Innledning

Artikkel 21 regulerer, som utvalget allerede har påpekt, hvilken institusjon som skal utrede en kontantytelse, og hvilken lovgivning institusjonen skal anvende i denne forbindelse. Spørsmålet i det følgende er om artikkel 21 er til hinder for at det knyttes vilkår til kontantytelser som begrenser muligheten til å motta dem der man befinner seg i et annet land enn trygdestaten.

Det er to tilnærminger til dette spørsmålet. En mulig tilnærming er å legge vekt på at bestemmelsen henviser til nasjonal lovgivning («rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon i samsvar med lovgivningen den anvender»). Lest på denne måten blir artikkel 21 i det vesentlige en henvisningsbestemmelse, ikke en bestemmelse som i seg selv gir rettigheter. En annen tilnærming vil være å ta utgangspunkt i ordene «skal ha rett til kontantytelser», og på denne måten lese en rettighet inn i bestemmelsen.

Forskjellen mellom tilnærmingene ligger i at dersom man legger den første, henvisningstilnærmingen, til grunn, vil forordningen ikke ha betydning for trygdestatens adgang til å begrense mulighetene til å motta kontantytelser utenlands. Eventuelle begrensninger vil måtte søkes i annen EØS-rett. Dersom rettighetstilnærmingen legges til grunn, vil den omstendighet at forordningen gir en slik rett, ha selvstendig betydning ved vurderingen av vilkår knyttet til mottakelsen av kontantytelser.

Den rettslige betydningen av valget mellom disse to tolkningsalternativene beror på hvilke begrensninger øvrig EØS-rett setter for adgangen til å knytte betingelser til rett til kontantytelser under sykdom som vanskeliggjør utenlandsreiser. Dersom øvrig EØS-rett gir trygdestaten større handlingsrom, eventuelt i relasjon til noen grupper medlemmer, vil det ha selvstendig betydning å forstå forordning 883/2004 som en rettighetsbestemmelse. Dersom man ser det slik at øvrig EØS-rett setter begrensninger som samsvarer med dem forordning 883/2004 lest som en rettighetsbestemmelse setter, har det liten rettslig betydning om den leses som en rettighets- eller henvisningsbestemmelse.

⁶⁷ Dette står ikke i motstrid til innholdet i Europakommisjonens brev til Karl Arne Utgård, med referansen Ares (2020)1212384 - 26/02/2020.

b) Henvisningstilnærmingen

Forordning 883/2004 artikkel 21 viser til «den kompetente institusjon» og «den kompetente medlemsstats lovgivning» i samme setning. Dette kan tale for at bestemmelsen regulerer valget av institusjon og lovgivning, men selv ikke stiller krav til innholdet i lovgivningen.

Den systematiske plasseringen av bestemmelsen, i forordningens avdeling om særlige bestemmelser om de ulike typer ytelser, støtter dette. Bestemmelsene i denne avdelingen regulerer hovedsakelig hvilken institusjon som skal utrede ytelsen, etter hvilken lovgivning det skal skje, og hvem som skal bekoste ytelsen der medlemmet befinner seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten.

Standpunktet om at bestemmelsen, i det minste i det alt vesentlige, er en kanaliseringbestemmelse, støttes også av forordningens hjemmelsgrunnlag. Forordningen har hjemmel i TEUF artikkel 48 og 352.⁶⁸ Artikkel 48 hjemler tiltak som er nødvendige for å gjennomføre fri bevegelighet for arbeidstakere, mens artikkel 352 hjemler tiltak der traktaten for øvrig ikke gir hjemmel. Det er videre slik at EU-lovgiver er gitt kompetanse til å harmonisere medlemsstatenes velferdslovgivning, men hjemmelen til det følger av TEUF artikkel 153, og denne er ikke brukt. Endelig er EU-lovgiver gitt eksplisitt kompetanse til å vedta tiltak som gjelder trygd der det er nødvendig for å sikre unionsborgernes rett til fri bevegelighet.⁶⁹ Heller ikke denne hjemmelen er brukt. Når det bare er artikkel 352 av de benyttede hjemmelsgrunnlagene som hjemler harmoniseringstiltak, og den ikke gir kompetanse til harmonisering som kunne hatt hjemmel i artikkel 153, følger det at forordningen i store trekk bygger på bestemmelser som kun hjemler koordinering, ikke harmonisering.

Artikkel 21 nr. 1 kommer til anvendelse der en person bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten. Det kan hevdes at bestemmelsen regulerer situasjonen der medlemmet befinner seg i et annet land enn trygdestaten, men ikke selv gir rett til kontantytelser. Forstått på denne måten må retten til ytelsen forankres annetsteds enn i artikkel 21. Det kan videre hevdes at henvisningen i artikkel 21 til den kompetente medlemsstats lovgivning nettopp er en henvisning til hvor retten til ytelsen må forankres. Eventuelle begrensninger i muligheten til å motta kontantytelser under sykdom ved opphold utenlands må da vurderes mot andre regler enn de som følger av forordning 883/2004 - typisk de alminnelige reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende.

Det siste innebærer i det vesentlige at selv om man ser artikkel 21 som en henvisningsbestemmelse, vil EØS-retten – som følge av de alminnelige reglene om fri bevegelighet – være til hinder for at en kontantytelse nektes utelukkende med den begrunnelse av medlemmet oppholder seg i en annen EØS-stat.

⁶⁸ Forordningen er gitt med hjemmel i daværende Traktat om opprettelse av Det europeiske fellesskap, artikkel 42 og 308. Disse hjemlene finner vi nå i TEUF artikkel 48 og 352.

⁶⁹ Jf. TEUF artikkel 21 nr. 3.

c) Rettighetstilnærmingen

Ordlyden i bestemmelsen, «rett til kontantytelser», kan som sagt tilsi at forordningen ikke bare koordinerer nasjonale trygdeordninger, men også gir en rett til å motta kontantytelser fra trygden mens man er i andre EØS-land. Øvrige språkversjoner bruker også uttrykk som kan tilsi at medlemmet har en slik rett.⁷⁰ Tolkningen har en viss støtte i fortalen punkt 20, som fremhever hensynet til å beskytte den som oppholder seg i en annen medlemsstat enn den kompetente.⁷¹

Artikkel 7 bestemmer at kontantytelser ikke kan reduseres, endres, stanses eller beslaglegges som følge av at medlemmet eller familien er bosatt i en annen EØS-stat enn den der institusjonen som har ansvar for å gi ytelsene ligger. En «rettighetslesning» av artikkel 21 vil innebære at den regelen som etter artikkel 7 gjelder der et medlem er bosatt i en annen EØS-stat, også gjelder der vedkommende oppholder seg i en annen EØS-stat og mottar kontantytelser under sykdom.

Artikkel 21 nr. 1 kommer til anvendelse der en person bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten. Det kan derfor hevdes at bestemmelsen bare gir mening dersom medlemmet har rett til kontantytelser i slike situasjoner.

Det foreligger ingen avgjørelser fra EU-domstolen om forståelsen av forordning 883/2004 artikkel 21. EU-domstolen har imidlertid tatt stilling til lignende spørsmål som dem artikkel 21 reiser i saker som gjelder de tidligere forordning 1408/71.

Sak C-430/15 *Tolley* gjaldt en britisk kvinne, Tolley, som mottok kontantytelser til dekning av særskilte pleiebehov. I henhold til britisk lovgivning var ytelsen betinget av bosted og opphold i Storbritannia. Da Tolley flyttet til Spania, ble hun derfor nektet ytelsen. Tolley utfordret nektelsen, og saken ble forelagt EU-domstolen. EU-domstolen vurderte lovligheten av det britiske bosteds- og oppholds kravet etter artikkel 22 første og annet ledd i den forrige trygdeforordningen (1408/71). Etter denne bestemmelsen skal en arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som har rett til ytelse i trygdestaten, ha rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon når vedkommende er i en annen medlemsstat. EU-domstolen fant at artikkel 22 regulerte Tolleys situasjon, og uttalte deretter at

⁷⁰ I den engelske versjonen heter det «shall be entitled to cash benefits provided by the competent institution», i den tyske «haben Anspruch auf Geldleistungen, die vom zuständigen Träger nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften erbracht werden», i den franske «bénéficiaire de prestations en espèces servies par l'institution compétente», i den italienske «hanno diritto a prestazioni in denaro erogate dall'istituzione competente», og på svensk «har rätt att erhålla kontantförmåner från den behöriga institutionen».

⁷¹ Fortalen er ikke tilpasset EØS-avtalen. Det fremgår av EØS-avtalens protokoll 1 punkt 1 at fortalene «er relevante i den utstrekning de er nødvendige for en riktig fortolkning og anvendelse av rettsaktens bestemmelser innenfor avtalens ramme».

«bestemmelse[n] fastsetter nemlig retten for en arbeidstager eller selvstendig erhvervsdrivende, som oppfyller de i den kompetente stats lovgivning foreskrevne betingelser, til at modtage kontantydelse udbetalt af den kompetente institution efter vedkommendes flytning til en anden medlemsstats område».⁷²

EU-domstolen gikk så nærmere inn på den britiske lovgivningens krav til bosted og opphold for å motta ytelsen, og fant at en tolkning av forordningen som gjorde det mulig å fastsette en generell betingelse om bosted ville «betyde at denne bestemmelse helt ville miste sit innhold».⁷³ EU-domstolen kom derfor til at

«artikel 22, stk. 1, litra b), er til hinder for, at en kompetent stat underlægger bevarelsen af retten til en ydelse som ydelsen i hovedsagen en betingelse om bopæl og om ophold på medlemsstatens område».⁷⁴

EU-domstolen forankrer resultatet i forordningen, uten å gå veien om en drøftelse av spørsmålet om bostedskravet var en ulovlig restriksjon etter de alminnelige reglene om fri bevegelighet. Samtidig er avgjørelsen temmelig konkret. Den er knyttet opp til den ytelsen Tolley mottok, og det er vanskelig å se at et bostedskrav knyttet til en ytelse av denne karakteren i det hele tatt kan begrunnes.

Avgjørelsen illustrerer EU-domstolens tilnærming til tolkningen av koordineringsbestemmelser i trygdeforordningene. Vilkår i nasjonal rett som fullstendig undergraver bestemmelsens formål, kan ikke opprettholdes. En slik tolkning er også godt i samsvar med den alminnelige retten til fri bevegelighet for personer unionsborgerskapet gir grunnlag for i EU.

Et siktemål med EØS-avtalen er at den skal gi grunnlag for de samme regler som dem som gjelder i EU, på de områder avtalen dekker. EFTA-domstolens praksis viser at den strekker seg langt for å realisere denne homogenitetsmålsettingen, slik at den søker å finne grunnlag for å oppstille samme regel i EØS som den som gjelder i EU.⁷⁵ Dette fordi man da får den samme regelen i EØS som i EU.

Selv om bestemmelsen forstås som en rettighetsbestemmelse, finner ikke utvalget rettskildemessig dekning for å forstå bestemmelsen slik at den er til hinder for at det knyttes vilkår til mottakelsen av kontantytelser som reelt sett kan gjøre det vanskelig å reise utenlands. Slike vilkår må imidlertid tilfredsstille de krav EU- og EØS-retten stiller til hindringer for fri bevegelighet for personer, både med hensyn til begrunnelse og med hensyn til utforming.

⁷² Sak C-430/15 *Tolley* avsnitt 87.

⁷³ *Ibid.* avsnitt 88.

⁷⁴ *Ibid.* avsnitt 89.

⁷⁵ Et klart eksempel er avgjørelsen i sak E-28/15 *Jabbi*, avsnitt 49 flg.

4.2.4 *Spørsmålet om forordning 883/2004 artikkel 21 medfører endringer i den adgangen til å knytte vilkår til mottak av kontantytelser under sykdom som følger av annen EØS-rett*

Utvalget forstår forordning 883/2004 artikkel 21 slik at den er til hinder for at kontantytelser nektes eller reduseres *utelukkende* med den begrunnelse at mottakeren befinner seg i en annen EØS-stat. Dette medfører at også personer som ikke har gjort bruk av den rett til fri bevegelighet bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel gir, har rett til å motta kontantytelser under sykdom fra trygdestaten når de er i andre EØS-stater. Denne retten er imidlertid ikke absolutt og ubetinget. Medlemmet må finne seg i at det knyttes betingelser til ytelsen, for eksempel at man underkaster seg behandling, følger kurs eller lignende. Slike betingelser kan begrense muligheten til å reise utenlands, men må likevel kunne opprettholdes dersom de tilfredsstillende EØS-rettens krav til lovlige hindringer for fri bevegelighet. Noe annet ville medføre at forordningen rent faktisk harmoniserte medlemsstatenes utforming av sine trygdeordninger, og det gjør forordningen klart ikke. Det nærmere innholdet i disse kravene kommer utvalget tilbake til i punkt 0 nedenfor.

Når EU-domstolen har uttalt at motstykket til forordning 883/2004 artikkel 21 er til hinder for nasjonale tiltak som undergraver formålet med bestemmelsen, nemlig at medlemmet skal kunne motta kontantytelser når vedkommende er utenlands, er dette etter utvalgets oppfatning ikke uttrykk for noe vesentlig annet enn det som følger av reglene om fri bevegelighet for personer.⁷⁶ Rene oppholds krav som betingelse for rett til kontantytelser vil alltid være en restriksjon på de alminnelige reglene om fri bevegelighet. Dette innebærer at når forordningen forstås som EØS-rett, er den, uavhengig av hva man ellers måtte mene om hvilke løsninger øvrig EØS-rett gir anvisning på, til hinder for at en kontantytelse nektes *utelukkende* med den begrunnelse at mottakeren befinner seg i en annen EØS-stat. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med at forordning 883/2004 er til hinder for at knyttes andre betingelser til retten til å motta kontantytelser, som krever opphold på trygdestatens territorium.

4.2.5 *Forhåndsmelding som vilkår for rett til å motta kontantytelser under sykdom utenlands*

Et særskilt spørsmål er om forordning 883/2004 har selvstendig betydning for trygdestatens adgang til å gjøre muligheten til fortsatt å motta kontantytelser under sykdom utenlands betinget av at medlemmet har fått tillatelse eller gitt forhåndsmelding. Bakgrunnen for problemstillingen er at forordning 1408/71 hadde uttrykkelige regler om forutgående tillatelse som betingelse for å motta kontantytelser etter flytting til annen EØS-stat, og for å motta planlagt medisinsk behandling i en annen EØS-stat på

⁷⁶ Se sak C-430/15 *Tolley*, avsnitt 88-89 med videre henvisninger, knyttet til den tidligere forordning 1408/71 artikkel 22.

trygdestatens regning. Disse reglene fremgikk av forordningens artikkel 22, som utvalget har redegjort for i punkt 3.2. Forordning 883/2004 artikkel 21 inneholder ikke tilsvarende regler.

Uttalelser i fortalen til forordning 883/2004 viser at EU-lovgiver hadde et bevisst forhold til tillatelseskrav under lovgivningsprosessen. Se særlig fortalens avsnitt 21, hvor det heter:

«Bestemmelsene om forhåndstillatelse er blitt bedre ved at de tar hensyn til Domstolens avgjørelser på området.»⁷⁷

For retten til naturalytelser der medlemmet reiser til utlandet med det formål å søke behandling for trygdestatens regning, gir forordning 883/2004 artikkel 20 uttrykkelig adgang til å oppstille krav om forutgående tillatelse. Forordningen angir også på hvilke vilkår trygdestaten kan nekte slik tillatelse.⁷⁸ For kontantytelser inneholder forordning 883/2004 ikke noen tilsvarende hjemmel for å stille krav om forhåndstillatelse. Spørsmålet blir derfor om fraværet av hjemmel for å kreve forhåndstillatelse til utenlandsreiser med kontantytelser skal tolkes som et forbud mot en ordning med forhåndstillatelse eller meldeplikt.⁷⁹

Formålet med kontantytelser ved sykdom er å kompensere for manglende inntekt som følge av sykdom. I tillegg kombineres gjerne kontantytelsen med aktivitetsplikter for mottaker. Slike aktivitetsplikter tar sikte på å bringe vedkommende tilbake til arbeidslivet. Der disse aktivitetspliktene er slik at de, uten å være i strid med EØS-retten, krever opphold på trygdestatens territorium, vil medlemmet måtte be om en omlegging av pliktene før utenlandsreise kan foretas. Slike tillatelsesordninger er EØS-retten ikke til hinder for.

I en annen kategori kommer meldeplikts- og tillatelsesordninger som ikke er foranlediget av behovet for omlegging av EØS-konforme plikter. Spørsmålet er om forordning 883/2004 er til hinder for slike ordninger der det dreier seg om kontantytelser under sykdom.

Forordning 1408/71 regulerte situasjonen hvor et medlem returnerte til bosted i en annen EØS-stat enn trygdestaten, eller flyttet dit. Forordningen regulerte ikke kontantytelser ved kortvarige og midlertidige opphold i en annen EØS-stat. Forordning 883/2004 artikkel 21 omhandler mottak av kontantytelser ved alle former for

⁷⁷ Fortalen til forordning 883/2004 avsnitt 21. Den rettspraksisen det er tale om, gjelder adgangen til å motta naturalytelser for trygdestatens regning i andre medlemstater, jf. EU-kommisjonens svar til EU-parlamentets første lesning, KOM (2004) 44, 27. januar 2004, s. 4

⁷⁸ Se artikkel 20. Bestemmelsen må for øvrig ses i sammenheng med direktiv 2011/24/EU, det såkalte pasientrettighetsdirektivet.

⁷⁹ EU-domstolen ga uttrykk for et tilsvarende resonnement ved vurderingen av om retten til naturalytelser etter forordning 1408/71 artikkel 31 kan gjøres betinget av en forutgående tillatelse, se sak C-326/00 *Ioannidis* avsnitt 42 – 43.

tilstedeværelse i en annen EØS-stat. Det er dermed vesensforskjeller mellom de to forordningene på dette punktet. Den omstendighet at forordning 883/2004 ikke gir hjemmel for forhåndstillatelse, kan derfor ikke uten videre oppfattes som et forbud mot en slik ordning.

Forordning 1408/71 regulerte kontant- og naturalytelser samlet, mens forordning 883/2004 skiller ut reguleringen av kontantytelser i en egen bestemmelse. For naturalytelser finnes det en omfattende rettspraksis etter reglene om tjenestefrihet, som senere er kodifisert og modifisert i direktiv 2011/24 (pasientrettighetsdirektivet).⁸⁰ Disse rettskildene angir de nærmere betingelsene for å kreve forutgående tillatelse til å motta helsetjenester i utlandet for trygdestatens regning. Det er deler av denne rettspraksisen det vises til når reglene om tillatelseskrao omtales i forarbeidene til forordningen.⁸¹ Det finnes imidlertid ikke tilsvarende praksis om adgangen til å gjøre rett til kontantytelser betinget av et krav om forutgående tillatelse, og EU-lovgiver hadde dermed heller ikke den samme forutsetningen for å gi generelle regler om når det kan stilles krav om forutgående tillatelse ved kontantytelser.

Behovet for forhåndstillatelse har ikke den samme begrunnelsen der det dreier seg om naturalytelser som der det er kontantytelser det er tale om. Naturalytelser ytes som hovedregel etter reglene i oppholdsstaten, men for trygdestatens regning.⁸² Dette innebærer at trygdestaten er prisgitt oppholdsstatens behandlingstilbud og kostnadsnivå, noe som kan undergrave nasjonale vurderinger og prioriteringer på helseområdet og andre områder, i tillegg til å skape ubalanse i trygdestatens trygdeordninger. Kontantytelser ytes etter trygdestatens regler, og er heller ikke påvirket av kostnadsnivået der mottakeren oppholder seg. Eksport av kontantytelser reiser dermed til dels andre utfordringer enn rett til behandling utenlands gjør. Dette utelukker likevel ikke at trygdestaten kan ha et legitimt behov for oppfølging av medlemmet og kontroll med at vilkårene for å motta kontantdelen av ytelsen foreligger. I tillegg vil hensyn knyttet til selve opprettholdelsen av ordningenes legitimitet og oppslutningen om dem komme inn.⁸³

Etter utvalgets oppfatning kan den omstendighet at forordning 883/2004 ikke gir hjemmel for en tillatelsesordning, ikke tolkes som et forbud mot å stille krav om tillatelse eller forhåndsmelding før en utenlandsreise. Hvorvidt en ordning med forhåndstillatelse eller meldeplikt skal aksepteres, må da avgjøres etter reglene om fri bevegelighet.

⁸⁰ To sentrale saker er sak C-158/96 *Kohll* og sak C-120/95 *Decker*.

⁸¹ Se EU-kommisjonens svar til EU-parlamentets første lesning, KOM (2004) 44, 27. januar 2004, s. 4.

⁸² Se forordning 883/2004 artikkel 35.

⁸³ Se også punkt 4.4.2

4.2.6 *Sammenfatning*

Forordning 883/2004 regulerer situasjonen der medlemmet befinner seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten. Forordningen gjør det helt klart at også medlemmer som ikke har benyttet den rett til fri bevegelighet EØS-retten gir, er omfattet av retten til å motta kontantytelser i en annen EØS-stat enn trygdestaten.

Drøftelsene har vist at artikkel 21 ikke gir medlemmet en ubetinget rett til å motta trygdeytelser der vedkommende befinner seg i en annen EØS-stat enn trygdestaten. Bestemmelsen forbyr ikke trygdestaten å stille krav om forhåndstillatelse eller meldeplikt ved reise utenlands. EØS-retten er imidlertid til hinder for at kontantytelser nektes eller reduseres *utelukkende* med den begrunnelse at vedkommende oppholder seg i en annen EØS-stat.

I hvilken utstrekning det kan knyttes vilkår til mottak av kontantytelser under sykdom som kan begrense muligheten til å oppholde seg i andre EØS-land, må vurderes som etter EU-retten. Som det vil fremgå av punkt 0 flg., innebærer dette

- at de hensyn som forfølges gjennom vilkårene, må være slike som EØS-retten anerkjenner,
- at de vilkårene som stilles, må være egnet til å oppnå de hensynene som begrunner dem,
- at de vilkårene som stilles, må være proporsjonale og ikke medføre større begrensninger i muligheten til å oppholde seg i andre EØS-stater enn det som er nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene.

Forordning 883/2004 innebærer med andre ord at de nærmere grensene for hvilke vilkår en EØS-stat lovlig kan knytte til mottak av kontantytelser under sykdom, beror på vurderinger som svarer til dem man gjør etter de alminnelige reglene om fri bevegelighet for personer i EU-retten.

4.2.7 *Opplegget videre*

Drøftelsen foran har vist at de begrensninger forordning 883/2004 medfører for trygdestatens mulighet til å knytte betingelser som forutsetter opphold på trygdestatens territorium til mottak av kontantytelser under sykdom, må fastlegges med grunnlag i de begrensninger i den frie bevegelighet for personer EU- og EØS-retten tillater. Reglene om fri bevegelighet er som nevnt bygget opp slik at de i utgangspunktet forbyr restriksjoner på fri bevegelighet av personer over landegrensene, men tillater restriksjoner som er nødvendige for å beskytte hensyn EU- og EØS-retten anerkjenner, såfremt restriksjonene ikke medfører større begrensninger i den frie bevegeligheten enn de aktuelle hensynene kan rettferdiggjøre.

Restriksjonsforbudet medfører at utvalget må ta stilling til fem spørsmål: Det første spørsmålet er om det å knytte krav til syke-, arbeidsavklarings- eller pleiepenger som krever opphold på trygdestatens territorium, er å anse som en restriksjon på den frie bevegelse. Det andre spørsmålet er om de hensyn slike krav skal ivareta, er hensyn EØS-retten anerkjenner. Det tredje spørsmålet er om de kravene som stilles, er egnet til å ivareta de aktuelle hensynene. Det fjerde spørsmålet er om hensynene kan ivaretas med tiltak som virker mindre begrensende på fri bevegelse. Det femte og siste spørsmålet er om de hensynene som ivaretas, er tungtveiende nok til å legitimere den nødvendige begrensningen i fri bevegelse.

I de neste avsnittene redegjør derfor utvalget nærmere for restriksjonsbegrepet, det vil si hva som i det hele tatt skal til for at noe kvalifiserer som en hindring for fri bevegelse. Deretter redegjøres det for de krav som må være tilfredsstillende for at et tiltak som kvalifiserer som en restriksjon, likevel skal la seg forene med EU- og EØS-retten.

4.3 Restriksjonsbegrepet

4.3.1 Generelt

Reglene om fri bevegelse i EU- og EØS-retten forbyr som et utgangspunkt restriksjoner på den frie bevegelsen. For så vidt gjelder det nærmere innholdet i restriksjonsbegrepet, er dette omtalt i punkt 1.2.2. Utvalget minner derfor bare om EFTA-domstolens uttalelse i *Holship*, som senere fikk tilslutning fra et samlet Høyesterett,⁸⁴ hvor det ble lagt til grunn at

«Tiltak som kan hindre utøvelsen av de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen, eller gjøre den mindre interessant, er, selv om de får anvendelse uten hensyn til nasjonalitet, en krenkelse av disse friheter som må rettfærdiggjøres».⁸⁵

Restriksjonsforbudene gir likevel ingen garanti for at flytting ikke kan ha negative virkninger for personens trygderettigheter.⁸⁶

Spørsmålet blir etter dette om betingelser for å motta syke-, pleie- eller arbeidsavklaringspenger som forutsetter opphold på trygdestatens territorium, kan hindre eller gjøre mindre attraktiv utøvelsen av retten til fri bevegelse. Dette spørsmålet må uten videre kunne besvares bekræftende.

Utvalget finner grunn til å påpeke at ytelsene det er tale om i denne sammenheng, gis der en person er for syk til å arbeide, ikke kan arbeide som før, eller noen i nær familie trenger så omfattende omsorg og pleie at det ikke lar seg forene med annet arbeid. I slike situasjoner kan det også være aktuelt å støtte seg på familie og annet nettverk. Det kan ikke være tvil om at vilkår som vanskeliggjør utenlandsopphold rammer statsborgere fra

⁸⁴ Se HR-2016-2554-P *Holship Norge AS mot Transportarbeiderforbundet*.

⁸⁵ Sak E-14/15 *Holship Norge AS mot Transportarbeiderforbundet*, avsnitt 115.

⁸⁶ Slik eksempelvis forente saker C-95/18 og C-96/18 *van den Berg*, avsnittene 57 og 58.

andre EØS-stater hardere enn norske statsborgere. Statsborgere fra andre EØS-stater har gjerne familie og nettverk i andre EØS-stater enn Norge, mens norske statsborgere som regel har sin familie og sitt nettverk i Norge. Utvalget finner det derfor klart at slike betingelser ikke bare er å anse som restriksjoner på fri bevegelighet for personer i sin alminnelighet, men også som restriksjoner på fri bevegelighet av arbeidskraft og på etableringsretten.

Utvalget legger etter dette til grunn at en rekke av de plikter som knyttes til mottak av kontantytelser, som aktivitets-, fremmøte- og tilstedeværelsesplikter, kvalifiserer som restriksjoner på fri bevegelighet. For at slike restriksjoner skal være forenlige med EØS-retten, må de rettferdiggjøres av hensyn som EØS-retten anerkjenner.

4.3.2 Særlig om sanksjoner som restriksjoner

Der nasjonal lovgivning inneholder plikter, vil den gjerne også inneholde sanksjoner for pliktbrudd. På trygdeområdet vil aktuelle sanksjoner kunne være tap av retten til ytelsen, eller ulike former for straffesanksjoner. Der den aktuelle plikten er en restriksjon EØS-retten ikke tillater, kan pliktbrudd ikke straffes.⁸⁷ Det følger imidlertid av EU-domstolens praksis at selv om den plikten det er aktuelt å sanksjonere brudd på, er forenlig med EØS-retten, kan sanksjonen i seg selv være en ulovlig restriksjon. I sak 118/75 *Watson og Belmann* uttalte EU-domstolen at en straffebestemmelse ikke må stå

«i et sådant misforhold til lovovertrædelsens grovhet, at den kommer til at udgøre en hindring for den frie bevægelighet for personer;»⁸⁸

Strafferetten er i utgangspunktet et nasjonalt anliggende. Det skal derfor en del til før sanksjoner i seg selv kvalifiserer som restriksjoner. Samtidig er oppholds krav, aktivitetsplikter og ulike former for meldeplikter som vanskeliggjør opphold i andre EØS-stater, restriksjoner på den frie bevegelighet. Det betyr at sanksjoner for brudd på pliktene må holde seg innenfor EØS-rettens rammer. Sanksjoner for brudd på restriksjoner som er forenlige med EØS-retten, vil derfor være i strid med EØS-retten der sanksjonen i seg selv står i et slik «misforhold til lovovertrædelsens grovhet» at den utgjør en uforholdsmessig restriksjon på den frie bevegelighet.

Vurderingstemaet gir anvisning på en vurdering av forholdet mellom en bestemt lovovertrædelse og den etterfølgende sanksjonen. Utvalget finner ikke grunn til å foreta en nærmere vurdering av sanksjonene for brudd på plikter knyttet til retten til syke-, pleie-, eller arbeidsavklaringspenger. Utvalget vil likevel fremheve at det – selv i de situasjoner hvor plikten er forenlig med EØS-retten – må vurderes særskilt om sanksjonene ved pliktbrudd er det.

⁸⁷ Dette følger allerede av straffeloven § 2.

⁸⁸ Se sak 118/75 *Watson og Belmann*, avsnitt 21.

4.4 Hensyn EØS-retten anerkjenner

4.4.1 Generelt

Krav eller tiltak etter nasjonal rett som utgjør restriksjoner på fri bevegelighet, kan opprettholdes såfremt de er rettferdiggjort. Rettferdiggjøring krever at de hensyn som tiltaket skal beskytte er anerkjent av EØS-retten, og at tiltaket fremstår som et egnet og proporsjonalt virkemiddel. EU-domstolen har fastslått gjentatte ganger at det

«følger af fast retspraksis, at en foranstaltning, der kan hindre den frie bevægelighed for arbejdstagere, der er sikret ved artikel 45 EF, kun kan tillades, hvis den har et lovligt formål, som er foreneligt med traktaten og er begrundet i tvingende almene hensyn.»⁸⁹

Sak C-406/04 *De Cuyper* gjaldt krav om bosted i trygdestaten som betingelse for å motta dagpenger under arbeidsløshet. Etter å ha fastslått at bopelskravet utgjorde en restriksjon på fri bevegelighet, uttalte domstolen:

«I den foreliggende sag beror bopælskravet på hensynet til kontrollen med de arbeidsløses erhvervs- og familiemæssige situation. I kraft af bopælskravet har ONEM's inspektionstjenester nemlig mulighed for at efterprøve, om situationen for de personer, som oppebærer arbeidsløshedsydelse, har gennemgået nogen ændringer af betydning for den udbetalte ydelse. Hermed er kravet begrundet i objektive almene hensyn, som er uafhængige af de berørte personers nationalitet.»⁹⁰

EU-domstolen har videre lagt til grunn at EU-retten ikke kan gjøres gjeldende for å muliggjøre svik eller misbruk.⁹¹ Hensynet til kontroll med at betingelsene for å motta den aktuelle ytelsen foreligger, og mer generelt hensynet til å hindre misbruk av nasjonale trygdeordninger, kan dermed begrunne restriksjoner på den frie bevegelighet.

De betingelsene som knyttes til mottak av syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger er begrunnet i hensynet til å bringe personer tilbake til arbeidslivet og fremme full sysselsetting.⁹² Dette er hensyn som gjenfinnes i EØS-avtalens fortale og i avtalens del V.

⁸⁹ Sak C-174/18 *Lennertz*, avsnitt 44.

⁹⁰ Sak C-406/04 *De Cuyper*, avsnitt 41.

⁹¹ Se sak C-251/16 *Cussens* m.fl. avsnitt 27 flg.

⁹² Se rundskriv R8-00 til folketrygdloven der det fremgår at begrunnelsen for oppholdskravet i § 8-9 «er hovedsakelig at det ikke er mulig å føre den nødvendige kontroll med hensyn til sykdommens karakter, utvikling, varighet og innvirkning på arbeidsevnen, når et medlem oppholder seg i utlandet. *Et utenlandsopphold vil videre kunne være til hinder for oppfølgingen av den sykmeldte med henblikk på å få vedkommende tilbake i arbeid.*» (Uthevet i originalen). Begrunnelsen for oppholdskravet ved pleiepenger er i det alt vesentlige kontrollhensyn, jf. Prop. 48 L (2016-2017) avsnitt 6.2.2.4. For så vidt gjelder arbeidsavklaringspenger heter det i rundskriv R11-00 at «[b]estemmelsen om opphold i Norge må ses i

Hensynene er også godt i samsvar med bestemmelser i TEUF. Utvalget vil særlig fremheve TEUF artikkel 51, hvor varig høy sysselsetting uttrykkelig nevnes blant de mål medlemsstatene og EU skal arbeide mot.

Utvalget legger etter dette til grunn at flere av de plikter det kan være aktuelt å knytte til mottak av syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger, forfølger hensyn EØS-retten anerkjenner.

Domstolene skal etterprøve at det hensynet som anføres som begrunnelse for en restriksjon, rent faktisk er den reelle begrunnelsen («the real justification»)⁹³ Dette innebærer at krav som i realiteten er motivert av rene økonomiske eller administrative hensyn, ikke «renvaskes» av at de også kan hevdes å forfølge et tillatt hensyn som ikke utgjør den reelle begrunnelsen for restriksjonen.⁹⁴ Omvendt vil krav som reelt er begrunnet i hensyn EØS-retten anerkjenner, ikke «forurenes» av at de også bidrar til å realisere hensyn EØS-retten ikke anerkjenner.⁹⁵

4.4.2 Særlig om hensynet til et bærekraftig trygdesystem

Trygdeytelser er en stor utgift for staten.⁹⁶ Universelle trygdeordninger finansieres i hovedsak gjennom skatteinntekter. Formålet om å opprettholde en universell velferdsstat og en bærekraftig trygdeordning, avhenger av kontroll med trygdens utgifter. Hensynet til å sikre en bærekraftig velferdsstat, som kommer alle innbyggere til gode, anses som et legitimt hensyn av allmenn interesse som kan begrunne restriksjoner på den frie bevegelighet for personer. Dette kan illustreres med EU-domstolens avgjørelse i sak C-651/16 *DW* hvor den uttaler:

«[S]elv om en begrunnelse af rent økonomisk karakter ikke kan udgøre et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en begrænsning af en grundlæggende frihed, der er sikret i traktaten, kan en national lovgivning imidlertid udgøre en sagligt begrundet hindring for en grundlæggende frihed, når den er nødvendig af økonomiske grunde og forfølger et mål om almene hensyn. Det kan således ikke udelukkes, at en risiko for et alvorligt indgreb i den sociale sikringsordnings økonomiske ligevægt kan udgøre et tvingende alment hensyn, som

sammenheng med formålet med arbeidsavklaringspenger, se § 11-1. Hovedmålet med arbeidsavklaringspenger er at medlemmet skal gjennomføre et aktivt, arbeidsrettet løp og komme i arbeid ved hjelp av oppfølging fra NAV. Dette forutsetter at medlemmet er tilgjengelig for oppfølging. Oppfølging fra NAV tilsier også at aktuelle tiltak i hovedsak må foregå i Norge».

⁹³ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 118.

⁹⁴ Barnard (2019) s. 503-508 gir en oppstilling av legitime hensyn som så langt er anerkjent av EU-domstolen.

⁹⁵ Se i denne retningen sak E-1/06 *ESA mot Norge* (Norsk Tipping), avsnittene 37 til 39.

⁹⁶ Nav utbetalte totalt 439 milliarder i ulike ytelser i 2018. 7,2 milliarder ble utbetalt til personer i utlandet. Se <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/flere-statistikkomrader/utbetalinger-til-personer-i-utlandet>.

kan begrunde, at der gøres indgreb i traktatbestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed.»⁹⁷

Et argument i samme retning er hensynet til trygdeordningens legitimitet. Det kan utfordre trygdeordningens legitimitet om medlemmer som ikke kan arbeide på grunn av sykdom, og derfor mottar kontantytelser, benytter disse til å reise på ferie utenlands mens folk som er friske må gå på jobb og holde samfunnsmaskineriet i gang. Utvalget vil påpeke at EØS-retten, som vist, i utgangspunktet stiller medlemsstatene fritt i utformingen av sine trygdesystemer. Utvalget vil derfor anta at EØS-retten ikke er til hinder for å utforme trygdeordningen slik at kontantytelser stanses under ferie, uansett hvor denne tilbringes.⁹⁸

4.5 Egnethetskravet

Det er ikke nok at en restriksjon på fri bevegelighet er motivert av hensyn EØS-retten anerkjenner. Det eller de tiltakene som utgjør restriksjonen, må også være egnet til å ivareta de hensyn som forfølges. I den grad det knyttes betingelser til retten til å motta syke-, arbeidsavklarings- eller pleiepenger som gjør det mindre attraktivt eller vanskeligere å reise til en annen EØS-stat, må disse betingelsene være egnet til å realisere de hensynene som begrunner dem, for eksempel å bringe personen tilbake i arbeid eller muliggjøre kontroll med at vilkårene for å motta ytelsen er tilfredsstillt.

EU-domstolens praksis viser at denne egnethetstesten ikke er særlig streng.⁹⁹ Vurderingstemaet er om restriksjonen er tjenlig til å realisere de hensyn som forfølges. Denne testen suppleres av det vi kan kalle et konsistenskrav, av EFTA-domstolen uttrykt som at restriksjonen «virkelig gjenspeiler et hensyn om å oppnå dette mål på en konsistent og systematisk måte».¹⁰⁰ Kravet innebærer at de betingelsene som knyttes til retten til å motta syke-, arbeidsavklarings- eller pleiepenger, rent faktisk må forfølge hensynene som begrunner dem på en konsistent måte. Hvordan vurderingen faller ut, vil i praksis bero på de hensynene som forfølges, utformingen av de aktuelle betingelsene, og de konkrete forhold i saken.

⁹⁷ Sak C-651/16 *DW*, avsnitt 33 med videre henvisning til tidligere rettspraksis. Saken gjaldt beregning av foreldrepenge etter latvisk rett for en kvinne som hadde arbeidet i en EU-institusjon, og som etter hjemkomsten til Latvia ikke fikk medregnet denne perioden fullt ut ved beregningen av foreldrepengegrunnlaget. EU-domstolen avgjorde saken direkte etter TEUF artikkel 45, som et spørsmål om hindring av den frie bevegelighet. Se videre for eksempel sak C-158/96 *Kohll* avsnitt 41, og *Barnard* (2019) s. 507

⁹⁸ Man har ikke rett til sykepenger der man avvikler lovbestemt ferie, og ikke til arbeidsavklaringspenger der man tar fri fra avtalte aktiviteter eller ikke ønsker å være tilgjengelig for Nav i en periode.

⁹⁹ Se *Fredriksen og Mathisen* (2018) s. 119, med videre henvisninger.

¹⁰⁰ Sak E-8/17 *Kristoffersen*, avsnitt 117.

Utvalget antar imidlertid at et generelt krav om opphold i Norge neppe vil oppfylle dette egnethetskravet der det er hensynet til rask rehabilitering som forfølges.¹⁰¹ I disse tilfellene er det vanskelig å se hvorfor det grenseoverskridende elementet skal være avgjørende for rehabiliteringen. Det faktum som lå til grunn for Trygderettens kjennelse TRR-2019-12 kan illustrere poenget. Her hadde medlemmet fått avslag på krav om sykepenger under opphold i utlandet, med den begrunnelse at en flyreise ville kunne forverre helsetilstanden. En slik nektelse kan være velbegrunnet i det enkelte tilfellet. Problemet i forhold til konsistenskravet ligger i at adgangen til å foreta flyreiser innenlands ikke er betinget av samtykke. Et generelt krav om opphold i Norge kan da fremstå som lite egnet og inkonsistent.

Hensynet til kontroll med at ordningene ikke misbrukes, vil nok lettere tilfredsstillende kravet til konsistens. Myndighetenes mulighet til å utøve kontroll er ganske annerledes når medlemmet oppholder seg i Norge enn når vedkommende er utenlands. Dette innebærer at kontrollhensyn kan begrunne at samtykke kreves der medlemmet vil reise utenlands. Det konkrete vedtaket om å kreve opphold på territoriet, eller betingelser knyttet til et samtykke, må i sin tur tilfredsstillende de krav som følger av EØS-retten.

4.6 Nødvendighets- eller forholdsmessighetskravet (det minste inngreps prinsipp)

Også der det foreligger en restriksjon på fri bevegelse som både er motivert av hensyn EØS-retten anerkjenner og egnet til å ivareta slike hensyn, vil restriksjonen være uforenlig med EØS-retten dersom den medfører større begrensninger i den frie bevegelse enn det som er nødvendig for å ivareta det aktuelle hensynet.¹⁰² I utgangspunktet er det opp til den enkelte EØS-stat å bestemme med hvilken intensitet et hensyn skal beskyttes i nasjonal rett (ofte omtalt som det nasjonale beskyttelsesnivået). Dette innebærer at nødvendighetsvurderingen må ta utgangspunkt i det nivået den enkelte EØS-stat har satt. Vurderingstemaet er så om det aktuelle beskyttelsesnivået kan realiseres med tiltak som virker mindre inngripende i bevegelsesfriheten.

For ytelser som tar sikte på å bringe personer tilbake til arbeidslivet, står EØS-statene temmelig fritt til å utforme betingelser som krever opphold på trygdestatens territorium mens man mottar kontantytelser. Så lenge betingelsene er egnet for formålet, og ikke like gjerne kan oppfylles i andre EØS-stater enn trygdestaten, er EØS-retten ikke til hinder for dem.

¹⁰¹ Utvalget har ikke her vurdert mulige andre hensyn som kan begrunne restriksjonen, som for eksempel hensynet til kontroll.

¹⁰² Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 114, som uttrykker det slik at tiltaket må overholde proporsjonalitetsprinsippet. I avgjørelsen av om et tiltak er nødvendig isolert sett, må det vurderes om det finnes mindre inngripende tilgjengelige tiltak for å oppnå samme mål. Dette kan også omtales som det minste inngreps prinsipp.

Når det gjelder restriksjoner begrunnet i hensynet til kontroll og motvirkning av trygdesvindler, viser avgjørelser fra EU-domstolen at medlemsstatene har en betydelig skjønnsfrihet. Dette illustreres godt av avgjørelsen i sak C-406/04 *De Cuyper*. Saken gjaldt en betingelse om bopel og faktisk bosted i Belgia for rett til dagpenger under arbeidsledighet. De Cuyper hadde oppgitt til belgiske myndigheter at han var enslig og faktisk bodde i Belgia. Realiteten var imidlertid at selv om han hadde en leilighet i Belgia, var han her bare en gang i kvartalet. Ellers oppholdt han seg i Frankrike. Da belgiske myndigheter oppdaget dette, stanset de utbetalingene og krevde utbetalte ytelser tilbakeført. De Cuyper gjorde gjeldende at bopelskravet var en ulovlig restriksjon på fri bevegelighet, mens belgiske myndigheter anførte at bopelskravet var nødvendig av kontrollhensyn.

EU-domstolen fant at bostedskravet utgjorde en restriksjon, og at hensynet til kontroll med at de som mottar ytelser også tilfredsstillende vilkårene for å motta dem, kan begrunne restriksjoner. I forbindelse med spørsmålet om kravet om faktisk bosted var nødvendig, hadde De Cuyper anført at kontrollhensynet kunne ivaretas med tiltak som virket mindre hindrende på fri bevegelighet enn et bostedskrav gjør. EU-domstolen var ikke enig i dette, og uttalte:

«44 Hvad angår spørgsmålet, om der findes bestemmelser, som indebærer mindre indgribende kontrolforanstaltninger i hovedsagen, såsom de af De Cuyper anførte foranstaltninger, er det ikke godtgjort, at sådanne foranstaltninger er egnede til at sikre opfyldelsen af det tilstræbte formål.

45 Effektiviteten af kontrolforanstaltninger som dem, der er anvendt i det foreliggende tilfælde, og som har til formål at efterprøve den arbejdsløses familiemæssige situation, og om han eventuelt råder over indtægter, som han ikke har opgivet, beror i vidt omfang på, at kontrollen foretages uventet, og på muligheden af at foretage kontrollen på stedet, da de kompetente tjenestegrene skal kunne efterprøve, at der er overensstemmelse mellem den arbejdsløses angivelser og dem, der fremgår af de virkelige omstændigheder. Herved må der tages hensyn til, at den kontrol, som udføres på området for arbejdsløshedsydelse, har en specifik karakter, som begrunder indførelsen af mere indgribende foranstaltninger end dem, der anvendes ved kontrollen med andre ydelser.

46 Anvendelsen af mindre indgribende foranstaltninger, såsom fremlæggelsen af dokumenter eller attester, ville berøve kontrollen dens uventede karakter og dermed gøre den mindre effektiv.

47 Det må derfor antages, at kravet om, at den pågældende skal have bopæl i den medlemsstat, hvor den institution, som ydelsen påhviler, er beliggende, og som i national ret er

begrundet i hensynet til kontrollen med overholdelsen af betingelserne i lovgivningen for udbetaling af ydelser til arbeidsløse, opfylder proportionalitetskravet.»¹⁰³

EU-domstolens resonnementer er tett knyttet til karakteren av den aktuelle ytelsen, som var en arbeidsledighetsytelse, og de forhold det var behov for å føre kontroll med – inntekter og familiesituasjon. Det er reist spørsmål om EU-domstolen ville ha akseptert bostedskravet dersom det bare var medlemmets inntektsforhold som skulle kontrolleres.¹⁰⁴ Etter utvalgets oppfatning har likevel synsmåtene overføringsverdi til ytelser som skal kompensere for manglende inntekt grunnet sykdom. For så vidt gjelder slike ytelser, vil lange eller gjentatte opphold utenfor de kompetente myndigheters jurisdiksjon kunne hindre kontrollen med at de økonomiske vilkårene for å motta ytelsen faktisk foreligger, for eksempel at eventuelle inntekter oppgis. Dette innebærer at en begrensning i muligheten til å reise utenlands står sterkere der det dreier seg om opphold av en viss varighet, men svakere der det dreier seg om kortere opphold. Samtidig er det sikker EØS-rett at rent administrative hensyn ikke kan begrunne restriksjoner. Det betyr at det ikke er relevant for vurderingen at tilstedeværelseskrav gjør kontrollen enklere eller rimeligere å gjennomføre for trygdeforvaltningen.

4.7 Avveiningstesten

Selv om en restriksjon både er begrunnet i hensyn EØS-retten anerkjenner og er egnet og nødvendig for å ivareta disse, må restriksjonen passere enda et hinder for at den ikke skal utgjøre en ulovlig restriksjon. Dette formuleres gjerne som at tiltaket må være forholdsmessig også i snever forstand; det må ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep i den frie bevegelighet.¹⁰⁵ Denne vurderingen kan formuleres som et spørsmål om «inngrepet i grunnfrihetene er så stort at det står i et helt urimelig forhold til målsettingen».¹⁰⁶ EU-domstolen praktiserer balansetesten slik at den gir atskillig rom for ulike politiske valg medlemsstatene imellom, og testen er karakterisert som en «kvalifisert urimelighetssensur» av det nasjonale beskyttelsesnivået.¹⁰⁷

¹⁰³ Sak C-406/04 *De Cuyper*, avsnittene 44 til 47. Se likevel sak C-228/07 *Petersen*, der EU-domstolen etter en konkret vurdering fant at et bopelskrav ikke var berettiget.

¹⁰⁴ Se Mel Cousins, *Citizenship, residence and social security* (2007) 32 E.L. Rev, s. 386 til 395, på s. 393 til 394.

¹⁰⁵ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 114-115 peker på at EU-domstolen ofte ikke skiller vurderingen av forholdsmessighet i snever forstand (iblant omtalt som proporsjonalitet *strictu sensu*) fra den generelle nødvendighetsvurderingen.

¹⁰⁶ Fredriksen og Mathisen (2018), side 127, med henvisning til sak C-126/15 *Kommisjonen mot Portugal*.

¹⁰⁷ Fredriksen og Mathisen (2018), side 129.

4.8 Prøvingsintensitet

Rettspraksis viser at intensiteten i domstolenes prøving av om kravene til restriksjonens utforming er tilfredsstillt, varierer med de hensyn som forfølges. Det er mulig å spore en viss tendens i rettspraksis som kan tilsi at medlemsstatene har noe større handlefrihet der de hensynene som forfølges er slike det ikke er noen egentlig felles europeisk konsensus om, eller det dreier seg om tiltak på politisk sensitive områder, slik som velferdsområdet. Hovedinntrykket fra rettspraksis er likevel at intensiteten i domstolsprøvingen kan variere fra sak til sak, uten at det lar seg oppstille helt faste kriterier. Dette er særlig påtakelig på området for sosiale ytelser, der mange ulike interesser og hensyn møtes. Dette medfører at domstolens drøftelse i enkelte saker kan bli temmelig detaljert og nærgående, mens domstolen i andre saker lettere aksepterer medlemsstatens begrunnelse.¹⁰⁸ To avgjørelser kan illustrere dette.

Den første er EU-domstolens avgjørelse i *De Cuyper*, nevnt i foregående avsnitt. Saken gjaldt som nevnt krav etter belgisk rett om faktisk opphold i Belgia for rett til en arbeidsløshetsytelse der også familiesituasjonen var av betydning. EU-domstolen fant at hensynet til tilstrekkelig kontroll ikke kunne ivaretas med tiltak som virket mindre hindrende på fri bevegelighet. Prøvingen av dette spørsmålet er detaljert og prinsipiell i generaladvokatens uttalelse, men ikke like inngående i selve dommen, noe som kanskje kan forklares med at det dreide seg om ytelser under arbeidsløshet som også tok hensyn til den arbeidsløses familiesituasjon.¹⁰⁹

EU-domstolens avgjørelse i sak C-676/16 A gjaldt blant annet spørsmålet om det utgjør en restriksjon på den retten til fri bevegelighet unionsborgerskapet gir å nekte funksjonshemmede bosatt i trygdestaten rett til personlig assistanse når de oppholder seg i en annen medlemsstat i studieøyemed. EU-domstolen besvarte dette bekreftende. Ved vurderingen av om restriksjonen lar seg begrunne, går domstolen temmelig konkret til verks, og overlater lite til nasjonale myndigheter. Sagt med andre ord er det en temmelig høy prøvingsintensitet i denne saken.

¹⁰⁸ Slik Catherine Barnard, *The Substantive law of the EU*, 5th ed. Oxford 2016, på s. 322.

¹⁰⁹ Sak C-406/04 *De Cuyper*, avsnittene 44 til 47. Se også sak C-228/07 *Petersen*, der EU-domstolen etter en konkret vurdering fant at et bopelskrav ikke var berettiget.

4.9 Tillatelses- og meldepliktordninger

Utvalget påpekte i punkt 4.2.5 at der oppfølging blir vanskelig eller umulig om en mottaker av syke-, pleie eller arbeidsavklaringspenger ikke oppholder seg i Norge, eller opphold utenlands medfører at vedkommende ikke kan utføre pålagte plikter, vil EØS-retten normalt ikke være til hinder for at det kreves en eller annen for samtykke fra trygdemyndighetene, eventuelt omlegging av plikter som krever opphold på trygdestatens territorium, før utenlandsreise kan skje.

Også tillatelses- og meldepliktordninger er restriksjoner på retten til fri bevegelse. Dette har to konsekvenser. For det første må selve utformingen av ordningen tilfredsstillende de krav som følger av EØS-retten. For det annet må det enkelte vedtak fattet i henhold til ordningen gjøre det.

Tillatelses- og meldepliktordninger kan være nødvendige for å beskytte ett eller flere ikke-økonomiske hensyn.¹¹⁰ I kravet om at ordningen skal være nødvendig, ligger det imidlertid to elementer.

Det ene elementet er at ordningen skal være egnet til å beskytte det eller de aktuelle hensynene som begrunner den. Det andre elementet er at ordningen ikke må medføre større hindringer i fri bevegelse enn det som er nødvendig for beskyttelsen av de hensyn som begrunner ordningen. En tillatelsesordning vil som regel være mer inngripende enn en meldepliktordning der tillatelse anses gitt om ikke forvaltningen reagerer innen viss frist.¹¹¹ Dette medfører at dersom et krav om forhåndsmelding er tilstrekkelig for å ivareta de hensynene som begrunner oppholdskravet, er EØS-retten til hinder for en ordning der det kreves uttrykkelig tillatelse til utenlandsopphold.

Nødvendighetskriteriet kan også ha betydning for andre sider ved utformingen av samtykke- og meldepliktordninger. Det kan eksempelvis medføre at det først er der utenlandsoppholdet er av noe varighet, at det kan kreves melding eller forutgående tillatelse.

Forutberegnelighet og muligheten til å føre kontroll med nasjonale forvaltningsmyndigheters disposisjoner står sentralt i så vel EU-domstolens som EFTA-domstolens praksis. Dette leder over til en tredje konsekvens EØS-retten har for utformingen av tillatelsesordninger; de kriterier en søknad om utenlandsopphold vurderes etter må være publisert på forhånd, og både kriteriene og anvendelsen av dem må kunne gjøres til gjenstand for domstolskontroll.

Hvorvidt en nektelse av utenlandsopphold eller de betingelser som måtte bli stilt for slikt opphold er forenlig med EØS-retten, beror på saksforholdet i den enkelte sak. Vurderingstemaet vil være om nektelsen er begrunnet i et eller flere av de hensyn som begrunner ordningen, om nektelsen er egnet til å beskytte dette hensynet, og om hensynet kan beskyttes på en måte som er mindre inngripende i retten til fri bevegelse.

¹¹⁰ Se for så vidt fremstillingen i punkt 4.4 flg.

¹¹¹ Se til illustrasjon forordning 987/2009 artikkel 26 nr. 2 og direktiv 2006/123/EF, tjenstedirektivet, artikkel 13 nr. 3 og 4.

5. Reglene om fri bevegelighet for tjenester

Reglene om fri bevegelighet for tjenester følger av EØS-avtalen artikkel 36 flg. Som nevnt i punkt 1.2.4, finner utvalgets flertall ikke grunnlag til å konkludere med at disse reglene kommer til anvendelse i de aktuelle sakene. Utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken deler ikke denne oppfatningen. I dette punktet følger derfor Arnesen og Strandbakkens begrunnelse for hvorfor de ser det slik at reglene om fri bevegelighet for tjenester kommer til anvendelse:

Den sentrale funksjonen til trygdeforordningene er å koordinere EØS-statenes trygdeordninger, ikke harmonisere dem. Som nevnt har EU-domstolen gjentatte ganger understreket at i

«mangel af harmonisering på EU-plan tilkommer det følgelig hver medlemsstat i lovgivningen bl.a. at fastsette de betingelser, som en person skal opfylde for at være berettiget til ydelser (dom af 21.2.2013, Salgado González, C-282/11, EU:C:2013:86, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis, og af 7.12.2017, Zaniewicz-Dybeck, C-189/16, EU:C:2017:946, præmis 39).

Ved udøvelsen af denne kompetence skal medlemsstaterne imidlertid overholde EU-retten og navnlig EUF-traktatens bestemmelser om unionsborgeres ret til at færdes og opholde sig på medlemsstaternes område (dom af 21.2.2013, Salgado González, C-282/11, EU:C:2013:86, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis, og af 7.12.2017, Zaniewicz-Dybeck, C-189/16, EU:C:2017:946, præmis 40).»¹¹²

Uttalelser i EFTA-domstolens avgjørelse i E-11/07 og E-1/08 *Rindal og Slinning* gir uttrykk for det samme. Her uttaler EFTA-domstolen følgende:

«EØS-retten begrenser ikke EØS-landenes kompetanse til å organisere sine trygdesystemer. I mangel av harmonisering på EØS-nivå tilkommer det hver EØS-stats lovgiver å fastsette vilkårene for trygdeytelser. Når de utøver denne kompetansen, må imidlertid EØS-statene overholde EØS-retten.»¹¹³

Hvorvidt EØS-retten tillater vilkår som begrenser rettighetshaverens muligheter til å motta ytelser under opphold i en annen EØS-stat, må altså også vurderes etter andre EØS-rettslige regler enn koordineringsreglene. I den øvrige EØS-retten finner vi enkelte direktiver og forordninger som på ulike måter påvirker utformingen av nasjonale

¹¹² Sak C-134/18 *Vester*, avsnittene 30 og 31.

¹¹³ Sak E-11/07 og E-1/08 *Rindal og Slinning*, avsnitt 43. EU-domstolens avgjørelse i sak C-134/18 *Vester*, avsnitt 29, viser at dette er gjeldende EU/EØS-rett også i dag.

trygdeordninger.¹¹⁴ Når det gjelder de spørsmålene utvalget skal behandle, følger likevel ikke de viktigste skrankene av direktiver eller forordninger, men av de alminnelige reglene om fri bevegelighet.

Som vist i punkt 1.2.2 kommer reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere og reglene om etableringsrett til anvendelse der det er et grenseoverskridende element knyttet til arbeidsforholdet eller den selvstendige næringsvirksomheten. Reglene kommer derfor til anvendelse der et medlem av trygden er statsborger i en annen EØS-stat og arbeider eller driver selvstendig næringsvirksomhet i Norge. Reglene kommer også til anvendelse der norske statsborgere har arbeidet i andre EØS-stater tidligere, og der norske statsborgere som mottar kontantytelser under sykdom er mindre enn 100 % sykmeldt eller har reduserte arbeidsavklaringspenger, og arbeider i andre EØS-land.¹¹⁵ Reglene kommer imidlertid ikke til anvendelse der det ikke foreligger noe grenseoverskridende element knyttet til arbeidsforholdet. Dette innebærer at rettsstillingen for norske statsborgere som bor og arbeider i Norge som regel må fastlegges på annet grunnlag.

Der et medlem av trygden hverken benytter eller har benyttet seg av den retten til fri bevegelighet reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere og etableringsretten gir, foreligger det ikke noe grenseoverskridende element før vedkommende reiser til en annen EØS-stat.¹¹⁶ Formålet med utenlandsoppholdet vil i slike tilfeller kunne være noe annet enn arbeid, studier eller selvstendig næringsvirksomhet, og spørsmålet er om EØS-retten også i disse tilfellene, uavhengig av forordning 883/2004, er til hinder for at det knyttes betingelser til kontantytelser som forutsetter opphold på norsk territorium.

Reglene om fri bevegelighet for tjenesteytelser kommer til anvendelse der det ytes tjenester over landegrensene. Reglene kommer dermed til anvendelse der tjenesten etter sin art er grenseoverskridende,¹¹⁷ der tjenesteyter er hjemmehørende i én EØS-stat og reiser til en annen EØS-stat for midlertidig å yte tjenester der,¹¹⁸ og der tjenestemottakeren forlater hjemstaten for å motta tjenester i en annen EØS-stat.¹¹⁹ Slik utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken ser det, innebærer således reglene om

¹¹⁴ Som eksempel kan nevnes forordning 492/2011 om fri bevegelighet for arbeidstakere artikkel 7, som bestemmer at en arbeidstaker som er statsborger i en EØS-stat, skal nyte godt av de samme sosiale fordelene som innenlandske arbeidstakere. Om rekkevidden av denne bestemmelsen, se C-447/18 UB, avsnitt 40 flg.

¹¹⁵ For slike medlemmer av folketrygden er et ubetinget oppholds krav til hinder for at restarbeidsevnen benyttes i andre EØS-land enn Norge.

¹¹⁶ Det er mulig det samme gjelder for personer med statsborgerskap i andre EØS-stater som alltid har vært i Norge.

¹¹⁷ Fjernsynssendinger fra en EØS-stat til mottakere i en annen er skoleeksempelet her.

¹¹⁸ For eksempel entreprenørbedriften hjemmehørende i en EØS-stat som påtar seg oppdrag i en annen.

¹¹⁹ Skoleeksempelet her er en som er turist i en annen EØS-stat enn bostedslandet.

fri bevegelighet for tjenester ikke bare en rett til å yte tjenester over landegrensene, men også en rett til å motta tjenester hvor i EØS-området man måtte ønske.

Frem til direktiv 2004/38/EF, unionsborgerdirektivet, ble innlemmet i EØS-avtalen, ble retten til fri bevegelighet regulert i en rekke direktiver. Blant disse finner vi direktiv 73/148/EØF. Dette direktivet inngikk i EØS-avtalen da den ble undertegnet. Artikkel 1 nr. 1 bokstav b) pålegger EØS-statene å oppheve reise- og oppholdsrestriksjoner for «medlemsstaters borgere som ønsker å reise til en annen medlemsstat for å motta en tjeneste».¹²⁰ Av artikkel 2 fremgår det at disse skal ha rett til å forlate statens territorium, og etter artikkel 8 kan medlemsstatene bare fravike bestemmelsene i direktivet når dette er begrunnet i hensynet til offentlig orden og sikkerhet, eller folkehelsen. Direktivet er som sagt erstattet av unionsborgerdirektivet, og dette direktivets artikkel 4 gir en alminnelig rett til å forlate én EØS-stat for å reise til en annen.¹²¹ Det er ikke grunnlag for å anta at direktiv 2004/38/EF medførte begrensninger i den rett til fri bevegelighet som allerede forelå.¹²²

Dette innebærer ikke bare at det vil være en restriksjon på den frie bevegelighet av tjenesteytelse dersom regler i vertslandet hindrer besøkende i å motta tjenester på samme vilkår som landets egne innbyggere,¹²³ men også om regler i tjenestemottakerens hjemstat eller trygdestaten er til hinder for at vedkommende mottar tjenester i andre EØS-stater. Det siste poenget kommer godt frem i direktiv 73/148/EF artiklene 1 og 2, i rettspraksis om begrensninger i adgangen til å få refundert utgifter til helsetjenester mottatt i andre EØS-stater,¹²⁴ og i rettspraksis om fradragsrett for tjenestekjøp foretatt i utlandet.¹²⁵ Dette

¹²⁰ Direktiv 73/148/EØF om opphevelse av reise- og oppholdsrestriksjoner innen Fellesskapet for statsborgere i medlemsstatene med hensyn til etablering og tjenesteytelse. Særskilt vedlegg nr. 2 til St.prp. nr. 100 (1991-92) bind 11, side 567. Se E-26/13 *Gunnarson* avsnitt 77 hvor det fremgår at forbudet mot oppholdsrestriksjoner også innebærer et forbud mot utreiserestriksjoner. Vi finner tilsvarende bestemmelser i direktiv 2006/123 (tjenstedirektivet), artikkel 19. Bestemmelsen er gjennomført i norsk rett ved lov 19. juni 2009 nr. 103, tjenesteloven, § 19.

¹²¹ EU-domstolens praksis viser at den utreiseresten artikkel 4 gir, ikke er ubetinget. Der utreiseforbudet tilfredsstiller de krav som følger av direktiv 2004/38/EF artikkel 27, kan det opprettholdes. Se sak C-249/11 *Byankov*, avsnitt 34 flg. og den rettspraksis det vises til der.

¹²² Slik EFTA-domstolen i sak E-26/13 *Gunnarsson*, avsnitt 80.

¹²³ Se eksempelvis sak C-45/93 *Kommisjonen mot Spania*, hvor EU-domstolen fant at spanske regler som ga utlendinger bosatt i Spania, personer under 21 år og spanske statsborgere, gratis adgang til museer, mens statsborgere fra de øvrige medlemsstatene over 21 år måtte betale inngangspenger, var i strid med reglene om fri bevegelighet for tjenesteytelse og det alminnelige forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling.

¹²⁴ For en beskrivelse av rettstilstanden, se sak C-490/09 *Kommisjonen mot Luxembourg*, avsnittene 32 til 35. Se også EFTA-domstolen i forente saker E-11/07 og E-1/08 *Rindal og Slinning*, avsnittene 41 flg.

¹²⁵ Se sak C-76/05 *Schwarz*. Her fant EU-domstolen at nasjonale regler som ga fradragsrett for skolepenger betalt til nasjonale skoler men ikke til skoler i andre medlemsstater var en restriksjon på adgangen til å yte tjenester over landegrensene ved de gjorde det mindre attraktivt å benytte seg av det tilbudet slike skoler ga. Se også sak C-204/90 *Bachmann*. Saken gjaldt fradragsrett for forsikringspremier.

elementet i reglene om den frie utveksling av tjenesteytelser kalles gjerne «den passive frie utveksling av tjenesteytelser»,¹²⁶ og viser at reglene om fri bevegelse for tjenesteytelser også er regler om fri bevegelse for personer.

For at det skal foreligge en slik passiv fri utveksling av tjenesteytelser, kreves det muligens noe mer enn at tjenestemottaker bare oppholder seg i en annen EØS-stat enn hjemstaten. I sak 186/87 *Cowan* fant EU-domstolen at Cowan, i egenskap av turist fra et annet land, var omfattet av vertslandets regler om voldsoffererstatning, selv om disse etter sin ordlyd bare kom til anvendelse der offeret var bosatt i vertslandet. Saken ble avgjort med grunnlag i forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, i kombinasjon med tjenestereguleringene, og er tatt til inntekt for at det må foreligge et formål om å motta tjenesteytelser.¹²⁷ Det skal imidlertid ikke mye til for at et slikt formål skal anses å foreligge. Dersom siktemålet ved avreisen var å kjøpe tjenester i en annen EØS-stat, må vedkommende være beskyttet av reglene om fri bevegelse for tjenester.¹²⁸

I EU-domstolens praksis etter at unionsborgerskapet ble innført ser vi at begrensninger gjerne vurderes mot de rettigheter unionsborgerskapet gir, også i situasjoner der tjenestereguleringene nok kunne vært aktuelle. Allerede homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen, og EFTA-domstolens betoning av denne, kan da tilsi at tjenestereguleringene slik de følger av EØS-avtalen har et innhold som sikrer at personer kan reise fra én EØS-stat til en annen for å motta tjenester der.

I tillegg kommer at den grunnleggende avgjørelsen om hjemstatsbegrensninger, forente saker 286/82 og 86/83 *Luisi og Carbone*, er avsagt før unionsborgerskapet ble innført.¹²⁹ Her fant EU-domstolen at begrensninger i italiensk rett i adgangen til å ta kontanter ut av landet var en tjenesterestriksjon, og forankret dette blant annet i direktiv 73/148/EØF.¹³⁰ EU-domstolen uttalte helt generelt at

«fri utveksling av tjenesteydelser omfatter frihet for mottagerne af tjenesteydelserne til at begive sig til en anden medlemsstat for at modtage en ydelse dér, og at de ikke herved kan hindres af begrænsninger, [...] samt at turister, kurrejsende og personer på studie- eller forretningsreise må anses for modtagere af tjenesteydelser.»¹³¹

¹²⁶ Se generaladvokat P. Cruz Villalón i forslaget til avgjørelse i sak C-221/11 *Demirkan*, avsnittene 47 til 51. Bruken av begrepet «passiv» er begrunnet i at det verken er tjenesten eller tjenesteyter som krysser landegrens, men tjenestemottaker.

¹²⁷ Se for eksempel Peter Troberg i Groeben, Thiesing Ehlermann (Hrsg.), *Kommentar zum EU/EG-Vetrag* 5. auflage 1997, på s. 1/1478.

¹²⁸ Se drøftelsen til generaladvokat Lenz i hans forslag til avgjørelse i sak 186/87 *Cowan*, punkt 25 flg., og generaladvokat Leger i sak C-215/03 *Oulane*, punktene 36 til 38. EU-domstolens avgjørelse i sak 186/87 *Cowan* er fulgt opp av EFTA-domstolen i sak E-13/11 *Granville*, se avsnittene 37 og 38.

¹²⁹ Det samme gjelder sak C-158/96 *Kohll*, og sak C-157/99 *Smits og Peerbooms*, som følger opp synspunktene i *Luisi og Carbone*.

¹³⁰ *Luisi og Carbone*, avsnitt 12.

¹³¹ *Luisi og Carbone*, avsnitt 16.

Nevnes kan også sak C-204/90 *Bachmann*, hvor EU-domstolen fant at belgiske regler som gjorde rett til inntektsfradrag for forsikringspremier betinget av at forsikringsselskapet var etablert i Belgia, var en hindring for fri bevegelighet for tjenesteytelse. Begrunnelsen var at reglen «afskrækker de forsikrede fra at rette henvendelse til forsikringsselskaper, der er etablert i en anden medlemsstat».¹³² I tillegg kommer at EFTA-domstolen i *Rindal og Slinning* vurderte vilkårene for adgang til å motta naturalytelser i utlandet for trygdestatens regning utelukkende etter EØS-avtalen artikkel 36 og 37, som fastlegger retten til fri bevegelighet for tjenester.

I sak C-211/08 *Kommisjonen mot Spania*, en avgjørelse avsagt etter at retten til fri bevegelighet som unionsborger ble etablert, beskriver EU-domstolen rettstilstanden slik:

«Hvad [...] angår de ikke-lægelige tjenesteydelser, såsom turist- og uddannelsesmæssige tjenesteydelser, der udtrykkeligt er omhandlet i Kommissionens søgsmål, bemærkes det i tillæg til den i denne doms præmis 48 nævnte retspraksis, at personer etablert i en medlemsstat, der som turister eller i forbindelse med studier rejser til en anden medlemsstat, skal anses for at være modtagere af tjenesteydelser i artikel 49 EF's forstand (jf. dom af 31.1.1984, forenede sager 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377, præmis 16, af 2.2.1989, sag 186/87, Cowan, Sml. s. 195, præmis 15, og af 19.1.1999, sag C-348/96, Calfa, Sml. I, s. 11, præmis 16).»¹³³

Det er dermed sikker rett at tjenestereglene kommer til anvendelse der tjenestemottaker reiser til tjenesteyter og mottar tjenesten(e) der. Det er ingen holdepunkter i rettspraksis eller skreven EØS-rett for å anta at den omstendighet at tjenestemottaker mottar trygdeytelser, medfører at tjenestereglene likevel ikke kommer til anvendelse.

Der det knyttes betingelser til syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger som vanskeliggjør reiser i EØS-området, har dette tre tjenesterelaterte virkninger: For det første hindres mottakeren i å motta tjenester i andre EØS-stater. For det annet avskjæres tjenesteytere i andre EØS-stater fra det markedet personer som mottar syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger utgjør. Disse personenes etterspørsel allokeres i stedet til nasjonale tjenesteytere. For det tredje vil et oppholdskrav hindre selvstendig næringsdrivende som har restarbeidsevne i å utnytte denne i andre land enn trygdestaten.¹³⁴

Der retten til syke-, pleie-, eller arbeidsavklaringspenger kombineres med betingelser som forutsetter opphold i trygdestaten, vil det dermed foreligge en restriksjon på fri

¹³² Sak C-204/90 *Bachmann*, avsnitt 31. Se også sak C-55/98 *Vestergaard*, særlig avsnitt 23.

¹³³ Sak C-211/08 *Kommisjonen mot Spania*, avsnitt 51.

¹³⁴ Det samme gjelder for arbeidstakere med restarbeidsevne, slik at oppholdskrav for dem vil være en restriksjon på den frie bevegeligheten for arbeidskraft.

bevegelse av tjenesteytelser. Slike betingelser må tilfredsstillende de krav EØS-retten stiller.

Det har derfor siden 1. januar 1994 vært i strid med norsk rett å nekte syke-, pleie-, eller arbeidsavklaringspenger utelukkende med den begrunnelse at mottaker oppholder seg i en annen EØS-stat, og praksis fra tiden før 1. juni 2012 bør derfor vurderes nærmere.

6. Felles merknad om betydningen av utvalgets konklusjoner

Som utvalget bemerket innledningsvis, har det hverken mandat eller kompetanse til autoritativt å avklare gjeldende rett. Det er en oppgave som ligger til domstolene. Et flertall av utvalgsmedlemmene, alle bortsett fra utvalgsleder Arnesen og medlemmet Strandbakken, mener derfor det ikke er nødvendig å ta endelig standpunkt til et spørsmål som er uavklart, for at utvalget skal svare oppdragsgiver på sitt mandat. Det er imidlertid enighet i utvalget både om forståelsen av forordning 883/2004, og med det rettsstilstanden etter juni 2012, og om det vern som følger av reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft og reglene om etablering, og dermed at det er nødvendig for utvalget å se nærmere på forhold også før implementeringen av forordning 883/2004.

Utvalget ble oppnevnt for å få gjennomført en grundig og fullstendig gjennomgang av årsakene til at folketrygdlovens regler om syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger er praktisert slik at retten til disse kontantytelsene er nektet der medlemmer av folketrygden bosatt i Norge har oppholdt seg i andre EØS-land. Utvalgets konklusjoner innebærer at det ikke er tilstrekkelig å gjennomgå årsakene til praksisen knyttet til forordning 883/2004, altså fra 2012, men at utvalget også må se nærmere på årsakene til at regelverket kan være praktisert feil for en større eller mindre gruppe siden innføringen av EØS-avtalen i norsk rett. Utvalget presiserer at det er forvaltningens oppgave å ta stilling til konkrete enkeltsaker, både før og etter 1. juni 2012. Uenigheten innad i utvalget om den nærmere behandlingen av ulike typer enkeltsaker i perioden fra 1994 – 2012, har etter utvalgets syn ikke betydning for utvalgets arbeid med å vurdere forhold tilbake til 1994.

7. EØS-rettens betydning for folketrygdlovens krav om opphold i Norge for rett til syke-, pleie-, og arbeidsavklaringspenger

7.1 Innledning

Drøftelsene har vist at kravet til opphold i Norge for å motta kontantytelser under sykdom er en restriksjon på retten til fri bevegelighet for arbeidstakere og reglene om etablering. Slike restriksjoner er i utgangspunktet forbudt, men kan likevel opprettholdes der de er nødvendige for å ivareta ikke-økonomiske hensyn. EØS-avtalens hoveddel, som er grunnlaget for frihetene, har hatt lovs kraft i Norge siden 1. januar 1994.¹³⁵

Bestemmelsene i avtalen skal, der de er i konflikt med andre bestemmelser, gå foran.¹³⁶ Dette innebærer at siden 1. januar 1994 har oppholds krav bare kunnet gjøres gjeldende overfor personer som er omfattet av EØS-retten, dersom opphold i Norge har vært nødvendig av hensyn til formålet med ytelsen eller av hensyn til oppfølging eller kontroll av medlemmet. Innføringen av forordning 883/2004 endret ikke på dette.

Oppholds kravet for sykepenger, som følger av folketrygdloven § 8-9, er det samme som for pleiepenger, jf. folketrygdloven § 9-4. Lovens krav er det samme i dag som da loven ble vedtatt. Et medlem i folketrygden kan imidlertid etter søknad få sykepenger «i en begrenset periode under opphold i utlandet» dersom vedkommende godtgjør at utenlandsoppholdet ikke vil forverre helsetilstanden, forlenge arbeidsuførheten eller hindre Navs kontroll og oppfølging.

Oppholds kravet for arbeidsavklaringspenger er formulert litt annerledes, jf. folketrygdloven § 11-3.¹³⁷ Også her er det hjemmel for å gjøre unntak fra oppholds kravet i nærmere angitte situasjoner. Forskjellen mellom de to bestemmelsene, samt den omstendighet at folketrygdloven § 11-3 er endret ved et par anledninger, gjør det hensiktsmessig å behandle oppholds kravet for syke- og pleiepenger atskilt fra oppholds kravet for arbeidsavklaringspenger.

7.2 Nærmere om oppholds kravet for syke- og pleiepenger

Oppholds kravet for syke- og pleiepenger er begrunnet i hensynet til oppfølging av medlemmet, hensynet til å hindre misbruk av ordningen og hensynet til å oppdage og sanksjonere misbruk.¹³⁸ Forholdet mellom kravet og EØS-retten er ikke diskutert i de forarbeidene til loven som skriver seg fra tiden etter at EØS-avtalen ble undertegnet.

¹³⁵ Jf. EØS-loven § 1.

¹³⁶ Jf. EØS-loven § 2.

¹³⁷ Frem til 1. mars 2010 benevnt «attføringspenger».

¹³⁸ Se rundskriv R8-00 til folketrygdloven der det fremgår at begrunnelsen for oppholds kravet i § 8-9 «er hovedsakelig at det ikke er mulig å føre den nødvendige kontroll med hensyn til sykdommens karakter, utvikling, varighet og innvirkning på arbeidsevnen, når et medlem oppholder seg i utlandet. *Et utenlandsopphold vil videre kunne være til hinder for oppfølgingen av den sykmeldte med henblikk på å få*

Etter folketrygdloven § 8-9 tredje ledd kan et medlem søke om å få sykepenger «i en begrenset periode under opphold i utlandet» dersom vedkommende «godtgjør at utenlandsoppholdet ikke vil forverre helsetilstanden, forlenge arbeidsuførheten eller hindre Navs kontroll og oppfølging».

Det er klart at oppholdskravet er begrunnet i hensyn EØS-retten anerkjenner. Etter det utvalget forstår, skjer Navs kontroll med medlemmets økonomiske forhold - typisk at de opplysninger som gis om inntekter i sykmeldingsperioden er korrekte - gjennom registersamkjøring, opplysninger fra andre etater som politi, Skatteetaten, Arbeidstilsynet og Tollvesenet, det daglige virke på Nav-kontorene og tips fra publikum, for å nevne noe. En rekke av kontrollmetodene er basert på at medlemmet befinner seg i Norge. Kontrollen må derfor legges annerledes an der vedkommende er utenlands, og det er nødvendig å vite hvor vedkommende er. Utvalget antar derfor at et krav om forutgående søknad for å ha rett til å motta sykepenger under opphold i utlandet av en viss varighet, som et utgangspunkt er forenlig med EØS-retten.

7.3 Nærmere om oppholdskravet ved arbeidsavklaringspenger

Folketrygdloven § 11-3 første ledd bestemmer at det er et vilkår for rett til arbeidsavklaringspenger at medlemmet oppholder seg i Norge. Også her er det uten videre klart at kravet er begrunnet i hensyn EØS-retten anerkjenner, og utvalget viser til de hensynene som er nevnt i punkt 4.4 flg.¹³⁹

Etter bestemmelsens tredje ledd kan et medlem få arbeidsavklaringspenger under opphold i utlandet i inntil fire uker per kalenderår dersom utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføringen av fastsatt aktivitet, og ikke hindrer Navs oppfølging og kontroll. Paragraf 11-3 er endret flere ganger, og kravet om at det må søkes om godkjenning av utenlandsoppholdet, kom først inn i lovteksten med virkning fra 1. januar 2018.

I tiden fra 1. januar 1997 til 28. februar 2010 het det at et medlem som oppholder seg i utlandet i en begrenset periode kunne få ytelser «dersom utenlandsoppholdet ikke vil forlenge eller vanskeliggjøre attføringen».¹⁴⁰

I forarbeidene til den bestemmelsen het det:

«Tredje ledd følger av praksis, som er etablert med hjemmel i forskriftenes § 3. Bestemmelsen er tatt med for å gi en person som mottar attføringspenger under yrkesrettet attføring mulighet

vedkommende tilbake i arbeid.» (Uthevet i originalen). Begrunnelsen for oppholdskravet ved pleiepenger er i det alt vesentlige kontrollhensyn, jf. Prop. 48 L (2016-2017) avsnitt 6.2.2.4.

¹³⁹ Se også EØS-rundskriv R40-11, hvor kravet til opphold i Norge for rett til arbeidsavklaringspenger er begrunnet i behovet for å «følge opp brukeren i forhold til riktig ytelse og arbeidsrettet aktivitet og til enhver tid vite om vilkårene for rett til ytelsen er oppfylt».

¹⁴⁰ Ytelsen arbeidsavklaringspenger ble først introdusert i 2010, og erstattet blant annet ytelsen attføringspenger. Poenget i denne sammenheng er imidlertid at loven ikke oppstilte noe uttrykkelig krav om samtykke til utenlandsopphold.

til å reise på ferie til utlandet uten å miste attføringspengene. I dag løper attføringspengene selv om det f.eks. er ferie ved skolen vedkommende går på. Departementet ønsker å presisere at det er et vilkår at utenlandsoppholdet i disse tilfellene ikke forlenger eller vanskeliggjør attføringsopplegget. Departementet har ikke foreslått noen fast tidsgrense for utenlandsoppholdets varighet, ut over at det skal gjelde i en «begrenset periode». Med «begrenset periode» mener departementet et tidsrom som anses som rimelig ferietid. Dette er i samsvar med gjeldende praksis.»¹⁴¹

I tiden fra 1. mars 2010 til 31. desember 2017 het det at et medlem kunne få ytelser etter dette kapittelet i loven

«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».

Kravet om forhåndsgodkjenning av utenlandsoppholdet, kom som nevnt inn i loven med virkning fra 1. januar 2018. I forarbeidene til gjeldende bestemmelse uttales følgende:

«Etter gjeldende rett er det ikke et krav til forhåndsgodkjenning fra Arbeids- og velferdsetaten før et opphold i utlandet, og varigheten er ikke begrenset i loven. Arbeids- og velferdsetaten praktiserer vanligvis et krav om forhåndsgodkjenning av utenlandsopphold, og en varighet på inntil fire uker per kalenderår for utenlandsopphold.»¹⁴²

Frem til lovendringen som trådte i kraft 1. januar 2018 medførte således folketrygdloven § 11-3 mindre begrensninger i retten til fri bevegelighet enn den gjør i dag.

Utvalget påpeker at dersom man legger til grunn Arbeids- og sosialdepartementets oppfatning av gjeldende rett forut for lovendringen som trådte i kraft 1. januar 2018, synes usikkert om det, helt uavhengig av EØS-rettens krav til norsk rett, var hjemmel for å trekke tilbake arbeidsavklaringspenger utelukkende av den grunn at medlemmet oppholdt seg i utlandet uten forutgående tillatelse. Langt mindre var det hjemmel for å straffe for dette.

¹⁴¹ Ot. prp. nr. 58 (1992-93) Om lov om endringer i lov 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd og i visse andre lover (Yrkesrettet attføring), s. 24.

¹⁴² Prop. 74 L (2016-2017) Endringer i folketrygdloven mv. (arbeidsavklaringspenger og tilleggsstønader til arbeidsrettede tiltak mv), punkt 5.3.1.

7.4 Nærmere om sanksjonsbruken ved brudd på plikter som er forenelige med EØS-retten

Folketrygdloven pålegger medlemmet å opplyse om endringer som kan være avgjørende for om vedkommende har rett til ytelsen eller for å kontrollere ytelsens størrelse.¹⁴³ Det er straff for å gi uriktige opplysninger eller holde tilbake opplysninger som «er viktige for rettigheter og plikter» etter folketrygdloven.¹⁴⁴ Det er også straff for ikke å gi de opplysninger og meldinger man er pålagt med hjemmel i loven.¹⁴⁵ Selv der nasjonale regler lovlig kan hindre fri bevegelse, må imidlertid sanksjonene ved brudd på slike regler overholde EØS-rettslige krav. Det innebærer at sanksjonen ikke kan stå i et slikt misforhold til overtredelsens grovhet at sanksjonen i seg selv utgjør en hindring for fri bevegelse.

¹⁴³ Folketrygdloven § 21-3 første ledd.

¹⁴⁴ Folketrygdloven § 25-12 første ledd.

¹⁴⁵ Folketrygdloven § 25-12 annet ledd.

Trykk:
Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon 03/2020

