



DET KONGELIGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Lovavdelingen

Arbeids- og sosialdepartementet
Postboks 8019 Dep
0030 OSLO

Deres ref.
18/3946-65

Vår ref.
19/6018 EO ATV/TRR

Dato
23.12.2019

Habilitetsvurdering

1. INNLEDNING

Vi viser til Arbeids- og sosialdepartementets (ASDs) brev 11. desember 2019, der det bes om Lovavdelingens vurdering av habiliteten til Finn Arnesen, som leder Utvalget for ekstern gransking av håndtering og praktisering av EUs trygdeforordning (også kalt «granskingsutvalget for EØS-saken, heretter omtalt som «granskingsutvalget» og «utvalget»), og utvalgsmedlemmene Jens Edvin A. Skoghøy og Karin Fløistad. ASD viser i brevet til en vurdering 10. desember 2019 av habiliteten til Arnesen og Skoghøy utarbeidet av professor Benedikte Moltumyr Høgberg, og til en henvendelse 5. desember 2019 fra tidligere dommer i EFTA-domstolen Carl Baudenbacher til statsministeren der han stiller spørsmål ved habiliteten til Arnesen og Skoghøy og også stiller seg kritisk til utnevnelsen av Fløistad. Vedlagt brevet fra ASD fulgte også et notat 12. november 2019 fra Arnesen med en gjennomgang av dommen inntatt i Rt. 2012 s. 313.

Vi viser videre til ASDs brev 16. desember 2019 med oversendelse av brev 13. desember fra Skoghøy og brev 13. desember fra Arnesen. I brevene kommenteres vurderingene til Høgberg og Baudenbacher. Begge fastholder at de anser seg habile til å sitte i granskingsutvalget. Vi viser endelig til ASDs brev 19. desember 2019 med oversendelse av brev 18. desember fra Karin Fløistad, hvor hun kommenterer henvendelsen fra Baudenbacher.

Postadresse Kontoradresse
Postboks 8005 Dep Gullhaug Torg 4A
0030 Oslo 0484 Oslo

Leveringsadresse
Varemottak
Akersgata 59
0180 Oslo

Telefon - sentralbord
22 24 90 90
Org.nr.: 972 417 831

Lovavdelingen
Tonje Rønneberg Ruud
22245364
tonje.ruud@jd.dep.no

2. SAKENS BAKGRUNN

2.1 Granskingsutvalget

Granskingsutvalget ble oppnevnt av Kongen i statsråd 8. november 2019. Utvalget er gitt følgende mandat:

«1. Bakgrunn

Arbeids- og velferdsdirektoratet har orientert Arbeids- og sosialdepartementet om at Arbeids- og velferdsetaten over tid har hatt en feilaktig tolking av artikkel 21 i Europaparlamentets og Rådets forordning (EF) 883/2004 (trygdeforordningen). Denne forordningen erstattet Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 og trådte i kraft for Norge 1. juni 2012.

Etter folketrygdloven kan korttidsytelser (sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger) normalt ikke utbetales til personer som oppholder seg utenfor Norge. Arbeids- og velferdsetaten (NAV) har i sin praksis lagt til grunn at bestemmelsene om krav til opphold i Norge i folketrygdlovens kapitler 8, 9 og 11 om hhv. sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger gjelder for personer bosatt i Norge også ved midlertidige opphold i annet EØS-land. Det følger imidlertid av EØS-avtalens bestemmelser og rettspraksis i tilknytning til disse, at man ikke kan stanse utbetalinger av slike kontantytelser bare med den begrunnelse at mottakeren bor eller oppholder seg i et annet EØS-land enn det landet som utbetaler ytelsen.

Et betydelig antall personer har som følge av NAVs forståelse av trygdeforordningen fått urettmessige tilbakebetalingskrav, og enkelte har også blitt anmeldt og dømt for trygdesvindler på denne bakgrunn. Flere personer er dømt for trygdesvindler uten at forholdet mellom folketrygdloven og EØS-reglene har blitt vurdert av påtalemyndigheten eller domstolene.

2. Mandat

Utvalget settes ned for å få gjennomført en grundig og fullstendig gjennomgang av saken, med sikte på å avdekke hvordan feilen har kunnet skje og pågå over så lang tid.

Utvalget bes vurdere alle relevante sider av saken, herunder:

- *Arbeids- og sosialdepartementets håndtering og rolle i saken, herunder også innlemming av forordning 883/2004, styring av/dialog med Nav og behandlingstid, fram til november 2019. I denne sammenheng skal også informasjon fra regjeringen til Stortinget vurderes.*
- *Nav og Trygderettens håndtering og rolle i saken.*
- *Kartlegge og vurdere bakgrunnen for Arbeids- og velferdsetatens tolkning og praktisering av trygdeforordningen og øvrig EØS-rett knyttet til muligheten for å ta med seg sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger ved midlertidig opphold i andre EØS-land.*
- *Påtalemyndighetenes og domstolenes håndtering av sakene, og eventuelle andre saker i det sivile rettssystemet. Vurderingene skal ikke utfordre påtalemyndighetens og domstolenes uavhengighet.*
- *Vurdere om praksis før 2012 også må gjennomgås.*

Utvalget skal i sin rapport også redegjøre for andre læringspunkter som avdekkes under gjennomgangen, blant annet for å ivareta rettssikkerheten til personer som mottar ytelse fra NAV. Utvalget skal også redegjøre for læringspunkter som avdekkes og som kan være av generell karakter.

Det vises til Arbeids- og velferdsdirektoratets juridiske vurdering datert 27.10.2019. Utvalget er i sine vurderinger ikke bundet av de vurderinger og premisser som der er lagt til grunn.

Utvalget skal foreta de undersøkelser og innhente de opplysninger som er nødvendige for å belyse sakskomplekset. I denne forbindelse kan det også være nødvendig for utvalget å innhente dokumenter som inneholder opplysninger om personlige forhold. Regjeringen vil om kort tid fremme et lovforslag for å gi tilstrekkelig tilgang til taushetsbelagte opplysninger til utvalget og utvalgets sekretariat. I forbindelse med lovforslaget vil det bli foretatt en nærmere avgrensning av hvilke saker utvalget skal kunne vurdere, hvilke taushetsbelagte opplysninger som skal kunne innhentes fra hvilke tjenester/etater, og hvordan taushetsbelagt informasjon skal behandles.

Gjennomgangen skal ikke vurdere spørsmålet om kompensasjon for berørte personer, da dette vil bli håndtert gjennom de respektive forvaltningsorganers ordinære rutiner.

Utvalget skal være uavhengig av regjeringen i sitt arbeid.

Utvalgets arbeid har en frist fram til 1. juni 2020. Utvalget kan avgi delrapporter.»

Utvalgets leder, Finn Arnesen, er professor i rettsvitenskap og leder for Senter for Europarett ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo. I 2011-2012 var han en periode konstituert som dommer i Høyesterett.

Jens Edvin A. Skoghøy er professor i rettsvitenskap ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Tromsø. Fra 1998 til 2017 var han dommer i Høyesterett.

Karin Fløistad er advokat og har skrevet en doktorgradsavhandling i EU/EØS-rett.

2.2 Bakgrunnen for ASDs henvendelse om habilitetsspørsmålene

Spørsmålet om habiliteten til Arnesen og Skoghøy har særlig sin bakgrunn i at de begge deltok som dommere i en sak for Høyesterett der en person i lagmannsretten blant annet hadde blitt domfelt for trygdebedrageri, se Rt. 2012 s. 313. Straffesaken omfattet for lagmannsretten tre tiltalepunkter av ulik karakter (et fjerde tiltalepunkt var rettskraftig avgjort i tingretten). Før vi går inn på habilitetsvurderingen, finner vi grunn til å omtale straffesaken noe nærmere.

Høyesteretts dom, inntatt i Rt. 2012 s. 313, gjelder i første rekke lovanvendelse og straffutmåling ved grovt kreditorsvik og grov hvitvasking av utbytte fra egne straffbare handlinger, det vil si ett av de andre tiltalepunktene enn tiltalepunktet som gjaldt trygdebedrageri.

Tiltalte hadde i lagmannsretten som nevnt også blitt dømt for trygdebedrageri. Lagmannsrettens domfellelse for trygdebedrageri bygger i første rekke på at tiltalte for en periode på mer enn ni måneder (14. august 2009 til 21. mai 2010) hadde gitt uriktige opplysninger om arbeidsevne. Domfellelsen for trygdebedrageri skjedde imidlertid også under henvisning til at tiltalte for en periode på tre uker i desember 2009 hvor han

mottok sykepenger, hadde gitt uriktige opplysninger om oppholdssted (han oppholdt seg på Kanariøyene).

I avsnitt 35 uttaler Høyesterett, i forbindelse med sin behandling av spørsmålet om straffutmåling, følgende:

«A dømmes videre for trygdebedrageri med omkring 230 000 kroner, i perioden fra august 2009 til mai 2010. Grunnlaget for domfellelsen er at A mottok sykepenger fra NAV til tross for at han var i arbeid og i perioder også oppholdt seg i utlandet. Isolert sett ville straffen for trygdebedrageriet være fengsel i omkring 90 dager.»

Anken til Høyesterett ble tillatt fremmet både hva gjaldt lovanvendelsen og straffutmålingen. Spørsmålet om lovanvendelsen gjaldt tiltalepunkt I og særlig spørsmålet om konkurrens – i hvilken utstrekning bestemmelsen om selvvasking i straffeloven § 317 andre ledd skal benyttes ved siden av det straffebud som rammer primærlovbruddet, se dommens avsnitt 10. Det fremgår ikke direkte av Høyesteretts dom at anken over lovanvendelsen var begrenset til dette tiltalepunktet. Heller ikke i ankeutvalgets beslutning om å tillate anken fremmet (HR-2012-00097-U, 12. januar 2012) er det presisert hvilke tiltalepunkter anken over lovanvendelsen gjelder. Når dommen leses i sammenheng med anken til Høyesterett 11. november 2011 og støtteskriv 12. desember 2011, fremgår det imidlertid tydelig at saken for Høyesterett var begrenset til å gjelde tiltalepunkt I, og at det ikke var anført feil ved rettsanvendelsen hva angikk tiltalens punkt III om trygdebedrageri (og heller ikke punkt II). Som nevnt var et fjerde tiltalepunkt rettskraftig avgjort ved tingrettens dom.

Høyesterett gikk ikke nærmere inn på grunnlaget for domfellelsen for trygdebedrageri, og dermed heller ikke utenlandsoppholdet. Trygdebedrageriet er i Høyesteretts dom ikke omtalt utover avsnittet sitert ovenfor, i tilknytning til spørsmålet om straffutmåling. Som nevnt fremgår det av lagmannsrettens dom at perioden der tiltalte hadde gitt uriktige opplysninger om arbeidsevne, omfattet tidsrommet fra 14. august 2009 til 21. mai 2010, mens perioden der han hadde gitt uriktige opplysninger om oppholdssted (Kanariøyene), gjaldt tre uker i desember 2009. Utenlandsoppholdet hadde dermed ikke avgjørende betydning for at tiltalte ble domfelt for trygdebedrageri. Ut fra Høyesteretts dom er det heller ikke noe som tyder på at det hadde betydning for straffutmålingen. Spørsmålet om EØS-retten er til hinder for å stanse utbetalinger av trygdeytelser ved opphold utenfor Norge, ble, etter det vi er kjent med, ikke reist for lagmannsretten. Vi har ingen indikasjoner på at det på noen måte var et tema for Høyesterett.

Bakgrunnen for habilitetsvurderingen av Karin Fløistad er en e-post 5. desember 2019 til statsminister Erna Solberg, hvor Carl Baudenbacher uttaler følgende:

«I have written about the the Ph.D thesis of a third member of the Commission of Inquiry, Ms. Karin Fløistad, in my judicial memoir (Carl Baudenbacher, Judicial Independence. Memoirs of a European Judge, Springer 2019). There and in other work she has done for UDI she has been

involved with matters which make her unsuitable according to the standard prescribed in “Regler for granskingskommisjoner. Rundskriv G-48/75 fra Justisdep.”. You may not know, but Mr. Fredrik Sejersted was her examiner/“opponent” for her PhD examination. She too should step down.»

3. HABILITETSVURDERINGEN FOR ARNESEN OG SKOGHØY

3.1 Innledning

Habilitetsreglene i forvaltningsloven gjelder etter forvaltningsloven § 10 første punktum for «offentlige tjenestemenn ... [og] enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan», inkludert medlemmer av et offentlig oppnevnt granskingsutvalg. Rundskriv G-48/75 bygger i avsnitt IV punkt 1 på at slike granskingskommisjoner som rundskrivet tar sikte på, er omfattet av reglene i forvaltningsloven §§ 6 flg. Vi viser også til NOU 2009: 9 punkt s. 34. Når vi ved omtale av habilitetsreglene i det følgende taler om «tjenestemann», omfatter dette også verv som leder eller medlem av granskingsutvalg.

Forvaltningsloven § 6 lyder:

«§ 6 (*habilitetskrav*)

En offentlig tjenestemann er ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak

- a) når han selv er part i saken;
- b) når han er i slekt eller svogerskap med en part i opp- eller nedstigende linje eller i sidelinje så nær som søsken;
- c) når han er eller har vært gift med eller er forlovet med eller er fosterfar, fostermor eller fosterbarn til en part;
- d) når han er verge eller fullmektig for en part i saken eller har vært verge eller fullmektig for en part etter at saken begynte;
- e) når han leder eller har ledende stilling i, eller er medlem av styret eller bedriftsforsamling for
 1. et samvirkeforetak, eller en forening, sparebank eller stiftelse som er part i saken, eller
 2. et selskap som er part i saken. Dette gjelder likevel ikke for person som utfører tjeneste eller arbeid for et selskap som er fullt ut offentlig eid og dette selskapet, alene eller sammen med andre tilsvarende selskaper eller det offentlige, fullt ut eier selskapet som er part i saken.

Likeså er han ugild når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet; blant annet skal legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til. Det skal også legges vekt på om ugildhetsinnsigelse er reist av en part.

Er den overordnede tjenestemann ugild, kan avgjørelse i saken heller ikke treffes av en direkte underordnet tjenestemann i samme forvaltningsorgan.

Ugildhetsreglene får ikke anvendelse dersom det er åpenbart at tjenestemannens tilknytning til saken eller partene ikke vil kunne påvirke hans standpunkt og verken offentlige eller private interesser tilsier at han viker sete.

Rekkevidden av annet og fjerde ledd kan fastlegges nærmere ved forskrifter som gis av Kongen.»

Reglene kommer til anvendelse for den som tilrettelegger grunnlaget for eller treffer en «avgjørelse» i en forvaltningssak, jf. forvaltningsloven § 6 første ledd. Uttrykket «avgjørelse» er videre enn «vedtak». Reglene gjelder dermed ikke bare der det skal fattes vedtak i forvaltningslovens forstand, men i alle saker der det skal treffes en form for avgjørelse. Det kan spørres om en rapport fra en granskingskommisjon vil være en «avgjørelse» eller en tilrettelegging av grunnlaget for en avgjørelse i en forvaltningssak. Ut fra de særlige hensynene som gjør seg gjeldende for granskingsutvalg, er det i praksis lagt til grunn at habilitetsreglene kommer til anvendelse, se bl.a. Giertsen: Granskning (2008) s. 133 med videre henvisninger. Vi viser også til NOU 2009: 9 s. 34. Det heter der (fotnoter utelatt):

«Habilitetsreglene i forvaltningsloven §§ 6 flg. gjelder for den som tilrettelegger for eller treffer en «avgjørelse» i en forvaltningssak. En granskingsrapport er en meningsytring og ikke en avgjørelse, og det er ikke sikkert at ansvarlig forvaltningsorgan følger opp rapporten med å treffe noen avgjørelser. Det er imidlertid forutsatt at avgjørelsesbegrepet skal forstås vidt og også omfatte utredninger, innstillinger og uttalelser. Personer med en særlig tilknytning til saksforholdet som skal granskes, kan derfor ikke delta i granskingsarbeidet.»

Granskingskommisjoner skiller seg fra alminnelige utredningsutvalg ved at de er oppnevnt for å utrede et bestemt faktisk saksforhold og avdekke mulige feil, forsømmelser eller andre klanderverdige forhold. Granskingskommisjonenes funn og konklusjoner har et visst autoritativt preg. Det er derfor et klart behov for habilitetsregler for medlemmene av granskingskommisjoner.

Hvor strengt habilitetsreglene i forvaltningsloven § 6 skal praktiseres, kan avhenge av sakens art. Det gjelder særlig ved praktiseringen av den skjønsmessige normen i § 6 annet ledd. I NOU 2009: 9 s. 89 uttales følgende om de særlige hensynene som gjør seg gjeldende for granskingskommisjoner:

«Kommisjonsundersøkelse er en særlig utredningsform som stiller store krav til tillit. Av denne grunn antar lovutvalget det skal lite til før en særlig tilknytning til saken vil virke inhabiliserende. I samme retning trekker de særlige omstendighetene omkring oppnevningen av undersøkelseskommisjonen. Når medlemmer av en undersøkelseskommisjon skal oppnevnes, kan oppnevningsorganet ofte velge mellom et stort antall kompetente personer. I de tilfellene hvor man kan velge blant en stor personkrets, er det liten grunn til å velge en person med en særlig tilknytning til sakskomplekset. Lovutvalget finner imidlertid grunn til å understreke at habilitetsreglene må praktiseres med sikte på at det skal være mulig å få kompetente personer med i kommisjonsarbeidet.»

Vi finner for egen del grunn til å understreke at det etter omstendighetene kan by på problemer å finne tilstrekkelig kompetente personer dersom det stilles svært strenge krav ved habilitetsvurderingen. Ved visse granskinger er det ønskelig med spesialisert kompetanse som få har. Dessuten er det ved oppnevning av offentlige utvalg, herunder

granskingskommisjoner, en rekke krav som gjelder og hensyn som må tas, både av rettslig og annen art, som gjør at strenge habilitetskrav kan svekke den kompetansen utvalget får.

Terskelen for inhabilitet vil rettslig sett være den samme uavhengig av om habilitetsspørsmålet drøftes før eller etter oppnevning av utvalgsmedlemmer.

I NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov er det, i forbindelse med omtale av gjeldende § 6 annet ledd, pekt på at det ved vurderingen av habilitet «må skje en helhetsvurdering, der det ses hen til de hensynene som ligger til grunn for habilitetsreglene», og at det «blant annet [må] tas hensyn til sakens art». Deretter uttaler utvalget (s. 224):

«Gjelder saken gransking eller tilsyn, kan det bli stilt noe strengere krav enn i saker hvor et slikt element ikke gjør seg gjeldende.»

Også litteraturen inneholder uttalelser som indikerer at det ved granskinger mv. er grunn til å praktisere habilitetsreglene noe strengere enn ellers, se f.eks. Frihagen, Inhabilitet (1985) s. 317, jf. s. 320, samt Graver, Alminnelig forvaltningsrett (4. utg. 2015) s. 311–312.

3.2 Den rettslige betydningen av Justis- og politidepartementets rundskriv G-48/75

Justis- og politidepartementet utga i 1975 rundskriv G-48/75 «Regler for granskingskommisjoner» som ble sendt til departementene, fylkesmennene, domstolene og påtalemyndigheten. Rundskrivet ble også tatt inn i Norsk Lovtidend. Rundskrivet inneholder «en v e g l e d n i n g om oppnevning av granskingskommisjoner og om de saksbehandlingsregler som må eller bør følges av kommisjonene».

I avsnitt II i rundskrivet gis det følgende beskrivelse av hvilke kommisjoner rundskrivet tar sikte på:

«Rundskrivet tar sikte på granskingskommisjoner. Dette kan som utgangspunkt forklares som kommisjoner oppnevnt for å utrede et bestemt faktisk saksforhold og gi uttalelse om ansvarsforhold til bruk for vedkommende myndighet. «Ansvarsforhold» tas da i vid betydning, og er ikke begrenset til situasjoner der det kan bli spørsmål om rettslige sanksjoner (straff, erstatning, avskjed og andre tjenesterettslige reaksjoner). Det sentrale er at kommisjonens oppdrag innebærer at den må vurdere mulige feil, forsømmelser eller annet klanderverdig forhold som er utvist av enkeltpersoner eller innen en etat.»

Vi antar at granskingsutvalget her faller inn under den typen kommisjoner som rundskrivet tar sikte på. Det kan spørres hvilken rettslig status rundskrivet har i et tilfelle som det foreliggende, hvor det i mandatet for granskingsutvalget ikke er vist til rundskrivet.

I et internt notat utarbeidet i forbindelse med nedsettelse av et utvalg for å evaluere arbeidet med flomkatastrofen i Sør-Asia uttalte Lovavdelingen følgende om rundskrivets rettslige status (notat 28. januar 2005, saksnr. 05/553 EO dnr. 4):

«Rundskrivet har ... en noe uklar rettslig status, Sivilombudsmannen har i flere saker vurdert granskningsutvalgs saksbehandling med utgangspunkt i rundskrivet, blant annet Smithutvalgets granskning av Oslo kommune og en granskning av Vestlandets sjøforsvarsdistrikt. I den sistnevnte saken har han lagt til grunn følgende:

«Hovedpunktene i de saksbehandlingsreglene som er nedfelt i Justisdepartementets rundskriv [...] må [...] anses som utslag av hovedprinsipper for kontradiktorisk saksbehandling som hensynet til god forvaltningsskikk og det alminnelige utredningsprinsippet i forvaltningsloven § 17, tilsier at iakttas.»

Rundskrivets betydning for partsrettigheter og krav til saksbehandling beror trolig i en viss utstrekning på hvordan utvalget selv forholder seg til rundskrivet. Uansett vil forvaltningsloven (vesentlig kap. II-III, siden kommisjonens arbeid neppe kan betraktes som saksforberedelse til enkeltvedtak) og ulovfestede krav til forsvarlig saksbehandling gjelde for utvalgets arbeid.»

3.3 Er Arnesen og Skoghøy inhabile til å delta i granskingen som helhet?

Spørsmålet er om henholdsvis utvalgsleder Arnesen og medlemmet Skoghøy er inhabile til å tilrettelegge grunnlaget for eller å treffe avgjørelse i trygdegranskings-saken. Slik saken ligger an, foretas drøftelsen av Arnesens og Skoghøys habilitet i utgangspunktet samlet. Vi kommer tilbake til forskjeller der dette er relevant.

Spørsmålet om inhabilitet må alltid vurderes konkret med utgangspunkt i hvilken avgjørelse det er spørsmål om å treffe, se f.eks. Lovavdelingens uttalelse 23. april 2019 til Barne- og likestillingsdepartementet (JDLOV-2019-1406) punkt 1. Avgjørelsesbegrepet passer imidlertid ikke så godt til den virksomheten granskingskommisjoner typisk driver med. Granskingskommisjoners rapporter har ikke i seg selv rettsvirkninger (selv om utvalgets uttalelser har et visst autoritativt preg), og slike kommisjoner arbeider typisk med å klarlegge sammensatte saksforhold, og granskingen kan munne ut i en rekke konklusjoner.

Det er ikke opplagt om en ved habilitetsvurderingen her bør ta utgangspunkt i det samlede sakskomplekset som skal granskes, kun Høyesteretts håndtering av saksforholdet i Rt. 2012 s. 313, eller noe annet. Et gjennomgående trekk ved utvalgets mandat – uansett hvilke institusjoners forhold som skal granskes – er at utvalget skal se på hvordan det har kunnet skje at EUs trygdeforordning har blitt feilpraktisert og over så lang tid. Det ligger også i granskingsoppdraget at det kan være aktuelt å rette kritikk mot en rekke ulike instanser for det som har skjedd, riktignok slik at grunnlaget for kritikken kan variere.

Ut fra et slikt perspektiv virker det naturlig, i alle fall i første omgang, å ta utgangspunkt i granskingsutvalgets arbeid som helhet når habiliteten for Arnesen og Skoghøy skal vurderes. Spørsmålet om delvis inhabilitet kommer vi tilbake til i punkt 3.4.

Etter forvaltningsloven § 6 annet ledd er en tjenestemann inhabil dersom det foreligger «særegne forhold» som er «egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet». § 6 andre ledd gir anvisning på en bred vurdering av tjenestemannens tilknytning til saken og hvorvidt tilknytningen er egnet til å svekke tilliten til at vedkommende behandler saken på en nøytral måte. Hvor det for en tjenestemann foreligger flere tilknytningspunkter, kan en samlet vurdering tilsi inhabilitet selv om ingen enkelt tilknytning i seg selv kan begrunne det. Vurderingen etter § 6 annet ledd må skje i lys av de hensynene som ligger bak habilitetsreglene, som skal «sikre korrekte avgjørelser, opprettholde tilliten til dem som fatter avgjørelsene, og beskytte beslutningstakerne mot at det sås tvil om deres troverdighet», jf. Rt. 1996 s. 64 på s. 68.

Spørsmålet om et forhold er egnet til å svekke tilliten, har både en subjektiv og en objektiv side (se for det tilsvarende spørsmålet om dommerhabilitet etter domstolloven § 108 til illustrasjon Rt. 2013 s. 1570 avsnitt 20, jf. avsnitt 51). For det første må det ikke foreligge omstendigheter som gjør at tjenestemannen ikke er i stand til å treffe en upartisk avgjørelse uten å skjele til irrelevante hensyn ut fra et subjektivt perspektiv. For det andre må det ikke foreligge forhold som knytter tjenestemannen til en part eller til saken på en slik måte at det for særlig berørte og allmennheten kan reises tvil om tjenestemannens upartiskhet. Formuleringen «egnet til» indikerer at det må legges vekt på hvordan forholdet fremstår utad. Selv om den som avgjør habilitetsspørsmålet, stoler på at tjenestemannen vil opptre upartisk, kan det likevel være grunn til å anse vedkommende som inhabil dersom omstendighetene er slik at publikums tillit til vedkommende vil være svekket. En tjenestemann vil derfor kunne være inhabil også i tilfeller hvor det reelt sett ikke er grunn til å tro at vedkommende lar seg påvirke.

Tilknytningen til saken må utgjøre «særegne forhold» dersom den skal kunne føre til inhabilitet. I dette ligger at situasjoner som mange befinner seg i, ikke medfører inhabilitet. Den valgte formuleringen innebærer på den annen side at forholdet ikke behøver å være helt unikt. Vi viser her til Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (11. utg. 2018) s. 217.

I vurderingen etter § 6 andre ledd skal det blant annet legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære «særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen han har en nær personlig tilknytning til». Det er imidlertid ikke noe vilkår for inhabilitet etter § 6 annet ledd at slike virkninger kan inntreffe.

Vi vurderer først betydningen av Skoghøys og Arnesens deltakelse i Høyesteretts dom i Rt. 2012 s. 313. Spørsmålet er om dette må anses som «særegne forhold» som er egnet til å svekke tilliten til deres upartiskhet, slik at de må anses inhabile etter forvaltningsloven § 6 andre ledd. Som nevnt gjelder spørsmålet deltakelse i granskingen sett under ett.

Granskingsarbeidet som helhet er meget bredt anlagt. Mandatet peker bl.a. på at utvalget skal se på «alle relevante sider av saken». Det synes klart at en lang rekke

personer på ulike måter har hatt å gjøre med saksforhold hvor det kunne være spørsmål om en burde forholdt seg til EUs trygdeforordning på en annen måte enn det som faktisk har skjedd. Det er illustrerende at granskingsutvalgets mandat regner opp en rekke institusjoner som utvalget skal rette oppmerksomheten mot: Arbeids- og sosialdepartementet, NAV/Arbeids- og velferdsetaten, Trygderetten, regjeringen, Stortinget, påtalemyndigheten og domstolene. Tilsvarende vil mange personer i disse institusjonene eller andre steder kunne bli berørt av eventuell kritikk fra granskingsutvalget på et eller annet punkt. En bør være varsom med å stille for strenge krav til at de som gransker et større sakskompleks, ikke kan ha særlig tilknytning til noen del av det. Vi viser i den forbindelse til sitatet fra NOU 2009: 9 s. 89, gjengitt i punkt 3.1, hvor utvalget som har utredet lovregulering av offentlig oppnevnte undersøkelseskommisjoner, «finner ... grunn til å understreke at habilitetsreglene må praktiseres med sikte på at det skal være mulig å få kompetente personer med i kommisjonsarbeidet». Vi tilføyer at vurderingen i denne sammenheng av hvor terskelen for inhabilitet skal ligge, i første rekke må bero på mer allmenne betraktninger, og ikke på om det konkret er mulig å peke på andre personer som har tilsvarende kompetanse.

Ut fra dette kan vi ikke se at Arnesen og Skoghøys befatning med én av mange sider av sakskomplekset gjennom straffesaken fra 2012 utgjør «særegne forhold» i relasjon til granskingsarbeidet som helhet. Deres befatning med den saken vil dermed ikke medføre at de blir inhabile etter forvaltningsloven § 6 annet ledd.

Spørsmålet er så om de uttalelsene Arnesen og Skoghøy har gitt til media i forkant av granskingen, kan føre til inhabilitet etter forvaltningsloven § 6 annet ledd. Etter vårt syn er disse uttalelsene ikke utslagsgivende for habilitetsspørsmålet når en ser granskingen under ett. Det gjelder både om en vurderer uttalelsene isolert og når de vurderes i sammenheng med Arnesens og Skoghøys deltakelse i saken fra 2012. Som vi kommer tilbake til i punkt 3.4, skal det mye til før uttalelser gitt til media om et saksforhold fører til inhabilitet. Vi nevner at uttalelsene fra Skoghøy er rettet inn mot Høyesterett, og ikke mot det som er tema for granskingen mer generelt. Vi finner det mest naturlig å komme nærmere inn på betydningen av uttalelser til media i punkt 3.4.

Konklusjonen blir etter dette at den tilknytningen Skoghøy og Arnesen gjennom behandlingen av straffesaken i Høyesterett i 2012 har til det sakskomplekset som skal granskes, ikke kan anses som «særegne forhold» som er «egnet til å svekke tilliten» til deres «upartiskhet», når en ser granskingsarbeidet under ett. Det gjelder også dersom en ser deres deltakelse i sammenheng med uttalelser som de har gitt til media. De vil dermed ikke være inhabile etter § 6 annet ledd til å delta i granskingen som helhet.

3.4 Har Arnesen og Skoghøy plikt til å fratse delvis på grunn av inhabilitet?

3.4.1 Inhabilitet ved gransking av 2012-saken?

Selv om Arnesen og Skoghøy ikke er inhabile til å delta i utvalgets arbeid som helhet, kan det spørres om de må fratse på grunn av inhabilitet ved utvalgets behandling av

deler av sakskomplekset. Også her er det deres deltakelse i høyesterettsdommen fra 2012 som er det sentrale grunnlaget for å drøfte habilitetsspørsmålet.

Spørsmålet er om Arnesen og Skoghøy er inhabile til å delta ved den delen av granskingen som særlig angår Høyesteretts behandling av saksforholdet som ble behandlet av Høyesterett i 2012. Det kan imidlertid også bli spørsmål om granskingen av dette forholdet har så nær forbindelse med visse andre sider av det sakskomplekset som skal granskes, at inhabilitetsgrunnen må anses å rekke videre enn til bare å omfatte 2012-saken (jf. senere i punkt 3.4.2).

Det har ikke vært helt uvanlig at medlemmer av offentlig oppnevnte granskingskommisjoner delvis har fratrudd på grunn av inhabilitet (eller inhabilitetslignende forhold). Vi viser til eksempler i Giertsen, Gransking (2008) s. 136–137. Vi nevner også at en i NOU 2009: 9 på s. 91 inntar det standpunktet at medlemmer bør kunne fratrudd bare for deler av det sakskomplekset som granskes, så sant det er mulig å isolere virkningen av det konkrete tilknytningsforholdet. Utvalget understreker samme sted at «et inhabiliserende forhold vil lett kunne være av en slik art at vedkommende etter omstendighetene må fratrudd fra hele utredningsarbeidet».

Det kan for det første spørres om Arnesen og Skoghøy vil være inhabile for deler av sakskomplekset etter forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav a. Dette spørsmålet kan bare være aktuelt for gransking av straffesaken fra 2012.

Etter forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav a er en tjenestemann inhabil dersom han selv er part i saken. Etter § 2 første ledd bokstav e er part definert som den «en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder». Det er ikke naturlig å si at avgjørelse i saken «retter seg mot» Arnesen, Skoghøy eller noen av de øvrige dommerne som deltok i Høyesteretts avgjørelse, eller at «saken ... direkte gjelder» noen av dem. Arnesen og Skoghøy faller dermed i utgangspunktet ikke inn under definisjonen av part i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e. Etter vårt syn kan ikke Arnesen og Skoghøy anses som parter ved utvalgets granskning av saksforholdet i Rt. 2012 s. 313 med den konsekvensen at de er inhabile etter den absolutte regelen i § 6 første ledd bokstav a.

I rundskriv G-48/75 Regler for granskingskommisjoner avsnitt IV punkt 1 er det uttalt følgende om partsbegrepet ved anvendelse av forvaltningslovens habilitetsregler:

«I forhold til habilitetsreglene bør man anse som parter ikke bare de personer som det på det aktuelle tidspunkt er spørsmål om å rette kritikk mot, men alle som får sitt forhold gransket av kommisjonen.»

Som nevnt i punkt 3.2 har rundskriv G-48/75 en noe uklar rettslig status i tilfeller hvor det i mandatet for granskingsutvalget ikke er vist til rundskrivet. En ytterligere uklarhet ligger i at rundskrivet begrenser seg til å si noe om hvem som «bør» regnes som parter. Disse uklarhetene får imidlertid ikke betydning her. Også dersom man legger til grunn

en videre forståelse av partsbegrepet, og i tråd med rundskriv G-48/75 lar dette omfatte «alle som får sitt forhold gransket av kommisjonen», vil det være nødvendig med en nærmere vurdering av om Arnesens og Skoghøys interesse i utvalgets gransking av dette saksforholdet er så sterk at de bør regnes som «parter». Dette vil i noen grad bero på hvordan granskingen av denne delen av saksforholdet nærmere innrettes. Slik vi forstår det, vil det mest naturlige ut fra mandatet være at undersøkelsene, i alle fall i første omgang, er innrettet mot Høyesteretts håndtering av saksforholdet, og ikke mot hver enkelt av dommerne i saken. Så langt det eventuelt blir spørsmål om kritikk, taler dessuten mye for at denne primært vil være basert på mer allmenne betraktninger om hvilke forventninger som bør kunne stilles til rettsapparatet i ulike typetilfeller. Hensynet til domstolenes uavhengighet kan spille inn ved vurderingen av hvilken innretning undersøkelsene får. Vi peker også på at eventuelle betenkeligheter ved å legge til grunn en noe snever forståelse av det partsbegrepet som rundskrivet legger opp til, ivaretas ved at det uansett må skje en vurdering av habiliteten etter den skjønnsmessige bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 annet ledd. Vi viser i denne sammenheng til uttalelser i Frihagen, Inhabilitet (1985) s. 112. Disse uttalelsene gir støtte for at en ved tvil om hvor langt partsbegrepet strekker seg, må kunne falle tilbake på en vurdering av habiliteten ut fra den skjønnsmessige bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 annet ledd. Ut fra dette mener vi at det ikke er riktig å si at Arnesen eller Skoghøy «får sitt forhold gransket av kommisjonen».

Arnesen og Skoghøy kan etter dette ikke i relasjon til forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav a regnes som parter i granskingssaken. Det gjelder selv om spørsmålet om partsstatus er begrenset til å gjelde gransking av den straffesaken som var til behandling i Høyesterett i 2012. Konklusjonen gjelder enten en utelukkende tar utgangspunkt i lovtekstens formulering av partsbegrepet eller supplerer denne med rundskrivets definisjon. De vil dermed ikke være inhabile etter forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav a.

Det må videre spørres om Arnesen og Skoghøy vil være inhabile etter den skjønnsmessige bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 annet ledd ved granskingen av saksforholdet som ble behandlet i Høyesterett i 2012.

Et tema for granskingsutvalget er domstolenes forhold til feilpraktiseringen av folke-trygdregelverkets bestemmelser om korttidsytelser. Arnesen og Skoghøy har vært dommere i en sak som er en blant få saker fra Høyesterett som berører domfellelser for trygdebedrageri og hvor betydningen av utenlandsopphold innenfor EØS kan være relevant.

Kombinasjonen av rollen som dommer i 2012-saken og rollen som leder (Arnesen) eller medlem (Skoghøy) av granskingsutvalget innebærer etter vårt syn «særegne forhold». Det er tale om en kombinasjon som er av en art som sjelden vil kunne oppstå. I motsetning til under punkt 3.3 ovenfor er det her tale om at deltakelsen i saken er et særegent forhold i forhold til denne ene saken, ikke om deltakelsen i saken er et særegent forhold i forhold til hele granskingen sett under ett.

Det springende punktet blir om denne rollekombinasjonen også er «egnet til å svekke tilliten til» Arnesens og Skoghøys «upartiskhet» i den delen av granskingen som særlig gjelder dette saksforholdet.

Utgangspunktet er at rollekombinasjoner eller tidligere befatning med samme sak i seg selv ikke fører til inhabilitet, jf. Graver, Alminnelig forvaltningsrett (4. utg. 2015) s. 311, Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett (11. utg. 2018) s. 220 og Frihagen, Inhabilitet etter forvaltningsloven (1985) s. 315 flg. Det dreier seg imidlertid her om gransking, hvor det er særlig viktig at allmennheten kan ha tillit til granskernes uhildethet. Vi viser her til punkt 3.1. Forventningen om uhildethet skal beskytte både mot en for streng og mot en for mild vurdering av det som er tema for granskingen på dette punktet. Granskingen som helhet oppfattes, ut fra bakgrunnen for oppnevningen av granskingsutvalget, å ha stor betydning i ulike retninger. Granskingsutvalget har også, innenfor det mandatet som er gitt, et relativt vidt skjønn til hvordan granskingen skal innrettes, også når en isolerer spørsmålet til undersøkelse av enkeltstående deler av granskingen.

Domfellelsen for trygdebedrageri, og særlig spørsmålet om betydningen av at den var knyttet til opphold i en EØS-stat utenfor Norge, må kunne regnes som perifer slik straffesaken sto for Høyesterett, se beskrivelsen i punkt 2.2. Vi nevner særskilt at det i Høyesteretts dom ikke står noe om utenlandsoppholdet skjedde i eller utenfor en EØS-stat (til forskjell fra det som følger av lagmannsrettens dom). Det står likevel igjen at Høyesterett i premissene for straffutmålingen i avsnitt 35 viser til at det i grunnlaget for domfellelsen for trygdebedrageri inngikk at tiltalte i perioder også oppholdt seg i utlandet. Før en gransking har skjedd, er et dessuten i prinsippet et åpent spørsmål hvordan saksforholdet skal vurderes. Idet tillitsaspektet tillegges avgjørende vekt, mener vi at Arnesens og Skoghøys deltakelse i saken fra 2012 er «egnet til å svekke tilliten til» deres «upartiskhet» i saken så langt granskingen særlig gjelder nettopp dette saksforholdet. Særlig gjelder det spørsmålet om hvilke konklusjoner utvalget skal trekke av saken, og tilsvarende ved spørsmål om formulering av eventuell kritikk.

Med sikte på Skoghøys habilitet finner vi for fullstendighetens skyld også grunn til å nevne at han i brev 13. desember 2019 til ASD uttaler følgende:

«På bakgrunn av den redegjørelsen jeg har gitt for dommen i Rt. 2012 s. 313, kan jeg vanskelig se at det kan være grunnlag for å kritisere Høyesterett for ikke av eget tiltak å ha reist EØS-rettsspørsmålet i denne dommen.»

Konklusjonen er at Arnesen og Skoghøy er inhabile etter forvaltningsloven § 6 annet ledd til å delta ved den delen av granskingen som særlig angår Høyesteretts behandling av den saken som er omhandlet i Rt. 2012 s. 313.

3.4.2 Inhabilitet ut over granskingen av 2012-saken?

Spørsmålet er så om inhabiliteten er begrenset nettopp til den delen av granskingen som særlig angår 2012-dommen, eller om den rekker videre.

I en gransking som dette vil det være mange forbindelseslinjer mellom de ulike delene av det samlede sakskomplekset, samtidig som hver del har sine særtrekk. Det kan ikke utelukkes at granskningen av andre sider av sakskomplekset for Arnesens og Skoghøys del kan bli påvirket av den befatningen de har hatt med saksforholdet fra 2012. Vi kan imidlertid ikke se at det i seg selv vil være diskvalifiserende som bakgrunn for å vurdere andre sider av sakskomplekset. Dessuten vil også en rekke andre erfaringer ha betydning for granskingsarbeidet. Etter vårt syn er det ikke grunn til å frykte for at den særlige tilknytningen til 2012-saken mer generelt vil ha en slik plass ved granskningen av andre sider av sakskomplekset at en av den grunn kan si at dette er «egnet til å svekke tilliten til» Arnesens og Skoghøys «upartiskhet». Vi viser ellers til den drøftelsen vi har foretatt og konklusjonen vi allerede har trukket i punkt 3.3.

På ett punkt er det imidlertid nærliggende å spørre om Arnesen og Skoghøy vil være inhabile etter forvaltningsloven § 6 annet ledd. Det gjelder den delen av granskningen som særlig er knyttet til saksforholdet som ble behandlet av Høyesterett i HR-2017-560-A. I det følgende omtales Skoghøy og Arnesen hver for seg.

For Skoghøys del finner vi grunn til å gå nærmere inn på to forhold.

For det første kan det spørres hvilken betydning det har for habilitetsvurderingen at Skoghøy har uttalt seg offentlig om saksforholdet fra 2017. Dette skjedde i et intervju med Rett24 publisert 4. november 2019. Der kritiserte han Høyesterett for angivelig ikke å ha latt forsvareren ta opp forholdet til EØS-retten i en sak der det bare var anket over straffutmålingen (HR-2017-560-A). I intervjuet er Skoghøy blant annet sitert på følgende utsagn:

«Jeg har lest oppslaget på Rett24 og er sjokkert. Høyesterett står ikke over straffeprosessloven, men må forholde seg til den. Høyesterett kan derfor ikke oppstille vilkår for å ta opp spørsmål utenfor anken som ikke fremgår av loven. Hvis påtalemyndigheten ikke har fått uttale seg på forhånd, er den adekvate reaksjon å utsette saken. For meg er det uhørt at Høyesterett skal insistere på å utmåle straff for en handling som ikke er straffbar!»

Vi har tidligere uttalt oss om betydningen for habilitetsvurderingen av at fagpersoner på ett stadium uttaler seg i mediene om et saksforhold som de siden får til behandling som tjenestemann mv. Av uttalelse 17. november 2014 (JDLOV-2014-6580) til Nærings- og fiskeridepartementet fremgår bl.a. følgende:

«Det klare utgangspunktet er at en fagpersons offentlige uttalelser av faglig karakter ikke fører til inhabilitet. Det er ønskelig og viktig at fagpersoner bidrar med kunnskap i den offentlige debatt, og at de derfor har vid anledning til å uttale seg om spørsmål som ligger innenfor deres fagfelt.

Et ekstraordinært engasjement i saken kan likevel i unntakstilfeller innebære et særegent forhold som er egnet til å svekke tilliten til fagpersonens «upartiskhet» i saken. Habilitetsreglene i forvaltningsloven skal sikre korrekte avgjørelser, opprettholde tilliten til dem

som forbereder og fatter avgjørelsene og beskytte mot at det sås tvil om deres troverdighet. I relasjon til den foreliggende problemstillingen vil kravet om upartiskhet først og fremst innebære at Fosså ikke må la utenforliggende, personlige interesser få innflytelse ved behandlingen av saken. En slik personlig interesse kan være ønsket om å forsvare standpunkter han tidligere har tatt i saken, slik at dette går på bekostning av en saklig vurdering av det foreliggende materialet.»

Vi viser også til Frihagen, Inhabilitet (1985) s. 311. Til illustrasjon nevner vi at et tilsvarende grunnsyn («[d]et skal ... meget til») ble lagt til grunn i Selfangstkommisjonens arbeid, se NOU 1990: 19 s. 14–15 og omtale av spørsmålet i Giertsen, Gransking (2008) s. 135–136. I NOU 1990: 19 bygger Selfangstkommisjonen bl.a. på følgende synspunkter som del av begrunnelsen for at det ikke forelå inhabilitet (s. 15):

«Det skal medgis at enkelte av uttalelsene i radioprogrammet kan virke nokså kategoriske. Uttalelsene er imidlertid avgitt før opprettelsen av granskingskommisjonen og på det grunnlag som dengang forelå. Ethvert medlem av granskingskommisjonen har en selvsagt plikt til å omprøve foreløpige standpunkter i lys av de opplysninger og det materiale granskingen frembringer, og de drøftelser som finner sted innenfor kommisjonen.»

Det skal altså i utgangspunktet mye til før uttalelser gitt til media om et saksforhold fra før et granskingsutvalg blir oppnevnt, fører til inhabilitet. Det er ofte naturlig at fagpersoner uttaler seg til media om spørsmål innenfor deres fagområder. Det bør ikke utelukke at de oppnevnes som medlemmer av et granskingsutvalg.

Ut fra hvordan habilitetsstandarder i forvaltningsloven § 6 annet ledd er praktisert tidligere i lignende tilfeller, er Skoghøys uttalelser sitert foran etter vårt syn isolert sett ikke av en slik karakter at de vil føre til inhabilitet. Uttalelsene er avgitt før utvalget ble nedsatt, og han uttalte seg i egenskap av fagperson med spesialkunnskap om de problemstillingene saken reiser.

Gransking av 2017-saken vil for det andre ikke i seg selv innebære en slik rollekombinasjon som er omtalt i punkt 3.4.1, og som der ga grunnlag for en konklusjon om inhabilitet. Når denne rollekombinasjonen etter vårt syn spiller en rolle for habilitetsvurderingen også med sikte på gransking av 2017-saken, er det ut fra den sammenhengen som eksisterer mellom 2012- og 2017-saken:

Det er – sett i et granskingsperspektiv – viktige likhetstrekk mellom saksforholdet fra 2012 og saksforholdet fra 2017. Begge tilfellene kan i granskingsammenheng reise spørsmål om hvilke forventninger som bør stilles særskilt til Høyesterett, blant annet i lys av prosesslovgivningen, ressurser, praktiske rutiner og domstolens institusjonelle stilling, når det gjelder å håndtere de utfordringene som EUs trygdeforordning har skapt. Så langt vi kjenner til, er 2012-saken og 2017-saken de eneste to sakene fra Høyesterett i avdeling som hittil er identifisert som kan sies å berøre spørsmål om betydningen av EUs trygdeforordning (enten en sikter til 1971- eller 2004-forordningen). Når dette er situasjonen, ligger det nær å tenke seg at 2012-saken og

hvordan den er vurdert, kan få innflytelse på hvordan 2017-saken vurderes, i alle fall for visse sider av saken. Eventuelt er det grunn til å frykte for at sammenhengen mellom de to sakene gjør at publikums tillit til at vurderingen av 2017-saken blir riktig, svekkes. Det «særegne forholdet» som ligger i at Skoghøy satt som dommer i 2012-saken, får dermed også betydning for 2017-saken. Det foreligger også i relasjon til 2017-saken for Skoghøy slike «særegne forhold» som er «egnet til å svekke tilliten til» hans «upartiskhet». Slik vi vurderer det, vil dette forholdet alene være tilstrekkelig til å begrunne inhabilitet for Skoghøy.

Konklusjonen er at Skoghøy er inhabil etter forvaltningsloven § 6 annet ledd til å delta ved den delen av granskingen som særlig er knyttet til Høyesteretts behandling av sak HR-2017-560-A.

Spørsmålet er om Arnesen er inhabil etter forvaltningsloven § 6 annet ledd til å delta i den delen av granskingen som særlig er knyttet til saksforholdet i HR-2017-560.

Det utslagsgivende for konklusjonen om at Skoghøy er inhabil er sammenhengen mellom 2012- og 2017-saken. Siden dette forholdet gjør seg gjeldende på samme vis for Arnesen, er konklusjonen at også Arnesen er inhabil til å delta ved den delen av granskingen som særlig er knyttet til saksforholdet i HR-2017-560-A.

Vi finner det etter dette ikke nødvendig å gå nærmere inn på betydningen for habilitetsvurderingen av de uttalelsene Arnesen har gitt til media. Vi nøyer oss her med å vise til de generelle synspunktene som er gitt foran.

Det kan spørres om Arnesen og Skoghøy på grunn av sin befatning med 2012-saken også er inhabile til å vurdere eventuelle andre tilfeller der Høyesterett har hatt befatning med EUs trygdeforordning. Det naturlige er uansett at granskingsutvalget selv tar stilling til dette spørsmålet dersom det reiser seg, dels fordi vi ikke har opplysninger til å vurdere nærmere dette spørsmålet, dels fordi vurderingen av ytterligere habilitetsspørsmål kan avhenge av hvordan granskingsarbeidet innrettes og hvordan det utvikler seg.

Vi nevner for ordens skyld at avklaring av habilitetsspørsmål innad i utvalget skjer som nevnt i forvaltningsloven § 8 annet ledd (se Giertsen, Gransking (2008) s. 133).

3.5 Er Arnesen og Skoghøy inhabile til å vurdere om praksis før 2012 også bør gjennomgås?

Ifølge mandatet må granskingsutvalget særskilt «[v]urdere om praksis før 2012 også bør gjennomgås». Det kan spørres om Arnesen og Skoghøy vil være inhabile til å delta ved utvalgets avgjørelse av dette spørsmålet.

Forutsatt at Arnesen og Skoghøy fratrer på grunn av inhabilitet ved gransking rettet særskilt mot Høyesteretts behandling av saksforholdene omtalt i Rt. 2012 s. 313 og HR-

2017-560-A, ser vi ikke at det er grunnlag for inhabilitet på dette punktet. Avgjørelse av dette spørsmålet har konsekvenser i såpass mange ulike retninger for utvalgets arbeid at disse to saksforholdene uansett får begrenset betydning. Konklusjonen er at Arnesen og Skoghøy ikke er inhabile til å delta ved granskingsutvalgets avgjørelse av om også praksis før 2012 bør gjennomgås.

4. HABILITETSVURDERINGEN FOR FLØISTAD

I e-post 5. desember 2019 til statsministeren har Carl Baudenbacher, under henvisning til rundskriv G-48/75, gitt uttrykk for at også utvalgsmedlem Karin Fløistad etter hans mening er uegnet («unsuitable») til å være medlem av granskingsutvalget, jf. det siterte avsnittet fra e-posten i punkt 2.2 foran. Fløistad har i brev 18. desember til ASD kommentert Baudenbachers e-post.

Vi forstår det slik at innsigelsen mot Fløistads deltakelse i utvalget er knyttet til hennes syn på EØS-rettslige spørsmål. Vi finner det ikke nødvendig å gå nærmere inn på innholdet i de faglige diskusjonene. At en tjenestemann tidligere har gitt uttrykk for faglige synspunkter på de spørsmål saken reiser, eventuelt at andre skulle være uenige i disse synspunktene, kan klart nok i seg selv ikke gjøre vedkommende inhabil. Dersom et medlem av en granskingskommisjon skal anses inhabil til å delta i granskingen, må det foreligge andre særinteresser eller særlige tilknytningsforhold til saken, som samlet utgjør særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til vedkommendes upartiskhet etter forvaltningsloven § 6 annet ledd. Det er ikke anført at det foreligger noen slike særegne forhold i denne saken.

Konklusjonen er at Karin Fløistads tidligere arbeider om EØS-rettslige spørsmål ikke gjør henne inhabil til å delta i granskingsutvalget.

Med hilsen

Knut Helge Reinskou
ekspedisjonssjef

Arnulf Tverberg
avdelingsdirektør

Dokumentet er godkjent og sendes uten signatur