



Arbeids- og sosialdepartementet
Pb 8019 Dep
0030 OSLO

Deres ref.:

Vår ref.: 19/71

Vår dato: 27.10.2019

Saksbehandler: [REDACTED] Regelverk og rutiner

Rett til kontantytelser under opphold innen EØS

EØS-forordningen

Innledning

Gjennom noe tid har Arbeids- og velferdsetaten vurdert retten til å ta med seg kontantytelser innad i EØS. Dette etter at Trygderetten i 2017/2018 avsa flere kjennelser der de la til grunn at trygdeforordning 883/2004 artikkel 21 gir rett til ytelser som sykepengen og arbeidsavklaringspenger under midlertidig opphold i andre EU/EØS-land. Det vises til vårt brev av 20. desember 2018 vedrørende adgangen til å ta med seg av kontantytelser innad i EØS og spørsmål om forståelsen av trygdeforordningen. Det vises videre til vårt brev av 24. januar 2019 vedrørende samme problemstilling og påfølgende dialog.

Som redegjort for i vårt brev av 24. januar 2019, anså Arbeids- og velferdsdirektoratet at forordningens artikkel 21 kom til anvendelse på kortvarige opphold i andre EØS-land og at man fra norsk side ikke kunne stanse eller avslå en ytelse utelukkende på grunnlag av at brukeren skulle oppholde seg i et annet EØS-land. Departementet ga 5. mars 2019 sin tilslutning til en praksisendring for disse tilfellene, med virkning fremover i tid.

Så langt vi kan se har Arbeids- og velferdsetatens praktisering av bestemmelsene på området vært i tråd med hva som er lagt til grunn av påtalemyndigheten, domstoler og tidligere Trygderetten. Etter

NAV // ARBEIDS- OG VELFERDS DIREKTORATET // REGELVERK OG RUTINER

Postadresse: Postboks 5 St. Olavs plass // 0130 Oslo

E-post: arbeids.og.velferdsdirektoratet@nav.no

www.nav.no //

implementering av ny praksis på kortvarig opphold tok vi initiativet til å vurdere praksis for opphold utover de kortvarige. Direktoratet finner etter en slik vurdering at det vil være riktig å endre praksis også for disse, slik at alle opphold i andre EØS-land, uavhengig av lengde, omfattes av endringen. Direktoratet har videre foretatt en vurdering av betydningen for tidligere saker. Direktoratet finner etter en grundig vurdering at saker tilbake fra 1. juni 2012, dvs. tidspunktet for ikrafttredelse av ny forordning, må gjennomgås.

Arbeids- og velferdsetaten ser at omfanget og betydningen av endringen blir betydelig. Arbeids- og velferdsetaten har gitt avslag, stanset og tilbakekrevet ytelser på bakgrunn av bestemmelsene i folketrygdloven og dette har vært en for snever vurdering.

Vi har på denne bakgrunn foretatt en grundig juridisk vurdering av den aktuelle bestemmelsen. I det følgende oppsummeres helt kort de vurderingene vi har gjort. En nærmere redegjørelse følger i vedlegg.

Kort redegjørelse for vurderingen

Trygdeforordningen artikkel 21 første ledd første punktum gir på visse vilkår «rett til» kontantytelser til personer som er bosatt eller oppholder seg i annen EØS-stat.

Etter en samlet vurdering finner vi at begrepet opphold, omfatter både kortvarige og mer langvarige opphold. Det sentrale ved begrepet er det midlertidige aspektet, sml. definisjonen av bosted. Begrepet opphold vil således omfatte alle tilfeller av tilstedeværelse i en annen EØS-stat, bortsett fra bostedstilfellene. Vi kan ved en ny gjennomgang ikke se at det er noe fritt skjønn her som kan gi Arbeids- og velferdsetaten rett til å avslå ytelsen dersom vilkårene først er oppfylt.

Ytelser etter artikkel 21 første ledd gis «etter den lovgivning, der gælder for denne institution», dvs. av institusjonen i den kompetente medlemsstat. I tilfeller der Norge er kompetent stat, vil det bety at alle vilkår for å få sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger etter folketrygdloven må være oppfylt.

Det må derfor legges til grunn at alle vilkårene for å få sykepenger, arbeidsavklaringspenger eller pleiepenger etter folketrygdloven må være oppfylt, ved opphold i en annen EØS-stat. Spørsmålet er om det i tillegg kan stilles et selvstendig vilkår om tilstedeværelse i Norge. Vi mener at et krav om opphold i Norge, selv om det åpnes for unntak på visse vilkår, vil innebære en begrensning av den retten til eksport som artikkel 21 er ment å sikre. På denne bakgrunn finner vi at det ikke kan stilles et selvstendig vilkår om tilstedeværelse i Norge. For saker som omfattes av EØS-forordningen må derfor kravet om opphold i Norge i folketrygdloven forstås som opphold i Norge eller et EØS-land.

Et eget spørsmål er om artikkel 21 åpner for at det kan stilles krav om forutgående tillatelse for å ta med sykepenger eller arbeidsavklaringspenger til en annen EØS-stat, jf. folketrygdloven §§ 8-9 tredje ledd og 11-3 tredje ledd.

Artikkel 21 i den nye forordningen har ingen bestemmelser om forutgående tillatelse. Vi stiller oss likevel tvilende til at det kan stilles krav om forutgående tillatelse for opphold i utlandet etter artikkel 21.

Direktoratet ser at det kan være hensiktsmessig å vurdere om det vil være adgang til å innføre en ordning med plikt til å melde fra om reise til en annen EØS-stat. Dette er enda ikke endelig vurdert.

Trygdeforordningen trådte i kraft 1. juni 2012. Vi finner at Arbeids- og velferdsetatens må gjenoppta saker fra ikrafttredelsen av ny forordning.

Ny praksis

Etter vår vurdering vil en bruker kunne ha rett til å få kontantytelser som sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger under midlertidig opphold i andre EU/EØS-land. Det vil ikke være anledning til å avslå krav om kontantytelser alene på bakgrunn av at bruker oppholder seg i et annet EØS-land. Oppholdets lengde er ikke avgjørende for denne retten. Øvrige vilkår for ytelsen må fremdeles være oppfylt.

Mottakere av sykepenger må for eksempel oppfylle aktivitetskravet i folketrygdloven § 8-4 andre ledd og medvirkningsplikten i § 8-8. Brudd på dette kan medføre stans i sykepengene. For mottakere av arbeidsavklaringspenger må aktivitetene i aktivitetsplanen følges og bruker må bidra aktivt til avklaring av sin arbeidsevne jf § 11-7. Brudd på aktivitetsplikten skal sanksjoneres etter § 11-9 og fravær fra fastsatt aktivitet skal sanksjoneres etter § 11-8. NAV-kontorene vil følge opp disse personene på lik linje personer som oppholder seg i Norge.

Vi vil implementere ny praksis umiddelbart. Vi har allerede fra juni 2019 implementert ny praksis på kortvarige opphold.

Tidligere praksis - virkningen av rettsanvendelsesfeil

Etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c og § 41 kan vedtak som er ugyldig av materielle, prosessuelle eller personelle grunner, omgjøres. Som materiell feil regnes feil i rettsanvendelsen. Selv om bestemmelsen er utformet som en kan-regel, må den forstås slik at forvaltningen er forpliktet til å behandle et ugyldig vedtak på nytt, dersom en feilfri behandling av saken tilsier at vedtaket må omgjøres til gunst for parten (Ot. prp. nr. 38 (1964 -1965) side 110).

Vedtaket vil kun være ugyldig dersom feilen har virket bestemmende på vedtakets innhold. Dette må vurderes i den konkrete saken, siden avslag på en søknad eller stans i ytelsen kan være begrunnet med at andre vilkår for ytelsen ikke var tilstede.

Da en omgjøring forutsetningsvis ikke vil være til skade for noen vedtaket retter seg mot, vil en eventuell omgjøring også kunne gjøres i kraft av forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav a.

Vi har satt av betydelige ressurser på å rette opp i tidligere vedtak. Siden det er pågående saker i rettsapparatet har vi varslet påtalemyndighetene om at både vår og deres praksis har vært for snever.

Håndtering av pågående saker

Pågående saker skal behandles etter ny praksis. Praksis for saker som gjelder helt korte opphold er allerede lagt om.

NAV har satt ned en innsatsgruppe (20-30 personer) med svært kompetente personer som skal gjennomgå alle sakene på områdene tilbake til 2012. Disse sakene vil vi behandle på nytt.

Gjennomgang av tidligere saker

NAV vil prioritere saker der feil praktisering av bestemmelsen kan ha vært avgjørende for avslag, stans og tilbakekreving av ytelser. Vi ser at konsekvensen for enkeltmennesker som er berørt av dette kan være stor og dette arbeidet vil bli høyt prioritert.

Det vil være nødvendig å vurdere sakene på nytt i tråd med ny forståelse av regelverket.

Annet

I saker der vedtaket omgjøres kan bruker ha rett på kompensasjon og renter. I den grad vilkårene for dette må avklares med departementet, kommer vi tilbake til dette i en senere sak.

Med hilsen

Sigrun Vågeng
Arbeids- og velferdsdirektør

Kjersti Monland
Ytelsesdirektør

Dette dokumentet er godkjent elektronisk og har derfor ingen signatur

Vedlegg

Rett til kontantytelser under opphold innen EØS- forordning 883/2004 artikkel 21

Rett til kontantytelser under opphold innen EØS- forordning 883/2004 artikkel 21

1. Innledning

Arbeids- og velferdsdirektoratet har i det følgende foretatt en vurdering av forholdet mellom folketrygdlovens bestemmelser om rett til hhv sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger og trygdeforordningen (forordning 883/2004) artikkel 21. Folketrygdloven § 8-9 første ledd stiller krav om opphold i Norge for rett til sykepenger, mens folketrygdloven § 11-3 stiller krav om opphold i Norge for rett til arbeidsavklaringspenger (AAP). Begge bestemmelser har på visse vilkår unntak for kortere opphold etter søknad. For så vidt gjelder pleiepenger fremgår et oppholdskrav av § 9-4. Trygdeforordningen er inkorporert i norsk lov ved forskrift av 22. juni 2012. Forordningens artikkel 21 første ledd første punktum lyder slik:

«En forsikringstager eller hans familiemedlemmer, som er bosat eller oppholder sig i en anden medlemsstat end den kompetente medlemsstat, har ret til kontantytelser fra den kompetente institution efter den lovgivning, der gælder for denne institution.»

Artikkel 21 gjelder både for personer som er bosatt i en annen EØS-stat, og for personer som bare oppholder seg der. Når det gjelder den første kategorien (de som er bosatt), har Arbeids- og velferdsetatens praksis vært å se bort fra kravet om opphold i Norge. I det følgende er det derfor først og fremst alternativet om opphold i en annen EØS-stat som vurderes.

Det er viktig å være klar over at EØS-rettslige spørsmål må vurderes etter EØS-rettslig metode, slik denne har blitt utviklet av EU-domstolen og EFTA-domstolen. På samme måte som i norsk rettskildelære er ordlyden det sentrale utgangspunktet, men kontekst og formål er svært viktige tolkningsmomenter, se f.eks. EU-domstolens dom i sak C-558/15 (Vieira de Azevedo) avsnitt 19.

2. Kort om trygdeforordningen og dens formål

Trygdeforordningen 883/2004 avløste den gamle trygdeforordningen 1408/71. Fortalen til den nye forordningen gir veiledning om hva som var hensikten med en ny forordning. Et sentralt formål med nye forordningen var forenkling. Det framgår av fortalen avsnitt 3 at den gamle forordningen hadde blitt endret og oppdatert mange ganger, noe som hadde bidratt til å gjøre reglene omfattende og kompliserte. I fortalen avsnitt 4 understrekes det at forordningen bare har en koordinerende rolle. Den skal altså ikke harmonisere nasjonale trygdeordninger, jf. avsnitt 5. Et annet viktig formål med forordningen er at personer som beveger seg innenfor EØS-området skal bevare sine opptjente rettigheter og fordeler, jf. avsnitt 13. Når det gjelder ytelser ved sykdom, fremgår det av fortalen avsnitt 20 at det bør gis regler som beskytter personer som er bosatt eller oppholder seg i en annen stat enn den kompetente stat.

3. Nærmere om rett til kontantytelser under opphold i en annen stat

3.1 Generelt om artikkel 21 første ledd første punktum: ordlyd og bakgrunn

Ordlyden i artikkel 21 første ledd første punktum framstår i utgangspunktet som klar. Den gir på visse vilkår «rett til» kontantytelser. Andre språkversjoner bekrefter inntrykket av at dette er en

bestemmelse som gjelder rettskrav.¹ Det er ikke noe som tyder på at det er noe fritt skjønn her som kan gi en stat rett til å avslå ytelsen dersom vilkårene først er oppfylt.

Den tidligere forordningen (1408/71) hadde også bestemmelser om rett til kontantytelser på visse vilkår ved opphold i utlandet. Disse stod i artikkel 22 (som i tillegg inneholdt bestemmelser om rett til naturalytelser). Artikkel 22 første og andre ledd hadde slik ordlyd:

”1. En arbeidstager, som oppfyller de i den kompetente stats lovgivning foreskrevne betingelser for rett til ydelser, i givet fald ved iagttagelse af bestemmelserne i artikel 18, og

a) hvis tilstand under er opphold paa en anden medlemsstats omraade kraever oejeblikkelig ydelse af hjælp, eller

b) som efter at have opnaaet rett til ydelser fra den kompetente institution faar tilladelse af denne institution til at vende tilbage til den medlemsstat, hvor han er bosat, eller til at flytte til en anden medlemsstats omraade, eller

c) som af den kompetente institution faar tilladelse til at rejse til en anden medlemsstat for dér at faa den efter hans tilstand fornoedne behandling,

har rett til :

i) naturalydelser, der for den kompetente institutions regning ydes af opholdsstedets eller bopælsstedets institution efter den lovgivning, der gælder for denne institution, som om han var forsikret dér, dog saaledes at det tidsrum, for hvilket disse ydelser kan udredes, afhaenger af den kompetente stats lovgivning;

ii) kontantytelser, der udbetales af den kompetente institution efter den for denne institution gældende lovgivning. Efter aftale mellem den kompetente institution og opholds - eller bopælsstedets institution kan disse ydelser dog udbetales af den sidstnævnte institution for den førstnævnte institutions regning efter bestemmelserne i den kompetente stats lovgivning.

2. Den i stk. 1, litra b), krævede tilladelse kan kun nægtes, saafremt det godtgøres, at den pågældendes flytning må antages at kunne bringe hans helbredstilstand i fare eller vanskeliggøre en gennemførelse af lægebehandlingen.

Den i stk. 1, litra c), krævede tilladelse kan ikke nægtes, naar den fornoedne behandling ikke kan ydes den pågældende paa den medlemsstats omraade, hvor han er bosat .

Sammenlignet med artikkel 22 er ordlyden i artikkel 21 i den nye forordningen enklere og mer generell. Vilkårene i artikkel 22 første ledd nr. 1 bokstav a til c er borte og erstattet av ordene «bosatt eller oppholder seg i». Ordlyden i artikkel 21 gjenspeiler dermed både formålet om forenkling, jf. fortalen avsnitt 3, og formålet om sikring av rettigheter for personer som beveger seg innen EØS, jf. avsnitt 13 og 20.

¹ Engelsk: «shall be entitled to», fransk: «bénéficiaire», tysk: «haben Anspruch auf», italiensk: «hanno diritto a», spansk: «tendrá derecho a», svensk. «har rätt att erhålla».

3.2 Vilkåret om bosted eller opphold i en annen medlemsstat

3.2.1 Innledning – kort om definisjonene og forholdet til forordningen artikkel 7

Direktoratet har vurdert vilkåret «bosat eller oppholder sig i en annen medlemsstat» i lys av forordningen artikkel 7. Begrepene «bopæl» og «opphold» er definert i forordningen artikkel 1 bokstav j og bokstav k:

«j) «bopæl»: det sted, hvor en person har sit sædvanlige opholdssted

k) «opphold»: midlertidigt opphold»

Formålet med en legaldefinisjon er dels å tydeliggjøre at begrepene må gis et selvstendig innhold etter EØS-retten, dels å sikre at samme forståelse legges til grunn i alle bestemmelser hvor ordet brukes, jf. innledningen til artikkel 1 («I denne forordning forstås ved uttrykket»). Det må derfor legges til grunn at «opphold» betyr det samme i for eksempel artikkel 19, 20 og 21.

Det fremgår av artikkel 7 i forordningen at:

«Medmindre andet er fastsat i denne forordning, må kontantydelse, som en person har krav på efter lovgivningen i en eller flere medlemsstater eller efter denne forordning, ikke nedsættes, ændres, stilles i bero, inddrages eller beslaglægges med den begrundelse, at den pågældende eller dennes familiemedlemmer er bosat i en anden medlemsstat end den, hvor den institution, som det påhviler at udrede ydelsen, er beliggende.»

Artikkel 7 inneholder et forbud mot at en ytelse endres til ugunst som følge av man er bosatt i en annen EØS-stat. Den knesetter altså prinsippet om rett til eksport av ytelse. Bestemmelsen ble beskrevet slik i Kommissjonens forslag til ny trygdeforordning, jf. COM(1998)779 final, på side 6:

«This article sets out the general principle of the retention of a right even when residing in another Member State.»

Forordningen åpner for at det kan fastsettes unntak fra artikkel 7, jf. innledningen («Medmindre andet er fastsat»). Slike unntak er for eksempel inntatt i artikkel 70 fjerde ledd.

Når tilknytningen til en annen EØS-stat er så sterk at en person anses som bosatt der, er det altså ikke adgang til å endre/kutte i opptjente ytelse fra en annen stat. Vi finner det vanskelig å se at artikkel 7 kan brukes til å tolke andre rettigheter i forordningen innskrenkende. Artikkel 7 knesetter prinsippet om rett til eksport av ytelse selv ved bosted i en annen EØS-stat, mens artikkel 21 har nærmere regler om hvordan denne eksporten skal skje. Bestemmelsene har samme formål: sikre retten til eksport for de som er bosatt i en annen EØS-stat. Det er ikke noe som tilsier at artikkel 7 begrenser andre rettigheter i forordningen.

3.2.2 Nærmere om alternativet «opphold»

Direktoratet har videre vurdert vilkåret «oppholder sig i». Arbeids- og velferdsetaten har i sommer lagt om praksis, slik at det ses bort fra vilkåret om opphold i Norge ved kortvarige opphold i en annen EØS-stat. Direktoratet har nå foretatt en ny vurdering av om «opphold» omfatter kortvarige og/eller lengre opphold.

På dansk er opphold definert som «midlertidigt opphold». Det er altså det midlertidige aspektet som fremheves, ikke om oppholdet i seg selv er kortvarig eller langvarig. Dette i motsetning til

definisjonen av bosted som en persons «sædvanlige opholdssted». Definisjonene av bosted og opphold henger derfor nært sammen. Det samme ser man i flere andre språkversjoner:

- Engelsk: «residence» og «stay», hvor sistnevnte defineres som «temporary residence»
- Spansk: «residencia» og «estancia», hvor sistnevnte defineres som «residencia temporal»
- Tysk: «Wohnort» som defineres som «den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person», og «Aufenthalt» som defineres som «den vorübergehenden Aufenthalt»
- Italiensk: «residenza» og «dimora», hvor sistnevnte defineres som «la residenza temporanea»

Det er på denne bakgrunn naturlig å anta at bostedet og oppholdsstedet vil omfatte alle tilfeller av tilstedeværelse/bevegelse i en annen EØS-stat. Dette vil også harmonere best med formålet om at personer som beveger seg innen EØS-området skal bevare opptjente ytelser, jf. fortalen avsnitt 13 og 20.

EU-domstolen har i sak C-255/13 (I mot Health Service Executive) uttalt seg om definisjonene av «bopæl» og «opphold». Saken gjaldt en irsk statsborger som hadde blitt alvorlig syk under reise i Tyskland. Spørsmålet var om det at han hadde oppholdt seg i Tyskland i over 10 år, innebar at han måtte anses bosatt der.

Ved vurderingen tok EU-domstolen utgangspunkt i definisjonen av «bopæl» i forordningen og artikkel 11 i gjennomføringsforordningen (2009/865), som har en ikke uttømmende liste over relevante momenter (avsnitt 46). Sammenhengende opphold over meget lang tid var i seg selv ikke tilstrekkelig til at oppholdsstedet hadde gått over til å bli bosted (avsnitt 48).

EU-domstolen var ikke enig i at oppholdets varighet er grunnleggende del («intrinsic element»/ «élément constitutif») av bostedsbegrepet (avsnitt 49). Et opphold betyr ikke nødvendigvis en tilstedeværelse av kortere varighet, og en person kan anses å oppholde seg i en annen EØS-stat selv om han mottar ytelser der over en lang periode (avsnitt 50–51).

I denne dommen sies det altså uttrykkelig at «opphold» i prinsippet kan bety opphold over en lang periode, til og med over 10 år. Det sentrale ved begrepet opphold synes å være at det er snakk om en midlertidig situasjon, dvs. til forskjell fra hvor en person har sitt bosted. Begrepet vil da omfatte både korte og lange opphold i en annen EØS-stat, så lenge personen ikke anses som bosatt der.

Kommentarutgaven til ny trygdeforordning (Fuchs/ Cornelissen: EU Social Security Law (2015)) har en kortfattet beskrivelse av begrepet opphold. Her legges det til grunn at begrepene bosted og opphold utfyller hverandre (s. 62):

«The concept of «stay» is also relevant for health care in case of illness and work accidents. It is somehow the opposite of «residence»: it means a «temporary» residence, thus a situation in which the residence is in another Member State.»

Det kan også nevnes at danske myndigheter ikke stiller krav om opphold i Danmark for rett til ytelser etter artikkel 21, jf. Ankestyrelsens principavgjørelse 58-16.

Samlet sett finner direktoratet det vanskelig argumentere for en innskrenkende fortolkning av begrepet opphold, som bare kortvarige eller bare langvarige opphold. Det sentrale ved begrepet er det midlertidige aspektet, sml. definisjonen av bosted. Begrepet opphold vil i så fall omfatte alle tilfeller av tilstedeværelse i en annen EØS-stat, bortsett fra bostedstilfellene.

Direktoratet har videre vurdert om momenter som kontroll- og oppfølgningshensyn, tiltaksgjennomføring eller behandlingsopplegg på generelt grunnlag kan være legitime hensyn som likevel kan begrunne et oppholds krav for medlemmer som er bosatt i Norge etter forordningen. Direktoratet mener at utgangspunktet må være at denne typen hensyn ikke kan «nulle ut» retten til eksport av ytelse etter artikkel 21. Retten til eksport er imidlertid betinget av at vilkårene for ytelsen er oppfylt etter nasjonal rett, jf. pkt. 3.3. Dette kan i det enkelte tilfellet bety at en person likevel ikke kan ta med ytelsen ut av Norge.

3.3 Henvisningen til «den lovgivning, der gælder for denne institution»

Som nevnt innledningsvis har trygdeforordningen i utgangspunktet bare en koordinerende rolle. Forordningen skal ikke gi nye trygderettigheter, bare sikre at opparbeidete rettigheter ikke går tapt når personer beveger seg innenfor EØS-området, jf. fortalen avsnitt 4 og 13.

Ytelser etter artikkel 21 første ledd gis «etter den lovgivning, der gælder for denne institution», dvs. av institusjonen i den kompetente medlemsstat. I tilfeller der Norge er kompetent stat, vil det bety at alle vilkår for å få sykepenger eller arbeidsavklaringspenger etter folketrygdloven må være oppfylt. Tilsvarende er lagt til grunn i Danmark, jf. Ankestyrelsens principafgørelse 58-16.

Slike plikter kan for eksempel være krav til medvirkning (folketrygdloven § 8-8) eller vilkår om aktivitetsplikt (§§ 11-7 og 11-8) og meldeplikt (§ 11-10). Det vil i den enkelte sak kunne bety at trygdede ikke kan reise utenlands (eller til et annet sted i Norge for den del), da dette vil kunne kollidere med for eksempel opplegget i en fastsatt aktivitetsplan.

Det nevnes for ordens skyld at gjennomføringsforordningen til trygdeforordningen (forordning 2009/987) i artikkel 27 har bestemmelser om kontantytelser i forbindelse med arbeidsuførhet ved opphold eller bosted i en annen EØS-stat. Det følger av artikkel 27 bokstav A fjerde ledd at fremsendelse av sykmelding etter første til tredje ledd ikke fritar den trygdede fra «at overholde «forpligtelserne i henhold til den gjeldende lovgivning, navnlig med hensyn til den pågjældendes arbejdsgiver». Dette må forstås som en henvisning til de krav som følger av nasjonal trygde- og arbeidsrett. Det står videre i artikkel 27 bokstav A fjerde ledd andre punktum:

«Hvis det er relevant, kan arbejdsgiveren og/eller den kompetente institution opfordre arbejdstageren til at deltage i aktiviteter, der skal fremme mulighederne for og bistå vedkommende med hensyn til at vende tilbage til beskæftigelse.»

Denne bestemmelsen kom inn i forordningen etter forslag fra Europaparlamentet, uten noen nærmere begrunnelse, se parlamentets betænkning av 10. juni 2008 (A6-0251/2008) s. 49. Det er grunn til å anta at formålet var å eksemplifisere hvilke plikter det kunne være snakk om etter nasjonal rett, jf. artikkel 27 bokstav A fjerde ledd første punktum. Bruken av ordet «opfordre» kan imidlertid gi grunnlag for tvil om man bare kan oppfordre til deltakelse i aktiviteter, og ikke ha krav om dette etter nasjonal rett. Flere andre språkversjoner har tilsvarende ordlyd (engelsk: «call upon», tysk: «auffordern», svensk: «anmoda», italiensk: «chiamare»). Vi mener at en slik tolkning av artikkel 27 bokstav A fjerde ledd andre punktum kan likevel ikke være riktig, da det vil stride mot trygdeforordningens formål om å koordinere (ikke harmonisere) nasjonale regler. Det vil heller ikke være i samsvar med henvisningen til nasjonal rett i artikkel 21 første ledd, jf. også artikkel 27 bokstav A fjerde ledd første punktum i gjennomføringsforordningen. Direktoratet mener derfor det må legges til grunn at alle vilkårene for å få sykepenger eller arbeidsavklaringspenger etter folketrygdloven må være oppfylt, også ved opphold/bosted i en annen EØS-stat.

Spørsmålet er om det i tillegg kan stilles et selvstendig vilkår om tilstedeværelse i Norge. En lignende problemstilling ble behandlet i sak C-430/15 (Tolley). Bakgrunnen for saken var en britisk bestemmelse hvor retten til en trygdeytelse («DLA») var betinget av at personen oppfylte vilkår om bosted og tilstedeværelse («residence and presence») i Storbritannia (avsnitt 16). Saken gjaldt en britisk kvinne som hadde blitt tildelt en komponent av DLA, og så hadde flyttet permanent til Spania (avsnitt 119 og 20). Storbritannia hevdet at formuleringen «opfylder de i den kompetente stats lovgivning foreskrevne betingelser» i artikkel 22 første ledd, åpnet for at medlemsstatene kunne stille vilkår om bosted i Storbritannia.

EU-domstolen kom til at artikkel 22 første ledd bokstav b gir den som oppfyller vilkårene i den kompetente stats lovgivning, rett til å motta kontantytelser fra den kompetente institusjon etter flytting til en annen medlemsstat (avsnitt 87). Hvis henvisningen til «de i den kompetente stats lovgivning foreskrevne betingelser» skulle gi adgang til å stille krav om bosted i den kompetente stat, ville dette gjøre mulig å oppheve retten til eksport av ytelsen. Da ville artikkel 22 første ledd bokstav b helt ville miste sitt innhold (avsnitt 88). Et krav om opphold i Norge vil, selv om det åpnes for unntak på visse vilkår, innebære en begrensning av den retten til eksport som artikkel 21 nettopp var ment å sikre. En slik forståelse vil bety at bestemmelsen delvis mister sitt innhold. Direktoratet mener derfor at det ikke kan stilles et selvstendig krav om tilstedeværelse i Norge.

3.4 Krav om forutgående søknad ved opphold utenfor Norge

Et eget spørsmål er om artikkel 21 åpner for at det kan stilles krav om forutgående tillatelse for å ta med sykepenger eller arbeidsavklaringspenger til en annen EØS-stat, jf. folketrygdloven §§ 8-9 tredje ledd og 11-3 tredje ledd. Kommisjonen synes å ha hatt et bevisst forhold til spørsmålet om tillatelser under arbeidet med ny trygdeforordning, jf. at dette kommenteres særskilt i fortalen (avsnitt 21). Artikkel 22 i forordning 1408/71 hadde uttrykkelige regler om forutgående tillatelse i første ledd bokstav b og bokstav c, jf. andre ledd:

”b) som efter at have opnaaet ret til ydelser fra den kompetente institution faar tilladelse af denne institution til at vende tilbage til den medlemsstat, hvor han er bosat, eller til at flytte til en anden medlemsstats omraade, eller

c) som af den kompetente institution faar tilladelse til at rejse til en anden medlemsstat for dér at faa den efter hans tilstand fornoedne behandling”

Kravet om forutgående tillatelse har blitt tolket strengt. I sak C- 430/15 (Tolley) ble det lagt til grunn at man kunne nekte ytelse etter artikkel 22 bokstav b hvis personen hadde flyttet uten forutgående tillatelse (avsnitt 90–92). Artikkel 21 i den nye forordningen har derimot ingen bestemmelser om forutgående tillatelse. Vi stiller oss tvilende til at det kan stilles krav om forutgående tillatelse for opphold i utlandet etter artikkel 21.

Direktoratet ser at det kan være hensiktsmessig å vurdere om det vil være adgang til å innføre en ordning med plikt til å melde fra om reise til en annen EØS-stat. Dette er enda ikke endelig vurdert.

4. Virkningstidspunktet for rett til kontantytelser ved opphold

Når det gjelder retten til kontantytelser ved opphold i en annen EØS-stat, er det som nevnt store forskjeller mellom ny og gammel forordning. Artikkel 22 i forordning 1481/71 gir etter sin ordlyd kun rett til kontantytelser i noen situasjoner og på visse vilkår. Artikkel 21 i den nye forordningen er derimot formulert som en generell adgang til eksport av ytelsen både ved bosted og opphold i

utlandet. Dette tilsier at det ikke gjaldt noen slik generell rett til å beholde ytelsen ved opphold i en annen EØS-stat etter den gamle forordningen. Trygdeforordningens regler er av positivrettslig karakter. Vi har ikke funnet kilder som kan tyde på at retten til å beholde ytelsen ved opphold i en annen EØS-stat var generell og ubetinget etter forordning 1481/71, slik den er i artikkel 21 i den nye forordningen. Vi finner det riktig å ta utgangspunkt i ikrafttredelsen av ny forordning da denne retten ble positivrettslig regulert.

Retten til eksport av trygdeytelser framgår av ordlyden i 21, og det er vanskelig å se at det har vært noen dreining i forståelsen av bestemmelsen etter ikrafttredelsen. Dette ville uansett ikke hatt noen betydning for retten til ytelse. Det følger av EU-domstolens praksis i foreleggelsessaker at en dom fra EU-domstolen bare uttrykker hva som lå i rettskildene fra starten av. For forordninger innebærer dette at tolkningen har virkning fra ikrafttredelsen, jf. C-61/79 (Denkavit Italiana) avsnitt 16.

5. Konsekvenser av en eventuell praksis i strid med artikkel 21

Hvis tidligere praksis etter folketrygdloven §§ 8-9 og 11-3 har vært i strid med EØS-avtalen, blir det et eget spørsmål hvilke EØS-rettslige plikter Arbeids- og velferdsetaten har overfor personer som har fått vedtak om avslag på kontantytelser eller vedtak om tilbakebetaling av utbetalte ytelser. Utgangspunktet her er (de norske) reglene om betydningen av rettsanvendelsesfeil og om følger av ugyldighet. Her må det også ses hen til trygderettslige særbestemmelser, som for eksempel folketrygdlovens § 22-14 om foreldelse. Arbeids- og velferdsetaten må vurdere hva dette vil bety for den enkelte sak.

Det er i denne sammenheng viktig å se hen til det EØS-rettslige prinsippet om ekvivalens, som også gjelder for forvaltningen, jf. Haukeland Fredriksen/Mathiesen, EØS-rett (3. utgave 2018) s. 221–223. Etter ekvivalensprinsippet er det et krav at nasjonal håndheving av EØS-rettslige krav er minst like god som håndheving av tilsvarende krav etter nasjonal rett. I trygderettslig sammenheng betyr dette at det ikke skal spille noen rolle om et vedtak er ugyldig ut fra norsk rett eller EØS-rett. Hvis den trygdede har fått avslag på en ytelse som vedkommende har rettskrav på, skal konsekvensen være den samme uansett om grunnlaget er norsk lov eller en EØS-forordning.