EFTA-DOMSTOLENS DOM

5. mai 2021*

(*Frihet til å motta tjenester – Fri bevegelighet for arbeidstakere – Forordning (EØF) nr. 1408/71 – Forordning (EF) nr. 883/2004 – Rett til fortsatt å motta trygdeytelser i en annen EØS-stat – Ytelser ved sykdom – Opphold – Restriksjon av en grunnleggende frihet – Rettferdiggjøring*)

I sak E-8/20,

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Norges Høyesterett i en straffesak mot

N

om tolkningen av Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, særlig artiklene 28 og 36, rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 av 14. juni 1971 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet, europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger og europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Páll Hreinsson, president (saksforberedende dommer), Per Christiansen og Bernd Hammermann, dommere,

justissekretær: Ólafur Jóhannes Einarsson,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

---

* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk. Engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle og er basert på oversettelsene i sakens dokumenter.

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

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

- EFTAs overvåkingsorgan («ESA»), representert ved Erlend Møinichen Leonhardsen, Ewa Gromnicka, Catherine Howdle og Carsten Zatschler, som partsrepresentanter, og

- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Denis Martin og Bernd-Roland Killmann, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra N, representert ved Anders Brosveet; påtalemyndigheten, representert ved Henry John Mæland; den norske regjering, representert ved Pål Wennerås og Lisa-Mari Moen Jünge; ESA, representert ved Carsten Zatschler, Ewa Gromnicka og Erlend Møinichen Leonhardsen; og Kommisjonen, representert ved Denis Martin og Bernd-Roland Killmann, i digitalt rettsmøte 26. november 2020,

slik

Dom

I Rettslig bakgrunn

EØS-rett

1 Artikkel 28 nr. 1 og 2 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») lyder:

> *1. Fri bevegelighet for arbeidstagere skal gjennomføres mellom EFs medlemsstater og EFTA-statene.*
>
> *2. Den frie bevegelighet innebærer at all forskjellsbehandling av arbeidstagere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene på grunnlag av statsborgerskap skal avskaffes når det gjelder sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår.*

2 EØS-avtalen artikkel 29 lyder:

> *For å gjennomføre den frie bevegelighet for arbeidstagere og selvstendig næringsdrivende skal avtalepartene, i samsvar med bestemmelsene i vedlegg VI,*

med hensyn til sosial trygghet særlig sikre arbeidstagere og selvstendig næringsdrivende og deres pårørende:

a) at alle tidsrom som de enkelte nasjonale lovgivninger tillegger betydning for å oppnå og beholde retten til ytelser og for beregningen av dem, blir lagt sammen, og

b) at ytelser som tilkommer personer bosatt på avtalepartenes territorium, blir utbetalt.

3 EØS-avtalen artikkel 36 nr. 1 lyder:

Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.

4 Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 av 14. juni 1971 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet (EFT, English Special Edition 1971 (II), s. 416), endret ved rådsforordning (EF) nr. 118/97 av 2. desember 1996, rådsforordning (EF) nr. 1290/97 av 27. juni 1997, rådsforordning (EF) nr. 1223/98 av 4. juni 1998, rådsforordning (EF) nr. 1606/98 av 29. juni 1998, rådsforordning (EF) nr. 307/1999 av 8. februar 1999, rådsforordning (EF) nr. 1399/1999 av 29. april 1999, europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1386/2001 av 5. juni 2001, europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 631/2004 av 31. mars 2004, europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 647/2005 av 13. april 2005, europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 629/2006 av 5. april 2006, rådsforordning (EF) No 1791/2006 av 20. november 2006, europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1992/2006 av 18. desember 2006 og europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 592/2008 av 17. juni 2008 («forordning 1408/71»). Forordning 1408/71 inngikk i vedlegg VI (Trygd) til EØS-avtalen fra det tidspunkt den trådte i kraft. Forordning 1408/71 ble opphevet med virkning fra 1. juni 2012.

5 Artikkel 1 i forordning 1408/71, med overskriften «Definisjoner», lyder i utdrag:

I denne forordning menes med:

[…]

h) «bosted», vanlig oppholdssted,

i) «opphold», midlertidig oppholdssted,

[…]

6 Artikkel 4 nr. 1 i forordning 1408/71, med overskriften «Områder som omfattes», lyder:

Denne forordning får anvendelse på all lovgivning om følgende trygdeområder:

a) ytelser ved sykdom og svangerskap eller fødsel,

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

c) ytelser ved alder,

d) ytelser til etterlatte,

e) ytelser ved yrkesskade og yrkessykdom,

f) gravferdshjelp,

g) ytelser ved arbeidsløshet,

h) familieytelser.

7 Artikkel 19 nr. 1 i forordning 1408/71, med overskriften «Bosted i en annen medlemsstat enn den kompetente stat – Alminnelige regler», lyder:

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

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

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

8 Artikkel 22 nr. 1 og 2 i forordning 1408/71, med overskriften «Opphold utenfor den kompetente stat – Tilbakekomst eller flytting til en annen medlemsstat ved sykdom eller svangerskap eller fødsel – Nødvendig reise til en annen medlemsstat for å få hensiktsmessig behandling», lyder:

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

a) hvis tilstand krever 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 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.

9 Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger (EUT 2004 L 166, s. 1), rettet ved EUT 2004 L 200, s. 1, og EUT 2007 L 204, s. 30, («forordning 883/2004») ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens

beslutning nr. 76/2011 av 1. juli 2011 (EFT 2011 L 262, s. 33, og EØS-tillegg 2011 nr. 54, s. 46), som trådte i kraft 1. juni 2012 og er vist til i vedlegg VI nr. 1 (Trygd). Forfatningsrettslige krav ble angitt av Island og Liechtenstein. Kravene ble oppfylt 31. mai 2012, og beslutningen trådte i kraft 1. juni 2012.

10 Artikkel 1 i forordning 883/2004, med overskriften «Definisjoner», lyder i utdrag:

I denne forordning menes med:

[…]

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

k) «opphold» midlertidig bosted,

[…]

11 Artikkel 2 i forordning 883/2004, med overskriften «Personer som omfattes», lyder:

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

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

12 Artikkel 3 i forordning 883/2004, med overskriften «Områder som omfattes», lyder i utdrag:

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

a) ytelser ved sykdom,

[…]

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

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

[…]

13 Artikkel 21 i forordning 883/2004, med overskriften «Kontantytelser», lyder:

> *1. Et medlem i trygdeordningen og medlemmer av hans/hennes familie som bor eller oppholder seg i en annen medlemsstat enn den kompetente medlemsstat, skal ha rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon i samsvar med lovgivningen den anvender. Etter avtale mellom den kompetente institusjon og institusjonen på bostedet eller oppholdsstedet kan imidlertid ytelsene gis av institusjonen på bostedet eller oppholdsstedet og dekkes av den kompetente institusjon i samsvar med den kompetente medlemsstats lovgivning.*
>
> *2. Den kompetente institusjon i en medlemsstat hvis lovgivning fastsetter at beregningen av kontantytelser skal foretas på grunnlag av gjennomsnittsinntekt eller gjennomsnittlig avgiftsgrunnlag, skal fastsette denne gjennomsnittsinntekt eller dette gjennomsnittlige avgiftsgrunnlag utelukkende på grunnlag av bekreftede inntekter eller anvendt avgiftsgrunnlag i den tid som er tilbakelagt etter nevnte lovgivning.*
>
> *3. Den kompetente institusjon i en medlemsstat hvis lovgivning fastsetter at beregningen av kontantytelser skal foretas på grunnlag av en normert inntekt, skal utelukkende ta hensyn til normert inntekt eller, når det er hensiktsmessig, gjennomsnittlig normert inntekt i den tid som er tilbakelagt etter nevnte lovgivning.*
>
> *4. Nr. 2 og 3 får tilsvarende anvendelse i tilfeller der lovgivningen som anvendes av den kompetente institusjon, fastsetter en bestemt referanseperiode som i det aktuelle tilfellet helt eller delvis svarer til den tid den berørte personen har tilbakelagt etter en eller flere andre medlemsstaters lovgivning.*

Nasjonal rett og praksis

14 Det relevante tidsrom i denne sak er 19. mai 2010 til 31. oktober 2012 («det relevante tidsrom»). I dette tidsrom lød lov 28. februar 1997 om folketrygd («folketrygdloven») som følger.

15 Folketrygdloven § 11-1 første ledd lød:

> *Formålet med arbeidsavklaringspenger er å sikre inntekt for medlemmer mens de får aktiv behandling, deltar på et arbeidsrettet tiltak eller får annen oppfølging med sikte på å skaffe seg eller beholde arbeid.*

16 Folketrygdloven § 11-3, med overskriften «Opphold i Norge», lød:

Det er et vilkår for rett til ytelser etter dette kapitlet at medlemmet oppholder seg i Norge.

Ytelser kan likevel gis til et medlem som i henhold til sin aktivitetsplan, jf. arbeids- og velferdsforvaltningsloven § 14 a, får medisinsk behandling eller deltar på et arbeidsrettet tiltak i utlandet.

Et medlem kan også få ytelser etter dette kapitlet i en begrenset periode under opphold i utlandet dersom det kan godtgjøres at utenlandsoppholdet er forenelig med gjennomføringen av den fastsatte aktiviteten, og ikke hindrer Arbeids- og velferdsetatens oppfølging og kontroll.

17 Folketrygdloven § 11-5, med overskriften «Nedsatt arbeidsevne», lød:

Det er et vilkår for rett til ytelser etter dette kapitlet at medlemmet på grunn av sykdom, skade eller lyte har fått arbeidsevnen nedsatt i en slik grad at vedkommende hindres i å beholde eller skaffe seg inntektsgivende arbeid.

Når det vurderes om arbeidsevnen er nedsatt i en slik grad at vedkommende hindres i å beholde eller skaffe seg inntektsgivende arbeid, skal det blant annet legges vekt på helse, alder, evner, utdanning, yrkesbakgrunn, interesser, ønsker, muligheter for å gå tilbake til nåværende arbeidsgiver, arbeidsmuligheter på hjemstedet og arbeidsmuligheter på andre steder der det er rimelig at vedkommende tar arbeid.

18 Folketrygdloven § 11-6, med overskriften «Behov for bistand til å skaffe seg eller beholde arbeid», lød:

Det er et vilkår for rett til ytelser etter dette kapitlet at medlemmet

a) har behov for aktiv behandling, eller

b) har behov for arbeidsrettet tiltak, eller

c) etter å ha prøvd tiltak etter bokstavene a eller b fortsatt anses å ha en viss mulighet for å komme i arbeid, og får oppfølging fra Arbeids- og velferdsetaten for å bli i stand til å skaffe seg eller beholde arbeid som han eller hun kan utføre.

19 Folketrygdloven § 11-7 første og andre ledd, med overskriften «Meldeplikt», lød:

For å ha rett til ytelser etter dette kapitlet må medlemmet melde seg til Arbeids- og velferdsetaten hver fjortende dag (meldeperioden) og gi opplysninger som har betydning for retten til ytelsene. Melding skal gis ved bruk av meldekort, ved oppmøte eller på annen måte som Arbeids- og velferdsetaten bestemmer.

Dersom medlemmet uten rimelig grunn unnlater å melde seg på fastsatt dag, faller retten til ytelser etter dette kapitlet bort fra og med den dagen medlemmet skulle ha meldt seg og inntil han eller hun melder seg på nytt. Hvis medlemmet har hatt rimelig grunn til å unnlate å melde seg, skal ytelsene etterbetales.

20 Folketrygdloven § 11-8, med overskriften «Aktivitet med sikte på å komme i arbeid», lød:

Det er et vilkår for rett til ytelser etter dette kapitlet at medlemmet bidrar aktivt i prosessen med å komme i arbeid. Kravene til egenaktivitet skal tilpasses den enkeltes funksjonsnivå og fastsettes ved innvilgelsen av ytelsen.

21 Punkt 11.3.2 i rundskriv R40-00, som 28. februar 2012 ble avløst av rundskriv R45-00, lød fra og med 28. februar 2011:

Bosatt i Norge og opphold i annet EØS-land

Det er bare ved flytting til et annet EØS-land eller for medlemmer som er bosatt i et annet EØS-land at forordningens regler om dette kommer til anvendelse.

For arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende som bor i Norge og er medlem i trygden her gjelder folketrygdlovens alminnelige regler om arbeidsavklaringspenger under opphold i utlandet også ved opphold i annet EØS-land, jf. folketrygdloven § 11-3 annet og tredje ledd. Forordningens regler om adgang til å beholde retten til kontantytelser ved sykdom under opphold utenfor Norge som kompetent land kommer derfor ikke til anvendelse.

22 Rundskriv R11-00 ble utarbeidet til folketrygdloven kapittel 11. I den versjon som gjaldt fra 1. mars 2010, het det blant annet følgende om folketrygdloven § 11-3:

For å ha rett til arbeidsavklaringspenger og tilleggsstønader stilles det krav om opphold i Norge. Bakgrunnen for denne bestemmelsen er behovet for å kunne følge opp bruker i forhold til riktig ytelse og arbeidsrettet aktivitet og til enhver tid vite om vilkårene for rett til ytelsen er oppfylt.

Arbeidsavklaringspenger anses som en kontantytelse under sykdom i henhold til EØS-forordning 1408/71.

Det vises til EØS-avtalens trygdedel og tilhørende rundskriv, samt til trygdeavtaler Norge har med andre land og egne rundskriv om dette. Dersom det er motstrid mellom de norske reglene og bestemmelsene i trygdeavtaler, herunder EØS-avtalen, går avtalens regler foran, jf. ftrl. § 1-3.

[…]

§ 11-3 tredje ledd – Unntak for utenlandsopphold som ikke følger av aktivitetsplanen

I utgangspunktet er det ikke adgang til å oppholde seg i utlandet og samtidig motta arbeidsavklaringspenger og tilleggsstønader. Dersom bruker oppholder seg i utlandet og slikt sett ikke er tilgjengelig for NAV, medfører dette at ytelsen bortfaller i perioden.

Tredje ledd i bestemmelsen åpner opp for at det unntaksvis også kan gis ytelser i en begrenset periode under opphold i utlandet, eksempelvis ved midlertidige pauser mellom tiltak eller i ventetid på behandling/tiltak.

Det bør vanligvis ikke utbetales ytelser utover tidsrommet for en vanlig feriereise. Med vanlig feriereise menes en periode på inntil fire uker. Dette forutsetter imidlertid at det kan godtgjøres at utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføringen av den fastsatte aktiviteten, og ikke hindrer NAV's oppfølging og kontroll. Det sentrale element i denne sammenheng er at utarbeidingen eller gjennomføringen av aktivitetsplanen ikke påvirkes negativt av utenlandsoppholdet.

Bruker må søke på forhånd om tillatelse til å beholde ytelser under midlertidig opphold i utlandet. Bruker skal gis god og gjentatt informasjon om at man må oppholde seg i Norge for å ha krav på ytelser etter kap. 11 og at han eller hun må melde fra til NAV dersom han eller hun reiser til utlandet.

23 Rundskriv R11-00 fikk følgende tillegg fra 6. juni 2012:

Bruker må søke NAV-kontoret om forhåndsgodkjenning før han kan ta med seg arbeidsavklaringspengene under midlertidig opphold i andre land. Skjemaet 11-03.07 bør benyttes, forutsatt at tidsmessige årsaker ikke gjør dette umulig. Dersom NAV ikke har noen aktuelle aktiviteter å tilby i perioden, skal dette ikke regnes som perioder med fravær, jf. §§ 11-8 og 11-9.

Dersom NAV-kontoret innvilger søknaden, kan tillatelse gis muntlig og notatføres i Arena. Konsekvenser for oppfølging må vurderes, herunder innsending av meldekort. Bruker må informeres om innsendingsmåter (meldeform) og konsekvenser av for sent innsendte kort. Dersom NAV-kontoret ikke innvilger søknaden, skal bruker ha skriftlig avslagsbrev med begrunnelse og informasjon om alminnelig klageadgang, jf. forvaltningsloven § 29. Dersom bruker velger å reise til utlandet til tross for at NAV ikke har innvilget søknaden, må stans av arbeidsavklaringspengene vurderes jf. §§ 11-8 og/eller 11-9.

24 I det relevante tidsrom lød Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10 («straffeloven») som følger.

25 Straffeloven § 270 lød i utdrag:

> *For bedrageri straffes den som i hensikt å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning*
>
> *[…]*
>
> *2. ved bruk av uriktig eller ufullstendig opplysning, […] eller på annen måte rettsstridig påvirker resultatet av en automatisk databehandling, og derved volder tap eller fare for tap for noen.*
>
> *Straffen for bedrageri er bøter eller fengsel inntil 3 år.*
>
> *[…]*

26 Straffeloven § 271 lød i utdrag:

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

27 Straffeloven § 271a lød:

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

II Faktum og saksgang

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

29 Grunnlaget for tiltalen var at N i perioden 19. mai 2010 til 31. oktober 2012 ble ansett å ha forledet NAV til å utbetale ham i alt 309 458 kroner i arbeidsavklaringspenger. N hadde unnlatt å opplyse NAV om at han hadde oppholdt seg i utlandet i perioder uten at dette var godkjent av NAV. Han hadde dermed ikke krav på arbeidsavklaringspenger i denne periode. Dette medførte tap eller fare for tap for NAV. Under behandlingen for Nedre Telemark tingrett endret påtalemyndigheten påstand til å gjelde grovt uaktsomt grovt bedrageri.

30 Tingretten avsa dom 4. mars 2016 for grovt uaktsomt grovt bedrageri og fastsatte straffen for N til fengsel i 75 dager. Ifølge anmodningen la tingretten til grunn for domfellelsen at N i november 2008 fikk innvilget rehabiliteringspenger. I vedtaket ble han informert om at han «må melde fra til NAV lokalt» dersom han «reiser ut av Norge (gjelder sykepenger og rehabiliteringspenger)». Samme informasjon ble gitt hver gang N fikk innvilget rehabiliteringspenger for en ny periode.

31 Ifølge anmodningen fikk N innvilget rehabiliteringspenger på grunn av sviktende helse samtidig som han var blitt overtallig på sin tidligere arbeidsplass. Fra 1. mars 2010 ble Ns rehabiliteringspenger erstattet med arbeidsavklaringspenger på grunn av en lovendring.

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

33 Via bekjente fikk N og hans kone tilbud om å låne et hus i Italia, og i det relevante tidsrom hadde de til sammen 14 opphold i Italia i perioder på tre og fire uker.

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

> *Det er et vilkår for rett til arbeidsavklaringspenger at man oppholder seg i Norge, jf. folketrygdloven § 11-3. NAV kan gjøre unntak fra oppholdsvilkåret for en begrenset periode dersom utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføringen av aktivitetsplanen. Retten kan ikke se at tiltalte var i god tro når han oppholdt seg i utlandet uten å melde fravær eller søke om unntak fra oppholdsvilkåret.*

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

36 N anket tingrettens dom, og Agder lagmannsrett satte ved dom 12. desember 2016 straffen til 45 timers samfunnsstraff, med en gjennomføringstid på 90 dager og subsidiær fengselsstraff på 45 dager. Lagmannsretten la ved valget av straffereaksjon vekt på at N kunne ha fått tillatelse til utenlandsopphold dersom han hadde søkt. Det var derfor en reell mulighet for at tapspotensialet knyttet til hans handlinger egentlig var betydelig lavere enn beløpet i tiltalen.

37 Påtalemyndigheten anket lagmannsrettens dom til Norges Høyesterett, som ved dom 15. mars 2017 stadfestet tingrettens dom.

38 Høsten 2019 ble NAV usikker på om gjeldende praksis var i strid med artikkel 21 i forordning nr. 883/2004. NAV endret praksis senere samme høst i samsvar med den forståelse at begrepet «oppholder seg» omfatter alle midlertidige opphold som ikke utgjør bosted. NAV anså imidlertid ikke at tidligere praksis hadde vært i strid med forordning 1408/71.

39 Den norske regjering oppnevnte 8. november 2019 et granskningsutvalg for å foreta en ekstern gjennomgang av anvendelsen av forordning 1408/71 og forordning 883/2004 i Norge. Ifølge anmodningen mente granskningsutvalget enstemmig at det siden 1. juni 2012 hadde vært i strid med Norges forpliktelser etter EØS-retten å nekte arbeidsavklaringspenger utelukkende med den begrunnelse at mottaker befinner seg i en annen EØS-stat.

40 Ifølge anmodningen hadde NAV forut for politianmeldelsen av N truffet vedtak om å kreve tilbake 345 119 kroner fra N. Ved vedtak 19. desember 2019 ble vedtaket om tilbakekreving delvis omgjort. Den del av vedtaket som ble opprettholdt, utgjør 199 370 kroner og gjelder tiden før 1. juni 2012.

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

42 På denne bakgrunn besluttet Norges Høyesterett å utsette saken og forelegge saken for EFTA-domstolen. Anmodningen var datert 30. juni 2020 og ble registrert ved EFTA-domstolen 2. juli 2020. Norges Høyesterett har forelagt EFTA-domstolen følgende spørsmål:

Spørsmål om rettstilstanden før 1. juni 2012

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

2. *Skal artikkel 22 i forordning 1408/71, eventuelt artikkel 19, tolkes slik at den kun gir rett til å motta kontantytelser ved bosetting (residence) i en annen EØS-stat enn den kompetente stat, eller omfattes også kortere opphold som i foreliggende sak?*

3. *Dersom også kortere opphold som i foreliggende sak omfattes, skal artikkel 22 i forordning 1408/71 og dens henvisning til tillatelse fra den kompetente institusjon, eventuelt artikkel 19, fortolkes slik at den kompetente stat kan gjøre retten til å medta arbeidsavklaringspenger betinget av at vedkommende har søkt om og fått tillatelse til å oppholde seg i en annen EØS-stat?*

4. *Dersom forordning 1408/71 ikke ga rett til å medta arbeidsavklaringspenger under opphold i en annen EØS-stat, eventuelt ikke uten tillatelse fra den kompetente institusjon i henhold til nasjonale regler, må det også vurderes om de nasjonale reglene faller inn under andre EØS-reglers anvendelsesområde?*

5. *Kommer EØS-avtalen artikkel 28 eller 36 til anvendelse i en situasjon hvor en borger av en EØS-stat har kortere fritidsopphold i en annen EØS-stat?*

6. *Hvis svaret er ja, utgjør det en restriksjon av bevegelsesfriheten etter EØS-avtalen artikkel 28 eller artikkel 36 at nasjonal lov fastsetter følgende vilkår:*

   (i) At ytelsen bare kan gis i en begrenset periode, som i henhold til administrative rundskriv vanligvis ikke kan overskride fire uker per år, og

   (ii) at utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføring av fastsatte aktivitetsplikter, og ikke hindrer den kompetente institusjonens oppfølgning og kontroll, og

   (iii) at vedkommende må søke og få tillatelse fra den kompetente institusjon (og kontroll av oppfylt søknadsplikt ved meldekort)?

7. *Dersom vilkår (i) utgjør en restriksjon, kan vilkåret rettferdiggjøres som en generalisert ivaretakelse av hensynene som ligger bak vilkår (ii), dvs. sikre gjennomføring av fastsatte aktivitetsplikter samt oppfølgning og kontroll?*

8. *Hvis vilkår (i) ikke kan rettferdiggjøres og vilkår (ii) og (iii) utgjør en restriksjon, kan vilkår (ii) og (iii) rettferdiggjøres ut fra samme hensyn?*

9. *Hvis vilkår (ii) og (iii) kan rettferdiggjøres, er det forenlig med EØS-avtalen artikkel 28 og 36 at en person som har unnlatt å søke og få tillatelse til å medta ytelser til en annen EØS-stat, og som gir den kompetente institusjon uriktige opplysninger om oppholdssted, kan bli pålagt å tilbakeføre ytelsen som derved er ulovlig ervervet etter nasjonal rett?*

10. *Hvis ja, er det forenlig med EØS-avtalen artikkel 28 og artikkel 36 at vedkommende kan bli ilagt strafferettslige sanksjoner for å ha forledet den kompetente institusjon til uriktige utbetalinger ved å gi uriktige opplysninger?*

11. *Hvis svaret på spørsmål 5 er nei, kommer direktiv 2004/38 artikkel 4 eller 6 til anvendelse i en situasjon hvor en borger av en EØS-stat har kortere fritidsopphold i en annen EØS-stat? I den utstrekning artikkel 6 skulle komme til anvendelse, pålegger denne bestemmelsen hjemstaten forpliktelser? Hvis artikkel 4 eller 6 kommer til anvendelse og kan påberopes overfor hjemstaten, stilles tilsvarende spørsmål som spørsmål 6 til 10 i den utstrekning de passer?*

Spørsmål om rettstilstanden etter 1. juni 2012

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

13. *Skal begrepet «staying» i forordning 883/2004 artikkel 21(1), som defineres som «temporary residence» i artikkel 1(k), tolkes slik at det omfatter ethvert kortvarig opphold i annen EØS-stat som ikke utgjør bosettelse, inklusive opphold som i foreliggende sak?*

14. *Hvis ja, skal forordning 883/2004 artikkel 21 tolkes slik at den kun omfatter situasjoner hvor den medisinske diagnosen er stilt under oppholdet i den andre EØS-staten, eller også situasjoner – som i foreliggende sak – hvor diagnosen er anerkjent av den kompetente institusjon før utreise?*

15. *Hvis artikkel 21 kommer til anvendelse i en situasjon som i foreliggende sak, skal bestemmelsen, herunder betingelsen om «in accordance with the legislation it applies», tolkes slik at den kompetente EØS-staten kan opprettholde følgende vilkår:*

    (i) At ytelsen bare kan gis i en begrenset periode, som i henhold til administrative rundskriv vanligvis ikke kan overskride fire uker per år, og

    (ii) Utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføring av fastsatte aktivitetsplikter, og ikke hindrer den kompetente institusjonens oppfølgning og kontroll, og

    (iii) At vedkommende må søke og få tillatelse fra den kompetente institusjon (og kontroll av oppfylt søknadsplikt ved meldekort)?

16. *Dersom artikkel 21 er til hinder for vilkår (i), men ikke (ii) og (iii), faller (ii) og (iii) inn under anvendelsesområdet av andre EØS-regler, jf. spørsmål 4 følgende?*

43 Den 6. november 2020 besluttet EFTA-domstolen tiltak for tilrettelegging av rettergangen etter rettergangsordningen artikkel 49 nr. 1 og nr. 3 bokstav a. Fristen for å svare utløp 20. november 2020. EFTA-domstolen mottok svar på spørsmålene ved tilrettelegging av rettergangen fra N, påtalemyndigheten, den norske regjering, ESA og Kommisjonen.

44 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og forslagene til svar som er inngitt til EFTA-domstolen. Partenes argumenter vil i det følgende bare bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III EFTA-domstolens svar

Innledende bemerkninger

45 Som opplyst i anmodningen følger det av folketrygdloven § 11-3 at et medlem må være fysisk til stede i Norge for å ha rett til arbeidsavklaringspengene saken gjelder.

46 EFTA-domstolen viser til at det er etablert rettspraksis at bestemmelsene i forordning 1408/71 og forordning 883/2004, som er inntatt i EØS for å gjennomføre EØS-avtalen artikkel 29, må tolkes i lys av denne bestemmelses formål. Det er å bidra til størst mulig bevegelsesfrihet (se sak E-3/12 *Stig Arne Jonsson*, Sml. 2013 s. 248, avsnitt 73 og rettspraksis som det vises til der). Dette overordnede mål må tas i betraktning ved tolkning av både forordning 1408/71 og forordning 883/2004.

47 Det følger av etablert rettspraksis at formålet med forordning 1408/71 og forordning 883/2004 ikke ville blitt oppnådd dersom arbeidstakere skulle miste de trygderettigheter de er sikret etter lovgivningen i én EØS-stat som en følge av at de utøver sin rett til fri bevegelighet, spesielt dersom disse rettigheter representerer en motytelse for trygdeavgifter de har innbetalt (se *Stig Arne Jonsson*, som omtalt over, avsnitt 73 og rettspraksis som det vises til der, og jf. dommen i *da Silva Martins*, C-388/09, EU:C:2011:439, avsnitt 74).

48 EFTA-domstolen nevner at anmodningen ikke spesifiserer Ns statsborgerskap, selv om det ligger implisitt i de forelagte spørsmål at han er EØS-borger. EFTA-domstolen legger dette til grunn.

Spørsmål 1 og 12

49 Ved sitt første og tolvte spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om en ytelse slik som arbeidsavklaringspenger utgjør en ytelse ved sykdom etter artikkel 4 nr. 1 bokstav a i forordning 1408/71 og artikkel 3 nr. 1 bokstav a i forordning 883/2004.

50 Forordning 1408/71 får anvendelse på all lovgivning om trygdeområdene angitt i forordningen artikkel 4 nr. 1 bokstav a til h. EFTA-domstolen merker seg at skillet mellom ytelser som er utelukket fra virkeområdet for forordning 1408/71 og de som omfattes av dens virkeområde, hovedsakelig er basert på den enkelte ytelses art, særlig dens formål og vilkårene for å oppnå ytelsen, og ikke om ytelsen er klassifisert som en trygdeytelse i nasjonal lovgivning (se sak E-4/07 *Þorkelsson*, Sml. 2008 s. 3, avsnitt 36).

51 En ytelse kan anses som en trygdeytelse dersom den gis uten noen individuell og skjønnsmessig vurdering av personlige behov, til mottakere på grunnlag av rettsstilling, og forutsatt at den er knyttet til en av risikoene som uttrykkelig er nevnt i artikkel 4 nr. 1 i forordning 1408/71 (se sak E-5/06 *ESA* mot *Liechtenstein*, Sml. 2007 s. 296, avsnitt 71 til 73 og rettspraksis som det vises til der). Som alle parter har påpekt oppfyller en ordning slik som arbeidsavklaringspenger opprettet ved folketrygdloven § 11-1 disse vilkår.

52 Ifølge etablert rettspraksis må trygdeytelser, uavhengig av særtrekk i de ulike nasjonale rettssystem, anses å være av samme type dersom deres formål og gjenstand samt grunnlaget de beregnes av og vilkårene for å oppnå dem, er identiske. På den annen side må særtrekk som er rent formelle, ikke anses som relevante kriterier for klassifiseringen av ytelser. For å skille mellom ulike kategorier trygdeytelser må den risiko den enkelte ytelse dekker, tas i betraktning (jf. dommen i *Czerwiński*, C-517/16, EU:C:2018:350, avsnitt 43 og 44 og rettspraksis som det vises til der).

53 Som den norske regjering og ESA påpekte i sine skriftlige innlegg, er det nødvendig å vurdere om en ytelse slik som den hovedsaken gjelder, må anses som en ytelse ved sykdom, en ytelse ved uførhet eller en ytelse ved arbeidsløshet etter artikkel 4 nr. 1 bokstavene a, b og g i forordning 1408/71.

54 En ytelse ved sykdom etter artikkel 3 nr. 1 bokstav a i forordning 883/2004 dekker risikoen forbundet med en dårlig helsetilstand som medfører midlertidig avbrudd i den berørte persons yrkesaktivitet. Derimot er ytelser ved uførhet som et generelt utgangspunkt, ment å dekke risikoen ved uførhet av en bestemt grad, når det er sannsynlig at uførheten vil bli permanent eller langvarig. En ytelse ved arbeidsløshet dekker risikoen forbundet med det inntektstap en arbeidstaker får etter tap av sitt arbeid, selv om han eller hun fortsatt er i stand til å arbeide. En ytelse som er gitt dersom risikoen, altså tap av arbeid, oppstår, og som ikke lenger skal utbetales dersom denne situasjon opphører som følge av at vedkommende har fått lønnet arbeid, må anses som en ytelse ved arbeidsløshet (jf. dommen i *Pensionsversicherungsanstalt*, C-135/19, EU:C:2020:177, avsnitt 32 til 34, og rettspraksis som det vises til der).

55 I denne sammenheng er det klart, som ESA har påpekt, at arbeidsavklaringspenger gis til personer som er ute av stand til å skaffe seg eller beholde inntektsgivende arbeid på grunn av sykdom, skade eller annet lyte. Som påpekt av den norske regjering i dens svar på spørsmålene ved tilrettelegging av rettergangen: «a basic requirement for qualifying for the work assessment allowance is that the person concerned suffers from 'sickness, injury or impairment' (Section 11-5) which may involve 'a need for active [medical] treatment (Section 11-6(1) litra a)'.» Derfor kan en slik ytelse ikke klassifiseres som en ytelse ved arbeidsløshet etter artikkel 4 nr. 1 bokstav g i forordning 1408/71.

56 Når det gjelder klassifiseringen av arbeidsavklaringspenger som en ytelse ved uførhet eller sykdom, bør det nevnes, som den norske regjering har forklart i sitt svar på spørsmålene ved tilrettelegging av rettergangen, at lengden på aktivitetsplanen varierer fra to måneder til omkring et år. Som den videre forklarte, kan arbeidsavklaringspenger bare gis for inntil ett år av gangen. Endelig kan arbeidsavklaringspenger etter folketrygdloven § 11-10 første ledd gis i inntil fire år.

57 I tillegg oppfatter EFTA-domstolen at det i samsvar med folketrygdloven § 11-11, slik denne bestemmelse er utdypet i rundskriv R11-00, skal vedkommende følges jevnlig opp

av NAV for blant annet å vurdere om vedkommende fortsatt trenger bistand for å skaffe seg arbeid. Om man kommer til at det ikke lenger er behov for bistand, skal retten til rehabiliteringspenger midlertidig stanses eller bortfalle.

58 Det følger av dette at ytelsen slik som arbeidsavklaringspenger som hovedsaken gjelder, er ment å dekke risikoen for midlertidig arbeidsudyktighet i motsetning til permanent eller langvarig uførhet. Ytelsen må derfor anses som en ytelse ved sykdom etter artikkel 4 nr. 1 bokstav a i forordning 1408/71.

59 Begrepet ytelse ved sykdom ble ikke endret ved vedtakelsen av forordning 883/2004 eller av senere rettspraksis om tolkningen av nevnte forordning (jf. dommen i *Pensionsversicherungsanstalt*, som omtalt over, avsnitt 32).

60 Følgelig blir svaret på det første og det tolvte spørsmål at en ytelse som de arbeidsavklaringspenger hovedsaken gjelder, utgjør en ytelse ved sykdom etter artikkel 4 nr. 1 bokstav a i forordning 1408/71 og artikkel 3 nr. 1 bokstav a i forordning 883/2004.

Spørsmål 2 til 4

61 Ved sitt andre til fjerde spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om artikkel 19 og/eller artikkel 22 i forordning 1408/71 må tolkes slik at de utelukker et krav om opphold i den kompetente stat for å kunne motta en ytelse slik som den hovedsaken gjelder. EFTA-domstolen mener det er hensiktsmessig å behandle disse spørsmål samlet.

62 EFTA-domstolen viser til at ytelser ved sykdom etter etablert rettspraksis omfattes av avdeling III kapittel 1 i forordning 1408/71, som består av artiklene 18 til 36 (jf. dommen i *von Chamier-Glisczinski*, C-208/07, EU:C:2009:455, avsnitt 41). EFTA-domstolen peker på at den ytelse saken gjelder, er en trygdeytelse etter artikkel 4 nr. 1 i forordning 1408/71 og må derfor kunne eksporteres (se sak E-5/06 *ESA* mot *Liechtenstein*, som omtalt over, avsnitt 74). I denne sammenheng fremgår det av betraktning 15 at når det gjelder ytelser ved sykdom og svangerskap eller fødsel, er det nødvendig å sikre beskyttelse for personer som bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat enn den kompetente EØS-stat. Følgelig må bestemmelser som fraviker prinsippet om at trygdeytelser skal kunne eksporteres, tolkes strengt (jf. dommene i *Jauch*, C-215/99, EU:C:2001:139, avsnitt 21, og *Hosse*, C-286/03, EU:C:2006:125, avsnitt 24 og 25).

63 Artikkel 19 i forordning 1408/71 garanterer på den kompetente stats kostnad, retten for en arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende og for deres familiemedlemmer, som er bosatt i en annen EØS-stat, og hvis tilstand krever behandling på territoriet til EØS-bostedsstaten, til å motta naturalytelser ved sykdom fra institusjonen i sistnevnte EØS-stat eller kontantytelser fra den nevnte institusjon på vegne av institusjonen i den kompetente stat for den kompetente stats regning etter avtale (jf. dommen i *Tolley*, C-430/15, EU:C:2017:74, avsnitt 71 og rettspraksis som det vises til der).

64 Følgelig gjelder nevnte bestemmelse utelukkende situasjoner der et medlem i trygdeordningen, som søker den kompetente institusjon i en EØS-stat om ytelse ved sykdom, er bosatt en annen EØS-stat på søknadsdatoen (jf. dommen i *Tolley*, som omtalt over, avsnitt 72).

65 Det fremgår av anmodningen at N var bosatt i Norge etter artikkel 1 bokstav h i forordning 1408/71 da han søkte den kompetente institusjon i denne EØS-stat om ytelsen saken gjelder, og at han bare hadde hatt kortvarige opphold i Italia som var av tre til fire ukers varighet. Hans situasjon omfattes dermed ikke av virkeområdet for artikkel 19.

66 Artikkel 22 nr. 1 bokstav b i forordning 1408/71 gjelder blant annet situasjonen der en arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende under sykdom flytter til en annen EØS-stat enn staten for den kompetente institusjon (jf. dommen i *Tolley*, som omtalt over, avsnitt 74). EFTA-domstolen viser til at de andre deler av artikkel 22 ikke er relevante i den foreliggende sak.

67 Basert på anmodningen er det klart at en person som N – som tilbringer kortvarige opphold i Italia – ikke tilhører de kategorier av personer som artikkel 22 nr. 1 bokstav b i forordning 1408/31 retter seg mot, da denne bestemmelse begrenser seg til retten til fortsatt å motta ytelser ved sykdom ved endring av bosted til en annen EØS-stat. Følgelig omfattes ikke en person i en situasjon slik som den hovedsaken gjelder, av virkeområdet for artikkel 22 nr. 1 bokstav b.

68 Denne tolkning av forordning 1408/71 må forstås slik at den ikke berører den løsning som følger av at hoveddelen av EØS-avtalen muligens kan komme til anvendelse (jf. dommen i *von Chamier-Glisczinski*, som omtalt over, avsnitt 66). En konklusjon om at et nasjonalt tiltak ikke omfattes av virkeområdet for en bestemmelse i en rettsakt som er innlemmet i EØS-avtalen, i dette tilfelle artikkel 22 nr. 1 bokstav b, medfører ikke at nevnte tiltak unntas fra virkeområdet for EØS-avtalens hoveddel eller noen annen rettsakt som er innlemmet i EØS-avtalen (jf. dommen i *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, avsnitt 38 og rettspraksis som det vises til der). Når henholdsvis artiklene 19 eller 22 ikke kommer til anvendelse på en situasjon som den hovedsaken gjelder, er følgelig ikke dette i seg selv til hinder for at den berørte person etter EØS-avtalens hoveddel eller en annen rettsakt innlemmet i EØS-avtalen kan kreve å beholde retten til en kontantytelse ved sykdom under kortvarige opphold i en annen EØS-stat.

69 Følgelig må svaret på det andre, tredje og fjerde spørsmål bli at en situasjon slik som den hovedsaken gjelder, ikke faller inn under virkeområdet for artiklene 19 eller 22 i forordning 1408/71. Imidlertid medfører ikke denne konklusjon at nasjonale regler, slik som kravet om opphold i den foreliggende sak, unntas fra virkeområdet for bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel eller en annen rettsakt som er innlemmet i EØS-avtalen.

Spørsmål 5 til 8

70 Ved sitt femte til åttende spørsmål søker den anmodende domstol i hovedsak å fastslå om vilkår slik som fastsatt i folketrygdloven § 11-3 tredje ledd, som begrenser retten til ytelser slik som de den foreliggende sak gjelder, er forenlige med EØS-avtalen artiklene 28 og 36. EFTA-domstolen mener det er passende å behandle disse spørsmål samlet.

71 EØS-retten svekker ikke EØS-statenes myndighet til selv å organisere sine trygdeordninger. Ettersom dette ikke er harmonisert på EØS-plan, blir det opp til lovgiverne i den enkelte EØS-stat å fastsette vilkårene for rett til trygdeytelser. Likevel må EØS-statene når de utøver denne myndighet, overholde EØS-retten (se sak E-2/18 *Concordia*, dom 14. mai 2019, avsnitt 43).

72 Etter EØS-avtalen artikkel 29 er hensikten med rettsakter på trygdeområdet som er innlemmet i vedlegg VI til EØS-avtalen, å gjennomføre fri bevegelighet for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende, særlig ved å sikre utbetaling av ytelser til personer som er bosatt på territoriet til en annen EØS-stat. Selv om rettsaktene som gjennomfører EØS-avtalen artikkel 29, særlig forordning 1408/71 og forordning 883/2004, inneholder bestemmelser som fraviker prinsippet om at trygdeytelser kan eksporteres, for eksempel i forbindelse med særlige ikke-avgiftsbaserte ytelser, har de fortsatt til formål å legge til rette for et av de grunnleggende formål med EØS-avtalen, som er å oppfordre til at personer kan bevege seg i EØS-området og integrere seg i samfunnet i andre EØS-stater (jf. dommen i *Habelt m.fl.*, C-396/05, C-419/05 og C-450/05, EU:C:2007:810, avsnitt 81 og 82). Retten til fortsatt å motta trygdeytelser ved reise til en annen EØS-stat er en konkretisering av dette grunnleggende formål og følger av utøvelsen av de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen.

73 Det er nødvendig å avgjøre om en situasjon slik som den hovedsaken gjelder, omfattes av virkeområdet for EØS-avtalen artiklene 28 og 36. Hva dette angår, har den norske regjering og Kommisjonen i lys av opplysningene som fremkommer i anmodningen, uttrykt tvil om hvorvidt EØS-avtalen artikkel 28 kommer til anvendelse.

74 Enhver EØS-borger som ved utøvelse av retten til fri bevegelighet søker arbeid eller har vært ansatt i en annen EØS-stat enn bostedsstaten, omfattes av virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 28 (se sak E-4/19 *Campbell*, dom 13. mai 2020, avsnitt 50). EØS-avtalen artikkel 28 gjelder også tidligere arbeidstakere som har sluttet å utøve et yrke, i den utstrekning disse personer kan ha rett til visse fordeler de har ervervet i kraft av sitt arbeidsforhold. Selv om den anmodende domstols beskrivelse av de faktiske omstendigheter ikke inneholder noe som tilsier at arbeidstakeres frie bevegelighet er relevant i denne sak, anførte N både i sitt skriftlige innlegg og i rettsmøtet at han i det minste i noen av periodene han oppholdt seg i Italia, arbeidet derfra i samsvar med sin aktivitetsplan siden hans arbeidsmulighet i 2012 tillot fjernarbeid. Det er den anmodende

domstol som må avgjøre de faktiske forhold i saken med hensyn til om EØS-avtalen artikkel 28 kommer til anvendelse i hovedsaken.

75 Friheten til å yte tjenester etter EØS-avtalen artikkel 36 omfatter også den «passive» frihet til å yte tjenester, nemlig friheten for tjenestemottakere til å dra til en annen EØS-stat for å motta en tjeneste der, uten å bli hindret av restriksjoner (jf. dommen i *Piringer*, C-342/15, EU:C:2017:196, avsnitt 35). På samme måte må personer som er etablert i en EØS-stat og som reiser til en annen EØS-stat som turister eller i utdanningsøyemed, betraktes som tjenestemottakere (jf. dommene i *Ruska Federacija*, C-897/19, EU:C:2020:262 avsnitt 52; *Navileme og Nautizende*, C-509/12, EU:C:2014:54, avsnitt 10 og 11 og rettspraksis som det vises til der; og *Luisi og Carbone*, 286/82 og 26/83, EU:C:1984:35, avsnitt 16).

76 Når det gjelder EØS-avtalen artikkel 36, bør det nevnes at ingen bestemmelse i EØS-avtalen gir uttrykk for å kunne vurdere abstrakt hvor lenge eller ofte en tjeneste eller en viss type tjeneste må leveres for ikke lenger å kunne anses som yting av tjenester. Følgelig kan tjenester etter EØS-avtalen artikkel 36 være av svært varierende art, herunder ytes over et lengre tidsrom, til og med over flere år (jf. dommene i *Kommisjonen* mot *Portugal*, C171/02, EU:C:2004:270, avsnitt 26, og *von Chamier-Glisczinski*, som omtalt over, avsnitt 74).

77 Når det gjelder en person som er forhindret fra å arbeide, som tilfelle er for mottakere av ytelser av den type saken gjelder, kan det være mange forklaringer på hvorfor de velger å oppholde seg i en annen EØS-stat. Under disse omstendigheter kan det imidlertid antas at en slik person vil motta tjenester i den EØS-stat han oppholder seg i.

78 På bakgrunn av det ovenstående følger det at en person slik som N, som har utøvd sin frihet til å ferdes og motta tjenester i en annen EØS-stat enn hjemstaten, omfattes av virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 36.

Restriksjon på friheten til å yte tjenester

79 Når det gjelder spørsmålet om anvendelsen av nasjonal lovgivning slik som den hovedsaken gjelder, utgjør en hindring av den frie bevegelighet for tjenester etter EØS-avtalen artikkel 36, bør det for det første pekes på at alle tiltak som forbyr, hemmer eller gjør utøvelsen av fri bevegelighet for tjenester mindre interessant, må anses som restriksjoner (se sak E-19/15 *ESA* mot *Liechtenstein*, Sml. 2016 s. 437, avsnitt 85 og rettspraksis som det vises til der).

80 Videre er det ikke relevant om restriksjonene er pålagt av hjemstaten eller av vertsstaten. Som EFTA-domstolen la til grunn i *Rindal og Slinning*, omfatter EØS-avtalen artikkel 36 også nasjonale regler som gjør tjenesteytelse mellom EØS-statene vanskeligere enn tjenesteytelse utelukkende innen en EØS-stat (se forente saker E11/07 og E-1/08 *Rindal og Slinning*, Sml. 2008 s. 320, avsnitt 44).

81 Ved sitt sjette spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om det å kreve at mottakere av en ytelse slik som den hovedsaken gjelder og som ønsker å oppholde seg utenlands, må overholde tre vilkår som fastsatt i folketrygdloven § 11-3 tredje ledd er forenlig med EØS-avtalen artikkel 36.

82 Etter folketrygdloven § 11-3 er det et vilkår for å ha rett til ytelser at medlemmet i trygdeordningen oppholder seg i Norge. Etter § 11-3 tredje ledd kan det som unntak fra kravet om opphold gis ytelser dersom utenlandsoppholdet er av begrenset varighet og det kan godtgjøres at det er forenlig med gjennomføring av den planlagte aktivitet og ikke er til hinder for oppfølging og kontroll.

83 Ifølge den administrative praksis det vises til i anmodningen, kan ytelser bare unntaksvis gis under opphold i utlandet. Videre bør ytelser vanligvis ikke utbetales for mer enn en begrenset periode, som vanligvis ikke kan overskride fire uker (tidsbegrensningsvilkåret), under forutsetning av at det kan godtgjøres at utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføringen av den planlagte aktivitet og ikke er til hinder for oppfølging og kontroll av NAV (aktivitets- og kontrollvilkåret). Som påpekt av den norske regjering, har Høyesterett forstått dette vilkår slik at det innebærer at medlemmet i trygdeordningen må ha fått godkjenning på forhånd for å kunne ha rett til å beholde ytelser under et opphold i utlandet (vilkåret om forhåndsgodkjenning).

84 I lys av det ovenstående vil EFTA-domstolen ta utgangspunkt i at et slikt oppholdskrav som hovedregel innebærer at medlemmet i trygdeordningen nektes ytelser dersom han ikke er fysisk til stede i Norge. Unntak kan gis ved forhåndsgodkjenning, og godkjenning vil bli avslått med mindre oppholdet i en annen EØS-stat er for en begrenset periode og det kan godtgjøres at oppholdet er forenlig med gjennomføringen av aktivitetsplanen for medlemmet i trygdeordningen og ikke er til hinder for kontroll og oppfølging fra NAVs side.

85 Det er tilstrekkelig å peke på at et vilkår som begrenser varigheten av utenlandsopphold slik som vilkåret i hovedsaken, i seg selv utgjør en restriksjon av friheten til å motta tjenester utenlands fordi det vil kunne gjøre det vanskeligere å yte tjenester mellom EØS-stater enn innenfor hjemstaten, og vil kunne føre til tap av ytelser eller begrense de steder vedkommende kan reise til.

86 Det er klart at en ordning med forhåndsgodkjenning utgjør en tilleggsbyrde for personer som velger å oppholde seg i en annen EØS-stat, sammenlignet med dem som oppholder seg i Norge. Det følger av etablert rettspraksis at ordninger med forhåndsgodkjenning utgjør en restriksjon på friheten til å yte tjenester (se sak E-8/17 *Kristoffersen*, Sml. 2018 s. 383, avsnitt 76 og rettspraksis som det vises til der). Det samme må derfor legges til grunn for friheten til å motta tjenester. Når det gjelder vilkåret om at utenlandsoppholdet må være forenlig med den planlagte aktivitet og kontrollmuligheten for norske

myndigheter, vil disse krav etter sin art innebære en streng begrensning av de omstendigheter der en slik godkjenning vil kunne gis.

87 I tillegg kan de restriktive virkninger av lovgivning slik som den hovedsaken gjelder, i strid med hva den norske regjering hevder, ikke anses som for usikre og indirekte til å utgjøre en restriksjon i strid med EØS-avtalen artikkel 36.

88 I motsetning til situasjonen som gjaldt i dommen i *Kommisjonen* mot *Spania*, C-211/08, EU:C:2010:340, som den norske regjering har vist til, avhenger friheten til å beholde den aktuelle ytelse ved sykdom ikke av en fremtidig og hypotetisk hendelse som oppstår for vedkommende medlem i trygdeordningen, men av en omstendighet knyttet direkte til utøvelsen av retten til fri bevegelighet som turist eller for andre formål.

89 Den norske regjering viste til *Kommisjonen* mot *Spania* og anførte at når det gjelder et medlem i trygdeordningen som reiser til en annen EØS-stat av grunner knyttet til turisme og ikke fordi helsetjenesten han er tilknyttet på noen måte er utilstrekkelig, gir reglene om fri bevegelighet for tjenester ingen garanti for at konsekvensene vil bli nøytrale. Imidlertid kan *Kommisjonen* mot *Spania* ikke overføres på en situasjon som i den foreliggende sak, da restriksjonen skriver seg fra regler i bare én EØS-stat og ikke skyldes forskjeller i trygdelovgivningen i EØS-statene i forbindelse med flytting fra en EØS-stat til en annen.

90 Det følger av ovenstående betraktninger at et tiltak slik som det hovedsaken gjelder, innebærer en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 36.

Rettferdiggjøring

91 Det minnes om at friheten til å yte tjenester bare kan begrenses av regler som er rettferdiggjort i tvingende allmenne hensyn, som er egnet til å sikre oppnåelsen av det legitime mål som skal ivaretas, og som er proporsjonalt dette mål tatt i betraktning (se blant annet sak E-19/15 *ESA* mot *Liechtenstein*, som omtalt over, avsnitt 86).

92 Følgelig må det først undersøkes om det foreligger legitime mål som kan rettferdiggjøre en restriksjon av friheten til å motta tjenester.

93 Dernest må det undersøkes om vilkårene for unntak fra kravet om opphold er egnet til å oppnå det legitime mål som søkes ivaretatt. Det er den EØS-stat som pålegger en restriksjon, som må godtgjøre at tiltaket den har truffet er egnet til å oppnå det anførte mål. Videre må tiltaket virkelig gjenspeile et hensyn om å oppnå dette mål på en konsistent og systematisk måte (se *Kristoffersen*, som omtalt over, avsnitt 118).

94 Endelig er det nødvendig å vurdere om vilkårene går lengre enn det som er nødvendig for å oppnå dette mål. Dette innebærer at det valgte tiltak ikke må kunne erstattes med et alternativt tiltak som vil være like nyttig, men som vil være mindre inngripende i de

grunnleggende friheter etter EØS-retten (se *Kristoffersen*, som omtalt over, avsnitt 121 og 122).

95 Det er etablert rettspraksis at kompetente myndigheter, når de vedtar et tiltak som fraviker et prinsipp som er nedfelt i EØS-retten, i hvert enkelt tilfelle må vise at tiltaket er egnet til å oppnå det mål som ble lagt til grunn, og ikke går lengre enn det som er nødvendig for å oppnå det. Det må også pekes på at grunner som en EØS-stat påberoper seg som rettferdiggjørelse, må ledsages av passende dokumentasjon eller en analyse av formålstjenligheten og proporsjonaliteten av tiltaket vedkommende stat har truffet, samt konkret dokumentasjon som underbygger dens argumenter (jf. dommen i *DW*, C-651/16, EU:C:2018:162, avsnitt 34).

Legitime mål

96 Når det gjelder hvilke grunner som kan rettferdiggjøre en restriksjon av ytelse av tjenester etter den lovgivning saken gjelder, anfører den norske regjering at det foreligger flere objektive grunner. Den nasjonale lovgivning er ment (i) å unngå risikoen for alvorlig undergraving av trygdeordningens økonomiske stabilitet, (ii) å unngå risikoen for misbruk av ytelser ved sykdom, (iii) å gjenspeile behovet for å kontrollere at kravene for å oppnå trygdeytelser er oppfylt, og (iv) å legge til rette for integrering av personer som står utenfor arbeidsmarkedet og for å fremme et høyt sysselsettingsnivå.

97 Som EFTA-domstolen har lagt til grunn, kan risikoen for alvorlig undergraving av trygdeordningens økonomiske stabilitet utgjøre et tvingende allment hensyn som kan rettferdiggjøre en restriksjon på den frie bevegelighet for tjenester i den utstrekning det kan få konsekvenser for det generelle nivået på vernet av folkehelsen (se *Rindal og Slinning*, som omtalt over, avsnitt 55). Det er også legitimt for de nasjonale lovgivere å legge til rette for kontroll av at kravene for å oppnå trygdeytelser er oppfylt. Når det gjelder målet om å søke og unngå risikoen for misbruk av ytelser ved sykdom, viser EFTA-domstolen til den kumulative subjektive og objektive test for å fastslå om man står overfor misbruk, og om at EØS-rettens virkeområde ikke kan utvides til å omfatte misbruk (se *Campbell*, som omtalt over, avsnittene 69 til 71).

98 Endelig anser EFTA-domstolen at oppmuntring til rekruttering i prinsippet utgjør et legitimt mål for EØS-statenes sosial- eller sysselsettingspolitikk.

Formålet med å oppmuntre til rekruttering

99 EFTA-domstolen peker på at oppmuntring til rekruttering utgjør et legitimt sosialpolitisk mål, og at EØS-statene ved valg av tiltak som er egnet til å oppnå målene for deres sosial- og sysselsettingspolitikk har en vid skjønnsmargin (jf. dommen i *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, avsnitt 26). Imidlertid har tiltaket som denne sak gjelder slike særtrekk at det medfører en hindring som klart ikke kan rettferdiggjøres i lys av disse formål.

100 Særlig kan den skjønnsmargin EØS-statene har på det sosialpolitiske område, ikke ha den virkning at den vanskeliggjør gjennomføringen av et av de grunnleggende prinsipper nedfelt i EØS-avtalen eller av en bestemmelse i EØS-retten (jf. dommene i *Caves Krier Frères*, C-379/11, EU:C:2012:798, avsnittene 52 og 53, og *ITC*, C-208/05, EU:C:2007:16, avsnitt 40 og rettspraksis som det vises til der).

101 Den norske regjering anfører at arbeidsavklaringspenger, i likhet med arbeidsløshetsytelser i snever forstand, står i en særstilling i trygdeordningene. Ytelser ved arbeidsløshet er ikke bare trygdeytelser, men også viktige arbeidsmarkeds- og sysselsettingspolitiske virkemidler hvis mål er å integrere personer som står utenfor arbeidsmarkedet og fremme et høyt sysselsettingsnivå.

102 Under høringen understreket Kommisjonen betydningen av skillet mellom ytelser ved sykdom og ytelser ved arbeidsløshet. Det er bare underordnede elementer ved en ytelse ved sykdom som kan gjelde arbeidsmarkedet, siden det primære formål er knyttet til det enkelte medlems helse. Imidlertid kan hensyn til arbeidsmarkedet ikke ha forrang fremfor klassifiseringen av arbeidsavklaringspenger som en ytelse ved sykdom, og kan ikke endre dens grunnleggende karakter i egenskap av dette. Kommisjonen fastholder dermed at hensyn utformet for å passe til særlige sysselsettingspolitiske formål, som å reintegrere personer i arbeidsmarkedet, ikke kan anvendes på ytelser ved sykdom.

103 EFTA-domstolen viser til at det er EØS-staten som må godtgjøre at tiltaket den har truffet, er egnet til å oppnå de oppgitte mål som skal ivaretas. Tiltaket må virkelig gjenspeile et hensyn om å oppnå dette mål på en konsistent og systematisk måte (se *Kristoffersen*, som omtalt over, avsnitt 118).

104 EFTA-domstolen viser til at rene generaliseringer om et gitt tiltaks mulighet for å oppmuntre til rekruttering, slik den norske regjering har anført, ikke er nok til å vise at målet med tiltaket er egnet til å rettferdiggjøre unntak fra en av de grunnleggende friheter i EØS-retten, og utgjør ikke bevis som gjør det mulig å fastslå med rimelighet at det valgte tiltak er egnet til å nå dette mål (jf. dommen i *Age Concern England*, C-388/07, EU:C:2009:128, avsnitt 51 og rettspraksis som det vises til der).

105 Spesielt er «ytelser ved sykdom» etter artikkel 4 nr. 1 bokstav a i forordning 1408/71 helserelaterte ytelser og kan ikke anses som hovedsakelig å være virkemidler for nasjonal sysselsettingspolitikk som er utformet for å forbedre mulighetene for å komme inn på arbeidsmarkedet. EFTA-domstolen viser til at begrepet «ytelser ved sykdom» må tolkes på en ensartet måte ved anvendelse av nevnte forordning, ikke ut fra hvilken type nasjonal lovgivning som inneholder bestemmelsene som gir disse ytelser (jf. dommen i *Stewart*, C-503/09, EU:C:2011:500, avsnitt 35).

106 Selv om en ytelse slik som den saken gjelder, gis til en person som det er vanskelig å reintegrere i arbeidslivet, og derfor til en viss grad påvirker sysselsettingspolitikken, er hovedformålet med å gi ytelser ved sykdom å forbedre helsetilstanden og livskvaliteten for

medlemmer i trygdeordningen. Hensyn som er utformet for å passe til de særlige sysselsettingspolitiske formål om å reintegrere personer på arbeidsmarkedet, kan følgelig ikke rettferdiggjøre den aktuelle restriksjon.

Tidsbegrensning

107 Ved sitt syvende spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om vilkåret som fastsetter at mottakeren av ytelsen kan oppholde seg utenlands bare i en begrenset periode som vanligvis ikke kan overskride fire uker per år, kan rettferdiggjøres ved behovet for å sikre at alle utenlandsopphold er forenlige med gjennomføringen av fastsatte aktivitetsplikter og ikke hindrer den kompetente institusjons oppfølging og kontroll.

108 Det er legitimt for en EØS-stat å kontrollere at kravene for å oppnå trygdeytelser er oppfylt. Når det gjelder et kriterium som bygger på en begrenset oppholdstid i utlandet på territoriet til en annen stat under omstendigheter slik som i hovedsaken, går et slikt vilkår imidlertid lengre enn det som er nødvendig for å nå målet som skal ivaretas.

109 Som også anført av ESA setter den nasjonale regel ingen sammenlignbar begrensning for et medlem i trygdeordningen som reiser bort fra og oppholder seg utenfor sin hjemkommune eller sitt bosted som turist eller for andre formål i Norge. Den generelle ordning for overvåking av etterlevelsen av regelverket etter folketrygdloven § 11-7 er at medlemmet i trygdeordningen melder seg for NAV hver fjortende dag. Slike meldinger er ment å gi NAV relevant informasjon om et medlems rett til ytelsen. Dette gjelder uten hensyn til omstendighetene rundt reiser i Norge. Det har ikke blitt godtgjort at tidsbegrensningsvilkåret gjenspeiler de legitime formål på en konsistent og systematisk måte når det for reiser i Norge er tilstrekkelig å melde seg for NAV annenhver uke for å overholde regelverket og for tilsynsformål. Det fremgår ikke at et meldesystem ville hindret NAV fra å kunne bekrefte at en mottaker fortsatt oppfyller vilkårene for ytelsen.

110 Det har ikke blitt tilstrekkelig godtgjort hvorfor et generelt kontrollsystem vil være utilfredsstillende med hensyn til medlemmer i trygdeordningen som har kortvarige opphold i en annen EØS-stat sammenlignet med medlemmer som er fysisk til stede i Norge, men som reiser bort fra sitt bosted eller sin hjemkommune, for eksempel for fritidsformål eller andre formål. Følgelig kan det ikke fastholdes at den kompetente myndighet kan ha spesielle vanskeligheter med å kontrollere at regelverket for å ha rett til ytelsene overholdes når det gjelder kortvarige opphold i en annen EØS-stat.

111 Videre er Norge etter artikkel 19 i forordning 1408/71 ansvarlig for å betale ytelser ved sykdom til medlemmer i trygdeordningen som er bosatt i en annen EØS-stat. EFTA-domstolen viser også til at ved reise tilbake til bostedslandet eller ved endring av bosted til en annen EØS-stat, kan den kompetente institusjon etter artikkel 22 nr. 2 i den forordning bare nekte tillatelse etter artikkel 22 nr. 1 bokstav b dersom det «blir fastslått at reisen kan forverre vedkommendes helsetilstand eller forringe den medisinske behandling». EFTA-domstolen peker på at et tidsbegrensningsvilkår ikke kan anses som

nødvendig for å kunne tilse at regelverket for å ha rett til ytelser overholdes når det gjelder medlemmer i trygdeordningen som har kortvarige opphold i andre EØS-stater, når dette ikke gjelder for medlemmer som returnerer til eller er bosatt i andre EØS-stater.

112 Ettersom personer som mottar ytelser følger individuelle aktivitetsplaner, kan deres behov for oppfølging og kontroll variere betydelig. Siden en begrensning på fire uker per år utenfor Norge ikke tar tilstrekkelig hensyn til personers individuelle behov etter deres aktivitetsplaner, går dette vilkår lengre enn det som er nødvendig.

113 Følgelig går nasjonal lovgivning slik som den hovedsaken gjelder, som gjør friheten til å beholde retten til ytelse ved sykdom etter artikkel 4 nr. 1 i bokstav a i forordning 1408/71 betinget av en begrensning på det tidsrom som tilbringes utenlands, som normalt årlig ikke kan overskride fire uker per år, lengre enn det som er nødvendig for å nå det mål som skal ivaretas, og utgjør en restriksjon på den frie bevegelighet for tjenester som er sikret i EØS-avtalen artikkel 36 som ikke kan rettferdiggjøres.

Vilkårene om aktivitet og kontroll, og forhåndsgodkjenning

114 Ved sitt åttende spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om vilkårene om at opphold i utlandet skal være forenlige med gjennomføringen av fastsatte aktivitetsplikter og ikke hindre den kompetente institusjons oppfølging og kontroll, og at vedkommende må få slike opphold godkjent på forhånd, kan være rettferdiggjort ut fra de samme hensyn, nemlig å bevare den nasjonale trygdeordnings økonomiske stabilitet og kontrollere at kravene for å oppnå trygdeytelser er oppfylt.

115 EFTA-domstolen minner om at behovet for å påse at kravene for å oppnå trygdeytelser overholdes, er et legitimt formål.

116 Når det gjelder kravet om forhåndsgodkjenning, har den norske regjering opplyst at NAV tar aktivitetsplanen som utgangspunkt for kontroll og oppfølging. Manglende planlagt aktivitet i den relevante periode vil dermed tale for at godkjenning gis. Det er videre forklart at manglende planlagt aktivitet ikke gir svar på spørsmålet om NAV har relevante aktiviteter å tilby i perioden. NAV kan også være i en posisjon til å tilby ikke-planlagte aktiviteter som sommerjobber, praksisplasser eller andre former for oppfølging i den aktuelle periode. NAV må derfor også vurdere behovet for og tilgjengeligheten av slike tiltak før det vurderes om utenlandsoppholdet er forenlig med aktivitets- og oppfølgingskravene i folketrygdloven §§ 11-8 og 11-11. NAV vil også være i en posisjon til på forhånd å vurdere om oppholdet kan være skadelig for helsen. Hvis dette var tilfelle, kunne dét ha vært en grunn til å nekte tillatelse.

117 I likhet med tidsbegrensningsvilkåret gjelder vilkåret om forhåndsgodkjenning ikke for reiser i Norge. For reiser i Norge anses kravet om melding hver fjortende dag som tilstrekkelig. Det synes ikke å finne sted noen lignende vurdering av ikke-planlagte aktiviteter eller tilbud om andre relevante aktiviteter. Reiser i Norge behandles dermed

gunstigere enn reiser til andre EØS-stater uten en tilstrekkelig rettferdiggjøring. Tiltakene er derfor ikke egnet til å nå de mål som skal ivaretas på konsekvent måte.

118 Når det gjelder proporsjonalitetsprinsippet er det nødvendig at ethvert vilkår, slik som en ordning med forhåndsgodkjenning, kan rettferdiggjøres i de legitime hensyn nevnt over, at det ikke går lengre enn det som objektivt sett er nødvendig for det mål som skal ivaretas, og at samme resultat ikke kan nås med regler som er mindre inngripende (jf. dommene i *Elchinov*, som omtalt over, avsnitt 44; *Smits og Peerbooms*, C-157/99, EU:C:2001:404, avsnitt 82; og *Müller-Fauré og van Riet*, C-385/99, EU:C:2003:270, avsnitt 83).

119 Det har ikke blitt godtgjort hvorfor mindre inngripende tiltak, slik som en ordning med forhåndsmelding, ikke ville være tilstrekkelig, samtidig som restriksjonen på den frie bevegelighet for tjenester ble redusert til et minimum. I alle tilfelle må de grunner en EØS-stat påberoper seg for rettferdiggjøring være ledsaget av passende dokumentasjon eller en analyse av formålstjenligheten og proporsjonaliteten av tiltaket vedkommende stat har truffet, samt konkret dokumentasjon som underbygger dens argumenter. En slik objektiv, detaljert analyse, som om nødvendig er underbygget med tall, må være egnet til å godtgjøre, med solid og konsistent data, at det foreligger reell risiko for at de mål som skal i ivaretas ikke oppnås. (jf. dommen i *DW*, som omtalt over, avsnitt 34).

120 Følgelig må en slik ordning med forhåndsgodkjenning anses som uforholdsmessig.

121 Gitt denne konklusjon er det strengt tatt ikke nødvendig å undersøke vilkårene knyttet til den, nemlig at utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføringen av fastsatte aktiviteter og oppfølging. I lys av samarbeidet med den anmodende domstol og for å gi et så komplett svar som mulig, vil EFTA-domstolen likevel ta en kort gjennomgang av disse vilkår.

122 Den norske regjering anfører at aktivitets- og kontrollvilkårene, som overvåkes via en ordning med forhåndsgodkjenning, er innført blant annet for å bevare den nasjonale trygdeordnings økonomiske stabilitet. I denne sammenheng viser EFTA-domstolen til at når det gjelder de aktuelle tiltaks egnethet og nødvendighet for å oppnå dette mål, har den lagt til grunn at en ordning med forhåndsgodkjenning for refusjon av kostnader ved sykehusbehandling i utlandet er en nødvendig og rimelig måte å oppnå det målet om ikke å undergrave trygdeordningens økonomiske stabilitet (se *Rindal og Slinning*, som omtalt over, avsnitt 60; jf. også dommene i *Smits og Peerbooms*, som omtalt over, avsnitt 80, og *Müller-Fauré og van Riet*, som omtalt over, avsnitt 81).

123 I disse saker som det er vist til over, var spørsmålet imidlertid om trygdeordningen skulle ha plikt til å betale for behandling av enkeltpersoner igangsatt i utlandet, i noen tilfelle også behandling som ikke var tilgjengelige i hjemstaten. Under slike omstendigheter vil ubegrenset adgang til potensielt kostbar behandling i utlandet utgjøre en klar systemrisiko for trygdeordningen (se *Rindal og Slinning*, som omtalt over, avsnitt 61). I hovedsaken er det imidlertid ikke spørsmål om noen betaling for behandling igangsatt i en annen EØS-stat.

124 I det muntlige innlegg pekte den norske regjering på at aktivitets- og kontrollvilkårene, så vel som behovet for forhåndsgodkjenning for å sikre overholdelse av disse, delvis er innrettet for å sikre at personer som mottar ytelsen, ikke blir syke når de er i utlandet, slik at staten må betale for medisinsk behandling, og derved legger en byrde på trygdeordningen.

125 Det må nevnes at grunnene som en EØS-stat kan påberope seg som rettferdiggjøring, må være ledsaget av en analyse av formålstjenligheten og forholdsmessigheten av det vedtatte tiltak samt konkret dokumentasjon som underbygger dens argumenter (se sak E-2/12 *HOB-vín ehf.*, Sml. 2012 s. 1040, avsnitt 82). I den foreliggende sak må det legges til grunn at den norske regjering ikke har fremlagt noen argumenter som er egnet til å underbygge påstanden om at dersom medlemmer i trygdeordningen fritt kunne reise til en annen EØS-stat uten forhåndsgodkjenning, under omstendigheter slik som i hovedsaken, ville trygdeordningens økonomiske stabilitet kunne bli alvorlig undergravet.

126 Selv om en EØS-stat bærer risikoen for å dekke slike kostnader for berettigede medlemmer i trygdeordningen når de reiser til andre EØS-stater, vil et aktivitets- og kontrollkrav i tillegg til en forhåndsgodkjenning ikke kunne avhjelpe denne risiko på noen konsistent og systematisk måte. Å reise til en annen EØS-stat utgjør ingen spesiell økt risiko for å bli syk sammenlignet med å reise i Norge.

127 En tillatelse er derfor verken egnet eller nødvendig for å motvirke, på en konsistent og systematisk måte, risikoen for at medlemmer i trygdeordningen skal bli syke når de reiser til en annen EØS-stat, når det for reiser i Norge er tilstrekkelig å melde fra til NAV annenhver uke.

128 På grunnlag av det ovenstående kan aktivitets- og kontrollvilkårene, så vel som behovet for forhåndsgodkjenning for å sikre overholdelse av disse, slik som hovedsaken gjelder, ikke rettferdiggjøres, og de er følgelig uforenlige med EØS-avtalen artikkel 36.

129 Følgelig må svaret på det femte, sjette, syvende og åttende spørsmål bli at EØS-avtalen artikkel 36 må tolkes slik at den utelukker nasjonale regler slik som i hovedsaken.

Spørsmål 9 til 11

130 I lys av svaret på det femte, sjette, syvende og åttende spørsmål er det ikke nødvendig å besvare det niende og tiende spørsmål. Det er heller ikke nødvendig å besvare det ellevte spørsmål, da dette spørsmål er betinget av et negativt svar på det femte spørsmål.

Spørsmål 13

131 Ved sitt trettende spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om begrepet «oppholder seg» i artikkel 21 nr. 1 i forordning 883/2004 skal tolkes slik at det omfatter

ethvert kortvarig opphold i annen EØS-stat som ikke utgjør bosted, inklusive opphold slik som i den foreliggende sak.

132 Artikkel 21 nr. 1 i forordning 883/2004 kommer til anvendelse på et medlem i trygdeordningen og medlemmer av hans familie som bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat enn den kompetente EØS-stat. Uttrykket «bosted» er definert i artikkel 1 bokstav j som «stedet der en person til vanlig er bosatt». Motsetningsvis er «opphold» i artikkel 1 bokstav k definert som «midlertidig bosted».

133 Sammenstillingen av uttrykkene «bor» og «oppholder seg» i ordlyden i artikkel 21 nr. 1 i forordning 883/2004, i tillegg til den motstående definisjon av «opphold» i artikkel 1 bokstav k, som definerer «opphold» som «midlertidig bosted», gjør det klart at uttrykket «oppholder seg» i artikkel 21 nr. 1 må tolkes slik at det omfatter et kortvarig opphold i en annen EØS-stat som ikke utgjør bosted etter artikkel 1 bokstav j. Uttrykkene «bor» og «oppholder seg» i artikkel 21 nr. 1 er ment å omfatte alle former for å oppholde seg eller å bo i en annen EØS-stat. Et «opphold» omfatter både et kortvarig opphold og besøk av lengre varighet (jf. dommen i *I*, C-255/13, EU:C:2014:1291, avsnitt 50). Denne forståelse bekreftes blant annet av en sammenligning av de ulike språkversjoner, herunder den danske, franske, tyske og svenske tekst. Følgelig må uttrykket «oppholder seg» i artikkel 21 nr. 1 forstås slik at det omfatter kortvarige opphold slik som i hovedsaken.

134 I lys av det ovenstående må svaret på det trettende spørsmål bli at uttrykket «oppholder seg» i artikkel 21 nr. 1 i forordning 883/2004 må forstås slik at det også omfatter kortvarige opphold i en annen EØS-stat som ikke utgjør «bosted» etter artikkel 1 bokstav j i samme forordning, slik som i hovedsaken.

Spørsmål 14

135 Ved sitt fjortende spørsmål spør den anmodende domstol om artikkel 21 i forordning 883/2004 skal tolkes slik at den bare omfatter situasjoner der den medisinske diagnose blir stilt under et opphold i en annen EØS-stat enn den kompetente stat, eller også situasjoner der, slik som i hovedsaken, diagnosen er anerkjent av den kompetente institusjon før utreise.

136 Etter ordlyden i artikkel 21 er det ikke grunnlag for å begrense anvendelsen av denne bestemmelse til situasjoner der en medisinsk diagnose stilles under et opphold i en annen EØS-stat enn den kompetente EØS-stat. Det er ellers ingenting som tilsier at bestemmelsen ikke skal tolkes i samsvar med dens klare ordlyd.

137 Følgelig blir svaret på det fjortende spørsmål at artikkel 21 i forordning 883/2004 må tolkes slik at den omfatter tilfelle der en medisinsk diagnose blir stilt under et opphold i en annen EØS-stat enn den kompetente EØS-stat, slik som situasjoner i hovedsaken der diagnosen er anerkjent av den kompetente institusjon før utreise.

Spørsmål 15

138 Ved sitt femtende spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om artikkel 21 i forordning 883/2004, særlig ordlyden «i samsvar med lovgivningen den anvender», skal tolkes slik at den betyr at den kompetente EØS-stat kan opprettholde vilkår om at: (i) ytelsen kan kun gis i inntil fire uker per år utenfor Norge; (ii) utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføringen av aktivitetspliktene og ikke hindrer den kompetente institusjons oppfølging og kontroll; og (iii) vedkommende må få tillatelse og overholde meldeplikten ved bruk av meldekort.

139 EFTA-domstolen viser til at artikkel 7 i forordning 883/2004 fastsetter at med mindre det er fastsatt noe annet i forordningen, skal kontantytelser som utbetales etter en eller flere EØS-staters lovgivning eller etter forordningen, ikke reduseres, endres, midlertidig stanses, bortfalle eller beslaglegges som følge av at mottakeren eller medlemmer av hans/hennes familie er bosatt i en annen EØS-stat enn den EØS-stat der institusjonen som har ansvar for å gi ytelsene ligger. Et vilkår om opphold kan i praksis tilsvare et vilkår om vanlig bosted, særlig dersom vilkåret forutsetter lange perioder med opphold i den berørte EØS-stat og/eller vilkåret må være oppfylt så lenge den aktuelle ytelse utbetales. I slike tilfelle kan et krav om opphold tilsvare og utgjøre et bostedskrav etter artikkel 7 i forordning 883/2004 (jf. dommen i *Stewart*, som omtalt over, avsnitt 73). EFTA-domstolen peker på at under omstendigheter slik som i hovedsaken, er et krav om opphold som utelukker rett til ytelser ved sykdom under kortvarige opphold i utlandet, faktisk betydelig mer inngripende enn et bostedskrav (se *Stig Arne Jonsson*, som omtalt over, avsnitt 69 til 74). Artikkel 7 fastsetter at EØS-statene ikke kan gjøre ytelsene betinget av bosted. Det følger av dette at en EØS-stat heller ikke kan gjøre slike ytelser betinget av kontinuerlig fysisk opphold.

140 Artikkel 21 nr. 1 i forordning 883/2004 fastsetter videre at et medlem i trygdeordningen og medlemmer av hans familie som bor eller oppholder seg i en annen EØS-stat enn den kompetente EØS-stat, skal ha rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon i samsvar med bestemmelsene i lovgivningen den anvender. Artikkel 21 nr. 1 setter ingen vilkår for denne rett.

141 I denne sammenheng minnes det om at rettsakter på trygdeområdet som er innlemmet i vedlegg VI til EØS-avtalen, ikke er ment å fastsette kriteriene for å oppnå rett til ytelser. Den enkelte EØS-stat beholder myndighet til å fastsette i sin nasjonale lovgivning vilkårene for å innvilge ytelser i en trygdeordning, riktignok i samsvar med EØS-retten (se sak E-2/18 *Concordia*, som omtalt over, avsnitt 43, og jf. dommen i *van Delft m.fl.*, C-345/09, EU:C:2010:610, avsnitt 99).

142 Når det gjelder artikkel 21 nr. 1 i forordning 883/2004, må ordlyden «i samsvar med lovgivningen den anvender» ta i betraktning den bredere kontekst ved EØS-avtalen artikkel 29, som koordinerer snarere enn harmoniserer nasjonal lovgivning på dette

område. Bestemmelsen overlater det dermed til den enkelte EØS-stat å fastsette kriteriene for rett til kontantytelser i samsvar med sin nasjonale lovgivning.

143 Artikkel 21 i forordning 883/2004 gir imidlertid ikke hjemmel til å gjøre unntak fra retten til fortsatt å motta trygdeytelser når medlemmet drar til en annen EØS-stat, slik uttrykt i den bestemmelse. Forutsatt at kriteriene for rett til ytelser i nasjonal lovgivning er oppfylt, kan artikkel 21 nr. 1, inklusive «i samsvar med lovgivningen den anvender», ikke tolkes slik at en EØS-stat kan pålegge noen ytterligere vilkår, som å kreve at et medlem i trygdeordningen fysisk oppholder seg på dens territorium. En tolkning som åpner for at retten til ytelser etter artikkel 21 nr. 1 i forordning 883/2004 kan omgås av et krav om fysisk opphold på en EØS-stats territorium, vil gjøre nevnte bestemmelse formålsløs (jf. dommen i *Tolley*, som omtalt over, avsnitt 88).

144 Det følger av dette at artikkel 21 nr. 1 i forordning 883/2004 er til hinder for at en kompetent EØS-stat kan gjøre retten til fortsatt å motta en kontantytelse slik som i hovedsaken, betinget av et vilkår om fysisk opphold på sitt territorium (jf. dommen i *Tolley*, som omtalt over, avsnitt 89).

145 Det første vilkår som nevnes i det femtende spørsmål, setter en grense på fire uker for retten til fortsatt å motta kontantytelser under opphold i en annen EØS-stat etter artikkel 21 nr. 1 i forordning 883/2004. Dette innebærer et krav om at et medlem i trygdeordningen er fysisk til stede i Norge i minst elleve måneder per år, idet ethvert tillatt fravær klassifiseres som et unntak fra det generelle krav om at medlemmet i trygdeordningen forblir i Norge.

146 Det andre og tredje vilkår forutsetter at medlemmet i trygdeordningen oppholder seg i Norge med mindre det kan godtgjøres at utenlandsoppholdet er forenlig med den planlagte aktivitet og ikke er til hinder for oppfølging og kontroll av NAV i form av et meldeskjema. Disse vilkår gjør retten til å beholde kontantytelser etter artikkel 21 nr. 1 i forordning 883/2004 betinget av en ordning med forhåndsgodkjenning. Disse vilkår utgjør i realiteten et krav om å være fysisk til stede i Norge som den kompetente institusjon kan gi unntak fra etter søknad fra medlemmet i trygdeordningen.

147 Artikkel 21 nr. 1 i forordning 883/2004 må tolkes slik at den utelukker et krav om forhåndsgodkjenning som beskrevet i det tredje vilkår. Enhver annen tolkning ville sett bort fra den ubetingede rett som ligger i artikkel 21 nr. 1, og det faktum at bestemmelsens ordlyd uttrykkelig avviker fra ordlyden i den tidligere forordning, artikkel 22 nr. 1 i forordning 1408/71, som fastsatte at EØS-statene hadde adgang til å gjøre retten til fortsatt å motta ytelser ved flytting betinget av godkjenning fra den kompetente institusjon.

148 Det følger av det ovenstående at artikkel 21 nr. 1 i forordning 883/2004 utelukker at en EØS-stat i situasjoner som omfattes av denne bestemmelse, kan gjøre retten til fortsatt å motta en kontantytelse betinget av vilkår, for eksempel et vilkår om fysisk opphold på dens territorium, eller gjøre retten betinget av forhåndsgodkjenning. Derfor utelukker artikkel 21 nr. 1 vilkår slik som den anmodende domstol har nevnt i det femtende spørsmål. Denne

konklusjon innebærer at det ikke er nødvendig å foreta en ytterligere vurdering av slike vilkår etter andre bestemmelser i EØS-retten.

149 I lys av det ovenstående må svaret på det femtende spørsmål bli at artikkel 21 nr. 1 i forordning 883/2004 må tolkes slik at bestemmelsen utelukker vilkår som (i) at ytelsen kan kun gis i inntil fire uker per år utenfor Norge; (ii) at det må godtgjøres at utenlandsoppholdet er forenlig med gjennomføringen av aktivitetspliktene og ikke hindrer den kompetente institusjons oppfølging og kontroll; og (iii) at vedkommende må få tillatelse og overholde meldeplikten ved bruk av meldekort. Følgelig er det ikke nødvendig å foreta en ytterligere vurdering av disse vilkår etter andre bestemmelser i EØS-retten.

Spørsmål 16

150 Under henvisning til svaret gitt på det femtende spørsmål samt det femte, sjette, syvende og åttende spørsmål, er det ikke nødvendig å besvare det sekstende spørsmål.

IV Saksomkostninger

151 Omkostninger som er påløpt for den norske regjering, ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Ettersom foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for den nasjonale domstol, ligger det til denne domstol å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålene forelagt den av Norges Høyesterett, følgende rådgivende uttalelse:

1. **Svaret på det første og det tolvte spørsmål er at en ytelse som de arbeidsavklaringspenger hovedsaken gjelder, utgjør en ytelse ved sykdom etter artikkel 4 nr. 1 bokstav a i forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet og artikkel 3 nr. 1 bokstav a i forordning (EF) nr. 883/2004 om koordinering av trygdeordninger.**

2. **Svaret på det andre, tredje og fjerde spørsmål må bli at en situasjon slik som den hovedsaken gjelder, ikke faller inn under virkeområdet for artiklene 19 eller 22 i forordning (EØF) nr. 1408/71. Imidlertid medfører ikke denne konklusjon at nasjonale regler slik som i hovedsaken, unntas fra virkeområdet for bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel eller en annen rettsakt som er innlemmet i EØS-avtalen.**

3. **Svaret på det femte, sjette, syvende og åttende spørsmål må bli at EØS-avtalen artikkel 36 må tolkes slik at bestemmelsen utelukker lovgivning i en EØS-stat, slik som i hovedsaken, som gjør retten for medlemmer i trygdeordningen til å beholde kontantytelser ved sykdom etter artikkel 4 nr. 1 bokstav a i forordning (EØF) nr. 1408/71 i tilfelle av et opphold i en annen EØS-stat betinget av**

   - et krav om at mottakeren av ytelser ved sykdom bare kan oppholde seg utenlands i en begrenset periode, som vanligvis ikke kan overskride fire uker per år, og

   - en ordning med forhåndsgodkjenning, som fastsetter at godkjenning skal nektes med mindre det kan godtgjøres at oppholdet i en annen EØS-stat er forenlig med gjennomføringen av fastsatte aktivitetsplikter og ikke hindrer den kompetente institusjons oppfølging og kontroll.

4. **I lys av svaret på det femte, sjette, syvende og åttende spørsmål er det ikke nødvendig å besvare det niende, tiende og ellevte spørsmål.**

5. **Svaret på det trettende spørsmål må bli at uttrykket «oppholder seg» i artikkel 21 nr. 1 i forordning (EF) nr. 883/2004 må tolkes slik at det også omfatter kortvarige opphold i en annen EØS-stat som ikke utgjør «bosted» etter artikkel 1 bokstav j i samme forordning, slik som i hovedsaken.**

6. **Svaret på det fjortende spørsmål må bli at artikkel 21 i forordning (EF) nr. 883/2004 må tolkes slik at den omfatter situasjoner der en medisinsk diagnose blir stilt under et opphold i en annen EØS-stat enn den kompetente EØS-stat, så vel som situasjoner der, slik som i hovedsaken, diagnosen er anerkjent av den kompetente institusjon før utreise.**

7. **Svaret på det femtende spørsmål må bli at artikkel 21 nr. 1 i forordning (EF) nr. 883/2004 må tolkes slik at den utelukker vilkår om**

   (i) at ytelsen kun kan gis i inntil fire uker per år utenfor Norge;

   (ii) at det må godtgjøres at utenlandsoppholdet er forenlig med aktivitetspliktene og ikke hindrer den kompetente institusjons oppfølging og kontroll; og (

   (iii) at vedkommende må få tillatelse og overholde meldeplikten ved bruk av meldekort.

   Følgelig er det ikke nødvendig å foreta en ytterligere vurdering av slike vilkår opp mot andre bestemmelser i EØS-retten.

8. **Under henvisning til svaret gitt på det femtende spørsmål samt det femte, sjette, syvende og åttende spørsmål, er det ikke nødvendig å besvare det sekstende spørsmål.**

Páll Hreinsson Per Christiansen Bernd Hammermann

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 5. mai 2021.

Ólafur Jóhannes Einarsson
Justissekretær

Páll Hreinsson
President