

## Høyesteretts dom i dagpengesaken – en vurdering av Høyesteretts begrunnelse for å ikke fravike EFTA-domstolens tolkning av trygdeforordningen<sup>1</sup>

### Sammendrag

Mange har ventet i stor spenning på Høyesteretts avklaring av forholdet mellom vilkåret om opphold for rett til dagpenger etter folketrygdloven og EØS-avtalen. I HR-2023-301-A konkluderer Høyesterett med at oppholdskravet er forenlig med EØS-avtalen. Høyesterett legger til grunn EFTA-domstolens tolkning av trygdeforordningen i de rådgivende uttalelsene i sakene E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* og E-15/20 *Straffesak mot P*. Artikkelen undersøker hvordan Høyesterett vurderer om det foreligger «gode og tungtveiende grunner» for å fravike EFTA-domstolens tolkning. Den konkluderer med at Høyesterett i liten grad imøtegår innvendingene som har kommet mot EFTA-domstolens tolkning. Domstolen burde ha foretatt en mer inngående vurdering av om EFTA-domstolens tolkning kan forenes med det øvrige rettskildematerialet.

### 1. Innledning

Den 16. februar 2023 avsa Høyesterett dom i HR-2023-301-A *Dagpenger*. Etter NAV-saken, hvor Høyesterett og EFTA-domstolen konkluderte med at folketrygdlovens krav om å oppholde seg i Norge for rett til arbeidsavklaringspenger var i strid med forordning 883/2004 (trygdeforordningen) og EØS-avtalens hoveddel,<sup>2</sup> ble det reist spørsmål om også kravet til opphold for rett til dagpenger var i strid med EØS-avtalen. Stod vi overfor enda en «NAV-skandale»? Høyesteretts svar er et klart nei. Høyesterett la til grunn at oppholdskravet i folketrygdloven § 4-2 er uttrykkelig tillatt av trygdeforordningen, som i utgangspunktet gir uttømmende regler for opphold i andre EØS-land for personer som mottar arbeidsløshetsytelser.<sup>3</sup> De generelle reglene om fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel kommer ikke til anvendelse på vilkår om opphold for rett til arbeidsløshetsytelser.

Dagpengesaken gjaldt en norsk statsborger (A) som mottok dagpenger, som er folketrygdens arbeidsløshetsytelse, altså penger til å dekke tapte arbeidsinntekter for personer som er helt eller delvis uten jobb. Det var ubestridt at han i perioder hadde oppholdt seg i Sverige mens han mottok ytelsen. I disse periodene oppfylte han ikke vilkåret om opphold i Norge. A unnlot å informere NAV om utenlandsoppholdene. Da NAV ble kjent med oppholdene, ble de utbetalte dagpengene krevd tilbakebetalt. A ble etter hvert tiltalt og domfelt for trygdebedrageri, både i tingretten og lagmannsretten.<sup>4</sup> A anket til Høyesterett, som slapp inn spørsmålet om forholdet mellom oppholdskravet og EØS-avtalen, samt et spørsmål om bevisavskjæring. Høyesterett kom enstemmig

---

<sup>1</sup> Dette er en foreløpig versjon – teksten må sjekkes mot trykt versjon i Jussens Venner

<sup>2</sup> Spørsmålet i NAV-saken var om folketrygdloven § 11-3, som i utgangspunktet krevde at stønadsmottakeren oppholdt seg i Norge for å ha rett til arbeidsavklaringspenger, var forenlig med EØS-avtalen. EFTA-domstolen i E-08/20 *Straffesak mot N* og senere Høyesterett i HR-2021-1453-S *NAV* kom til at oppholdskravet var i strid med EØS-retten. I sin vurdering skiller domstolene mellom tiden før og etter at trygdeforordningen trådte i kraft, 1. juni 2012. Før forordningen trådte i kraft ble oppholdskravet vurdert etter EØS-avtalens hoveddel og reglene fri bevegelighet for tjenestemottakere i artikkel 36. Oppholdskravet ble vurdert å være en restriksjon som ikke var rettfærdiggjort og måtte derfor settes til side. I perioden etter trygdeforordningen trådte i kraft ble oppholdskravet i folketrygdloven vurdert som uforenlig med trygdeforordningen artikkel 21 nr. 1.

<sup>3</sup> Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).

<sup>4</sup> A ble tiltalt og domfelt for overtredelse av straffeloven 1902 § 271, jf. § 270 første ledd nr. 2, om såkalt grovt «databedrageri». Grunnlaget for tiltalen var at A i perioden 4. juni 2012 til 11. mars 2014 hadde innlevert meldekort til NAV uten å opplyse om at han i flere perioder hadde oppholdt seg i utlandet, se HR-2023-301-A *Dagpenger* avsnitt 4–6.

til at oppholdskravet var lovlig og at det ikke hadde skjedd en saksbehandlingsfeil. Dommer Falch avga en særmerknad. Lagmannsrettens domfellelse ble stående.

Høyesterett tok utgangspunkt i to rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen, som ble avgitt i juni 2021 i forbindelse med to andre saker. I uttalelsene kom EFTA-domstolen til at vilkår om opphold for rett til arbeidsløshetsytelser er forenelig med EØS-retten.<sup>5</sup> Spørsmålet for Høyesterett var om EFTA-domstolens tolkning skulle legges til grunn. Utgangspunktene for denne vurderingen er klare. EFTA-domstolens rådgivende uttalelser er ikke rettslig bindende,<sup>6</sup> og norske domstoler må selv ta stilling til hvordan EØS-retten skal forstås og anvendes.<sup>7</sup> Høyesterett har tidligere lagt til grunn at nasjonale domstoler må legge «stor vekt» på EFTA-domstolens tolkning, og at domstolens tolkning ikke kan fravikes uten at det foreligger «gode og tungtveiende grunner for det».<sup>8</sup> Samme terskel ble lagt til grunn i denne saken.<sup>9</sup>

I denne artikkelen vil vi se nærmere på Høyesteretts begrunnelse for at det ikke forelå «gode og tungtveiende» grunner for å fravike EFTA-domstolens uttalelser. Kravet om «gode og tungtveiende grunner» er relativt strengt, men samtidig såpass vagt at det gir domstolene muligheter til å tilpasse prøvingen til sakens omstendigheter. Det gjelder både selve terskelen, altså hvor mye som skal til for å fravike EFTA-domstolens tolkning, og hvor intens prøvingen skal være, med andre ord hvor dypt inn i de materielle spørsmålene domstolene går. I artikkelen vil vi vurdere om Høyesterett foretok en mer eller mindre inngående prøving i dagpengesaken. Spørsmålet er særlig interessant fordi EFTA-domstolen kom til at vilkåret om opphold var forenlig med EØS-avtalen. Å fravike EFTA-domstolens uttalelser ville ikke medføre en risiko for traktatbrudd, noe vi antar *kan* påvirke prøvingsintensiteten.

I motsetning til de øvrige dommerne, tok ikke dommer Falch stilling til om tjenestefriheten i EØS-avtalen artikkel 36 kommer til anvendelse på oppholds krav for arbeidsløshetsytelser. Han mente at det ikke var nødvendig, fordi oppholds kravet i folketrygdloven uansett er rettfærdiggjort og forenlig med EØS-avtalen.<sup>10</sup> Etter vårt syn kan dette problematiseres, særlig når det gjelder de helt korte

---

<sup>5</sup> E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsetaten* og E-15/20 *Straffesak mot P*. EFTA-domstolens uttalelser ble kritisert av professorene Andenæs og Bekkedal, se Bekkedal og Andenæs, «Er mottakere av dagpenger beskyttet av EØS-avtalens grunnleggende rett til fri bevegelighet», *Lov og Rett*, 10/2022 s. 145–169 (<https://doi.org/10.18261/lor.61.3.3>), og Mads Andenæs, «Op-Ed: Two Opinions on free movement and unemployment benefits in the EFTA-Court: A Bit of a Dog's Breakfast by Mads Andenæs», *EU Law Live*, 9. Juli 2021, <https://eulawlive.com/op-ed-two-opinions-on-free-movement-and-unemployment-benefits-in-the-efta-court-a-bit-of-a-dogs-breakfast-by-mads-andenaes/#>. Uttalelsene er også omtalt i Christian Franklin, «Free movement Rights in Norway», i Katarina Hylten-Cavallius og Jaan Paju (red.), *Free Movement of Persons in the Nordic States*, Hart Publishing 2023 s. 175–198, på s. 189; og Ciaran Burke og Olafur Isberg Hannesson, «Free movement Rights in Iceland», i Katarina Hylten-Cavallius og Jaan Paju (red.), *Free movement of Persons in the Nordic States*, Hart Publishing 2023 s. 199–223, på s. 222.

<sup>6</sup> ODA artikkel 34.

<sup>7</sup> HR-2016-2554-P *Holship* avsn. 76.

<sup>8</sup> HR-2016-255-P *Holship* avsn. 77, HR-2021-1435-A avsn. 42, HR-2022-728-A avsn. 46–47 og HR-2021-1453-S *NAV* avsn. 65.

<sup>9</sup> HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 75. Det kan reises spørsmål om terskelen burde ha vært lavere i denne saken, blant annet fordi en tilsidesettelse av oppholds kravet kun ville innebære at staten utbetaler dagpenger i et tilfelle EØS-avtalen ikke krever det. Spørsmålet ble verken reist av forsvarer eller aktor.

<sup>10</sup> HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 133. Dommer Falch begrunnet dette med at oppholds kravet er egnet og nødvendig for å sikre legitime formål med ytelsen, nemlig en raskest mulig retur til arbeidslivet, samt kontrollbehov. Utover noen kortfattede bemerkninger i avsn. 145, redegjorde han ikke for hvordan han vurderte forholdsmessigheten av oppholds kravet. Også Ólafur J. Einarsson og professor Christian Franklin mener at oppholds kravet er forenlig med EØS-avtalen, se Ólafur Jóhannes Einarsson, «The Advisory Opinion Procedure and the Relationship between the EFTA Court and the Norwegian Courts – recent developments»,

oppholdene i andre EØS-land.<sup>11</sup> I denne artikkelen vil vi verken gå inn på dette eller de øvrige spørsmålene særmerknaden hans reiser. Vi vil heller ikke vurdere forholdet mellom oppholdskravet og bevegelsesfriheten i Grunnloven § 106 og EMK tilleggsprotokoll 4 artikkel 2, eller om det å stanse utbetalingen av en stønad som følge av utenlandsopphold kan være i strid med eiendomsretten slik den er regulert i EMK tilleggsprotokoll artikkel 1.<sup>12</sup> Forholdet til menneskerettighetene var ikke tematisert i dagpengesaken og nødvendiggjør analyser som det ikke er rom for å behandle i denne artikkelen.

I punkt 2 redegjør vi for sakens rettslige bakgrunn og i punkt 3 gjennomgår vi hovedtrekkene i EFTA-domstolens uttalelser. Dette leder oss over til punkt 4, hvor vi vurderer hovedelementene i Høyesteretts begrunnelse for ikke å fravike EFTA-domstolens tolkning i lys av de viktigste innvendingene mot EFTA-domstolens. Avslutningsvis, i punkt 5, oppsummerer vi artikkelen.

## 2. Rettslig bakgrunn

### 2.1 Oppholdskravet for dagpenger

Dagpenger er en trygdeytelse som gir delvis dekning for bortfallet av arbeidsinntekt ved arbeidsløshet.<sup>13</sup> Det er oppstilt en rekke vilkår for ytelsen, blant annet tap av arbeidsinntekt, reduksjon i arbeidstid på minst 50 prosent og krav til minsteinntekt.<sup>14</sup> Det er også et vilkår at stønadsmottakeren er «reell arbeidssøker», som er en betegnelse på den som er villig til å ta ethvert arbeid som er lønnet etter tariff og sedvane hvor som helst i Norge, uavhengig av om det er på deltid eller heltid, samt delta på arbeidsmarkedstiltak.<sup>15</sup> I tillegg er det gitt regler om aktivitetskrav i dagpengeforskriften.<sup>16</sup> Vedkommende er forpliktet til å drive aktiv jobbsøking eller annen aktivitet for å komme i arbeid, men som hovedregel må konkrete aktiviteter fastsettes i en skriftlig avtale med NAV.<sup>17</sup> Brudd på avtalt eller pålagt aktivitet kan føre til at retten til ytelsen faller bort.<sup>18</sup>

---

*Lov og Rett*, 4/2022 s. 221–245 (<https://doi.org/10.18261/lor.61.4.3>), på s. 228; og Franklin, «Free movement Rights in Norway» 2023, s. 189.

<sup>11</sup> Høyesterett tar for øvrig ikke stilling til om et oppholdskrav som omfatter de helt kortvarige oppholdene, som dagsturer til en annen EØS-stat, er forenlig med EØS-avtalen, jf. HR-2023-301-A avsn. 92.

<sup>12</sup> Bevegelsesfriheten i norsk rett er regulert i bl.a. Grunnloven § 106 og EMK tilleggsprotokoll 4 artikkel 2. Sistnevnte er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven og har forrang foran annen lovgivning, jf. loven § 3. Utgangspunktet etter artikkel 2 nr. 2 er at «[e]veryone shall be free to leave any country, including his own». Eventuelle innskrenkninger i retten må oppfylle vilkårene i artikkel 2 nr. 3, dvs. være «in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of *ordre public*, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others». Om forholdet mellom Grunnloven § 106 og EMK tilleggsprotokoll 4 artikkel 2, se Kjetil M. Larsen, «Utreiseforbudet for helsepersonell under covid-19 krisen: Grunnlovsstridig forskrift eller uhensiktsmessig grunnlovsbestemmelse», *Lov og Rett*, 9/2020 s. 549–565 (<https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2020-09-04>). Se også Knut Berge, *Rett praksis: Lærebok i norsk metode*, Fagbokforlaget 2022, s. 79; samt NOU 2021: 8 s. 250.

<sup>13</sup> Folketrygdloven § 4-1.

<sup>14</sup> Folketrygdloven §§ 4-3 og 4-4.

<sup>15</sup> Folketrygdloven § 4-5 første ledd.

<sup>16</sup> Forskrift om dagpenger under arbeidsløshet 16. september 1998. nr. 890 (dagpengeforskriften), fastsatt i medhold av blant annet folketrygdloven § 4-5 siste ledd.

<sup>17</sup> Dagpengeforskriften § 4-1 første ledd, se merknader til folketrygdloven § 4-5 i NAVs rundskriv til folketrygdlovens dagpengekapittel (R04-00) punkt 7.1.

<sup>18</sup> Se rundskrivets merknader til folketrygdloven § 4-5 punkt 7.2.

Oppholdskravet for dagpenger fremgår av folketrygdloven § 4-2 første ledd, som lyder:

«For å ha rett til dagpenger må medlemmet oppholde seg i Norge.»

Forarbeidene gir ingen utfyllende begrunnelse for vilkåret. I dagpengesaken påpeker førstvoterende at opphold i Norge gjør det lettere å kontrollere at de øvrige vilkårene er oppfylt.<sup>19</sup> Det er for eksempel mulig å sjekke offentlige registre i Norge om stønadsmottakeren er i arbeid, men norske myndigheter har ikke tilgang til tilsvarende registre i andre land. Førstvoterende legger videre til grunn at opphold i Norge gir bedre muligheter for å komme i arbeid og bedre muligheter for å følge opp vedkommende med sikte på en så rask retur til arbeidslivet som mulig.<sup>20</sup> Hva hun legger i dette er uklart.<sup>21</sup> Det er ikke opphold i Norge som gjør det mulig for NAV å følge opp stønadsmottakerne, men plikten de har til å være tilgjengelig og møte opp dersom NAV gir pålegg om det. Videre gir opphold i Norge ikke nødvendigvis bedre muligheter til å komme i arbeid enn opphold i andre EØS-land. En person som søker jobb fra hytten på sørlandet kommer seg ikke raskere i arbeid fordi hytten ligger der i stedet for i Strömstad.

## 2.2 EØS-rettslige utgangspunkter

De nasjonale trygdeordningene i EØS-statene er ikke harmonisert i et felles regelverk om en felles europeisk trygdeordning.<sup>22</sup> Utgangspunktet er at statene står fritt til selv å utforme sine trygdeordninger, herunder bestemme hvilke ytelser de vil tilby og vilkårene som må være oppfylt for rett til ytelsene.<sup>23</sup> EØS-retten stiller imidlertid visse krav til utformingen, som statene må overholde.<sup>24</sup> De mest omfattende kravene fremgår av trygdeforordningen.

Trygdeforordningen gjelder som norsk lov og har forrang foran folketrygdloven.<sup>25</sup> Forordningens formål er å koordinere de nasjonale trygdeordningene for å sikre at retten til fri bevegelighet for personer kan utøves effektivt.<sup>26</sup> Dette formålet står sentralt og brukes aktivt av EU-domstolen i tolkningen av trygdeforordningen. I valget mellom ulike tolkningsalternativer vil domstolen ofte legge vekt på forordningens formål.<sup>27</sup> Det samme er tidligere lagt til grunn av EFTA-domstolen.<sup>28</sup>

Forordningens koordineringsregler er sentrale for at EØS-borgere skal kunne benytte seg av retten til fri bevegelighet, fordi nasjonale trygderegler på ulike måter krever en tilknytning til landet for rett til ytelser. Et eksempel er nasjonale vilkår om opptjeningstid i landet. Folketrygdloven inneholder flere slike bestemmelser, for eksempel § 12-2 første ledd, som krever fem års medlemskap i folketrygden

<sup>19</sup> HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 49–50.

<sup>20</sup> HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 49–50.

<sup>21</sup> Tiltalte i saken oppholdt seg et stykke inn i Sverige. Det er ikke lett å forstå hvorfor det skulle være lettere å følge opp en person som for eksempel bor i Halden enn tiltalte. Det spiller ingen rolle for NAV om vedkommende drar fra Sverige eller Halden for å møte på jobbintervjuer, møter med NAV eller aktiviteter i Norge.

<sup>22</sup> Se EØS-avtalen artikkel 29 og E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 62.

<sup>23</sup> HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 62 og E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 39.

<sup>24</sup> E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 39.

<sup>25</sup> Folketrygdloven § 1-3 a første og tredje ledd. Forordning 883/2004 er innlemmet i punkt 1 i vedlegg VI til EØS-avtalen. Forordningen utfylles av bestemmelsene i forordning 987/2009 (gjennomføringsforordningen), som er innlemmet i punkt 2 i samme vedlegg. Se også EØS-avtalen artikkel 29.

<sup>26</sup> Forordning 883/2004 fortale punktene 4 og 45.

<sup>27</sup> Se for eksempel sak C-287/05 *Hendrix* (EU:C:2007:994) avsn. 52, sak C-784/19 *Team Power Europe* (EU:C:2021:427) avsn. 43 og 57–58. Se også Frans Pennings, *European Social Security Law*, 7. utgave, Intersentia 2022, s. 16–17.

<sup>28</sup> Sak E-8/20 *N* avsn. 46.

før vedkommende ble ufør for rett til uføretrygd. Personer som utøver sin rett til fri bevegelighet vil risikere å tape opptjeningstiden, fordi de har sin opptjeningstid fra et annet land. Forordningen bøter på dette ved å kreve at det tas hensyn til opptjeningstid fra alle EØS-land ved anvendelsen av slike vilkår (det såkalte sammenleggingsprinsippet).<sup>29</sup> Det innebærer at også medlemstid fra andre EØS-land må tas i betraktning ved vurderingen av om vilkåret i § 12-2 er oppfylt.

Det er sikker rett at forordningen bare *koordinerer* nasjonale trygdeordninger, og at den ikke *harmoniserer* dem. Dette fremgår både av forordningens fortale og en rekke avgjørelser fra EU- og EFTA-domstolen.<sup>30</sup> Det samme følger av forordningens hjemmelsbestemmelse, som bare åpner for koordinering, ikke harmonisering, av nasjonale regler.<sup>31</sup>

Koordinering i en EØS-rettslig kontekst innebærer at nasjonale regler suppleres med regler som fremmer retten til fri bevegelighet uten at trygdeordningene som sådan gjøres likere. Som EU-domstolen fremholder i *Klein Schiphorst* innebærer koordinering at forordningen «allows different schemes to continue to exist».<sup>32</sup> De supplerende koordineringsreglene i trygdeforordningen skal tolkes og anvendes på samme måte i hele EØS og har på den måten harmoniserende virkninger, men formålet er ikke å harmonisere de nasjonale trygdeordningene. Medlemsstatene beholder kompetansen til selv å utforme sine trygdeordninger, herunder hvilke trygdeytelser de vil tilby, vilkårene som må være oppfylt for rett til ytelsene, hva formålet med ytelsene skal være og hvordan disse formålene skal oppnås.<sup>33</sup> I Norge har lovgiver brukt denne kompetansen til å bestemme at ett av formålene med dagpengene er å sikre at stønadsmottakerne skal returnere til arbeidslivet så snart som mulig og at dette skal oppnås ved å stille krav om opphold i Norge. I andre land kan arbeidsløshetsytelsene forfølge andre formål, og ytelsene er ikke nødvendigvis utformet på en måte som skal sikre en rask retur til arbeidslivet.<sup>34</sup>

Harmonisering, derimot, fremmer fri bevegelighet ved å gjøre de nasjonale trygdeordningene likere. Et harmoniserende regelverk vil ikke bare inneholde supplerende regler som skal fremme fri bevegelighet, men også materielle trygderegler, f.eks. hvilke ytelser som skal tilbys, hva formålet med dem skal være og hvordan disse formålene skal oppnås. Harmoniseringen kan omfatte trygdeordningene i sin helhet eller bare enkeltspørsmål. Et harmoniserende regelverk *stiller krav til innholdet* i eller *erstatte* de trygderettslige reglene i nasjonal rett, mens reglene i et koordinerende system vil, slik EU-domstolen beskriver dem, utgjøre et *supplement*.<sup>35</sup> Et harmoniserende regelverk vil følgelig være et trygdepolitisk instrument som fremmer rent trygdepolitiske formål.

Trygdeforordningen er utformet med utgangspunkt i det såkalte eksportabilitetsprinsippet,<sup>36</sup> som enkelt sagt går ut på at de nasjonale trygdeordningene er forpliktet til å utbetale ytelser uavhengig

---

<sup>29</sup> Forordning 883/2004 artikkel 6.

<sup>30</sup> Forordning 883/2004 fortale punkt 4, E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 39 og sak C-228/07 *Petersen* (EU:C:2008:494) avsn. 41.

<sup>31</sup> Jf. TEUV artikkel 48, se sak C-551/16 *Klein Schiphorst* (EU:C:2018:220) avsn. 50.

<sup>32</sup> Sak C-551/16 *Klein Schiphorst* (EU:C:2018:220) avsn. 44.

<sup>33</sup> E-8/20 *Straffesak mot N* avsn. 71. Se også Pennings, *European Social Security Law 2022*, s. 7.

<sup>34</sup> Se f.eks. sak C-406/04 *De Cuyper* (EU:C:2006:491) avsn. 30–31 og sak C-227/07 *Petersen* (EU:C:2008:494) avsn. 61.

<sup>35</sup> Sak C-551/16 *Klein Schiphorst* (EU:C:2018:220) avsn. 44.

<sup>36</sup> Rose Langer, «Part 1: Articles 45 and 48 TFEU – Workers. Consolidated versions of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union», i Maximilian Fuchs og Rob Cornelissen (red.), *EU Social Security Law. A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*, Nomos 2015, s. 19–40, på s. 38.

av hvilket EØS-land stønadsmottakeren bor i. Prinsippet fremgår av forordningens hjemmelsbestemmelse, TEUV artikkel 48 første ledd bokstav b, som lyder:

«The European Parliament and the Council shall, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, adopt such measures in the field of social security as are necessary to provide freedom of movement for workers; to this end, they shall make arrangements to secure for employed and self-employed migrant workers and their dependants:

[...]

(b) payment of benefits to persons resident in the territories of Member States.»

Koordineringsreglene som er utformet i tråd med eksportabilitetsprinsippet sikrer at en person som er tilknyttet et lands trygdeordning og oppfyller vilkårene for en ytelse ikke kan nektes ytelsen fordi vedkommende bor i et annet EØS-land. De sikrer også at en person som bosetter seg i et annet EØS-land skal beholde allerede innvilgede ytelser.<sup>37</sup> Alternativt kunne koordineringen vært basert på at statene har ansvar for å utbetale ytelser utelukkende til alle personer bosatt i landet.<sup>38</sup> I så fall ville en stønadsmottaker som flytter ikke fått med seg ytelsen, men i stedet fått muligheten til å kreve en tilsvarende ytelse i sitt nye bostedsland. Det er sentralt at eksportabilitetsprinsippet handler om hvordan koordineringen skal innrettes, hvor meningen er å legge til rette for fri bevegelighet, ikke uttømmende å angi i hvilke tilfeller retten til fri bevegelighet gjelder.

Artikkel 7 gjennomfører eksportabilitetsprinsippet. Bestemmelsen lyder:<sup>39</sup>

«Opphevelse av bostedskrav

Med mindre det er fastsatt noe annet i denne forordning, skal kontantytelser som utbetales etter en eller flere medlemsstaters lovgivning eller etter denne forordning, ikke reduseres, endres, midlertidig stanses, bortfalle eller beslaglegges som følge av at mottakeren eller medlemmer av hans/hennes familie er bosatt i en annen medlemsstat enn medlemsstaten der institusjonen som har ansvar for å gi ytelsen, ligger.»

Etter ordlyden opphever artikkel 7 bare nasjonale *bostedskrav*, men EFTA-domstolen har lagt til grunn at den også opphever vilkår som krever *kontinuerlig fysisk opphold*.<sup>40</sup> At bestemmelsen er utformet som en koordineringsbestemmelse, og ikke en rettighetsbestemmelse for stønadsmottakeren, fremgår blant annet av dens tittel, «[o]pphevelse av bostedskrav». I dagpengesaken omtaler førstvoterende bestemmelsen som et «forbud mot bostedskrav», men etter vårt syn er det mer treffende å omtale den som en bestemmelse om «opphevelse av bostedskrav». Dette er i tråd med ordlyden og i bedre samsvar med TEUV artikkel 48. Det gir dessuten klarere uttrykk for at bestemmelsen dreier seg om koordinering.

---

<sup>37</sup> Dette utgangspunktet er modifisert på en rekke måter i trygdeforordningen, som vi ikke kommer nærmere inn på her.

<sup>38</sup> Det er tilfelle for de såkalt særlige ikke-avgiftsbaserte kontantytelsene, som er ytelser omfattet av forordning 883/2003 artikkel 70, se bestemmelsen nr. 3 og 4.

<sup>39</sup> Langer, «Part 1: Articles 45 and 48 TFEU – Workers. Consolidated versions of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union» 2015, s. 38.

<sup>40</sup> E-8/20 *Straffesak mot N* avsn. 139 og E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 40.

Dagpenger klassifiseres som en ytelse ved arbeidsløshet,<sup>41</sup> som reguleres særskilt i forordningens del III kapittel 6. For ytelser ved arbeidsløshet er det gitt en særbestemmelse om opphevelse av bostedskrav i artikkel 63. Bestemmelsen lyder slik:

«Særlige bestemmelser om opphevelse av bostedskrav

I dette kapittel får artikkel 7 bare anvendelse på de tilfeller som er omhandlet i artikkel 64, 65 og 65a, og innenfor de grenser som er fastsatt der.»

For arbeidsløshetsytelser er eksportabilitetsprinsippet modifisert, slik at det kun kommer til anvendelse i tilfellene omfattet av artiklene 64, 65 og 65a.<sup>42</sup> Artiklene 65 og 65a gjelder spesielle tilfeller hvor EØS-borgeren har bodd i en annen stat enn den arbeidet er utført i. Artikkel 64 gir stønadsmottakeren rett til å beholde ytelsen om vedkommende drar til et annet EØS-land for å søke arbeid der. De innledende ordene i artikkel 64 nr. 1 lyder:

«En helt arbeidsløs person som oppfyller den kompetente medlemsstats vilkår for rett til ytelser, og som reiser til en annen medlemsstat for å søke arbeid der, skal beholde sin rett til kontantytelse ved arbeidsløshet på følgende vilkår og med følgende begrensninger:»

Deretter følger en opplisting av vilkårene som må være oppfylt for at retten til ytelsen skal være i behold, og en tidsbegrensning i retten på tre måneder. Artikkel 64 nr. 2 fastsetter at retten til ytelsen normalt går tapt dersom stønadsmottakeren returnerer etter utløpet av perioden.

I tillegg til trygdeforordningen, må EØS-statene overholde reglene om fri bevegelighet når de utformer de nasjonale trygdeordningene,<sup>43</sup> slik vi blant annet så i NAV-saken: Både EFTA-domstolen og Høyesterett la til grunn at forordning 1408/71, som var forløperen til dagens trygdeforordning som trådte i kraft 1. juni 2012, ikke regulerte lovligheten av oppholdskravet for arbeidsavklaringspenger i folketrygdloven § 11-3.<sup>44</sup> Domstolene la videre til grunn at den passive tjenestefriheten omfatter «friheten til å dra til en annen EØS-stat for å motta en tjeneste der, uten å bli hindret av restriksjoner». <sup>45</sup> Det daværende oppholdskravet for arbeidsavklaringspenger i folketrygdloven § 11-3 utgjorde en restriksjon på tjenestefriheten.<sup>46</sup> Det avgjørende for dets lovlighet var «om restriksjonene er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, er egnet til å virkeliggjøre de formålene de forfølger og ikke går lenger enn nødvendig for å oppnå dette». <sup>47</sup> Ettersom vilkåret ikke kunne rettfærdiggjøres, var det i strid med tjenestefriheten i EØS-avtalen artikkel 36. Vilkåret ble satt til side.<sup>48</sup>

NAV-saken illustrerer det sentrale poenget at reglene om fri bevegelighet ikke gir stønadsmottakeren en ubetinget rett til å beholde trygdeytelser under opphold i andre EØS-land. Det beror på en konkret vurdering om et nasjonalt vilkår for en trygdeytelse må settes til side.

---

<sup>41</sup> Forordning 883/2004 artikkel 3 nr. 1 bokstav h.

<sup>42</sup> Langer, «Part 1: Articles 45 and 48 TFEU – Workers. Consolidated versions of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union» 2015, s. 39.

<sup>43</sup> Bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel har forrang foran folketrygdlovens bestemmelser om dagpenger, se folketrygdloven § 1-4 a. Se også folketrygdloven § 1-3 og Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 2.

<sup>44</sup> HR-2021-1453-S NAV avsn. 153, se også E-8/20 *Straffesak mot N* avsn. 69.

<sup>45</sup> E-8/20 *Straffesak mot N* avsn. 75. Se HR-2021-1453-S NAV avsn. 165.

<sup>46</sup> HR-2021-1453-S NAV avsn. 166.

<sup>47</sup> HR-2021-1453-S NAV avsn. 169.

<sup>48</sup> HR-2021-1453-S NAV avsn. 186. Folketrygdloven § 11-3 har senere blitt endret, slik at det nå er tilstrekkelig å oppholde seg innenfor EØS.

Dersom vilkåret kan rettferdiggjøres vil det gjelde for en stønadsmottaker som oppholder seg i et annet land, slik at retten til ytelsen faller bort.

Spørsmålet i dagpengesaken var om forordningen *positivt tillater* oppholds krav i tilfeller som faller utenfor artiklene 64, 65 og 65a, og om de grunnleggende reglene om fri bevegelighet i så fall kommer til anvendelse. Svaret beror på en alminnelig tolkning av forordningens bestemmelser. Som ellers i EØS-retten skal forordningen tolkes autonomt, med utgangspunkt i forordningens ordlyd, i lys av den sammenhengen forordningen inngår i (konteksten) og dens formål. Mer konkret knyttet til tolkningsspørsmålet seg til forståelsen av artikkel 63, som gir opphevelsen av bosteds krav i artikkel 7 anvendelse kun i tilfeller omfattet av artiklene 64, 65 og 65a. Bestemmelsen kan enten tas på ordet, slik at den kun angir i hvilke tilfeller artikkel 7 kommer til anvendelse. Alternativt kan den tolkes slik at den positivt tillater bosteds- og oppholds krav i tilfeller som faller utenfor artiklene 64, 65 og 65a, med den følge at reglene om fri bevegelighet ikke kommer til anvendelse. I så fall vil resultatet være at forordningens bestemmelser om arbeidsløshetsytelser *uttømmende* regulerer retten til fri bevegelighet for mottakere av arbeidsløshetsytelser, og dermed uttømmende regulerer lovligheten av slike vilkår.<sup>49</sup>

### 3. EFTA-domstolens uttalelser

Det foreligger to rådgivende uttalelser fra juni 2021 hvor EFTA-domstolen uttaler seg om forholdet mellom nasjonale vilkår om opphold for arbeidsløshetsytelser og EØS-avtalen.<sup>50</sup> Begge sakene gjaldt situasjoner som ikke var omfattet av artiklene 64, 65 eller 65a i forordningen.<sup>51</sup> Spørsmålene fra de nasjonale domstolene var formulert noe forskjellig, men i det vesentlige er uttalelsene like når det gjelder spørsmålet om oppholds krav. Uttalelsen i E-15/20 *Straffesak mot P* viser i stor grad til premissene i E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet*. For enkelhets skyld henviser vi i det følgende kun til sistnevnte sak, selv om EFTA-domstolen altså har avgitt to uttalelser om spørsmålet.

EFTA-domstolen konkluderte med at artiklene 64, 65 og 65a i forordningen «regulerer uttømmende de eneste tre tilfellene der den kompetente EØS-stat har plikt til å la mottakere av ytelse ved arbeidsløshet beholde ytelsene selv om de har bosatt seg eller oppholder seg på territoriet til en annen EØS-stat».<sup>52</sup> Essensen i resonnementet beskrives på følgende måte:

«Det følger av forordningen artikkel 63 at for nevnte kapittels formål får artikkel 7 anvendelse bare på tilfelle omhandlet i artiklene 64, 65 eller 65a. Følgelig utgjør artikkel 63

---

<sup>49</sup> Om man kaller en eventuell uttømmende regulering av retten til fri bevegelighet for *totalharmonisering*, slik som i bl.a. Haukeland Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2022, s. 161 (gjengitt i HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 67), avhenger av hva man legger i dette begrepet. Normalt brukes begrepet 'totalharmonisering' om regler som gjelder i alle EØS-land og som stenger for avvikende lovgivning i det enkelte land. Den omstridte regelen i denne saken er imidlertid av en litt annen karakter. Spørsmålet er om trygdeforordningen tillater oppholds krav for arbeidsløshetsytelser, selv i tilfeller hvor de er i strid med de grunnleggende reglene om fri bevegelighet. Denne regelen åpner for at lovgivningen i EØS-statene kan variere, siden den overlater til statene å avgjøre om det skal stille krav om opphold for rett til arbeidsløshetsytelsene.

<sup>50</sup> Sak E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* og E-15/20 *Straffesak mot P*. Førstnevnte knytter seg til Trygderettens sak TRR-2019-2736, som gjaldt tilbakekreving av ytelse utbetalt mens stønadsmottakeren oppholdt seg i et annet EØS-land. Sistnevnte knytter seg til en sak om trygdebedrageri i Borgarting lagmannsrett, LB-2019-159381.

<sup>51</sup> E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 53 og E-15/20 *Straffesak mot P* avsn. 50.

<sup>52</sup> E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 58. Se også avsn. 42. Begrepet «kompetent stat» er enkelt sagt den staten som må anvende sin trygdelovgivning i en gitt situasjon, se forordning 883/2004 artikkel 1 bokstav s.



et unntak fra hovedregelen i artikkel 7 og tillater EØS-statene å stille bostedskrav, herunder krav om opphold slik som i hovedsaken, for å ha rett til ytelse ved arbeidsløshet i tilfelle hvor verken artikkel 64, 65 eller 65a gjelder.»<sup>53</sup>

Artikkel 63 angir i hvilke tilfeller opphevelsen av bostedskravet i artikkel 7 kommer til anvendelse. Etter sin ordlyd utelukker den ikke at bostedskrav kan være i strid med andre bestemmelser. EFTA-domstolen mener likevel at den må få betydning for anvendelsen av et annet regelsett, primærrettens regler om fri bevegelighet. Heller ikke disse kommer til anvendelse i tilfeller som faller utenfor artiklene 64, 65 og 65a. Dette er en utvidende eller analogisk tolkning, ettersom den gir bestemmelsen om anvendelsesområdet for artikkel 7 anvendelse på et annet regelsett.

En alternativ tilnærming til spørsmålet er å forstå artikkel 63 slik at den ikke bare gjelder virkeområdet for artikkel 7, men at den generelt angir når bostedskrav er forbudt. I så fall kan det på grunnlag av en motsetningslutning argumenteres for at bostedskrav ellers er tillatt. Dette vil i så fall utgjøre en antitetisk tolkning. Forståelsen av artikkel 63 kommer vi tilbake til i punkt 4.1. I begge tilfeller tolkes artikkel 63 slik at den positivt *tillater* nasjonale vilkår om bosted i situasjoner som faller *utenfor* artiklene 64, 65 og 65a i forordningen, selv om den ikke er formulert som en slik positiv rett for statene.

Som nevnt i punkt 2.2 har EFTA-domstolen lagt til grunn at artikkel 7 også opphever vilkår som krever *kontinuerlig fysisk opphold*.<sup>54</sup> På grunnlag av dette kom domstolen til at artikkel 63 må få tilsvarende betydning for vilkår om opphold som for bostedskrav, slik at forordningen tillater vilkår om opphold i situasjoner som faller utenfor artiklene 64, 65 og 65a.

EFTA-domstolen finner støtte for sin tolkning i artikkel 64 nr. 1, som vi har sitert ovenfor i punkt 2.2. Slik domstolen tolker den, omfatter bestemmelsen alle arbeidsløse som «reiser til en annen» EØS-stat, ikke bare den som reiser «for å søke arbeid der».<sup>55</sup> Dette innebærer at bestemmelsen generelt regulerer retten til fri bevegelighet for mottakere av arbeidsløshetsytelser.<sup>56</sup> Retten til ytelsene er i behold *bare* når formålet er å søke arbeid i vertsstaten i tråd med vilkårene i bestemmelsen.<sup>57</sup>

EFTA-domstolens tolkning av trygdeforordningen innebærer at reglene om fri bevegelighet ikke kommer til anvendelse på nasjonale oppholdskrav for rett til arbeidsløshetsytelser.<sup>58</sup> Retten til fri bevegelighet for den som mottar arbeidsløshetsytelser er fullt ut harmonisert av forordningen. Helt ubetinget tillater altså forordningen nasjonale bo- og oppholdskrav i tilfeller som ikke er omfattet av artiklene 64, 65 og 65a. En stønadsmottaker som oppholder seg i andre EØS-land har rett til å beholde ytelsen kun dersom vilkårene i disse bestemmelsene er oppfylt. EFTA-domstolen erkjenner at bestemmelsene dermed «begrenser eksport av ytelse ved arbeidsløshet», men uttaler at dette er begrunnet i arbeidsløshetsytelsene særegne art.<sup>59</sup> Domstolen peker på at arbeidsløshetsytelsene gis til personer som er i stand til å arbeide, og at formålet med ytelsene er å «legge til rette for raskest mulig gjeninntreden på arbeidsmarkedet».<sup>60</sup>

---

<sup>53</sup> E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 41.

<sup>54</sup> E-8/20 *Straffesak mot N* avsn. 139 og E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 40.

<sup>55</sup> E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 48.

<sup>56</sup> Se også E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 59–60.

<sup>57</sup> E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 51

<sup>58</sup> E-13/0 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 61.

<sup>59</sup> E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 45

<sup>60</sup> E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 46.

## 4 Om Høyesteretts vurdering av om EFTA-domstolens tolkning skulle fravikes

### 4.1 Ordlyden i artikkel 63

Førstvoterende begynner med ordlyden i artikkel 63, hvor hun finner støtte for EFTA-domstolens tolkning. Bestemmelsen sier at opphevelsen av bostedskrav i artikkel 7 kun gis anvendelse på tilfeller som er omfattet av artiklene 64, 65 og 65a, men ikke ellers. Tatt på ordet sier den ikke mer enn det. Førstvoterende utleder imidlertid mer av bestemmelsen. Hun uttaler:

«Artikkel 7 inneholder altså et generelt forbud mot bostedskrav som vilkår for å motta kontantytelser. Bestemmelsen er et utslag av prinsippet om eksportabilitet. For ytelser ved arbeidsløshet følger det imidlertid direkte av artikkel 63 at artikkel 7 ikke fullt ut er gitt anvendelse. Utgangspunktet er etter ordlyden det motsatte – artikkel 7 får bare anvendelse på tilfellene i artiklene 64, 65 og 65a. Forordningen – som sådan – tillater derfor medlemsstatene å ha nasjonale bostedskrav for ytelser ved arbeidsløshet i andre tilfeller. Jeg kommer tilbake til betydningen av reglene i EØS-avtalens hoveddel.»<sup>61</sup>

Førstvoterende tolker forordningen antitetisk, slik vi skisserte i forrige punkt, og uttømmende. Dette innebærer at artikkel 63 ikke bare sier det negative, altså i hvilke tilfeller nasjonale bostedsvilkår må fravikes. Den angir også positivt når nasjonale bostedsvilkår er tillatt og gjelder etter sitt innhold.

Førstvoterende mener at fraværet av det hun omtaler som et «forbud mot bostedskrav» for arbeidsløshetsytelser i seg selv tilsier at forordningen tillater bostedskrav. Slik trenger det ikke å være. At forordningen ikke generelt forbyr bostedskrav for arbeidsløshetsytelser betyr ikke at bostedskrav som *ikke* forbys av forordningen må være tillatt. Det kan også bare bety at forordningen ikke inneholder noen regulering av bostedskrav som ikke forbys, som i stedet må vurderes opp mot primærrettens regler om fri bevegelse.<sup>62</sup> Førstvoterende ser ut til å basere seg på følgende logikk: Artikkel 7 er et utslag av «prinsippet om eksportabilitet». Når artikkel 63 angir «det motsatte» utgangspunktet for arbeidsløshetsytelser, gir den samtidig uttrykk for at stønadsmottakeren ikke skal ha rett til å beholde ytelsen i andre tilfeller enn de som faller innenfor artiklene 64, 65 og 65a. Det kan derfor ikke ha vært meningen at vedkommende i disse tilfellene skal gis rett til å beholde ytelsen på grunnlag av reglene om fri bevegelse. Den samme ideen kommer til uttrykk også andre steder i dommen.<sup>63</sup>

Dette resonnementet forutsetter at artikkel 63 gir uttrykk for at stønadsmottakeren ikke på noe EØS-rettslig grunnlag kan kreve å beholde ytelsen i tilfeller som faller utenfor artiklene 64, 65 og 65a. Det er vanskelig å se at det er holdepunkter for dette i artikkel 63. Artikkel 7 pålegger statene en absolutt plikt til å sette til side bostedskrav, mens reglene om fri bevegelse bare krever at statene må sikre at bostedskrav kan rettferdiggjøres, herunder forfølge et legitimt formål og oppfylle kravene til forholdsmessighet. At lovgiver har fastsatt at den absolutte regelen ikke skal gjelde, betyr ikke nødvendigvis at heller ikke den «relative» regelen gjelder. Det er ikke mulig å utlede av artikkel 63 alene at stønadsmottakerne er forhindret fra å anføre reglene om fri bevegelse for å beholde ytelsen i tilfeller som faller utenfor artiklene 64, 65 og 65a.

Som vi har redegjort for i punkt 2.2 er artikkel 7 en koordineringsbestemmelse. Formålet med den er å legge til rette for fri bevegelse i de tilfellene den kommer til anvendelse, ikke uttømmende å angi hvilke tilfeller retten til fri bevegelse for personer og tjenester gjelder. Artikkel 63 gir

<sup>61</sup> HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 80.

<sup>62</sup> Dette innebærer at bostedskrav reguleres av retten til fri bevegelse.

<sup>63</sup> HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 97 og 113.

prinsippet anvendelse kun i bestemte tilfeller. At eksportabilitetsprinsippet ikke gjelder i andre situasjoner, betyr bare at det kun gjelder i tilfellene omfattet av artiklene 64, 65 og 65a. Det innebærer at EØS-landene må åpne for at stønadsmottakerne kan søke jobb i et annet land i opptil tre måneder i tråd med reglene i artikkel 64, altså en absolutt plikt til å utbetale dagpenger selv om nasjonale bostedskrav ikke er oppfylt. For øvrig kan de beholde sine nasjonale ordninger innenfor rammen av annen relevant EØS-rett. Hva som da gjelder må vurderes konkret. Man kan ikke uten videre utlede av artikkel 63 at prinsippene om fri bevegelighet ikke kommer til anvendelse i tilfeller som faller utenfor artiklene 64, 65 og 65a. Dette er ulike prinsipper med ulike grunnlag og anvendelsesområder.

For noen er kanskje førstvoterendes antitese overbevisende i kraft av seg selv: Utenfor tilfeller hvor forordningen forbyr medlemsstatene å oppstille bostedskrav, må de være tillatt. Denne logikken om at det som ikke er forbudt må være tillatt fungerer ikke uten videre i EU-retten. Forordningens bestemmelser om arbeidsløshetsytelser er ikke gitt i et lovtomt rom, hvor bakgrunnsretten er taus. I fravær av konkret regulering i sekundærlovgivningen vil lovligheten av nasjonale regler avgjøres av primærretten.<sup>64</sup> Det gjelder særlig på trygdeområdet i og med at trygdeforordningen bare koordinerer statenes trygdeordninger. Førstvoterendes tolkning må eventuelt forankres andre steder, for eksempel i en forståelse av artiklene 64, 65 og 65a som fullharmoniserende. Dette kommer vi tilbake til.

Til sammenligning gjelder forbudet i artikkel 7 heller ikke for såkalt særlige ikke-avgiftsbaserte kontantytelser, som er koordinert i trygdeforordningen artikkel 70.<sup>65</sup> Dette er ytelser som har likhetstrekk med både trygdeytelser og sosialhjelp.<sup>66</sup> For disse ytelsene har EU-domstolen lagt til grunn at en persons rett til ytelsen er betinget av bosted i den medlemsstaten vedkommende krever ytelsen fra.<sup>67</sup> Her er det imidlertid holdepunkter i forordningen selv for at statene skal kunne stille vilkår om bosted, idet den sier at ytelsene «utelukkende gis i de berørte personenes bostedsstat».<sup>68</sup> Koordineringssystemet for disse ytelsene er dessuten grunnleggende ulikt det som gjelder for arbeidsløshetsytelser. Det er basert på at en som etablerer bosted i en annen stat i prinsippet skal få tilsvarende ytelse utbetalt fra trygdeordningen der. Kravet om bosted fører derfor ikke til at stønadsmottakerne mister trygdedekning om de flytter, slik tilfellet er for arbeidsløshetsytelsene. Kravet om bosted er derimot en integrert del av det særskilte koordineringssystemet for disse ytelsene.<sup>69</sup> At domstolen har akseptert et slikt særskilt koordineringssystem for disse ytelsene henger blant annet sammen med at de er knyttet til den sosiale situasjonen i den kompetente staten.<sup>70</sup> Det er ikke tilfelle for arbeidsløshetsytelsene.

Allerede før det særskilte koordineringssystemet ble introdusert i 1992, hadde EU-domstolen lagt til grunn at enkelte ytelser knyttet til den sosiale situasjonen i den kompetente staten kunne gjøres betinget av bosted.<sup>71</sup> Det er dette trygdeforordningen viser til i fortalen punkt 16, hvor det fremgår at retten til «særlige ytelser knyttet til personens økonomiske og sosiale situasjon» kan knyttes til bostedet. Dette gjelder for særlige ikke-avgiftsbaserte kontantytelsene, men ikke for arbeidsløshetsytelsene.<sup>72</sup> Førstvoterende trekker fortalen punkt 16 for langt når hun viser til den i sammenheng med arbeidsløshetsytelser.<sup>73</sup>

Etter vårt syn er slutningen som førstvoterendes trekker av ordlyden i artikkel 63 ikke tilstrekkelig begrunnet. Tatt på ordet regulerer artikkel 63 bare når opphevelsen av bostedsvilkår i artikkel 7

<sup>64</sup> Det finnes mange eksempler på dette, f.eks. sak C-443/93 *Vougioukas* (EU:C:1995:394) avsn. 44 og sak C-499/06 *Nerkowska* (EU:C:2008:300) avsn. 30.

<sup>65</sup> Trygdeforordningen artikkel 70 nr. 3.

<sup>66</sup> Sosialhjelp faller utenfor trygdeforordningen, jf. artikkel 3 nr. 5 (a).

<sup>67</sup> Sak C-90/97 *Swaddling* (EU:C:1999:96) avsn. 25, som gjaldt forløperen til trygdeforordningen artikkel 70, forordning 1408/71 artikkel 10a. Det er ingen tvil om at det samme gjelder for artikkel 70.

<sup>68</sup> Trygdeforordningen artikkel 70 nr. 4.

<sup>69</sup> Endringsforordning 1247/92 fortalen punktene seks og syv.

<sup>70</sup> Se artikkel 70 nr. 2 (a) og C-20/96 *Snares* (EU:C:1997:518) avsn. 44. EU-domstolen la allerede i *Lenoir* til grunn at slike ytelser kunne gjøres betinget av bosted, se sak 313/86 *Lenoir* (EU:C:1997:518) avsn. 16.

<sup>71</sup> Sak 313/86 *Lenoir* (EU:C:1997:518) avsn. 16.

<sup>72</sup> Se artikkel 70 (2) (a).

<sup>73</sup> HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 63.

kommer til anvendelse. Førstvoterende legger til grunn at den også angir når reglene om fri bevegelse kommer til anvendelse, men denne tolkningen er ikke forankret i ordlyden på en overbevisende måte.

#### 4.2 Betydningen av at artikkel 7 tolkes utvidende slik at den omfatter oppholdskrav

Etter sin ordlyd opphever artikkel 7 nasjonale vilkår om bosted. Som nevnt i punkt 3, har EFTA-domstolen lagt til grunn at bestemmelsen også rammer vilkår om fysisk opphold.<sup>74</sup> Den utvidende tolkningen av artikkel 7 er basert på en «fra det mer til det mindre»-betraktning. Domstolen har pekt på at et oppholdskrav er «betydelig mer inngripende» enn et bostedskrav for en stønadsmottaker som bor i Norge, siden oppholdskravet ikke bare forhindrer vedkommende fra å flytte permanent til et annet EØS-land, men i det hele tatt å reise ut av hjemlandet.<sup>75</sup> Tolkningen gir stønadsmottakeren bedre muligheter til å benytte seg av retten til fri bevegelse og er således i tråd med bestemmelsens formål, som er å fremme retten til fri bevegelse.<sup>76</sup>

EFTA-domstolens tolkning om at forordningen positivt tillater oppholdskrav for rett til arbeidsløshetsytelser er betinget av at artikkel 7 regulerer både bosteds- og oppholdskrav. Logikken er at det som er forbudt i artikkel 7, er positivt tillatt i de tilfellene som artikkel 63 gjør unntak for. Om artikkel 7 kun omfatter bostedskrav, er det ikke grunnlag for å konkludere med at artikkel 63 positivt tillater oppholdskrav.

Forsvareren anførte at artikkel 7 etter sin ordlyd kun omfatter bostedskrav, og at artikkel 63 derfor ikke regulerer adgangen til å oppholde seg i andre EØS-land.<sup>77</sup> Anførselen støtter seg på artikkelen til professorene Andenæs og Bekkedal, som har tre innvendinger mot EFTA-domstolens tolkning på dette punktet:

«Det er tre grunner til at det ikke går an å resonnerer slik: (a) den vide anvendelsen av artikkel 7 i sykepengesaken underbygges av formålsbetraktninger og disse kan ikke brukes motsatt vei; (b) i sykepengesaken anvendes artikkel 7 med referanse til artikkel 21, i dagpengesakene er referansen artikkel 63–65; (c) det er ikke grunnlag for en fra det mindre til det mer betraktning.»<sup>78</sup>

Essensen i den første innvendingen er at den utvidende tolkningen av artikkel 7 underbygges av forordningens formål om å fremme fri bevegelse, men at det samme formålet taler mot EFTA-domstolens tolkning i dagpengesaken. I forklaringen av den andre innvendingen peker professorene på at artikkel 63 gir artikkel 7 anvendelse kun innenfor artiklene 64, 65 og 65a, mens EFTA-domstolen går utenfor disse bestemmelsene. I artikkelen er den siste anførselen forklart på følgende måte: «Man kan ikke slutte fra at dagpengemottakere har rett til å eksportere ytelsen i tre måneder om de søker arbeid i en annen EØS-stat, til at de ellers ikke har rett til fri bevegelse i det hele tatt.»<sup>79</sup>

Høyesterett behandler forsvarerens anførsel svært kortfattet. Etter å ha konstatert at det ikke er holdepunkter for å tolke artikkel 7 på en annen måte, uttaler førstvoterende:

<sup>74</sup> Høyesterett har sluttet seg til denne tolkningen, se HR-2021-1453-S NAV avsn. 135.

<sup>75</sup> E-8/20 *Straffesak mot N* avsn. 139.

<sup>76</sup> Jf. E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 42.

<sup>77</sup> HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 81.

<sup>78</sup> Bekkedal/Andenæs, *Lov og Rett 2022*, s. 162.

<sup>79</sup> Bekkedal/Andenæs, *Lov og Rett 2022*, s. 164.

«Jeg har heller ikke funnet holdepunkter for at artikkel 7 kan tolkes slik at den utelukkende omfatter bostedskrav i artikkel 63s forstand, men ellers både bosteds- og oppholds krav.»<sup>80</sup>

Førstvoterende legger avgjørende vekt på konsistensbetraktninger: Ved å gjøre unntak fra artikkel 7, tillater artikkel 63 alt som rammes av artikkel 7, ikke bare det som følger av dens ordlyd.

Etter vårt syn er ikke dette overbevisende. Som professorene Andenæs og Bekkedal peker på, er det forskjell på å tolke artikkel 7 utvidende i tråd med formålet om å fremme retten til fri bevegelighet og å innskrenke denne retten gjennom en tolkning av artikkel 63.<sup>81</sup> Det er også forskjell på å tolke artikkel 63 slik at den tillater bostedskrav, som er behandlet uttrykkelig i artikkel 7, og å legge til grunn at den også tillater oppholds krav på grunnlag av konsistensbetraktninger. I denne saken legges det avgjørende vekt på konsistensbetraktninger, selv om tolkningen er i strid med ordlyd, forordningens formål og retten til fri bevegelighet. Dette avviker fra etablert europarettlig metode.

### 4.3 Forordningens formål

#### Innledning

Et bærende element i både EFTA-domstolens uttalelse og i Høyesteretts dom er at formålet med bestemmelsene om arbeidsløshetsytelser er å sikre at mottakerne av ytelsene raskest mulig returnerer til arbeidslivet.<sup>82</sup> Tanken synes å være at bare opphold i den kompetente staten i tilstrekkelig grad kan sikre en rask retur til arbeidsmarkedet, og at forordningen derfor positivt tillater bosteds- og oppholds krav.<sup>83</sup> Dette er kontraintuitivt i en EØS-kontekst, siden avtalen etablerer et felles, enhetlig arbeidsmarked med mål om at arbeidskraft uhindret skal kunne flytte seg dit det er behov for den. Et vilkår om opphold forhindrer fri flyt av arbeidskraft, i strid med dette grunnleggende målet. Det stiller krav om begrunnelse.

I denne delen ser vi nærmere på formålsbetraktningene i saken. Forsvareren anførte at det er nasjonal rett som må ivareta hensynet til en rask retur til arbeidslivet, og at forordningens formål må være styrende for tolkningen av forordningen.<sup>84</sup> Dette reiser spørsmål om det egentlig er grunnlag for å legge til grunn at forordningens bestemmelser om arbeidsløshetsytelser fremmer et annet formål enn forordningen for øvrig. Vi forklarer anførselen først og ser deretter nærmere på hvordan Høyesterett vurderte dette.

#### Forholdet mellom EFTA-domstolens tolkning og forordningens formål

Som nevnt ovenfor i punkt 2.2 er formålet med forordningen å sikre at retten til fri bevegelighet for personer kan utøves effektivt ved å koordinere EØS-statenes nasjonale trygdeordninger. EU-domstolen har ikke bare bekreftet at dette er forordningens formål, men gjentatte ganger uttalt at dette er forordningens eneste formål, også i saker som gjelder arbeidsløshetsytelser.<sup>85</sup> I *Klein*

---

<sup>80</sup> HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 83.

<sup>81</sup> Høyesterett viser til artikkelen i HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 99.

<sup>82</sup> HR-2022-301-A *Dagpenger* avsn. 85–86, 88 og 108, og sak E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 45-46.

<sup>83</sup> Aktor anførte at oppholds kravet primært er begrunnet med at opphold i Norge gir et større incitament til aktivt å søke jobb. Se også HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 143.

<sup>84</sup> Jf. forsvarerens sluttinnlegg s. 7, hvor han skriver at de særlige hensynene ikke ivaretas av forordningen.

<sup>85</sup> Se f.eks. sak C-228/07 *Petersen* (EU:C:2008:494) avsn. 41 og sak C-308/14 *Kommisjonen mot Storbritannia* (EU:C:2016:436) avsn. 67.

*Schiphorst*, som gjaldt forståelsen av artikkel 64, uttalte EU-domstolen at forordningens «sole objective is to ensure the coordination of those schemes in order to guarantee that free movement of persons can be exercised effectively».<sup>86</sup> Ifølge EU-domstolen er det altså ikke plass til andre formål enn dette ene.

Domstolens kategoriske uttalelser om forordningens formål henger antakelig sammen med at forordningens hjemmelsbestemmelse ikke åpner for at det vedtas bestemmelser med et annet formål. Artikkel 48 TEUV gir hjemmel for å vedta regler på trygdeområdet som er «necessary to provide freedom of movement for workers», altså regler som gjennomfører retten til fri bevegelse. Det er ingen holdepunkter for at det med hjemmel i denne bestemmelsen kan vedtas harmoniserende bestemmelser som har rent trygdepolitiske målsettinger, herunder bestemmelser som har til formål å sikre rask retur til arbeidslivet.

Det er to aspekter ved forordningens formål: (1) Forordningen fremmer fri bevegelse og (2) forordningen koordinerer de nasjonale trygdeordningene, men harmoniserer dem. EFTA-domstolens tolkning er vanskelig å forene med både (1) og (2).

Når det gjelder det første aspektet er det tilstrekkelig å peke på at EFTA-domstolen i dagpengesakene legger til grunn at forordningen ikke bare tillater EØS-statene å vedta bosteds- og oppholds krav for arbeidsløshetsytelser, men at den også forhindrer stønadsmottakerne fra å kreve at slike vilkår må settes til side på grunnlag av reglene om fri bevegelse. Stønadsmottakere som skal besøke familie et par dager, men som fortsatt ønsker å søke jobb i Norge, forhindres fra å anføre retten til fri bevegelse for å få satt nasjonale vilkår til side.<sup>87</sup> Dette innebærer at nasjonale vilkår som hadde blitt satt til side dersom de hadde blitt vurdert mot retten til fri bevegelse, blir stående. Dette utgjør en begrensning på retten til fri bevegelse og kan ikke forenes med formålet om å fremme fri bevegelse.

Nå det gjelder det andre aspektet viser vi til sontringen mellom harmonisering og koordinering, som vi redegjorde for i punkt 2.2. I valget mellom de ulike tolkningsalternativene valgte EFTA-domstolen det alternativet som er av rent harmoniserende karakter. Domstolen la til grunn at forordningen tillater nasjonale oppholds krav, og at den setter prinsippene om fri bevegelse til side. Ifølge domstolen er regelen begrunnet i målet om å sikre en rask retur til arbeidslivet.<sup>88</sup> En slik regel fremmer ikke forordningens formål om å fremme fri bevegelse gjennom koordinering. Den forfølger heller ikke et annet EU-rettslig formål, men skal i stedet sikre oppnåelsen av et mål som er nasjonalt fastsatt – målet om en rask retur til arbeidslivet. Regelen forfølger et formål av rent trygdepolitisk karakter. Bestemmelser med slike formål hører hjemme i nasjonal trygderett eller overnasjonalt harmoniserende regelverk, ikke i et koordinerende regelverk.<sup>89</sup>

Forsvaren anførte at EFTA-domstolens tolkning burde fravikes. Han mente forordningens formål burde være styrende for tolkningen av forordningen. Følgelig ba han Høyesterett legge til grunn at lovligheten av oppholds krav for arbeidsløshetsytelser i tilfeller som faller utenfor forordningen artikkel 64, 65 og 65a ikke er regulert av forordningen, men av reglene om fri bevegelse. Med

---

<sup>86</sup> Sak C-551/16 *Klein Schiphorst* (EU:C:2018:220) avsn. 44.

<sup>87</sup> Forutsatt at nasjonal rett er til hinder for slike utenlandsopphold.

<sup>88</sup> Sak E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 45–46.

<sup>89</sup> Artikkel 153 nr. 2 bokstav b TEUV oppstiller strenge vilkår for at EU-lovgiver skal kunne vedta harmoniserende regelverk på trygdeområdet, blant annet krav om enstemmighet i Rådet. Det kan reises spørsmål om ikke disse strenge vilkårene undergraves om det på grunnlag av artikkel 48 TEUV vedtas harmoniserende regler.

denne tolkningen vil det være opp til statene å utforme og vedta bestemmelser som sikrer målet om en rask retur til arbeidslivet, innenfor rammene av grunnfrihetene.

#### Høyesteretts begrunnelse for at forordningens formål ikke taler for å fravike EFTA-domstolens uttalelse

Høyesterett drøfter ikke forholdet mellom EFTA-domstolens tolkning som harmoniserende og forordningens formål som rent koordinerende. Forordningens formål er mangelfullt gjengitt, slik at det koordinerende aspektet har falt bort.<sup>90</sup> I stedet omtales det harmoniserende aspektet ved EFTA-domstolens tolkning som om det er uproblematisk:

«(65) Også i fravær av harmonisering på EØS-nivå må medlemsstatene altså overholde EØS-retten når de utøver myndigheten til å fastsette vilkårene for rett til trygdeytelser på nasjonalt nivå, herunder reglene om fri bevegelighet, jf. også EFTA-domstolens avgjørelse i E-8/20 Nav avsnitt 71 med videre henvisninger.

(66) Det er ut fra dette sentralt å fastlegge rekkevidden av trygdeforordningens særregulering av ytelser ved arbeidsløshet, og i hvilken grad forordningens regulering må anses – helt eller delvis – å innebære en form for harmonisering av medlemsstatenes adgang til å oppstille bosteds- og oppholdskrav.»

Førstvoterende behandler forsvarerens anførsel knyttet til det førstnevnte aspektet av forordningens formål, at den fremmer retten til fri bevegelighet. Konklusjonen er at forordningens formål ikke taler for å fravike EFTA-domstolens tolkning, fordi dette formålet kun er et «overordnet» formål, og bestemmelsene om arbeidsløshetsytelsene fremmer et annet formål.<sup>91</sup>

Vi starter med å redegjøre for EU-domstolens avgjørelse i *De Cuyper*, som førstvoterende forankrer resonnetet i.<sup>92</sup> *De Cuyper* gjaldt en belgisk statsborger som flyttet til Frankrike mens han mottok arbeidsløshetsytelser. Belgisk lovgivning stilte krav om bosted i Belgia for rett til ytelsen. EU-domstolen kom til at bostedsvilkåret utgjorde en restriksjon på retten til fri bevegelighet i artikkel 18 EF, men at det kunne rettfærdiggjøres på grunnlag av slike kontrollhensyn som belgiske myndigheter anførte. I tilknytning til vurderingen av om det forelå mindre restriktive tiltak som var egnet til å oppfylle kontrollformålet uttalte EU-domstolen blant annet:

«In that regard it must be pointed out that the monitoring to be carried out as far as concerns unemployment allowances is of a specific nature which justifies the introduction of arrangements that are more restrictive than those imposed for monitoring in respect of other benefits.»<sup>93</sup>

EU-domstolen sier (1) at mer restriktive tiltak kan aksepteres for arbeidsløshetsytelser sammenlignet med andre ytelser og (2) dette er begrunnet i ytelsenes særtrekk. Dette er det samme som følger av artikkel 63, som modifierer eksportabilitetsprinsippet for slike ytelsers vedkommende.

---

<sup>90</sup> HR-2022-301-A *Dagpenger* avsn. 84.

<sup>91</sup> HR-2022-301-A *Dagpenger* avsn. 88.

<sup>92</sup> HR-2022-301-A *Dagpenger* avsn. 85.

<sup>93</sup> Sak C-406/04 *De Cuyper* (EU:C:2006:491) avsn. 45.

Med utgangspunkt i dette kan vi se nærmere på førstvoterendes begrunnelse for at forordningens formål ikke taler for å fravike EFTA-domstolens uttalelse.<sup>94</sup>

I avsnitt 85 starter førstvoterende med å konstatere at forordningen inneholder en særlig regulering av arbeidsløshetsytelsene, og at særreguleringen i artikkel 63 må «ses i lys av dette». Hva hun mener med dette er uklart. Trygdeforordningen inneholder særregler for samtlige ytelseskategorier omfattet av forordningen. At den også inneholder særlige regler for arbeidsløshetsytelsene sier derfor ikke så mye om innholdet i artikkel 63. I neste setning uttaler hun at arbeidsløshetsytelsene har en «særstilling» i forordningen, basert på deres spesielle karakter, noe hun mener praksis fra EU-domstolen, og *De Cuyper*, bekrefter. Dette er upresist. Som det fremgår av sitatet ovenfor sier ikke EU-domstolen at ytelsene har en særstilling i forordningen, men at de har visse særtrekk som reguleringen tilpasser seg. Særtrekkene innebærer at den absolutte regelen om opphevelse av bostedskrav i artikkel 7 ikke passer for arbeidsløshetsytelser generelt, og at mer restriktive tiltak må aksepteres for disse ytelsene.

I avsnitt 86 uttaler førstvoterende at det som skiller ytelser ved arbeidsløshet fra andre trygdeytelser «er at mottakere av dagpenger forutsetningsvis er arbeidsføre og dermed så raskt som mulig skal returnere til arbeidsmarkedet».<sup>95</sup> Hva hun slutter fra dette forklarer hun ikke uttrykkelig. I avsnittet viser hun til EU-kommisjonens skriftlige innlegg i sak E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet*. Kommisjonen argumenterte for den samme tolkningen som EFTA-domstolen falt ned på, men argumentene som fremgår av det skriftlige innlegget var i det vesentlige de samme som fremgår av avgjørelsene i sakene.

Avsnitt 85 og 86 gir samlet sett uttrykk for følgende betraktning: Arbeidsløshetsytelsene er spesielle fordi de gis til personer som er arbeidsføre og som så raskt som mulig skal returnere til arbeidslivet. Bestemmelsene om arbeidsløshetsytelser forfølger derfor et særskilt formål.

Det er viktig å holde formålene som forfølges av nasjonal rett adskilt fra formålene som forfølges av forordningen. Ett av formålene med den norske dagpengeordningen er å sikre en så rask retur til arbeidslivet som mulig. Det samme er antakelig tilfelle for arbeidsløshetsytelsene i de fleste land. Det betyr imidlertid ikke at også forordningen forfølger slike formål. Som nevnt følger det av forordningens hjemmelsbestemmelse, forordningen selv og EU-domstolens rettspraksis at formålet er å fremme fri bevegelse gjennom koordinering, og at dette er det eneste formålet.

Dersom forordningen tolkes i tråd med dens formål, vil målet om en rask retur til arbeidslivet fullt ut kunne ivaretas av nasjonal rett. Artikkel 63 tar hensyn til arbeidsløshetsytelsenes særtrekk og åpner for at statene kan vedta de vilkår de anser nødvendige for å sikre at stønadsmottakerne returnerer til arbeidslivet så raskt som mulig. Dersom reglene om fri bevegelse kommer til anvendelse, vil ytelsenes særtrekk og statenes behov for å sikre en rask retur til arbeidslivet ivaretas i prøvingen av om vilkårene kan *rettferdiggjøres*. Verken ytelsenes særtrekk eller statenes særskilte behov gjør det nødvendig å tolke forordningen på tvers av det angitte formålet. En tolkning i tråd med forordningens formål tar dessuten høyde for at det kan finnes nasjonale restriksjoner som ikke kan

---

<sup>94</sup> HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 85–87.

<sup>95</sup> Som en karakteristikk av ytelsene som i forordningens system kategoriseres som arbeidsløshetsytelser er antakelig dette riktig. Men det er ikke presist som en definisjon av hvilke ytelser som omfattes av kategorien «ytelser ved arbeidsløshet». EU-domstolen har tidligere klassifisert ytelser som arbeidsløshetsytelser i tilfeller der stønadsmottakerne ikke har vært forpliktet til å stå tilgjengelig for arbeid, jf. sak C-406/06 *De Cuyper* (EU:C:2006:491) avsn. 30 og 34 og sak C-228/07 *Petersen* (EU:C:2008:494) avsn. 32 og 36.



begrunnes i allmenne hensyn eller som ikke oppfyller kravene til forholdsmessighet, og som derfor må settes til side.

I avsnitt 87 siterer førstvoterende fra trygdekoordineringsutvalgets utredning,<sup>96</sup> men uten å forklare hva hun utleder av den. En norsk utredning kan ikke i seg selv brukes til å avklare innholdet i EØS-retten. I sitatet fremgår det at arbeidsløshetsytelsene «i all hovedsak er unntatt fra eksport». Som vi har forklart i punkt 2.2, referer begrepet eksport i trygdekoordineringsretten til TEUV artikkel 48 første avsnitt bokstav b, ikke til reglene om fri bevegelighet. Også trygdekoordineringsutvalget bruker begrepet på denne måten.<sup>97</sup> Sitatet fra utredningen kaster derfor ikke lys over spørsmålet som drøftes.

I avsnitt 88 konkluderer førstvoterende med at forordningens formål ikke tilsier at EFTA-domstolens tolkning bør fravikes. Vi kan ikke se at dette er tilstrekkelig begrunnet. Hun vurderer ikke om den forståelsen hun legger til grunn, som går ut på at bestemmelsene om arbeidsløshetsytelser forfølger rent trygdepolitiske formål, kan forenes med forordningens formål. Hun imøtegår ikke anførselen om at tolkningen ikke fremmer retten til fri bevegelighet. Førstvoterendes tolkning av forordningen avviker fra den vanlige måten å tolke forordninger på, hvor det legges stor vekt formålsbetraktninger.<sup>98</sup> Vi savner for øvrig en vurdering av forholdet til forordningens hjemmelsbestemmelse, artikkel 48 TEUV, som kun gir hjemmel for å vedta regler som gjennomfører retten til fri bevegelighet.

#### **4.4 Forståelsen av trygdeforordningen artikkel 64**

##### Utgangspunktene

EFTA-domstolen kom til at artiklene 64, 65 og 65a uttømmende regulerer tilfellene der den kompetente staten har plikt til å la mottakere av arbeidsløshetsytelser beholde ytelsene selv om de oppholder seg i andre EØS-stater.<sup>99</sup> Det innebærer at bestemmelsene fullharmoniserer retten til fri bevegelighet, slik at de forhindrer en stønadmottaker fra å kreve at vilkår i nasjonal rett må settes til side fordi de utgjør en restriksjon på retten til fri bevegelighet som ikke kan rettfærdiggjøres.<sup>100</sup> Forutsetningen for EFTA-domstolens tolkning er at bestemmelsene fremmer og presiserer de grunnleggende frihetene på en måte som gjør anvendelsen av reglene om fri bevegelighet overflødig.<sup>101</sup>

Artiklene 65 og 65a gjelder spesielle situasjoner. Det sentrale spørsmålet er hvordan artikkel 64 er å forstå. Artikkel 64 nr. 1 gjelder «en helt arbeidsløs person ... som reiser til en annen medlemsstat for å søke arbeid der». I sin kjerne innebærer bestemmelsen at vedkommende blir fritatt fra forpliktelsene i den kompetente staten, men får beholde arbeidsløshetsytelsen i opptil tre måneder mot å underlegge seg kontrollordningene og vilkårene i vertsstatens lovgivning.<sup>102</sup>

---

<sup>96</sup> NOU 2021: 8.

<sup>97</sup> NOU 2021: 8 s. 24-25.

<sup>98</sup> Se punkt 2.2 ovenfor.

<sup>99</sup> Sak E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 58.

<sup>100</sup> Sak E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 61.

<sup>101</sup> Forordningens hjemmelsbestemmelse, artikkel 48 TEUV, åpner nemlig ikke for å gjøre unntak fra de grunnleggende reglene om fri bevegelighet.

<sup>102</sup> Se EU-domstolens oppsummering av essensen i bestemmelsen i forente saker 41/79, 121/79 og 796/79 *Testa* (EU:C:1980:163) avsn. 4.

Det er to måter å forstå bestemmelsen på. EFTA-domstolen legger til grunn at bestemmelsen gjelder alle «som reiser til en annen medlemsstat», også personer som ikke reiser for å søke arbeid der. I så fall regulerer den generelt og uttømmende mulighetene til fri bevegelse for mottakere av arbeidsløshetsytelser. Bare når vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, har vedkommende rett til å beholde arbeidsløshetsytelsen under opphold i andre EØS-land. Vedkommende kan ikke på grunnlag av reglene om fri bevegelse kreve å få satt nasjonale vilkår til side for å beholde ytelsen under opphold i andre EØS-land.

Alternativet er å forstå bestemmelsen slik at den gir stønadsmottakeren en selvstendig rettighet til å søke arbeid i en annen EØS-stat. I så fall vil det være opp til stønadsmottakeren selv om vedkommende ønsker å benytte seg av den. Dersom stønadsmottakeren ikke benytter seg av retten, kan vedkommende i stedet velge å anføre at nasjonale regler er i strid med retten til å motta tjenester i andre EØS-land, og at restriksjoner som ikke kan rettferdiggjøres må settes til side. Om et slikt krav vil føre frem er langt fra sikkert, men med denne tolkningen av bestemmelsen er den i det minste ikke til hinder for at kravet settes frem.

Bestemmelsens utforming taler for at den gir en særrett og ikke tar sikte på å regulere retten til fri bevegelse i sin alminnelighet. Det sentrale er at bestemmelsen gir noe annet enn reglene om fri bevegelse kan gi – en rett til å bli fri fra arbeidsformidlingen i den kompetente staten i en bestemt periode for å søke jobb i en annen EØS-stat. En stønadsmottaker kan ikke på grunnlag av reglene om fri bevegelse bli løst fra en plikt til å være tilknyttet arbeidsformidlingen i den kompetente staten, dersom plikten er begrunnet i et legitimt hensyn og oppfyller kravene til forholdsmessighet. At bestemmelsen gir noe vedkommende ikke kan oppnå med reglene om fri bevegelse var enda klarere under den forrige trygdeforordningen, som ikke ga rett til å få utbetalt ytelsen fra den kompetente staten, men fra vertsstaten.<sup>103</sup> I tillegg kommer at bestemmelsen regulerer forholdet mellom stønadsmottakeren og myndighetene i vertsstaten. Dette fremstår ikke som en harmonisering av retten til fri bevegelse, men som en særlig regulering.

Med utgangspunkt i EU-domstolens praksis vil vi først forklare forholdet mellom artikkel 64 og EFTA-domstolens tolkning, før vi ser på Høyesteretts vurdering av spørsmålet.

#### Tilsier EU-domstolens forståelse av artikkel 64 at EFTA-domstolens tolkning bør fravikes?

Det er særlig to avgjørelser fra EU-domstolen som er vanskelig å forene med EFTA-domstolens tolkning. Den første er *d'Amico*, som gjaldt forløperen til artikkel 64, artikkel 69 i forordningen 1408/71.<sup>104</sup> I *d'Amico* beskriver EU-domstolen bakgrunnen for bestemmelsen slik:

«4 The right to unemployment benefit presupposes that the unemployed person is available to the employment bureau at which he is registered, as appears from Chapter 6 of Regulation No 1408/71, in particular Articles 69 and 71 thereof.

Because vacant posts vary from one region of the Community to another, unemployment benefits are linked to the geographical region in which the person concerned became unemployed.

<sup>103</sup> Forordning 1408/71 artikkel 70 nr. 1.

<sup>104</sup> I hovedsak var forordning 883/2004 en modernisering og forenkling av forordning 1408/71, se fortalen punkt 3 i forordning 883/2004. Rettspraksis knyttet til forordning 1408/71 artikkel 69 har, der den passer, blitt lagt til grunn i saker som gjelder forordning 883/2004 artikkel 64, se for eksempel Sak C-551/16 *Klein Schiphorst* (EU:C:2018:220) avsn. 35 og 45.

5 To enable an unemployed worker to move to seek work, Community law has provided that an unemployed worker may under certain conditions move within the Community whilst retaining the right to unemployment benefit.

Thus, according to the ninth recital in the preamble to Regulation No 1408/71, in order to facilitate search for employment in the various Member States, it is appropriate to grant to an unemployed worker, for a limited period, the unemployment benefits provided for by the legislation of the Member State to which he was last subject.»<sup>105</sup>

EU-domstolen legger til grunn at retten til å søke arbeid i andre land ble innført fordi stønadsmottakerne ellers ikke ville hatt denne muligheten. I fravær av en særlig rettighet er nemlig stønadsmottakerne vanligvis forhindret av forpliktelser i nasjonal rett om å stå tilgjengelig for arbeidsformidlingen der de ble arbeidsledige, for eksempel i form av en plikt til å søke arbeid eller møte opp på arbeidsformidlingen.<sup>106</sup> I Norge er mottakere av dagpenger, som nevnt i punkt 2.1, underlagt en plikt til å drive aktiv jobbsøking eller annen aktivitet for å komme i arbeid, og det skal som hovedregel fastsettes konkrete aktiviteter i en skriftlig avtale mellom NAV og stønadsmottakeren. Slike aktiviteter kan være til hinder for å dra til et annet land for å søke jobb.

I *d'Amico* forutsetter EU-domstolen at kravet om å være tilgjengelig for nasjonal arbeidsformidling normalt vil være legitimt. Reglene om fri bevegelse kan ikke anføres for å sette til side vilkår som kan begrunnes i et legitimt hensyn og som er forholdsmessige.<sup>107</sup> Slike lovlige plikter vil utgjøre et hinder for å dra til andre land for å søke jobb. Plikter som derimot er i strid med retten til fri bevegelse må settes til side, og vil ikke utgjøre et hinder. Antakelsen om at pliktene normalt vil være lovlige knytter seg til arbeidsløshetsytelsenes karakter og er ikke overraskende.<sup>108</sup> Artikkel 63 unntar arbeidsløshetsytelser fra den absolutte opphevelsen av bostedskrav i artikkel 7, og åpner dermed for restriksjoner for arbeidsløshetsytelsene som det ikke er mulig å innføre for andre ytelser. EU-domstolens prøving av bostedskravet i *De Cuyper* ble underlagt en mild vurdering.<sup>109</sup> Det kan ikke være tvil om at medlemsstatene kan pålegge mottakerne av arbeidsløshetsytelser plikter som i relativt stor grad legger bånd på muligheten til å utøve retten til fri bevegelse. Artikkel 64 gir stønadsmottakeren rett til å bli løst fra slike plikter. Den gir altså rett til noe annet enn det reglene om fri bevegelse kan gi.

EU-domstolens beskrivelse i *d'Amico* er vanskelig å forene med EFTA-domstolens tolkning. EFTA-domstolen legger til grunn at bestemmelsen uttømmende regulerer retten til fri bevegelse, mens EU-domstolen beskriver den som en selvstendig rett, uavhengig av retten til fri bevegelse. Det er ikke holdepunkter i dommen for at det var meningen at den skulle erstatte den grunnleggende retten til fri bevegelse.

Også i *Testa* kom EU-domstolen med prinsipielle uttalelser om artikkel 69 i forordning 1408/71. I henhold til artikkel 69 nr. 2 var retten begrenset til 3 måneder.<sup>110</sup> Saken gjaldt stønadsmottakere som returnerte først etter utløpet av denne perioden. Ifølge artikkel 69 nr. 2 falt retten til ytelsen bort ved retur etter utløpet av perioden. Spørsmålet for EU-domstolen var om denne regelen var i strid med retten til fri bevegelse for arbeidstakere og dermed ugyldig. Domstolen uttalte:

---

<sup>105</sup> Sak C-20/75 *d'Amico mot Landesversicherungsanstalt Rheinland-Pfalz* (EU:C:1975:101) avsn. 4–5.

<sup>106</sup> Reglene er ikke harmonisert og det er derfor opp til statene å utforme det nærmere innholdet i eventuelle plikter, jf. sak C-215/00 *Rydergård* (EU:C:2002:111) avsn. 21–27.

<sup>107</sup> Jf. forente saker E-11/07 og E-11/08 *Rindal og Slinning* avsn. 43.

<sup>108</sup> Se uttalelsen fra generaladvokaten i sak C-406/04 *De Cuyper* (EU:C:2006:77) avsn. 58–59.

<sup>109</sup> Jf. sak C-406/04 *De Cuyper* (EU:C:2006:491) avsn. 45–46.

<sup>110</sup> Forente saker 41/79, 121/79 og 796/79 *Testa* (EU:C:1980:163).

«13. As the Court has already observed in its judgment of 20 March 1979 in Case 139/78 *Coccioli v Bundesanstalt für Arbeit* [1979] ECR 991, in giving a worker the right to go to another Member State to seek employment there, Article 69 of Regulation No 1408/71 confers on a person availing himself of that provision an advantage as compared with a person who remains in the competent State inasmuch as, by the effect of Article 69, he is freed for a period of three months of the duty to keep himself available to the employment services of the competent State and to be subject to the control procedure organized therein, even though he must register with the employment services of the Member State to which he goes.

14. The right to retain unemployment benefits conferred by Article 69 therefore contributes to ensuring freedom of movement for workers in accordance with Article 51 of the Treaty. The fact that that advantage is limited in time and subject to the observance of certain conditions is not such as to bring Article 69 (2) into conflict with Article 51. The latter provision does not prohibit the Community legislature from attaching conditions to the rights and advantages which it accords in order to ensure freedom of movement for workers or from determining the limits thereto.

15. As part of a special system of rules which gives rights to workers which they would not otherwise have, Article 69 (2) cannot therefore be equated with the provisions held invalid by the Court in its judgments of 21 October 1975 in Case 24/75 *Petroni* [1975] ECR 1149 and of 13 October 1977 in Case 112/76 *Manzoni* [1977] ECR 1647, to the extent to which their effect was to cause workers to lose advantages in the field of social security guaranteed to them in any event by the legislation of a single Member State.»<sup>111</sup>

Både i de siterte avsnittene og i dommen for øvrig,<sup>112</sup> beskriver EU-domstolen artikkel 69 som en særrett, og ikke som en regulering av retten til fri bevegelighet. Dette skiller seg grunnleggende fra EFTA-domstolens forståelse av artikkel 64 i forordning 883/2004 som en generell regulering av retten til fri bevegelighet.

EU-domstolen uttaler at artikkel 69 i forordning 1408/71 gir en *rettighet* som stønadsmottakeren ellers ikke ville ha hatt.<sup>113</sup> I fravær av trygdeforordningen vil selvsagt stønadsmottakeren ha *retten* til fri bevegelighet i behold.<sup>114</sup> Uttalelsen referer altså ikke til denne rettigheten, men til retten til å bli løst fra pliktene vedkommende ellers ville ha vært underlagt, jf. avsnitt 13. Dette kan ikke forenes med EFTA-domstolens tolkning, som går ut på at artikkel 64 i forordning 883/2004 harmoniserer retten til fri bevegelighet, altså en rettighet vedkommende ellers ville ha hatt.

Videre er det vanskelig å forene EU-domstolens vurdering av bestemmelsens gyldighet med EFTA-domstolens tolkning. Essensen i vurderingen er at rettigheten i artikkel 69 i forordning 1408/71 ikke er i strid med retten til fri bevegelighet, fordi den utelukkende er til stønadsmottakernes fordel ved at den gir dem mer enn de ellers ville ha hatt, nemlig retten til å bli løst fra (de lovlige) pliktene i den kompetente staten. En fordel som kommer på toppen av andre rettigheter kan naturligvis begrenses uten at den kommer i strid med retten til fri bevegelighet. Resonnementet gir god mening om vi betrakter artikkel 69 (og artikkel 64 i forordning 883/2004) som en særrett som kommer i tillegg til reglene om fri bevegelighet. Det gir imidlertid ikke mening om vi forutsetter at bestemmelsen

---

<sup>111</sup> Forente saker 41/79, 121/79 og 796/79 *Testa* (EU:C:1980:163) avsn. 13–15.

<sup>112</sup> Se f.eks. forente saker 41/79, 121/79 og 796/79 *Testa* (EU:C:1980:163) avsn. 4, 5 og 19.

<sup>113</sup> Forente saker 41/79, 121/79 og 796/79 *Testa* (EU:C:1980:163) avsnitt 15.

<sup>114</sup> Se f.eks. sak C-443/93 *Vougioukas* (EU:C:1995:394) avsn. 44. Om et krav om å sette nasjonale plikter og vilkår til side faktisk fører frem er en annen sak.

harmoniserer retten til fri bevegelighet. I så fall forvandles vilkårene og begrensningene for særretten til vilkår og begrensninger for retten til fri bevegelighet. En slik forvandling er ubetinget til ulempe for stønadsmottakere som ønsker å dra til andre land på korte opphold uten å søke jobb, for eksempel for å besøke slektninger et par dager eller motta helsetjenester. Forholdet mellom artikkel 64 og retten til fri bevegelighet er i så fall langt mer komplekst enn det EU-domstolen forutsetter, og vurderingen av om begrensningen på tre måneder er i strid med retten til fri bevegelighet for arbeidstakere ville ha vært langt mer krevende.

#### Høyesteretts forståelse av artikkel 64

Førstvoterende drøfter ikke hvilket av de to tolkningsalternativene vi skisserte ovenfor i dette punktet som er riktig, men hun tiltrer EFTA-domstolens forståelse og legger til grunn at artiklene 64, 65 og 65a fullharmoniserer retten til fri bevegelighet.<sup>115</sup> Dommen inneholder ingen uttrykkelig drøftelse av om de delene av EU-domstolens rettspraksis vi omtalte ovenfor kan forenes med EFTA-domstolens tolkning. Dette er ikke i tråd med den vanlige tilnærmingen til tolknings spørsmål i EU- og EØS-retten, hvor det legges stor vekt på tidligere avgjørelser fra domstolene i Luxembourg.

Førstvoterende siterer avsnitt 59 i E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet*,<sup>116</sup> hvor EFTA-domstolen fremhever at rettigheten som gis i artikkel 64 er en fordel for stønadsmottakeren og at EØS-avtalen artikkel 29 «ikke forbyr lovgiveren fra å knytte vilkår til de rettigheter og fordeler den gir for å sikre fri bevegelighet for arbeidstakere, eller fastsette grenser for disse». Artikkel 29 reflekterer artikkel 48 TEUV, og uttalelsen er basert på avsnitt 14 i *Testa*, hvor EU-domstolen peker på at forordningens hjemmelsbestemmelse ikke forbyr EU-lovgiver å knytte vilkår til rettigheter og fordeler i koordineringsreglene, eller fastsette grenser for rettighetene.<sup>117</sup> EU-domstolens poeng er at slike vilkår ikke utgjør en restriksjon, fordi rettigheter og fordeler som gis i koordineringsreglene er til fordel for stønadsmottakerne, selv om de på ulike måter er betinget og begrenset. Rettighetene og fordelene begrenser ikke retten til fri bevegelighet.

Essensen i EU-domstolens vurdering går tapt på veien via EFTA-domstolens rådgivende uttalelse til Høyesteretts dom. Førstvoterende uttaler at artikkel 29 i EØS-avtalen «åpner for at medlemsstatene kan knytte vilkår til rettigheter og fordeler de gir for å sikre fri bevegelighet».<sup>118</sup> Med det forvandles uttalelsene som knytter seg til *EU-lovgivers* adgang til å gi rettigheter og fordeler til stønadsmottakerne til et argument for at *nasjonal lovgiver* kan begrense retten til fri bevegelighet.<sup>119</sup> Artikkel 29 i EØS-avtalen er imidlertid ikke en bestemmelse som gir myndighet til nasjonale lovgivere, slik forordningens hjemmelsbestemmelse er for EU-lovgiver. EU-domstolens og EFTA-domstolens uttalelser om TEUV artikkel 48 kan derfor ikke uten videre anvendes på EØS-avtalen artikkel 29.

#### Vil det bli lite igjen av retten i artikkel 64 om reglene om fri bevegelighet kommer inn som supplerende rettsgrunnlag?

---

<sup>115</sup> HR-2022-301-A *Dagpenger* avsn. 114–116.

<sup>116</sup> HR-2022-301-A *Dagpenger* avsn. 96.

<sup>117</sup> EU-domstolens uttalelse i *Testa* knytter seg til artikkel 51 EØF, som var forløperen til artikkel 48 TEUV.

<sup>118</sup> HR-2022-301-A *Dagpenger* avsn. 97.

Førstvoterende finner støtte for EFTA-domstolens tolkning i en effektivitetsbetraktning. Hun uttaler at det ville «bli lite igjen av de vilkår og begrensninger EU-lovgiver har fastsatt gjennom særreguleringen» om reglene om fri bevegelse skulle komme supplerende inn i tilfeller som ikke omfattes av artikkel 64.<sup>120</sup> Dette forklares ikke nærmere. Slik vi forstår uttalelsen, mener førstvoterende at reglene om fri bevegelse vil gi stønadsmottakerne rett til å bli fritatt fra forpliktelsene de er underlagt i nasjonal rett, slik at de kan dra til andre EØS-land uhindret av vilkårene og begrensningene i artikkel 64, noe som vil undergrave artikkel 64.

Artikkel 64 gir rett til å bli løst fra plikter stønadsmottakeren er underlagt i den kompetente staten, herunder eventuelle plikter til å stå tilgjengelig for arbeidsformidlingen og være underlagt kontroll, mot at vedkommende drar til et annet EØS-land og søker jobb der. Retten til arbeidsløshetsytelsen er i behold i minst tre måneder fra den dagen vedkommende ikke lenger er tilgjengelig for arbeidsformidlingen i den kompetente staten.<sup>121</sup> Dersom vedkommende returnerer etter utløpet av perioden vil retten til ytelsen gå tapt.<sup>122</sup> Dette er en følge av at den kompetente staten er forhindret fra å kreve at stønadsmottakerne oppfyller nasjonale plikter.

Reglene om fri bevegelse gir ikke stønadsmottakeren det samme. Vedkommende vil kun kreve seg fritatt fra plikter og kontrollordninger som ikke fremmer et legitimt formål og oppfyller kravene til forholdsmessighet. Plikter som er begrunnet i saklige hensyn og oppfyller kravene til forholdsmessighet rammes ikke. Dette var EU-domstolens poeng i *d'Amico* nevnt ovenfor, hvor den forklarte at eksportretten i forordningen ble innført nettopp fordi stønadsmottakeren ellers ikke ville hatt muligheten til å søke jobb i andre land. Å anvende reglene om fri bevegelse vil derfor ikke medføre at det blir lite igjen av retten etablert i artikkel 64.

Synspunktet førstvoterende gir uttrykk for – at reglene om fri bevegelse gir stønadsmottakerne en rett til å bli fritatt fra pliktene i nasjonal rett og oppholde seg i andre land – forutsetter at pliktene er ulovlige, i strid med prinsippene om fri bevegelse. På den ene siden forutsetter hun altså at vilkårene vil være ulovlige og ulovlige om de prøves mot retten til fri bevegelse, mens hun på den andre siden argumenterer for at forordningen forfølger helt legitime hensyn når den betingelsesløst tillater nasjonale bosteds- og oppholds krav. Det er vanskelig å få dette til å henge sammen.

Etter vårt syn er det ikke grunnlag for førstvoterendes argument om at det ville bli lite igjen av de vilkår og begrensninger som fremgår av artikkel 64 om reglene om fri bevegelse kommer supplerende inn. Artikkel 64 etablerer et selvstendig unntak fra pliktene i nasjonal rett som reglene om fri bevegelse aldri vil kunne gi.

#### **4.5 EU-domstolens rettspraksis om forholdet mellom de grunnleggende reglene om fri bevegelse og forordningens bestemmelser om arbeidsløshetsytelser**

##### Innledning

EFTA-domstolens tolkning innebærer at de grunnleggende reglene om fri bevegelse ikke supplerer forordningens bestemmelser om arbeidsløshetsytelser. Forsvareren anførte at dette ikke er i tråd med EU-domstolens tilnærming. Vi ser først på saker der EU-domstolen *har supplert* bestemmelsene om arbeidsløshetsytelser, deretter på saker der domstolen *ikke har supplert*

---

<sup>120</sup> HR-2022-301-A *Dagpenger* avsn. 111.

<sup>121</sup> Forordning 883/2004 artikkel 64 nr. 1 bokstav c.

<sup>122</sup> Forordning 883/2004 artikkel 64 nr. 2.

bestemmelsene, og til slutt på andre saker om forholdet mellom trygdeforordningen og de grunnleggende reglene om fri bevegelighet.

### Saker der EU-domstolen har supplert bestemmelsene om arbeidsløshetsytelser

I likhet med det som var tilfelle i dagpengesaken, gjaldt *De Cuyper* og *Petersen* tilfeller som falt utenfor forordningens bestemmelser om arbeidsløshetsytelser.<sup>123</sup> I begge sakene supplerte EU-domstolen bestemmelsene med reglene om fri bevegelighet. Som nevnt ovenfor gjaldt *De Cuyper* en belgisk statsborger som flyttet til Frankrike mens han mottok arbeidsløshetsytelser. Han benyttet seg ikke av forordningens rett til eksport. EU-domstolen kom til at bostedsvilkåret i nasjonal rett utgjorde en restriksjon på retten til fri bevegelighet i artikkel 18 EF, men at det kunne rettfærdiggjøres på grunnlag av slike kontrollhensyn som belgiske myndigheter anførte. Også *Petersen* gjaldt et bostedskrav, men i østerriksk lovgivning. Petersen var en tysk statsborger som hadde jobbet i Østerrike. I påvente av at en søknad om uføretrygd ble behandlet, mottok han en ytelse som EU-domstolen klassifiserte som en arbeidsløshetsytelse. Petersen flyttet til Tyskland og mistet ytelsen. EU-domstolen kom til at bostedskravet utgjorde en restriksjon på retten til fri bevegelighet som ikke kunne rettfærdiggjøres og at Petersen derfor beholdt retten til ytelsen etter å ha flyttet til Tyskland.

EFTA-domstolen pekte på at stønadsmottakerne i sakene var unntatt fra plikten til å stå til rådighet for arbeidsmarkedet, og at sakene dermed burde «sees atskilt fra situasjonene som omfattes av forordningen artikkel 64, slik som dem hovedsaken gjelder, der ytelsene ved arbeidsløshet er knyttet til den enkeltes plikt til å stå til rådighet for å besette stillinger på arbeidsmarkedet».<sup>124</sup>

Med henvisning til både Trygderettens kjennelse og artikkelen til professorene Bekkedal og Andenæs, argumenterte forsvareren for en annen forståelse av dommene,<sup>125</sup> i tråd med det EU-domstolen selv gir uttrykk for i de to avgjørelsene. I begge avgjørelsene går EU-domstolen til reglene om fri bevegelighet så snart den har konstatert at stønadsmottakerne ikke hadde benyttet seg av retten til eksport i artikkel 69 i forordning 1408/71. Dette er i samsvar med domstolens vanlige tilnærming, hvor primærretten supplerer forordningen.<sup>126</sup> EU-domstolen nevner ikke fraværet av en plikt til å stå tilgjengelig for arbeid. Dommene gir et klart inntrykk av at reglene om fri bevegelighet kom til anvendelse fordi tilfellene ikke var omfattet av forordningens særregulering.

EU-domstolens tolkning av forordningen spiller naturligvis en stor rolle ved vurderingen av om det foreligger «gode og tungtveiende grunner» for å fravike EFTA-domstolens tolkning. Ettersom EFTA-domstolens tilnærming er en annen enn den EU-domstolen selv beskriver i både *De Cuyper* og *Petersen*, var det grunn til å forvente at Høyesterett ville gå nærmere inn på hvordan dommene best er å forstå. Når EFTA-domstolen tar avstand fra den tilnærmingen som EU-domstolen selv beskriver i dommene, oppstår det spørsmål om EFTA-domstolens tolkning er riktig.

Til tross for at førstvoterende bruker syv avsnitt på avgjørelsene, går hun ikke nærmere inn på innvendingene som hadde kommet mot EFTA-domstolens forståelse av dommene. Hun konkluderer med at det ikke er «grunnlag for å forstå dommene slik at de helt generelt fastslår at enhver situasjon der stønadsmottakeren ikke oppfyller vilkårene i artiklene 64, 65 og 65a, og ved det faller

---

<sup>123</sup> Sak C-406/04 *De Cuyper* (EU:C:2006:491) avsn. 38 og sak C-228/07 *Petersen* (EU:C:2008:494) avsn. 40.

<sup>124</sup> E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 52.

<sup>125</sup> Se TRR-2019-2736 og Bekkedal/Andenæs, *Lov og Rett* 2022, s. 12–13.

<sup>126</sup> Se for eksempel sak C-3/08 *Leyman* (EU:C:2009:595) og sak C-158/96 *Kohll* (EU:C:1998:171).

utenfor forordningens regulering, må prøves mot hovedreglene om fri bevegelighet». <sup>127</sup> Vi savner en nærmere vurdering av forholdet mellom EFTA-domstolens tolkning og det EU-domstolen selv sier i dommene. I stedet for å vurdere hvordan dommene som sådan best er å forstå, støtter førstvoterende seg på holdepunkter utenfor dommene, herunder det særlige formålet bak trygdeforordningens regulering, som hun identifiserte tidligere i avgjørelsen og som vi har drøftet under punkt 4.3, og *Testa* og *Klein Schiphorst*, som vi drøfter i neste punkt.

Førstvoterende uttaler at *De Cuyper* og *Petersen* gjør det klart at reglene om fri bevegelighet «etter omstendighetene» kommer til anvendelse. <sup>128</sup> Dette er vanskelig å forene med den forståelsen som legges til grunn ellers i dommen, og som går ut på at forordningens bestemmelser om arbeidsløshetsytelser harmoniserer retten til fri bevegelighet for mottakere av arbeidsløshetsytelser, slik at de grunnleggende reglene ikke kommer til anvendelse. Førstvoterende gir ingen tilfredsstillende forklaring på hvorfor reglene om fri bevegelighet likevel «etter omstendighetene» skulle komme til anvendelse.

Sondringen mellom tilfeller der de grunnleggende frihetene kommer til anvendelse og tilfeller der de ikke kommer til anvendelse reiser en rekke spørsmål, som vi ikke behandler i denne artikkelen. Det er for eksempel uklart hva grunnlaget for sondringen er og hvordan den skal trekkes. Både EFTA-domstolen og flertallet i Høyesterett legger vekt på om stønadsmottakeren er underlagt en plikt til å være tilgjengelig for arbeid. <sup>129</sup> Hvorfor akkurat dette skulle være avgjørende er ikke klart, men det er muligens basert på en tanke om at artikkel 64 harmoniserer retten til fri bevegelighet for stønadsmottakere som er underlagt en plikt som forhindrer dem fra å dra til andre land for å søke jobb. I så fall er det vanskelig å forstå hvorfor verken EFTA-domstolen eller Høyesterett vurderer om stønadsmottakerne i E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet*, E-15/20 *Straffesak mot P* og HR-2023-301-A *Dagpenger* faktisk var underlagt en plikt til å stå tilgjengelig for arbeid som forhindret dem fra å oppholde seg i andre EØS-land. Dersom stønadsmottakerne ikke var underlagt en slik plikt er det vanskelig å se den prinsipielle forskjellen mellom situasjonene i *De Cuyper* og *Petersen* på den ene siden og situasjonene i sakene som er behandlet av EFTA-domstolen og Høyesterett på den andre, ettersom ingen av stønadsmottakerne var underlagt en plikt til å være tilgjengelig for arbeid som forhindret opphold i andre EØS-land.

### Saker der EU-domstolen ikke har supplert bestemmelsene om arbeidsløshetsytelser

Førstvoterende finner støtte for EFTA-domstolens fortolkning i *Klein Schiphorst* og *Testa*. I begge sakene gikk retten til arbeidsløshetsytelser tapt på grunn av forordningens regler, men EU-domstolen foretok ingen supplerende vurdering av om retten til fri bevegelighet kunne gi stønadsmottakerne rett til å beholde ytelsene. Førstvoterende mener at dette taler for at primærretten ikke kommer inn som et supplerende og selvstendig rettsgrunnlag i tillegg til forordningens bestemmelser.

Som dommer Falch peker på i avsnitt 138 i sin særmerknad, gjaldt både *Testa* og *Klein Schiphorst* personer som hadde benyttet seg av eksportretten i henholdsvis artikkel 64 i forordning 883/2004 og artikkel 69 i forordning 1408/71 – altså tilfeller som falt *innenfor* reglene i forordningen. Som vi har vært inne på flere ganger ovenfor gir eksportretten i disse bestemmelsene noe annet enn reglene om fri bevegelighet kan gi. Det må derfor være klart at reglene om fri bevegelighet ikke kan utvide rettigheten som gis i artikkel 64 i forordning 883/2004, verken i tid eller substans. Når eksportretten etter trygdeforordningen utløper, kan ikke stønadsmottakerne etablere en tilsvarende rettighet på grunnlag av reglene om fri bevegelighet fra og med fjerde måned. Retten til fri bevegelighet kan i høyden etablere en rett til å sette ulovlige nasjonale vilkår og begrensninger til side, ikke til å etablere et frittstående unntak fra nasjonale regler. For å benytte seg av retten til fri bevegelighet må vedkommende i det minste underlegge seg kontrollsystemet og oppfylle samtlige (lovlige) vilkår i den kompetente staten før det kan bli tale om å oppholde seg i andre land på

---

<sup>127</sup> HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 108.

<sup>128</sup> HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 107.

<sup>129</sup> HR-2023-301-A *Dagpenger* avsn. 112 og sak E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet* avsn. 52.



grunnlag av reglene om fri bevegelse. Verken i *Testa* eller i *Klein Schiphorst* returnerte stønadsmottakerne til den kompetente staten. Dommene sier derfor ingenting om hvorvidt reglene om fri bevegelse supplerer forordningens bestemmelser om arbeidsløshetsytelser i tilfeller som faller utenfor artiklene 64, 65 og 65a.<sup>130</sup>

Vi er ikke kjent med noen saker hvor EU-domstolen har kommet til at reglene om fri bevegelse ikke kommer til anvendelse fordi forordningens bestemmelser er fullharmoniserende, slik EFTA-domstolen legger til grunn.

#### Andre saker om forholdet mellom trygdeforordningen og reglene om fri bevegelse

EFTA-domstolens tolkning står i kontrast til EU-domstolens tilnærming i mange andre saker. Det vanlige er at domstolen anvender reglene om fri bevegelse på nasjonale bestemmelser, selv om de er uttrykkelig tillatt av trygdeforordningen.<sup>131</sup> Vi skal kort redegjøre for én sak som illustrerer dette.

EU-domstolens avgjørelse i *Hendrix* gjaldt en særlig ikke-avgiftsbasert kontantytelse.<sup>132</sup> Som nevnt i punkt 4.1, er bostedsvilkår for disse ytelsene positivt tillatt av forordningen.<sup>133</sup> Regelen er en integrert del av det særlige koordineringssystemet for disse ytelsene, som er basert på at personer omfattet av forordningen krever ytelse i sitt bostedsland.<sup>134</sup> Dette er begrunnet i ytelsenes særtrekk, som gjør dem lite egnet for eksport.<sup>135</sup>

Hendrix var i tilpasset arbeid i Nederland, hvor arbeidsforholdet var betinget av at arbeidsgiveren kunne betale lønn under lovfestet minimum. Han ble kompensert for dette i form av en nederlandsk uføreytelse. Da han flyttet til Belgia ble ytelsen stanset, fordi den var betinget av bosted i Nederland. Ett av spørsmålene for EU-domstolen var om Hendrix kunne kreve å beholde ytelsen på grunnlag av retten til fri bevegelse for arbeidstakere.<sup>136</sup> Domstolen uttalte blant annet at trygdeforordningen må tolkes i tråd med dens formål, som er «to contribute to the establishment of the greatest possible freedom of movement for migrant workers».<sup>137</sup> Bostedsvilkåret kunne opprettholdes kun dersom det kunne rettferdiggjøres.<sup>138</sup> Dette står i kontrast til EFTA-domstolens tolkning, hvor bestemmelsene om arbeidsløshetsytelser ikke tolkes i tråd med forordningens formål og krav om fysisk opphold i den kompetente staten er lovlige selv om de ikke kan rettferdiggjøres.

Forholdet mellom EFTA-domstolens tolkning og EU-domstolens øvrige rettspraksis er ikke behandlet av Høyesterett.

---

<sup>130</sup> Sak C-551/16 *Klein Schiphorst* (EU:C:2018:200) avsn. 53. EU-domstolen anvendte for øvrig primærretten i *Klein Schiphorst*, se Tarjei Bekkedal og Mads Andenæs, «The reach of jobseeker rights to free movement: On the complementary relationship between primary and secondary law», *Oslo Law Review*, 1/2022 s. 4–25 (<https://doi.org/10.18261/olr.9.1.1>), på s. 18–19.

<sup>131</sup> Se for eksempel C-3/08 *Leyman* (EU:C:2009:595) og sak C-158/96 *Kohll* (EU:C:1998:171).

<sup>132</sup> Sak C-287/05 *Hendrix* (EU:C:2007:494).

<sup>133</sup> Forordning 883/2004 artikkel 70(3) og (4) og forordning 1408/71 artikkel 10a(1). Se også C-287/05 *Hendrix* (EU:C:2007:494) avsn. 38.

<sup>134</sup> Jf. sak C-20/96 *Snares* (EU:C:1997:518) avsn. 48–50.

<sup>135</sup> Jf. forordning 883/2004 fortalen punkt 13 og artikkel 70 (2) (a) og endringsforordning 1247/92 fortalen punkt 6. Se også sak C-20/96 *Snares* (EU:C:1997:518) avsn. 44 og sak C-160/02 *Skalka* (EU:C:2004:269) avsn. 24.

<sup>136</sup> Sak C-287/05 *Hendrix* (EU:C:2007:494) avsn. 39.

<sup>137</sup> Sak C-287/05 *Hendrix* (EU:C:2007:494) avsn. 52.

<sup>138</sup> Sak C-287/05 *Hendrix* (EU:C:2007:494) avsn. 54.

## 5. Oppsummering

I dagpengesaken avklarer Høyesterett forholdet mellom oppholdskravet for rett til dagpenger i folketrygdloven § 4-2 og EØS-avtalen. Oppholdskravet er ikke i strid med EØS-avtalen og kan anvendes på stønadsmottakere som samtidig er underlagt de alminnelige vilkårene for å være reell arbeidssøker i folketrygdloven § 4-5 i tilfeller som ikke er omfattet av artiklene 64, 65 og 65a.

Flertallet i Høyesterett legger EFTA-domstolens tolkning av trygdeforordningen til grunn. EFTA-domstolen konkluderte med at artiklene 64, 65 og 65a i trygdeforordningen uttømmende regulerer de eneste tre tilfellene der EØS-statene har plikt til å la en mottaker av arbeidsløshetsytelser beholde ytelsen under opphold i andre EØS-stater. Trygdeforordningen tillater statene å ha oppholds krav for rett til arbeidsløshetsytelser i andre tilfeller. Reglene om fri bevegelse kommer ikke til anvendelse dersom stønadsmottakeren er underlagt en plikt til å være tilgjengelig for arbeidsmarkedet.

I denne artikkelen har vi sett nærmere på Høyesteretts vurdering av om det forelå «gode og tungtveiende grunner» for å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelser. Vi har vist at vesentlige innvendinger mot EFTA-domstolens tolkning ikke blir behandlet og at deler av høyesterettsdommen ikke er begrunnet på en overbevisende måte. Videre har vi vist at Høyesteretts tilnærming avviker fra etablert europarettlig metode, hvor sekundærlovgivningen tolkes i lys av lovgivningens formål og de grunnleggende reglene i primærretten. I denne saken ser domstolene bort fra både forordningens formål og prinsippene om fri bevegelse, og sentrale deler av EU-domstolens rettspraksis er ikke hensyntatt. Tolkningen er heller ikke forankret i forordningens ordlyd.

Den 10. mai 2023 kom EFTAs overvåkningsorgan med en grunnlagt uttalelse,<sup>139</sup> hvor organet konkluderer med at de islandske reglene er i strid med flere bestemmelser i EØS-avtalen, herunder tjenestefriheten. Bakgrunnen er at den islandske arbeidsløshetsytelsen faller bort i perioder stønadsmottakerne oppholder seg i andre EØS-land, selv om formålet med oppholdet er å motta helsetjenester. Dersom saken går til EFTA-domstolen blir det spennende å se hvordan innvendingene som har kommet mot domstolens tolkning blir håndtert.

---

<sup>139</sup> Sak 856622.