

UiO : **Det juridiske fakultet**

Hva kan vi lære av NAV-skandalen?

Kandidatnummer: 205

Leveringsfrist: 12.02.2021 kl. 12.00

Antall ord: 31295



Innholdsfortegnelse

1	INTRODUKSJON	1
1.1	Tema og aktualitet.....	1
1.2	Problemstilling	1
1.3	Rettskildebildet	1
1.4	Fremstillingen videre	2
2	RETTSSTAT OG RETTSSIKKERHET.....	3
2.1	Hva ligger i begrepene rettstat og rettsikkerhet?	3
2.2	Rettsikkerhetsprinsippene.....	4
2.2.1	Legalitetsprinsippet	4
2.2.2	Retten til en rettferdig rettergang.....	4
2.2.3	Det kontradiktoriske prinsipp	5
2.2.4	Uskyldspresumpsjonen.....	5
2.2.5	Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten dom.....	6
2.2.6	Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft	6
2.2.7	Forbudet mot usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling	7
2.3	Sammenhengen med menneskerettighetene	7
3	MENNESKERETTIGHETER.....	7
3.1	Litt om menneskerettighetene	7
3.2	Menneskerettighetene i internasjonal og nasjonal rett.....	8
3.2.1	Norske bestemmelser.....	8
3.2.2	Sentrale internasjonale menneskerettighetskonvensjoner som er undertegnet av Norge	9
3.2.3	Det totale menneskerettighetsvernet i norsk rett	10
4	VÅRE FORPLIKTELSER ETTER EØS-AVTALEN.....	10
4.1	Om EØS-avtalen	10
4.1.1	EØS-avtalen i norsk rett	10
4.1.2	Formålet med og bakgrunnen for EØS-avtalen.....	11
4.1.3	Organene i EØS	13
4.2	De fire friheter.....	14
4.2.1	Fritt varebytte	14
4.2.2	Fri bevegelse for personer.....	15
4.2.3	Fri bevegelse for tjenester.....	16
4.2.4	Fri bevegelse for kapital.....	17

4.3	Anvendelse av EØS-retten	17
4.3.1	Forskjellige metoder	17
4.3.2	Norsk juridisk metode	18
4.3.3	Å tolke og anvende EØS-rett.....	19
4.3.4	Gjennomføringen av EØS-retten i norsk rett.....	20
4.4	Om å gjøre unntak fra reglene i EØS-avtalen	23
4.4.1	Traktatfestede unntaksregler.....	23
4.4.2	Praksis fra EU-domstolen om unntaksbestemmelsene.....	24
5	NAV-SKANDALEN.....	25
5.1	Innledning	25
5.2	Sakskomplekset.....	26
5.2.1	Forordning 883/2004	26
5.2.2	Gjennomføringen av forordning 883/2004 i norsk rett	27
5.2.3	Praktiseringen av oppholdskravet for sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenge.....	28
5.3	Kort om konsekvensene for den enkelte trygdemottaker.....	30
6	ETTERLEVELSEN AV VÅRE FORPLIKTELSER ETTER EØS-AVTALEN ..	30
6.1	Gjennomføringen av trygdeforordningen i norsk rett	30
6.1.1	Plikten til lojal etterlevelse	31
6.1.2	Plikten til å oppheve eller endre lover som strider mot EØS-retten.....	32
6.1.3	Var gjennomføringen av trygdeforordningen i norsk rett god nok til å oppfylle våre forpliktelser etter EØS-avtalen?	32
6.2	Anledning til å stille oppholdskrav for mottagelse av velferdsytelser.....	35
6.2.1	Etter forordning 883/2004	35
6.2.2	Etter de generelle prinsippene i EØS.....	36
6.2.3	Gjør unntakshjemlene at oppholdskrav likevel kan tillates?	41
6.3	Konklusjon	43
7	STRAFFEDOMMENE OG FORHOLDET TIL MENNESKERETTIGHETENE	43
7.1	Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom	44
7.1.1	Hendelsesforløpet	45
7.1.2	Skyldkravene i de relevante delene av straffelovgivningen	45
7.1.3	Bedrageri	48
7.1.4	Falsk forklaring.....	54
7.2	Retten til en rettferdig rettergang	56
7.2.1	Forbudet mot forskjellsbehandling og retten til bistand av forsvarer.....	57

7.2.2	Kort om kontradiksjonsprinsippet	58
7.2.3	Uskyldspresumsjonen	59
7.2.4	Å ikke bli tvunget til å erklære seg skyldig	60
7.3	Retten til privatliv	60
8	RETTSIKKERHETSBE TRAKTNINGER.....	65
8.1	Innledende bemerkninger.....	65
8.2	Styring og oppbygning av Nav som risikofaktor	66
8.2.1	Standardisert saksbehandling og rundskriv som styringsinstrument.....	66
8.2.2	Juridisk kunnskap hos veiledere og deres grunnlag for beslutninger og veiledning	67
8.2.3	Behandlingen i påtalemyndigheten	70
8.3	Politisk styring som risikofaktor	72
8.3.1	Sundvolden-erklæringen.....	73
8.3.2	Tiden etter feilpraktiseringen ble oppdaget	74
8.3.3	Utfordringer ved for stort fokus på politiske ønsker	76
9	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	77
9.1	Mine funn.....	77
9.2	Veien videre	77
9.2.1	Bør oppholdskravene opprettholdes?	77
9.2.2	Praksis.....	78

1 Introduksjon

1.1 Tema og aktualitet

Temaet for denne oppgaven er NAV-skandalen og noen av de utfordringene den belyser i norsk trygderett, sett opp mot våre internasjonale forpliktelser. NAV-skandalen vakte stor oppmerksomhet da det i oktober 2019 kom frem at flere tusen mennesker kunne være rammet av en feilpraktisering av reglene i folketrygdloven knyttet til EØS-regelverket.

Feilpraktiseringen gir anledning til å se nærmere på de forskjellige utfordringene som oppstår når nasjonale regler underlegges styring og rammer fra komplekse internasjonale regelverk, slik som EØS-retten og menneskerettighetene. I sammenheng med dette vil jeg også se på noen av utfordringene NAV-skandalen har vist at finnes for rettssikkerheten til den enkelte stønadsmottaker.

Alle deler av NAV-skandalen rommer mangfoldige rettslige problemstillinger. Min avhandling er ikke et forsøk på en uttømmende vurdering av alle disse problemstillingene. Dette er både av plasshensyn og av hensyn til kvaliteten på mine drøftelser. Det er mange problemstillinger som har sammenheng med hverandre. Jeg har forsøkt å plukke ut noen av dem som et utvalg til ettertanke om hvor mange forskjellige ting som kan gå galt i ett og samme sakskompleks.

For eksempel lar jeg være å drøfte personvernet etter personvernforordningen,¹ og holder meg til én personverndrøftelse under menneskerettighetsvurderingene. Dette for å forhindre gjentakelser og flere like drøftelser. På samme måte og med samme grunn holder jeg kontradiksjonsprinsippet og uskyldspresumsjonen til menneskerettighetskapittelet, selv om de også kunne hatt en selvstendig drøftelse under rettssikkerhetskapittelet.

1.2 Problemstilling

Problemstillingen er hvorvidt Norge har brutt noen av sine internasjonale forpliktelser i det sakskomplekset som utgjør NAV-skandalen. Jeg vil også søke å klarlegge noen av de utfordringene for rettssikkerheten til den enkelte ytelsesmottaker som viser seg i sakskomplekset.

1.3 Rettskildebildet

De viktigste rettskildene jeg benytter i fremstillingen er folketrygdloven, Grunnloven, EØS-loven, menneskerettighetsloven og straffeloven. I tillegg er menneskerettskonvensjonene EMK,

¹ GDPR

SP og ØSK relevante for å belyse menneskerettsspørsmålene, og TEU og TFEU for enkelte av tolkningsspørsmålene i EØS-retten.

Videre er praksis fra nasjonale og internasjonale domstoler en viktig faktor for å belyse både rettsregler og anvendelsen av dem. De fleste avgjørelsene jeg viser til er fra Norges Høyesterett, Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) og EFTA- og EU-domstolen.

Arnesen-utvalgets utredning *Blindsonen* om Nav-skandalen er hovedkilden til mine fremstillinger av fakta i saken, og noen synspunkter vil også bygge på denne, blant de andre kildene. I tillegg bygger jeg også noen synspunkter på juridisk litteratur.

1.4 Fremstillingen videre

Avhandlingen vil først introdusere begrepene rettsstat og rettssikkerhet og deres stilling i norsk rett. Dette vil danne grunnlaget for en introduksjon og gjennomgang av menneskerettighetene, der jeg fokuserer mest på de menneskerettighetene som har betydningen for fremstillingen videre. Jeg går så videre til EØS-avtalen – hva den er, og hva den innebærer. Dette danner bakteppet for en gjennomgang av metoden som benyttes i norsk rett og i EØS-retten og av hvordan EØS-retten gjennomføres i norsk rett.

Deretter kommer jeg til fremstillingen av NAV-skandalen – først hva den omfatter, så en gjennomgang av forordningen feilpraktiseringen dreier seg om, og til sist hvordan oppholdskravene i folketrygdloven har vært gjennomført og praktisert.

Neste kapittel dreier seg om etterlevelsen av våre forpliktelser etter EØS-avtalen. Her drøfter jeg om gjennomføringen av trygdeforordningen i norsk rett var tilfredsstillende etter de krav EØS-retten stiller, for videre å studere om det overhodet er anledning til å stille oppholdskrav for mottak av velferdsytelser etter de skranker som EØS-retten setter, herunder om unntaksreglene kommer til anvendelse.

Videre diskuterer jeg forholdet til menneskerettighetene i de konkrete sakene, med henblikk både til straffesakene og til andre inngrep ovenfor den enkelte stønadsmottaker. Her blir strafferetten nokså inngående vurdert i forhold til om lovkravet for å idømme straff er overholdt, og om retten til en rettferdig rettergang er ivarettatt.

Siste del handler om noen utvalgte rettssikkerhetsbetraktninger i tilknytning til Nav-skandalen spesielt og mottak av ytelser fra det offentlige generelt. Dette er et stort tema med nesten uendelige muligheter for undersøkelser, derfor velger jeg ut enkelte deler av sakskomplekset som er interessant i denne sammenheng.

Jeg vil avslutte med noen betraktninger om mine funn og om veien videre etter NAV-skandalen.

2 Rettsstat og rettssikkerhet

2.1 Hva ligger i begrepene rettstat og rettsikkerhet?

I vår egen Grunnlovs § 2 angis rettstaten som en av tre grunnleggende verdier: «*Denne Grunnlov skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.*» Også i § 109 om rett til utdanning bekreftes det at rettstaten anses som en grunnleggende verdi: «*Opplæringen skal ivareta den enkeltes evner og behov og fremme respekt for demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.*».

Men hva ligger i begrepet rettstat? Hva er egentlig en rettstat? Graver skriver: «*Retten beskytter mot overgrep – det er rettsstatens hovedidé.*»² I hans kapittel om hvorvidt vi bør stole på retten, sier han det slik: «*Rettsstaten bygger på at rettsreglene skal verne individer mot overgrep og vilkårlig maktbruk.*»³ Ifølge Aall er kjernen i rettsstaten at «*den enkelte kan kreve påvist til domstolenes tilfredshet at inngrep er foretatt i samsvar med en på forhånd eksisterende generell norm som også står seg i forhold til overordnede innholdsmessige krav.*»⁴ Denne setningen inneholder flere poeng som er verdt å merke seg. For det første skal domstolene kunne påvise at inngrep er foretatt i samsvar med gjeldende regler. For det andre må dette være regler som eksisterte før handlingen ble begått. For det tredje må denne regelen stå seg i forhold til krav som gjelder overordnet for denne typen regler. Han skriver videre at i den materielle rettstat er «*uavhengige domstoler garantister for at all myndighetsutøvelse er i samsvar med lov og visse omforente menneskerettigheter*»⁵. Med egne ord vil jeg si det slik: en rettstat er en stat der en kan være sikker på at en dømmes av uavhengige domstoler, etter regler som er utformet i tråd med menneskerettighetene av en folkevalgt lovforsamling, og som har tredd i kraft i forkant av handlingen en dømmes for.

Hva så med rettssikkerhet? Vi har vel alle hørt begrepet rettsikkerhet i forbindelse med myndighetsovergrep, eller i forbindelse med protester mot endringer i lover og regler. Men hva ligger egentlig i dette begrepet? Det er uttrykt slik i Knophs: «*Ett av kjennemerkene på rettstaten er individenes rettssikkerhet*»⁶. Det er ikke enkelt å gi noen klar definisjon på hva

² Graver (2011) s. 7

³ Graver (2011) s. 102

⁴ Aall (2018) s. 21

⁵ Aall (2018) s. 22

⁶ Lilleholt (2014) s. 68

rettssikkerhet er. Det omhandler prinsipper om forholdet mellom styresmaktene og den enkelte. Disse rettssikkerhetsprinsippene finner man både i straffeprosesslovgivningen, menneskerettighetene og Grunnloven.

2.2 Rettssikkerhetsprinsippene

De er viktige hver for seg, men det nesten viktigste er at de virker sammen. Til sammen skal rettssikkerhetsprinsippene verne den enkelte mot overgrep fra makthaverne.

2.2.1 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet finner vi i Grunnloven § 113: «*Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov*». I EMK finner vi igjen lovkravet i flere artikler. I art. 5 settes grensen for frihetsberøvelse ved at det må foregå «*i samsvar med en fremgangsmåte foreskrevet ved lov*». I art. 8 bestemmes det at det ikke kan gjøres inngrep fra offentlig myndighet i den enkeltes privatliv og familieliv «*unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn*». Den samme formuleringen går igjen i artiklene 9-11.

Etter EMK er lovbegrepet autonomt – «loven» kan være både formell og bygge på uskreven rett, grunnet variasjonen i lovtradisjonen i de europeiske landene⁷. Det viktigste etter EMK er at den enkeltes rettsstilling er forutsigbar og etterprøvbar. Som Aall uttrykker det: «*Inngrep skal ikke ramme som lyn fra klar himmel (eller uklar hjemmel), men være forutberegnelige ved tilstrekkelig forankring i presise og tilgjengelige generelle regler, slik at adressaten kan innrette seg.*»⁸ De enkelte landene må finne seg i at lovkravet som oppstilles i EMK, kan prøves av EMD i enkeltsaker. Alle inngrep må dermed være tilstrekkelig hjemlet i enten lov eller fast praksis, selv om ikke konvensjonen og Domstolen stiller opp et krav om formell lovhjemmel. Etter Grunnloven er lovkravet strengere i norsk rett, da Grl. § 96 peker på formell lov.⁹

2.2.2 Retten til en rettferdig rettergang

Retten til en rettferdig rettergang er lovfestet i Grl. § 95. Den er også ansett som en sentral menneskerettighet, der det oftest henvises til EMK art. 6. Retten til en rettferdig rettergang har mange sider, som alle er viktige for å sikre riktig resultat i den enkelte sak.

⁷ Aall (2018) s. 116

⁸ Aall (2018) s. 116

⁹ Se Aall (2018) s. 115

Først og fremst innebærer denne retten at man skal kunne få saken sin avgjort i en uavhengig og upartisk domstol, innen rimelig tid. Denne formuleringen går igjen i både Grl. § 95, EMK art. 6 og delvis i SP art. 14. Andre sider ved rettferdig rettergangs-prinsippet er at alle skal være like for domstolene (SP art. 14), at rettergangen skal være offentlig (SP art. 14, EMK art. 6, Grl. § 95), og at domstolen skal være opprettet i henhold til lov (SP art. 14 og EMK art. 6).

I Grl. § 95 angis ikke noe spesielt sakskompleks der retten til rettferdig rettergang inntreffer. Det samme gjelder SP art. 14, som angir sakstypen til der det foreligger «*siktelse mot ham for en straffbar handling*» eller «*spørsmål om hans rettigheter og forpliktelser i et tvistemål*». Dermed kan man anta at vernet gjelder i alle saker for domstolene. Sett i lys av at rettssikkerhetsgarantiene i utgangspunktet skal verne private mot overgrep fra det offentlige, kan det likevel tenkes at ikke alle sakstyper omfattes. Dette underbygges også av formuleringen i EMK art. 6 nr. 1, som lyder slik: «*For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett... til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid...*». En kan dermed gå ut fra at retten til en rettferdig rettergang omfatter straffesaker og andre saker der en fysisk eller juridisk person står i tvist med det offentlige, men ikke rene privatrettslige tvister.

2.2.3 Det kontradiktoriske prinsipp

Det kontradiktoriske prinsipp brukes mest i forbindelse med rettsaker, men også i forvaltningssaker. Det går ut på at alle involverte parter har rett til å si sin mening i en sak, før det treffes noen endelig avgjørelse.¹⁰ Brudd på kontradiksjonsprinsippet vil for eksempel foreligge der det kommer frem en ny opplysning fra den ene parten i en rettsak, under hovedforhandlingen, der den andre parten ikke får anledning til å belyse dette fra sitt ståsted før dom blir avsagt. I forvaltningsretten vil brudd på kontradiksjonsprinsippet ofte oppstå dersom en part ikke får tilstrekkelig mulighet til å klage på et vedtak til sin ugunst, slik at vedtaket blir gyldig uten at vedkommende har hatt mulighet til å påvirke avgjørelsen.

2.2.4 Uskyldspresumpsjonen

Sentralt i strafferetten står prinsippet om at man er uskyldig inntil det motsatte er bevist gjennom en rettskraftig dom.¹¹ Dette er en så viktig rettssikkerhetsgaranti at den er lovfestet i Grunnlovens § 96. Den ble videreført i Grunnloven ved grunnlovsreformen i 2014, og i begrunnelsen i forarbeidene¹² heter det at «*Formuleringen vil i stedet oppsummere i én setning de ulike sidene*

¹⁰ Store Norske Leksikon (Om rettssikkerhet) (2019)

¹¹ Lilleholt (2014) s. 611

¹² Dok. 16 (2011-2012)

ved uskyldspresumpsjonen, herunder særlig at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Slik vil denne enkle setningen kunne bidra til å befeste et særlig viktig rettsstatsprinsipp i Grunnloven.»

At uskyldspresumpsjonen regnes som en menneskerettighet, fremgår av plasseringen i kapittel E i Grunnloven. Med sin plassering i Verdenserklæringen art. 11 nr. 1, kan man si at den er av de grunnleggende menneskerettighetene som sådan. Den lyder slik i norsk oversettelse: «*Enhver som er anklaget for en straffbar handling har rett til å bli ansett som uskyldig til det er bevist ved offentlig domstolsbehandling, hvor han har hatt alle de garantier som er nødvendig for hans forsvar, at han er skyldig etter loven.*» I tillegg er uskyldspresumpsjonen en del av både EMK art. 6 i nr. 2, og SP art. 14 i nr. 2. Den gjelder kun i straffesaker. Man kan dømmes til å betale erstatning i en sivil sak, for handlinger man er frikjent for i en straffesak. Dette er fordi det i straffesaker kreves at skyld bevises over enhver rimelig og fornuftig tvil¹³, mens beviskravet for sivile saker er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Høyesterett har likevel lagt til grunn at det i saker der det sivile kravet bygger på omstendigheter som oppfattes belastende, må stilles strengere krav til beviset enn vanlig sannsynlighetsovervekt.¹⁴

2.2.5 Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten dom

Dette prinsippet finner vi også i Grl. §96. For å ilegge straff må det foreligge en rettskraftig dom, der domfellelsen bygger på at noe vedkommende har gjort – eller unnlatt å gjøre – var lovstridig. Dette regnes som en sentral menneskerett og er å gjenfinne i EMK art. 7 nr. 1 og SP art. 15 nr. 1. I begge disse bestemmelsene er det gjort unntak Dette gjelder for at handlingen vedkommende begikk, var straffbar etter anerkjente internasjonale regler og rettsprinsipper, se EMK art. 7 nr. 2 og SP art. 15 nr. 2.

2.2.6 Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft

Denne regelen finner vi i Grl. § 97. Den er en del av forbudet mot å dømmes uten etter lov i SP art. 15 nr. 1 og i EMK art. 7 nr. 1. I sistnevnte er det formulert slik at ingen skal «*bli funnet skyldig i en straffbar handling på grunn av noen gjerning eller unnlattelse som ikke utgjorde en straffbar handling etter nasjonal eller internasjonal rett på den tid da den ble begått.*» (Min utheving). Her er det altså brukt en negativ definisjon på tilfeller der det *ikke* er tillatt å ilegge straff, og det gjelder både der det ikke foreligger noen lov å dømme etter i det hele tatt, og der loven ikke forelå før etter handlingen ble begått.

¹³ Se om dette Rt. 2005 s. 1353 avsn. 14

¹⁴ Se om dette Rt. 2014 s. 1134 avsn. 45

2.2.7 Forbudet mot usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling

Grunnlovens § 98 lyder:

«Alle er like for loven.

Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.»

Den samme regelen finner man igjen i alle de sentrale menneskerettighetskonvensjonene. I EMK art. 14 finner man et detaljert diskrimineringsforbud, i SP art. 2 nr. 1 forplikter konvensjonspartene seg til å sikre rettighetene i konvensjonen for alle, «uten forskjellbehandling av noe slag», i ØSK art. 2 nr. 2 finner man samme formulering, og i tillegg har både SP og ØSK i hver sin artikkel 3 er uttrykkelig påbud om at menn og kvinner skal behandles likt. Antallet kjønn og kjønnsidentiteter er stadig oppe til debatt og diskusjon, og flere steder i verden finnes det flere enn to juridiske kjønn i lovgivningen. Regelen ville nok i dag fått en mer universell utforming med en fremheving av at forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn og kjønnsidentitet er forbudt.

Grunnlovens formulering om at alle er like for loven finnes også i SP art. 26. Her utdypes det at lovgivningen skal «forby enhver form for forskjellsbehandling og sikre alle likeverdig og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling» etterfulgt av en oppstilling av alle faktorer som tradisjonelt har kunnet føre til forskjellsbehandling.

2.3 Sammenhengen med menneskerettighetene

Som det fremgår av Grunnloven § 2 om vårt verdigrunnlag, viser gjennomgangen av rettssikkerhetsprinsippene at det er en sterk kobling mellom demokratiet, rettsstaten med rettssikkerhetsgarantiene og menneskerettighetene. Mange av de rettighetene vi anser som rettssikkerhetsgarantier er nedfelt i menneskerettighetskonvensjonene, og i Grunnlovens kapittel om menneskerettigheter. Dette viser at rettssikkerhetsgarantiene er ansett som grunnleggende rettigheter i vår nasjonalrett. Hvis ikke ville de ikke blitt opphøyet til Grunnlovs rang.

3 Menneskerettigheter

3.1 Litt om menneskerettighetene

Menneskerettighetene er grunnleggende rettigheter alle har, uavhengig av kjønn, alder, religion, legning eller nasjonalitet¹⁵. Andenæs beskriver det slik: «*Menneskerettighetene er grunnleggende krav til individets stilling uansett rettssystem*»¹⁶.

Andre verdenskrig gjorde menneskerettigheter til et viktig internasjonalt tema, etter overgrepene mot sivilbefolkningen og Hitlers folkemord mot jøder og andre minoriteter¹⁷. Førtiåtte av de 58 landene som var med i FN i 1948 stemte for Verdenserklæringen om menneskerettigheter da den ble lagt frem. Den anses som grunndokumentet i det internasjonale arbeidet for menneskerettigheter og gjelder for alle FNs medlemsland¹⁸. Den er dog ikke rettslig bindende¹⁹. Det har kommet til mange andre menneskerettighetskonvensjoner etter denne, som er mer spesialisert mot forskjellige rettsområder og folkegrupper, slik som for eksempel FNs internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter²⁰ (ØSK), FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter²¹ (SP), FNs kvinnekonvensjon²² og mange flere.

3.2 Menneskerettighetene i internasjonal og nasjonal rett

3.2.1 Norske bestemmelser

I anledning grunnlovsjubileet i 2014 ble Grunnlovens kapittel E gjort til menneskerettighetskapitlet. Atten paragrafer i Grunnloven er nå dedikert til de viktigste menneskerettighetene, og disse rettighetene er med det opphøyet til det øverste nivået av norsk lov.

Allerede i 1999 vedtok Stortinget menneskerettsloven²³. Den gir etter § 2 EMK, ØSK, SP, barnekonvensjonen²⁴ og kvinnekonvensjonen status som norsk lov med de reservasjoner som er gjort ved ratifiseringen. Disse er gitt forrang foran kolliderende bestemmelser i § 3. Menneskerettighetsloven var en oppfølger av den første lovfestingen av menneskerettigheter i norsk rett, nemlig det som da var Grunnloven § 110 c, som nå er § 92²⁵.

¹⁵ Forente Nasjoner (om menneskerettighetene) (2019)

¹⁶ Andenæs (2012) s. 11

¹⁷ Forente Nasjoner (om menneskerettighetene) (2019)

¹⁸ Forente Nasjoner (om menneskerettighetene) (2019)

¹⁹ Aall (2018) s. 25

²⁰ Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966

²¹ Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter

²² Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner av 18. desember 1979

²³ Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, heretter menneskerettsloven eller mrl.

²⁴ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989

²⁵ Aall (2018) s. 26

3.2.2 Sentrale internasjonale menneskerettighetskonvensjoner som er undertegnet av Norge

Norge har vært forpliktet av menneskerettighetene siden vi signerte på Verdenserklæringen i 1948. Siden da har mange kommet til, som nevnt over. Blant annet står Den europeiske menneskerettskonvensjonen²⁶ (EMK) sterkt i norsk rett. Den ble undertegnet 4. november 1950, og trådte i kraft i 1953²⁷.

EMK har beskyttet norske borgere siden 1953, da den trådte i kraft etter undertegnelsen 4. november 1950. Den største forskjellen på EMK og de andre menneskerettighetskonvensjonene, er opprettelsen av den europeiske menneskerettighetsdomstolen. Etter EMK art. 19 skal den sikre at de forpliktelser partene har påtatt seg i konvensjonen og dens protokoller, overholdes. Domstolen har etter art. 32 jurisdiksjon i alle saker angående tolkning og anvendelse av konvensjonen og dens protokoller, når alle nasjonale rettsmidler er uttømt, jf. art. 35 nr. 1. Etter art. 46 nr. 1 forplikter partene seg til å rette seg etter domstolens avgjørelser.

Siden EMK har også FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) kommet til som et viktig menneskerettighetsdokument. Den ble åpnet for underskrifter 12. desember 1966, ratifisert av Norge 13. september 1972, og trådte i kraft 23. mars 1976, da 35 land hadde ratifisert den.²⁸ Bare noen dager etterpå, 16. desember 1966, ble FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) åpnet for underskrifter. Norge ratifiserte SP og ØSK samme dag, og ØSK trådte i kraft litt tidligere, 3. januar 1976.

SP forplikter medlemslandene til å respektere innbyggernes rett til grunnleggende rettigheter, slik som rettssikkerhet i art. 2 nr. 3, den iboende retten til liv i art. 6, forbud mot tortur i art. 7 og retten til frihet og personlig sikkerhet i art. 9. Verdenserklæringen om menneskerettigheter skulle være et utgangspunkt for en felles internasjonal avtale om menneskerettighetene, der alle rettighetene skulle være like viktige. I stedet endte det med to separate menneskerettighetskonvensjoner. Dette på grunn av det politiske skillene mellom de vestlige og de kommunistiske landene etter andre verdenskrig – de vestlige landene mente at rettighetene i SP var de viktigste, mens rettighetene i ØSK sto som viktigst for de kommunistiske landene²⁹.

²⁶ Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950

²⁷ Andenæs (2012) s. 73

²⁸ Forente Nasjoner (om SP) (2019)

²⁹ Forente Nasjoner (om SP) (2019)

3.2.3 Det totale menneskerettighetsvernet i norsk rett

Til sammen gir menneskerettighetsloven og Grunnloven menneskerettighetene et sterkt vern i norsk rett. Dette kan illustreres ved at det på lovdata.no finnes hele 900 avgjørelser med henvisninger til menneskerettighetene, bare fra Høyesterett – fra lagmannsrettene hele 1229. I tillegg har vi en egen menneskerettighetsinstitusjon som jobber for å fremme og beskytte menneskerettighetene, nemlig Norges institusjon for menneskerettigheter, forkortet NIM.

Etter anbefaling fra FN om at alle stater skal ha en nasjonal institusjon for menneskerettigheter, ble Norges institusjon for menneskerettigheter opprettet i 2015 ved NIM-loven.³⁰ Etter § 1 er deres hovedoppgave å «*fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig*». De behandler ikke enkeltsaker, men avgir uttalelser, gir råd og veiledning og redegjør for årlig for menneskerettighetssituasjonen i Norge med anbefalinger om forbedringer, i sin årsmelding til Stortinget³¹. NIM har stemmerett i det internasjonale og europeiske nettverket for nasjonale institusjoner, og møte- og talerett i mange FN- møter og -prosesser på menneskerettsområdet.

Mange av de viktigste menneskerettighetene har altså trippelt vern i norsk rett, slik som for eksempel uskyldspresumpsjonen, at enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist ved dom. Denne rettigheten er lovfestet i Grl § 96, EMK art. 6 nr. 2, og SP art. 14 nr. 2. Det samme gjelder for flere andre menneskerettigheter, slik som blant andre retten til respekt for sitt privatliv i Grl. § 102, EMK art. 8 og SP art. 17 og forbudet mot tortur i Grl. § 93, EMK art. 3 og SP art. 7.

4 Våre forpliktelser etter EØS-avtalen

4.1 Om EØS-avtalen

4.1.1 EØS-avtalen i norsk rett

Norge undertegnet 2. mai 1992 avtalen om Det Europeiske Økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen). EØS-området er alle EU-landene og de tre EFTA-statene: Norge, Island og Liechtenstein. Avtalen trådte i kraft 1. januar 1994, og gjorde de tre deltakende EFTA-statene til en del av EUs indre marked. Dette innebærer fri flyt av varer, tjenester, arbeid og kapital (ofte referert til som «de fire friheter»), og at det er felles konkurransevilkår for næringslivet.

³⁰ Lov av 22. mai 2015 om Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter

³¹ NIM (u.å)

EØS-loven³² er lovfestingen av EØS-avtalen i norsk rett. Dens § 1 fastsetter at bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel skal gjelde som norsk lov. Paragraf 2 gir bestemmelsene i «*lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen*» forrang foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold, dersom det foreligger konflikt mellom konkurrerende bestemmelser. Etter ordlyden gjelder § 2 ikke utelukkende for EØS-loven, men også for senere lover som har til formål å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Etter vanlig juridisk metode og presumsjonsprinsippet,³³ vil man først forsøke å tolke den aktuelle bestemmelsen i samsvar med EØS-retten. Dersom dette ikke er mulig, vil det være aktuelt å anvende forrangsbestemmelsen for å sikre lovanvendelse i samsvar med våre EØS-rettslige forpliktelser.

Ved å slutte oss til EØS-avtalen, forpliktet vi oss også til å følge EU-domstolens rettspraksis.³⁴ Egentlig er det nemlig ingenting som heter «EØS-rett», da all materiell EØS-rett er en kopi av EU-retten, og skal tolkes og anvendes på samme måte som i EU.³⁵ Derfor er også de to EU-traktatene, TEU³⁶ og TEUF³⁷, relevante for tolkningen og anvendelsen av EØS-avtalen.

Som materiell EØS-rett har vi i tillegg til selve hoveddelen av avtalen, er det også inntatt en mengde andre rettsakter³⁸ som vedlegg til EØS-avtalen. Vedleggene består i hovedsak av forordninger og direktiver, som er vurdert EØS-relevante og dermed inntatt i avtalen. Forordningene og direktivene regulerer spesifikke områder mer detaljert enn det EØS-avtalens hoveddel gjør. Den enkelte rettsanvender, lovgiver, domstol, jurist eller andre, må dermed både forholde seg til de generelle prinsippene i hoveddelen og de områdespesifikke reglene i rettsaktene når EØS-retten tolkes og anvendes.

4.1.2 Formålet med og bakgrunnen for EØS-avtalen

Formålet med EØS-avtalen er inntatt som dens første artikkel og lyder slik:

«1. Formålet med denne assosieringsavtale er å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og

³² Lov av 27.11.1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. Heretter kalt EØS-loven.

³³ Se om presumsjonsprinsippet i kap. 4.3.4.2

³⁴ Sejersted (2011) s. 21

³⁵ Sejersted (2011) s. 22

³⁶ Traktaten om den Europeiske Union

³⁷ Traktaten om den Europeiske Unions virkemåte

³⁸ Forordninger, direktiver og andre dokumenter som angir regler

overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, heretter kalt EØS.

2. For å nå de mål som er satt i nr. 1, skal samarbeidet i samsvar med bestemmelsene i avtalen omfatte:

a) fritt varebytte,

b) fri bevegelse for personer,

c) fri bevegelse for tjenester,

d) fri bevegelse for kapital,

e) opprettelse av et system som sikrer at konkurransen ikke vris, og at reglene overholdes på samme måte, og

f) nærmere samarbeid på andre områder, slik som forskning og utvikling, miljø, utdanning og sosialpolitikk.»

Etter andre verdenskrig så de vesteuropeiske politikerne behovet for et forpliktende internasjonalt samarbeid, for å skape velstand og sikkerhetspolitisk stabilitet. Økonomisk innså man også at veien til gjenreising lå i å fjerne handelshindringene mellom statene, og utvikle en felles økonomisk infrastruktur.³⁹ Dette førte først til det europeiske kull-og stålfellesskap (ESKF), som videre utviklet seg til det europeiske økonomiske fellesskap (EØF), til det europeiske fellesskap (EF), som til slutt har utviklet seg til det vi i dag kjenner som Den europeiske union – EU. I dag er det 27 medlemsland i EU⁴⁰, en markant utvikling fra de 6 landene som opprinnelig var en del av ESKF⁴¹.

EFTA står for The European Free Trade Association, som ble dannet av britene som et løst alternativ til EF. I utgangspunktet handlet EFTA bare om å oppnå fri varehandel mellom medlemsstatene, uten EFs felles tollsatser og handelspolitikk utad.⁴² Ved dannelsen bestod EFTA av Storbritannia, Norge, Sverige, Danmark, Portugal, Sveits og Østerrike. Senere ble Finland, Liechtenstein og Island medlemmer. Frem mot inngåelsen av EØS-avtalen i 1994 var EFTA først en felles enhet overfor EF, for så å bli en arena for koordinering av de enkelte medlemsstatenes økonomiske samarbeid med EF. Samtidig var organisasjonen fra tidlig av svekket av det faktum at mange av medlemsstatene anså EF som en mer attraktiv organisasjon og heller ønsket å bli medlem der. Da EØS-avtalen ble utarbeidet var det bare tre EFTA-land uten så veldig mye felles, bortsett fra at de er randsonestater som ikke er medlem av EU, igjen, nemlig Norge, Island og Liechtenstein.

³⁹ Sejersted (2011) s. 26

⁴⁰ European Union (2020)

⁴¹ Sejersted (2011) s. 27

⁴² Sejersted (2011) s. 32

EØS-avtalen er en avtale mellom disse tre EFTA-statene, de 27 EU-landene, samt EU selv⁴³. Dermed er det til sammen 31 parter til EØS-avtalen. Gjennom den ble EFTA-landene gjort til en del av EUs indre marked, uten å avgi formell suverenitet eller delta i det politiske samarbeidet i EU. I tillegg ble enkelte områder holdt utenfor, slik som felles jordbruks- og fiskeripolitikk, felles handelspolitikk, den økonomiske og monetære unionen, og det utenriks- og sikkerhetspolitiske samarbeidet.⁴⁴ EØS-avtalen går dermed ikke like langt som fullverdig medlemskap i EU. Avtalen fører likefullt til et overveldende sett med regler som kommer i tillegg til nasjonalretten. Hele EØS-avtalens hoveddel og alle rettsaktene som er inntatt i EØS-avtalen, som i 2017 talte omkring 11000, hvorav om lag halvparten var i kraft,⁴⁵ er gjennom EØS-avtalen gjort til norsk rett.

Avtalens formål er altså å styrke handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene. Som i all annen rettsanvendelse, skal formålet tillegges vekt ved tolkningen av reglene, selv om den juridiske metoden i EØS-retten er litt annerledes enn i norsk rett (se mer utdypende nedenfor). Dermed skal man ha formålet om styrking av handel og økonomiske forbindelser klart for seg når man skal tolke og anvende EØS-reglene, både i konkrete saker og i andre sammenhenger, slik som når bestemmelsene i nye forordninger og direktiver skal inntas i norsk rett.

4.1.3 Organene i EØS

Innen EØS er det opprettet to kontrollorganer for å veilede og sikre at statene overholder sine forpliktelser etter EØS-avtalen. Dette er EFTAs overvåkningsorgan (ESA) og EFTA-domstolen.

ESA har hjemmel i ODA-avtalen⁴⁶, der art. 4 lyder: «*Det skal opprettes et uavhengig overvåkningsorgan, EFTAs overvåkningsorgan, for EFTA-statene.*». Art. 5 fastsetter ESAs formål og overordnede oppgaver, som i korte trekk er å følge med og sikre at EFTA-statene opprettholder sine forpliktelser etter avtalen. Dette kan innebære blant annet å gjøre vedtak, utforme anbefalinger og gi uttalelser. Ytterligere oppgaver og retningslinjer for ESA følger av artiklene 6-21.

EFTA-domstolen har også sin opprinnelse i ODA-avtalen. Art. 27 lyder slik: «*Det skal opprettes en domstol for EFTA-statene, heretter kalt EFTA-domstolen. Den skal virke i samsvar med bestemmelsene i denne avtale og EØS-avtalen.*». EFTA-domstolen har flere oppgaver, men det

⁴³ Sejersted (2011) s. 21

⁴⁴ Sejersted (2011) s. 21

⁴⁵ Regjeringen (2017)

⁴⁶ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol

mest relevante for juridisk argumentasjon er rådgivende uttalelser etter artikkel 34 der domstolen gir uttalelser om hvordan EØS-avtalen skal tolkes, etter anmodning fra en nasjonal domstol. I tillegg kan ESA reise søksmål mot en av statene etter art. 36, og statene kan reise søksmål mot ESA etter art. 37.

4.2 De fire friheter

De fire friheter er grunnpilarene i EU. I senere tid har det egentlig blitt distingvert mellom fem friheter: varer, tjenester, arbeidskraft, etablering og kapital, men uttrykket «de fire friheter» er fortsatt det uttrykket de fleste bruker om kjerneverdiene i EU. De fire friheter er, som jeg var inne på over, den store hoveddelen av EØS-avtalen. Reglene i EØS-avtalen har som hovedformål å sikre fri flyt av varer, tjenester, arbeidskraft, etablering og kapital mellom EØS-landene.

De fire friheter og konkurransereglene er midler for å nå målet om økonomisk vekst og økt velstand i EU. En kan si at reglene skal gjøre at markedet i hele EU fungerer nærmest mulig som et nasjonalt marked. Hovedforutsetningen for dette er at det må ikke skapes kunstige hindringer for økonomiske transaksjoner innad i fellesmarkedet, og at konkurransen innad i markedet må foregå på samme vilkår for alle aktører.⁴⁷

For EØS er de fire frihetene og konkurransereglene regulert i EØS-avtalens hoveddel art. 1 nr. 2. Del II av avtalen er viet til det frie varebyttet, og del III til fri bevegelighet for personer, tjenester og kapital. Der finner man altså de mer detaljerte bestemmelsene om de fire friheter og anvendelsen av dem. Nedenfor skal vi se litt nærmere på reglene, for å få et bedre bilde av hva de fire friheter er, og hva de omfatter.

4.2.1 Fritt varebytte

Det frie varebyttet følger av EØS-avtalens art. 8, hvis nummer 1 lyder: «*I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det innføres fritt varebytte mellom avtalepartene*».

Noen definisjon av hva som anses som varer, finnes ikke i EØS-avtalens del II. Som nevnt skal EØS-retten tolkes i samsvar med EU-retten og EU-domstolens tolkninger. EU-domstolen har konstatert at uttrykket «vare» omfatter alle produkter som har en pengeverdi og som er gjenstand for kommersielle transaksjoner, også de med negativ verdi. Dette ble slått fast i *Wallonia*-dommen.⁴⁸ Der konkluderte domstolen med at også avfall var varer etter traktatens bestemmelser om fritt varebytte.

⁴⁷ Sejersted (2011) s. 60

⁴⁸ Sak C-2/90 avsn. 23 og 26

Unntaksbestemmelsen i EØS-avtalens del II art. 8 nr. 2, der artiklene 10 til 15, 19, 20 og 25 til 27, gis bare anvendelse på produkter med opprinnelse innenfor EØS, og altså ikke på varer med opphav utenfor avtalepartene. I praksis betyr dette, bortsett fra i art. 16 om handelsmonopoler, at hovedprinsippene om det frie varebyttet og varers frie bevegelighet ikke får noen anvendelse på varer med opphav utenfor EØS.⁴⁹

I tillegg begrenser art. 8 nr. 3 hvilke varer som er omfattet av avtalen i det hele tatt. Denne henviser til det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer. Ubearbeidede fiskeri- og landbruksprodukter faller i utgangspunktet utenfor EØS-avtalens virkeområde. Dette følger av art. 8 nr. 3 bokstav a) og b), som henholdsvis henviser til protokoll 2 og 3 i det harmoniserte system. Protokoll 2 og 3 omhandler eggehvitestoffer og visse fettsyrer og bearbeidede landbruksprodukter. Som utgangspunkt betyr dette at ubearbeidede fiskeri- og landbruksprodukter faller utenfor EØS-avtalens virkeområde.⁵⁰

Jeg vil ikke gå nærmere inn på det harmoniserte system og varereglene her, da reglene for fritt varebytte ikke har relevans for avhandlingen videre, bortsett fra som en del av bildet av hvor omfattende EØS-avtalen er.

4.2.2 Fri bevegelighet for personer

Reglene om fri bevegelighet for personer er i høyeste grad relevante for avhandlingen videre og kommer til å bli diskutert mer i detalj. Hovedregelen følger av EØS-avtalen art. 28, der nummer 1 lyder: «*Fri bevegelighet for arbeidstagere skal gjennomføres mellom EFs medlemsstater og EFTA-statene.*»

Fri bevegelighet for personer omfatter mer enn bare fysiske personer som krysser en grense. Det gjelder både fysiske og juridiske personer, og gir ikke bare rett til å ferdes fritt, men også til å utøve varig økonomisk virksomhet i en annen EØS-stat etter reglene om fri etablering i art. 31.

Reglene for de forskjellige persongruppene finner man flere steder i avtalen og direktivene. I kapittel 1 i EØS-avtalens hoveddel finnes reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere, og i kapittel 2 er reglene for selvstendig næringsdrivende og juridiske personer, reglene som omhandler etableringsretten. I direktiv 2004/38/EF, som er innlemmet i EØS-avtalen, er det gitt regler om fri bevegelighet for studenter, pensjonister og personer som ikke omfattes av andre

⁴⁹ Sejersted (2011) s. 303

⁵⁰ Sejersted (2011) s. 393

EU-regler, som gir rett til opphold uavhengig av økonomisk aktivitet. Retten til fri bevegelighet er med dette mer omfattende enn man skulle anta etter hovedreglene i avtalens hoveddel. Sejersted mfl. mener også at turister vil være omfattet av reglene om fri bevegelighet, som mottakere av tjenester, jf. *Luisi og Carbone*-sakene⁵¹. Dette synspunkter skal undersøkes og nærmere senere i oppgaven, da det har innvirkning på problemstillingen i NAV-skandalen.

Reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere handler både om faktisk fri, fysisk bevegelighet, men like mye om at vilkårene skal være like for innenlandske arbeidstakere og andre arbeidstakere fra andre EFTA- eller EU-land, jf. EØS-avtalens art. 28 nr.2. Med enkelte generelt gjeldende begrensninger, omfatter retten til fri bevegelighet etter art 28 nr. 3 bokstav a) til d) å kunne ta faktisk tilbudt arbeid, å kunne flytte fritt innen EØS for å ta arbeid, å kunne oppholde seg fritt innen EØS for å arbeide, og å bli boende på territoriet til en av EØS-statene etter å ha hatt arbeid der. Dette er den frie bevegelseheten for arbeidstakere.

I art. 31 finner vi etableringsretten. Etter denne bestemmelsen skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en EØS-stat. Dette omfatter også agenturer, filialer og datterselskaper. Etter annet ledd skal enhver EØS-borger ha rett til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og å opprette og lede foretak, på lik linje og med samme regelverk som gjelder for borgerne i den aktuelle staten.

I tillegg kommer retten til fri bevegelighet for studenter, pensjonister og personer som ikke omfattes av andre EU-regler, i direktiv 2004/38/EF. Etersom denne er inntatt i EØS-avtalen, må en her tolke «*unionsborger*» som enhver person som er borger i en medlemsstat, jf. art. 2 nr. 1, selv om EFTA-statene ikke omfattes av unionsborgerdirektivet. Etter dette direktivet har alle borgere rett til å oppholde seg på territoriet til en annen medlemsstat i inntil tre måneder, uavhengig av økonomisk aktivitet, jf. art. 6. Dessuten gis man rett til opphold i mer enn tre måneder dersom man oppfyller enkelte vilkår i art. 7. Etter å ha oppholdt seg lovlig og sammenhengende i et tidsrom på fem år i vertsstaten, får man rett til fast opphold der, jf. art. 16.

4.2.3 Fri bevegelighet for tjenester

Hovedregelen om fri bevegelighet for tjenester finner vi i art. 36. Nummer 1 lyder:
«Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner op adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.»

⁵¹ Forente saker 286/82 og 26/83 avsn. 10

Hva som menes med tjenester fremgår av art. 37. Ifølge første ledd skal tjenester forstås som tjenester som vanligvis ytes mot betaling, men som ikke faller under bestemmelser om det frie varebytte og den frie bevegelighet for kapital og personer. Tjenester er altså negativt avgrenset. Fremfor alt omfatter det industriell virksomhet, handelsvirksomhet, håndverksvirksomhet og virksomhet innen de frie yrker, jf. annet ledd bokstav a) til d). Etter tredje ledd skal tjenesteyteren få tilby slike tjenester midlertidig på samme vilkår som dem som yter tilsvarende tjenester i samme stat. Dersom tjenesteytelsen ikke lenger er midlertidig, går forholdet over til å reguleres av bestemmelsene om etableringsretten i kapittel 2 av del 3.

Reglene om fri bevegelighet for tjenester er utvidet utover det som kan forstås direkte ut fra ordlyden, gjennom EU-domstolens praksis og direktiv 2006/123/EF. Ordlyden tilsier at tjenestereglene kun kan påberopes av tjenesteytere, men i *Luisi og Carbone*⁵² viste domstolen til at som en konsekvens av tjenesteyternes rettigheter, har også tjenestemottakere rett til å påberope seg rettigheter etter EU-reglene som tilsvarer EØS-avtalens art. 36 og 37.⁵³ Her dreide det seg om muligheten til å ta med større pengesummer i kontanter ut av landet for å bruke dem i et annet land.

4.2.4 Fri bevegelighet for kapital

Kapittel 4 i EØS-avtalens del III angir bestemmelsene for fri bevegelighet av kapital. Hovedregelen fremgår av art. 40 som lyder: «*Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det mellom avtalepartene ikke være noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EFs medlemsstater eller EFTA-statene og ingen forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen. Vedlegg XII inneholder de bestemmelser som er nødvendige for å gjennomføre denne artikkel.*».

I tillegg skal etter art. 41 løpende betalinger som står i forbindelse til de tre andre frihetene, være fritatt for restriksjoner. Fri bevegelighet for kapital omhandler altså to hovedtyper kapital: kapital tilhørende *personer* bosatt innen EØS, og kapital i form av *løpende betalinger knyttet til den frie bevegeligheten* for personer, tjenester og varer.

4.3 Anvendelse av EØS-retten

4.3.1 Forskjellige metoder

⁵² Forente saker 286/82 og 26/83 avsn. 10

⁵³ Sejersted (2011) s. 435

Den juridiske metoden som benyttes på EØS-reglene, er en annen enn norsk juridisk metode. I saker der nasjonale regler påvirkes av EØS-reglene, må rettsanvenderen bruke begge metodene, for å komme til riktig resultat. Der EØS-reglene ikke er tilgjengelige nok til at rettsanvenderen ser at de har relasjon til problemstillingen, kan dette by på problemer.

4.3.2 Norsk juridisk metode

Studiet i rettsvitenskap er nettopp en grundig opplæring i retten og rettsanvendelsen. Noe av det første man lærer er den grunnleggende juridiske metoden. Denne metoden er i stadig forandring, sammen med en stadig økende mengde av internasjonale og overnasjonale regler man også må forholde oss til. Den norske juridiske metoden baserer seg dermed ikke lenger utelukkende på norske rettskilder, da de fleste regelsett og -områder i større eller mindre grad også er påvirket av en eller flere inter- eller overnasjonale avtaler eller konvensjoner.

Det er ikke lovfestet generelle rettskildeprinsipper i norsk rett. Veiledning må søkes i Høyesteretts praksis, ettersom Høyesterett etter Grl. §§ 88 og 90 dømmer i siste instans. Deres praksis er normalt retningsgivende for andre rettsanvendere.⁵⁴

Loven vil alltid være den første rettskilden for spørsmål om lovlighet, regulering eller tvisteløsning på et bestemt område. Men en ren ordlydsfortolkning av lovteksten vil ikke alltid gi et klart svar i den enkelte sak. Da må man se hen til andre kilder for å klarlegge innholdet i lovteksten og sammenhengen bestemmelsen står i, samt formålet med loven den er inntatt i.

Neste steg etter å ha tolket ordlyden i seg selv, er vanligvis å gå til lovens forarbeider. Der kan man, avhengig av typen forarbeid, finne både anvisninger om hvordan lovgiver har tenkt loven anvendt, og vurderinger som ble gjort i forbindelse med lovarbeidet. Dermed kan man finne hvilken tolkning som vil være best i samsvar med lovgiverviljen.

Neste steg er rettspraksis. Her er det i hovedsak praksis fra Høyesterett som er aktuelt, men også fast og langvarig praksis fra lagmannsrettene. Det samme gjelder fast og langvarig forvaltningspraksis. Grunnen er rettferdighetshensynet - hensynet til at like tilfeller skal behandles likt. Dersom praksis har pekt i en retning over lang tid, kan det tyde på at det ikke foreligger særlig tvil om tolkningsspørsmålet.

Til sist vil man kunne legge vekt på reelle hensyn – hensyn til resultatets godhet. Dersom en tolkning ligger nærmere den generelle rettsfølelsen, enn en annen, er det et argument for denne tolkningen. Reelle hensyn vil stå som motsetning til de andre tolkningsfaktorene, som den

⁵⁴ Andenæs (2009) s. 6

eneste faktoren der dommerens subjektive synspunkt legges til grunn. Reelle hensyn vil kunne omfatte generelle rettslige vurderinger, slik som om tolkningsresultatet er en rimelig og riktig løsning, og mer spesifikke rettslige vurderinger, slik som prevensjonshensynet i strafferetten.⁵⁵

Juridisk teori vil også kunne brukes i lovtolkning, men da i hovedsak for å finne og få støtte for argumenter. Juridisk teori har ingen selvstendig vekt som tolkningsfaktor, men man vil kunne finne argumenter og resonnementer i juridisk teori som kan brukes av andre rettsanvendere i juridisk argumentasjon. Det kan også tilføre argumentene ekstra vekt at andre, ofte høyt utdannede og erfarne jurister, mener det samme.

4.3.3 Å tolke og anvende EØS-rett

Utgangspunktet ved traktattolkning vil være traktatens tekst, dens formål og sammenhengen bestemmelsen som tolkes, inngår i.⁵⁶ Dette følger av Traktatkonvensjonen⁵⁷ art. 31, som Norge ikke har ratifisert, men som anses som internasjonal sedvanerett.⁵⁸ Dermed blir EØS-avtalens hoveddel det første man går til for å kartlegge og anvende EØS-retten, også dens vedlegg og protokoller. Vedleggene utgjør etter EØS-avtalens art. 119 en integrert del av avtalen. De er dermed likestilt med bestemmelsene i avtalens hoveddel. Deretter må man tolke de aktuelle bestemmelsene i lys av formålsbestemmelsen, og sammenhengen de står i avtalen. Fortalen til EØS-avtalen er også en del av selve avtalen, og den bør også ses hen til ved tolkning av bestemmelsene i avtalen, se for eksempel EFTA-domstolen i sak E-9/97.⁵⁹

Som ved all tolkning av tekst er ordlyden et avgjørende element. Det gjør at EØS-avtalen og tilhørende rettsakter skiller seg fra annen teksttolkning, da det ikke er nok å forholde seg til ett språk. Dersom det kan foreligge tvil om tolkningen av ordlyden, må andre språkversjoner konsulteres for å bekrefte eller avkrefte en tolkning.⁶⁰ EU-domstolen har lagt til grunn i *CILFIT*⁶¹ at ettersom det foreligger flere autentiske språkversjoner av avtalen, kan ikke bestemmelsene tolkes uten først å sammenligne dem. I samme sak legger domstolen til grunn at man ved tolkningen av bestemmelsene må se hen til vanlig språkbruk og definisjoner i selve avtalen, ikke vanlig språkbruk i den gjeldende stat og den gjeldende stats rett.⁶²

⁵⁵ Andenæs (2009) s. 55

⁵⁶ Sejersted (2011) s. 226

⁵⁷ Vienna convention on the law of treaties

⁵⁸ Ruud (2011) s. 81

⁵⁹ Se spesielt avsnittene 20-33.

⁶⁰ Sejersted (2011) s. 227

⁶¹ Sak 283/81 avsn. 18

⁶² EU-domstolens sak 283/81 avsn. 19-20

Den aller viktigste forskjellen mellom norsk juridisk metode og EØS-rettslig metode, er bruken av forarbeider. I EØS-retten er ikke forarbeidene allment tilgjengelige eller generelt ansett som tolkningsmoment eller rettskildefaktor. Dette ser ut til å være i gradvis endring. EU-domstolen har brukt forarbeidene mer i saker etter århundreskiftet. Det kan være fordi tilgjengeligheten og kvaliteten på forarbeidsarbeidet er bedre.⁶³ De er relativt beskjedent brukt i EU/EØS-retten.

Domstolspraksis spiller derimot stor rolle som rettskildefaktor og tolkningsmoment også i EØS-retten. Praksis fra EU/EFTA-domstolen er ikke bindende for senere avgjørelser, men domstolen følger som regel sin egen praksis. Etter Sejersteds fremstilling er det dette som er det klare mønsteret, men i *Keck*⁶⁴ staker domstolen ut en ny kurs fra en relativt fast tidligere retning. I *Combinatie*⁶⁵ korrigerer domstolen en tidligere avgjørelse.⁶⁶

Når en benytter praksis fra EU/EFTA-domstolen er det imidlertid viktig å skille mellom de ulike oppgavene domstolen har, avhengig av type sak eller avgjørelsesform. Den største kategori av saker for EU/EFTA-domstolen er tolkningsuttalelser, der domstolen ikke avgjør tvisten formelt, men svarer på spørsmål fra domstolene i medlemsstatene om hvordan EØS-retten skal forstås. Her er altså ikke saken avgjort før EFTA-domstolen får spørsmålet forelagt – uttalelsen fra domstolen blir et av tolkningsmomentene for den domstolen som stiller spørsmålet. I traktatbruddsaker og andre direkte søksmål, avgjør EU/EFTA-domstolen saken i siste instans. Da tar domstolen stilling til både faktum og jus, og avsier dom. Etersom EØS-rettsaktene er kopier av EU-rettsaktene, vil også praksis fra EU-domstolen ha relevans for tolkningen av EØS-avtalen.

I tillegg kan praksis fra domstolene, praksis fra EFTA-kommisjonen, EØS-komiteen og ESA være aktuelt for tolkningen av bestemmelsene i avtalen, på omtrent lik linje som forvaltningspraksis' rolle i tolkningen av norsk rett. Reelle hensyn, altså hensyn til resultatets godhet, vil også kunne bli tatt med i avveiningen.

4.3.4 Gjennomføringen av EØS-retten i norsk rett

4.3.4.1 Den formelle gjennomføringen

⁶³ Sejersted (2011) s. 233

⁶⁴ Forente saker C-267/91 og C-268/91

⁶⁵ Sak C-568/08

⁶⁶ Sejersted (2011) s. 235

De nordiske landene bygger på det dualistiske prinsipp, at traktater ikke blir en del av den nasjonale retten uten særskilt gjennomføring i nasjonal rett. Dette står i motsetning til det monistiske prinsippet, der traktater straks blir til en del av retten uten gjennomføring i nasjonal rett. Dermed måtte EØS-avtalen, som er en folkerettslig traktat, gjennomføres særskilt i norsk rett for å bli en del av det norske rettssystemet. For å unngå at forskjellig gjennomføring etter forskjellige nasjonale prinsipper, blir en trussel mot målet om en ensartet rettstilstand etter avtalen, inneholder EØS-avtalen krav til nasjonal gjennomføring av felles regelverk.⁶⁷

I folkeretten er det et generelt krav til at traktater skal gjennomføres lojalt i nasjonal rett, i den grad det er nødvendig for å sikre at reglene skal etterleves.⁶⁸ Det meste av EØS-retten går ut på å gi private rettigheter (eller litt sjeldnere, plikter). Det vil dermed følge et omfattende krav til gjennomføring av reglene i avtalen.

I EØS art. 3 finner vi den generelle forpliktelsen til å gjennomføre EØS-retten i nasjonal rett. Den bestemmer at «*Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale*» og videre «*avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare*». Artikkelen 3 fastsetter dermed ikke bare en plikt til etterlevelse i nasjonal rett, men også et forbud mot tiltak og bestemmelser «*på grensen*», som kan vanskeliggjøre målene som følger av avtalen. Artikkelen 3 er kopiert fra TEU art. 4 (3), og omtales gjerne som det alminnelige lojalitetsprinsippet.⁶⁹

Selve EØS-avtalens hoveddel er gjennomført i norsk rett ved henvisning, i EØS-loven § 1. Dermed har hoveddelen status som formell, norsk lov. Når man bruker henvisningsteknikken for å gjennomføre folkeretten vedtar man en enkelt paragraf som viser til traktaten og fastslår at den skal gjelde som norsk rett. En annen måte å gjøre det på, er ved gjengivelse. Da omskrives folkeretten til den formen og det utseendet vi vanligvis har på norsk lov og vedtas som norsk lov eller forskrift, eller som en del av en allerede eksisterende norsk lov eller forskrift.⁷⁰

Forordningene er inkorporert enkeltvis eller i grupper, i lov eller forskrift, grunnet kravene som art. 7 bokstav a) stiller, som jeg kommer tilbake til nedenfor.

EØS art. 7 oppstiller særlige krav til gjennomføringen av forordninger og direktiver. Først i bestemmelsen fastsettes det at «*rettsakter som er omhandlet i eller inntatt i vedlegg til denne avtale eller i EØS-komiteens vedtak, skal være bindende for avtalepartene og skal være eller*

⁶⁷ Sejersted (2011) s. 195

⁶⁸ Sejersted (2011) s. 195

⁶⁹ Sejersted (2011) s. 195

⁷⁰ Sejersted (2011) s. 197

gjøres til del av deres interne rettsorden». Videre fastsettes det hvordan de to typene rettsakter skal gjennomføres. I art. 7 bokstav a) finner vi at forordninger skal gjøres til en del av den interne rettsorden hos avtaleparten. De skal inntas «*som sådan*», altså i sin helhet.

I art. 7 bokstav b) fremgår det at avtalepartene, når det kommer til gjennomføringen av direktiver, står fritt til å bestemme formen og midlene for gjennomføringen. Direktivene er altså like bindende, men avtalepartene må i etter ordlyden kun sørge for at eventuelle rettigheter som følger av direktivet er gitt i nasjonal rett, og at ingen bestemmelser i nasjonal rett står i motstrid til bestemmelsene som er gitt i direktivet. Etter TEUF art. 288 er direktiver bindende for medlemsstatene «med hensyn til sin målsetting». Direktivene er med dette et krav til medlemsstatene om å ha regler av et bestemt innhold.

Friheten rundt gjennomføring av direktiver er modifisert gjennom EU-domstolens praksis. Domstolens praksis oppstiller etter hvert et ulovfestet krav til at direktivene må gjennomføres på en slik måte at «*det fremstå klart for borgerne hvilke rettigheter og plikter det medfører, slik at de kan forutberegne sin rettsstilling*».⁷¹ Om medlemsstatene vil gjennomføre som lov eller forskrift er valgfritt, men direktivets regler må fremstå klart av teksten. Dersom reglene allerede fremgår av nasjonal rett, er det ikke nødvendig med ny lovgivning.⁷² Det viktigste er at rettstilstanden er klar og utvetydig, slik at det er mulig å effektivt forutberegne sin rettsstilling.

4.3.4.2 Presumsjonsprinsippet

EFTA-domstolen fant i sak E-1/07, A,⁷³ at EØS-avtalen gir grunnlag for et prinsipp om EØS-konform tolkning: «*Consequently, they must apply the interpretative methods recognised by national law as far as possible in order to achieve the result sought by the relevant EEA rule.*» I neste avsnitt bemerker imidlertid EFTA-domstolen spesifikt at EØS-avtalen ikke gir direkte virkning i nasjonal rett. Det er dermed ikke slik at ikke-gjennomførte EØS-regler kan påberopes for nasjonale domstoler.

Dette innebærer at nasjonale domstoler skal gjøre det de kan for å komme til det resultatet EU-retten krever av nasjonal rett. I norsk rett kalles dette presumsjonsprinsippet, og i forarbeidene til EØS-loven⁷⁴ fremheves det med henvisning til Rt. 1984 s. 1175 at norsk lov må forutsettes å være i samsvar med traktater som Norge er bundet av.

⁷¹ Sejersted (2011) s. 51. Om dette, se for eksempel EU-domstolen sak C-143/83 avsnitt 8.

⁷² Sejersted (2011) s. 51

⁷³ Avsnitt 39

⁷⁴ Ot. Prp. Nr. 79 (1992-1992) kap 4.2

I Finanger I⁷⁵ uttalte annenvoterende på side 1839 og 1840 at kjernen i presumsjonsprinsippet bygger på at domstolene så langt som mulig bør anvende rettsreglene slik at staten ikke opptrer i strid med folkeretten, og at det er et «*grunnleggende hensyn*» at staten aktivt oppfyller de internasjonale forpliktelser den påtar seg. Videre gjengir annenvoterende fra Utenriks- og konstitusjonskomiteens uttalelse i forbindelse med EØS-lovens vedtakelse: at det må «*legges til grunn at Stortinget forutsetningsvis fatter vedtak i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser*».

4.4 Om å gjøre unntak fra reglene i EØS-avtalen

Dersom man gjennom tolkning har kommet frem til at en bestemmelse er i strid med våre forpliktelser etter EØS-avtalen, kan den likevel være lovlig etter unntakshjemplene i EØS-avtalen. Noen av unntakshjemplene er skrevne, og noen er formulert gjennom EU-domstolens praksis.

4.4.1 Traktatfestede unntaksregler

Det finnes unntaksregler for alle frihetene i EØS-avtalens hoveddel. For det frie varebyttet gjelder unntaket i EØS art. 13: forbudene mot import- og eksportrestriksjoner skal ikke være «*til hinder for forbud eller restriksjoner på import, eksport eller transitt som er begrunnet ut fra hensynet til offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi eller den industrielle eller kommersielle eiendomsrett*». Videre er det gjort et unntak fra unntaket: «*Slike forbud eller restriksjoner må dog ikke kunne brukes til vilkårlig forskjellsbehandling eller være en skjult hindring på handelen mellom avtalepartene*». Unntaksbestemmelsen skal altså ikke misbrukes.

For fri flyt av arbeidskraft finner man unntaket i art. 28 nr. 3, der det gjøres «*forbehold for de begrensninger som er begrunnet ut fra hensynet til den offentlige orden, sikkerhet og folkehelsen*».

I art. 33 gjøres det et generelt unntak for hele kapittel 2 av del III av avtalen, som lyder slik: «*Bestemmelsene i dette kapittel og tiltak truffet med hjemmel i disse bestemmelsene, skal ikke hindre at bestemmelser om særbehandling av fremmede statsborgere får anvendelse når de er fastsatt ved lov eller forskrift og begrunnet med hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen*».

⁷⁵ Rt. 2000 s. 1811 på side 1839 og 1840

For fri flyt av kapital er det ingen tilsvarende bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel, men i kapitalliberaliseringsdirektivet Rdir. 88/361/EØF art. 4 er det gitt temmelig vid adgang til å treffe «*nødvendige tiltak*» som begrenser den frie kapitalbevegelse. Denne går videre enn de gjennomgåtte bestemmelsene med unntak fra de fire friheter.⁷⁶

En ser altså at det gjennomgående tillates unntak som begrunnet i *offentlig orden, moral og sikkerhet, og menneskers liv og helse eller folkehelsen*. Et godt eksempel på dette ser man i skrivende stund, der store deler av verden er lammet av covid-19 og omfattende begrensninger på den frie bevegelse er ilagt med begrunnelse i smittevernshensyn, altså folkehelsen. For eksempel har de fleste europeiske land nå bestemmelser om karantenetid ved innreise fra andre land. Dette er et klart brudd på bestemmelsene om fri bevegelse for arbeidskraft, men er for øyeblikket tillatt etter unntaksbestemmelsene.

4.4.2 Praksis fra EU-domstolen om unntaksbestemmelsene

Når man skal anvende unntaksreglene er det to spørsmål som gjerne oppstår. Det første er hvilke hensyn som egentlig kan påberopes som grunnlag for unntak. Det andre er hvordan avveiningen mellom hensynene og den frie bevegelse skal foregå.⁷⁷

EU-domstolen har ved flere anledninger uttalt at oppregningen av tillatte hensyn i unntaksbestemmelsene er uttømmende.⁷⁸ Dette gjelder imidlertid bare diskriminerende hindringer på den frie bevegelse. Såfremt bestemmelsen som skal vurderes, gjør forskjell på innenlandske og utenlandske varer, arbeidstakere, etablerere etc., kan ikke andre hensyn enn de opplistede tas med i beregningen. Dette selv om også andre hensyn blir ansett som viktige. Dersom hindringene behandler innenlandske og utenlandske varer, arbeidstakere mv. likt, har derimot EU-domstolen⁷⁹ åpnet for at også andre allmenne hensyn enn de som listes opp i unntakshjemlene, kan gjøres gjeldende. Dette synet kom frem i *Cassis de Dijon*⁸⁰ i 1979 og har blitt fulgt opp siden, på alle områdene for fri bevegelse.

I spørsmålet om hvordan avveiningen skal gjøres, har EU- og EFTA-domstolen oppstilt et prinsipp om at de nasjonale tiltakene må være forholdsmessige i relasjon til det aktuelle hensynet som skal ivaretas. Dette kalles forholdsmessighetsprinsippet, eller proporsjonalitetsprinsippet. Prinsippet er tosidig. På den ene siden står spørsmålet om hvilket beskyttelsesnivå statene kan

⁷⁶ Sejersted (2011) s. 294

⁷⁷ Sejersted (2011) s. 294

⁷⁸ Se for eksempel sak 7/68 på side 363 og sak 46/76 avsn. 12

⁷⁹ Se for eksempel sak 113/80 avsn. 7-11.

⁸⁰ Sak 120/78 avsn. 8.

legge seg på for å oppnå målene. For eksempel kan ikke å forby alt som inneholder sukker, totalt, godtas for å unngå diabetes og overvekt. Å innføre toll på sukker for å begrense forbruket, slik det er gjort i Norge, vil derimot kunne godtas.

På den andre siden står spørsmålet om hvilke virkemidler statene kan benytte seg av for å oppnå det tillatte beskyttelsesnivået. Virkemiddelet som velges må være egnet for å oppnå det ønskede formål. Videre må virkemiddelet være nødvendig, og ikke mer inngripende enn nødvendig. Dersom andre tiltak kunne vært like effektive for å oppnå målsetningen, men ikke ville virket like hindrende for den frie bevegeligheten, vil ikke virkemiddelet anses nødvendig. I tillegg har EU-domstolen i flere senere saker stilt et krav til konsistens. I dette ligger at de nasjonale tiltakene ikke anses egnet til å sikre gjennomføringen av hensynet, dersom de ikke blir gjennomført systematisk og sammenhengende.⁸¹ Det er omdiskutert, og antagelig for tidlig å si om dette har blitt et generelt EØS-rettslig prinsipp.⁸²

For å utrede hvorvidt en bestemmelse kan tillates etter unntaksreglene i EØS-avtalen, må man altså først finne ut om restriksjonen gjør forskjell på innenlandske og utenlandske varer, tjenester etc., eller om restriksjonen rammer alle likt. Dersom restriksjonen er diskriminerende, må man gå til den gjeldende unntaksbestemmelsen i EØS-avtalen, for å se om restriksjonen kan anses å fylle ett av de tillatte formål ved restriksjoner på den frie bevegeligheten. Dersom restriksjonen gjelder likt for alle, må man gjøre en avveining av hvorvidt restriksjonen tjener til å oppfylle et allment hensyn, om det er et såkalt legitimt formål. Man må selvfølgelig også se hen til EU- eller EFTA-domstolens tidligere dommer på det konkrete området.

Videre må man gjøre en forholdsmessighetsvurdering, der man ser om restriksjonen er nødvendig for å oppnå målet, ikke går lenger enn nødvendig, og om den er egnet for formålet. Man må også vurdere om nivået staten legger seg på med denne restriksjonen, er akseptabelt veid opp mot hensynet til den frie bevegeligheten. Kan man svare bekreftende på alle spørsmålene, vil restriksjonen på den frie bevegeligheten være tillatt etter EØS-retten.

5 NAV-skandalen

5.1 Innledning

Nav-skandalen er betegnelsen på den omfattende feiltolkning og -praktiseringen av EØS-reglene i forbindelse med ytelsene arbeidsavklaringspenger, sykepenger og pleiepenger som ble

⁸¹ Sak E-1/06 avsn. 43

⁸² Sejersted (2011) s. 296

avdekket i oktober 2019. Saken ble offentliggjort i en pressekonferanse med daværende arbeids- og sosialminister Anniken Hauglie, daværende arbeids- og velferdsdirektør Sigrun Vågeng og daværende riksadvokat Tor-Aksel Busch den 28. oktober 2019.

Min fremstilling av sakskomplekset i NAV-skandalen bygger i hovedsak på Arnesen-utvalgets utredning *Blindsonen*.⁸³ Grunnen til dette er at saken er grundig opplyst gjennom utredningen, og at det ikke er så mange andre kilder å bygge på foreløpig. Arnesen-utvalget hadde etter mandatet i oppgave å «gjennomføre en grundig og fullstendig gjennomgang av saken, med sikte på å avdekke hvordan feilen har kunnet skje og pågå over så lang tid.» Da min oppgave skal drøfte om det i sakskomplekset foreligger konvensjonsbrudd, menneskerettighetsbrudd, og peke på noen av rettssikkerhetsutfordringene i forholdet mellom NAV som yter av offentlige tjenester, og den enkelte mottaker av disse tjenestene, velger jeg å bygge selve fremstillingen av sakskomplekset på *Blindsonen*.

5.2 Sakskomplekset

Feilpraktiseringen dreide seg om oppholds kravet etter folketrygdloven. Folketrygdloven §§ 8-9, 9-4 og 11-3 (og deres forgjengere) stiller krav om opphold i Norge for å motta sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger. Dette har vært tradisjonen lenge, og er på generell basis begrunnet i kontrollhensyn, og i senere tid også for å forhindre at det utbetales penger til utlandet. I forarbeidene⁸⁴ til endringer i folketrygdloven knyttet til pleiepenger fremheves det at «det er viktig å hindre at pleiepenger utbetales til utlandet over lengre perioder». Å hindre såkalt «trygdeeksport» har også vært et uttalt politisk mål⁸⁵. I tillegg gjør hensynet til behandling og oppfølging seg gjeldende for sykepenger og arbeidsavklaringspenger.

Som nevnt, har Norge siden 1994 vært en del av det Europeiske Økonomiske samarbeidsområde. Innen EØS skal det være fri bevegelse av arbeidskraft, etablering, varer, tjenester og kapital. Etter EØS-loven § 2 skal bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel og andre bestemmelser som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, ved motstrid gå foran nasjonale bestemmelser som regulerer samme forhold. Dermed burde det, ved alle lovendringer som berører grenseoverskridende elementer, vurderes om bestemmelsen(e) er i samsvar med våre forpliktelser etter EØS-avtalen.

5.2.1 Forordning 883/2004

⁸³ NOU 2020:9

⁸⁴ Prop. 48 L (2016-2017) s. 15

⁸⁵ Se for eksempel Sundvolden-erklæringen kap. 2 om arbeidsmarkedet

Forordning 883/2004⁸⁶ ble inntatt i EØS-avtalen 1. juli 2011, og gjennomført som forskrift i norsk rett i Forskrift 22. juni 2012 nr. 585 om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen. Den har hjemmel i TEUF art. 48, som tillater å koordinere medlemsstatenes regler om trygd, med hensikt å fremme fri bevegelighet for arbeidskraft. Reglene er koordineringsregler, ikke harmoniseringsregler.⁸⁷ De har som siktemål å motvirke forskjellbehandling som går ut over den frie bevegeligheten, men krever ikke at trygdereglene skal være like i de forskjellige medlemsstatene.

Etter forordningens art. 7 skal man ikke miste trygdeytelser man har krav på ved å bosette seg i en annen EØS-stat. Dette kalles eksportabilitetsprinsippet. Dersom man ville miste opptjente rettigheter ved å flytte fra en EØS-stat til en annen, ville det de facto hindret den frie bevegeligheten.⁸⁸

Artikkel 21 i forordningen omhandler kontantytelser. Dens nr. 1 første ledd lyder slik: «*Et medlem i trygdeordningen og medlemmer av hans/hennes familie som bor eller oppholder seg i en annen medlemsstat enn den kompetente medlemsstat, skal ha rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon i samsvar med lovgivningen den anvender.*» Det følger allerede av ordlyden at det faktum at man befinner seg i en annen stat enn den man mottar ytelse fra, ikke alene er nok til å begrunne frafall av ytelse man ellers ville hatt krav på. Ellers ville bestemmelsen i praksis blitt stående uten innhold.⁸⁹ Det er denne bestemmelsen, i tillegg til de generelle prinsippene i EØS-retten for øvrig, NAV-skandalen dreier seg om.

5.2.2 Gjennomføringen av forordning 883/2004 i norsk rett

Trygdeforordningen er inkorporert i norsk rett i forskrift 22. juni 2012 nr. 585. Forskriften har hjemmel i flere lover, blant annet folketrygdloven⁹⁰ §§ 1-3 og 25-15. Forskriften inneholder kun to paragrafer, der § 1 første ledd angir forordningene og fastsetter at de gjelder som forskrift. Paragraf 1 tredje ledd angir hvilke lover det kan være nødvendig å fravike enkelte bestemmelser i, dersom det er nødvendig i henhold til bestemmelsene i forordningene. Dette er forrangsbestemmelsen, som har uttrykkelig hjemmel i ftrl. § 1-3 første ledd, andre punktum. I tillegg kommer EØS-loven § 2 som gir bestemmelser som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, forrang foran kolliderende bestemmelser.

⁸⁶ Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger. Heretter 883/2004 eller trygdeforordningen.

⁸⁷ NOU 2020:9 s. 104

⁸⁸ NOU 2020: 9 s. 41

⁸⁹ Dette er også poengtert av EU-domstolen i sak C-430/15, avsnitt 88.

⁹⁰ Lov av 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd, heretter folketrygdloven eller ftrl.

Etter EØS-avtalens hoveddel art. 7 bokstav a) skal, som redegjort for over, forordninger inntas i sin helhet til den nasjonale rettsorden. Etter dette er tilsynelatende de skrevne kravene til gjennomføring av EØS-rettsakter oppfylt. Underbygget av kollisjonsreglene i EØS-loven § 2 og trygdeforordningsforskriften § 1 tredje ledd, skal det dermed ikke være noen hindringer i veien for lojal etterlevelse av forordningen, slik vi plikter etter EØS-avtalens hoveddel art. 3.

EU-domstolens praksis viser at dette ikke nødvendigvis er nok til å overholde våre plikter etter avtalen. Det finnes adskillige eksempler fra EU-domstolen på at medlemsstater er dømt for traktatbrudd på grunnlag av at de har unnlatt å endre nasjonale lovbestemmelser som er i strid med EU-retten.⁹¹ Dette gjelder selv om de nasjonale lovbestemmelsene ikke er i bruk, såkalte «sovende lover». Begrunnelsen for dette kommer tydelig frem i *Kommisjonen mot Italia*.⁹² Domstolen fremholder at selv om EU-retten har forrang og direkte virkning, vil lovbestemmelsene som ikke oppheves, kunne skape usikkerhet og en uklar faktisk situasjon for de som søker å påberope seg EU-retten. I *Kommisjonen mot Belgia*⁹³ påpeker Domstolen også at lovbestemmelser i strid med fellesskapsretten, må endres av hensyn til «rettssikkerheten», som slik det brukes av EU-domstolen, best kan oversettes til forutberegnelighet eller rettsvisshet. Belgia ble etter dette dømt for brudd på EØS-avtalen.

Som *Blindsonen* mener jeg også at det etter dette er klart at våre EØS-rettslige forpliktelser krever mer enn bare inkorporasjon av forordninger «som sådan».⁹⁴ Også øvrig lovgivning må tilpasses EØS-retten, selv der det er laget forrangsbestemmelser som gir de EØS-rettslige reglene forrang foran kolliderende bestemmelser i annen lovgivning. Noe annet vil gi unødig tvil og vansker med å forutberegne egen rettsstilling.

5.2.3 Praktiseringen av oppholdskravet for sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger

Kravet til opphold i Norge for mottakere av sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger (og forgjengerne til disse ytelsene) har med enkelte språklige endringer vært det samme siden folketrygdloven først trådte i kraft i 1966. For pleiepenger og sykepenger har det i loven vært en hjemmel for å kunne oppholde seg i utlandet etter søknad, men uten rett til å få søknaden innvilget. Første januar 2018 kom muligheten for å søke om utlandsopphold også inn i loven for arbeidsavklaringspenger.

⁹¹ NOU 2020:9 s. 81

⁹² Sak C-104/86 avsn. 12

⁹³ Sak C-522/04 avsn. 70

⁹⁴ NOU 2020:9 s. 81

Frem til sommeren 2019 har ikke NAV skilt mellom utenlandsopphold i og utenfor EØS-området. Hovedregelen om opphold i Norge ble anvendt på samtlige ytelsesmottakere. Det resulterte i at mange brukere fikk stoppet sine ytelser dersom de oppholdt seg i utlandet, eller søknaden ikke ble innvilget. Undersøkelser tyder på at NAV heller ikke har skilt mellom nordmenn som ikke har benyttet sin rett til fri bevegelighet, og EØS-borgere som har benyttet seg av denne retten. Ytelser er også i mange saker krevd tilbake der Nav har oppdaget utlandsoppholdet i ettertid.

Det virker ikke som at EØS-reglene har blitt særlig hensyntatt på noe tidspunkt, men i perioden 2012 til 2014 ble kontrollen av utlandsopphold og anmeldelser for bedrageri på grunnlag av utlandsopphold intensivert.⁹⁵ NAV benyttet både kontroll av IP-adresser, bankutskrifter og kortbruk til å kartlegge hvor brukerne befant seg. Det ble økt fokus på å forhindre «*trygdeeksport*», jf. Sundvollen-erklæringen og økt politisk fokus på å forhindre utbetalinger til utlandet.

Blindsonen gjengir et estimat fra NAV om omfanget av feilpraktiseringen.⁹⁶ Der vises det at ca. 1100 personer er antatt å ha fått krav om tilbakebetaling på feilaktig grunnlag og ca. 3000 personer kan ha fått feilaktige vedtak om avkortning, stans eller avslag på ytelser. I tillegg kommer, etter NAVs estimat, 75 personer som kan være straffedømt på grunnlag av feil tolkning av EØS-retten. Påtalemyndigheten anslo dog ved ferdigstilling av utredningen at det kunne dreie seg om så mange som 89 straffedommer det kunne hefte rettsanvendelsesfeil ved. I tillegg kommer en gruppe som ikke er direkte økonomisk berørt, men likevel påvirket av feiltolkningen, nemlig alle de som har latt være å reise innen EØS på grunn av avslag på søknad om å beholde ytelsen under utlandsopphold, eller som ikke har turt å reise ut fra frykt for å miste inntekten sin.

Totalt er det økonomiske omfanget av stansede og tilbakekrevde utbetalinger på over 200 millioner kroner. Den gjennomsnittlige størrelsen på hvert tilbakebetalingskrav var 92.000 kroner. I enkelte saker var summene mye høyere – 22 krav på over en halv million kroner, og ett på over en million kroner.

Fra juni 2017 til sommeren 2018 ble flere avgjørelser i Trygderetten avsagt som opphevet Navs vedtak om stans eller tilbakekalling av ytelser. Høsten 2017 ble Arbeids- og velferdsdirektoratet varslet av Nav Klageinstans om at det var uenighet om forståelsen av forordningen. Den siste som dom for trygdebedrageri i perioden, ble avsagt 17. september 2019. Det gikk altså mer enn to år, fra første uenighet om lovanvendelsen fra Trygderetten, til det var slutt på bedragerisaker knyttet til feil lovanvendelse. Den 5. mars 2019 ga arbeids- og velferdsdirektoratet formelt

⁹⁵ NOU 2020:9 s. 75

⁹⁶ NOU 2020:9 s. 33

beskjed om å endre praksis fremover, og i slutten av juni 2019 gikk beskjeden ut til NAV internt. Enda gikk det altså til september samme år før siste dom ble avsagt.

5.3 Kort om konsekvensene for den enkelte trygdemottaker

De fleste som mottar kontantytelser under sykdom, er i en sårbar fase av livet. De har enten så dårlig helse selv at de ikke kan delta aktivt i arbeidslivet, eller har et omsorgsansvar som er så omfattende at de ikke kan arbeide. De som går på arbeidsavklaringspenger, har i tillegg ofte en svekket økonomi. Både det at det at personene i disse gruppene ikke er i jobb, og dermed mister det sosiale og det mestringsrelaterte knyttet til å være i jobb, og det faktum at de er syke, er faktorer som går ut over den psykiske helsen og livskvaliteten. I tillegg må man tilpasse seg lavere inntekt og mindre mulighet til å gjøre endringer i livet, som å kjøpe bolig eller ny bil.

I slike sårbare faser gjør flere behov seg gjeldende. For mange vil ønsket om tid med familien øke. Mange vil trenge mer hjelp i hverdagen og dermed ha et behov for mer tid med familie eller andre hjelpere. Andre igjen vil kanskje ha et behov for å komme seg bort fra hverdagen, og noen vil kanskje ønske å prøve andre klimaer for å se om det kan hjelpe på helsa, eller prøve behandlinger som finnes i utlandet. Enda en gruppe vil kanskje ha et behov for å bevege seg over landegrenser for å følge opp sekundærboliger, bedrifter eller andre ting de har ansvar for. Mottakere av pleiepenger vil kanskje ønske å ha med seg et i verste fall døende barn ut i verden for å se noe barna drømmer om eller for å gi dem opplevelser de kan «*leve på*».

Når de i tillegg ikke kan forutberegne hva de har lov til og ikke lov til, og NAV gir motstridende informasjon, blir livet vanskelig. Noen har ikke turt å reise til utlandet i frykt for å miste inntekten sin, andre har ikke vært klar over at de ikke har hatt lov til å reise til utlandet, og fått store tilbakebetalingskrav, noen også straffesaker, uten å en gang vite at det de har gjort har vært ulovlig. Dette er ikke en holdbar rettslig situasjon.

6 Etterlevelsen av våre forpliktelser etter EØS-avtalen

Har Norge overholdt sine forpliktelser etter EØS-avtalen når det er stilt et ubetinget krav til opphold i Norge ved mottak av sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger? I dette kapitlet drøftes om forordning 883/2004 ble inntatt i norsk rett på en tilfredsstillende måte, og hvorvidt det var adgang til å stille et oppholdskrav, både etter reglene i avtalens hoveddel og etter reglene i forordningen.

6.1 Gjennomføringen av trygdeforordningen i norsk rett

Som påpekt ble trygdeforordning 883/2004 inntatt i nasjonal rett i forskrifts form. Den ble inntatt i sin helhet og således i tråd med de krav EØS-avtalens art. 7 bokstav a) stiller til nasjonal gjennomføring av forordninger.

Det er likevel ikke bare kravene art. 7 oppstiller som skal være oppfylt for at våre forpliktelser etter avtalen skal anses etterlevd. Særlig to faktorer spiller inn i vurderingen. Plikten i EØS-avtalens hoveddel art. 3 til lojal etterlevelse av avtalen, herunder plikten etter protokoll 35⁹⁷ til å gi gjennomførte EØS-regler forrang, og plikten til å oppheve eller endre bestemmelser som strider mot de rettigheter eller plikter EØS-retten ilegger, jf. ovenfor.

6.1.1 Plikten til lojal etterlevelse

EØS art. 3 lyder slik:

«Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale.

De skal avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtalens mål i fare.

De skal videre lette samarbeidet innen rammen av denne avtale»

Et av tolkningsprinsippene innen EØS-retten er som nevnt å benytte seg av flere språkversjoner for å klarlegge innholdet av en bestemmelse. Det er derfor nyttig å gå til den tilsvarende bestemmelsen i TEU, art. 4 nr. 3, for å få klarhet i hvilke krav som stilles til lojal etterlevelse. Den lyder slik:

«Pursuant to the principle of sincere cooperation, the Union and the Member States shall, in full mutual respect, assist each other in carrying out tasks which flow from the Treaties.

The Member States shall take any appropriate measure, general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the Union.

The Member States shall facilitate the achievement of the Union's tasks and refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives.»

Det følger klart av begge språkversjoner at avtalepartene har en utstrakt plikt til ikke bare å oppfylle forpliktelsene etter avtalen, men også til å ta hensyn til og jobbe mot avtalens mål. Det følger av EU-domstolens praksis at også medlemslandenes domstoler er bundet av lojalitetsplikten.⁹⁸ Det innebærer at domstolene har plikt til å følge EU-retten og anvende den av eget tiltak. Dette gjelder også etter EØS-avtalen.⁹⁹

⁹⁷ Protokoll 35 om gjennomføringen av EØS-regler

⁹⁸ Sejersted (2011) s. 76

⁹⁹ NOU 2020:9 s.163

6.1.2 Plikten til å oppheve eller endre lover som strider mot EØS-retten

Som nevnt, har EU-domstolen gjennom sin praksis pålagt en plikt til å ikke bare la være å benytte, men å endre eller oppheve lover eller andre bestemmelser som ikke er forenlig med pliktene som følger av avtalen. I sitt brev til Norge av 11. mars 2020 gjengir ESA et sitat fra EU-domstolens sak C-167/73, *kommisjonen mot Frankrike*, der EU-domstolen bekrefter at Frankrike har brutt sine forpliktelser etter traktaten, ved å la en lovbestemmelse som stred mot EU-retten stå uendret, selv om det var gitt uttrykkelig beskjed om at den ikke skulle benyttes.¹⁰⁰ ESA påpeker at dette synspunktet er gjentatt i flere senere saker for EU-domstolen. En kan si at dette er en påbygging av lojalitetsplikten etter EØS art. 3. Og etter brevet er det tydelig at denne plikten også gjelder for EFTA-statene.

Dette legger også utvalget til grunn i *Blindsonen*, der utvalget etter en gjennomgang av flere dommer fra EU-domstolen, uttaler at «*Det kan etter dette ikke herske noen tvil om at det er et brudd på forpliktelsene etter EØS-avtalen ikke å tilpasse øvrig lovgivning til forordninger og andre EØS-rettslige bestemmelser gjennomført i norsk rett.*»¹⁰¹

6.1.3 Var gjennomføringen av trygdeforordningen i norsk rett god nok til å oppfylle våre forpliktelser etter EØS-avtalen?

Som allerede klarlagt, var den materielle gjennomføringen av forordningen riktig etter EØS art. 7 bokstav a). Spørsmålene som da gjenstår er om lojalitetsplikten etter EØS art. 3 er overholdt, og om det forelå en plikt til å endre eller oppheve konkrete lovbestemmelser som følge av forordningen.

Arbeids- og sosialdepartementet har hatt ansvaret for gjennomføring, utredning av innholdet og valg av gjennomføringsform, av trygdeforordningen. Gjennomføringen av den tidligere trygdeforordningen, 1408/71, skjedde som en del av gjennomføringen av EØS-avtalen da den ble undertegnet. Denne forordningen var også gjennomført i norsk rett i forskrift av 4. april 1992, med ikrafttredelse 1. januar 1994, sammen med hele EØS-avtalen. Utvalget i *Blindsonen* har ikke funnet spor av at det ble gjort noen vurdering av hvorvidt gjennomføringsformen var hensiktsmessig, med tanke på trygdemottakernes reelle mulighet til å forutberegne sin egen rettsstilling.¹⁰² Saksbehandlerne har dog bekreftet at det var «*vel kjent at folketrygdløven var*

¹⁰⁰ C-167/73 avsn. 41, som gjengitt i ESAs brev til Norge, avsnitt 35

¹⁰¹ NOU 2020:9 s. 82

¹⁰² NOU 2020:9 s. 105

misvisende, men at dette ble avhjulpet av gode rundskriv». ¹⁰³ Det ble ikke gjort noen endringer i loven.

Arbeidet med forordning 883/2004 startet i EU allerede på 90-tallet. Kommisjonens forslag til ny trygdeforordning forelå i 1998, og den ble først vedtatt i 2004. Først i 2009 var gjennomføringsforordningen på plass, og forordningen trådte i kraft i EU i 2010. Den ble endelig vedtatt i EØS-komiteen i 2011, og ikrafttredelsen var 1. juni 2012. ¹⁰⁴

Hovedarbeidet med utredningen av forordningens betydning for norsk rett, ble ifølge *Blindsonen* gjort i 1999, da Spesialutvalget for trygd og helse behandlet Europakommisjonens forslag til ny trygdeforordning. Dette var fem år før forordningen ble vedtatt og hele tretten år før den trådte i kraft i Norge. Et grundig utredningsarbeid ble ikke gjort, annet enn noen møter i Administrasjonsdepartementet, der konklusjonen i EØS-notatet om ny trygdeforordning ble at det ikke dreide seg om noen gjennomgripende endring. Grunnprinsippene og de viktigste trekkene ble ansett å være de samme. ¹⁰⁵

Da forskriften ble sendt over til Justis- og beredskapsdepartementet, ble ikke forholdet mellom forordningens artikkel 21 og oppholdskravet i folketrygdloven vurdert eller nevnt. Det ble ikke reist spørsmål om hvorvidt en lovendring var nødvendig for departementet, heller ikke for Rettsavdelingen i Utenriksdepartementet. ¹⁰⁶

Av dette kommer det frem at ikke hverken forholdet til lovene forordningen virker i forhold til, eller hensiktsmessigheten av å gjennomføre forordningen som forskrift, er blitt grundig vurdert. Å innta forordninger i forskrift med forrangsbestemmelse er både enkelt og tids- og ressursbesparende, siden forskrifter ikke må igjennom lovbehandling i Stortinget. Ulempen er at vedtaksarbeidet med en forskrift er mye mindre omfattende i forhold til formell lov. Forarbeidene er mindre grundige, og går ikke gjennom lovbehandling i Stortinget.

Lovteknikkveilederen stiller visse krav til inkorporasjon av EØS-retten i nasjonal rett. Om tolkning av rettsaktene heter det: «*Rettsakten må [...] tolkes i lys av de grunnleggende prinsippene i EØS-avtalen. Og selv om en rettsakt skulle la et visst spørsmål være uregulert, eller uttrykkelig bestemme at EØS-statene i visse tilfelle står fritt til å innføre andre regler enn det som følger av rettsakten selv [...], må statene utøve denne friheten innen rammen av de generelle*

¹⁰³ NOU 2020:9 s. 105

¹⁰⁴ NOU 2020:9 s. 105

¹⁰⁵ NOU 2020:9 s. 106

¹⁰⁶ NOU 2020:9 s. 107

prinsipper i avtalen, så lenge man er innenfor disse prinsippenes saklige virkeområde.»¹⁰⁷ (Min uthevning.) Dette er en videre bekreftelse og påminnelse om at også EØS-avtalens hoveddel gjelder både som regel og tolkningsfaktor. I sak E-11/07 blir dette også poengtert av EFTA-domstolen. Der uttales at «*EØS-retten begrenser ikke EØS-landenes kompetanse til å organisere sine trygdesystemer. I mangel av harmonisering på EØS-nivå tilkommer det hver EØS-stats lovgiver å fastsette vilkårene for trygdeytelser. Når de utøver denne kompetansen, må imidlertid EØS-statene overholde EØS-retten.*¹⁰⁸ (Min uthevning.)

Det skal også utarbeides egne EØS-notater for EU-rettsakter som vurderes som EØS-relevante, som blant annet skal beskrive «*Rettslige konsekvenser for Norge. Vil gjennomføring medføre endring i norsk lovgivning eller annet regelverk? Hvilke lover/forskrifter må i så fall endres/hvordan vil rettsakten gjennomføres i norsk rett?*».¹⁰⁹

De krav i veilederne setter for håndteringen av EØS-rettsakter ble altså ikke fulgt. Utvalgets gjennomgang i *Blindsonen* fant ingen spor av at de rettslige konsekvensene og hvorvidt rettsakten nødvendiggjorde lovendring, var vurdert før forordningen ble inntatt i forskrifts form. Dette på tross av at det i veiledningen «*Om r-konferanser*» fastsettes at «*alle viktige saker*» skal behandles i en regjeringskonferanse. Som «*viktige saker*» regnes alltid blant annet «*saker med betydelige økonomiske og administrative konsekvenser*» og «*saker som er politisk vanskelige*»¹¹⁰. Begge disse betegnelsene stemmer på en stor andel av EØS-rettsaktene som skal inntas i norsk rett. Denne saken er et godt eksempel på det, siden det har vært viet stor oppmerksomhet å stoppe velferdsutbetalinger til utlandet, over flere regjeringsplattformer.¹¹¹ Alle utvidelser av rettigheter på velferdsområdet har også potensiale til å få betydelige økonomiske konsekvenser. Her omfatter feilpraktiseringen omkring 200 millioner kroner som har blitt nektet utbetalt eller feilaktig krevet tilbake.¹¹²

Det er altså et krav i lovteknikkveilederen at de generelle prinsippene i EØS-avtalen blir ivare tatt i lovgivningsarbeidet. Dette er i samsvar med lojalitetsplikten etter EØS art. 3. Likevel hjelper det lite at lovteknikkveilederen er i tråd med lojalitetsplikten, dersom de retningslinjene som følger av den ikke blir benyttet i inkorporasjonsarbeidet.

Mye tyder etter dette på at Norge ikke har overholdt sine forpliktelser etter EØS-avtalen. Lojalitetsplikten og dens utvidelse gjennom EU-domstolens praksis til å inneholde en plikt til å

¹⁰⁷ Justisdepartementet (2000) «Lovteknikkveilederen» s. 170

¹⁰⁸ Sak E11/07 og E-11/08 avsn. 43

¹⁰⁹ Utenriksdepartementet (2016) «EU/EØS-håndboken», s. 168.

¹¹⁰ Statsministerens kontor (2021) «Om r-konferanser» pkt. 2.1

¹¹¹ NOU 2020:9 s. 115

¹¹² NOU 2020:9 s. 33

endre eller oppheve motstridende bestemmelser tilsier at lovverket burde blitt grundig gjennomgått. Dersom trygdeforordningen hadde blitt gjennomført i formell lov ville dette ha ført til en grundigere behandling med større sjans for å oppdage motstriden mellom forordningen og oppholdskravene. I tillegg ville gjennomføring i lov med forrangsbestemmelse utelukket en eventuell tolkningstvil med hensyn til om etterfølgende forskrift kan ha forrang foran forutgående formell lov.¹¹³

6.2 Anledning til å stille oppholds krav for mottagelse av velferdsytelser

I dette delkapittelet skal jeg vurdere om det i det hele tatt er tillatt etter EØS-retten å stille krav om opphold i landet for mottakere av kontantytelser ved sykdom.

6.2.1 Etter forordning 883/2004

Forordningen har flere bestemmelser om oppholds krav. Den første, art. 7, opphever krav om bosted i ytelsesstaten for kontantytelser, med de unntak som følger av forordningen for øvrig. Kapittel 1 omhandler kontantytelser ved sykdom og svangerskapsrelaterte ytelser. Etter art. 17 skal man få utbetalt ytelsene man har rett til, fra den staten man er bosatt i, selv om dette ikke er den kompetente stat¹¹⁴ jf. bokstav q). Artikkel 18 fastsetter at man likevel fortsatt har rett til ytelser fra den kompetente medlemsstat når man oppholder seg der, selv om man ikke har bosted der. I art. 19 bestemmes det at man har rett på naturalytelser fra den kompetente stat, selv om sykdommen eller skaden oppstår i en annen medlemsstat. Artikkel 20 regulerer retten til å reise for å motta naturalytelser. Her pålegger nr. 1 medlemmet å søke den kompetente institusjon om tillatelse, dersom det ønsker å reise til en annen stat for å motta naturalytelser. I nr. 2 bestemmes det at medlemmet skal få tillatelse til slik reise, dersom behandlingen er godkjent i den kompetente staten, men ikke kan ytes innen en medisinsk forsvarlig frist.

Artikkel 21 er den viktigste bestemmelsen i forordningen om adgangen til å stille oppholds krav. Dens nr. 1 lyder slik i norsk versjon:

«1. Et medlem i trygdeordningen og medlemmer av hans/hennes familie som bor eller oppholder seg i en annen medlemsstat enn den kompetente medlemsstat, skal ha rett til kontantytelser fra den kompetente institusjon i samsvar med lovgivningen den anvender. Etter avtale mellom den kompetente institusjon og institusjonen på bostedet eller oppholdsstedet kan imidlertid ytelsene gis av institusjonen på bostedet eller oppholdsstedet og dekkes av den kompetente institusjon i samsvar med den kompetente medlemsstats lovgivning.»

¹¹³ Ot. Prp. Nr. 79 (1991-1992) s. 4-5

¹¹⁴ Den staten som man har rett til ytelser fra, jf. art. 1 bokstav s)

Her kommer det klart frem at man har rett til kontantytelser, både i de tilfeller der man bosetter seg annensteds, og også i de tilfeller der man oppholder seg i et annet land. Feiltolkningen av reglene bunner til dels i denne bestemmelsen. Dette på grunn av at art. 1 bokstav k) definerer «*opphold*» som «*midlertidig bosted*». I den engelske versjonen definerer bokstav k) «*stay*» som «*temporary residence*». I den danske er «*ophold*» kort definert som «*midlertidigt ophold*». Alle uttrykk skal tolkes autonomt innen teksten de er en del av. «*Opphold*» i artikkel 21 skal dermed tolkes likt som «*opphold*» i andre deler av forordningen.¹¹⁵ Ettersom «*opphold*» også brukes i art. 20 om opphold for behandling i utlandet, kan det ikke kreves at det opprettes midlertidig bopel før reglene i art. 21 gjelder. Dette tyder på at man ikke nødvendigvis må ha et så langt opphold at det vil karakteriseres som midlertidig *bosted*, for at reglene i art. 21 skal komme til anvendelse. Det samme konkluderer utvalget med i *Trygd, oppholdskrav og reiser i EØS-området*.¹¹⁶

De generelle oppholdskravene som oppstilles i ftrl. §§ 8-9, 9-4 og 11-3, uten hensyn til hvor i utlandet mottakeren befinner seg eller hva slags type opphold det dreier seg om, er dermed klart i strid med trygdeforordningen art. 21.

6.2.2 Etter de generelle prinsippene i EØS

De fire friheter fastsetter at alle tiltak som setter reelle begrensninger på den frie bevegelsen, er forbudt etter EØS-avtalen. Dette gjelder ikke bare forbud og påbud som berører rettighetene direkte, men også andre tiltak som i realiteten fører til at det blir vanskeligere eller umulig å benytte seg av retten til fri bevegelse.

Oppholdskravene er ikke et direkte forbud som gjør det ulovlig å reise, men et vilkår for å motta og beholde en ytelse som skal erstatte arbeidsinntekten. For de aller fleste er det inntekten fra ytelsen som dekker livsoppholdet og de nødvendige utgiftene, og den er dermed helt nødvendig for majoriteten av ytelsesmottakerne. Det har også vist seg at brudd på oppholdsreglene kan føre til straffereaksjoner. Ikke fordi det er forbudt å oppholde seg i utlandet, men fordi det medfører tap av retten til de aktuelle ytelsene. Mottakerne har blitt dømt for trygdebedrageri for å ha mottatt en ytelse uten å ha hatt krav på den.

EFTA-domstolen legger til grunn at «*Tiltak som kan hindre utøvelsen av de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen, eller som kan gjøre den mindre interressant, er, selv om de*

¹¹⁵ Se NOU 2020:9 s. 306 med videre henvisninger

¹¹⁶ NOU 2020: 9 s. 294

får anvendelse uten hensyn til nasjonalitet, en krenkelse av disse friheter som må rettferdiggjøres.»¹¹⁷ Ved vurderingen av om det er tillatt etter EØS-retten å opprettholde og utøve et oppholdskrav ved mottak av kontantytelser ved sykdom, må det dermed klarlegges om oppholdskravet er et tiltak som hindrer utøvelsen av de grunnleggende frihetene. Slik jeg har gjennomgått over må reglene anvendes slik at resultatet samsvarer med formålet for reglene, som overordnet sett er et velfungerende indre marked.

6.2.2.1 Oppholdskravet opp mot reglene om fri bevegelse for arbeidskraft og selvstendig næringsdrivende

Å stille et oppholdskrav for mottak av velferdsytelser er, isolert og direkte sett, i vanlige tilfeller ikke noe hinder for å ta arbeid i en annen EØS-stat. Oppholdskravene kommer jo nettopp til anvendelse i situasjoner der mottakeren *ikke* er i arbeid, men mottar en offentlig ytelse. Det vil likevel ha virkninger som kan gjøre at det i realiteten blir stor forskjell for innenlandske og utenlandske arbeidstakere. Enhver arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende vil stå i fare for å bli avhengig av offentlige ytelser, ved sykdomstilfeller eller lignende, men også om man blir permittert eller arbeidsledig. For sesongarbeidere, ukes- og månedspendlere, og andre som reiser til andre EØS-stater for å ta arbeid, vil risikoen for å måtte være alene i et fremmed land under en eventuell ytelsesperiode, virke som en hindring på den reelle muligheten til å ta arbeid andre steder enn i hjemstaten. Dersom man setter problemstillingen på spissen, vil en arbeidstaker som månedspendler og er i hjemstaten med familien en uke hver måned, kunne risikere å måtte gå fire år, først ett år med sykepenger og så tre år med arbeidsavklaringspenger, uten å ha muligheten til å reise hjem til hjemlandet og familien.

Der mottakeren allerede har fått innvilget arbeidsavklaringspenger, og ønsker å benytte muligheten til å arbeide i en annen EØS-stat som ledd i arbeidsutprøving, eller dersom vedkommende allerede har et arbeidsforhold i en annen EØS-stat. Så lenge man melder riktig om arbeidede timer på meldekortet, er ingenting i veien for å utføre lønnet arbeid samtidig som en mottar arbeidsavklaringspenger. Arbeidsavklaringspenger utbetales nettopp med sikte på avklaring mot arbeid, vil det være positivt, og ofte også påkrevet fra NAV, å prøve seg frem i forskjellige former for arbeid under ytelsesløpet.

Det foreligger ingen unntakshjemmel for fri flyt av arbeidskraft under denne typen ytelsesløp, og det vil dermed ikke være mulig å opprettholde et oppholdskrav for dem som ønsker å benytte seg av den frie bevegelse for arbeidskraft mens man mottar denne typen stønad. Ettersom hvem som helst skal ha mulighet til å ta arbeid hvor som helst innenfor EØS-området, må dette også gjelde arbeidstakere som prøver ut arbeid.

¹¹⁷ Sak E-14/15 avsn. 115

Det er etter dette sannsynlig at et oppholds krav for mottak av offentlige ytelser må anses som en hindring på den frie bevegelsen for arbeidstakere.

6.2.2.2 Oppholds kravet vurdert mot reglene for fri bevegelse av tjenester

Også reglene om fri bevegelse av tjenester har vært fremhevet, blant annet i *Blindsonen*, som mulig rettsgrunnlag for at det ikke skal være mulig å stille oppholds krav for mottakere av velferdsytelser. Her er resonnetet at fri flyt av tjenester også omfatter retten til å motta tjenester, ikke bare å yte.

Kapittel 3 i del III av EØS-avtalen omfatter tjenester. Artikkelen 36 (1) regulerer eksplisitt retten til å yte tjenester. En eventuell ubetinget rett til å motta tjenester må dermed følge av andre rettsgrunnlag, for eksempel av EU- eller EFTA-domstolens praksis. Reglene i EØS-avtalens hoveddel er likevel ikke den eneste EØS-retten som regulerer retten til å motta ytelser. Direktiv 2006/123/EF, vedlegg X punkt 1 til EØS-avtalen, regulerer fri flyt av tjenester i det indre marked. Direktivet er gjennomført i nasjonal rett i Tjenesteloven.¹¹⁸

Direktivet skal etter formålet i artikkel 1 nr. 1 lette utøvelsen av etableringsadgangen for tjenesteytere og den frie bevegelsen for tjenester. Virkeområdet for direktivet klart avgrenset mot andre områder, og i nr. 6 siste punktum kommer det frem at direktivet ikke berører medlemsstatenes trygdellovgivning. Det er likevel ikke sikkert at direktivet ikke kan ha innvirkning på oppholds krav etter trygdellovgivningen. I resten av EØS-retten foreligger det ikke noen generelle krav om trygdellovgivning, hvordan den skal utformes eller hvilke rettigheter den eventuelt skal gi borgerne. Det er dermed heller naturlig å lese unntaket slik at direktivet ikke stiller krav til hva trygderetten positivt skal inneholde.

Med forbehold om at man tolker formålsbestemmelsen slik vil direktivets art. 19 sette generelle begrensninger på medlemsstatenes adgang til å stille oppholds krav. Etter artikkel 19 kan ikke medlemsstatene «pålegge en tjenestemottaker krav som begrenser bruken av en tjeneste fra en tjenesteyter som er etablert i en annen medlemsstat». Ut fra ordlyden er oppholds krav nokså klart omfattet av denne bestemmelsen. Det å kreve at en ytelsesmottaker oppholder seg innenfor statens grenser vil jo nettopp føre til at en ytelsesmottaker er avskåret fra å bruke enkelte typer tjenester, i hovedsak de som krever fysisk tilstedeværelse, i noen annen medlemsstat enn den vedkommende er bosatt eller mottar ytelser i. Dersom man anlegger samme perspektiv på art. 19 bokstav a) som spesifiserer at en plikt til å få tillatelse fra myndighetene også er omfattet av forbudet, er det klart at ikke heller en plikt til å søke NAV før man reiser utenlands, kan

¹¹⁸ Lov om tjenestevirksomhet av 19.06.2009, heretter tjenesteloven

oppretholdes under henvisning til artikkel 19. Å søke, for å unngå å miste retten til ytelser, er jo nettopp «en plikt til å få tillatelse» som uttrykkelig og spesifikt forbys i tjenstedirektivets artikkel 19.

I forarbeidene til tjensteloven uttales det også at «Artikkel 19 innebærer at krav til tjenstemottakere ikke kan begrense deres rett til å motta tjenester fra en tjensteyter i eller fra en annen EØS-stat.»¹¹⁹ Det fremheves også at dette er en rettighetsbestemmelse for tjenstemottakere, og at den må forstås slik at den rammer forholdet mellom en tjenstemottaker og dennes hjemstat. Det avgjørende vil etter proposisjonen være om «det aktuelle kravet påvirker tjenstemottakers ønske eller mulighet for å motta en tjensteytelse fra en tjensteyter etablert i en annen EØS-stat, sammenlignet med ønsket eller muligheten for å benytte en tjenstemottaker som er etablert i riket». Oppholds krav rammer ikke innenlandske tjensteytere overhodet, det går kun ut over muligheten til å motta ytelser fra utenlandske tjensteytere.

Ut fra flertallets vurdering i *Blindsonen*, kommer tjenstereglene til anvendelse i situasjoner der det ikke foreligger noe annet grenseoverskridende element enn selve utlandsreisen under ytelsesperioden. Flertallet mener her at tjenstereglene er «anvendelige også der tjenstemottakeren forlater hjemstaten for å motta tjenester i en annen EØS-stat».¹²⁰

Dette forankrer flertallet i EU- og EFTA-domstolens praksis generelt, og spesielt i *Cowan*¹²¹, der EU-domstolen i avsnitt 15 fastslår med referanse til *Luisi og Carbone* at prinsippet om fri utveksling av tjenester «omfatter retten for modtakere af tjensteydelser til at reise ind i en anden medlemsstat for at oppebaere en tjensteydelse der, uden at blive hindret af restriktioner, dels at ogsaa turister maa anses for modtagere af tjensteydelser». Videre, i avsnitt 17, uttaler Domstolen at «forbudet mod forskelsbehandling finder anvendelse paa modtagere af tjensteydelser i Traktatens forstand».

Enkelte momenter gir likevel betenkeligheter ved å benytte tjenstereglene på alle tilfeller der en borger ønsker å reise mellom EØS-stater. En av disse betenkelighetene er knyttet til unionsborgerdirektivet. Etter artikkel 20 TEUF har unionsborgerne en rett til å ferdes og oppholde seg fritt i alle EUs medlemsstater. Artikkel 21 TEUF gir unionsborgerne, på samme betingelser som innenlandske statsborgere, valgrett og gjør dem valgbare ved kommunale valg og til Europaparlamentet, i den staten de er bosatt. Dette er politiske rettigheter som ikke følger av de alminnelige reglene om fri bevegelse.

¹¹⁹ Ot.prp.nr 70 (2008-2009) s. 105

¹²⁰ NOU 2020:9 s. 49

¹²¹ Sak 186/87

Unionsborgerskapet er ikke en del av EØS-avtalen, og dette er presisert i en felleserklæring fra avtalepartene i EØS-komiteens beslutning om innlemmingen av direktiv 2004/34/EF. Rettigheter som utelukkende følger av TEUF art. 20 flg. kan dermed ikke kreves med hjemmel i EØS-avtalen.¹²² Dette kan reise spørsmål om hvorfor man skal utelukke unionsborgerskapet fra EØS-avtalen, dersom tjenestereglene gir de samme rettighetene. Svaret på dette må være valgrettighetene unionsborgerskapet gir. Det ligger ingen parallell til valgrettigheter i tjenestereglene, ettersom muligheten til å motta tjenester i en annen medlemsstat ikke på noen overskuelig måte vil kunne påvirkes av hvorvidt man er valgbar der eller ikke.

Dermed vil ikke det faktum at unionsborgerskapet er utelatt fra EØS-avtalen med hensikt, påvirke synspunktet om at retten til å motta tjenester i en hvilken som helst medlemsstat gjør at personer kan ha rett til fri bevegelighet innenfor EØS-området, uavhengig av arbeids- eller etableringsforhold.

Det kan også reises betenkeligheter ved hvorfor det er nødvendig med spesifikke regler for arbeidstakere, studenter, selvstendig næringsdrivende med videre, dersom tjenestereglene gir en ubetinget rett til å bevege seg innenfor EØS-området i den hensikt å motta tjenester. Denne betenkeligheten kan også møtes med betraktningen om at det er nødvendig med detaljerte regler om disse områdene for å forhindre forskjellbehandling av de forskjellige gruppene når de først skal inn i et arbeids-, studie- eller annet forhold i en annen EØS-stat.

Det kan også reises spørsmål ved hvorfor det ikke er lov for staten å stille krav om opphold for en ytelse som er en erstatning for tapt arbeidsinntekt, når en arbeidsgiver i alle tilfeller kan kreve at en arbeidstaker oppholder seg på oppgitt sted under arbeidstiden. Det er en stor forskjell på det å være i arbeid og det å motta kontantytelser. I et arbeidsforhold vil foreligge kontraktsfestede arbeidstider, der den overskytende tiden er arbeidstakerens egen fritid, der arbeidsgiver ikke har noen styringsrett over arbeidstakeren. En mottaker av ytelse som skal erstatte tapt arbeidsinntekt, vil ikke ha noen definert arbeidstid, og vil derfor også miste den definerte fritiden. Dermed vil de kravene staten stiller til ytelsesmottakerne, gjelde til enhver tid og dermed utgjøre en mye større hindring for individets frihet.

Oppholdskravet gjør at mottakere av ytelse fra NAV, er forhindret fra å reise ut av landet uten risiko for å miste den ytelsen de mottar som for hoveddelen av mottakerne er livsnødvendig for å dekke utgifter til livsopphold. Dette kravet vil, slik som det er formulert i proposisjonen, påvirke tjenestemottakerens mulighet til å motta en tjenesteytelse i en annen EØS-stat. Det vil i realiteten for de fleste umuliggjøre å motta ytelse noe annet sted enn i hjemstaten, ettersom de

¹²² Sejersted (2011) s. 350

fleste er for avhengige av inntekten fra ytelsen til å risikere å miste rett på den ved å reise utenlands.

Det er etter dette klart at å oppstille et oppholdskrav for å motta ytelser fra NAV, ikke kan opprettholdes etter reglene om fri bevegelighet i EØS-avtalen. Det gjenstår da å vurdere hvorvidt unntaksreglene kommer til anvendelse, slik at oppholdskravet likevel kan opprettholdes.

6.2.3 Gjør unntakshjemlene at oppholdskrav likevel kan tillates?

Slik jeg har gjennomgått over, kan tiltak som i utgangspunktet er forbudt etter EØS-reglene, likevel være tillatt etter de generelle unntakshjemlene. Dersom tiltaket skal være tillatt, må det ivareta et legitimt formål, enten etter de opplistede hensynene i unntakshjemmelen for den aktuelle friheten i EØS-avtalens hoveddel dersom unntaket er direkte diskriminerende, eller med flere hensyn dersom hindringene fungerer likt på innenlandske og utenlandske arbeidstakere, varer mv. I tillegg må man veie formålet opp mot hensynet til fri bevegelighet ved hjelp av proporsjonalitetsprinsippet. Det må bringes på det rene at virkemiddelet som velges, må være hensiktsmessig for å oppnå det ønskede resultatet. Virkemiddelet må være nødvendig og ikke gripe for langt inn i rettigheten i forhold til det resultatet som ønskes oppnådd. I dette ligger at virkemiddel som er både egnet og nødvendige, likevel ikke godkjennes fordi det kunne vært gjort andre tiltak som virket mindre inn på retten til fri bevegelighet.

Ut fra hvilket regelsett man vurderer oppholdskravene, vil det variere om det kan sies å være diskriminerende eller ikke. Som gjennomgått i forrige punkt virker oppholdskravene diskriminerende på tjeneytere fra andre EØS-stater. Dersom man vurderer kravet opp mot reglene om fri bevegelse av arbeidstakere, kan de både være diskriminerende og ikke-diskriminerende. Hvis faktum er at arbeidstakere fra andre land lar være å ta jobb i Norge grunnet muligheten for å bli isolert ved sykdom, vil kravet kunne anses å være diskriminerende ovenfor disse arbeiderne. Hvis vi ser isolert på de hjemlige forholdene, gjør ikke oppholdskravet forskjell på innenlandske og utenlandske arbeidstakere, da alle vil være tvunget til å oppholde seg innen Norges grenser, uavhengig av hvor en opprinnelig er fra. Oppholdskravet vil likevel klart ramme utenlandske arbeidstakere og -tjenesteytere hardest, og det er derfor naturlig å vurdere det ut fra de oppramsede formålene i unntaksbestemmelsene.

De tillatte formålene for å begrense den frie bevegeligheten for arbeidstakere, er å finne i EØS art. 28 nr. 3). De omfatter hensynet til den offentlige orden, sikkerhet og folkehelsen. For tjenester er det ingen unntakshjemler i EØS-avtalens hoveddel, men ettersom retten til å motta ytelser følger av tjenstedirektivet og ikke av EØS-avtalens hoveddel, som bare omfatter tjenesteytere, er ikke hoveddelen den mest relevante i denne vurderingen. Det eneste unntaket i

direktivet er å finne i art. 18 og omhandler tiltak som gjelder tjenestesikkerhet. Det er dermed, så langt jeg har klart å finne, ingen unntakshjemler for tjenestereglene.

Begrunnelsene for å kreve opphold i Norge ved mottak av kontantytelser ved sykdom har tradisjonelt vært flere. Fra tidlig av har begrunnelsen vært «*kontrollmessige problemer*»,¹²³ og dette har blitt fulgt opp som begrunnelse for de etterfølgende bestemmelsene i folketrygdloven om opphold i Norge. Rundskriv R11-00 til ftrl. § 11-3 der det står at «*bakgrunnen for denne bestemmelsen er behovet for å kunne følge opp medlemmet med tanke på riktig ytelse og arbeidsrettet aktivitet, og til enhver tid vite om vilkårene for rett til ytelsen er oppfylt*». For pleiepenger ble det i forarbeidene fremholdt at «*det er viktig å hindre at pleiepenger utbetales til utlandet over lengre perioder*». ¹²⁴ Her ble det dog vist til at det gjelder særlige regler for EØS-området, og i rundskrivet ble det uttrykkelig vist til forordningens art. 21. I forarbeidene¹²⁵ til bestemmelsene om pleiepenger ble det også nevnt at oppfølgingsargumentet ikke kunne brukes, ettersom det ikke legges opp til aktiv oppfølging ved utbetaling av pleiepenger. Kontrollhensynet er altså ikke nødvendigvis det mest tungtveiende hensynet for oppholdskravet for denne ytelsen, men brukes som argument både fordi det anses mer legitimt, og fordi det fra tidligere av har vært nødvendig å holde mottakerne innenlands for å holde kontroll på hvorvidt de fortsatt oppfylte vilkårene til ytelsene.

Ingen av begrunnelsene i avsnittet over kan sies å handle om den offentlige orden, sikkerhet eller folkehelsen. Ettersom listen er uttømmende, foreligger det intet legitimt formål for å gjøre unntak fra reglene om fri bevegelighet.

Dersom reglene hadde vært ansett ikke-diskriminerende, ville spørsmålet blitt hvorvidt reglene var egnet for å oppnå formålet, nødvendige og ikke for inngripende.

Dersom formålet var kontroll med at mottakerne fortsatt oppfylte kriteriene for å motta ytelsene, slik det er fremholdt, vil et oppholdskrav til dels kunne bidra til formålet. Dette fordi brukerne er nærmere mottaksstedet. Alle de omhandlede ytelsene er betinget av sykdom, og ettersom det å møte til avtaler hos lege og annen oppfølging, er kriterier for å ha rett på ytelser i seg selv, isolert fra oppholdskravene, er ikke oppholdskravet særlig egnet for formålet. Skjerpet bruk av aktivitetskrav og bedre fremdrift i utredninger og behandlinger vil være markant mer egnet både for å sikre at brukeren oppfyller vilkårene, men også for å få fortgang i prosessen mot å få mottakerne ut i jobb igjen.

¹²³ Ot.prp. nr. 68 (1976–77) s. 68

¹²⁴ Prop. 48 L (2016–2017) s. 15

¹²⁵ Prop. 48 L (2016/2017) s. 14–15

6.3 Konklusjon

Det er etter dette klart at det ikke er anledning til å stille allmenne oppholds krav ved mottak av kontantytelser ved sykdom etter EØS-retten. Både forordning 883/2004 og de generelle reglene om fri bevegelse for arbeidstakere og tjenester¹²⁶ er til hinder for et slikt krav. Unntaksbestemmelsene kommer ei heller til anvendelse slik at oppholds krav likevel kan opprettholdes.

7 Straffedommene og forholdet til menneskerettighetene

Menneskerettighetene er gjort til norsk rett både i Grunnloven og i Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Etter menneskerettighetsloven § 3 skal protokoller og konvensjoner nevnt i § 2 ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Paragraf to lister de menneskerettighetsaktene som Norge er konvensjonspart til, og fastsetter at disse skal gjelde som norsk lov i den utstrekning de er gjeldende for Norge, altså slik at reservasjoner som er tatt i forbindelse med ratifikasjon av konvensjonene, også begrenser konvensjonenes virkning i norsk rett. Ordlyden i Grunnlovens § 92 gir også klare holdepunkter for at de menneskerettighetskonvensjonene Norge var bundet av ved Grunnlovsrevisjonen i 2014, er opphøyet til Grunnlovs rang og dermed også bindende for lovgiver.

Det var bare enkelte menneskerettighetsbestemmelser som ble løftet inn i Grunnloven ved revisjonen. Dersom det var meningen at alle konvensjonsbestemte menneskerettigheter skulle ha Grunnlovs rang, ville det vært mer fornuftig enten å vedta alle disse bestemmelsene i Grunnloven, eller ikke vedta noen av dem som enkeltbestemmelser, og heller gjennomføre alle ved en henvisning. Dette kan ha bakgrunn i at tradisjonen for den norske Grunnloven er korte og konsise bestemmelser, og at menneskerettighetskapitlet da ville ha vært mange ganger så stort som hele resten av Grunnloven til sammen. I HR-2016-2554-P drøfter Høyesterett dette spørsmålet, og etter en gjennomgang av forarbeidene med særlig vekt på at kontroll- og konstitusjonskomiteen uttalte at § 92 ikke skulle endre rettstilstanden, kommer førstvoterende frem til at bestemmelsen ikke er en inkorporasjonsbestemmelse, men "*må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett.*"¹²⁷ Dommen er avsagt under dissens, men med enighet om spørsmålet omkring tolkningen av § 92.¹²⁸

¹²⁶ Herunder spesifikt direktiv 2006/123/EF

¹²⁷ HR-2016-2554-P avsn. 70

¹²⁸ HR-2016-2554-P avsn. 140

Det er likevel ingen tvil om at menneskerettighetene har et sterkt vern i norsk rett. Aall kaller menneskerettighetsloven "*semikonstitusjonell*".¹²⁹ Med det brede vernet både i nasjonal lovgivning, og også i flere forskjellige bindende konvensjoner som gjelder mange stater, stiller menneskerettighetene sterkere enn "lover flest". De mest grunnleggende menneskerettighetene er å anse som internasjonal sedvane, slik at brudd på disse i mange stater kan straffeforfølges selv om handlingen som er utført ikke er regulert i statens lovgivning, se for eksempel straffeloven § 6 og EMK art. 7 nr. 2.

Sakskomplekset i NAV-skandalen reiser mange menneskerettsspørsmål. Jeg kommer til å ta utgangspunkt i både nasjonale og internasjonale rettskilder når jeg drøfter menneskerettighetsperspektivet. Jeg vil også vurdere om vilkårene for straff eller andre reaksjoner er oppfylt, der dette faller naturlig inn under menneskerettighetsvurderingen.

7.1 Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom

Grunnlovens § 96 lyder:

«Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom.

Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.

Ingen kan dømmes til å avstå fast eiendom eller samlet formue, men mindre verdiene er benyttet til eller er utbytte fra en straffbar handling.»

Første ledd kalles legalitetsprinsippet, og gjenfinnes også i EMK art. 7 nr. 1 og SP art. 15 nr. 1. Denne menneskerettigheten anses også som en rettssikkerhetsgaranti. Legalitetsprinsippet innebærer også at man ikke kan straffes strengere enn etter loven slik den lød på gjerningstidspunktet, eller strengere enn loven slik den lyder mellom overtredelsen og domstidspunktet, dersom det er innført mildere straff for handlingen i løpet av tiden etter overtredelsen. Dette følger av SP art. 15 nr. 1 siste punktum, som er gjeldende norsk rett, og delvis av straffeloven § 3 første ledd annet punktum. Straffeloven setter dog en begrensning ut fra grunnlaget for lovendringen. Ettersom SP gjelder som norsk rett med forrang foran motstridende bestemmelser, kan ikke begrensningene i strl. § 3 benyttes. Dersom det er innført mildere straff skal dermed domstolen dømme ut fra den mildeste straffen, uavhengig av grunnen for at loven er endret.

For å bedømme om menneskerettighetenes krav til lovgrunnlag for dom og straff er overholdt, må jeg vurdere om de tiltalte på generell basis har forholdt seg slik at straffelovgivningen

¹²⁹ Aall (2018) s. 101

kommer til anvendelse. Etter EMDs dom i *Lukanov*¹³⁰ er det klart at lovkravet også omfatter situasjoner der straffebestemmelsene ikke omfatter de faktiske forhold det er idømt straff etter. Derfor går jeg gjennom straffbarhetsvilkårene, og drøfter dem opp mot det typiske hendelsesforløpet i sakene i NAV-skandalen. Dette er ikke ment som en vurdering av enkeltsaker, men som en generell vurdering som gir en indikasjon på om menneskerettighetene til disse menneskene som gruppe er ivaretatt i dette sakskomplekset.

7.1.1 Hendelsesforløpet

Det typiske hendelsesforløpet har vært at en ytelsesmottaker har reist til utlandet i stønadsperioden. Noen av personene har først kontaktet NAV og fått klarsignal til å reise, noen har søkt om å reise uten å få søknaden innvilget før avreise, og noen har ikke vært klar over problemstillingen og reist «ukritisk» utenlands. Dette har siden blitt oppdaget av NAV, som har oversendt saken til NAV kontroll som i de fleste tilfellene har fremmet et krav om tilbakebetaling. Herfra har det gått to veier – der beløpet var over en viss størrelse har NAV kontroll anmeldt forholdet, og politi- og påtalemyndigheten har overtatt. I noen saker har ytelsesmottakeren påklaget vedtaket, og saken har gått opp til Trygderetten for avgjørelse.

7.1.2 Skyldkravene i de relevante delene av straffelovgivningen

Det kreves forskjellige grader av skyld for å dømmes etter straffelovgivningen. Som jeg skal komme tilbake til, er det skyldkravene forsett og uaktsomhet som er benyttet i de straffebestemmelsene som er aktuelle for denne fremstillingen.

Forsett defineres i strl. § 22, som lyder:

«Forsett foreligger når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud

- a) Med hensikt,*
- b) Med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen, eller*
- c) Holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet.*

Forsett foreligger selv om lovbryteren ikke er kjent med at handlingen er ulovlig, jf. § 26.»

¹³⁰ Sak 21915/93 avsn. 43-44

Forsettet må omfatte alle de momenter som gjør handlingen til en forbrytelse. I noen straffebud kreves det i tillegg til forsett særlig hensikt. Dette er tilfellet for vinningsforbrytelsene, der det kreves at forsettet omfatter en uberettiget vinning.¹³¹

Forsett avgrenses nedad mot uaktsomhet. Uaktsomhet defineres slik i strl. § 23:

«Den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom.»

Aktsomhetskravet har altså både en objektiv og en subjektiv del. Objektivt sett må man handle ut fra kravet til forsvarlig opptreden på det konkrete området man befinner seg. Subjektivt sett må man kunne bebreides ut fra sine personlige forutsetninger. Dermed vil hva som er uaktsomt, variere både fra område til område, og fra person til person.

Meningen med en aktsomhetsnorm som er delt i et objektivt og et subjektivt krav, er å trekke grensen nedad mot straffrie handlinger.¹³² Uaktsomhet kan forstås som hvorvidt det er grunn til å bebreide gjerningspersonen for at følgen har inntruffet. Er det ikke grunn til å bebreide vedkommende har vedkommende opptrådt tilstrekkelig aktsomt. Når dette skal vurderes må man alltid ta utgangspunkt i den grunnleggende forutsetningen for straff: At straffelovgivningen bare skal ramme den som handler på en *straffverdige måte*.¹³³

For å vurdere om handlingen fraviker fra kravene til forsvarlig opptreden, må det først vurderes hva som er forsvarlig opptreden på det gjeldende området, for så å klarlegge om handlingen fraviker fra denne normen. Normen for forsvarlig opptreden på et område er objektiv. Dermed vil normen være lik for en person med stor erfaring på området, og for en person som beveger seg inn på et ukjent område. Ved fastsettelse av aktsomhetsnormen vil det måtte legges vekt på om det finnes regulering av området i lovgivning, forskrifter, rettspraksis eller sedvane. Videre vil alvoret i handlingen og hvilke interesser som er truet, kunne påvirke kravet som gjelder for forsvarlig opptreden på området.¹³⁴ Jo større skadepotensiale, desto større krav til forsvarlig opptreden. For eksempel vil det stilles større krav til noen som produserer energi ved hjelp av kjernekraft, enn til noen som produserer energi gjennom vannkraft, da skadepotensialet ved ulykker til være mange ganger større for kjernekraftprodusenten, selv om produktet ved begge produksjoner er det samme.

¹³¹ Lilleholt (2014) s. 615

¹³² Eskeland (2017) s. 299

¹³³ Eskeland (2017) s. 300

¹³⁴ Ot. Prp. Nr. 90 (2003-2004) s. 427

Den subjektive aktsomhetsnormen vurderes ut fra de personlige forutsetningene hos gjerningspersonen. Dersom en person ikke er i stand til å tenke seg bedre om, for eksempel ved lav intelligens eller liten utdanning, kan ikke vedkommende bebreides for å ikke ha gjort det. Motsatt kan man bebreides dersom man er i stand til å tenke seg bedre om, men likevel ikke gjør det. Noe av poenget med å ha en straffelovgivning er jo nettopp å oppfordre folk til å tenke seg om før en handler.

Det skjer ikke så ofte at det blir benyttet en lavere aktsomhetsnorm på grunnlag av personlige trekk, men det kan skje i noen tilfeller, for eksempel om man tilhører en kategori det er grunn til å behandle mildere. Ofte skjer det at aktsomhetsnormen heves fordi man tilhører en gruppe der man i alle fall burde visst bedre – for eksempel om man har utdanning eller erfaring på området. I Rt. 1984 s. 91 ble tiltalte domfelt for brudd på vegtrafikkloven § 3, med henvisning til at han var særlig kjent på stedet og således kunne ta alle forholdsregler for å unngå en ulykke. I HR-2018-2454-A overtrådte en pensjonert overlege taushetsplikten. Han var erfaren på et område der taushetsplikten står sentralt, og dermed ble aktsomhetskravet skjerpet. Vurderingen blir til slutt hvorvidt gjerningspersonen «burde ha truffet et annet valg i den foreliggende situasjonen». Dette inkluderer å klare å prioritere i situasjoner der «alt blir feil».¹³⁵

Etter Eskelands sammendrag viser Høyesteretts praksis at «[d]en nedre grensen for uaktsomhet går ved handlinger som er tilstrekkelig straffverdige, vurdert ut fra gjerningspersonens forutsetninger og handlingssituasjonen, til at vi finner grunn til å sanksjonere handlingen med straff».¹³⁶

Det sondres i strafferetten mellom grader av uaktsomhet. Strl. § 374 har grov uaktsomhet som skyldkrav. Grov uaktsomhet defineres slik i strl. § 23 annet ledd: «Uaktsomheten er grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse.» Terskelen er altså høyere enn for vanlig uaktsomhet. I forarbeidene¹³⁷ til straffeloven uttaler kommisjonen at utformingen er gjort med utgangspunkt i Høyesteretts formulering i Rt. 1970 s. 1235 «en kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet.». Denne uttrykksmåten er velkjent, og det fremkommer av forarbeidene at hensikten med definisjonen var å lovfeste gjeldende rett, slik den var utviklet i rettspraksis og teori.

Der skyldkravet er grov uaktsomhet holder det altså ikke at tiltalte kunne tenkt seg bedre om og dermed unngått den straffbare følgen. Tiltaltes opptreden må ha vært *svært* klanderverdig og gi grunnlag for *sterk* bebreidelse. I proposisjonen fastsettes det at vurderingen av

¹³⁵ Eskeland (2017) s. 302

¹³⁶ Eskeland (2017) s. 304

¹³⁷ NOU 2002:4 s 226

uaktsomheten vil være den samme etter første og andre ledd, men at det kreves et enda større avvik fra forsvarlig adferd, og en mer kvalifisert form for bebreidelse.¹³⁸

7.1.3 Bedrageri

I de aller fleste sakene er det tatt ut siktelse for bedrageri og falsk forklaring. Det finnes ingen egen bestemmelse for trygdebedrageri, så selv om dette er betegnelsen som har blitt brukt på forholdene, er det bestemmelsen i strl. § 371 om bedrageri som er benyttet. Den lyder:

«Med bot eller fengsel inntil 2 år straffes den som med forsett om å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning

- a) Fremkaller, styrker eller utnytter en villfarelse og derved rettsstridig forleder noen til å gjøre eller unnlate noe som volder tap eller fare for tap for noen, eller*
- b) Bruker uriktig eller ufullstendig opplysning, endrer data eller datasystem, disponerer over et kredittkort eller debetkort som tilhører en annen, eller på annen måte uberettiget påvirker resultatet av en automatisert databehandling, og derved volder tap eller fare for tap for noen.»*

Det er altså to alternative gjerningsbeskrivelser. Bokstav a) beskriver det «vanlige» bedrageriet der «noen» forledes. Bokstav b) beskriver det såkalte «databedrageriet», der det ikke er en person, men datasystemer som forledes.

Skyldkravet som her er forsett, må omfatte hele gjerningsbeskrivelsen. I tilknytning til bedrageribestemmelsen betyr dette at man må ha vinnings hensikt, men også at man må ha til hensikt å tilegne seg noe man *ikke har rett til*. Dette kalles hensiktsforsett. Dersom det viser seg i ettertid at vinningen var uberettiget, er ikke dette nok til å konstatere forsett for uberettiget vinning. For at det skal foreligge forsett må man dermed være klar over at man ikke har rett til det det man tilegner seg, eventuelt holde det for mulig at man ikke har rett til det, men bevisst ta et valg om at man ønsker å tilegne seg det likevel.

Som strl. § 22 annet ledd spesifiserer kan forsett foreligge selv om man ikke er klar over at handlingen er ulovlig. Forsettet for selve handlingen må likevel foreligge. Man kan altså ikke dømmes for bedrageri uten å ha hatt uberettiget vinnings hensikt, men man kan dømmes for bedrageri selv om man ikke var klar over at å tilegne seg noe man ikke hadde rett på, i vinnings hensikt, var ulovlig.

¹³⁸ Ot. Prp. Nr. 90 (2003-2004) s. 427

I HR-2018-1295-U hadde tiltalte krysset feil på meldekortene. Hun hadde arbeidet, men krysset likevel av for at hun ikke hadde gjort det. Her sluttet Høyesteretts ankeutvalg seg til lagmannsrettens vurdering av at hun bevisst hadde løyet, og dermed hadde forsett om å skaffe seg uberettiget vinning ved å tilegne seg arbeidsavklaringspenger hun ikke hadde krav på. Høyesteretts ankeutvalg bemerker i avsnitt 14 at det for strl. § 371 er «*tilstrekkelig at forsettet omfatter at det oppnås en uberettiget vinning*» (min uthevning). Denne uttalelsen bekrefter at det at vinningen er uberettiget er en nødvendig del av forsettet. Det ville ikke vært forenlig med samfunnets syn på eierskap og formue, dersom det å forsøke å skaffe seg vinning alene, skulle være straffbart.

Dersom man kommer frem til at det ikke foreligger tilstrekkelig forsett til å ta ut tiltale for bedrageri, kan det være aktuelt å pådømme etter strl. § 374 om grovt uaktsomt bedrageri, som lyder:

«*Grovt uaktsomt bedrageri som nevnt i §§. 371 og 372 straffes med bot eller fengsel inntil 2 år.*» Gjerningsbeskrivelsen er altså den samme som for bedrageri, men skyldkravet er grov uaktsomhet, ikke forsett.

Etter strpl. § 38 annet og tredje ledd er ikke retten bundet av det straffebudet som er anvendt i tiltalen, så lenge kontradiksjonsprinsippet blir etterlevd. Det samme gjelder for ankesaken i ankesaker etter strpl. § 342 annet ledd nr. 1). Dersom kravet til skyld er oppfylt, men ikke kravet til forsett, kan det være aktuelt å vurdere andre bestemmelser med samme gjerningsbeskrivelse, men annet skyldkrav.

I HR-2019-792-U avsn. 13 henviser Høyesterett til strpl. § 38. Her fremhever Høyesterett at «*under visse forutsetninger vil retten også ha en selvstendig plikt til å vurdere om forholdet rammes av en annen straffebestemmelse.*» Førstvoterende siterer fra Rt. 1982 s. 1380, der Høyesterett fastslo at retten av eget tiltak skulle ha tatt opp en bestemmelse med lik gjerningsbeskrivelse, men annet skyldkrav, i behandlingen av en sak. Dette var å anse som en saksbehandlingsfeil og førte til opphevelse av dommen.

Som gjennomgått er skyldkravet for bedrageri etter § 371 forsett, og grov uaktsomhet etter § 374. For å klarlegge om de dømte har oppfylt skyldkravet er det nødvendig å gjennomgå hva de faktisk visste. Dersom de ikke visste at de ikke hadde krav på ytelse ved utlandsopphold, kan de ikke ha et forsett om uberettiget vinning, ettersom de da ikke er klar over at vinningen er uberettiget. For skyldkravet grov uaktsomhet må aktsomhetsnormen klarlegges, for så å vurdere om de dømte har opptrådt så langt fra denne normen at det er grunnlag for sterk bebreidelse for svært klanderverdig oppførsel.

Området vi befinner oss på er kontantytelser ved sykdom. De færreste på mottakersiden av trygdeområdet har detaljkunnskap om lover og regler. Ofte har de hatt kontakt med lege eller helsevesenet etter skade eller sykdom, og blitt henvist til NAV for økonomisk oppfølging. De aller færreste beveger seg inn på dette området av egen vilje, men blir «tvunget» til å tre ut av arbeidslivet og motta ytelse til livsopphold fra det offentlige. Situasjonen er ofte stressende for den enkelte, med store endringer i livet og hverdagen, i tillegg til en stor mengde informasjon, plikter og pålegg som en skal forholde seg til. Dette taler mot å sette aktsomhetsnormen for høyt.

På den andre siden er det fremhevet i rettspraksis om trygdebedrageri at det ved trygdemisbruk gjør seg gjeldende «*særlige allmennpreventive hensyn*». ¹³⁹ I HR-2017-560-A viser Høyesterett til flere andre dommer der det argumenteres for at tungtveiende håndhevelsesshensyn gjør seg gjeldende ved trygdebedragerier, da trygdesystemet i stor grad er basert på egenmeldinger og tillit, og oppdagelsesrisikoen ved misbruk er begrenset. Et annet poeng som er viktig for vurderingen i dette kapittelet, er denne uttalelsen fra avsnitt 15:

«Når dette er sagt, er jeg enig med A i at det grovt uaktsomme, grove bedrageriet han har gjort seg skyldig i, skiller seg fra de vanligste trygdebedrageriene, der trygde myndighetene er forledet til å utbetale ytelse som søkeren ikke under noen omstendighet har hatt krav på.»

Førstvoterende mener å finne en viss støtte for dette i Rt. 1995 s. 707, og antagelig sikter han til denne formuleringen:

«Det er riktignok momenter ved bedrageriet som skiller fra det vanligste trygdebedrageriet. Den domfelte fikk ikke utbetalt en annen sosial støtte eller lønn fra en arbeidsgiver i tillegg til arbeidsledighetstrygden; han startet opp sin egen virksomhet, og han anfører at han ikke tok ut lønn i den perioden han mottok trygd for.»

Det kunne vært en viss mulighet for denne mannen til å beholde dagpengene i oppstartsfasen, men han hadde ikke søkt eller opplyst arbeidskontoret om dette. I siste avsnitt på side 709 uttaler førstvoterende at «*det foreligger formildende omstendigheter av en viss vekt*». Jeg antar at hun her sikter til forrige sitat i tillegg til de uttalte momentene i hans liv. Dermed virker førstvoterende i 1995-dommen og førstvoterende i 2017-dommen å være enige om at saker der man lurer til seg «dobbelt opp» ved å både få lønn og en ytelse man i utgangspunktet ikke har krav på, er mer alvorlig enn de sakene der man bryter med vilkårene for å få en ytelse man i bunnen har krav på.

¹³⁹ TNETE-2015-179156

Slik det kommer frem i Arnesen-utvalgets rapport, og ut fra et vedtak om arbeidsavklaringspenger jeg har fått tilgang til datert 30. august 2019,¹⁴⁰ har ikke forbudet mot reise til utlandet typisk fått noen fremtredende plass i vedtak om arbeidsavklaringspenger. Vedtakene er typisk på fem til seks sider der om og for hvilken periode man får innvilget ytelsen, er plassert på første side. I det konkrete vedtaket jeg har fått tilgang på, er det under overskriften «trekk i arbeidsavklaringspengene dine dersom du ikke følger opp avtalte aktiviteter» ingen formuleringer om utlandsopphold. Under underoverskriften «plikt til å informere om endringer» følger på aller siste side en opplysning blant flere kulepunkter om at du må melde fra til NAV dersom du «skal på reise eller flytte til utlandet». Siste kulepunkt i opplistingen av ting man må melde fra til NAV om er «andre opplysninger som kan bety noe for retten til ytelse». Selv om ett vedtak alene ikke kan si at det er nøyaktig slik, er dette standardvedtak, og det jeg har observert i dette enkeltvedtaket er underbygget av Arnesen-utvalgets funn i *Blindsonen*. Det er altså ikke særlig klart formulert at utlandsopphold ikke er forenlig med å motta ytelsen.

Arnesen-utvalget fremholdt i *Blindsonen* at mottakere av arbeidsavklaringspenger, sykepenger og pleiepenger ofte er i sårbare situasjoner, der en ofte er både fysisk og eller psykisk svekket. Vedtaket om stønad vil ofte føles som en slags avslutning på noe som har vært et stort stressmoment i hverdagen, nemlig hvordan en skal få økonomien til å gå rundt når man ikke kan fungere i arbeidslivet. Det man lurer på, nemlig om man har fått innvilget stønaden eller ikke, står på første side. De resterende sidene vil gjerne ikke være det man studerer mest inngående.

For arbeidsavklaringspenger er det naturlig å forholde seg til meldekortene, som man sender inn løpende via «Mitt NAV», nettjenesten for kontakt med NAV. Her melder man fra om de forholdene som har betydning for retten til arbeidsavklaringspenger, slik som om man har arbeidet eller hatt fravær fra oppfølging. Arnesen-utvalget fant ikke at meldekortene inneholdt spørsmål om man hadde oppholdt seg i utlandet. I et meldekort som utgikk en gang i 2014 var det ingen spørsmål om utlandsopphold konkret, bare om mottakeren hadde hatt «annet fravær». Veiledningen til utfylling forutsatte at man svarte «Ja» på dette spørsmålet dersom man hadde hatt fravær som *hadde gått ut over avtalt aktivitet*.¹⁴¹ Ingenting ved dette indikerer at man er pliktig å si ifra om utlandsopphold, så lenge utlandsoppholdet ikke har gått ut over avtalt aktivitet og oppfølging.

Det å reise utenlands har ikke noen klar sammenheng med å motta ytelse ved sykdom. Det er verken relatert til inntekt eller oppfølging. Bør det kreves at dette er noe mottakeren «bare burde forstå»? Siden ytelsene blir gitt for å kompensere for manglende inntektsevne av helsemessige årsaker, er det naturlig at man må melde fra dersom man likevel er i stand til å jobbe. Det er

¹⁴⁰ Vedlegg 1

¹⁴¹ NOU 2020:9 s. 264

også enkelt å forstå at man nødvendigvis må følge det opplegget som blir satt for å forsøke å bedre arbeidsevnen.

En kan mene at man heller ikke kan reise utenlands når man jobber. Dette er en sannhet med modifikasjoner. Å være i jobb gjør at det blir en klar sontring mellom arbeidstid og fritid, der arbeidsgiver bare styrer i arbeidstiden. I fritiden kan arbeidstakeren gjøre som han eller hun vil. Under ytelsesmottak er det ikke noe skille mellom arbeidstid og fritid, og regler som blir satt vil dermed gjelde hele døgnet, hele uken. Det å kreve at en ytelsesmottaker holder seg innenfor landegrensene er dermed ikke sammenlignbart med at en arbeidstaker må befinne seg på arbeidsplassen i arbeidstiden. Norge er et langstrakt land, og avstand vil heller ikke være noe argument. En kan like gjerne være langt unna hjemstedet innenlands som utenlands. Det er bedre å sammenligne tiden ytelsesmottakeren er under oppfølging og tiltak, med arbeidstid. Og i denne tiden er det klart at ytelsesmottakeren må befinne seg på riktig sted for fortsatt å ha rett til utbetalinger. Dette vil gjelde både innenlands og utenlands.

Det ble altså ikke gitt utvetydige signaler til ytelsesmottakerne om at det ikke var tillatt å bevege seg utenfor landegrensene. De fleste som blir innvilget slike ytelser slår seg trolig til ro med dette uten å gå inn i loven for å finne ut mer. Oppholdskravet har likevel vært tydelig og tilgjengelig i ftrl. §§ 8-9, 9-4 og 11-3, og etter forarbeidenes veiledning til fastsettelsen av aktsomhetsnormen, skal man uansett se hen til lover og regler på det gjeldende området. På den annen side har også trygdeforordningsforskriften vært like tilgjengelig, og siden de er motstridende, har ikke det tilgjengelige lov materialet gitt et klart svar.

Ettersom loven og trygdeforordningsforskriften setter opp forskjellige regelsett på området, vil det bli feil å bruke loven som den avgjørende faktoren for aktsomhetsnormen. Siden det i NAV-skandalen i hovedsak dreier seg om et brudd på vilkårene for å motta en ytelse, ikke situasjoner med «dobbel opp», vil aktsomhetsnormen ikke måtte settes høyere enn det som er rimelig å kreve av en normal person som er noe svekket av situasjonen vedkommende står i. Det er rimelig å kreve at mottakeren forholder seg til det som blir gitt av klar info, og melder inn riktige opplysninger, det være seg i meldekort, søknader eller samtaler med NAV. Å overse en liten del av informasjonen som blir gitt nederst i et vedlegg til vedtaket, og som ikke blir videre fulgt opp, må anses som høyst menneskelig i en slik situasjon.

Både meldekortet og veiledningen til utfylling av meldekortet har kun hatt formuleringer om fravær fra planlagte aktiviteter, og lov- og forskriftsmaterialet har gitt en klar usikkerhet rundt hva som er tillatt og ikke. Det å reise til utlandet uten å melde fra til NAV vil dermed i de fleste tilfellene ikke utgjøre et stort avvik fra forsvarlig adferd. Det er heller ingenting ved oppførselen til disse menneskene som viser sterkt klanderverdig adferd.

Som beskrevet må forsettet ved bedrageri omfatte at vinningen er *uberettiget*. Dette er en viktig sondring siden en søknad om ytelser alltid vil handle om et ønske om vinning. Det er dermed nødvendig at man er klar over at man ikke har rett på det man vinner, for at det skal foreligge forsett. Ut fra beskrivelsen over og Arnesen-utvalgets funn, foreligger det sterke indikasjoner på at flesteparten av de dømte i bedragerisakene ikke har vært klar over at de har brutt med vilkårene for å motta trygdeytelser. For denne andelen vil det klart ikke foreligge forsett. Å ikke vite at man ikke har rett, utelukker klart et formål om *uberettiget* vinning. Dette vil selvfølgelig stille seg annerledes for de sakene der trygdemottakeren var klar over oppholdskravet, og ikke hadde fått tillatelse til utlandsoppholdet.

Det kan etter dette reises tvil om kravet til skyld for forsettlig eller grovt uaktsomt bedrageri var oppfylt i flertallet av sakene. Jeg drøfter likevel kort hvorvidt handlingsmåten til de dømte svarer til gjerningsbeskrivelsen for bedrageri.

Etter gjerningsbeskrivelsen i strl. §371 bokstav a) må man forlede «noen». Ettersom datasystemer ikke er en person, vil det å krysse av feil på meldekort eller annen automatisert oppfølging ikke falle innunder gjerningsbeskrivelsen i bokstav a). Dette er også noe av grunnlaget for at det ble opprettet en egen bestemmelse om databedrageri.¹⁴² Gjerningsbeskrivelsen i bokstav b) inneholder en ikke-uttømmende liste over handlinger som kan rettsstridig påvirke et datasystem, derunder «*uriktig eller ufullstendig opplysning*». Ved å krysse av feil i et automatisert databehandlingssystem, slik som meldekort, vil gjerningspersonen rettsstridig påvirke resultatet av en automatisert databehandling ved å gi uriktige opplysninger. Også her vil likevel spørsmålet om formuleringen i meldekortene komme inn som vurderingstema. Når meldekortet spør om «annet fravær» og veiledningen til utfyllingen peker på fravær som har vært til hinder for avtalt aktivitet, kan det å krysse av for «Nei», selv om man har vært i utlandet, vanskelig sies å ha vært å gi uriktige opplysninger. Om noe må dette være ufullstendige opplysninger. Dette må i så tilfelle argumenteres godt for. Det foreligger ingen indikasjon på at utlandsopphold skal kvalifisere til å svare «Ja» på dette spørsmålet. Dette måtte i så fall være om man tenker slik at et utlandsopphold alltid vil være «fravær» fra mottakerens vanlige oppholds- eller bosted i Norge. Dette vil igjen falle på sin egen urimelighet siden avstandene innad i Norge kan være vel så lange som mellom Norge og flere andre EØS-land og dermed utgjøre et like stort «fravær» fra vanlig oppholds- eller bosted.

Jeg finner det etter dette sannsynlig ut fra det materialet som foreligger, at mange av de straffedømte heller ikke har opptrådt slik gjerningsbeskrivelsen krever. Dermed er ikke hverken skyldkravet eller gjerningsbeskrivelsen for bedrageri oppfylt for mange av de dømte i sakskomplekset.

¹⁴² Matningsdal (2016) s. 439

Til slutt fremstår det også som relativt klart at bruken av slike oppholds krav ikke er tillatt etter EØS-retten. Slik gjennomgangen i EØS-kapittelet viste, er ikke oppholds krav ved mottak av velferdsytelser forenlig med de generelle krav til fri bevegelse som EØS-retten stiller. I tillegg fastsetter forordning 883/2004 art. 21 at et medlem i trygdeordningen skal ha rett på trygdeytelser selv om han eller hun oppholder seg i en annen medlemsstat, etter vanlige vilkår for ytelsene. Rekkevidden av dette, spesielt hvilken personkrets som er omfattet og hva som ligger i å «oppholde seg» i en annen medlemsstat, er under avklaring hos både EFTA-domstolen og ESA. Det er uansett ganske sikkert at bruken av oppholds krav i den utstrekningen det er gjort i norsk trygdelovgivning, ikke er tillatt etter EØS-retten, og at forordningens art. 21 med dens forrang for norsk trygdelovgivning har gjort det nødvendig med en grundig vurdering ved anvendelse av straffebestemmelser på trygderettslige forhold med EØS-elementer.

Jeg har dermed kommet til at det med svært stor sannsynlighet har vært idømt straff uten hjemmel i lov, for saker i dette sakskomplekset. Etter GrL § 96, EMK art. 7 nr. 1 og SP art. 15 nr. 1, er det klart at det å idømme straff på grunnlag av en handling som ikke var forbudt på gjerningstidspunktet, er et brudd på menneskerettighetene. Det kan dermed slås fast med relativt stor sannsynlighet at det foreligger noe som ligner på systematiske brudd på menneskerettighetene i dette sakskomplekset.

7.1.4 Falsk forklaring

I tillegg til bedrageri er det i flere av sakene tatt ut tiltale for uriktig forklaring etter strl. § 221 som lyder slik:

«Med bot eller fengsel inntil 2 år straffes den som skriftlig eller muntlig gir uriktig opplysning til

- a) Retten,*
- b) Notarius publicus, jf. lov 26. April 2002 nr. 12,*
- c) Offentlig myndighet under forklaringsplikt,*
- d) Offentlig myndighet når forklaringen er bestemt til å avgi bevis,*
- e) EFTA-domstolen, eller*
- f) Den internasjonale straffedomstolen.*

Straff etter første ledd kommer ikke til anvendelse mot en mistenkt som forklarer seg uriktig om det forhold mistanken mot ham gjelder. Det samme gjelder den som ikke kunne fortelle sannheten uten å utsette seg selv eller noen av sine nærmeste for straff eller fare for vesentlig tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art, med mindre vedkommende hadde plikt til å forklare seg.»

Etter ftrl. § 21-3 første ledd har trygdemottakere opplysningsplikt om endringer i forhold som kan være avgjørende for har retten til ytelsen eller ytelsens størrelse. Etter annet ledd kan den som har mottatt eller krevet utbetalt en ytelse, bli avkrevd nødvendige opplysninger og dokumenter som er nødvendige for å kontrollere ytelsens størrelse eller vilkårene for rett til ytelsen. Ettersom utlandsopphold uten forutgående godkjent søknad har medført bortfall av ytelser, har mottakeren vært ansett å ha forklaringsplikt om utlandsopphold.

Strl. § 221 omfatter også å holde tilbake opplysninger, forutsatt at det «følger av sammenhengen at mottaker oppfatter det slik at man har gitt all nødvendig informasjon».¹⁴³ I HR-2019-1788-A fremholder førstvoterende at det også er på det rene at å «bevisst gi uriktige opplysninger i skjemaer og søknader til offentlige myndigheter»¹⁴⁴ omfattes av straffebudet.

Etter denne dommen kreves det at forklaringen er bevisst usann. Man kan altså ikke dømmes for falsk forklaring der man ikke er klar over at forklaringen man gir er usann eller mangelfull. Dette vil gjelde i alle tilfeller.

Som anført er det tvilsomt om særlig mange av de tiltalte i disse straffesakene var klar over at de var forpliktet til å oppholde seg i Norge da de mottok ytelsene. Dersom de ikke var klar over det, og ikke fikk noen indikasjon om nødvendigheten av å melde fra om utlandsopphold i meldekortet, og heller ikke fikk spørsmål om det fra sin saksbehandler eller andre involverte, er det vanskelig å si at de bevisst unnlot å opplyse om forhold med betydning for retten til ytelser.

Ettersom spørsmålet i meldekortene var «Annet fravær», og veiledningen til utfyllingen viste til fravær fra avtalt aktivitet, kan man ikke si at å krysse «N» på dette spørsmålet er å gi uriktig informasjon, så lenge man har opprettholdt sine planlagte aktiviteter og ikke hatt fravær. Ei heller kan man si at å ikke melde fra om utlandsopphold er tilbakehold av opplysninger, dersom man ikke var klar om dette kravet, ettersom det ikke ble spurt direkte om utlandsopphold i kommunikasjonen mellom Nav og mottakerne av ytelser. Ettersom skyldkravet er å gi bevisst feilinformasjon, kan man ikke dømmes for dette uten å ha vært klar over plikten til å opplyse om utlandsopphold. Det vil ikke under noen omstendighet være tale om bevisst feilinformasjon ovenfor et krav en ikke er klar over eksistensen av.

Det foreligger dermed sterke indikasjoner på at også flere av dem som har vært tiltalt for uriktig forklaring etter strl. § 221 er blitt dømt i strid med kravet til lovhjemmel i Grl. § 96, EMK art.

¹⁴³ HR-2019-599-A avsn. 45

¹⁴⁴ Avsn. 21 med videre henvisning

7 nr. 1 og SP art. 15 nr. 1. Også dette representerer et brudd på menneskerettighetene i saks-komplekset.

7.2 Retten til en rettferdig rettergang

Retten til en rettferdig og offentlig rettergang er lovfestet i Grunnloven § 95. Den lyder:

«Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig. Retten kan likevel lukke rettsmøtet dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser gjør det nødvendig.

Statens myndigheter skal sikre domstolenes og dommernes uavhengighet og upartiskhet.»

EMK art. 6 og SP art. 14 fastsetter også retten til en rettferdig rettergang. Her er også rettighetene for straffesiktede utdypet videre, i begge bestemmelser nr. 3. Her fastsettes det visse minimumsgarantier for den som er siktet for en straffbar handling. SP art. 14 nr. 3 lyder slik:

«Enhver har ved behandlingen av en siktelse mot ham for en straffbar handling, rett til følgende minimumsgarantier, uten forskjellsbehandling:

- a. Å bli underrettet omgående, utførlig og på et språk som han forstår om innholdet av og grunnen til siktelsen mot ham.*
- b. Å få tilstrekkelig tid og anledning til forberede sitt forsvar og til å rådføre seg med en forsvarer som han selv har valgt.*
- c. Å få sin sak pådømt uten unødig opphold.*
- d. Å være til stede i retten, og å forsvare seg personlig eller ved en forsvarer han selv har valgt; å bli underrettet om sin rett til dette dersom han ikke har forsvarer, og, hvis rettferdshensyn krever det, å få oppnevnt en forsvarer; og da uten omkostninger for ham selv dersom han ikke har tilstrekkelige midler.*
- e. Å avhøre eller få avhørt vitner som føres mot ham og å innkalle og avhøre egne vitner på de samme betingelser som de vitner som føres mot ham.*
- f. Å få gratis bistand av tolk, dersom han ikke forstår eller taler det språk som brukes i retten.*
- g. Å ikke bli tvunget til å vitne mot seg selv eller til å erkjenne seg skyldig»*

I tillegg kommer art. 14 nr. 5, som lyder:

«Enhver som er domfelt for en forbrytelse skal ha rett til å få domfellelsen og straffutmålingen overprøvet av en høyere instans i overensstemmelse med lov»

Dette er ganske utførlige regler som favner mange mulige scenarioer. Jeg velger meg derfor ut noen av minimumsgarantiene og drøfter de mer konkret opp mot enkelte av aspektene av NAV-skandalen. Mye av drøftelsen på dette punktet vil basere seg på *Blindsonen* kapittel 18 som har gått mer i detalj enn resten av utredningen.

Retten til en rettferdig rettergang er en sentral rettssikkerhetsgaranti i en rettsstat, som skal sikre uskyldige mot å bli dømt, og skyldige en så riktig dom som mulig. På generell basis inkluderer dette at både domstolene og dommerne skal være uavhengige og upartiske, hvilket blant annet krever et klart skille mellom lovgivende, utøvende og dømmende makt, og regler om inhabilitet hos dommere som sikrer at siktede blir behandlet rettferdig og objektivt. I tillegg er det et generelt krav om at rettergangen skal være rettferdig og offentlig. Dette kan det gjøres unntak fra der det er nødvendig ut fra hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser. Dommen skal likevel avises offentlig med enkelte unntak, jf. SP art. 14 nr. 1 og EMK art. 6 nr. 1. Den enkelte har også rett til å få sin sak avgjort innen rimelig tid.

7.2.1 Forbudet mot forskjellsbehandling og retten til bistand av forsvarer

Utvalgsmedlem Midthjell har vist til¹⁴⁵ at det ser ut til å være en tendens til kortere avhør og grundigere avhørsrapporter i saker der tiltalte er bistått av forsvarer. Det foreligger ingen eksempler på at påtalemyndigheten har begjært eller vurdert å begjære oppnevning av forsvarer dersom ikke den mistenkte selv har engasjert forsvarer.¹⁴⁶

At avhørene blir behandlet annerledes dersom mistenkte ikke er bistått av forsvarer, indikerer en uheldig forskjellbehandling av de mistenkte. En forsvarer til stede under avhørene gjør omstendighetene tryggere for den enkelte mistenkte, og bidrar til rettssikkerheten. Det ville harmonert bedre med retten til en rettferdig rettergang at avhørene som ble gjennomført uten forsvarer, ble bedre protokollert. Det ville gjort informasjonen som kom frem i avhørene, lettere etterprøvable i den videre saksgangen.

Påtaleinstruksen¹⁴⁷ fastsetter at politiet og påtalemyndigheten fortløpende skal vurdere om det bør oppnevnes forsvarer dersom særlige grunner taler for det. Slike særlige grunner kan være

¹⁴⁵ NOU 2020:9 s. 256, merknad nr. 16

¹⁴⁶ NOU 2020:9 s. 257

¹⁴⁷ Påtaleinstruksen § 8-1a jf. straffeprosessloven § 100 annet ledd

nedsatt funksjonsevne eller annen fysisk eller psykisk tilstand som tilsier at det er et særskilt behov for forsvarer.

At det foreligger en form for fysisk eller psykisk lyte hos disse menneskene, fremkommer allerede av ytelsen de mottar. I tillegg kommer byrden av tilbakebetalingskravene. Dette stresset vil høyst sannsynlig bidra til å forverre deres helhetlige tilstand, og gå ut over deres mulighet til å forstå anklagen mot seg.

Etter SP art. 14 nr. 3 bokstav d) skal det oppnevnes forsvarer dersom rettferdshensyn krever det. De mistenkte og tiltalte i disse sakene har ofte blitt presentert en overveldende saksmasse og tiltaler med risiko for fengselsstraff og erstatningskrav. I forbindelse med en svekket helse-tilstand, vil dette være tilnærmet umulig å forstå og forsvare for en person som ikke har noen forutsetning for å forstå straffbarhetsvilkår og krav til skyld. Dette forsterkes når det ses i sammenheng med at tiltalene er etter en paragraf i straffeloven, men det konkrete feilen de har gjort er å ikke følge et pålegg i folketrykkløven. Dette vil fremstå som vanskelig og uoversiktlig for en person uten juridisk erfaring. I tillegg kommer det frem i utredningen at mistanken og tiltalen har kommet som en overraskelse i form av innkalling til avhør, etter at personene er oversendt et tilbakebetalingskrav, gjerne av betydelig omfang.¹⁴⁸ Dermed vil den mistenkte allerede stå i en stresset og presset situasjon, og evnen til å navigere reglene og forsvare seg selv i en avhørs-situasjon vil være preget av dette stresset, og gjøre behovet for en forsvarer å rådføre seg med, enda større. Å selv engasjere forsvarer har for størsteparten av de berørte vært utelukket av økonomiske grunner.

Det er etter dette klart at det i mange av sakene burde ha vært vurdert oppnevning av forsvarer. Dersom politiet eller påtalemyndigheten hadde kommet frem til at dette ikke var nødvendig, burde det kommet klart frem hva som var grunnene for denne avgjørelsen. Dette gjorde det ikke i noen av sakene utvalget har gått gjennom. Dette er en klar indikasjon på brudd på SP art. 14 nr. 3, og herunder også på påtaleinstruksens § 8-1a.

7.2.2 Kort om kontradiksjonsprinsippet

I kravet til rettferdig rettergang etter Grl. §95 ligger blant annet kontradiksjonsprinsippet innenforstått.¹⁴⁹ Etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav b) skal alle som siktes for en straffbar handling «...få tilstrekkelig tid og muligheter til å forberede sitt forsvar». I dette ligger at partene skal ha en reell mulighet til å imøtekomme de påstandene som reises, for å sikre et forsvarlig avgjørelses-grunnlag og for å kunne forsvare seg selv mot de anklagene som blir fremholdt. Brudd på

¹⁴⁸ NOU 2020:9 s. 256

¹⁴⁹ Aall (2018) s. 459

kontradiksjonsprinsippet anses som en saksbehandlingsfeil, og etter Høyesteretts praksis stilles det små krav til sannsynligheten for at det kan ha virket inn på avgjørelsens innhold.¹⁵⁰ Ofte fører dermed brudd på kontradiksjonsprinsippet til at avgjørelser oppheves.

Kontradiksjonsprinsippet gjelder i hele rettssystemet. Man skal gis anledning til å tale sin egen sak både i forvaltningssaker, sivile saker og straffesaker, så lenge det er snakk om inngrep som har betydning for den enkelte. Det er en nødvendighet for muligheten til reell kontradiksjon å ha tilgang på alle regler som kan påberopes til støtte for seg. Dette er ikke ivaretatt når trygdeforordningen ble gjennomført på en slik måte at de færreste har fått med seg eksistensen av reglene.

Retten til å bistås av forsvarer har også en side til kontradiksjonsprinsippet. En kan ikke uten videre gå ut ifra at den enkelte trygdemottaker forstår anklagen mot seg uten juridisk bistand. Dette vil naturligvis føre til at en reell mulighet til kontradiksjon er betinget av hjelp av en person med juridisk kompetanse.

Jeg går ikke dypere inn i dette da det blir mye av den samme vurderingen som for de andre punktene, men det foreligger indikasjoner på at heller ikke kontradiksjonsprinsippet er ivaretatt i sakskomplekset. Dette vil etter praksis kunne medføre en saksbehandlingsfeil med innvirkning på avgjørelsens innhold, som vil medføre at avgjørelsen må oppheves og saken behandles på nytt.

7.2.3 Uskyldspresumsjonen

Uskyldspresumsjonen er også en viktig del av retten til en rettferdig rettergang og følger av Grl. §96 annet ledd, som lyder:

«Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven»

Det er den samme som opptrer som anklager, som har ansvaret for å bevise skyld hos den som er anklaget. En antagelse om skyld vil snu bevisbyrden til at den anklagede må bevise at h*n ikke er skyldig, og vil ikke være i samsvar med et krav om *rettferdig* rettergang.

At skyld skal anses bevist før man kan ilegge straff, innebærer at beviskravet ved straffesaker er mye høyere enn i sivile saker. Ved sivile saker kreves som oftest sannsynlighetsovervekt, men for straffesakene skal skyld anses bevist ut over enhver rimelig tvil.

¹⁵⁰ Jf. f.eks. HR-2016-1090-U avsn. 13

Det at utlandsopphold i seg selv er fremlagt som bevis for en kriminell handling, kan antyde brudd på uskyldspresumsjonen. Det at ytelsesmottakerne har vært i utlandet, har hos påtalemyndighetene og domstolene vært brukt som bevis for at det har blitt begått bedrageri. Dette har ført til at det faktiske kravet til skyld, nemlig uberettiget vinnings hensikt ved å forlede, tilsynelatende ikke har blitt etterprøvd. Da har de dømte blitt presumert skyldig ettersom de rent faktisk har vært i utlandet. Dette er et brudd på uskyldspresumsjonen etter Grl. § 96.

7.2.4 Å ikke bli tvunget til å erklære seg skyldig

Det kom også frem gjennom utvalgets arbeid at det har vært et tilståelsespress i disse sakene. Mange har vært forespeilet muligheten for å få mildere straff, slippe ubetinget fengsel og eventuelt heller bli dømt for grovt uaktsomt bedrageri heller enn forsettlig bedrageri, dersom de har tilstått og samtykket til å la saken gå som tilståelsessak.¹⁵¹

Tilståelsessaker foregår under forenklet domstolsbehandling med mer begrenset rett til forsvarerhjelp enn saker som gjennomføres på vanlig måte gjennom rettsmøter og prosedyre.

Å «slippe billigere unna» vil være mye verdt for noen som allerede står i en ekstremt stresset situasjon, for å bli ferdig med saken og gå videre med livet sitt. Det har kommet frem at NAV konkret i en sak har oppfordret en person til å tilstå, for å «komme seg videre».¹⁵² Det kan vanskelig sies at en oppfordring er det samme som tvang, men dette er likevel et interessant perspektiv.

7.3 Retten til privatliv

Retten til privatliv er en grunnleggende menneskerettighet. Den er lovfestet i Grunnloven § 102 med denne ordlyden:

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller.

Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet.»

Grunnloven § 102 er utarbeidet ut fra EMK art. 8 og må tolkes i lys av denne.¹⁵³ Retten til privatliv er ingen absolutt forbudsbestemmelse. Den er en rett til å inneha et privatliv og ikke

¹⁵¹ NOU 2020:9 s. 261

¹⁵² NOU 2020:9 s. 261

¹⁵³ Dokument 16 (2011-2012) s. 174-175

bli konstant overvåket, men begrensningene i rettigheten vil kunne variere ut fra situasjonen, slik det kommer frem i EMK art. 8 annet ledd, som lyder slik:

«Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»

Unntagelse fra retten til privatliv er etter dette underlagt den samme typen unntaksregel som for restriksjon på den frie bevegelse etter EØS: Det må gjøres i samsvar med lov, for bestemte formål og i vurderes ut fra et forholdsmessighetsprinsipp, herunder om mindre inngrep kunne gjort den samme nytten.

Aall redegjør for at «aktiv innsamling av informasjon om bestemte personer uten deres samtykke innebærer et inngrep i deres privatliv».¹⁵⁴ Han viser til saken *Leander*¹⁵⁵, der domstolen fastslo at innsamling og oppbevaring av personlig informasjon, samt å viderebringe opplysningene til ansettelsesmyndigheten, var inngrep i privatlivet. Å gjøre dette vil dermed være en konvensjonskrenkelse, hvis ikke staten kan vise til at det gjøres i samsvar med lov, for et legitime formål og at inngrepet er forholdsmessig sett opp mot formålet.¹⁵⁶

Det kommer frem i *Blindsonen* at NAV har funnet ut hvor dagpengemottakere har befunnet seg ved hjelp av sporing av IP-adresser, innhenting av kontoutskrifter og tilgang til valutaregisteret, der det ble kjørt søk for å oppdage det dersom noen hadde brukt mer enn 3500 kr i et land over en 4-månedersperiode. Nav har også brukt Facebook for å sjekke ut personer.¹⁵⁷

Det har vært kritisert av Datatilsynet, som også har kritisert Tollvesenet for bruk av registre og massesøk i etterforskningsøyemed.¹⁵⁸ Hjemmelen for uthenting av slike opplysninger for Nav er frtl. § 21-4d. Etter bokstav a) kan etaten hente ut opplysninger fra registre hos andre offentlige myndigheter eller dets egne registre. Valutatransaksjoner i utlandet er omfattet av denne bestemmelsen, jf. bokstav b). Etter bokstav d) skal opplysningene slettes så fort de ikke lenger tjener til formålet, og bokstav c) bestemmer at uthenting av opplysninger skal foretas av en særskilt utpekt enhet. Bokstav c) gir også hjemmel til å videreformidle opplysningene for å

¹⁵⁴ Aall (2018) s.228

¹⁵⁵ EMD sak 9248/81 avsn. 48

¹⁵⁶ For et eksempel på dette, se *Leander* avsn. 49-68

¹⁵⁷ NOU 2020:9 s. 254

¹⁵⁸ NOU 2020:9 s. 254

stanse feilaktige utbetalinger, kreve tilbakebetaling eller for straffeforfølgingsformål. Masseinnhenting kan gjøres uten at det foreligger noen konkret mistanke om feil faktagrunnlag i en spesifikk sak.¹⁵⁹

Det foreligger dermed relevant lovhjemmel for at NAV kan innhente slike opplysninger. Da gjenstår vurderingen av hvorvidt formålet ved reglene er beskyttelsesverdig, og om inngrepet som blir gjort i den enkeltes privatliv står i forhold til de interessene inngrepet tjener til å ivareta.

Formålet med reglene om masseinnhenting er å hindre trygdemisbruk, ved å sjekke opplysninger med innvirkning på retten til og nivået på stønaden. Ettersom ytelsene som utbetales fra NAV er fellesskapets midler, opplever mange det slik at det er «deres» skattepenger som går til utbetaling av ytelser. Misbruk av disse ytelsene er misbruk av fellesskapets midler, og går ut over andre som har behov for disse ressursene. Alle, inkludert offentlige etater har budsjetter å forholde seg til. Dette gjelder både utbetalingen av ytelsene i seg selv, men kanskje viktigere lønnsbudsjetter og andre budsjetter som sier noe om hvor mye arbeidskraft som står til disposisjon. En person som misbruker trygden vil ikke bare gjøre beslag på penger vedkommende i utgangspunktet ikke har krav på, men også arbeidstimer hos en saksbehandler som kanskje en annen person kunne trengt hjelp og veiledning fra.

Å forhindre trygdemisbruk er altså til fellesskapets beste og er dermed et beskyttelsesverdig formål. Spørsmålet blir da om inngrepet er formålstjenlig og forholdsmessig, og om det samme målet kunne vært nådd med bruk av mindre inngripende midler.

Aall mener at det avgjørende for hvorvidt staten har etterlevd sine forpliktelser til å sikre menneskerettighetene der det er rom for unntak, er «*om den avveining av de motstridende interesser som har vært gjort – eller skulle ha vært gjort, er forsvarlig. Ved denne vurderingen blir grundigheten i den nasjonale behandling – undersøkelser, konsekvensanalyser, etterforskning og lignende – tillagt stor vekt.*»¹⁶⁰

I denne sammenheng er det grunn til å se nærmere på proposisjonen til endringen av kontrollhjemlene i folketrygdloven. Det kommer nemlig frem av høringsuttalelsene at «*Datatilsynet konkluderer på denne bakgrunn med at forslaget innebærer et så omfattende inngrep i personvernet at det må anses **uforholdsmessig i forhold til EMK artikkel 8**, dvs. at den samfunnsmessige interessen av inngrepet ikke står i forhold til omfanget av inngrepet i personvernet*» (Min uthevning).¹⁶¹ Departementet avfeier dette uten noen videre utredning med begrunnelse i «*den*

¹⁵⁹ Prop. 7 L (2012-2013) s. 13

¹⁶⁰ Aall (2018) s. 161

¹⁶¹ Prop. 7 L (2012-2013) s. 16

*brede støtten til registerkontroll som kontrollform» i høringsrunder, og at noen av høringsinstansene fremhever «betydningen av en effektiv kontroll for trygdesystemets legitimitet» og at det «antas å være betydelige mørketall når det gjelder trygdemisbruk».*¹⁶²

Dette er en form for «målet helliger middelet»-tankegang som ikke kan godtas i menneskerettighetsspørsmål. Datatilsynet, som er et uavhengig organ underlagt Kongen og Kommunal- og moderniseringsdepartementet, har som sin oppgave å «føre kontroll med at personvernregelverket etterleves, og medvirke til at enkeltpersoner ikke blir krenket gjennom bruk av opplysninger som kan knyttes til dem».¹⁶³ Dermed burde Datatilsynets synspunkter i personvernspørsmål tillegges stor vekt og heller utredes og undersøkes, enn avfeies.

Allerede det faktum at ikke Datatilsynets uttalelser ble tillagt vekt og gjorde at forholdet til EMK art. 8 ble undersøkt nærmere, indikerer etter Aalls vurderingsmåte at unntakshjemmelen ikke kommer til anvendelse og dermed at masseinhenting er et brudd på EMK art. 8.

Pengebruk er personopplysninger av høyst privat karakter. Tanken på at en relativt fremmed person med myndighet til å bestemme hvorvidt man har inntekt eller ikke, skal se igjennom ens kortbruk, vil føles ubehagelig for de aller fleste. En kontoutskrift eller oversikt over kortbruk vil ikke bare vise bruken i utlandet, den vil vise absolutt alt man har brukt kortet på. Hva man bruker penger på er meget personlig. Det gir indikasjoner på interesser, matvei, prioriteringer, tidligere vanskeligheter og helse. Ettersom ikke hverken arbeidsavklaringspenger, sykepenger eller pleiepenger er behovsprøvd mot midlene man besitter, er det ikke nødvendigvis noen åpenbar grunn til at NAV skal ha innsyn i økonomien til mottakere av disse ytelsene.

Å sjekke IP-adresser og kortbruk gjør det enkelt å avdekke reiser til utlandet som går ut over retten til ytelser. Men det kan også være svakheter ved denne metoden. Det er for eksempel ikke helt unormalt at barn for eksempel får låne foreldrenes debet- eller kredittkort til reiser til utlandet med venner eller besteforeldre. Det er også relativt vanlig i grensefylkene i Norge å ta en dagstur over til Sverige, og for så vidt også Russland og til en viss grad Finland, for å handle mat og andre dagligvarer, uten at dette kan betegnes som et utlandsopphold. Denne svakheten illustreres godt av en sak som er omtalt i *Blindsonen*, der Nav Kontroll ikke hadde tatt hensyn til innenlands kortbruk i samme periode som de krevde tilbake ytelser på grunnlag av hyppig kortbruk i utlandet.¹⁶⁴

¹⁶² Prop. 7 L (2012-2013) s. 21

¹⁶³ Datatilsynet (u.å)

¹⁶⁴ NOU 2020:9 s. 151 med henvisning til TRR-2017-2929

Det er likevel vanskelig å komme med forslag til andre metoder som hadde vært like enkle for å avdekke reiser til utlandet. Et meget enkelt grep for arbeidsavklaringspengers vedkommende vært å inkludere et direkte spørsmål om utlandsopphold som en del av meldekortet hver 14. dag. Og det faktum at arbeidsavklaringspenger er den ytelsen sakskomplekset har flest saker om, tyder på at det rent faktisk har vært uklart for mottakerne av denne ytelsen hvor de har hatt lov til å oppholde seg. Dermed har de heller ikke forsøkt å legge skjul på hvor de har oppholdt seg, for eksempel ved å få noen til å sende meldekort fra Norge, eller ved ta ut penger for å betale kontant der de oppholder seg.

Andre muligheter kunne vært sjekking av passasjerlister hos flyselskaper og reisetilbydere. Dette ville ha vært en mye mer omfattende jobb, og ville gått ut over privatlivet for mange flere enn bare de som får utbetalt ytelser fra NAV. I tillegg ville ikke dette avdekket i nærheten av alle som valgte å reise til utlandet, ettersom mange også velger å bruke bil, som er helt anonymt siden det ikke krever kjøp av noen billett, eller tog, som også er relativt vanskelig å spore ettersom billettkjøpet kan foregå anonymt og under fullt navn.

Om man skulle fanget opp alle disse, ville det vært nødvendig med omfattende grensekontroller med legitimasjonskontroll. Dette er ressurs- og tidkrevende, og utgiftene ved dette ville ikke vært proporsjonale med det staten hadde spart på å unngå feilutbetalinger. Dette ville også i likhet med sjekking av passasjerlister på fly gått ut over privatlivet til mange flere. I tillegg ville det krevd at det ble ført registre på hvem som beveget seg inn og ut av landet der enten Nav måtte hatt tilgang på disse listene eller Tollvesenet måtte hatt tilgang på NAVs registre. Begge deler er markant mer inngripende for folk flest. Det vil likevel være et mindre inngrep ovenfor den enkelte, enn at etaten skal ha full tilgang på all pengebruk hos en enkelt person.

Ettersom hensynene må veies mot hverandre, og det er mottakerne av ytelser som er underlagt kontroll, ikke befolkningen i sin helhet, vil både hensynet til privatlivet for befolkningen i sin helhet, og ressurs hensynet, gjøre at kontroll av IP-adresser og kortbruk er det beste av de alternativene for kontroll som foreligger.

Det kan likevel argumenteres for at selv om dette er det mest formålstjenlige tiltaket, uten gode alternativer, er det likevel for inngripende til at det står i proporsjonalt forhold til hensynet til å hindre trygdemisbruk. Dette gjør seg spesielt gjeldende i disse sakene der det dreier seg om brudd på et «tilleggsvilkår» som oppholdskravet, ikke grunnvilkårene for å motta ytelsene. Brudd på dette medfører ikke verken at det blir utbetalt «dobbel opp» eller at det blir feilutbetalt til noen som ikke fyller vilkårene for å motta ytelsen, slik som sykdomsvilkåret.

Utbetaling av ytelser etter folketrygdloven er i stor grad basert på tillit og egenmeldinger. Misbruk kan være vanskelig å avdekke. Førstvoterende i Rt. 2003 s. 320 uttrykker det slik: «*Det er*

en nødvendig forutsetning for trygde- og sosialforvaltningens arbeid at de offentlige myndigheter kan stole på de opplysninger som blir gitt av dem som søker om trygde- og stønadsytelser.» I Rt. 2008 s. 717 uttalte førstvoterende om forholdet mellom overgangsstønad og barne-trygd på den ene siden, og arbeidsledighetstrygd og sosialstønad på den andre siden, dette: «De tunge allmennpreventive hensyn er de samme, og alle ordningene er basert på tillit til at søkerne gir de nødvendige opplysninger.» I HR-2017-560-A sammenfatter førstvoterende det slik: «Tungtveiende håndhevelses hensyn gjør seg gjeldende, jf. blant annet Rt-2003-320 avsnitt 13 og Rt-2008-717 avsnitt 13-14. Trygdemyndighetene har stort behov for å følge opp, styre og kontrollere. Det er tale om masseforvaltning. Systemet er i høy grad basert på egenmeldinger og tillit. Oppdagelsesrisikoen ved misbruk er begrenset.»

Disse sitatene forteller om viktigheten av å ha klare, utvetydige spørsmål i alle typer egenmeldinger, slik at man ikke kan melde feil uten å være klar over det. Dette er som nevnt det viktigste og enkleste tiltaket for å kontrollere at ytelsesmottakerne befinner seg i Norge. I tillegg burde alle vilkår som ved brudd kan føre til tap av rett på ytelse og eventuelt tilbakebetalingskrav, komme klart og utvetydig frem av vedtaket og kommunikasjonen fra NAV.

Min teori er at dersom disse mottakerne var klar over at det de gjorde var uforenlig med å motta ytelsen de fikk, ville de forsøkt å legge skjul på hvor de oppholdt seg. Da ville også NAVs sporing av IP-adresser og kortbruk vært markant mindre givende. Det kan virke som at mangelen på opplysninger har fungert selvforsterkende, slik at flere har oppholdt seg i utlandet, og periodene de har oppholdt seg i utlandet har blitt lengre. Ved å inkludere spørsmålet om utlandsopphold tydeligere i vedtak og oppfølging, ville det mest sannsynlig vært mindre behov for og nytte av slik digital sporing, både fordi utlandsoppholdene ville blitt færre og kortere, og fordi de som valgte å reise uten godkjenning, uansett ville unngått å sende meldekort fra utlandet og valgt annerledes når det kom til kort- og pengebruk.

Selv om det neppe er noen gode alternativer til kontroll «bak speilet», har jeg, i likhet med Datatilsynet, kommet frem til at innsamlingen og anvendelsen av disse opplysningene ikke er forholdsmessige til formålet som søkes ivaretatt. Dette representerer dermed et brudd på retten til privatliv etter EMK art. 8 og Grl. § 102.

8 Rettssikkerhetsbetraktninger

8.1 Innledende bemerkninger

I dette kapittelet vil jeg gjennomgå enkelte av de rettssikkerhetsutfordringene ved NAVs forvaltning som har kommet frem gjennom NAV-skandalen. Sakskomplekset er meget

omfattende, og man kan lett «gå seg bort» i problemstillinger. Jeg har derfor valgt ut noen punkter jeg finner interessante rettssikkerhetsmessig, og inntar noen synspunkter om hvilke aspekter som representerer en trussel for rettsikkerheten, og hva som kunne og burde vært gjort annerledes.

8.2 Styring og oppbygning av NAV som risikofaktor

8.2.1 Standardisert saksbehandling og rundskriv som styringsinstrument

En persons første møte med NAV er gjerne via en søknad – enten om en ytelse, et hjelpemiddel eller andre stønader. Mange sier at vi er heldige som bor et land der vi er så heldige at vi er sikret inntekt og hjelp i situasjoner der man har behov for det. Paradoksalt nok er det også relativt vanlig å høre at noen «*er så heldig at de har sluppet å ha noe kontakt med NAV i løpet av sitt liv*». Ettersom kontakt med NAV i de fleste tilfeller er betinget av at man møter på en utfordring i livet, er kanskje ikke formuleringen så fjern. Likevel kan man ta til ettertanke at det virker som at folk flest har en oppfatning om at NAV i seg selv er greit å styre unna.

Når man søker om sykepengene, arbeidsavklaringspengene eller pleiepengene, er livet ofte snudd på hodet. Informasjon fra leger og behandlere skal oppfattes og fordøyes, inntektsgrunnlaget forandres og vilkår for rett på forskjellige ytelser skal holdes styr på. I tillegg står man i en situasjon der man ikke lenger har den helsa man har vært vant til, eller kanskje der man til slutt har «kortslettet» etter å ha drevet seg selv for hardt for lenge. Dette kan ofte føre til at man har vanskeligere for å oppfatte og huske ting ettersom stress og dårligere fysisk helse ofte vil gå utover ens kognitive evner.

For å gjøre en slik situasjon best mulig for den enkelte er det viktig at kommunikasjonen mellom brukeren og NAV er tydelig og lettfattelig. Ettersom feil ved saksbehandlingen eller utbetalingen av ytelser går hardt ut over både den enkelte mottaker som vil få et ekstra stressmoment og mulig også en uforutsigbar og utfordrende økonomi, og ut over etaten som vil måtte bruke ekstra midler på mer saksbehandling og eventuelt å kreve tilbake ytelser, er det veldig viktig å minske risikoen for at det skjer feil. Dette kan forebygges ved at informasjonen som går ut til den enkelte, er enkel og konsis, og ved at NAV tar hensyn til søkerens og mottakernes behov i sin kommunikasjon med den enkelte.

Det er klart at NAV må ha standardprosedyrer for å gjøre saksbehandlingen så effektiv som mulig. Likevel er det lite å tjene på å ha så effektive og forkortede prosedyrer, at de færreste av mottakerne klarer å finne ut av noe selv. Det er i denne sammenheng også viktig at prosedyrene for egenmelding i forbindelse med utbetaling av ytelser, dekker over alle de vilkårene som betinger en videre rett på ytelsene. I motsatt fall mister meldingene noe av sin funksjon. I tillegg

vil det faktisk at noe *ikke* omfattes av meldingene ha potensiale til å skape en falsk trygghet, da det er lett å tenke at «*så lenge det ikke skal meldes inn som en del av det faste melderegimet, har det ingen betydning for min rett på ytelsen*». Ettersom andre forhold som kan medføre bortfall eller avkortning av ytelser, står oppført på meldekortene, er det vanskelig å forstå hvorfor det ikke har vært inkludert et direkte spørsmål om utlandsopphold.

Dette medfører en vanskelighet i muligheten til å forutberegne sin egen rettsstilling, som gjennomgått over. Det medfører også en stor risiko for forskjellsbehandling av ytelsesmottakere. Dette fordi noen nok vil reise til utlandet på tross av at de har oppfattet at det ikke er tillatt, noen vil la være å reise til utlandet fordi det vet det, og mange vil forbli uvitende og opprettholde samme mønster som de har hatt tidligere. Hvem av disse som blir oppdaget og ender opp med å måtte betale tilbake eller miste sine ytelser vil i stor grad være tilfeldig, ut fra når det blir foretatt kontroller og når vedkommende sender meldekort, og hvorvidt vedkommende bruker sitt eget bankkort eller kanskje har med seg en annen person som betaler for det meste.

Det har også kommet frem indikasjoner på at noen personer har fått klarsignal til å reise til utlandet i samtale med sin saksbehandler, men senere mistet ytelse og mottatt krav om tilbakebetaling på grunnlag av det samme forholdet.¹⁶⁵ Dette har vært grunnlagt med at personen også har fått standardinformasjonen fra NAV og har kunnet holde seg til denne. Dette er, slik jeg også har gjennomgått over, en skummel tankegang. Ettersom reglene og informasjonen rundt mottak av ytelser er omfattende og overveldende, er det veldig viktig at ytelsesmottakeren kan stole på informasjonen som blir gitt fra NAV direkte.

8.2.2 Juridisk kunnskap hos veiledere og deres grunnlag for beslutninger og veiledning

Jeg har gått gjennom flere stillingsannonser hos NAV i arbeidet med denne oppgaven, for å få et bilde på hvordan en slik glipp kunne skje. Som gjennomgangen over viser, er deler av utfordringen et komplisert regelverk som ikke er åpenbart engang for jurister. Det er derfor av relevans å kaste et blikk på hvilke kvalifikasjoner en «vanlig» ansatt i NAV har.

Som eksempel har jeg plukket ut en stillingsannonse fra arbeidsplassen.no. Stillingen som utlyses har tittelen «Veileder» hos NAV Rødøy. Arbeidsoppgavene omfatter oppfølging og veiledning av brukere som er under arbeidsavklaring, dialogmøter, motivasjonssamtaler, kartlegging av ressurser og mulighet for å få brukeren i ordinært arbeid, samarbeid med arbeidsgivere og andre samarbeidspartnere, vurdering og iverksetting av tiltak med sikte på å få brukeren i arbeid, og å foreta arbeidsevnevurderinger og utarbeide aktivitetsplaner.

¹⁶⁵ NOU 2020:9 s. 35-36

Kvalifikasjonene som kreves er følgende, sitert fra stillingsannonsen:

- Bachelorgrad eller tilsvarende (minst 3 år) høyere utdanning, fortrinnsvis innen helse- og sosialfag, pedagogikk eller samfunnsfag. Særlig relevant arbeidserfaring fra NAV kan kompensere utdanningskravet
- Veiledningskompetanse eller erfaring fra arbeid med oppfølging og veiledning av mennesker
- Evne til å sette deg inn i, og benytte deg av en rekke ulike digitale verktøy
- God muntlig og skriftlig kommunikasjonsevne

Annonsen inneholder også en liten liste over ønskelige tilleggskvalifikasjoner:

- Forståelsen av NAV sin rolle i samfunnet
- Kjennskap til lokalt og regionalt arbeidsmarked

Det kreves altså ingen juridisk kompetanse for å jobbe som veileder i NAV. Veilederen er den personen den enkelte ytelsesmottaker har som saksbehandler, og er vedkommendes kontaktperson i NAV. Når ytelsesmottakeren lurar på noe relatert til sine ytelser, er det i de fleste tilfellene saksbehandleren som svarer på det. I tillegg vil saksbehandleren ha innvirkning på den enkeltes videre rett til ytelser ved utløp av ytelsesperioder.

For å avgjøre hvorvidt søkeren har rett til og får innvilget ytelsen vedkommende har søkt på, bruker saksbehandlerne rundskrivene. Dette er direktoratets instruks om hvordan regelverket skal forstås og praktiseres. Disse føringene er i utgangspunktet bindende for hvordan saksbehandlerne skal tolke regelverket.¹⁶⁶ Saksbehandleren er dermed i utgangspunktet ikke den som tolker reglene, saksbehandleren anvender bare reglene «ferdig tolket» fra direktoratet.

Det er selvfølgelig nødvendig med en viss standardisering av regler som masseforvaltes slik og skal anvendes av mange saksbehandlere. Dersom hver saksbehandler skulle tolket reglene steg for steg for hver eneste person som søkte om ytelser, ville det vært nødvendig å mangedoble antallet saksbehandlere i NAV. Det er likevel flere punkter ved ytelsene i folketrygdloven som gjør det betenkelig å benytte en helt standardisert vurdering av sakene.

Det er først og fremst grunn til å fremheve at samtlige ytelser i folketrygdloven ytes etter et visst skjønn. Det skal gjøres en vurdering ved enhver søknad, ut fra vilkårene til ytelsen, på om vedkommende som søker har rett på ytelsen eller ikke. Dette er en helhetsvurdering, der punktene som skal legges vekt på fremheves i loven. Her kan ftrl. § 11-5 tjene som eksempel. I annet ledd heter det at «ved vurderingen av om arbeidsevnen er nedsatt, skal det blant annet legges

¹⁶⁶ NOU 2020:9 s. 122

vekt på helse, alder, evner, utdanning, yrkesbakgrunn og arbeidsmuligheter på steder der det er rimelig at medlemmet tar arbeid.» Listen over hensyn som skal vektlegges ved vurderingen er altså ikke uttømmende, og den enkelte som vurderer en søknad må selv ta stilling til om det er andre faktorer som kan gjøre at arbeidsevnen er nedsatt. Denne delen av vurderingen er det vedkommende som behandler søknaden og som kanskje også kjenner sykehistorikken fra vedkommende var sykemeldt, best, som er nærmest til å gjøre, og den burde ikke gjøres ut fra en standardisert vurdering. Da er faren for at relevante momenter blir oversett, stor, ettersom den enkelte saksbehandler får en større avstand til vurderingen som skal gjøres.

I tillegg burde man ta med i betraktningen at inntektssikring er konvensjonsfestet i ØSK art. 9, og utdypet i Grl. § 110, som lyder slik:

«Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring. Den som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold, har rett til støtte fra det offentlige.»

Det er altså slik at dersom man ikke selv kan tjene til livets opphold, har man krav på hjelp fra det offentlige. Det ligger i formuleringen at dette omfatter alle situasjoner der man kan sørge for seg selv, både dersom man ikke klarer å få en jobb og derfor blir stående uten inntekt, og i de tilfellene der man ikke har helse til å jobbe. Det er altså en grunnlovsfestet rettighet å få støtte til å opprettholde en forsvarlig levestandard dersom man ikke selv «kan sørge for» nok inntekt.

Det er også etter dette betenkelig at søknader om nettopp støtte til livsopphold der den enkelte søker står i en situasjon der helsen gjør at de ikke kan sørge for sitt eget livsopphold, skal vurderes på grunnlag av standardiserte vilkår. Denne rettigheten gjelder uten forbehold så lenge søkeren ikke kan sørge for eget livsopphold, og dermed burde enhver sak bli vurderes mer inngående på individuelt nivå. Hvis ikke er risikoen stor for at vurderingen blir gjort på en generell basis. For eksempel kan samme sykdom virke forskjellig inn på funksjonsevnen til forskjellige mennesker, og dermed må arbeidsevnen vurderes ut fra individet, ikke ut fra sykdommen. Derimot kan det være sykdommen som er nevnt spesifikt i rundskrivene.

Til sist er det også betenkelig at det avgjørende for hvorvidt man blir innvilget en ytelse eller ikke, ligger i rundskrivene, ikke i loven selv. Det er loven som er den autoritære rettskilden, og den som lurer på hvilke rettigheter en har, burde kunne finne sine svar ved å gå til den autoritære rettskilden. Utvalget gjorde seg også enkelte betenkeligheter ved dette i *Blindsonen*, da i forhold til kravet om forutgående søknad for utlandsopphold for mottakere av arbeidsavklaringspenger.

Dette ble kun kommunisert i rundskrivene frem til lovendringen i 2018.¹⁶⁷ De fleste som søker om eller mottar ytelse, har liten eller ingen kjennskap til rundskrivene, og vil derfor ikke gå til disse for å søke svar på sine spørsmål. Det at enkelte svar kun er kommunisert i rundskrivene, og at disse også setter bindende føringer for praksis, gjør at den enkelte vil ha vanskeligheter med å finne frem i reglene og forutberegne sin egen rettsstilling. Dette er en utfordring for den enkeltes mulighet til å ivareta sine interesser og å få det man har krav på.

Det må nevnes at sontringen mellom rettferdighetshensyn og hensynet til at ethvert individ skal behandles ut fra sine forutsetninger, kan by på utfordringer. For at systemet skal være rettferdig for alle, skal like tilfeller, så langt som mulig, behandles likt. Det kan by på store utfordringer å finne ut av hva som faktisk er et likt tilfelle, ettersom at alle mennesker og situasjoner er ulike. Det vil i behandlingen av ytelsessøknader være vel så viktig å se likheter som forskjeller hos søkerne, ettersom vurderingen av retten til ytelse er kompleks og skal vurderes ut fra flere faktorer.

Sammenholdt vil jeg si at det er grunn til å stille spørsmål ved om organiseringen i Nav er egnet til å ivareta søkerne og ytelsesmottakernes interesser og rettigheter, og om rettssikkerheten til disse gruppene blir godt nok ivaretatt slik saksgangen i NAV er per i dag. Både kunnskapen til den enkelte veileder, men også kvaliteten på rundskriv og andre styringsdokumenter, må holde høy nok faglig standard til at hver enkelt søker og mottaker får de ytelsene de har krav på. I tillegg må informasjon om regler og vilkår for de forskjellige ytelsene være tilgjengelig nok til at den enkelte kan forutberegne sin rettsstilling og ha et forsvarlig grunnlag til å selv vurdere hvorvidt han eller hun skal klage på sine vedtak. Systemet virker slik det er lagt opp i dag ikke å være optimalt for å ivareta disse viktige hensynene.

8.2.3 Behandlingen i påtalemyndigheten

Det kommer frem basert på tall hentet fra Navs årsrapport at ca. 98% av anmeldelser fra NAV ender med domfellelse¹⁶⁸. Dette er et høyt tall. Statistikk fra SSB viser at i 2019 ble 310 120 lovbrudd anmeldt til politiet. Samme år ble det totalt tatt ut 143 442 siktelse mot personer¹⁶⁹. Selv om man ikke kan gå ut ifra at alle anmeldelsene for 2019 er ferdig etterforsket i 2019, eller at alle siktelsene tatt ut i 2019 kommer etter anmeldelser tatt ut i 2019, skaper dette et bilde av at i underkant av halvparten av alle anmeldte lovbrudd ender i at det blir tatt ut en siktelse mot en person. Videre ble det idømt i alt 61 670 straffereaksjoner unntatt forenklede forelegg i 2019. Med samme forbehold om at ikke alle dommer som falt i 2019 var et resultat av siktelse fra

¹⁶⁷ NOU 2020:9 s. 44

¹⁶⁸ NOU 2020:9 s. 254

¹⁶⁹ SSB (2019)

2019, indikerer dette at litt under halvparten av siktelsene resulterer i en straffereaksjon. Dermed kan man ved et grovt anslag si at under en fjerdedel av alle anmeldelser resulterer i en idømt straffereaksjon.

Dette vil kun være indikasjoner på hvordan virkeligheten forholder seg. For å få et helt sikkert sammenligningsgrunnlag måtte statistikken fra langt flere år vært med i beregningen. Det kunne også vært interessant å se på hvor stor andel av de som mottar ytelse fra NAV som blir anmeldt. Jeg lar likevel være å gå dypere inn i dette, da min intensjon med denne sammenligningen kun er å rette oppmerksomheten mot hvor ekstraordinært mange som blir dømt etter en anmeldelse fra NAV.

Det vil selvfølgelig være flere faktorer som virker inn på at antallet domfellelser som kommer etter anmeldelser fra NAV kan være høyere enn de generelle tallene. For eksempel vil Nav i alle tilfeller anmelde med kjent gjerningsperson. NAV vil også kunne legge med store mengder bevis for den konkrete adferden de mener gjerningspersonen skal ilegges straff for, ettersom de har hentet ut både informasjon om kortbruk og IP-adresser, og har tilgang på meldekort og vedtak.

Det skal ikke utferdiges siktelse uten at påtalemyndigheten mener at det kan bevises utover enhver tvil at tiltalte er skyldig.¹⁷⁰ Det følger også av Høyesteretts praksis at påtalemyndigheten har en plikt til å vurdere gyldigheten av underliggende forvaltningsvedtak.¹⁷¹ Når ikke en gang over halvparten av alle siktelsene som tas ut ender i en straffereaksjon høres prosentandelen domfellelser etter anmeldelser fra NAV urovekkende høy ut.

Etter påtaleinstruksen § 7-5 første ledd, er politiet ansvarlig for etterforskning. I følge § 7-4 skal etterforskning foretas når det er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger et straffbart forhold. Strpl. § 55 fastsetter at påtalemyndigheten er uavhengig og ikke underlagt instruksjonsmyndighet i den enkelte straffesak, og § 55 a fjerde ledd fastsetter at påtalemyndighetens tjenestemenn skal opptre objektivt i hele sin virksomhet. Etter disse bestemmelsene sammenholdt er det ingen tvil om at ingen saker er «ferdig etterforsket» når det kommer til politiet, selv om instansen som anmelder sitter på fagkunnskap om det konkrete området. Det er jo nettopp dette, som jeg har fremhevet over, som har utgjort en del av feilpraktiseringen – skyldkravet har blitt feilplassert fra vinnings hensikt til å de facto å ha oppholdt seg i utlandet, mye på grunnlag av at NAV Kontroll oppfatninger av det strafferettslige faktum. Det er påtalemyndighetens oppgave å avgjøre om det skal treffes en positiv påtaleavgjørelse. Øyen viser til en allmenn oppfatning i juridisk teori om at bevisskravet for å treffe en positiv påtaleavgjørelse er like strengt som

¹⁷⁰ Øyen (2016) s. 227 om det ulovfestede bevisskravet for påtale

¹⁷¹ HR-2019-2282-U avsn. 17

for domfellelse.¹⁷² Det er dermed ingen tvil om at saken skal belyses godt fra alle vinkler før det treffes avgjørelse om å ta ut påtale.

Dette understrekes i Riksadvokatens rundskriv om mål og prioriteringer i straffesaksbehandlingen i 2020, der det er viet et avsnitt til Nav-skandalen og hva den viser oss om betydningen av kvalitet i etterforskning og straffesaksbehandling. Dette ønsker jeg å gjengi i sin helhet, da poengene her er viktige:

*«Foreløpige pålegg på bakgrunn av den pågående NAV-saken
Heller ikke påtalemyndigheten har vært tilstrekkelig oppmerksom på de ulike EU/EØS-forordningene som får betydning for vår virksomhet. På rettsområder hvor slikt regelverk er relevant, må påtalemyndigheten nøye vurdere sakens rettslige sider. Det må for enhver pris unngås at EU/EØS-regelverk av betydning for siktedes rettssikkerhet ikke blir fanget opp. Dette innebærer at påtalemyndigheten – på alle rettsområder – i enda større grad enn tidligere må foreta en selvstendig vurdering av sakens rettslige sider. Påtalemyndigheten har et selvstendig ansvar for alle sider av straffesaken, og skal ikke uten videre legge til grunn den rettslige forståelse som blir presentert. (Min utheving)
Dette innebærer ikke at ulike kontrolltater ikke har påtalemyndighetens fulle tillit, men er kun en understrekning av påtalemyndighetens selvstendige rolle og ansvar ved sine påtaleavgjørelser.»¹⁷³*

Som det kommer frem har påtalemyndigheten et selvstendig ansvar for den siktedes rettssikkerhet, derunder rettsanvendelsen i alle sider av straffesaken. Påtalemyndigheten har et eget ansvar for påtaleavgjørelsene, og skal dermed ikke styres av kontrolletatene. Når dette ses i sammenheng med tallene over, etterlater det dessverre liten tvil om at påtalemyndigheten ikke har overprøvd Navs vurderinger i saker om omhandler trygdesvindler, men tilnærmet utelukkende har forholdt seg til Navs vurderinger av jussen. Dette er klart uheldig for den enkelte tiltalte, ettersom de rettslige vurderingene ikke er gjort av et uavhengig organ, men av det organet som opptrer som anklager. Når det er tillegg er nærmest ikke-tilstedeværende juridisk bistand, og stor forvirring rundt sakene for den enkelte trygdemottaker, går dette klart negativt utover den enkeltes rettssikkerhet og mulighet til å ivareta egne interesser.

8.3 Politisk styring som risikofaktor

¹⁷² Øyen (2016) s. 227

¹⁷³ Riksadvokaten (2020)

Flere av punktene i utredningen *Blindsonen* gir en indikasjon på at også politikken har innvirkning for ytelsene på velferdsområdet, ut over bare den makten som ytes av de politiske partiene i Regjeringen og Stortinget. Det er en selvfølge ettersom det er de politiske partiene i regjeringen som gir lovforslag og behandler statsbudsjettet, at sittende regjeringens politikk vil ha innvirkning på nivået og vilkårene for velferdsytelser. Den politiske agendaen kan også ha en innvirkning på hvordan lovverket blir tolket og anvendt.

Det jeg sikter til her er to ting. For det første blir Sundvolden-erklæringen nevnt flere steder i utredningen, som en forklaring på den intensiverte kontrollen av utlandsreiser blant ytelsesmottakere fra 2014 og fremover. Det andre er at etter feilpraktiseringen er oppdaget, blir regjeringens siktemål om å minske trygdeeksport satt frem som et argument mot å innhente tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen.

8.3.1 Sundvolden-erklæringen

Sundvolden-erklæringen, eller Sundvolden-plattformen, ble lagt frem den 16. oktober 2013 og var den politiske plattformen for regjeringen som da bestod av partiene Høyre, Fremskrittspartiet, Kristelig Folkeparti og Venstre. Disse partiene var i flertall ved valget og valgte å inngå en samarbeidsavtale om en flertallsregjering.

Verdigrunnet for regjeringen som angitt i erklæringen, var å *«bygge sin politikk på frihet og tillit til enkeltmennesket, familien, gründeren, lokalsamfunnet og frivilligheten. Regjeringens verdiforankring skulle ligge i «rettstatens og demokratiets prinsipper, og den kristne og humanistiske kulturarv»*. Regjeringen skulle *«bygge sin politikk på offentlig finansierte velferdsløsninger»*, og *«ta i bruk alle gode krefter for å sikre pasientene helsetjenester med høy kvalitet til rett tid, mer valgfrihet og større mangfold i tilbudet»*. I tillegg skulle det arbeides for å spre kunnskap om menneskerettigheter, og jobbes for å løfte mennesker ut av fattigdom. Politikken skulle også sørge for at samfunnet ble mindre byråkratisk, og *«bidra til en enklere hverdag for folk flest»*. Til slutt i verdigrunnet fastsettes det at *«regjeringen vil motarbeide sløsing med offentlige midler, og prioritere økt gjennomføringskraft høyt»*.

Dette er alle punkter som virker å ha falt ut fra prioriteringslisten når det nøstes opp i NAV-skandalen. Tillit til enkeltmennesket samsvarer ikke med økt kontroll av ytelsesmottakerne i NAV, og som jeg har gått igjennom til nå, har både menneskerettigheter og rettssikkerhetsgarantier blitt tilsidesatt i saker som rammer mange mennesker hardt.

En av grunnene til at det likevel gikk som det gikk i NAV-skandalen, er trolig å finne i erklæringens kapittel to «Arbeid og sosial», under underoverskriften «Arbeidsmarkedet». Ett av punktene under «Regjeringen vil:», lyder slik:

« - Vurdere tiltak som kan begrense og stanse trygdeeksport, men innenfor de internasjonale avtalene Norge er bundet av.»

Dette har også vært i fokus i etterfølgende regjeringsplattformer, men skjæringstidspunktet der søkelyset virkelig synes å bli satt på å forhindre trygdeeksport i alle former, virker til å være etter Sundvollen-erklæringen. Det vises av økningen av antallet anmeldte for trygdemisbruk, og på intensivering av kontrollen av oppholdssted gjennom rutinemessige søk i IP-adresser og valutaregistre og bankutskrifter.¹⁷⁴

Utvalget har også gjennom dokumentasjonen de gjennomgikk i sitt arbeid med *Blindsonen*, funnet at ønsket om å hindre trygdeeksport har stått sterkt.¹⁷⁵

8.3.2 Tiden etter feilpraktiseringen ble oppdaget

I opprydningsarbeidet i etterkant av NAV-skandalen har ESA opprettet tilsynssak mot Norge¹⁷⁶, og Høyesterett har bedt om en tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen på 16 spørsmål¹⁷⁷ i direkte forbindelse med skandalen.¹⁷⁸ Disse 16 spørsmålene omfatter spørsmål om tolkningen av EØS-reglene både før og etter skjæringstidspunktet i 2010 når den nye trygdeforordningen trådte i kraft.

Et av spørsmålene som har kommet opp gjennom granskningen, er hvorfor det ikke har blitt bedt om en tolkningsuttalelse før. Trygderetten har myndighet til å be EFTA-domstolen om en tolkningsuttalelse¹⁷⁹, og allerede i 2017 var Trygderetten usikker på om NAVs praksis var i overensstemmelse med våre forpliktelser etter EØS-avtalen. Likevel har det ikke blitt sendt inn spørsmål for EFTA-domstolen.

Flere av omstendighetene mellom ikrafttreddelsen av trygdeforordningen og slutten på praksisen i andre halvår av 2019 er interessante i denne sammenheng. En av disse er at det finnes en utredning med navnet *Eksport av velferdsytelser* fra 2014. Denne ble utlevert til Arnesen-utvalget i forbindelse med *Blindsonen*, men er ellers ikke offentliggjort eller utlevert. Her ble det tilsynelatende konkludert med at krav til opphold i Norge ikke kan opprettholdes med hensyn

¹⁷⁴ NOU 2020:9 s. 254

¹⁷⁵ NOU 2020:9 s. 268

¹⁷⁶ ESA (2020)

¹⁷⁷ Norges Høyesterett, Anmodning om rådgivende tolkningsuttalelse, Dok 46

¹⁷⁸ Det foreligger fortsatt ingen uttalelse fra EFTA-domstolen pr. 19.01.2021

¹⁷⁹ Domstoloven § 51a, jf. Prop. 139 L (2014-2015) pkt. 4.2.4

til EØS-avtalens forpliktelser.¹⁸⁰ Denne ble ikke gjort kjent, og oppholdskravet ble som kjent opprettholdt og anvendt helt frem til andre halvår 2019.

En annen interessant omstendighet er at det ikke før i 2019 ble satt en stopper for anvendelsen av oppholdskravene, selv om Trygderetten viste sin uenighet om forståelsen av oppholdskravet allerede i 2017. Noe av grunnen for dette virker til å være at disse enkeltvedtakene ble omgjort til fordel for ytelsesmottakeren, slik at Trygderetten fikk en oppfatning av at NAV endret sin oppfatning. I stedet ble disse enkeltvedtakene omgjort, uten at praksis ble lagt om.

Noe av grunnen for dette kommer frem i korrespondanse mellom direktoratet og departementet fra januar 2019, der departementet gir uttrykk for at det er viktig å forhindre at Trygderetten sender tolknings spørsmål til EFTA-domstolen. I e-posten ble det vist til at det, dersom man mente at forordningens artikkel 21 kommer til anvendelse også ved midlertidige opphold i utlandet, ikke kunne opprettholde et generelt vilkår om opphold i Norge, og heller ikke avslå å utbetale ytelser utelukkende med den begrunnelse at mottakeren skal oppholde seg utenfor Norge.¹⁸¹

Det mest oppsiktsvekkende ved denne korrespondansen er der direktoratet skriver at det er å foretrekke dersom norsk praksis blir gjort mer i tråd med EØS-retten, for å forhindre at Trygderetten får en avgjørelse fra EFTA-domstolen. Dette fordi direktoratet var redd for at en avgjørelse fra Trygderetten ville kunne definere handlingsrommet i forhold til midlertidige utlandsopphold snevrere enn det myndighetene ønsket. Det var derfor å foretrekke å gjøre om praksis selv, for å ha større mulighet for selv å vurdere hvilken betydning et midlertidig utlandsopphold skulle ha for retten til ytelser.¹⁸²

Disse uttalelsene etterlater et sterkt inntrykk av at det viktigste for direktoratet var å beholde handlingsrommet og muligheten til selv å definere hvilke konsekvenser et utlandsopphold skulle ha for den enkeltes rett til å motta ytelser. Verken ønsket om å etterleve våre internasjonale forpliktelser, eller ønsket om å ivareta rettssikkerheten og rettighetene til innbyggerne, fremstod å være viktigere enn hensynet til å opprettholde en viss selvbestemmelse.

Dette «såkalte norske handlingsrommet» innen rammene av EØS-avtalen har fått sterk kritikk av tidligere president i EFTA-domstolen Carl Baudenbacher. Regjeringsadvokat Fredrik Sejersted har fremholdt at en overopppfyllelse av EØS-avtalen er «like ille» som manglende

¹⁸⁰ NOU 2020:9 s. 109

¹⁸¹ NOU 2020:9 s. 270

¹⁸² NOU 2020:9 s. 270

oppfyllelse, og skaper et bilde av at det finnes et slags «*politisk handlingsrom*» i EØS-avtalen¹⁸³. Dette er ikke Baudenbacher enig i. Han mener at det bryter med «*det grunnleggende juridiske prinsippet om at avtaler skal etterleves i god tro*». Han påpeker også at flere norske jusprofessorer mener at «*minimumsimplenteringen*» innebærer systematiske lovbrudd.¹⁸⁴

Dette er bekymringsverdig av flere grunner. Først og fremst er det i en rettsstat slik at innbyggernes rettssikkerhet skal ivaretas på best mulig måte. Dette innebærer å at forvaltningen må følge de lover og andre regelsett som gjelder for området den befinner seg på, herunder også å ta hensyn til våre internasjonale forpliktelser. Loven er vår øverste rettskilde og er dermed avgjørende for hvilke rettigheter og plikter, påbud og forbud den enkelte skal forholde seg til. Politisk styring kan ikke, og skal ikke, overstyre vedtatte lover og forskrifter. Dette ville undergrave demokratiet og maktfordelingsprinsippet, og gå hardt ut over rettssikkerheten. Det er derfor viktig at alle offentlige organer forholder seg til lovverket, og tar politiske ønsker med i beregningen først i den delen av vurderingen der det eventuelt foreligger rom for skjønnsmessige vurderinger.

8.3.3 Utfordringer ved for stort fokus på politiske ønsker

Ettersom Sundvolden-plattformen og etterfølgende regjeringsplattformer hadde et uttalt mål om å hindre trygdeeksport, ble kontrollen med utlandsopphold intensivert for å avdekke flere utlandsreiser. Også anmeldelsene ble intensivert, og oversendt påtalemyndigheten med overveldende mengder bevismateriale. I utgangspunktet er det ingen utfordringer ved at den politikken sittende regjeringer fører, gjennomføres i forvaltningen.

Det som har skjedd i dette tilfellet, er at politiske ønsker har blitt gjennomført uten noen grundig kontroll av lovgrunlaget for tiltakene. Dette til tross for at det i erklæringen tas uttrykkelig høyde for at trygdeeksport skal begrenses *innenfor rammen av gjeldende internasjonale avtaler Norge er bundet av*. Likevel ble ikke begrensningene EØS-avtalen og de fire friheter generelt, og trygdeforordningene spesielt, legger på muligheten til å oppstille oppholds krav, vurdert opp mot intensivering av kontroll med oppholdskravet for mottakere av ytelsene arbeidsavklaringspenger, sykepenger og pleiepenger. Selv om reglene befant seg i en såkalt «*blindsoner*», er det både i folketrygdloven § 1-3 og straffeloven § 2 inntatt forrangshjemler for internasjonale avtaler Norge er bundet av. Også i gjennomføringsforskriften til trygdeforordningen er det gjort klart at den har forrang foran motstridende bestemmelser i folketrygdloven. Spesielt politiet og påtalemyndigheten, som er selvstendig ansvarlig for etterforskningen, hadde her en oppfordring til å «ta et skritt tilbake» og vurdere reglene i en større sammenheng. Ettersom det i alle

¹⁸³ Rett24 (2019)

¹⁸⁴ Baudenbacher (2019)

straffesakene foreligger et grenseoverskridende element, er de etterforskningsansvarlige allerede her oppfordret til å undersøke hvorvidt dette feltet er regulert av internasjonale avtaler, herunder spesifikt EØS-avtalen.

Her har altså det politiske fokuset på forhindring av trygdeeksport overskygget risikoen for feilpraktisering både i forvaltningen, påtalemyndigheten, Trygderetten og domstolene over en lengre tidsperiode.

9 Avsluttende bemerkninger

9.1 Mine funn

Jeg har gjennom denne avhandlingen vist flere svakheter som førte til det som har blitt kjent som NAV-skandalen. Jeg har funnet klare indikasjoner på Norges forpliktelser etter EØS-avtalen er brutt både med hensyn til de alminnelige reglene om fri bevegelse generelt og trygdeforordningen spesielt. Jeg har også funnet at grunnleggende menneskerettigheter ikke er respektert. Til sist har jeg pekt på noen rettssikkerhetsutfordringer i NAV-systemet som har blitt vist gjennom NAV-skandalen.

Grunnet begrenset tilgang på faglige gjennomganger av det som har skjedd i NAV-skandalen, baserer min vurdering av faktum, og også flere av mine synspunkter, seg i hovedsak på Arnesen-utvalgets utredning *Blindsonen*. Dette vil kunne ha innvirkning på vurderingene, ettersom en så omfattende sak alltid vil ha flere sider enn de som kommer frem gjennom en enkelt utredning, selv en så grundig som denne. Dette forsterkes av at utvalget var under tidspress. Dersom det hadde foreligget flere faglige vurderinger og en endelig uttalelse fra EFTA-domstolen, ville dette gitt meg mer å bygge på i vurderingene, som igjen kunne gitt bedre grunnlag for mer inngående drøftelser. På den annen side har dette gjort at jeg på egen hånd har funnet frem til mer materiale for å belyse problemstillingene, slik at avhandlingen bærer et mer selvstendig preg, enn den ville gjort dersom alt skulle baseres på drøftelser som tidligere er gjort av andre.

Jeg vil avslutte med noen betraktninger om veien videre etter NAV-skandalen.

9.2 Veien videre

9.2.1 Bør oppholdskravene opprettholdes?

Jeg har vist at generelle oppholdskrav for kontantytelser ved sykdom lik de vi har i dag ikke er forenlige med våre forpliktelser etter EØS-avtalen. Oppholdskravene kolliderer både med

trygdeforordningen og med de generelle prinsippene om fri bevegelse, og så generelle og omfattende tiltak som oppholdskravene er kan ei heller opprettholdes med henvisning til unntaksreglene.

Oppholdskravene kan heller ikke sies å være veldig effektive for de formålene som er angitt. Ettersom oppmøte til alle typer oppfølging som er avtalt med NAV er selvstendige krav for å ha rett til ytelsene, bidrar ikke et krav om opphold i Norge i særlig stor grad til oppfølgingen av mottakeren. Kontrollen med om rett til ytelsen er i behold, foregår gjerne via denne oppfølgingen, i tillegg til ligningsopplysninger og opplysninger og samarbeid med (en eventuell) arbeidsplass. Det eneste av de angitte formålene for oppholdskravet som helt sikkert blir ivaretatt gjennom anvendelsen av det, er fra forarbeidene til endringer i folketrygdloven,¹⁸⁵ der det blir fremholdt som «*viktig å hindre at pleiepengene utbetales til utlandet over lengre perioder*». Dette er også det formålet som det er klarest at ikke er beskyttelsesverdig med hensyn til EØS-avtalen.

Et alternativ til de generelle oppholdskravene kan være å holde EØS-området utenfor kravet. Dette vil utelukke regler som strider mot EØS-avtalen. Dette ville imidlertid tydeliggjort problemene med formålene, ettersom de ikke er gode nok til å kunne opprettholdes etter unntaksbestemmelsene i EØS-avtalen.

Et bedre alternativ ville være, slik det kom frem i den mye diskuterte utredningen *Eksport av velferdsytelser*,¹⁸⁶ å heller skjerpe inn bruken av aktivitetskrav og oppfølging. Aktivitetskrav som er egnet og nødvendige for oppfølgingen av stønadsmottakeren vil ikke stride mot EØS-avtalen, og vil også sikre en bedre oppfølging av den enkelte mottaker. Dette vil gagne både mottakeren og etaten mot målet om tilbakeføring til arbeidslivet. Det å oppholde seg innenfor Norges grenser har ingen naturlig sammenheng med motivasjon for å komme seg tilbake i arbeid.

9.2.2 Praksis

I lys av det jeg skriver i kap. 8.3 og viser i flere steder i avhandlingen, har ikke kommunikasjonen og saksbehandlingen i NAV vært god nok til å avdekke denne omfattende feilen. Dette taler for at praksis i NAV og i etaten burde legges om i en klart selvkritisk retning. Det burde ikke være mulig i en rettsstat at det går to år fra det foreligger sterke indikasjoner på en omfattende feilpraktisering av regelverket, til praksisen blir nærmere undersøkt og stoppet. Dette er enda mer alvorlig i et sakskompleks som også omfatter straffesaker. At ingen uskyldige skal bli dømt til straff er en grunnleggende menneskerett og en av grunnsteinene i en rettsstat.

¹⁸⁵ Prop. 48 L (2016-2017) s. 15

¹⁸⁶ Se om dette Ikdahl (2020). Mine referanser til denne utredningen er hentet fra NOU 2020:9 s. 109

En plikt til å vurdere alle eksisterende regler på et område ved implementeringen av en ny EØS-rettsakt for å hindre at det oppstår situasjoner der nasjonal rett strider mot EØS-retten, følger antagelig allerede av lojalitetsplikten og dens videreutvikling gjennom EU-domstolens praksis til også å innebære en plikt til å endre eller oppheve motstridende regler. Grundig gjennomføring av dette ville eliminert mange av problemene. Å «*avhjelpe med gode rundskriv*»¹⁸⁷ er ikke tilstrekkelig til å sikre riktig anvendelse av reglene, og det er heller ikke tilstrekkelig til at den enkelte skal ha mulighet til å forutberegne sin egen rettsstilling. Dette har også sammenheng med retten til å klage på vedtak – det er vanskelig å klage på grunnlag av regler man ikke vet at eksisterer. Det er ikke grunn til å tro at gode rundskriv kan avhjelpe dette.

Videre burde det innad i NAV være klare rutiner for varsling om man oppdager feil. Gode rutiner for varsling og like gode rutiner for hvordan varslinger skal behandles vil langt på vei sikre at feil oppdages og utbedres fort. Det sitter mange mennesker i NAV med forskjellig type kompetanse, og det er grunn til å tro at all denne kompetansen vil kunne bidra positivt til rettsikkerheten om systemene for kommunikasjon er gode nok.

Når det kommer til strafferetten, ville det ha vært et fornuftig tiltak å vurdere å innføre en egen straffebestemmelse for trygdebedrageri. Dersom denne ble godt utformet ville det vært langt enklere for ytelsesmottakerne å forutberegne sin egen rettsstilling, herunder hva som kan føre til straffansvar. Det ville også minimert risikoen for feil anvendelse av skyldkrav, slik NAV-skandalen viser at det er risiko for ved anvendelse av den alminnelige bedrageribestemmelsen på trygdebedragerier. Herunder ville det vært fornuftig i en slik bestemmelse å sondre mellom brudd på grunnleggende krav for å motta ytelser og brudd på tilleggskravene.

Det viktigste læringspunktet er at man bør åpne for en grundig erkjennelse av at norsk lov rent faktisk påvirkes av langt mer enn bare den norske lovgivende forsamling, og en vilje til å omfavne dette på en måte som gagnar det norske folk.

¹⁸⁷ Jf. NOU 2020:9 s.105

Kildeliste

Litteratur og statistikk

Aall (2018)	Aall, Jørgen. <i>Rettsstat og menneskerettigheter</i> . 5. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
Andenæs (2012)	Andenæs, Thor og Eirik Bjørge. <i>Menneskerettene og oss</i> . Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
Baudenbacher (2019)	Baudenbacher, Carl. «NAV-skandalen et resultat av 20 års motstand mot EØS, ESA og EFTA-domstolen.» (2019) https://www.vg.no/nyheter/meninger/i/AdBJOE/nav-skandalen-et-resultat-av-20-aars-motstand-mot-eoes-esa-og-efta-domstolen Hentet 10.01.2021
Datatilsynet (u.å.)	Datatilsynet. «Datatilsynets oppgaver» (U.Å.) https://www.datatilsynet.no/om-datatilsynet/oppgaver/ Hentet 08.02.2021
EU (2020)	European Union. «About the EU» 2020 https://europa.eu/european-union/about-eu_en Hentet 09.11.2020
FN (2019)	Forente Nasjoner. «Menneskerettigheter» 2019 https://www.fn.no/tema/menneskerettigheter/menneskerettigheter Hentet 31.10.2020
Friman (2014)	Friman, David. <i>NAV fra innsiden</i> . Kolofon forlag, 2014.
Graver (2011)	Graver, Hans Petter. <i>hva er RETT?</i> . Oslo: Universitetsforlaget 2011.
Ikdahl (2020)	Ingunn Ikdahl og Christoffer Conrad Eriksen. «Utredningen «Eksport av velferdsytelser» (2014): Vet vi det vi trenger å vite?» (2020) https://www.jus.uio.no/om/aktuelt/retten-i-trygdeskandalen/eksportavytelser.html Hentet 13.01.2021
Lilleholt (2014)	Lilleholt, Kåre (red.). <i>Knops oversikt over Norges rett</i> . 14. utg., Oslo: Universitetsforlaget 2014.
Matningsdal (2016)	Matningdal, Magnus. <i>Norsk spesiell strafferett</i> . 2.utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2016.
NAV (2020)	NAV. «Veileder» (Stillingsannonse, 2020) https://arbeidsplassen.nav.no/stillinger/stilling/fdc7c0d6-5b11-425f-8429-0237bc45e592

	Hentet 18.12.2020
NIM (u.å.)	Norges institusjon for menneskerettigheter. «Hvordan NIM jobber» u.å. https://www.nhri.no/om/ Hentet 01.11.2020
Regje- ringen (2017)	Regjeringen. «Ofte stilte spørsmål» (Om Europapolitikk. 2017) https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/fakta-115259/ofte-stilte-sporsmal/id613868/ Hentet 26.01.21
Regje- ringen (2017)	Regjeringen. «Sundvolden-erklæringen» 2013 https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/politisk-plattform/id743014/#Jus_beredskap_og_innvandring Hentet 13.01.2021
Rett24 (2019)	Rett24. «Frontkollisjon mellom Baudenbacher og Sejersted» 2019. https://rett24.no/articles/frontkollisjon-mellom-baudenbacher-og-sejersted Hentet 10.02.2021
Ruud (2011)	Ruud, Morten og Geir Ulfstein. <i>Innføring i folkerett</i> . Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
Sejersted (2011)	Sejersted, Fredrik mfl. <i>EØS-rett</i> . 3.utg., Oslo: Universitetsforlaget 2011.
SSB (2020)	Statistisk Sentralbyrå. «Anmeldte lovbrudd og ofre» (2020) https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/lovbrudda Hentet 10.01.2021
SSB (2020)	Statistisk Sentralbyrå. «Etterforskede lovbrudd» (2020) https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/lovbrudde Hentet 10.01.2021
SSB (2020)	Statistisk Sentralbyrå. «Straffereaksjoner» (2020) https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/straff Hentet 10.01.2021
SNL (2019)	Store Norske Leksikon. «Rettsikkerhet» (2019) https://snl.no/rettssikkerhet Hentet 05.11.2020 Fotnote: Store Norske Leksikon (2019)
Solstad (2018)	Solstad, Asgeir. <i>Kort om NAV</i> . Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
Øyen (2016)	Øyen, Ørnulf. <i>Straffeprosess</i> . Bergen: Fagbokforlaget, 2016.

Norske rettskilder

Lover

1814	Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814
1915	Lov 13.08.1915 nr. 5 om domstolene
1989	Lov 22.05.1989 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker
1992	Lov 27.11.1922 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)
1997	Lov 28.02.1997 nr. 19 om folketrygd
1999	Lov 21.05.1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
2005	Lov 20.05.2005 nr. 28 om straff
2009	Lov 19.06.2009 nr. 103 om tjenestevirksomhet
2015	Lov 22.05.2015 nr. 33 om Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter

Forskrifter

1985	Forskrift 28.06.1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten
2012	Forskrift 22.06.2012 nr. 585 om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen

Rettspraksis

Rt. 1970 s. 1235
Rt. 1982 s 1380
Rt. 1984 s. 91
Rt. 1984 s. 1175
Rt. 1995 s. 707
Rt. 2000 s. 1811 (Finanger 1)
Rt. 2003 s. 320
Rt. 2005 s. 1353
Rt. 2008 s. 717
Rt. 2014 s. 1134
HR-2016-1090-U
HR-2016-2554-P
HR-2018-1295-A
HR-2018-2454-A
HR-2019-599-A
HR-2019-792-U
HR-2019-1788-A
TRR-2017-2929

Forarbeider, offentlige utredninger, rundskriv og veiledninger

NOU 2002:4	<i>Ny straffelov Straffelovkommisjonens delutredning VII</i>
NOU 20020:9	<i>Blindsonen – Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholds- krav ved reiser i EØS-området</i>
Ot. Prp. Nr. 68 (1976- 1977)	<i>Om lov om endring av lov av 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd</i>
Ot. Prp. Nr. 79 (1991- 1992)	<i>Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen av Avtale om Det eu- ropeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.</i>
Ot. Prp. Nr. 90 (2003- 2004)	<i>Om lov om straff (straffeloven)</i>
Ot. Prp. Nr. 70 (2008- 2009)	<i>Om lov om tjenestevirksomhet (tjenesteloven)</i>
Prop. 7 L (2012-2013)	<i>Endringer i folketrygdloven (tiltak mot misbruk av velferdsordninger)</i>
Prop. 139 L (2014-2015)	<i>Endringer i lov om anke til Trygderetten (lovrevisjon)</i>
Prop. 48 L (2016-2017)	<i>Endringer i folketrygdloven mv. (pleiepenger ved pleie av syke barn)</i>
Dok 16 (2011-2012)	<i>Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnlo- ven</i>
Lovteknikk- veilederen	<i>Lovteknikk og lovforberedelse. Veiledning om lov- og forskriftsarbeid. Jus- tisdepartementet, 2000. https://www.regjeringen.no/globalassets/ sets/upload/kilde/jd/bro/2000/0003/ddd/pdfv/108138-lovteknikkboka.pdf Hentet 10.02.2021</i>
EU/EØS- håndboken	<i>Ny utgave av EU/EØS-håndboken. Utenriksdepartementet, 2016. https://www.regjeringen.no/globalassets/departmentene/ud/vedlegg/euro- papolitikk/eu_eos_handbok2016.pdf Hentet 10.02.2021.</i>
Om r-konfe- ranser	<i>Om r-konferanser. Statsministerens kontor, 2021. <a href="https://www.regje-
ringen.no/no/dokumenter/om-rkonf/id2470121/?ch=3">https://www.regje- ringen.no/no/dokumenter/om-rkonf/id2470121/?ch=3 Hentet 10.02.2021</i>
Straffesaks- behandlingen i 2020	<i>Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2020. Riksadvokaten, 2020. <a href="https://www.riksadvokaten.no/document/riksadvokatens-mal-og-
prioriteringer-for-2020/">https://www.riksadvokaten.no/document/riksadvokatens-mal-og- prioriteringer-for-2020/ Hentet 17.01.2021</i>

Handlingsplan for løft av etterforskningsfeltet	<i>Handlingsplan for løft av etterforskningsfeltet</i> . Riksadvokaten og politidirektør Odd Reidar Humlegård, 2016. https://www.riksadvokaten.no/document/handlingsplan-for-loft-av-etterforskningsfeltet/ Hentet 17.01.2021
R11-00	<i>Rundskriv til ftrl kap. 11 – Arbeidsavklaringspenger</i> . Arbeids- og velferdsdirektoratet, 2002.
Ukjent	<i>Eksport av velferdsytelser</i> . 2014.

Internasjonalt

Traktater, direktiver og forordninger

EØS-avtalen	<i>Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde</i> . Oporto, 2. mai 1992.
TEU	<i>Traktaten om den Europeiske Union</i> . Konsolideret utgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).
TFEU	<i>Traktaten om den Europeiske Unions funksjonsmåte</i> . Konsolideret utgave 2016 (EUT 2016/C 202/01)
Verdenserklæringen	<i>FNs verdenserklæring om menneskerettigheter</i> . Paris, 10. desember 1948.
EMK	<i>Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter</i> . Roma, 4. september 1950.
ØSK	<i>Internasjonal konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter</i> . New York, 16. desember 1966.
SP	<i>Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter</i> . New York, 16. desember 1966.
BK	<i>FNs konvensjon om barnets rettigheter</i> . New York, 20. desember 1989.
Kvinnekonvensjonen	<i>Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner</i> . New York, 18. desember 1979.
VCLT	<i>The Vienna convention on the law of treaties</i> . Wien, 23. Mai 1969.
ODA	<i>Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol</i> . Oporto, 2. mai 1992.
GDPR	<i>Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (Generell personvernforordning)</i> . Brussel, 27. april 2016.
Trygdeforordningen	<i>Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger</i> . Brussel, 29. april 2004

Gjennomføringsforordningen	<i>Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 987/2009 av 16. september 2009 om fastsettelse av nærmere regler for gjennomføring av forordning (EF) nr 883/2004 om koordinering av trygdeordninger. Strasbourg, 16. september 2009.</i>
Gml. trygdeforordning	<i>Forordning om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet. Nr. 1408/71. Strasbourg, 5. april 2006.</i>
Unionsborgerdirektivet	<i>Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av Forordning (EF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF. Brussel, 29. april 2004.</i>
Tjenestedirektivet	<i>Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenester i det indre marked. Strasbourg, 12. desember 2006.</i>
Kapitalbevegelsesdirektivet	<i>Rådsdirektiv av 14. juni 1988 om gjennomføring av traktatens artikkel 67. Luxembourg, 24. juni 1988.</i>
Protokoll 35	<i>The EEA agreement – protocol 35 on the implementation of EEA rules. Oporto, 2. mai 1992.</i>

Rettspraksis

<i>EMD</i>	<i>Den europeiske menneskerettighetsdomstolen</i>
Leander v. Sweden	<i>Case of Leander v. Sweden. No. 9248/81, 26. Mars 1987.</i>
Lukanov v. Bulgaria	<i>Case of Lukanov v. Bulgaria. No. 21915/93, 20. Mars 1997.</i>
	<i>EFTA-domstolen</i>
Sak E-9/97	<i>Erla María Sveinbjörnsdóttir v Iceland</i>
Sak E-1/06	<i>EFTA surveillance authority v The Kingdom of Norway</i>
Sak E-11/07 og 1/08	<i>Olga Rindal and Therese Slinning v Statens v/Dispensasjons- og klagenemda for bidrag til behandling i utlandet</i>
Sak E-1/07, A	<i>Criminal proceedings against A</i>
Sak E-14/15	<i>Holship Norge AS v Norsk Transportarbeiderforbund</i>
	<i>EU-domstolen</i>
Case C-7/68 Commision v. Italy	<i>ECLI:EU:C:1968:51</i>

Case C-167/73 Commission v. France	ECLI:EU:C:1974:35
Case C-120/78 Rewe v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein	ECLI:EU:C:1979:42
Case C-113/81 Reichelt v. Hauptzollamt Berlin-Süd	ECLI:EU:C:1982:206
Case C-283/81 CILFIT v. Ministero della Sanità	ECLI:EU:C:1982:335
Joined cases C-286/82 and C-26/83 Luisi and Carbone v. Ministero dello Tesoro	ECLI:EU:C:1984:35
Case C-143/83 Commission v. Denmark	ECLI:EU:C:1985:34
Case C-104/86 Commission v. Italy	ECLI:EU:C:1988:171
Case C-186/87 Cowan v Trésor public	ECLI:EU:C:1989:47
Case C-2/90 Commission v. Belgium	ECLI:EU:C:1992:310
Joined cases C-267/91 and C-268/91 Criminal proceedings against Keck and Mithouard	ECLI:EU:C:1993:905
Case C-568/08 Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie and others v. Provincie Drenthe	ECLI:EU:C:2010:751
Case C-430/15 Secretary of State for Work and Pensions v. Tolley	ECLI:EU:C:2017:74

Annet

Anmodning om tolkningsuttalelse i sak nr. 20-046393STR-HRET. Norges Høyesterett, 2020.
<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/internett/til-nyhetssaker/foreleggelsesskriv-til-efta-domstolen-i-sak-20-046393.pdf>

Hentet 09. 02.2021

Own initiative case against Norway concerning the exportability of Norwegian cash benefits, Case no. 84329. EFTA surveillance authority, Brussel, 11. mars 2020.

<https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/5286-Pre-Article%2031%20letter%20-%20Exportability%20of%20Norwegian%20cash%20benefits.pdf>

Hentet 10.02.2021

Letter of formal notice to Norway concerning the exportability of sickness benefits in cash , Case no. 84329. EFTA surveillance authority, Brussel, 25. November 2020.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/9e16f8667161416fa574b1c60f7304d7/esa-brev.pdf>

Hentet 10.02.2021

Vedlegg

Vedlegg 1. Vedtak om arbeidsavklaringspenger.