



DET KONGELIGE
ARBEIDS- OG SOSIALDEPARTEMENT

Arbeids- og velferdsdirektoratet
Postboks 5 St. Olavs plass
0130 OSLO

Deres ref
16/3687

Vår ref
16/2535-

Dato
20.04.2017

Dagpenger til uekte grensearbeidere

Vi viser til direktoratets brev av 22. juli 2016 vedrørende tolkningen av forordning 883/2004 (trygdeforordningen) artikkel 65 (1).

Tolkning av begrepet periodevis arbeidsledig

Generelt

Artikkel 65 i trygdeforordningen inneholder konkrete samordningsregler om dagpenger for arbeidsledige personer som under sitt siste arbeidsforhold *var bosatt i et annet EØS-land enn arbeidslandet*. Det underliggende formålet med artikkel 65 er å sikre at arbeidsinnvandrere får dagpenger under de forhold som er mest gunstig samtidig som de leter etter nytt arbeid.

En forutsetning for at artikkel 65 skal komme til anvendelse er at dagpengesøkeren etter artikkel 11 i forordning 987/2009 (gjennomføringsforordningen) anses å ha vært bosatt i et annet land enn Norge under sitt siste arbeidsforhold her. Ved vurderingen av hvor vedkommende var bosatt, er det situasjonen *under det siste arbeidsforholdet* som vil være avgjørende, dvs. ikke status på søknadstidspunktet, i perioder mellom arbeidsforhold i Norge, eller under tidligere arbeidsforhold som vedkommende har hatt i Norge.

Etter artikkel 65 (1), skal en person som er delvis eller periodevis arbeidsledig motta dagpenger i henhold til lovgivningen i arbeidslandet, mens en helt arbeidsledig person etter artikkel 65 (2) skal motta dagpenger fra bostedslandet dersom vedkommende fortsetter å oppholde seg i, eller vender tilbake til bostedslandet. Denne ordningen for helt arbeidsledige innebærer et unntak fra det generelle prinsippet om *lex loci laboris* som følger av artikkel 11 (3) (a) i trygdeforordningen.



For en person som under sitt siste arbeidsforhold i Norge kan anses å ha vært bosatt i et annet EØS-land, vil klassifiseringen som delvis eller periodevis arbeidsledig, eller som helt arbeidsledig være avgjørende for hvilket lands regelverk som gjelder for tildeling av dagpenger. Artikkel 65 legger de samme rettsvirkninger til grunn for delvis og periodevis arbeidsledige. Det vil derfor ikke være avgjørende hvorvidt arbeidssøkeren vurderes å være delvis arbeidsledig eller periodevis arbeidsledig.

Også artikkel 71 (1) i forordning 1408/71, som var forløperen for artikkel 65 i gjeldende trygdeforordning, skilte mellom helt arbeidsledige og delvis eller periodevis arbeidsledige.

Nærmere om rettspraksis og beslutning U3

Begrepet "periodevis arbeidsledig" har ikke vært behandlet i rettspraksis fra EU-domstolens, men "delvis arbeidsledig" i artikkel 71 (1) i forordning 1408/71 har vært behandlet i to dommer, de Laatt og Mertens. EU-domstolens tolkning av "delvis arbeidsledig" i disse dommene vil kunne gi veiledning om tolkningen av begrepet "periodevis arbeidsledig" i artikkel 65 (1) i forordningen.

Det kan utledes fra EU-domstolens rettspraksis at det avgjørende for vurderingen av om en arbeidstaker er helt ledig eller ikke etter artikkel 71 (1), er om vedkommende fortsatt har en rettslig tilknytning til arbeidslandet. Dersom arbeidstakeren ikke lenger har rettslig tilknytning til arbeidslandet, skal han anses som helt ledig og ha arbeidsløshetsytelser fra bostedslandet.

Den administrative kommisjon for koordinering av trygdeytelser har i beslutning nr. U3 av 12. juni 2009 truffet en beslutning om tolkningen av begrepet "delvis arbeidsledig" i forordning 883/2004 artikkel 65 (1). Ifølge vedlegg VI til EØS-avtalen, plikter EØS-statene å ta tilbørlig hensyn til den administrative kommisjonens beslutninger. Dvs. at beslutning U3 ikke vil være rettslig bindende etter EØS-retten, men den gir likevel en viktig og verdifull veiledning for å tolke trygdeforordningen.

Departementet har forelagt ESA spørsmålet om de prinsippene som er lagt til grunn for tolkningen av begrepet "delvis arbeidsledig" i beslutning U3, kan anvendes tilsvarende for tolkningen av begrepet "periodevis arbeidsledig". Vi har fått bekreftet fra ESA at en tolkning av periodevis ledig i tråd med beslutning U3 vil være det mest logiske og i samsvar med formålet med artikkel 65 (1). ESA tar imidlertid forbehold om at avklaringer av begrepet periodevis ledig vil kunne oppstå på et senere tidspunkt i EU-domstolen eller EFTA-domstolen.

Det følger av beslutning U3 at fastsettelse av hvorvidt en person er delvis eller helt arbeidsledig skal avhenge av hvorvidt eventuelle arbeidsrettslige forpliktelser fortsatt eksisterer, og ikke på varigheten av den midlertidige suspensjon av arbeidsplikten. Viktige elementer i denne vurderingen er hvorvidt arbeidstakeren fortsatt er ansatt og har en rett og plikt til å gå tilbake til sin stilling når som helst, selv om arbeidsplikten er midlertidig suspendert. I en slik situasjon, vil personen anses å være delvis eller periodevis arbeidsløs etter artikkel 65 (1) i forordningen.

Det er bare ved fravær av en slik arbeidsrettslig forpliktelse om å gå tilbake til sin stilling når som helst at en person kan anses å ikke lenger ha noen tilknytning til arbeidslandet. Dette vil for eksempel være tilfelle der arbeidsavtalen er avsluttet eller har utløpt. I slike tilfeller vil personen anses å være helt arbeidsledig etter artikkel 65 (2).

Etter beslutning U3 skal avgjørelsen av om det fortsatt eksisterer en forbindelse til et arbeidsforhold i arbeidslandet utelukkende basere seg på den nasjonale lovgivningen i arbeidslandet.

Departementets vurdering

Den vanlige betydning av uttrykket "periodevis arbeidsledig" antyder at en slik ledighet opptrer i intervaller, dvs. at den ikke er kontinuerlig. En arbeidstaker kan være midlertidig løst fra arbeid med en forutsetning om at arbeidet og lønnsplikten skal gjenopptas på grunnlag av en eksisterende juridisk bindende avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Det avgjørende for å vurdere om en arbeidssøker er helt arbeidsledig eller om vedkommende er periodevis arbeidsledig/delvis arbeidsledig, er altså hvorvidt det fortsatt eksisterer et juridisk bindende arbeidsforhold mellom partene under ledighetsperioden. Dvs. at det må være konkrete juridisk bindende rettigheter og plikter for arbeidstakeren om å gå tilbake til sin stilling når som helst, og for arbeidsgiveren om å ta vedkommende inn i arbeid. Arbeidssøkerens ansiennitet, varigheten av ledigheten, etc. vil ikke ha noen betydning for vurderingen.

Hvorvidt det fortsatt er en juridisk bindende tilknytning mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og om det er av en slik art at arbeidstakeren kan anses for å være arbeidsledig, vil måtte vurderes konkret. Et eksempel på situasjoner der en arbeidstaker er midlertidig løst fra arbeid med en forutsetning om at arbeidet og retten til lønn skal gjeninntre er arbeidstakere som permitteres.

Permitterte arbeidstakere kan iht. særregler i folketrygdloven § 4-7 motta dagpenger mens de fortsatt er ansatt hos arbeidsgiveren i permitteringsperioden, og arbeidsgiveren er unntatt fra sin lønnsplikt iht. permitteringslønnsloven. Etter departementets vurdering vil det både for en helt og delvis permittert arbeidstaker eksistere et juridisk bindende arbeidsforhold mellom partene i permitteringsperioden. Den permitterte vil derfor klart falle inn under begrepet "periodevis arbeidsledig" i artikkel 65 (1).

Ut fra eksempel 2 i vedlegget til brev av 22. juli 2016, kan det se ut til at arbeidsgivere i visse tilfeller "permitterer" arbeidstakere i perioder mellom oppdrag, dvs. i perioder hvor arbeidsgiveren ikke har lønnsplikt og arbeidssøkeren ikke har noen arbeidsplikt. Permittering er en midlertidig ordning der arbeidstaker er pålagt arbeidsfritak og arbeidsgiver samtidig er fritatt fra sin plikt til å betale lønn. Arbeidsforholdet består i permitteringsperioden, og det forutsettes at arbeidsstansen kun er midlertidig. Permittering kan altså ikke brukes i perioder mellom oppdrag der arbeidsgiveren ikke har lønnsplikt og arbeidstakeren ikke har arbeidsplikt. Om det benyttes "permittering" i en slik periode mellom oppdrag, vil ikke dette falle inn under begrepet "periodevis arbeidsledig" i artikkel 65 (1). Det vil altså kun være i

tilfeller hvor det foreligger en *reell permittering*, dvs. en permittering som ligger innenfor start og sluttdato for oppdraget og hvor arbeidsgiveren ifølge arbeidsavtalen har plikt til å betale lønn i permitteringsperioden, at vedkommende vil kunne anses som "periodevis arbeidsledig" iht. artikkel 65 (1).

Det er et vilkår for rett til dagpenger at søkeren må ha tapt arbeidsinntekt på grunn av arbeidsløshet. Dette innebærer at den fortsatte rettslige forpliktelsen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ikke kan være for sterk. En rettslig forpliktelse som innebærer at arbeidstakeren ikke er tilgjengelig for annet arbeid vil imidlertid normalt medføre at søkeren ikke vil fylle vilkårene for rett til dagpenger. Departementet er derfor i tvil om andre enn helt og delvis permitterte vil kunne falle inn under betegnelsen "periodevis arbeidsledig" i artikkel 65 (1), men vi kan ikke utelukke dette. Dette vil derfor måtte vurderes konkret ut fra den eksisterende arbeidskontrakten.

En avtale mellom den tidligere arbeidsgiver og vedkommende, som ikke inneholder noen konkrete juridisk bindende rettigheter og plikter for arbeidstakeren om å gå tilbake til sin stilling når som helst eller for arbeidsgiver til å betale lønn mellom oppdrag, vil etter departementets vurdering *ikke* kunne anses som en slik tilknytning mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som innebærer at arbeidstakeren skal anses som periodevis ledig i betydningen av artikkel 65 (1). Personer uten arbeidsplikt eller garantilønn mellom oppdrag vil dermed måtte anses som helt ledige etter artikkel 65.

Etter dette mener departementet at direktoratets forståelse av dagpengeforskriften § 13-3, som innebærer at personer uten arbeidsplikt eller garantilønn mellom oppdrag skal anses som helt arbeidsledig etter artikkel 65, er riktig.

Forslag til presiseringer i dagpengeforskriften kapittel 13

Begrepsbruken i dagpengeforskriften §§ 13-3 og 13-4 er noe ulik der det vises til persongruppene helt arbeidsledige, og delvis og periodevis arbeidsledige. Vi ser at dette er uheldig og kan skape uklarheter. Departementet ser derfor behov for å harmonisere begrepsbruken, og foreslår derfor enkelte presiseringer i dagpengeforskriften kapittel 13. Et utkast til endringer følger vedlagt.

Unntaket fra kravet om opphold i Norge for personer med skift- og turnusarbeid

I dagpengeforskriften § 13-4 bokstav c) er det gitt et unntak fra kravet om opphold i Norge for delvis eller periodevis arbeidsledige uekte grensearbeidere som under sitt siste arbeidsforhold arbeider i en regelmessig tilbakevendende turnus- eller rotasjonsordning, og reiser hjem til bosettingslandet i friperiodene.

Ut fra eksemplene i vedlegget til brev av 22. juli 2016, kan vi få inntrykk av at også personer som har hatt arbeidsoppdrag i Norge med fastsatt start og slutt dato (og ikke har fått garantilønn mellom oppdrag) og som har reist hjem til bosettingslandet i periodene mellom oppdragene, i noen tilfeller kan ha blitt ansett som å jobbe i en regelmessig tilbakevendende turnus- eller rotasjonsordning. Departementet ser derfor behov for å tydeliggjøre vilkårene for å kunne omfattes av unntaket i dagpengeforskriften § 13-4 bokstav c).

Det er fire vilkår, som alle må være oppfylt, for at en dagpengemottaker skal omfattes av dagpengeforskriften § 13-4 bokstav c).

For det første må dagpengemottaker være delvis eller periodevis arbeidsledig, dvs. at det fortsatt må eksistere en arbeidsrettslig forpliktelse om å gå tilbake til sin stilling når som helst (jf. over). Helt ledige arbeidssøkere omfattes ikke av unntaket. Arbeidstakere som kun har en avtale uten noen konkrete juridisk bindende rettigheter eller plikter om å gå tilbake til sin stilling når som helst eller en plikt for arbeidsgiveren om å tilby arbeid, vil anses å være helt ledige og vil altså ikke være unntatt fra kravet om opphold i Norge etter dagpengeforskriften § 13-4 bokstav c).

For det andre må dagpengemottakeren være en uekte grensearbeider, jf. artikkel 65. En uekte grensearbeider er en person som var bosatt i et annet land enn Norge under sitt siste arbeidsforhold, og som har returnert til sitt bostedsland sjeldnere enn én gang per uke. Det er altså situasjonen under det siste arbeidsforholdet som her er avgjørende for vurderingen, ikke hvor arbeidssøkeren bor etter at han ble arbeidsledig.

Gjennomføringsforordningen artikkel 11 gir regler for vurderingen av hvor en person må anses å være bosatt. Unntaket gjelder altså bare for arbeidssøkere som iht. artikkel 11 var bosatt i et annet land enn Norge under sitt siste arbeidsforhold, og har reist tilbake til bostedslandet sjeldnere enn en gang i uken. En arbeidssøker som etter artikkel 11 anses å ha bodd i Norge under sitt siste arbeidsforhold, anses ikke for å være en uekte grensearbeider. Det særlige unntaket fra kravet om opphold i Norge i dagpengeforskriften § 13-4 bokstav c) vil ikke komme til anvendelse.

For det tredje må dagpengemottakeren ha arbeidet i en regelmessig tilbakevendende turnus- eller rotasjonsordning. Unntaket omfatter kun arbeidsforhold hvor det innenfor arbeidsforholdets start og sluttdato arbeides i faste skift eller turnusordninger, hvor de lønnete friperiodene er en integrert del av arbeidsforholdet. Eksempel på skiftordninger som vil være omfattet av unntaket er offshore-skiftordninger der det ofte vil være faste turnusordninger med to uker på jobb og tre eller fire uker lønnet avspasering. Avspaserings- eller friperiodene må altså være en del av arbeidsforholdet, og de må også ligge innenfor start og sluttdato for arbeidsforholdet, for at disse skal kunne anses som en integrert del av arbeidsforholdet og en fast skift- eller turnusordning.

En person som tar korte avsluttende oppdrag i Norge, og har perioder uten arbeid og uten lønn mellom oppdragene, avspaserer ikke fritid som en del av en skift- eller turnusordning. Kortvarige arbeidsforhold eller oppdrag, med ledighetsperioder mellom de ulike oppdragene, anses ikke som slik regelmessig tilbakevendende turnus- eller rotasjonsordning som omfattes av unntaket fra kravet om opphold i Norge i dagpengeforskriften § 13-4 bokstav c).

For det fjerde må dagpengemottakeren ha reist hjem til bosettingslandet i friperiodene. Unntaket retter seg primært mot arbeidstakere som ikke har hatt bolig i Norge mens de har jobbet her, for eksempel personer som har bodd på arbeidsplassen mens de har jobbet (for

eksempel offshorearbeidere). Arbeidstakere som har blitt værende i Norge i deler av friperiodene antas å ha hatt en bolig tilgjengelig i Norge, og unntaket er derfor ment å være avgrenset mot disse.

Vi ber direktoratet sørge for at praktiseringen av dagpengeforskriften § 13-4 bokstav c) er i samsvar med det overnevnte.

Vi tar sikte på å få vedtatt de nødvendige endringene i dagpengeforskriften så snart som mulig. Vi ber derfor om en tilbakemelding på vårt forlag til presiseringer innen 31. mai 2017.

Med hilsen

Solveig Lie (e.f.)
avdelingsdirektør


seniorrådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk, og har derfor ikke håndskrevet signatur



Unntatt offentlighet
jf. Lov om off. § 13, jf. NAV-loven § 7.

Arbeids- og sosialdepartementet
Arbeidsmarkedsavdelingen
Postboks 8019 Dep
NO-0030 Oslo

Deres ref:

Vår ref: 16087-3687

Vår dato:

22072016

Dagpenger til uekte grensearbeidere

NAV har den siste tiden fått en rekke saker fra personer som er omfattet av ulike typer arbeidsavtaler og som bosetter seg i sitt hjemland og søker dagpenger fra Norge.

Arbeid og velferdsdirektoratet mener det er en økende utfordring at personer uten arbeidsplicht eller garantilønn har vært betraktet som helt ledige og fått avslag både fra hjemlandet (fordi de er omfattet av et arbeidsforhold og derfor ikke er ledige) og fra Norge (fordi de ikke er omfattet av et arbeidsforhold og derfor skal ha dagpenger fra bosettingslandet).

Videre er det en fare for forskjellsbehandling av norske og utenlandske permitterte avhengig av utforming av klausuler om arbeidsrotasjon og garantilønn.

Typisk for disse avtalene er at personen er fast ansatt, men uten garantilønn i perioder uten oppdrag. I stadig flere avtaler kreves i tillegg en oppdragsbekreftelse for å utløse arbeids- og lønnsplikt.

Arbeidsavtaler og kontrakter har endret karakter siden dagens regler ble utformet, med økende preg av oppdragskontrakter, der arbeidsgiver ikke har forpliktelser i perioder mellom oppdrag. Arbeids- og velferdsdirektoratet mener avtale typer som tidligere var typisk for bemanningsbyråer nå får økende utbredelse i verfts- og offshorenæringen. Dette kan være en del av en mer omfattende trend i retning av mer oppdragsbasert arbeidsliv.

En annen utviklingstrend er at NAV avdekker stadig flere forsøk på trygdesvindler og tilpasninger av avtaler for å oppnå trygderettigheter fra Norge.

YTELSESAVDELINGEN // ARBEIDS- OG VELFERDSDirektoratET

Postadresse: Postboks 5, St. Olavs plass // 0130 OSLO

Besøksadresse: Sannergt 2 // 0557 Oslo
Tel: 21071000 // Faks:

www.nav.no //

Arbeids- og velferdsdirektoratet mener det er et behov for klare rammer og en mer detaljert tolkningsveiledning for å sikre korrekt behandling etter EØS-reglene og likebehandling internt, samt hindre uønsket spekulasjon for å oppnå trygderettigheter.

Arbeids- og velferdsdirektoratet ønsker å drøfte de spørsmålene denne type avtaler reiser med Arbeids- og sosialdepartementet med sikte på å avklare om dagens praksis bør justeres og hvordan den eventuelt skal konkretiseres.

Det foreslås et arbeidsmøte for å tydeliggjøre problemstillingene og diskutere aktuelle veivalg f.eks. onsdag 17. august kl 12-14 i våre lokaler Sannergeta 2.

Det vises til telefonsamtale med [redacted] 20. juli. Se også brev fra Arbeids- og sosialdepartementet fra 16. februar 2015 (Deres ref: 14/4244).

En mer detaljert redegjørelse for problemstillingene følger vedlagt.

Med vennlig hilsen

[redacted]
fung. ytelsesdirektør

[redacted]
fung kontorsjef

Vedlegg: Nærmere redegjørelse med konkrete eksempler



// NOTAT

VEDLEGG til brev av 22.07.2016 – ref 16/3687

Fra: [redacted] Ytelsesavdelingen, kontor for arbeidsytelser
Dato: 22. juli 2016

Dagpenger til utenlandske arbeidstakere som er fast ansatt i Norge uten garantilønn i perioder uten oppdrag – problemstillinger og eksempler

Arbeid og velferdsdirektoratet mener det er en økende utfordring at personer uten arbeidsplicht eller garantilønn har vært betraktet som helt ledige og fått avslag både fra hjemlandet (fordi de er omfattet av et arbeidsforhold og derfor ikke er ledige) og fra Norge (fordi de ikke er omfattet av et arbeidsforhold og derfor skal ha dagpenger fra bosettingslandet).

Problemstillingen er ikke lenger begrenset til bemanningsbyråer, men ser ut til å bre om seg i andre næringer; som for eksempel verft og offshore.

Dette er et tema som ikke er tydelig regulert i forskrift eller rundskriv, noe som har skapt tvil hos NAV med påfølgende fare for forskjellsbehandling. Innkømne saker kan også tyde på et behov for å justere dagens praksis.

Arbeids- og velferdsdirektoratet mener det er et behov for klare rammer og en mer detaljert tolkningsveiledning for å sikre korrekt behandling etter EØS-reglene og likebehandling internt, samt hindre uønsket spekulasjon for å oppnå trygderettigheter.

Nærmere om regelverket

Et viktig punkt er tolkningen av begrepet «delvis eller periodevis ledige» i EØS-rådsforordning 883/2004 artikkel 65 og hvilke krav som skal stilles til personens forpliktelser («binding») etter arbeidsavtalen. Se også dagpengeforskriften § 13-3 der EØS-regelen er inkorporert i norsk regelverk.

Forståelsen av dagpengeforskriften § 13-3 har siden 2012 vært å betrakte personer uten arbeidsplicht eller garantilønn som «helt ledige». Dersom disse søker dagpenger i hjemlandet, får de avslag i hjemlandet fordi de ikke er oppsagt, men fortsatt er omfattet av en

ARBEIDS- OG VELFERDS DIREKTORATET // YTELSESAVDELINGEN

Tel: 21 07 10 00 //

www.nav.no //

arbeidsavtale. Søker de dagpenger i Norge, får de avslag fordi de vurderes som helt ledige og derfor skal søke dagpenger i bostedtslandet.

Hvilke krav stilles til tilknytningen til det norske arbeidsforholdet?

EØS-forordningen artikkel 65 tilsier at også «periodevis arbeidsledige» skal være omfattet av lovgivningen i arbeidslandet, og ikke i bostedtslandet. Et spørsmål er om det kun er permitterte som kan omfattes av denne definisjonen. Ettersom dagpengeforskriften § 13-4 også benytter begrepet «periodevis ledig» tilsier dette at det ikke nødvendigvis bare er permitterte som skal omfattes, men også andre arbeidsledige som midlertidig er uten arbeid men som fortsatt har en tilstrekkelig sterk binding til arbeidsgiveren i Norge.

Det synes å være klart at det ikke er snakk om en ordinær fast ansettelse. Kan likevel tilknytningen til arbeidsforhold i Norge ved denne avtalen være så sterk at lovvalget ligger i Norge?

I dagpengeforskriften § 13-4 er det gitt unntak fra kravet om opphold i Norge.

For uekte grensearbeidere, som er delvis eller periodevis arbeidsledige eller permitterte, er det ikke gitt noe generelt unntak for kravet om opphold i Norge. Denne gruppen kan etter trygdeforordningen ikke velge hvilket land de kan søke dagpenger i, men skal søke dagpenger i arbeidslandet. For å kunne få innvilget dagpenger i Norge, må de fylle vilkårene som gjelder, herunder kravet om opphold i Norge.

Om en delvis eller periodevis ledig, uekte grensearbeider returnerer til bostedtslandet, vil vedkommende i utgangspunktet ikke fylle vilkårene for dagpenger. Han eller hun vil heller ikke kunne velge å søke dagpenger fra sitt bostedsland, i og med at det er Norge som er kompetent stat. (Dette i motsetning til de helt ledige uekte grensearbeiderne som etter trygdeforordningen er gitt mulighet for å velge hvilket land de vil søke dagpenger fra).

Etter § 13-4 bokstav c) er det gitt et begrenset unntak fra kravet om opphold for de uekte grensearbeiderne som er delvis eller periodevis arbeidsløse eller permitterte. Dette unntaket omfatter kun de som har jobbet i en regelmessig tilbakevendende turnus – eller rotasjonsordning og har reist hjem til bostedtslandet i friperiodene.

Den utvikling NAV mener å ha fanget opp, kan tyde på at det er dette unntaket ulike næringer søker å komme inn under – med noe ulikt hell.

Det er videre en fare for forskjellsbehandling og manglende sammenheng i regelverket fordi de ulike leddene i dagpengeforskriften § 13-3 første ledd, § 13-4 bokstavene b og c benytter tre ulike formuleringer for å beskrive tilknytningskravet til de som skal ha dagpenger fra Norge (partially or intermittently unemployed).

Eksempler fra klagesaker

Permitterte med jobbrotasjon får endret arbeidsavtale

Reparasjon og vedlikehold av [REDACTED]

Bruker er [REDACTED] statsborger som bor i [REDACTED] hvor han har kone og barn. Han regnes som uekte grensearbeider og arbeidet i fast rotasjonsordning og vendte hjem i friperiodene. Det fremgår av AA-registeret at bruker er ansatt i firmaet fra 30.08.10. Han har levert en standard arbeidsavtale der det fremgår at han er ansatt fra 01.04.12. Bruker mottok permitteringsvarsel fra bedriften og søkte om dagpenger under permittering.

NAV Forvaltning [REDACTED] har den 06.10.15 vurdert at alle ansatte i [REDACTED] er utenlandske og jobber i rotasjon, og reiser hjem i alle friperioder og at dette medfører at de er uekte grensearbeidere.

NAV EØS Dagpenger innvilget dagpenger under permittering fra og med 02.11.15. Den 30.01.16 ble dagpengene stanset med begrunnelsen at bruker ikke har krav på lønn dersom han ikke er i oppdrag. Bruker mottar også barnetrygd med Norge som primærland. NAV mottar i mars 2016 opplysning fra arbeidsgiveren om at brukeren har arbeidet siden 2012 med en kontrakt med åpen sluttdato, og at han fortsatte arbeid igjen i bedriften i februar 2016.

I dette tilfellet mente NAV Klageinstans at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for å hevde at bruker ikke lenger hadde noen arbeidstilknytning til Norge. Det ble vurdert at tilknytningen til arbeidsgiveren var tilstrekkelig sterk, og at forskriften gir unntak fra krav til opphold i Norge også for periodevis arbeidsledige som har arbeidet i rotasjon. Vedtaket ble derfor omgjort.

Det er verdt å merke seg at omgjøringen skjedde fra et tidspunkt bruker fortsatt var i ordinær permitteringstid.

Dersom NAV skulle fastholdt at han ikke hadde rett til dagpenger, måtte vi ha hatt mer konkret informasjon om at arbeidsforholdet var opphørt, f.eks. ved at han hadde kommet i annet arbeid i hjemlandet. Slik informasjon forelå ikke i den aktuelle saken og det var heller ikke noe som tydet på det ettersom han gjenopptok arbeid for [REDACTED] i Norge i februar 2016.

Tidligere permittert med rotasjon får endret arbeidsavtale

Reparasjon og vedlikehold av [REDACTED]

Her hadde NAV Klageinstans 22 tilsvarende saker som alle ble opphevet og hjemvist til ny behandling. Årsaken var at begrunnelsen for avslag på dagpenger under permittering var at bruker arbeidet i et arbeidsforhold uten garantilønn mellom oppdrag. Mange av de ansatte i firmaet var utenlandske grensearbeidere som arbeidet i rotasjon. De norske ansatte fikk dagpenger under permittering.

Bruker er [REDACTED] statsborger bosatt i [REDACTED]. Arbeidet som uekte grensearbeider i rotasjonsordning for [REDACTED] siden 2007. Har i årene 2009 – 2013 mottatt dagpenger under permittering i flere perioder, senest t.o.m. 24.02.14. Bruker fikk i august 2014 avslag på ny søknad om permittering fra samme firma med begrunnelsen at arbeidsavtalene i firmaet var endret i sin ordlyd i februar 2014, da det var inntatt en klausul i kontrakten om at bruker ikke hadde rett på garantilønn i perioder uten oppdrag. Ellers var forholdene ved firmaet det samme.

Det ble gitt permitteringsvarsel og 20 dagers lønnsutbetaling fra arbeidsgiver fra og med 26.05.14. Arbeidsgiver oppgir i skjema for permitteringsårsak at stillingstype er «fast stilling». Bruker hadde 7 års ansiennitet i bedriften når kontraktene ble endret. Det ble opplyst i klagen at arbeidsgiver hadde opplyst til de ansatte at endringen av kontraktene skjedde som følge av at arbeidsgiver hadde merket seg en debatt i media om at vikarbyråer opererte med avtaler uten garantilønn som likevel ga rett til dagpenger uten at arbeidsgiver måtte betale lønn i arbeidsgiverperioden.

Klageinstansen fant det ikke tilstrekkelig godtgjort at arbeidsforholdet kunne anses opphørt i EØS-rettslig forstand og opphevet saken sammen med en rekke andre saker fra samme firma. Det ble bedt om nærmere utredning av tilknytningen til arbeidsgiveren.

Klageinstansen har kommet til samme resultat i tilsvarende saker der det fremgår av arbeidsavtalen at arbeidstaker har adgang til å påta seg arbeidsoppdrag for andre arbeidsgivere så fremt dette ikke skjer til fortrenghet for oppdrag som han/hun har påtatt seg for bedriften, samt selv kan velge om og når han/hun vil ta nye oppdrag.

Generelt kan det sies at det er en rekke ulike kontrakter det er viktig å gjennomgå for å ha en tydelig prinsipiell holdning til hva som skal gi rett til dagpenger fra Norge og hva som ikke skal gi slik rett.

Fare for usaklig forskjellsbehandling

Det har nok ikke vært helt entydig praksis at saksbehandler systematisk undersøker om en slik klausul er en del av arbeidsavtalen. Dersom en legger til grunn standard skjema for permitteringsårsak, fremgår ikke nødvendigvis denne detaljen. Det innebærer en fare for forskjellsbehandling av ellers like saker. Det er et behov for tydelige retningslinjer og det bør vurderes endringer i NAVs skjema.

I saken i eksempel nr. 2 kan det fremstå som urimelig forskjellsbehandling at utenlandske ansatte som har mange års ansiennitet hos en norsk arbeidsgiver, ikke lenger skal ha rett til dagpenger under permittering fordi arbeidsgiver har valgt å endre kontrakten. Ansatte bosatt i Norge vil ikke bli tilsvarende rammet av en slik endring.

Om begrepet periodevis ledig versus permittert

Forskrift om dagpenger § 13-3 første og andre ledd lyder:

«Medlemmer som blir helt eller delvis arbeidsløse eller permitterte fra arbeidsforhold i Norge, har rett til dagpenger fra Norge.

Medlemmer skal likevel ikke ha dagpenger fra Norge dersom de har vært bosatt i et annet EØS-land eller Sveits under sitt siste arbeidsforhold, og har blitt helt ledig fra et arbeidsforhold i Norge, og

- a. anses som grensearbeidere, eller
- b. ikke anses som grensearbeidere og velger å reise tilbake til bosettingslandet»

I utgangspunktet burde det være en grei sondering av lovvalg i forskriften, der det avgjørende er om vedkommende har blitt helt ledig eller ikke, jf. annet ledd. Første ledd omtaler de helt og delvis arbeidsledige og de permitterte, men unnlater å ta stilling til gruppen «periodevis ledige» som fremgår av forordningens artikkel 65. Forskriften er dermed ikke i samsvar med EØS-forordningens ordlyd, noe som gir rom for tvil om hva som er ment. Dette forsterkes ved at forskriften i § 13-4 slår fast at gruppen som skal få unntak fra kravet til opphold er de «periodevis ledige». Skulle Norges forpliktelser begrenses til å gjelde kun permitterte, burde dette klart fremgå av forskriften.

Antagelig må det EU/EØS-rettslig kunne sies å være opp til det enkelte lands myndighet å avgjøre hvem som er i et arbeidsforhold eller ikke. Dette kan utledes av betraktning nr. 5 i avgjørelse U3 av 12. juni 2009 som lyder: «(5) Afgjørelsen af, hvorvidt der eksisterer eller er

opretholdt en forbindelse til et arbeidsforhold, er udelukkende baseret på den nationale lovgivning i beskæftigelseslandet.»

Der det i avgjørelsens nr. 1 fremgår: «1. Ved anvendelsen af artikel 65, stk. 1, i forordning (EF) nr. 883/2004 bestemmes typen af arbejdsløshed, dvs. fuldtidsarbejdsløshed eller delvis arbejdsløshed, af, om der eksisterer et arbeidsforhold mellem parterne eller ej, og ikke af varigheden af en eventuel midlertidig afbrydelse af arbejdstagerens beskæftigelse.»

Det er altså slik at det er opp til det enkelte land å vurdere om det eksisterer et arbeidsforhold etter lovgivningen i arbeidslandet. Her mener vi det må kunne sies å være uklart hvorvidt en fast arbeidsavtale som ikke gir garantilønn vil kunne anses å være et arbeidsforhold. Arbeidsrettslig vil man nok kunne konkludere med at dette ikke er likestilt med en ordinær fast ansettelse, men EØS-rettslig er vi mer i tvil hva gjelder rett til ytelse ved arbeidsledighet.

Dessverre er det i avgjørelse U3 ikke nevnt hva som skal menes med begrepet «periodevis ledig», men det må nok kunne sies å være en tilsvarende vurdering som skal ligge til grunn ved vurderingen av dette begrepet om ved delvis ledighet. Dette kan særlig utledes av at det slås fast at varigheten av en eventuell avbrytelse ikke er avgjørende, men om det eksisterer et arbeidsforhold mellom partene.

Også EU-domstolen har den 15. mars 2001 i dom C-444/98 kommet med en vurdering av begrepet «partially unemployed» knyttet til tidligere forordning 1408/71, men som vi antar vil ha like stor betydning knyttet til det samme begrepet i den nye forordningen. I punkt 36 og 37 uttaler domstolen:

«36 Kun når arbejdstageren ikke længere har nogen tilknytning til den kompetente medlemsstat og er helt arbejdsløs, skal han henvende sig til institutionen på sit bopælssted for at få bistand til at søge en beskæftigelse.

37 Det tredje, fjerde, femte og sjette spørgsmål skal herefter besvares med, at hvis en arbejdstager, i en anden medlemsstat end den, på hvis område han er bosat, fortsat er beskæftiget i samme virksomhed, men på deltid, og fortsat søger arbejde på fuld tid, er han delvis arbejdsløs, og ydelserne skal udbetales af den kompetente institution i den pågældende medlemsstat. Hvis en grænsearbejder derimod ikke længere har nogen tilknytning til denne stat og er helt arbejdsløs, udbetales ydelserne af bopælsstedets institution og for dennes regning. Det tilkommer den nationale ret, i den sag den skal påkende, og efter disse kriterier, at afgøre, hvilken kategori arbejdstageren hører under.»

Her fremgår at et vurderingstema er hvorvidt det ikke lengre er noen tilknytning til den kompetente medlemsstat. Det fremgår videre at det er opp til den nasjonale domstolen å avgjøre hvilken kategori vedkommende hører inn under.

Arbeidsmiljøloven § 14-9 slår fast at hovedregelen er at arbeidstaker skal ansettes fast, med mindre noen av unntakene i bokstav a – f er oppfylt. Så tidlig som i 1989 slo Høyesterett fast at en ulovlig midlertidig ansatt kan kreve fastlagt stillingsprosent i samsvar med faktisk utført arbeid, Rt. 1989 s. 1116.

Slik sett kan det også stilles spørsmål ved hvilken innstilling NAV skal ha dersom vi får forelagt oss arbeidskontrakter er av tvilsom arbeidsrettslig karakter. Det bør sies noe om dette i rundskrivet.

Lovvalg

NAV ser at den ovennevnte gruppen kan falle «mellom to stoler» dersom de mister muligheten til å få dagpenger fra Norge, ettersom bostedslandet kan argumentere med at de fortsatt er omfattet av et arbeidsforhold i Norge. Vi har eksempler på klagesaker der brukere har argumentert med at de har fått avslag på ytelse i hjemlandet begrunnet med at de ikke har ansvar for ledighetstrygd så lenge de har en fast arbeidskontrakt i Norge som ikke er sagt opp.

Så lenge det ikke foreligger et opphør av arbeidsforholdet i henhold til norsk lovgivning, kan dette bety avslag på søknad om ytelse ved arbeidsledighet i bostedslandet.

Artikkel 7 i EØS-forordningen tilsier at Norge ikke kan avslå ytelse i tilfeller der bruker omfattes av EØS-forordningens artikkel 65. Dette betyr imidlertid ikke det samme som at Norge ikke kan stille krav til opphold i visse tilfeller, jf. artikkel 63 i forordningen.

Konklusjonen må bli at dersom vi mener at det eksisterer et arbeidsforhold i Norge, kan ikke Norge si at vedkommende er å anse som helt arbeidsledig. Lovvalget vil da måtte være i Norge.

Kravet om tilknytning

En mulig løsning er at det må vurderes konkret hvor sterk binding som skal til for at det skal kunne anses å foreligge et arbeidsforhold. NAV Klageinstans mener at vurderingstemaet ikke alene kan være hvorvidt vedkommende har garantilønn mellom oppdrag etc. Sett hen til høyesteretts dom fra 1989 referert til ovenfor, kan en mulighet være å si at ansiennitet kan ha noe å si for om vedkommende skal omfattes av et arbeidsforhold i Norge i en slik situasjon.

Da vil man unngå at utenlandske arbeidstakere kan spekulere i å bli ansatt en kort periode i Norge på en slik kontrakt, med det formål å hente ut dagpengerettigheter fra Norge.

Et tilleggsmoment i vurderingen kan være at det ses på næringskoden som firmaet er registrert på, og faktisk gjøres et skille mellom ordinære vikarbyråer og andre firmaer, dersom det er ønskelig. Vikarbyråer er ment å gi mindre sterk tilknytning til en arbeidsgiver enn mange av de firmaene som f.eks. har ansatte som har jobbet mange år i norsk offshore- og verftsnaering.

På den annen side kan det være uheldig å isolere reglene til denne spesifikke bransjen, i stedet for å følge utviklingen i arbeidsmarkedet generelt. Dersom arbeidsavtalene i økende grad bærer preg av oppdrag og lønn knyttet til perioder med oppdrag, bør det være avgjørende og ikke hvilken næring eller bransje som benytter dette avtaletypen, jf her nasjonale og internasjonale antakelser om omstilling i arbeidslivet med fremvekst av nye modeller som utfordrer skillet mellom arbeidsgiver og selvstendig næringsdrivende bl.a. som følge av digitalisering.

Det antas også at vi får en økning i personer som systematisk jobber for flere arbeidsgivere, enten samtidig eller etter hverandre f.eks. i form av to eller flere oppdragslignende avtaler. En arbeidsavtale kan derfor ikke uten videre anses for opphørt dersom personen arbeider for en annen arbeidsgiver.

Endelig bør hensynet til effektiv og lik praksis vektlegges. Det må søkes å komme frem til et praktisk praktikabelt regelverk som NAV kan forvalte effektivt. Videre legger vi stor vekt på at reglene enkelt kan kommuniseres personbrukere og bedrifter på nav.no slik at brukerne greit kan se hvem som omfattes av ordningen. Det gjelder særlig i en situasjon med et arbeidsliv i utvikling der muligheter for å supplere lønn med trygd er et sentralt element for den enkelte bedrifts- og nærings tilpasning. NAVs mål for våre eksterne digitale tjenester er bl.a at brukerne skal kunne sette seg inn i sine rettigheter og plikter og forstå konsekvensene av ulike valg.

Tilpasninger, formål og forsøk på trygdesvindell

Det må vurderes om de tilpasninger vi ser i markedet, er i tråd med hensynene bak unntaksreglene, eventuelt om de gir grunnlag for å stramme inn eller løse opp i kravene for å komme inn under unntaket om dagpenger fra Norge.

I disse vurderingene må mulighetene for å forebygge og avdekke trygdesvindell være vurdert. NAV avdekker i økende grad forsøk på trygdesvindell og forsøk på tilpasninger for å oppnå trygderettigheter fra Norge. Spesielt etter innføringen av A-inntekt, avdekkes det misforhold

mellom innsendte opplysninger i forhold til det arbeidsgiver har rapportert inn. Videre at arbeidsgivere og arbeidstakere fortløpende oppdaterer dokumenter for å oppnå rett til ytelser.

Praksis inntil problemstillingen er avklart

Inntil endelig avklaring foreligger, vil NAV fortsette dagens praksis, men identifiserer alle saker med denne type problemstilling slik at sakene eventuelt kan tas opp igjen ved endelig fastlegging av regelen.

