tilkendes, idet det er uden betydning, om ydelsen i den pågældende nationale lovgivning betegnes som en social sikringsydelse.

Begrebet ydelser i anledning af sygdom, jf. artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 1408/71, omfatter en arbejdsgivers ydelser til en arbejdstager i form af fortsat udbetaling af løn under sygdom, der i maksimalt seks uger indebærer, at udbetalingen af sygedagpenge i henhold til national lovgivning om social sikring stilles i bero. Den omstændighed, at det påhviler arbejdsgiveren at bære udgifterne til ydelserne, er ikke til hinder for, at disse er omfattet af forordningens anvendelsesområde, idet en ydelses finansieringsform er uden betydning for, om denne må anses for en social sikringsydelse, der er omfattet af forordningen.

2. Artikel 18, stk. 1-4, i forordning nr. 574/72 skal fortolkes således, at den kompetente institution, også selv om der herved er tale om arbejdsgiveren og ikke om en social sikringsinstitution, såvel i henseende til faktum som til den retlige kvalificering er bundet af en lægeerklæring fra bopæls- eller opholdsstedets institution, hvorefter den sikrede har været uarbejdsdygtig i en vis periode, når førstnævnte institution ikke udnytter sin ret i henhold til artikel 18, stk. 5, til at lade den sikrede undersøge af en af den selv udpeget læge.

De praktiske vanskeligheder, som kan opstå for en arbejdsgiver, der ikke i praksis har været i stand til at udnytte sin ret i henhold til artikel 18, stk. 5, i forordning nr. 574/72, kan ikke påvirke fortolkningen af en af forordningens bestemmelser, således som denne fortolkning fremgår af bestemmelsens ordlyd og formål.

RETSMØDERAPPORT
i sag C-45/90 *

I — Sagens omstændigheder og retsforhandlinger

1. *Retlig baggrund*

Artikel 18, stk. 1 og 5, i Rådets forordning (EØF) nr. 574/72 af 21. marts 1972 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (EFT 1972 I, s. 150), indeholder følgende bestemmelser:

»1. For at opnå kontantydelser i medfør af forordningens artikel 19, stk. 1, litra b), skal

* Processprog: tysk.

arbejdstageren inden tre dage efter uarbejdsdygtighedens indtræden rette henvendelse til bopælsstedets institution og herved fremlægge en anmeldelse om arbejdsophør eller — dersom dette er foreskrevet i den lovgivning, som gælder for den kompetente institution eller bopælsstedets institution — en erklæring om uarbejdsdygtighed udstedt af den behandlende læge.

...

5. Den kompetente institution bevarer under alle omstændigheder ret til at lade arbejdstageren undersøge af en af den selv udpeget læge.«

Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at § 1 i Lohnfortzahlungsgesetz af 27. juli 1969 (lov om løn under sygdom, BGBl. I, s. 946, herefter benævnt »LFZG«) indeholder bestemmelse om, at en arbejdstager efter et ansættelsesforholds begyndelse har krav på løn i seks uger, såfremt han eller hun som følge af uarbejdsdygtighed på grund af sygdom er ude af stand til at udføre sit arbejde.

Ifølge lovens § 3, stk. 1, er arbejdstageren ikke alene forpligtet til uopholdeligt at give arbejdsgiveren meddelelse om uarbejdsdygtigheden og dennes sandsynlige varighed, men også til inden udløbet af den tredje kalenderdag efter uarbejdsdygtighedens indtræden at fremlægge en lægeerklæring om uarbejdsdygtigheden og dennes sandsynlige varighed.

Såfremt arbejdstageren ved uarbejdsdygtighedens indtræden opholder sig uden for lovens geografiske anvendelsesområde, skal vedkommende uopholdeligt give den sygekasse, hvori han eller hun er forsikret, meddelelse om uarbejdsdygtigheden og dennes sandsynlige varighed (§ 3, stk. 2).

Ifølge Bundesarbeitsgericht's faste praksis skal arbejdstageren føre bevis for en indtruffen uarbejdsdygtighed, jf. § 3, stk. 1, ved at fremlægge en af en læge udstedt erklæring. Efter denne praksis sondres der ikke mellem en af en udenlandsk læge i udlandet udstedt erklæring og en af en tysk læge udstedt erklæring. Er der tale om en af en udenlandsk læge i udlandet udstedt erklæring, skal det dog fremgå, at den udenlandske læge har sondret mellem sygdom som sådan og sygdom, der medfører uarbejdsdygtighed, og dermed har foretaget en bedømmelse på grundlag af de relevante begreber i tysk arbejds- og socialforsikringsret.

I henhold til den nævnte retspraksis kan bevisværdien af en sådan erklæring dog svækkes, såfremt arbejdsgiveren under en sag for domstolene peger på relevante omstændigheder, hvorefter der må antages at foreligge en alvorlig og begrundet tvivl om, hvorvidt arbejdstageren har været uarbejdsdygtig. Sådanne omstændigheder kan f.eks. foreligge, såfremt arbejdstageren gentagne gange melder sig syg ved slutningen af længere ferier i udlandet.

2. *Hovedsagen*

Sagsøgerne i hovedsagen, Vittorio Paletta, dennes hustru Raffaela og deres to børn,

Carmela og Alberto, der alle er italienske statsborgere, er ansat som arbejdstagere hos sagsøgte i hovedsagen, selskabet Brennet AG (herefter benævnt »Brennet«), i Forbundsrepublikken Tyskland.

Fra den 17. juli til den 12. august 1989 holdt sagsøgerne sammen efter tilladelse fra Brennet ferie i Italien.

Under opholdet i Italien meldte de sig syge — således som det ifølge Brennet også var sket i de forudgående år — nærmere bestemt i forskellige perioder, nemlig hhv. fra den 7. august til den 22. september (Vittorio Paletta), fra den 27. juli til den 20. november (dennes hustru Raffaela), fra den 31. juli til den 22. september (deres søn Alberto) og fra den 2. august (deres datter Carmela).

I overensstemmelse med kravene i henhold til LFZG gav sagsøgerne uopholdeligt Betriebskrankenkasse (virksomhedssygekassen) samt deres arbejdsgiver meddelelse om uarbejdsdygtigheden, ligesom de til Betriebskrankenkasse fremsendte nogle erklæringer om uarbejdsdygtighed (»Attestati di Malattia«) udstedt af Unità sanitaria locale, Regione Calabria (herefter benævnt »USL«). Sagsøgerne støttede sig endvidere på nogle erklæringer fra deres italienske behandlende læger og fra USL's rådgivende læge.

Brennet afslog imidlertid i overensstemmelse med § 1 i LFZG at udbetale sagsøgerne løn i de første seks sygdomsuger. Ifølge Brennet måtte der således bestå alvorlig tvivl om, hvorvidt de pågældende arbejdstagere som hævdet var uarbejdsdygtige, idet de efter det oplyste blev ramt af sygdom samtidig under deres ferie, hvilket allerede var sket flere gange tidligere. Arbejdsgiveren kunne under disse omstændigheder ikke være bundet af erklæringer udstedt i udlandet.

Sagsøgerne anlagde herefter sag ved Arbeitsgericht Lörrach med påstand om, at Brennet tilpligtes at udbetale dem løn for de første seks uger, hvori de var uarbejdsdygtige.

På grundlag af Bundesarbeitsgericht's praksis er den forelæggende retsinstans af den opfattelse, at der efter omstændighederne i sagen kan foreligge en omvendt bevisbyrde med hensyn til spørgsmålet om uarbejdsdygtighed, således at det påhviler sagsøgerne fuldt ud at godtgøre, at de har været uarbejdsdygtige.

En part kan dog ikke påberåbe sig denne nationale bevisbyrdeordning, for så vidt forpligtelsen til fortsat at udbetale løn efter LFZG er udtryk for en ydelse, som henhører under en af de i forordning nr. 1408/71 omfattede sociale sikringsgrene. I sådanne tilfælde fremgår den relevante ordning af artikel 18, sammenholdt med artikel 24, i gennemførelsesforordningen, forordning nr. 574/72. Der må herefter, således som Domstolen allerede har fastslået, tillægges erklæringen fra lægen i det land, hvor arbejdstageren opholder sig, en afgørende bevisværdi, og er arbejdsgiveren i tvivl om grundlaget for lægeerklæringen, er hans eneste mulighed at anmode en af ham selv udpeget læge om at rejse til det land, hvori arbejdstageren opholder sig, for at undersøge denne (dom af 12.3.1987, sag 22/86, Rindone, Sml. s. 1339).

Efter Arbeitsgericht Lörrach's opfattelse kan den omstændighed, at de i sagen omhandlede former for ydelser udbetales af arbejdsgiveren selv og ikke af en social forsikringsinstitution, ikke være til hinder for, at artikel 18 i forordning nr. 574/72 finder anvendelse.

Den forelæggende retsinstans har endvidere bemærket, at der herudover må tages hensyn til princippet om forbud mod forskelsbehandling i EØF-traktatens artikel 48, stk. 2, når der er tale om at vurdere spørgsmålet om retsstillingen for en EF-borger, der rammes af sygdom i en anden medlemsstat end den, hvori den pågældende er beskæftiget.

Arbeitsgericht Lörrach har herefter ved kendelse af 31. januar 1990 udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Gælder de principper vedrørende fortolkningen af artikel 18, stk. 1 og 5, i Rådets forordning (EØF) nr. 574/72, der fremgår af Domstolens dom — Tredje Afdeling — af 12. marts 1987 i sag 22/86, helt eller delvis også, når den 'institution', som det påhviler at udbetale kontantydelser ved sygdom, er arbejdsgiveren og ikke en social sikringsinstitution, således som det er tilfældet i henhold til § 1 ff. i den i Forbundsrepublikken Tyskland gældende Lohnfortzahlungsgesetz af 27. juli 1969 (*Bundesgesetzblatt* I, s. 946, som senest ændret ved lov af 20. december 1988 — *Bundesgesetzblatt* I, s. 2477)?

Følgende ønskes særligt afklaret:

2) Er 'den kompetente institution', som det i henhold til lovgivningen i Forbundsrepublikken Tyskland, jf. § 1 ff. i Lohnfortzahlungsgesetz, påhviler at udbetale ydelser i form af løn under sygdom til arbejdstagere, ved sin afgørelse om et krav på sådanne kontantydelser i henseende til faktum og den retlige kvalificering bundet af en erklæring fra den sociale sikringsinstitution på arbejdstagerens bopælssted, hvorefter den pågældende har været uarbejdsdygtig i en vis periode?

3) Skal spørgsmål 1 — for så vidt det besvares bekræftende — også besvares bekræftende, såfremt arbejdsgiveren, der i henhold til § 1 er den, som skal udbetale ydelser i form af løn under sygdom, ingen faktisk og retlig mulighed har for at efterprøve erklæringen om en indtrådt uarbejdsdygtighed, bortset fra muligheden for at anmode vedkommende sygekasse — der i sådanne tilfælde ikke i første række er den, der er forpligtet til at udbetale ydelserne — om at lade arbejdstageren undersøge af en af arbejdsgiveren selv udpeget (rådgivende) læge, jf. artikel 18, stk. 5, i forordning (EØF) nr. 574/72?«

3. *Retsforhandlinger for Domstolen*

Forelæggelseskendelsen blev registreret på Domstolens Justitskontor den 21. februar 1990.

I medfør af artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for Domstolen har følgende indgivet skriftlige indlæg: den tyske regering ved Ernst Röder og Joachim Karl, som befuldmægtigede, den nederlandske regering ved secretaris-generaal B. R. Bot, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Karen Banks og Bernd Langeheine, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse.

I medfør af procesreglementets artikel 95, stk. 1 og 2, har Domstolen ved beslutning af 27. februar 1991 henvist sagen til Femte Afdeling.

Efter det offentlige retsmøde den 30. april 1991 samt generaladvokatens forslag til afgørelse den 4. juni 1991 har Femte Afdeling fundet at burde bringe bestemmelsen i procesreglementets artikel 95, stk. 4, i anvendelse.

Ved beslutning af 9. juli 1991 har Domstolen (Femte Afdeling) henvist sagen til Domstolens plenum.

Ved kendelse af 24. september 1991 har Domstolen efter at have hørt generaladvokaten besluttet at genåbne den mundtlige forhandling.

II — Skriftlige indlæg for Domstolen

Det første og det andet spørgsmål

1. *Den tyske regering* har i første række gjort gældende, at det første spørgsmål kun bør besvares bekræftende, såfremt en fortsat udbetaling af løn fra arbejdsgiveren må anses som udtryk for en »kontantydelse« i den i artikel 18 i forordning nr. 574/72 forudsatte betydning.

Denne bestemmelse finder kun anvendelse på »kontantydelser i medfør af ... artikel 19, stk. 1, litra b) [i forordning nr. 1408/71]«, hvilken bestemmelse er indeholdt i kapitlet vedrørende ydelser i anledning af »sygdom og moderskab«. Sidstnævnte former for ydelser er omfattet af det materielle anvendelsesområde for forordning nr. 1408/71, jf. herved dennes artikel 4, stk. 1, litra a). I henhold til artikel 4, stk. 2, finder forordningen anvendelse på almindelige og særlige sociale sikringsordninger med eller uden bidragspligt samt på ordninger, der pålægger arbejdsgiveren eller rederen forpligtelser med hensyn til de i stk. 1 omhandlede ydelser.

Det gælder herved, at der er betydelige forskelle mellem hhv. sygedagpenge og løn, som det påhviler arbejdsgiveren fortsat at udbetale under sygdom.

— For det første beror arbejdsgiverens forpligtelse til fortsat at udbetale løn på de i LFZG fastsatte vilkår på, at der fortsat

består en kontraktmæssig forpligtelse til at udbetale lønnen, hvorimod sygedagpenge i henhold til Sozialgesetzbuch (lov om social sikring) kan andrage et mindre beløb end arbejdstagerens løn.

— Endvidere gælder det, at mens sygedagpenge er ydelser, der finansieres gennem de af arbejdstagerne og arbejdsgiverne indbetalte bidrag, afholdes de udgifter, der er nødvendige for at opretholde lønudbetalingen, udelukkende af arbejdsgiveren. Udbetalingen af ydelserne er ligeledes underlagt forskellige vilkår. Ydelser i anledning af sygdom i form af sygedagpenge kan således kun udbetales i en begrænset periode for så vidt angår den samme sygdom, mens retten til fortsat at oppebære løn i anledning af én og samme sygdom kan genindtræde flere gange.

— Endelig giver de ydelser i anledning af sygdom, der udbetales af de pågældende sygeforsikringsorganer, ikke anledning til indbetaling af bidrag til sygeforsikringsordningen, i modsætning til den form for ydelse, som udbetales af arbejdsgiveren som led i dennes forpligtelse til fortsat at udbetale løn under sygdom.

Hvad angår besvarelsen af det andet spørgsmål har den tyske regering gjort gældende, at Domstolen i dommen af 12. marts 1987 (sag 22/86, Rindone, jf. ovenfor) fastslog, at »den kompetente institution, såfremt den ikke udnytter ret i henhold til artikel 18, stk. 5 [i forordning nr. 574/72] til at lade den sikrede undersøge af en af den selv udpeget læge, såvel i henseende til faktum som til den retlige kvalificering er bundet af en erklæring fra bopælsstedets institution, hvorefter den sikrede har været uarbejdsdygtig i en vis periode«, hvorved den kompetente institution imidlertid var en sygekasse og ikke arbejdsgiveren.

Denne løsning kan derfor ikke overføres på et tilfælde, hvor der er spørgsmål om, at arbejdsgiveren fortsat skal udbetale løn, idet forpligtelsen til fortsat at udbetale løn under sygdom som nævnt ikke kan sammenlignes med forpligtelsen til at udbetale en ydelse, som udredes af en sygekasse.

2. *Den nederlandske regering* har ligeledes gjort gældende, at det først må undersøges, hvorvidt kravet på fortsat at oppebære løn under sygdom som det i sagen omhandlede må anses som udtryk for en social sikringsydelse efter artikel 4 i forordning nr. 1408/71.

Denne bestemmelse omfatter imidlertid ikke rettigheder af arbejdsretlig karakter, som består i forholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager.

Den nederlandske regering gør herved gældende, at selv om artikel 4, stk. 2, omfatter arbejdsgiverforpligtelser, er rettigheder af arbejdsretlig karakter, som arbejdstageren besidder i kraft af sin status som arbejdstager, ikke omfattet af forordningens anvendelsesområde. Hertil kommer, at den pågældende økonomiske byrde i en situation som den foreliggende udelukkende påhviler arbejdsgiveren, der ikke kan kræve godtgørelse fra noget organ, der har til opgave at gennemføre loven.

Den nederlandske regering gør endvidere gældende, at definitionen af begrebet »ydelser« i forordningens artikel 1, litra t), intet indeholder til støtte for, at en opretholdelse af løn under sygdom skulle være omfattet af begrebet. Tilsvarende savner det grundlag af bestemmelserne i forordningens afsnit III, kapitel 1, der omhandler ydelser i anledning af sygdom og moderskab, at udlede, at et krav af arbejdsretlig karakter om opretholdelse af løn skulle være omfattet heraf.

Den omstændighed, at forordningens artikel 1, litra o), nr. iv), indeholder bestemmelse om, at er der tale om en ordning om arbejdsgiverens forpligtelser vedrørende de i artikel 4, stk. 1, nævnte ydelser, sigtes der med »den kompetente institution« til enten arbejdsgiveren eller det forsikringsorgan, der træder i dennes sted, ændrer intet herved, idet der i denne sammenhæng kun er spørgsmål om ydelser, som i sidste instans skal betales af et nærmere angivet organ.

Den nederlandske regering gør herefter gældende, at såfremt arbejdsgiverens eneste mulighed efter den ved artikel 18 i forordning nr. 574/72 indførte ordning skulle være at lade en af arbejdsgiveren selv udpeget læge rejse til den stat, hvori arbejdstageren holder ferie, med henblik på at undersøge denne, ville det savne grundlag at lade denne ordning omfatte de fordele, som arbejdsgiveren i sidste instans økonomisk hæfter for, som følge af de praktiske problemer og omkostninger, der er forbundet med en sådan kontrol i udlandet. Arbejdsgiveren ville i så fald i realiteten altid være forpligtet til fortsat at udbetale løn i de første seks uarbejdsdygtighedsuger, også selv om der består alvorlig tvivl med hensyn til rigtigheden af de lægeerklæringer, som arbejdsgiveren modtager.

Den nederlandske regering gør på dette grundlag gældende, at artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 kun omfatter arbejdsgiverforpligtelser, der har tilknytning til særlige ydelser, som er et led i en social sikringsordning, og som udbetales af arbejdsgiveren, således at de med disse forpligtelser forbundne udgifter godtgøres arbejdsgiveren af en social sikringsordning eller et socialt sikringsorgan. Er der, som her, tale om forpligtelser for arbejdsgiveren af en anden art, kan forordning nr. 1408/71 ikke antages at finde anvendelse, hvorfor det ikke er et relevant spørgsmål, om artikel 18 i gennemførelsesforordningen, forordning nr. 574/72, måtte finde anvendelse.

Den nederlandske regering har herefter gjort gældende, at de to første spørgsmål bør besvares således:

»1) Arbejdsgiverens forpligtelse i henhold til § 1 i Lohnfortzahlungsgesetz til fortsat at udbetale arbejdstageren løn under sygdom er ikke udtryk for en social sikringsydelse efter artikel 4, stk. 1, i forordning (EØF) nr. 1408/71.

2) Artikel 18 i forordning (EØF) nr. 574/72 samt de principper, som Domstolen har fastlagt i sin dom af 12. marts 1987 i sag 22/86, finder derfor ikke i en situation som den foreliggende anvendelse på en forpligtelse for arbejdsgiveren til fortsat at udbetale løn til en arbejdstager under sygdom.«

3. *Kommissionen* har gjort gældende, at de principper vedrørende fortolkningen af artikel 18 i forordning nr. 574/72, som blev fastlagt af Domstolen i dommen i Rindone-sagen, jf. ovenfor, kun er relevante, såfremt de i hovedsagen omtvistede ydelser må anses for omfattet af det materielle anvendelsesområde for forordning nr. 1408/71.

Efter tysk ret anses de i LFZG omhandlede ydelser ikke som sociale sikringsydelser, for det første fordi en sådan kvalificering ikke fremgår af selve loven, for det andet fordi tvister om fortsat lønudbetaling i henhold til § 44 i femte afdeling af *Sozialgesetzbuch* (SGB V af 20.12.1988, BGBl. I, s. 2482) udtrykkeligt skal afgøres efter de arbejdsretlige bestemmelser, og endelig fordi sådanne tvister ikke skal indbringes for socialretlige retsinstanser, men for arbejdsretlige. Endvidere fremgår det af affattelsen af § 1, første punktum, i LFZG, at arbejdsgiverens forpligtelse herved består i, at denne i en begrænset periode skal udbetale arbejdstageren den pengeydelse, som arbejdsgiveren er forpligtet til at udbetale i henhold til arbejdskontrakten, som herefter udgør det retlige grundlag for udbetalingen.

Det kan herved være relevant at foretage en sammenligning med reglerne om fortsat lønudbetaling til arbejdstagere i § 616 i *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), der var gældende i en lang periode forud for ikrafttrædelsen af LFZG i 1969. Det vil kunne udledes af denne bestemmelse, at en løn, der fortsat udbetales, ikke er en selvstændig økonomisk ydelse af en anden beskaffenhed. Den omstændighed, at lovgivningsmagten skønnede det mere hensigtsmæssigt at regulere arbejdstageres forhold i en ny lov frem for i et tillæg til BGB, vil herefter ikke ændre den retlige beskaffenhed af en opretholdelse af lønnen, som da har karakter af ydelser på grundlag af arbejdskontrakten.

At retten til fortsat lønudbetaling har karakter af en ret til løn, vil ligeledes kunne udledes af § 2 i LFZG. I henhold til denne bestemmelse har arbejdstageren ret til det fulde vederlag, bortset fra ydelser bestemt til godtgørelse for faktisk afholdte udgifter.

Det fremgår endvidere af Bundesarbeitsgericht's praksis, at retten til forsat at oppebære løn »blot [er] udtryk for, at retten til lønnen bevares, idet den retlige beskaffenhed af denne rettighed i enhver henseende er [den samme]« (BAG — Bundesabeitsgericht — dom af 26.10.1971, NJW — *Neue Juristische Wochenschrift* — 1972, s. 702 f.). I overensstemmelse hermed er løn udbetalt i henhold til LFZG underlagt beskatningspligt, ligesom denne form for løn er omfattet af bestemmelserne om sociale sikringsbidrag.

Ydelser under sygdom i henhold til LFZG vil herefter kunne anses som løn. Dette er i overensstemmelse med Domstolens dom af 13. juli 1989 (sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743), hvori det udtrykkeligt blev fastslået, at fortsat udbetaling af løn under sygdom i henhold til LFZG er omfattet af begrebet løn, jf. EØF-traktatens artikel 119 (præmis 7 og 10).

Den nærmere form, hvorunder lovgivningsmagten har valgt at regulere spørgsmålet, kan dog ikke være afgørende for, hvorvidt en ydelse er omfattet af det materielle anvendelsesområde for forordning nr. 1408/71, idet det er kendetegnene ved og navnlig ydelsens formål og de betingelser, der skal være opfyldt for, at der foreligger et krav på den, som er afgørende (dom af 22.6.1972, sag 1/72, Frilli, Sml. s. 109, org. ref.: Rec. s. 457, og af 6.7.1978, sag 9/78, Gillard, Sml. s. 1661).

Når henses til målsætningerne med den pågældende ordning, har ydelser i henhold til LFZG i praksis karakter af sygedagpenge efter en social sikringsordning.

— Dette fremgår for det første af den tyske ordning vedrørende langvarig sygdom, hvorefter der generelt ydes en beskyttelse i økonomisk henseende i tilfælde af sygdom. I henhold hertil stilles retten til sygedagpenge som ovenfor nævnt i bero i den første uarbejdsdygtighedsperiode på seks uger, i hvilken der udbetales ydelser i henhold til LFZG (§ 49, stk. 1, i SGB V), og i de efterfølgende 72 uger kan der udbetales sygedagpenge som omhandlet svarende til 80% af lønnen (§ 47 i SGB V).

— Der består endvidere en sammenhæng med hensyn til finansieringen af de to former for ydelser. Den ved LFZG indførte ordning indebar en betydelig stigning i arbejdsgivernes lønudgifter, men samtidig faldt disses udgifter til lovpligtig sygeforsikring. Da arbejdsgiverbidragene fastsættes under hensyntagen til udgifternes omfang, havde faldet i omkostningerne til sygedagpenge som omhandlet ligeledes en direkte indvirkning på bidragene. En betydelig økonomisk lettelse for sygekasserne indtraf endvidere som følge af, at der herefter ligeledes skulle betales bidrag til den lovpligtige sygeforsikringsordning af den under sygdom udbetalte løn.

— Endelig indeholder LFZG bestemmelser, hvorefter ordningen i henhold til denne lov nærmer sig det, der gælder sociale sikringsordninger. Ifølge § 10 i LFZG har en arbejdsgiver, der ikke permanent beskæftiger mere end tyve arbejdstagere, ret til fra sygeforsikringsordningen at få godtgjort 80% af den under sygdom udbetalte løn, hvilket svarer til de sygedagpenge, som sygekassen normalt skal udbetale. I henhold til § 14 tilvejebringes de i denne forbindelse fornødne midler ved hjælp af bidrag fra de af § 10 omfattede arbejdsgivere. § 19 i LFZG indeholder bestemmelse om, at virksomheder, som beskæftiger mere end tyve arbejdstagere, inden for en bestemt branche kan indføre en frivillig kompensationsordning ved at oprette organer til varetagelse af denne funktion. Sker dette, får ordningen

med løn under sygdom for de pågældende arbejdsgivere karakter af en forsikringsordning, som udelukkende finansieres af dem. Endelig finder de for den lovbestemte sygeforsikringsordning gældende bestemmelser i henhold til § 17 i LFZG tilsvarende anvendelse, for så vidt ikke andet er fastsat i LFZG.

Kommissionen har herefter gjort gældende, at ydelser i henhold til LFZG kan anskues på to måder. På den ene side er der formelt tale om en del af vederlaget for arbejdstagerens arbejde. På den anden side har de pågældende ydelser i praksis den funktion, at de yder en beskyttelse mod de økonomiske følger af sygdommen. Uden ordningen i henhold til LFZG ville arbejdsgiveren ikke være forpligtet til fortsat at udbetale løn under sygdom, og arbejdstageren ville fra den første sygedag være henvist til den lovbestemte sygeforsikringsordning. Forpligtelsen til fortsat at udbetale løn under sygdom har dermed en snæver sammenhæng med en af de i artikel 4 i forordning nr. 1408/71 udtrykkeligt nævnte risici, nemlig sygdom, hvilket begrunder den antagelse, at ydelserne er omfattet af det materielle anvendelsesområde for forordningen (jf. dom af 27.3.1985, sag 294/83, Hoeckx, Sml. s. 973, og sag 122/84, Scrivner, Sml. s. 1027).

Ganske vist antog Domstolen i dommen i sagen Rinner-Kühn, jf. ovenfor, at løn, der fortsat udbetales under sygdom, var omfattet af begrebet løn i EØF-traktatens artikel 119, men dette kan, når henses til, at forpligtelsen kan anskues på to måder, ikke være til hinder for at anse denne som udtryk for en ydelse, der påhviler arbejdsgiveren med det formål at beskytte arbejdstageren i tilfælde af sygdom.

Det må endvidere følge af artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 — som omtaler »ordninger, der pålægger arbejdsgiveren ... forpligtelser med hensyn til de i stk. 1 omhandlede ydelser« (her ydelser i anledning af sygdom) — at spørgsmålet om, hvorvidt en arbejdstager kan støtte ret på forordningen, ikke kan bero på, hvilken retlig form de sociale beskyttelsesordninger har.

Heller ikke forordningens artikel 1, litra t), der tager udgangspunkt i en meget vid definition af begrebet ydelser, kan være til hinder for, at ydelser i henhold til LFZG anses for omfattet af forordningens anvendelsesområde.

Hertil kommer, at arbejdsgiveren i henhold til forordningens artikel 1, litra o), nr. iv), udtrykkeligt kan være en »kompetent institution« efter forordningen, »såfremt det drejer sig om en ordning om arbejdsgiverens forpligtelser vedrørende de i artikel 4, stk. 1, nævnte ydelser«. Konkret må der herefter være tale om et tilfælde omfattet af forordningens artikel 22, stk. 1, litra a), nr. ii), første punktum (ophold i en anden medlemsstat end den kompetente stat), hvorved bestemmelserne i artikel 18 i forordning nr. 574/72 i henhold til denne forordnings artikel 24, første punktum, finder tilsvarende anvendelse.

Det må herefter antages, at de principper, der fremgår af dommen i Rindone-sagen, jf. ovenfor — hvorefter den kompetente institution, såfremt den ikke gør brug af sin ret til at lade den pågældende undersøge af en af den selv udpeget læge, såvel i henseende til

faktum som til den retlige kvalificering er bundet af en erklæring fra bopælsstedets institution om, at vedkommende har været uarbejdsdygtig i en vis periode — ligeledes finder anvendelse for så vidt angår arbejdstagerens krav over for arbejdsgiveren på fortsat udbetaling af løn i tilfælde af uarbejdsdygtighed i henhold til LFZG.

Kommissionen har herefter gjort gældende, at de to første præjudicielle spørgsmål bør besvares således:

»Artikel 18, stk. 1-4, i forordning nr. 574/72 skal fortolkes således, at gør den kompetente institution ikke brug af sin ret efter stk. 5 til at lade den pågældende undersøge af en af den selv udpeget læge, er den såvel i henseende til faktum som til den retlige kvalificering bundet af en erklæring fra bopælsstedets institution om, at vedkommende har været uarbejdsdygtig i en vis periode, hvilket også gælder, såfremt det er arbejdsgiveren, der er den kompetente institution for så vidt angår ydelser i anledning af sygdom.«

Det tredje spørgsmål

1. *Den tyske regering* har gjort gældende, at dette spørgsmål bør besvares benægtende.

Ifølge dommen i Rindone-sagen, jf. ovenfor, består forpligtelsen til at anerkende, at arbejdstageren er uarbejdsdygtig, kun, for så vidt den kompetente institution ikke har gjort brug af sin ret til at lade arbejdstageren undersøge på ny af en af den selv udpeget læge med henblik på spørgsmålet om, hvorvidt vedkommende er uarbejdsdygtig. Dette forudsætter imidlertid, at arbejdsgiveren i tilstrækkelig god tid er blevet informeret om uarbejdsdygtigheden, og at arbejdsgiveren har haft mulighed for at lade arbejdstageren undersøge af en af arbejdsgiveren udpeget læge. Fremgangsmåden efter artikel 18 i forordning nr. 574/72 er af følgende tre grunde utilstrækkelig i et tilfælde som det foreliggende:

— For det første gælder det efter artikel 18, stk. 3, andet punktum, at den rådgivende læges erklæring af bopælsstedets institution skal fremsendes til den kompetente institution inden tre dage efter kontrolundersøgelsen. Dette betyder, at arbejdsgiveren først med en vis forsinkelse bliver gjort bekendt med den angivelige uarbejdsdygtighed, i givet fald på et tidspunkt, hvor arbejdsgiveren som følge af, at arbejdstageren i mellemtiden er blevet rask, ikke længere kan gøre brug af sin ret i henhold til artikel 18, stk. 5.

— Endvidere er det præjudicielle spørgsmål baseret på den forudsætning, at arbejdsgiveren ikke havde nogen faktisk eller retlig mulighed for på ny at lade spørgsmålet om uarbejdsdygtigheden undersøge, hvilket er forkert, idet arbejdsgiveren i henhold til artikel 18, stk. 5, i forordning nr. 574/72 har en sådan ret. Forholdet er imidlertid det, at denne ret ofte er uden praktisk betydning, idet arbejdsgiveren i modsætning til sygekasserne ikke er klar over, hvilken social sikringsinstitution i arbejdstagerens oprindelsesland der bør rettes henvendelse til, hvortil kommer, at arbejdsgiveren ikke råder over noget retligt middel til at kræve, at denne institution foretager sig noget. Følgelig må der gælde strenge betingelser med hensyn til

den bevisværdi, der kan tillægges erklæringer om uarbejdsdygtighed. Herved tilvejebringes den med artikel 18 tilsigtede balance med hensyn til på den ene side erklæringens bevisværdi og på den anden side arbejdsgiverens ret til nærmere at lade spørgsmålet efterprøve.

— Endelig gælder det i et tilfælde som det foreliggende, hvor der består usikkerhed med hensyn til rigtigheden af erklæringen om uarbejdsdygtighed, at denne erklærings bevisværdi også må kunne drages i tvivl, uanset om erklæringen er udstedt i Forbundsrepublikken Tyskland eller i en anden medlemsstat, og uanset om den pågældende er tysk statsborger eller statsborger i en anden medlemsstat. Herved sikres en overholdelse af ligebehandlingsprincippet i EØF-traktatens artikel 48, stk. 2.

2. *Den nederlandske regering* har gjort gældende, at selv om det i en sag som den foreliggende er national lovgivning og retspraksis, der finder anvendelse, må dette ikke gå ud over arbejdstagernes helbredstilstand. Den omstændighed, at en arbejdstager er ude af stand til at rejse tilbage til beskæftigelsesstaten for dér at lade sig underkaste en helbredsundersøgelse, må i givet fald kunne dokumenteres ved en erklæring udstedt af en læge på det sted, hvor arbejdstageren opholder sig. Herved tilgodeses såvel hensynet til arbejdstageren som hensynet til arbejdsgiveren, der vil kunne forlange en kontrol foretaget af læger med kendskab til de gældende bestemmelser i beskæftigelsesstaten.

Den nederlandske regering har herefter foreslået følgende besvarelse:

»En arbejdsgiver, der er forpligtet til fortsat at udbetale en arbejdstager løn under sygdom, er under omstændigheder som de i denne sag foreliggende ikke bundet af de faktiske og retlige vurderinger, der er indeholdt i en erklæring udstedt af en udenlandsk læge, når andet gælder i henhold til nationale bevisbyrderegler vedrørende tvister om fortsat udbetaling af løn.«

3. *Kommissionen* har gjort gældende, at bestemmelserne i artikel 18 i forordning nr. 574/72 åbenbart ikke tager fuld højde for de tilfælde, hvor det er arbejdsgiveren, der er den kompetente institution. Selv om arbejdsgiveren som kompetent institution principielt må tillægges de samme rettigheder efter ordningen i henhold til forordning nr. 1408/71 og nr. 574/72 som dem, der normalt tilkommer den kompetente institution med hensyn til ydelser i anledning af sygdom, dvs. den kompetente sygekasse, kan de vanskeligheder, der kan opstå som følge af forskellene mellem en arbejdsgiver og en sygekasse, begrunde tilpasninger af den gældende ordning.

Der foreligger herved to former for vanskeligheder. For det første har arbejdsgiveren ikke de samme forbindelser til bopælsstedets institution som den kompetente institution, således som det er tilfældet med sygekasser (hvilket ligeledes skaber vanskeligheder for anvendelsen af bestemmelserne i artikel 84 i forordning nr. 1408/71 om samarbejde mellem de kompetente myndigheder og institutioner). For det andet er arbejdsgiveren ikke i besiddelse af den samme ekspertise og de samme midler som en national sygeforsikringsinstitution for så vidt angår muligheden for i medfør af artikel 18, stk. 5, i forordning nr. 574/72 at lade arbejdstageren undersøge

af en af den kompetente institution udpeget læge.

Det savner herefter grundlag i alle tilfælde at forudsætte en kontrol som omhandlet i artikel 18, stk. 5, i forordning nr. 574/72 foretaget af en af den kompetente institution udpeget læge som den eneste mulighed for at drage bevisværdien af en af bopælsstedets institution udstedt erklæring om uarbejdsdygtighed i tvivl. Arbejdsgiveren må herudover i særlige tilfælde kunne pege på ganske usædvanlige omstændigheder, som ud fra almindelige fornuftsbetragtninger med tilstrækkelig sandsynlighed dokumenterer, at der består alvorlig og begrundet tvivl med hensyn til, om arbejdstageren virkelig er uarbejdsdygtig.

Kommissionen har herefter gjort gældende, at det tredje præjudicielle spørgsmål bør besvares således:

»Retsstillingen er kun en anden, for så vidt arbejdsgiveren kan pege på ganske usædvanlige omstændigheder, som ud fra almindelige fornuftsbetragtninger med tilstrækkelig sandsynlighed dokumenterer, at der består alvorlig og begrundet tvivl med hensyn til den af bopælsstedets institution konstaterede uarbejdsdygtighed.«

J. C. Moitinho de Almeida
Refererende dommer