# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MICHAEL B. ELMER

fremsat den 7. december 1995 *

## Indledning

1. I denne sag har Sozialgericht Stuttgart forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål om fortolkningen af artikel 74 i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (herefter benævnt »forordningen«) [1]. Den nævnte bestemmelse fastsætter, at:

»En arbejdsløs arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende, der modtager ydelser ved arbejdsløshed efter lovgivningen i en medlemsstat, har for de af sine familiemedlemmer, der er bosat på en anden medlemsstats område, ret til familieydelser efter lovgivningen i den førstnævnte stat, som om de pågældende var bosat på dennes område ...«

2. Spørgsmålet er stillet på baggrund af en konkret sag, hvor Alejandro Rincón Moreno, der er spansk statsborger og bosiddende i Tyskland, er indgået på en ophævelse af sin ansættelseskontrakt pr. 15. december 1992 mod, at arbejdsgiveren betalte ham en affindelsessum.

3. Efter tysk ret har en arbejdstager, der er forsikret mod arbejdsløshed, som udgangspunkt ret til arbejdsløshedsunderstøttelse fra arbejdsløshedsforsikringen i tilfælde af arbejdsløshed.Den tyske Arbeitsförderungsgesetz [2] (herefter benævnt »AFG«) indeholder imidlertid i § 117 en regel om, at udbetalingen af arbejdsløshedsunderstøttelse til en arbejdsløs, der i anledning af et arbejdsforholds ophør har modtaget f.eks. en affindelsessum fra sin arbejdsgiver, suspenderes i en periode. I AFG §§ 119 og 119a er der endvidere fastsat nærmere bestemmelser om suspension af udbetalingen af understøttelse i en karantæneperiode i tilfælde, hvor den arbejdsløse selv er skyld i arbejdsløsheden. I suspensionsperioderne består den arbejdsløse arbejdstagers principielle ret til understøttelse fra arbejdsløshedsforsikringen, men der udbetales rent faktisk ingen understøttelse. Suspensionsperioderne fratrækkes i den samlede periode, hvor en arbejdsløs arbejdstager har ret til arbejdsløshedsunderstøttelse.

* Originalsprog: dansk.

1 — Som ændret og ajourført ved Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2.6.1983 (EFT L 230, s. 6) og ved Rådets forordning (EØF) nr. 3427/89 af 30.10.1989 (EFT L 331, s. 1).

2 — BGBl. I, s. 582.

4. Arbejdsløse arbejdstagere er efter § 19, stk. 2, i Sozialgesetzbuch V [3] og AFG §§ 155 og 155a i karantæneperioden omfattet af en sygeforsikring. Efter det oplyste er en arbejdsløs arbejdstager i karantæneperioden endvidere omfattet af en ulykkesforsikring vedrørende visse bestemte ulykker [4].

5. Da Moreno som følge af arbejdsforholdets ophør den 15. december 1992 fik udbetalt den nævnte affindelsessum af sin arbejdsgiver, suspenderede den tyske Bundesanstalt für Arbeit Morenos arbejdsløshedsunderstøttelse for perioden mellem den 16. december 1992 og den 21. februar 1993. Bundesanstalt für Arbeit fastslog endvidere, at der var indtrådt en karantæneperiode mellem den 16. december 1992 og den 9. marts 1993. Moreno fik således først udbetalt arbejdsløshedsunderstøttelse fra den 10. marts 1993.

6. Bundesanstalt für Arbeit afslog endvidere ved afgørelse af 6. april 1993 at udbetale børnetilskud for januar og februar 1993 for Morenos børn, der var bosiddende i Spanien, med den begrundelse, at Moreno i disse to måneder ikke som krævet efter forordningens artikel 74 havde »modtaget ydelser ved arbejdsløshed efter lovgivningen i en medlemsstat«. Moreno klagede over denne afgørelse. Den 27. maj 1993 afviste Bundesanstalt für Arbeit Morenos klage.

7. Moreno har herefter den 14. juni 1993 indbragt sagen for domstolene. Sozialgericht Stuttgart har ved kendelse af 29. august 1994 forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 74 i forordning (EØF) nr. 1408/71 fortolkes således, at begrebet en 'arbejdsløs arbejdstager, der modtager ydelser ved arbejdsløshed efter lovgivningen i en medlemsstat', også omfatter en arbejdsløs, som er tilmeldt arbejdsformidlingen, når hans ret til arbejdsløshedsunderstøttelse er suspenderet i henhold til § 117 i Arbeitsförderungsgesetz (AFG) på grund af en affindelsessum, som han har fået udbetalt af sin arbejdsgiver som følge af arbejdsforholdets ophør, eller er suspenderet i henhold til AFG's § 119, fordi der er indtrådt en karantæneperiode ('Sperrzeit')?«

## Indlæggene for Domstolen

8. Moreno er af den opfattelse, at udbetaling af en affindelsessum må anses for at være en ydelse ved arbejdsløshed, da affindelsessummen har til formål at erstatte arbejdsløshedsunderstøttelse i suspensionsperioden. En

3 — Sozialgesetzbuch — Fünftes Buch, Gesetzliche Krankenversicherung.

4 — Jf. AFG § 165.

arbejdsløs arbejdstager modtager endvidere også ydelser ved arbejdsløshed i en karantæneperiode, idet han modtager arbejdsformidlingsydelser og professionel rådgivning fra arbejdsformidlingen, ligesom han er sygeforsikret.

9. Den spanske regering har gjort gældende, at det er tilstrækkeligt til at antage, at Moreno har »modtaget ydelser ved arbejdsløshed efter lovgivningen i en medlemsstat«, at der består et principielt krav på arbejdsløshedsunderstøttelse. For at undgå forskelsbehandling må en suspension af arbejdsløshedsunderstøttelsen i en periode i den forbindelse være uden betydning.

10. Den tyske regering har gjort gældende, at en arbejdsløs arbejdstager, der har modtaget en affindelsessum, må sidestilles med en person, der »modtager ydelser ved arbejdsløshed« i artikel 74's forstand. I en karantæneperiode modtager en arbejdsløs arbejdstager derimod hverken arbejdsløshedsunderstøttelse, ydelser fra arbejdsgiveren eller andre pengeydelser, hvorfor der, når der er indtrådt karantæne, ikke modtages »ydelser ved arbejdsløshed«.

11. Kommissionen har anført, at en ydelse ikke kan udelukkes fra anvendelsesområdet for forordningen, blot fordi den udbetales af arbejdsgiveren. En affindelsessum må anses for at være en »ydelse ved arbejdsløshed«, idet den ydes i anledning af arbejdsløshed og træder i stedet for arbejdsløshedsunderstøttelse. I en karantæneperiode er arbejdsløse arbejdstagere efter de tyske regler forsikret mod sygdom og ulykke, og ydelsen af sådanne forsikringer må anses for ydelser ved arbejdsløshed.

## Stillingtagen

12. Efter min opfattelse må det følge af formuleringen af forordningens artikel 74 »modtager ydelser ved arbejdsløshed«, at der skal være sket en materiel formueforskydning til fordel for en arbejdsløs. At man principielt er medlem af arbejdsløshedsordningen, kan ikke i sig selv være tilstrækkeligt til at opfylde denne betingelse, hvis der rent faktisk ikke modtages nogen ydelser og således ikke sker nogen materiel formueforskydning.

13. Moreno kan således kun antages at have krav på børnetilskud for sine børn, hvis han har modtaget andre ydelser efter tysk lovgivning end arbejdsløshedsunderstøttelse i de perioder, hvor arbejdsløshedsunderstøttelsen har været suspenderet.

14. En affindelsessum, som udbetales af en arbejdsgiver i forbindelse med ophævelsen af en arbejdskontrakt, kan tænkes at være udtryk for en række forskellige forhold. Den kan indeholde en påskønnelse af den ydede indsats, den kan have til formål at give den pågældende økonomisk grundlag for efteruddannelse o.l., og den kan også tænkes at skulle være »et plaster på såret« til den medarbejder, der således må fratræde. Under alle omstændigheder er der imidlertid tale om et pengebeløb, som ydes i anledning af arbejdsforholdets ophør, og hvis størrelse er resultatet af parternes forhandlinger. I overensstemmelse hermed er en affindelsessum i Tyskland underlagt særlige skatte- og socialretlige regler, således at der inden for visse grænser ikke skal betales skat af affindelsessummen, ligesom der ikke skal fratrækkes sociale bidrag heri.

15. AFG § 117, stk. 3, indeholder regler for, hvor stor en del af den udbetalte affindelsessum der skal tages hensyn til ved beregningen af den periode, hvor der sker suspension af arbejdsløshedsunderstøttelsen. Affindelsessummen må således efter de tyske regler anses for at bestå af to dele: en del, der kan tilskrives det tidligere arbejdsforhold, og en del, der dækker tiden efter arbejdsforholdets ophør. Baggrunden for reglerne om suspension af arbejdsløshedsunderstøttelse ved udbetaling af en affindelsessum synes at være, at det ikke er rimeligt at udbetale arbejdsløshedsunderstøttelse i en arbejdsløshedsperiode, hvor den pågældendes underhold er sikret på anden måde, nemlig gennem en del af affindelsessummen. Da affindelsessummen således i den periode, hvor udbetaling af arbejdsløshedsunderstøttelse suspenderes, må anses for en ydelse, der modtages ved arbejdsløshed, må der tages stilling til, om det har nogen betydning, at det er arbejdsgiveren, der udbetaler ydelsen.

16. Forordningens artikel 74 ses imidlertid ikke at indeholde noget krav om, at ydelsen skal udbetales af det offentlige, af en arbejdsløshedskasse eller lignende. En ydelses finansieringsmåde er efter Domstolens faste praksis uden betydning for, om den er en social sikringsydelse, der er omfattet af forordningen. Domstolen har således vedrørende ydelser fra en arbejdsgiver i anledning af sygdom i dom af 3. juni 1992 [5], fastslået, at

»... den omstændighed, at det påhviler arbejdsgiveren at bære udgifterne til ydelserne, ikke [er] til hinder for, at ydelserne er omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71. Det fremgår således af Domstolens praksis ..., at en ydelses finansieringsform er uden betydning for, om ydelsen må anses for en social sikringsydelse, der er omfattet af forordningen.«

17. Den egentlige afgrænsning af de ydelser, der er omfattet af artikel 74, beror på, om der er tale om »ydelser ... efter lovgivningen i

5 — Sag C-45/90, Paletta, Sml. I, s. 3423, præmis 18.

en medlemsstat«. En arbejdsgivers udbetaling af en affindelsessum kan ganske vist ikke i sig selv antages at ske efter lovgivningen i en medlemsstat. Men når denne udbetaling i en periode efter tysk lovgivning skal anses for at træde i stedet for udbetaling af arbejdsløshedsunderstøttelse, finder jeg det mest nærliggende at sidestille modtagelsen af en sådan affindelsessum med modtagelsen af en ydelse efter lovgivningen i en medlemsstat.

18. Spørgsmålet er herefter, hvilken betydning det har, at den arbejdsløse i karantæneperioden — efter udløbet af suspensionsperioden i anledning af affindelsessummen — er forsikret mod sygdom og ulykke. Både forordningens artikel 4, stk. 1, litra g), og artikel 74 anvender det generelle udtryk »ydelser ved arbejdsløshed«. Det præciseres ikke i disse bestemmelser, om dette udtryk alene omfatter pengeydelser, eller om det også kan omfatte andre ydelser i forbindelse med arbejdsløshed. Ingen af bestemmelserne ses at stille krav til arten af ydelserne ved arbejdsløshed eller at fastsætte mindstekrav til de modtagne ydelser. Som nævnt ovenfor må det antages at være afgørende, om der er sket en materiel formueforskydning. Der kan således ikke være noget til hinder for, at ydelser, der ikke består i udbetaling af penge, kan opfylde betingelsen i artikel 74, når blot der må antages at være sket en materiel formueforskydning til fordel for den arbejdsløse. Det forhold, at der efter tysk lovgivning ydes arbejdsløse forsikringsdækning mod sygdom og ulykker, indebærer dels en udgift for den arbejdsløshedskasse eller det offentlige, som betaler udgiften herved, dels en økonomisk fordel for den arbejdsløse, der ikke selv behøver at bruge penge hertil. Der sker således en materiel formueforskydning til fordel for den arbejdsløse, og der må således efter min opfattelse antages at foreligge modtagelse af en ydelse ved arbejdsløshed efter lovgivningen i en medlemsstat.

19. Det kan til støtte for resultatet også nævnes, at Domstolen i en sag [6] vedrørende fortolkningen af forordningens begreb »ydelser ved arbejdsløshed« i artikel 67, stk. 1, jf. artikel 4, stk. 1, litra g), har fastslået, at da ordlyden af disse bestemmelser ikke udelukker ydelser til fremme af faglig videreuddannelse af beskæftigede arbejdstagere,

»skal artikel 67, stk. 1, i Rådets forordning nr. 1408/71, jf. forordningens artikel 4, stk. 1, litra g), fortolkes ud fra det grundlæggende princip i traktatens artikel 51, hvorefter der skal træffes de gunstigste foranstaltninger for at sikre Fællesskabets arbejdstagere fri bevægelighed og beskæftigelse på de enkelte medlemsstaters område«.

20. Det er på denne baggrund min opfattelse, at forordningens artikel 74 skal fortol-

6 — Dom af 4.6.1987, sag 375/85, Campana, Sml. s. 2387.

kes således, at også ydelsen af syge- og ulykkesforsikringer er omfattet af udtrykket »ydelser ved arbejdsløshed«.

21. Jeg finder herefter ikke grundlag for i denne sag at tage stilling til, om ydelser fra arbejdsformidlingen i form af f.eks. rådgivning kan anses for at være »ydelser ved arbejdsløshed«.

22. Det forelagte spørgsmål må derfor efter min opfattelse besvares med, at artikel 74 i forordningen skal fortolkes således, at begrebet en »arbejdsløs arbejdstager, der modtager ydelser ved arbejdsløshed efter lovgivningen i en medlemsstat«, også omfatter en arbejdsløs, som er tilmeldt arbejdsformidlingen, når hans ret til arbejdsløshedsunderstøttelse efter regler som de tyske er suspenderet på grund af en affindelsessum, som han har fået udbetalt af sin arbejdsgiver som følge af arbejdsforholdets ophør, eller er suspenderet, fordi der er indtrådt en karantæneperiode, når han i karantæneperioden efter regler som de tyske er dækket af syge- og ulykkesforsikringer.

23. Moreno og den spanske regering har i øvrigt været inde på, at reglen i forordningens artikel 73, jf. artikel 1, vedrørende beskæftigede arbejdstageres familiemedlemmer også vil kunne anvendes i denne sag, idet syge- og ulykkesforsikringsdækningen skulle medføre, at en arbejdsløs arbejdstager i en karantæneperiode opfylder forordningens definition af en »arbejdstager«. Den tyske regering og Kommissionen har heroverfor anført, at disse forsikringer ikke kan medføre, at Moreno kan henføres under artikel 73. Kommissionen har tilføjet, at artikel 74 må udgøre en lex specialis i forhold til artikel 73. Kommissionen har endvidere sat spørgsmålstegn ved, om Moreno kan henføres under forordningens definition af begrebet »arbejdstager«, som benyttes i både artikel 73 og 74.

24. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at den nationale ret ikke har været i tvivl om, at Moreno skal henføres under den personkreds, der er omfattet af forordningen, ligesom den har lagt til grund, at Moreno må betragtes som en arbejdsløs arbejdstager, således at berettigelsen af hans krav må afgøres efter forordningens artikel 74. Retten ønsker på denne baggrund alene en fortolkning af udtrykket »modtager ydelser ved arbejdsløshed efter lovgivningen i en medlemsstat« i artikel 74.

Det følger af Domstolens praksis [7], at:

»Traktatens artikel 177, der er baseret på en klar funktionsdeling mellem de nationale

7 — Se f.eks. dom af 9.7.1969, sag 10/69, Portelange, Sml. s. 77, org. ref.: Rec. s. 309.

retter og Domstolen, tillader hverken denne at træffe afgørelse vedrørende de faktiske omstændigheder i det foreliggende tilfælde eller at tage stilling til motiverne for anmodningerne om fortolkning.

Spørgsmålet, om de fællesskabsretlige bestemmelser eller begreber, der ønskes fortolket, faktisk er anvendelige på det konkrete tilfælde, er unddraget Domstolen og henhører under den nationale rets kompetence.

Når en ret anmoder om fortolkning af en fællesskabsretlig bestemmelse eller af et dermed forbundet retsbegreb, må det antages, at den anser denne fortolkning for nødvendig for afgørelsen af den tvist, som den behandler.«

25. Jeg finder på denne baggrund ikke anledning til at tage stilling til, om Moreno kan anses for at være en arbejdstager i forordningens forstand, eller til, om forordningens artikel 73 vedrørende arbejdstagere i beskæftigelse ville kunne finde anvendelse på den foreliggende sag.

## Forslag til afgørelse

26. Jeg skal herefter foreslå Domstolen at besvare det forelagte spørgsmål således:

Artikel 74 i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, som affattet ved Rådets forordning (EØF) nr. 3427/89 af 30. oktober 1989, skal fortolkes således, at begrebet en »arbejdsløs arbejdstager, der modtager ydelser ved arbejdsløshed efter lovgivningen i en medlemsstat«, også omfatter en arbejdsløs, som er tilmeldt arbejdsformidlingen, når hans ret til arbejdsløshedsunderstøttelse efter regler som de tyske er suspenderet på grund af en affindelsessum, som han har fået udbetalt af sin arbejdsgiver som følge af arbejdsforholdets ophør, eller er suspenderet, fordi der er indtrådt en karantæneperiode, når han i karantæneperioden efter regler som de tyske er dækket af syge- og ulykkesforsikringer.