FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 15 maj 2008 [1]

I — Inledning

1. Ibland funderar människor ut kategorier som sedan bara lever vidare i tankevärlden. Om kategorierna däremot slår rot och förefaller få ett eget liv, finns det risk för att det uppstår diskussioner som inte leder någon vart. Denna risk är särskilt påtaglig när kategorierna har stor praktisk betydelse, vilket är fallet inom juridiken.

2. I föreliggande mål har Verwaltungsgerichtshof i Österrike ställt en fråga som det inte finns ett enda riktigt svar på. EG-domstolen måste därför söka finna den *riktigaste* lösningen, även om det inte är *den enda möjliga*. Det handlar om en social förmån som mot bakgrund av rådets förordning nr 1408/71 av den 14 juni 1971 [2] kan bedömas på två olika vis och det finns övertygande argument för dem båda. Dilemmat ligger emellertid inte i hur förmånen specifikt ska klassificeras utan i det syfte som gemenskapsrätten eftersträvar, vilket i sin tur är nära kopplat till skapandet av ett unionsmedborgarskap vars innehåll har utvecklats i domstolens rättspraxis.

3. Redan prins Hamlet, den moderna tidens förste existentialist, anade att skillnaden mellan att vara och att inte vara är ren fantasi. [3] Det krävs därför stor noggrannhet för att kunna utarbeta ett förslag som är rimligt och förenligt med gällande rätt.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen (EGT L 149, s. 2; svensk specialutgåva område 5, volym 1, s. 57).

3 — Tanken att det inte finns en absolut sanning utan bara en relativ härrör från sofisterna, som menade att det var omöjligt att uppfatta verkligheten med sinnena eftersom varje sinne tolkar världen på sitt eget sätt. Det var denna besvikelse över sanningen som gav upphov till prins Hamlets berömda monolog, där han hävdar att skillnaden mellan att vara och att inte vara ligger i vars och ens fantasi. (Rosenberg M., *The Masks of Hamlet*, Associated University Presses, London, 1992, sidorna 65–82).

II — Bakgrund till tvisten i målet vid den nationella domstolen

4. Jörn Petersen, en EU-medborgare av tysk nationalitet, var tidigare verksam som arbetstagare i Österrike, där han var bosatt. I april 2000 ansökte han hos den österrikiska pensionsförsäkringsmyndigheten (Pensionsversicherungsanstalt) om pension på grund av nedsatt arbetsförmåga. Ansökan avslogs och han överklagade beslutet till domstol. Medan domstolsförfarandet pågick beviljade arbetslöshetskassan (Arbeitsmarktservice) Jörn Petersen ett förskott på arbetslöshetsunderstöd enligt bestämmelserna i 23 § 1977 års lag om arbetslöshetsförsäkring (Arbeitslosenversicherungsgesetz, nedan kallad AIVG). Genom denna förmån tillförsäkras enligt den österrikiska lagstiftningen den som är arbetslös och som har ansökt om pension på grund av nedsatt arbetsförmåga en minimiinkomst under den tid som förfarandet pågår.

5. Efter det att han hade beviljats detta förskott meddelade Jörn Petersen de österrikiska myndigheterna att han tänkte flytta till Förbundsrepubliken Tyskland och han hoppades att förmånen då inte skulle hållas inne eller ändras. Den 28 oktober 2003 beslutade emellertid arbetslöshetskassan att dra in förmånen på grund av att han hade flyttat. Även detta beslut överklagade Jörn Petersen till domstol och därmed inleddes det mål som gett upphov till föreliggande tolkningsfrågor.

III — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

6. I målet vid den österrikiska domstolen har en arbetstagare som flyttat till en annan medlemsstat, närmare bestämt Tyskland, fått en social förmån indragen som han tidigare uppbar i Österrike, där han hade förvärvsarbetat. Denna begäran om förhandsavgörande rör således den fria rörligheten för personer, närmare bestämt den fria rörligheten för arbetstagare. Det kan vara lämpligt att börja med att peka på de relevanta bestämmelserna i EG-fördraget:

”Artikel 17

1. Ett unionsmedborgarskap införs härmed. Varje person som är medborgare i en medlemsstat skall vara unionsmedborgare. Unionsmedborgarskapet skall komplettera och inte ersätta det nationella medborgarskapet.

2. Unionsmedborgarna skall ha de rättigheter och skyldigheter som föreskrivs i detta fördrag.”

”*Artikel 18*

1. Varje unionsmedborgare skall ha rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i detta fördrag och i bestämmelserna om genomförande av fördraget.

…”

”*Artikel 39*

1. Fri rörlighet för arbetstagare skall säkerställas inom gemenskapen.

2. Denna rörlighet skall innebära att all diskriminering av arbetstagare från medlemsstaterna på grund av nationalitet skall avskaffas vad gäller anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor.

3. Den skall, med förbehåll för de begränsningar som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa, innefatta rätt att

a) anta faktiska erbjudanden om anställning,

b) förflytta sig fritt inom medlemsstaternas territorium för detta ändamål,

c) uppehålla sig i en medlemsstat i syfte att inneha anställning där i överensstämmelse med de lagar och andra författningar som gäller för anställning av medborgare i den staten,

d) stanna kvar inom en medlemsstats territorium efter att ha varit anställd där, på villkor som skall fastställas av kommissionen i tillämpningsföreskrifter.

…”

”*Artikel 42*

Rådet skall enligt förfarandet i artikel 251 besluta om sådana åtgärder inom den sociala trygghetens område som är nödvändiga för att genomföra fri rörlighet för arbetstagare och därvid särskilt införa ett system som tillförsäkrar migrerande arbetstagare och deras familjemedlemmar att

a) alla perioder som beaktas enligt lagstiftningen i de olika länderna läggs samman för förvärvande och bibehållande av rätten till förmåner och för beräkning av förmånernas storlek,

b) förmånerna betalas ut till personer bosatta inom medlemsstaternas territorier.

…”

7. De bestämmelser i sekundärrätten som avses i artikel 42 återfinns i första hand i förordning nr 1408/71,[4] och särskilt stor betydelse i föreliggande mål har artiklarna 4, 10 och 69:

”*Artikel 4*

1. Denna förordning gäller all lagstiftning om följande grenar av social trygghet:

…

b) förmåner vid invaliditet, även sådana som är avsedda att bevara eller förbättra förvärvsförmågan,

…

4 — Denna förordning har ersatts av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen (EUT L 166, s. 1).

e) förmåner vid olycksfall i arbetet och arbetssjukdomar,

…

g) förmåner vid arbetslöshet,

…"

"*Artikel 10*

Om något annat inte föreskrivs i denna förordning får kontantförmåner vid invaliditet, ålderdom eller till efterlevande, pensioner vid olycksfall i arbetet eller arbetssjukdomar samt förmåner vid dödsfall vilka förvärvats enligt en eller flera medlemsstaters lagstiftning inte minskas, ändras, innehållas, dras in eller konfiskeras med anledning av att mottagaren är bosatt inom en annan medlemsstat än den där institutionen med ansvar för betalningen finns.

…"

"*Artikel 69*

1. En anställd eller egenföretagare, som är helt arbetslös och uppfyller villkoren för rätt till förmåner enligt en medlemsstats lagstiftning och som beger sig till en eller flera andra medlemsstater för att söka arbete där, skall behålla rätten till sådana förmåner enligt följande villkor och med följande begränsningar:

a) Före avfärden skall han ha varit registrerad som arbetssökande och ha varit tillgänglig för den behöriga statens arbetsförmedling i åtminstone fyra veckor efter det att han blev arbetslös. De behöriga förmedlingarna eller institutionerna kan dock ge tillstånd till att han reser innan denna tid har gått ut.

b) Han skall registrera sig som arbetssökande hos arbetsförmedlingen i varje medlemsstat som han reser till och underkasta sig den kontroll som finns där. Detta villkor skall anses uppfyllt för perioden före registreringen, om personen har registrerat sig inom sju

dagar från den dag då han inte längre var tillgänglig för arbetsförmedlingen i den stat som han har lämnat. I undantagsfall kan denna period förlängas av de behöriga förmedlingarna eller institutionerna.

c) Rätten till förmåner skall bibehållas under en längsta tid av tre månader från och med den dag då personen upphörde att vara tillgänglig för arbetsförmedlingen i den stat som han har lämnat, under förutsättning att den totala förmånsperioden inte överstiger den förmånsperiod som han hade rätt till enligt denna stats lagstiftning. För säsongsarbetare skall denna tid dessutom begränsas till den tid som återstår till slutet av den säsong för vilken han har anställts.

…"

B — *De nationella bestämmelserna*

8. Den sociala förmån som detta mål handlar om regleras i AIVG, särskilt i 7, 16 och 23 §§.

"7 §

(1) Rätt till arbetslöshetsunderstöd har den som

1. står till arbetsmarknadens förfogande,

2. har intjänat rätt till sådan ersättning, och

3. inte redan har fått ut maximal ersättning.

(2) En person står till arbetsmarknadens förfogande om denne kan och får uppta en sysselsättning (tredje stycket), är arbetsförmögen (8 §), arbetsvillig (9 §) och arbetslös (12 §).

…

(4) Från kravet på arbetsförmåga ska man när det gäller arbetslösa bortse från de åtgärder som beviljats för rehabilitering inom yrket och som genomförts för att uppnå syftet med åtgärderna (300 § första och tredje styckena i den allmänna socialförsäkringslagen) vad gäller arbetslösa som har uppfyllt kravet på intjänandeperiod.

…"

"16 §

(1) Rätten till arbetslöshetsunderstöd ska hållas inne

…

g) under vistelse i utlandet, såvida inte tredje stycket eller bestämmelser som bygger på internationella överenskommelser ska tillämpas,

…

(3) Efter ansökan av den arbetslöse ska arbetslöshetsunderstödet inte hållas inne i upp till tre månader enligt första stycket g, om det föreligger omständigheter som man efter hörande av Regionalbeirat (den regionala rådgivande kommittén) anser måste beaktas. Omständigheter som skall beaktas är sådana som är av intresse för arbetslöshetens upphörande, särskilt om den arbetslöse reser till utlandet för att där bevisligen söka arbete, bevisligen ta kontakt med en arbetsgivare, delta i en utbildning eller om det föreligger omständigheter som följer av tvingande familjeskäl.

…"

"23 §

(1) Arbetslösa som i ett försäkringsfall har begärt att få

1. ersättning på grund av minskad arbets- eller förvärvsförmåga eller ersättning under en övergångstid från

den i lag fastställda pensions- eller olycksfallsförsäkringen, eller

2. ersättning från pensionsförsäkringen på grund av ålder enligt den allmänna socialförsäkringslagen, socialförsäkringslagen för egenföretagare eller jordbrukare eller de särskilda förmånerna enligt lagen om obekväm arbetstid,

kan beviljas arbetslöshetsunderstöd eller socialbidrag i förskott fram till dess att man fattat beslut om ansökan om denna förmån.

(2) För beviljande av arbetslöshetsunderstöd eller socialbidrag i förskott krävs det att

1. förutsättningarna, bortsett från arbetsförmåga, villighet och beredskap att ta ett arbete enligt 7 § tredje stycket punkt 1 i övrigt är uppfyllda,

2. man med tanke på de föreliggande omständigheterna kan räkna med att förmånen kommer att beviljas från socialförsäkringen, och att

3. det i det fall som avses i första stycket punkt 2 finns ett intyg från pensionsförsäkringsinstitutionen om att en skyldighet att utbetala förmånen sannolikt inte kan fastställas inom två månader efter den utsatta tidpunkten för rätt till pension.

...

(4) Förskottet ska utbetalas med ett belopp som motsvarar det förväntade arbetslöshetsunderstödet (socialbidraget) upp till den översta gränsen, som är en trettiondedel av den genomsnittliga storleken på förmånen inklusive barntillägg enligt första stycket punkterna 1 och 2. Om den regionala arbetsförmedlingen får ett skriftligt meddelande från socialförsäkringsinstansen om att ersättningen skall vara lägre, ska den förskotterade ersättningen minskas i motsvarande mån. Förskottet ska i det fall som avses i första stycket punkt 2 utbetalas retroaktivt från och med den dag då pensionen beviljas, om den som ansöker om pension inlämnat en ansökan inom två veckor efter det att intyg enligt andra stycket punkt 3 utfärdats.

(5) Om en regional arbetslöshetskassa har beviljat ett förskott enligt första stycket eller arbetslöshetsunderstöd respektive socialbidrag, så går den arbetslöses krav på ersättning enligt första stycket punkterna 1 eller 2 för samma period över till staten som finansiär av arbetsmarknadspolitiken, upp till den storlek som den regionala arbetslöshetskassan beviljat, med undantag för sjukförsäkringsbidrag, så snart den regionala arbetslöshetskassan hos den ansvariga socialförsäkringsmyndigheten har gjort övergången gällande (legalzession). Övergången av anspråket gäller endast storleken på de belopp som ska återbetalas och som är prioriterade.

(6) Sjukförsäkringsbidrag som beviljats från medlen från arbetslöshetsunderstödet för den i femte stycket angivna tidsperioden ska för den som enligt lagen är sjukförsäkrad ersättas av den lagligt reglerade sjukförsäkringen och detta enligt den i 73 § andra stycket ASVG fastställda procentsatsen för de belopp som pensionsförsäkringskassan enligt femte stycket ska återbetala.

(7) Om pension inte beviljas enligt första stycket, ska förskottet betraktas som arbetslöshetsunderstöd respektive socialbidrag vad avser ersättningstid och ersättningsbeloppets nivå, det vill säga framför allt inte leda till några eventuella skillnader när det gäller återbetalningen och någon avkortning av intjänandeperioden enligt 18 §.”

IV — Tolkningsfrågorna och förfarandet vid EG-domstolen

9. Mot denna bakgrund har den österrikiska Verwaltungsgerichtshof den 25 april 2007 ställt följande tolkningsfrågor till EG-domstolen:

”1. Rör det sig om en förmån vid arbetslöshet, i den mening som avses i artikel 4.1 g i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen, eller om en förmån vid invaliditet, i den mening som avses i artikel 4.1 b i samma förordning, när ett kontantbidrag från arbetslöshetsförsäkringen betalas ut till en arbetslös som ansöker om att få ett försäkringsfall på

grund av nedsatt eller obefintlig arbets- eller förvärvsförmåga erkänt enligt den i lag reglerade pensions- och olycksfallsförsäkringen i avvaktan på att ett beslut skall fattas rörande ansökan, när bidraget betalas ut i form av ett förskott på ersättningen mot senare avräkning, varvid villkoren angående arbetslöshet och intjänandeperiod måste vara uppfyllda men däremot inte de allmänna villkoren för arbetslöshetsunderstöd (arbetsförmåga, vilja och beredskap att ta ett arbete), och detta förskott endast ska beviljas om det kan antas att förmåner enligt reglerna om pensions- och olycksfallsförsäkringen kommer att utbetalas?

2. Om svaret på den första frågan är att det är fråga om en förmån vid arbetslöshet i den mening som avses i artikel 4.1 g i förordning nr 1408/71 ställs följande fråga:

Utgör bestämmelserna i artikel 39 EG hinder för en bestämmelse i nationell lagstiftning som innebär att ersättningen ska hållas inne, utom i fall av synnerliga omständigheter, i tre månader om den arbetslöse vistas i utlandet (en annan medlemsstat)? ”

10. Begäran om förhandsavgörande registrerades vid domstolens kansli den 9 maj 2007.

11. Jörn Petersen, den tyska regeringen, den österrikiska regeringen, den spanska regeringen, den italienska regeringen och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

12. Vid förhandlingen i målet den 3 april 2008 infann sig ombuden för Jörn Petersen, den österrikiska regeringen och kommissionen för att framföra muntliga yttranden.

V — Prövning av tolkningsfrågorna

A — *Inledande synpunkter: Unionsmedborgarskapet och kriterierna rörande gemenskapsrättens sammanhang enligt domstolens rättspraxis*

1. Medborgarskapsbestämmelserna och hur de tolkas i rättspraxis

13. De frågor som väckts handlar om fri rörlighet för arbetstagare. Som vanligt i sådana här sammanhang handlar tvisten emellertid om unionsmedborgare som använder sig av den fria rörligheten. Inför man på så sätt begreppet medborgarskap rör sig tvisten inte längre bara inom gränserna för artikel 39 EG. Då berörs även andra bestämmelser i fördraget, närmare bestämt artiklarna 17 EG och 18 EG, vilkas innehåll ännu inte har definierats fullständigt i domstolens rättspraxis.

14. De som medverkat i föreliggande mål har bekräftat betydelsen av det medborgarskap som stadgas i EG-fördraget. Såväl Jörn Petersen som kommissionen och den tyska och den spanska regeringen har hänvisat till artikel 18 EG som grund för sina ståndpunkter, men artiklarna 17 EG och 18 EG är bestämmelser av allmän karaktär som kan tillämpas förutsatt att det inte finns några särskilda bestämmelser. Det gör det emellertid i föreliggande mål, där en arbetstagare använder sig av den fria rörligheten och åberopar artikel 39 EG för att hävda sina rättigheter gentemot en medlemsstat.

15. Det har på senare tid skett en betydande utveckling när det gäller rättspraxis inom detta område. Sedan domen i målet Martínez Sala [5] har unionsmedborgarskapet fått en ordentlig skjuts framåt. Det är nu ett av de vanligaste ämnena som behandlas vid denna domstol, vilken efter införandet av den andra delen av EG-fördraget 1992 har kunnat tolka fördragsförfattarens vilja och ge medborgare som flyttar en starkare rättslig ställning än näringsidkare. [6] Sakta men säkert har gemenskapens skydd utsträckts till att omfatta grupper som tidigare föll utanför fördragens tillämpningsområde, som studenter [7], bidragssökande [8] och

5 — Dom av den 12 maj 1998 i mål C-85/96, Martínez Sala (REG 1998, s. I-2691).

6 — Det finns en intressant historisk analys av de förhandlingar som ledde fram till att unionsmedborgarskapet infördes i Fördraget om Europeiska unionen i O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer Law International, Haag, 1996, sidorna 23–30.

7 — Dom av den 15 mars 2005 i mål C-209/03, Bidar (REG 2005, s. I-2119), och av den 23 oktober 2007 i de förenade målen C-11/06 och C-12/06, Morgan och Bucher (REG 2007, s. I-9161).

8 — Dom av den 20 september 2001 i mål C-184/99, Grzelczyk (REG 2001, s. I-6193), och av den 26 oktober 2006 i mål C-192/05, Tas-Hagen och Tas (REG 2006, s. I-10451).

tredjelandsmedborgare som har anknytning till en unionsmedborgare [9]. Med andra ord har domstolen förvandlat paradigmet *homo œconomicus* till *homo civitatis*. [10]

16. Jag har haft tillfälle att yttra mig över skälen till detta djärva, och lyckosamma, steg för att stärka de enskilda medborgarnas ställning, samtidigt som diskussionen om inträdeshinder och diskriminering har hamnat i skymundan. [11] Som generaladvokaten Jacobs uttrycker det i målet Konstantinidis ”skall en gemenskapsmedborgare som beger sig till en annan medlemsstat som arbetstagare eller egenföretagare… ha rätt inte enbart att bedriva sin verksamhet eller utöva sitt yrke samt åtnjuta samma levnads- och arbetsförhållanden som medborgarna i värdstaten. Han skall dessutom kunna anta att han oavsett vart han beger sig inom Europeiska gemenskapen för att förtjäna sitt uppehälle kommer att behandlas på ett sätt som beaktar gemensamma grundläggande värderingar … Han skall med andra ord ha rätt att säga *civis europeus sum* och åberopa denna ställning för att invända mot varje kränkning av sina grundläggande rättigheter.” [12]

17. Även om detta förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs är inriktat på unionens grundläggande rättigheter, så har hans argumentation enligt min uppfattning godtagits av domstolen. [13] Mål som Carpenter, [14] Baumbast, [15] Bidar, [16] Tas-Hagen [17] och Morgan [18] präglas av ett försvar av individen, en omsorg om den rättsliga ställningen för personer som hävdar en rätt med stöd av fördragen som tidigare knappt kunde skönjas. Därmed får den fria rörligheten för personer en egen identitet, som mer vilar på konstitutionell än på laglig grund, och blir

9 — Dom av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, Carpenter (REG 2002, s. I-6279), och av den 17 september 2002 i mål C-413/99, Baumbast och R (REG 2002, s. I-7091).

10 — Redaktörerna för tidskriften *Common Market Law Review* granskar i nummer 1, vol. 45, 2008, sidorna 2 och 3 hur domarna har utvecklat sig på det här området och konstaterar att skillnaderna mellan ekonomiskt aktiva och inaktiva personer eller mellan rent inhemska förhållanden och gemenskapsförhållanden, liksom diskrimineringslogiken i artikel 12 EG har förlorat i betydelse. Gradvis har medborgarskapsbegreppet, som regleras i artiklarna 17 EG och 18 EG, växt fram som en ny motor för integrationen.

11 — Förslag till avgörande i de förenade målen C-65/95 och C-111/95, Shingara och Radiom, där domstolen meddelade dom den 17 juni 1997 (REG 1997, s. I-3343), punkt 34, och i mål C-386/02, Baldinger, där domstolen meddelade dom den 16 september 2004 (REG 2004, s. I-8411), punkt 25. Vidare punkterna 56–74 i mitt förslag till avgörande i mål C-138/02, Collins, där domstolen meddelade dom den 23 mars 2004 (REG 2004, s. I-2703)), samt punkterna 37–68 i mitt förslag till avgörande i de förenade målen Morgan och Bucher (ovan fotnot 7).

12 — Förslag till avgörande av den 9 december 1992 i mål C-168/91, Konstantinidis, där domstolen meddelade dom den 30 mars 1993 (REG 1993, s I-1191; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-97), punkt 46.

13 — Domstolen har inte anammat det specifika förslag som generaladvokaten formulerat men däremot den filosofi som förslaget bygger på, eftersom man har försökt att bygga vidare på alla de tankar som Jacobs framfört i generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande av den 12 september 2007 i mål C-380/05, Centro Europa 7, där domstolen meddelade dom den 31 januari 2008 (REG 2008, s. I-349), punkterna 16–22.

14 — Domen i målet Carpenter (ovan fotnot 9).

15 — Domen i målet Baumbast (ovan fotnot 9).

16 — Domen i målet Bidar (ovan fotnot 7).

17 — Domen i målet Tas-Hagen (ovan fotnot 8).

18 — Domen i målet Morgan (ovan fotnot 7).

till en frihet som påminner om de grundläggande rättigheternas dynamik. [19]

18. Med en sådan hållning i rättspraxis är det inte förvånande att domstolens avgöranden rörande arbetstagares rörlighet allt oftare bygger på artiklarna 17 EG och 18 EG. Vissa generaladvokater som använder sig av en mer ortodox metod menar att det bara är artikel 39 EG som kan tillämpas när problem som rör anställda ska lösas. Domstolen har emellertid fastslagit att det är möjligt att tillämpa bestämmelserna om medborgarskap och bestämmelserna om arbetstagares rörlighet samtidigt. Jag uppfattar att detta synsätt överensstämmer med rättspraxis inom det här området, men det resultat som uppnås är inte alltid så klart eller övertygande. Det inser man om man granskar vissa av de avgöranden som domstolen har meddelat på senare tid.

19. I målet kommissionen mot Tyskland [20] prövades ett bidrag till förvärv av privatbostad som beviljas personer som är obegränsat skattskyldiga för inkomst, förutsatt att bostaden är belägen i Tyskland. Domstolen fastställde att detta stred mot gemenskapsrätten, men klargjorde samtidigt att överträdelsen var dubbel såtillvida att den dels stred mot artiklarna 39 EG och 43 EG om de skattskyldiga bedrev ekonomisk verksamhet, dels innebar en överträdelse av artikel 17 EG om personen inte bedrev någon vinstdrivande verksamhet. [21] Generaladvokaten Bot fastslår bara i sitt förslag till avgörande i detta mål att det har skett en överträdelse av artiklarna 39 EG och 43 EG. Han menar att man inte nödvändigtvis behöver gå in på konsekvenserna av medborgarskapsbestämmelserna i ett fall som detta. [22] Domstolen delade inte denna uppfattning.

20. I domen i målet Silke Gaumain-Cerri [23] prövade domstolen ett krav på bosättning för att den som assisterar en vårdbehövande person ska erhålla en social förmån och bekräftade att förordning nr 1408/71, och därmed även sekundärrätten rörande social trygghet, är tillämplig. Eftersom domstolen hyste tvivel om hur de berörda personerna skulle betecknas, eftersom de tjänster som de tillhandahöll vårdbehövande personer inte överensstämde exakt med det gemenskapsrättsliga begreppet ”arbetstagare”, tvingades domstolen emellertid även beakta andra bestämmelser i detta mål. Innan domstolen gick in på den klassificering som skulle påverka avgörandet, fann den att bosättningsvillkoret var rättsstridigt ”utan att domstolen behöver fastställa … huruvida de berörda tredje männen skall betraktas

19 — Spaventa, E. har i ”Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effects”, i *Common Market Law Review*, 45, 2008, s. 40, beskrivit detta sätt att se på medborgarskapsfrågorna och menar att ”the national authorities must take into due consideration the personal situation of the claimant so that even when the rule in the abstract is compatible with Community law, its application to that particular claimant might be contrary to the requirements of proportionality or fundamental rights protection. … This qualitative change is of constitutional relevance both in relation to the Community's own system, and in relation to the domestic constitutional systems”.

20 — Dom av den 17 januari 2008 i mål C-152/05, kommissionen mot Tyskland (REG 2008, s. I-39).

21 — Domen i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 20), punkterna 29 och 30.

22 — Förslag till avgörande av den 28 juni 2007 i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 20).

23 — Dom av den 8 juli 2004 i de förenade målen C-502/01 och C-31/02, Gaumain-Cerri (REG 2004, s. I-6483).

som arbetstagare i den mening som avses i artikel 39 EG eller i förordning nr 1408/71. Det är nämligen uppenbart att de tredje män som berörs i målen vid de nationella domstolarna äger det unionsmedborgarskap som har införts genom artikel 17 EG.” [24]

21. Det spelar således ingen roll om de personer som tillhandahåller tjänster åt vårdbehövande är ”arbetstagare”, eftersom gemenskapsrättens skydd bygger på artikel 39 EG (och på sekundärrättens genomförandebestämmelser) eller på artikel 17 EG. Liksom i målet kommissionen mot Tyskland delade inte domstolen generaladvokatens uppfattning. Denne hade efter en noggrann genomgång av arbetsförhållandena för dem som utför tjänster åt vårdbehövande slagit fast att de är att betrakta som ”arbetstagare” enligt gemenskapsrätten. [25]

22. De ovannämnda domarna rörde personer som hade åberopat gemenskapsbestämmelser gentemot de stater som de var medborgare i, vilket motiverade en tillämpning av artikel 17 EG, där det endast föreskrivs att unionsmedborgarna ”skall ha de rättigheter och skyldigheter” som föreskrivs i EG-fördraget. Själva omfattningen framgår av artikel 18 EG, vilken föreskriver rätten att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier. Denna bestämmelse, som främst riktar sig till personer som hävdar rättigheter gentemot medlemsstater som de inte är medborgare i, har även successivt vävts in i artiklarna 39 EG, 43 EG och 49 EG.

23. I domen i målet Baumbast fastställde domstolen att en tysk medborgare som hade använt sig av den fria rörligheten i Förenade kungariket hade rätt att fortsätta att vara bosatt i denna stat enligt artikel 18 EG. [26] I målet Trojani fann domstolen att om en fransk medborgare som sporadiskt var bosatt i Belgien inte hade ställning som ekonomiskt subjekt (en fråga som EG-domstolen överlät på den nationella domstolen att avgöra), så kunde han alltid komma i åtnjutande av det skydd som artikel 18 EG ger. [27] I domen i målet Schwarz gick EG-domstolen vidare på denna linje och överlät på den nationella domstolen att tillämpa artikel 49 EG eller artikel 18 EG, även om EG-domstolen i båda fallen bekräftade att det förelåg en överträdelse. [28] Även om det krävs en viss begreppsmässig renodling för att skilja tillämpningsområdet för de artiklar som rör medborgarskapet från dem som rör den fria rörligheten, så innebär denna uppdelning

24 — Domen i målet Gaumain-Cerri (ovan fotnot 23), punkterna 32 och 33.

25 — Generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande av den 2 december 2003 i målet Gaumain-Cerri (ovan fotnot 23).

26 — Domen i målet Baumbast (ovan fotnot 9).

27 — Dom av den 7 september 2004 i mål C-456/02, Trojani (REG 2004, s. I-7573).

28 — Dom av den 11 september 2007 i mål C-76/05, Schwarz och Gootjes-Schwarz (REG 2007, s. I-6849).

inte några större skillnader i praktiken. EG-domstolen rör sig stadigt framåt för att uppnå en homogen nivå när det gäller skyddet av den fria rörligheten för personer och den använder medborgarskapsbestämmelserna som ett värdefullt redskap.

24. Det är här på sin plats att upprepa vissa tankegångar för att skapa en doktrinär grund som gör det möjligt att avgöra detta mål och som ger tydliga riktlinjer för framtiden. I ett mål om begäran om förhandsavgörande möter de särskilda omständigheterna i ett konkret fall kraven från en rättspraxis som etablerats för en gemenskap med femhundra miljoner invånare som kräver såväl individuella som universella svar. Jag föreslår därför domstolen att använda en metod när det gäller medborgarskapsbestämmelserna som kan lösa Jörn Petersens tvist och som kan tjäna som vägledning i många av de mål som kan förväntas komma upp i unionen under de närmaste åren.

2. Fria medborgares rörlighet i en rättsunion

25. Domstolen har åstadkommit en påtaglig förändring i synen på det medborgarskapsbegrepp som medlemsstaterna införde i fördragen 1992. Det finns två idéer som har drivit på denna utveckling och som tillhandahåller kriterier för att ge rättspraxis ett sammanhang och en pragmatisk styrka. Det handlar dels om de grundläggande rättigheternas intåg, dels om skapandet av en demokratisk identitet i den europeiska politiska gemenskapen.

26. Till att börja med gav unionsmedborgarskapsbegreppet, såsom det avspeglas i andra delen av EG-fördraget, ett mer symboliskt än reellt stöd för de bestämmelser som garanterar den fria rörligheten. Skapandet av medborgarinflytande i de lokala demokratiska processerna eller det diplomatiska och konsulära skyddet, gav en status som inskränkte sig till artiklarna 17–22 EG.[29] Domstolen fann emellertid att den fria rörligheten hade allvarliga begränsningar. Dessa begränsningar ledde ofta till uppenbara orättvisor för dem som gemenskapsrättens rättigheter riktar sig till. I välkända mål som Martínez Sala, Baumbast eller Carpenter ställdes domstolen inför ett svårt dilemma. Om den tillämpade bestämmelserna om fri rörlighet strikt skulle det leda till ett ohållbart resultat för dem som krävde rättvisa.

29 — Closa, C., "The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union", *Common Market Law Review nr* 29, 1992, sidorna 1140–1146.

Om den däremot utökade skyddet bortom den fria rörligheten riskerade den att sträcka ut fördragens tillämpningsområde till osäker mark. För att undvika båda dessa alternativ tillgrep domstolen medborgarskapsbegreppet i artiklarna 17 EG och 18 EG för att ge den fria rörligheten ett mer sofistikerat innehåll. [30]

27. Jag menar att denna nya argumentation ska uppfattas på följande vis: Medborgarskapsbegreppet, som innebär en *rättslig ställning för individen*, kräver att medlemsstaterna *ägnar särskild uppmärksamhet åt individens rättsliga situation.* Här spelar de grundläggande rättigheterna en viktig roll. Som en del av medborgarskapsbegreppet stärker de grundläggande rättigheterna individens rättsliga ställning och tillför en dimension som är avgörande för den materiella rättvisan i det enskilda fallet. När unionsmedborgarna använder dessa grundläggande rättigheter som frihetsprivilegier, ger det en ökad legitimitet åt deras krav. Även i vissa fall där det inte handlar om någon grundläggande rättighet men där resultatet är uppenbart oskäligt, sker en omfattande proportionalitetsprövning. [31] Denna betydelse gör att den fria rörligheten måste omtolkas när de berörda personerna åtnjuter den rättsliga ställning som stadgas i artiklarna 17 EG och 18 EG.

28. Därigenom blir *den fria rörligheten för personer* till en *rörlighet för fria medborgare*. Det är ett perspektivskifte som inte förefaller oväsentligt, eftersom fokus flyttas från rörligheten till individen.

29. Medan de grundläggande rättigheterna innebär att en individuell dimension förs in, medför det demokratiska inslaget att ökad

30 — Besselink, L., ”Dynamics of European and national citizenship: inclusive or exclusive?”, *European Constitutional Law Review*, nr 3, vol. I, 2007, sidorna 1 och 2; Castro Oliveira, Á., ”Workers and other persons: step-by-step from movement to citizenship — Case Law 1995–2001” *Common Market Law Review* nr 39, 2002; Dougan, M. & Spaventa, E., ”Educating Rudy and the (nin-) English patient: A double-bill on residency rights under Article 18 EC”, nr 28, *European Law Review*, 2003, sidorna 700–704; Martin, D. A Big Step Forward for Union Citizens, but a Step Backwards for Legal Coherence” *European Journal of Migration and Law* 2002, volym 4, sidorna 136–144; O’Leary, S., ”Putting flesh on the bones of European Union citizenship”, nr 24 *European Law Review*, 1999, sidorna 75–79; Shaw, J. & Fries, S., ”Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice”, nr 4 *European Public Law*, 1998, s. 533.

31 — I Spanventa, E., *a.a.*, sidorna 37 och 38 analyseras domstolens rättspraxis rörande medborgarskap under rent interna förhållanden och där konstateras att ”either one argues that the Court has gone too far in say Baumbast, Bidar, and also Carpenter, or there is a challenging argument to be made as to why crossing a border should make such a difference to claimants’ rights’. Mycket riktigt kan diskrimineringslogiken paradoxalt nog få orimliga konsekvenser. Det är just detta som domstolen har försökt att undvika i sin nyaste rättspraxis.

uppmärksamhet riktas mot villkoren för att tillhöra en politisk gemenskap. Samtidigt som den fria rörligheten har inskränkts till att undanröja hinder och förbjuda diskriminering, var det underförstått att den person som flyttar ursprungligen har tillhört en gemenskap, nämligen den stat där hon eller han är medborgare. Denna realitet innebär i sig att ansvaret för medborgarna faller på respektive stat, vilket medför att den solidariska politiken endast omfattar dem som tillför medel och deltar i uppbyggnaden av *polis*. [32]

30. Domstolen har övergivit detta statliga perspektiv och fört in en lyhördhet i gemenskapens regelverk som är bättre anpassad till unionsmedborgarskapets karaktär. [33] I rättspraxis kan man iaktta en minskad tonvikt på *ursprungsstaternas* ansvar och skyldigheter och en ökad betoning på *värdstaternas.* [34] En medlemsstat får således inte beröva en unionsmedborgare hennes eller hans rättigheter på grundval av att hon eller han inte formellt bor på den statens territorium, om hon eller han har sitt privatliv och är yrkesverksam inom den statens gränser. [35] Även om det innebär en belastning för statskassan

32 — En dimension som avspeglar sig med en egen profil i socialpolitiken, som en egenartad drivkraft för människors integrering. Hantrais, L. *Social policy in the European Union*, St. Martin's Press, New York, 1995, sidorna 34–42, och Majone, G., "The EC Between Social Policy and Social Regulation", *Journal of Common Market Studies* 31, nr 2, 1993. Ett särskilt omnämnande förtjänar den berömda Pintasilgorapporten, som lades fram 1996 av en visemannakommitté och bar titeln *För ett Europa med medborgerliga och sociala rättigheter*. Även där framhålls socialpolitikens betydelse som medel för integration.

33 — Det mest representativa exemplet på denna brytning med de statliga inslagen av demokratiska samband utgörs av domstolens dom av den 12 september 2006 i mål C-145/04, Spanien mot Förenade kungariket (REG 2006, s. I-7917), där det prövades huruvida en brittisk vallagstiftning som gör det möjligt för tredjelandsmedborgare med anknytning till Förenade kungariket att delta i valen till Europaparlamentet var laglig. Domstolen fastställde i vaga ordalag att denna åtgärd var laglig och menade att en persons anknytning till den stat där hon eller han är medborgare inte utesluter andra yttringar av demokratisk delaktighet i andra politiska gemenskaper. I punkt 78 i domen klargjorde domstolen tveklöst sin ståndpunkt att "… varje medlemsstat… är behörig att fastställa vem som har rösträtt och är valbar vid val till Europaparlamentet – varvid medlemsstaterna dock är skyldiga att iaktta gemenskapsrätten – och att artiklarna 189 EG, 190 EG, 17 EG och 19 EG inte utgör hinder för att medlemsstaterna tillerkänner vissa personer som har nära anknytning till dessa stater, utöver statens egna medborgare och unionsmedborgare som är bosatta inom dess territorium, sådan rösträtt och valbarhet". När det gäller läget på nationell nivå i denna fråga, där den demokratiska processen kan innefatta personer som inte bör få representation och tvärtom, se Presno Linera, M.A., *El derecho de voto,* Tecnos, Madrid, 2003, sidorna 155–172.

34 — Det kan vara på sin plats att påpeka att Förenta staternas högsta domstol har följt denna linje i sin rättspraxis sedan mycket lång tid tillbaka, särskilt efter det att det fjortonde tillägget antogs, vars innehåll som bekant bygger på domen i målet *Dred Scott mot Sandford* (60 U.S. [19 How.] 393 [1856]) och det påföljande inbördeskriget mellan 1861 och 1865, som dränkte den unga federationen i blod. Detta tillägg föreskriver att "alla människor som är födda eller naturaliserade i Förenta staterna och som lyder under dess domsrätt, är medborgare i Förenta staterna och i den delstat där de har hemvist. Ingen delstat får stifta eller upprätthålla en lag som inskränker de privilegier och de fri- och rättigheter som tillkommer Förenta staternas medborgare." Det är talande att denna högsta domstol än idag, nästan etthundrafemtio år efter det att tillägget antogs, fortsätter att bekämpa de delstatliga bestämmelser som uppställer bosättningsvillkor för dem som vill komma i åtnjutande av en rätt. I den nyligen meddelade domen i målet *Saenz mot Roe*, 526 U.S. 489 (1999) fastställde Högsta domstolen att en kalifornisk lag som föreskrev att den som inte hade bott i denna delstat i mer än tolv månader inte var berättigad till en viss social förmån stred mot författningen. Med två skiljaktiga röster fann Högsta domstolen att denna åtgärd var oförenlig med den fria rörligheten för alla medborgare i unionen. När det gäller detta, även om han skrev det före ovannämnda dom, se Warren, E., "Fourteenth Amendment: Retrospect and Prospect", i Schwartz, B. (ed.), *The Fourteenth Amendment*, New York University Press, New York, 1970, s. 216 och följande sidor.

35 — Domen i målet Grzelczyk (ovan fotnot 8).

så måste dessutom medlemsstaterna tillhandahålla samma tjänster för alla unionsmedborgare, oavsett i vilket land de är medborgare eller bosatta, om de kan visa att de bedriver en verksamhet som motsvarar den som bedrivs av dem som har en anknytning till den politiska gemenskapen i den staten.[36] Detta gäller särskilt om unionsmedborgaren kan styrka att hon eller han inte utgör någon ekonomisk belastning för värdstaten, oavsett vilken hennes eller hans inkomstkälla är och hur hon eller han har förvärvat sitt medborgarskap.[37]

31. Det är således begreppet *tillhörighet* i materiellt hänseende, vilket inte har något att göra med administrativa krav, som ligger till grund för att unionsmedborgaren omfattas av den politiska gemenskapen.[38] Genom att bryta banden med en enda stat för att knyta an till flera andra skapar man kopplingar inom ett större område. Därmed skapas begreppet *europeisk tillhörighet*, som fördragen försöker stärka. Detta har uttryckts bättre än någon annan av domaren Benjamín Cardozo i domen i målet *Baldwin mot G.A.F. Seelig*, där han hänvisade till Amerikas förenta staters författning och framhöll att ”den bygger på tanken att medborgarna i de olika staterna måste gå under eller simma vidare tillsammans och att välståndet och räddningen på lång sikt kräver att de håller samman och inte splittras”.[39]

32. Uppkomsten av de grundläggande rättigheterna, å ena sidan, och anknytningen till den stat som faktiskt integrerar medborgaren, å den andra, skänker således rättspraxis en konstitutionell innebörd. Därmed värnas den fria medborgarens ställning i unionens demokratiska miljö, vilket visar att det verkligen finns en rättsunion där regelverket, särskilt fördragen, garanterar individens frihet och den demokratiska jämlikheten.[40]

3. Fri rörlighet och medborgarskap: kriterier för att kunna förena dem

33. Efter denna genomgång rekommenderar jag domstolen att fortsätta att stärka medborgarskapet, samtidigt som de juridiska metoderna för att ge skydd skärps eftersom det ibland är inkorrekt att tillämpa fördragen. I den meningen finner jag det nödvändigt att precisera omfattningen av artiklarna 17 EG och 18 EG för att definiera unionsmedborgarens rättsliga ställning, särskilt när det handlar om fri rörlighet för personer, oavsett om de är arbetstagare eller arbetsgivare.

36 — Domen i målet Bidar (ovan fotnot 7).

37 — Dom av den 19 oktober 2004 i mål C-200/02, Zhu och Chen (REG 2004, s. I-9925).

38 — Detta utesluter, *e contrario*, tillhörighet för den som försöker utnyttja medborgarskapsbestämmelserna utan att styrka någon anknytning till den politiska gemenskapen, som i målet Collins (dom av den 23 mars 2004 i mål C-138/02, Collins (REG 2004, s. I-2703).

39 — Baldwin mot G.A.F. Seelig, Inc., 294 U.S. 522, 523 (1935).

40 — Jag har hämtat uttrycket *rättsunion* från Rideau, J., ”L'incertaine montée vers l'Union de droit”, *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, LGDJ, Paris, 2000, s. 1.

34. Domstolen har ingående beskrivit skillnaderna mellan fri rörlighet för arbetstagare (artikel 39 EG), etableringsfrihet (artikel 43 EG) och frihet att tillhandahålla tjänster (artikel 49 EG). Trots de framsteg som gjorts i rättspraxis är det tveksamt om dessa bestämmelser i fördraget kan åberopas om den berörda personen inte är arbetstagare i den mening som avses i själva fördraget eller om personen inte bedriver förvärvsverksamhet. Det är här som artiklarna 17 EG och 18 EG kommer in i bilden, som klausuler för att komplettera systemet som ger skydd åt de medborgare som flyttar och som inte omfattas av andra bestämmelser eller bara delvis gör det, på grund av att det saknas harmonisering inom detta område och på grund av de drag som utmärker målen som väcks i detta sammanhang.

35. Samtidigt anar man en viss övertydlighet i rättspraxis, som tenderar att analysera förutsättningarna genom att först skilja medborgarskapsblocket från frihetsblocket men sedan behandla dem på samma sätt. Det framgår av domarna i de ovannämnda målen Schwarz och kommissionen mot Tyskland, där en åtskillnad görs men där innehåll och resultat också sammanfaller. Om denna likhet är mer materiell än formell, så förefaller det mig opraktiskt att upprätthålla separata tillämpningsområden.

36. Jag rekommenderar således domstolen att avgöra detta mål genom att knyta det till den fria rörligheten för anställda och egenföretagare (artiklarna 39 EG, 43 EG och 49 EG) och ta hänsyn till de särskilda omständigheter som föreligger. Om det finns en koppling till de grundläggande rättigheterna eller till de demokratiska faktorerna att tillhöra den politiska gemenskapen, så borde den fria rörligheten tolkas *mot bakgrund av artiklarna 17 EG och 18 EG*, detta för att ge unionsmedborgarna maximalt skydd.

37. Om friheterna enligt artiklarna 39 EG, 43 EG och 49 EG däremot inte är tillämpliga i det här fallet, uppmanar jag domstolen att urskilja två skyddsnivåer i artiklarna 17 EG och 18 EG. När de frihets- och demokratiförutsättningar föreligger som jag tidigare pekat på, tillhandahålls den högsta skyddsnivån för individen. När dessa förutsättningar inte föreligger bör gemenskapslagstiftarens och de nationella myndigheternas möjlighet till skönsmässig bedömning utvidgas.

38. Därigenom kopplas den anda som genomsyrar rättspraxis till en mer renodlat teknisk metod. Samtidigt ges artiklarna 17 EG och 18 EG sin fulla innebörd, även när de gränsar till den traditionella fria rörligheten. Slutligen stärker domstolen unionsmedborgarnas ställning, vad gäller såväl deras rättigheter som deras integration.

39. Efter denna långa inledning ska nu den österrikiska Verwaltungsgerichtshofs tolkningsfrågor prövas.

VI — Den första frågan: Hur ett förskott på arbetslöshetsunderstöd för personer som har ansökt om ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga ska klassificeras

A — *Förslag*

40. Petersen har erhållit en social förmån som har inslag av såväl arbetslöshetsunderstöd som ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga. Det råder visserligen inga tvivel om att det rör sig om en förmån enligt förordning nr 1408/71, [41] men det måste avgöras vilken kategori den tillhör eftersom denna förordning innehåller olika bestämmelser om nationella åtgärder i form av innehållande eller ändring när den som uppbär förmånen flyttar. Medan det inte är tillåtet att innehålla eller ändra en ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga av detta skäl, [42] så är medlemsstaternas handlingsutrymme större när det är fråga om ett arbetslöshetsunderstöd. [43]

41. Mot bakgrund av det ovanstående resonemanget i detta förslag till avgörande menar jag att resultatet blir detsamma oavsett vilken klassificering man väljer. Väljer man att beteckna det som en ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga utgör förbudet i förordningen ett otvetydigt svar till Verwaltungsgerichtshof. Väljer man i stället att betrakta det som ett arbetslöshetsunderstöd uppfyller Jörn Petersen ett av de villkor som redovisas i punkterna 25–38 i detta förslag till avgörande och han kan därmed komma i åtnjutande av gemenskapens högsta skyddsnivå i enlighet med artiklarna 18 EG och 39 EG.

42. Även om följderna blir desamma är det lämpligt att diskutera klassificeringen eftersom tolkningsfrågorna i första hand handlar om detta.

41 — Samtliga villkor enligt denna förordning och enligt rättspraxis är uppfyllda, eftersom en förmån kan betraktas som en social trygghetsförmån ”om den för det första beviljas, utan att någon skönsmässig bedömning av personliga behov görs i enskilda fall, till mottagare på grundval av förhållanden som definieras i lag, och för det andra hänför sig till en av de situationer som uttryckligen räknas upp i artikel 4.1 i förordning nr 1408/71” (dom av den 27 mars 1985 i mål 249/83, Hoeckx (REG 1985, s. 973), punkterna 12–14, och av den 16 juli 1992 i mål C-78/91, Hughes (REG 1992, s. I-4839), punkt 15).

42 — Artikel 10 i förordning nr 1408/71.

43 — Artikel 69 i förordning nr 1408/71.

B — *Regeringarnas, kommissionens och Jörn Petersens argument*

43. Den tyska, den österrikiska och den italienska regeringen har liksom kommissionen i sina yttranden gjort gällande att förmånen i fråga är ett arbetslöshetsunderstöd som omfattas av artikel 4.1 g i förordning nr 1408/71. Samtliga hänvisar till domen i målet De Cuyper, [44] där syftet med och beräkningsgrunden för förmånen valdes som kriterier för en korrekt klassificering. [45]

44. Den tyska och den österrikiska regeringen menar att det omtvistade förskottet syftar till att ge skydd vid arbetslöshet, eftersom det är en förutsättning för att förskottet ska beviljas. De betonar vidare att den inneboende risken vid ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga beror på händelser som är okända fram till dess att myndigheten fattar beslut om sådan ersättning. Slutligen gör de gällande att förmånen fastställs utifrån bestämmelserna om arbetslöshetsunderstöd, med undantag av en korrigeringskoefficient för att undvika diskrepanser när ersättning för nedsatt arbetsförmåga erhålls.

45. Kommissionen delar i stort sett denna uppfattning, men framhåller samtidigt att om ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga betalas ut så måste den berörda myndigheten ersätta det organ som ansvarar för arbetslöshetsunderstödet för de belopp som har utbetalats under den tid som personen har uppburit förskott. När sådan ersättning inte beviljas betraktas de utbetalade beloppen som en sådan arbetslöshetsförmån som den som ansökt om förskottet ursprungligen var berättigad till (eftersom det krävdes att hon eller han var arbetslös).

46. Avslutningsvis pekar den tyska, den österrikiska och den italienska regeringen samt kommissionen på det faktum att sökanden inte är tvungen att söka arbete för att erhålla förskottet, eftersom det rör sig om en förmån till skydd för den som ansöker om ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga, men utan att veta om ansökan kommer att beviljas, och som dessutom är arbetslös. För att komma till rätta med detta har det i Österrike skapats ett *tertium genus* med alla arbetslöshetsunderstödets komponenter, men med ett logiskt undantag eftersom man knappast kan kräva att den som ansökt om ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga ska söka arbete.

44 — Dom av den 18 juli 2006 i mål C-406/04, De Cuyper (REG 2006, s. I-6947).

45 — Domen i målet De Cuyper (ovan fotnot 44), punkt 25: ”… förmåner, för att anses utgöra sociala trygghetsförmåner – oberoende av särdrag som är utmärkande i olika nationella lagstiftningar – skall anses vara av samma slag när deras föremål och syfte liksom deras beräkningsgrund och villkor för beviljande är desamma. Rent formella särdrag skall däremot inte anses vara väsentliga uppgifter för klassificering av förmåner.”

47. Jörn Petersen och den spanska regeringen håller dock inte med ovannämnda regeringar och kommissionen, utan menar att förmånen i fråga är en social förmån på grund av nedsatt arbetsförmåga enligt artikel 4.1 b i förordning nr 1408/71.

48. Konungariket Spanien hänvisar till en bokstavstolkning i domen i målet De Cuyper och gör gällande att eftersom det inte föreligger någon arbetsförmåga så är stödet tänkt att ge skydd vid en eventuell invaliditet hos Petersen. Syftet med arbetslöshetsunderstöd är att ”ge de berörda arbetstagarna möjlighet att tillgodose sina behov efter det att de har förlorat sin anställning, samtidigt som de fortfarande besitter förmåga att arbeta”. [46] Denna sistnämnda formulering, som innebär att den som ansöker om arbetslöshetsunderstöd måste stå till arbetsmarknadens förfogande, utesluter Jörn Petersen och innebär att hans förskott blir till en ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga.

49. Jörn Petersens ombud hänvisar inte till domen i målet De Cuyper, utan inriktar sin argumentation på att förskottet bör betecknas som en social trygghetsförmån och åberopar domarna i målen Jauch [47] och Offermanns. [48]

C — *Bedömning*

50. De framförda synpunkterna avspeglar det dilemma som domstolen står inför. Det finns argument för och emot båda alternativen. Det rör sig i princip om en förmån *sui generis* som är svår att hänföra till någon av gemenskapens kategorier och som syftar till att åtgärda bristerna för dem som tror sig ha rätt till vissa sociala förmåner.

51. Det finns emellertid starka skäl för att beteckna detta bidrag som ett arbetslöshetsunderstöd och inte som en ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga.

52. Det stämmer att den som ansöker om förskottet i fråga inte behöver besitta någon arbetsförmåga [49] eller stå till arbetsmarknadens förfogande. [50] Om ersättning för nedsatt arbetsförmåga beviljas får det ett slags retroaktiv verkan med avseende på förskottet, vilket innebär att den i grund och botten blir en förmån i den mening som avses i artikel 4.1 b i förordning nr 1408/71 och det organ som ansvarar för ersättningen ersätter

46 — Domen i målet De Cuyper (ovan fotnot 44), punkt 27.

47 — Dom av den 8 mars 2001 i mål C-215/99, Jauch (REG 2001, s. I-1901).

48 — Dom av den 15 mars 2001 i mål C-85/99, Offermanns (REG 2001, s. I-2261).

49 — 23 § andra stycket punkt 1 AIVG.

50 — En logisk följd av ovannämnda undantag.

den myndighet som handhar arbetslöshetsunderstödet för det utbetalade förskottet. [51] Slutligen gjordes i domen i målet De Cuyper en strikt definition av begreppet arbetslöshetsunderstöd där sökandens arbetsförmåga betonades. [52]

53. Mot bakgrund av detta skulle man kunna tänka sig att förskottet i fråga är en ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga, men det finns viktiga skäl som talar mot en sådan förhastad ståndpunkt.

54. Det första skälet handlar om förskottets *sui generis*-karaktär, eftersom det är avsett som en särskild förmån för att ge skydd under vissa speciella omständigheter. Vid förhandlingen uttryckte kommissionen det så att detta förskott befinner sig i ett slags juridisk ”limbo”. Det har inslag av båda kategorierna men det *saknar* också vissa drag som kännetecknar dem båda. Det innebär att förskottet varken helt och hållet kan betraktas som en ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga eller som ett arbetslöshetsunderstöd enligt gemenskapsrätten.

55. Till detta kommer att Petersen eller andra personer som erhåller detta förskott inte kan arbeta eller stå till arbetsmarknadens förfogande under arbetslöshetsperioden. Samtidigt som förskottet skiljer sig från arbetslöshetsunderstödet i de här avseendena (vilka utgör centrala villkor enligt 7 § första stycket punkt 1 AIVG), uppfyller det ett väsentligt villkor för att betraktas som en ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga, nämligen att det är en ekonomisk ersättning, vilken beräknas enligt bestämmelserna om arbetslöshetsunderstöd. [53]

56. Det andra skälet handlar om att ersättningen på grund av nedsatt arbetsförmåga ges retroaktiv verkan för att kompensera ekonomiskt för det utbetalade arbetslöshetsunderstödet. Förskottet omvandlas om ansökan om ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga beviljas, men om ansökan avslås så konsolideras förskottet som ett arbetslöshetsunderstöd i strikt mening, utan att någon ersättning utbetalas mellan berörda myndigheter. [54]

57. Vidare bör betydelsen av domen i målet De Cuyper nyanseras om man ska kunna förstå den på rätt sätt. I detta mål uppbar

51 — 23 § femte stycket AIVG.

52 — Domen i målet De Cuyper (ovan fotnot 44), punkt 27.

53 — 23 § fjärde stycket AIVG.

54 — 23 § femte och sjätte styckena AIVG.

en belgisk medborgare ett arbetslöshetsunderstöd som karaktäriserades av att han gavs dispens från kravet på att vara anmäld som arbetssökande och därmed från skyldigheten att stå till arbetsmarknadens förfogande. [55] Denna dispens, som innebar ett undantag från de lagstadgade villkoren för att beviljas arbetslöshetsunderstöd, hindrade inte domstolen från att beteckna förmånen som ett arbetslöshetsunderstöd. I punkt 27 i domen fastslog domstolen att dessa förmåner är riktade till dem som fortfarande är förmögna att arbeta, men den fann att en sådan förmån, trots att ett av villkoren inte var uppfyllt, var att betrakta som ett arbetslöshetsunderstöd. Detta skulle kunna tillämpas på föreliggande mål eftersom det österrikiska förskottet, trots att det inte uppfyller ett av de centrala villkoren för att rymmas inom definitionen av arbetslöshetsunderstöd, är behäftat med en rad egenskaper som gör att det liknar en sådan förmån.

58. För det första utbetalas förskottet för att det finns en arbetstagare som är arbetslös och som dessutom har ansökt om en ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga, vilket antyder att det handlar om någon som är särskilt utsatt. [56] Under sådana förhållanden tillhandahålls ett arbetslöshetsunderstöd som finansieras med medel från arbetslöshetsförsäkringen i enlighet med bestämmelserna för sådant understöd. För det andra upphör förskottet automatiskt om mottagaren tar ett arbete under den tid då ansökan om ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga prövas. Precis som en arbetslös förlorar rätten till arbetslöshetsunderstöd när hon eller han tar ett arbete, förlorar den som uppbär förskottet rätten till det. För det tredje beräknas förskottet enligt bestämmelserna för arbetslöshetsunderstöd, men med en korrigeringsfaktor för att undvika stora avräkningar om personen i fråga längre fram beviljas ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga. För det fjärde är det bara en hypotes att den som uppbär förskottet saknar arbetsförmåga. Det enda som är säkert är att personen är arbetslös och det förefaller därför lämpligt att utforma förskottet så.

59. Det främsta skälet till att argumenten för att betrakta förskottet som ett arbetslöshetsunderstöd väger tyngst är emellertid förskottets syfte. [57] Den österrikiska lagstiftningens bokstav och anda visar att detta stöd syftar till att ersätta arbetsinkomster under en begränsad tid, samtidigt som man inte

55 — Domen i målet De Cuyper (ovan fotnot 44), punkt 30.

56 — Enligt 23 § andra stycket punkt 3 AIVG krävs det för att förskott ska beviljas den som ansöker om ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga att det ”finns ett intyg från pensionsförsäkringsinstitutionen om att en skyldighet att utbetala förmånen sannolikt inte kan fastställas inom två månader efter den utsatta tidpunkten för rätt till pension”, vilket visar att förskottet beviljas för att kompensera för den eftersläpning som det utdragna administrativa förfarandet ger upphov till.

57 — Domen i målet De Cuyper (ovan fotnot 44), punkt 25.

säkert vet om personen kommer att kunna återgå i arbete eller inte. Således är tanken att sökanden ska förbli ekonomiskt aktiv på arbetsmarknaden, samtidigt som hon eller han, som den tyska regeringen har påpekat, ska få en uppmuntran.

60. Förskottet ger alltså skydd mot två olika risker, nämligen risken att ansökan om ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga avslås och risken att sökanden beslutar sig för att återinträda på arbetsmarknaden och att dra tillbaka sin tidigare ansökan.

61. Av allt detta kan man sluta sig till att det förskott som regleras i 23 § AIVG är en förmån vid arbetslöshet i den mening som avses i artikel 4.1 g i förordning nr 1408/71, även om denna klassificering inte är avgörande när det gäller den andra tolkningsfrågan, som utan tvivel är nyckeln till avgörandet av detta mål.

VII — Den andra tolkningsfrågan: Villkoret om bosättning för att erhålla förskottet

A — *Inledning*

62. Den andra frågan från Verwaltungsgerichtshof, som är en logisk följd av den första, handlar om det krav på bosättning som ställs på Jörn Petersen för att han ska vara berättigad till förskottet.

63. Om förskottet betecknas som arbetslöshetsunderstöd ställs enligt artikel 69 i förordning nr 1408/71 tre villkor för att en person ska få vara bosatt i en annan medlemsstat samtidigt som hon eller han uppbär sådant understöd, nämligen att hon eller han före avfärden har varit registrerad hos arbetsförmedlingen, att hon eller han senare registrerar sig i den stat som hon eller han reser till och att hon eller han börjar arbeta inom en viss period.

64. Det är uppenbart att Jörn Petersen inte uppfyller något av dessa villkor.

65. Till skillnad från kommissionen och klaganden är det detta som samtliga regeringar som har inkommit med yttrande i målet har tagit fasta på för att motivera innehållandet av det förskott som Jörn Petersen uppburit. Denna ståndpunkt innehåller emellertid en fälla som man måste ta sig ur.

B — *Regeringarnas, kommissionens och Jörn Petersens argument*

66. Den tyska, den österrikiska, den spanska och den italienska regeringen anför alla två motiv. Å ena sidan uppfyller inte Petersen något av villkoren i förordning nr 1408/71 för att få behålla sin sociala förmån då han flyttar. Å andra sidan är den ovannämnda domen i målet De Cuyper tillämplig.

67. Enligt de fyra regeringarna är det inte orimligt att ställa ett krav på bosättning på en arbetstagare som Jörn Petersen, eftersom artiklarna 69–71 i förordning nr 1408/71 tar upp flera olika fall då man får exportera förmåner, men Jörn Petersen stämmer inte in på något av dessa. Det råder således en viss samstämmighet om att förordning nr 1408/71 innehåller en fullständig uppräkning av de fall då en person har rätt att fortsätta uppbära stöd då hon eller han flyttar till en annan medlemsstat.

68. Dessutom ger domen i målet De Cuyper stöd för regeringarnas ståndpunkt, eftersom det där fastställs att ett bosättningsvillkor är förenligt med artikel 18 EG. Domstolen fann att i ett sådant fall som målet rörde så skulle arbetsförmedlingens kontroller bara vara effektiva om mottagaren av stödet, som måste stå till arbetsförmedlingens förfogande, var bosatt i den stat där ersättningen betalades ut.

69. Kommissionen anser emellertid att ett bosättningsvillkor strider mot artikel 39 EG, och till grund för detta hänvisar kommissionen också till domen i målet De Cuyper. Enligt kommissionen finns det en viktig skillnad mellan omständigheterna i det målet och de omständigheter som nu är föremål för prövning, nämligen den att medan Cuyper var tvungen att stå till arbetsförmedlingens förfogande innebär Jörn Petersens förskott en fullständig befrielse från denna skyldighet. Om bedrägeribekämpningen kommer i andra hand blir en åtgärd som den som nu är föremål för prövning orimlig. Även om förordning nr 1408/71 inte innehåller något sådant fall som det i föreliggande mål, så innebär det således inte att det faller utanför det skydd som fördragen ger. Tvärtom åtnjuter det gemenskapsrättens skydd och den förbjuder ett bosättningsvillkor som det som här aktualiserats.

70. Petersen menar att bosättningsvillkoret är rättsstridigt i två olika avseenden, då det åsidosätter dels den grundläggande rätten till egendom, dels likabehandlingsprincipen. Det orimliga ekonomiska bortfallet och den diskriminering som klaganden utsätts för i förhållande till de österrikare som inte flyttar till en annan medlemsstat skulle kunna innebära att det nationella beslutet inte är förenligt med gemenskapsrätten.

C — *Bedömning*

71. Varken Verwaltungsgerichtshof eller parterna har diskuterat Jörn Petersens ställning som ”arbetstagare”. Kommissionen har begränsat sig till att hävda att om han betraktas som anställd så ska artikel 39 EG tillämpas, i annat fall ska artikel 18 EG tillämpas.

72. Jag är böjd att tillerkänna klaganden en rättslig ställning som arbetstagare, eftersom den omtvistade rätten grundar sig på ett anställningsförhållande. Även om domen i målet De Cuyper är oklar på denna punkt, menar jag att domstolens rättspraxis har bekräftat att artikel 39 EG ska tillämpas när rättigheterna i fråga grundar sig direkt på ett anställningsförhållande.[58] I föreliggande mål är sambandet mellan förmånen och Petersens ställning som arbetstagare uppenbart, eftersom det handlar om ett förskott som är beroende av att två omständigheter föreligger samtidigt, nämligen arbetslöshet och nedsatt arbetsförmåga, vilka båda är förknippade med ett föregående anställningsförhållande.

73. Även om artikel 39 EG är av särskilt stor betydelse när det gäller att besvara tolkningsfrågan, så bör hänsyn även tas till artikel 18 EG. Som jag tidigare har nämnt utgör Jörn Petersen ett exempel på *fria medborgares rörlighet*, vilket i enlighet med punkterna 25–38 i detta förslag till avgörande ger klagandens individuella och kollektiva förhållanden en unik verkan.

1. Jörn Petersens individuella rättsliga ställning

74. Petersen är en arbetslös person som tidigare genom sin anställning har uppnått en intjänandeperiod som ger honom rätt till en ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga. När han var arbetslös ansökte han om ett förskott som skapats för att ge

58 — Domen i målet Martínez Sala (ovan fotnot 5), punkt 32, samt dom av den 27 november 1997 i mål C-57/96, Meints (REG 1997, s. I-6689), punkterna 16 och 17, och av den 6 november 2003 i mål C-413/01, Ninni-Orasche (REG 2003, s. I-13187), punkt 34.

skydd åt arbetslösa som samtidigt ansöker om ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga. Detta förskott beviljades förutsatt att villkoren för arbetslöshetsunderstöd var uppfyllda, med undantag för kravet att vara arbetssökande. De nationella bestämmelserna om social trygghet görs därmed mer *flexibla*, men de regeringar som har yttrat sig i detta mål vill att domstolen ska göra en *strikt* tolkning av gemenskapens bestämmelser om social trygghet, eftersom Jörn Petersen inte uppfyller villkoren i artiklarna 69–71 för att få exportera förmåner och att förskottet därför måste hållas inne när klaganden flyttar till en annan medlemsstat.

75. Därmed ställs Petersen inför ett tragiskt dilemma, för oavsett vad han gör så förlorar han. Om han uppfyller villkoren så får han inte förskottet. Om han uppfyller alla villkor utom det som han inte behöver uppfylla, så får han inte heller förskottet eftersom han har flyttat. Och om han inte får förskottet så löper han risk att inte beviljas ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga längre fram och att stängas ute från arbetsmarknaden. Det enda alternativ som återstår för honom är att ansöka om vanligt arbetslöshetsunderstöd, även om han med tanke på de svårigheter han har (han ansöker om ersättning på grund av nedsatt förmåga) kanske inte har de bästa förutsättningarna att få en anställning i en någorlunda konkurrensutsatt miljö.

76. Att Jörn Petersens specifika förhållanden inte återfinns bland de fall som räknas upp i förordning nr 1408/71 saknar relevans, eftersom denna förordning inte är avsedd att utesluta alla andra fall, utan syftar till att genomföra artikel 39 EG. Alla bestämmelser i sekundärrätten ska tolkas och tillämpas mot bakgrund av primärrätten, vilket innebär att det saknas saklig grund för ett bosättningsvillkor som det i föreliggande mål. Till detta ska läggas att ingen i detta mål, inte heller den österrikiska regeringen, har kunnat förklara varför myndigheterna inte har godtagit Jörn Petersens flyttning. [59]

77. Trots att unionsmedborgarskapet kräver att individens rättsliga förhållanden beaktas särskilt, är det uppenbart att det österrikiska beslutet, trots att det inte handlar om några grundläggande rättigheter, inte skulle klara en proportionalitetsprövning enligt gemenskapsrätten. [60] Enligt artikel 39 EG och artikel 18 EG är således en åtgärd som den överklagade, som innebär en särbehandling på grund av den plats på vilken en mottagare av en social förmån är bosatt, inte förenlig med gemenskapsrätten.

59 — Punkterna 12–14 i den österrikiska regeringens skriftliga yttrande innehåller bara en upprepning av innehållet i artikel 39 EG och artiklarna 10 och 67 i förordning nr 1408/71. Där redovisas inga bärande skäl för att inte låta Jörn Petersen behålla sitt förskott då han flyttar till en annan medlemsstat.

60 — Punkt 27 i detta förslag till avgörande.

2. Villkoren för tillhörighet till den politiska gemenskapen

78. Jörn Petersen är en tysk medborgare som till stor del har varit yrkesverksam i Österrike. Efter att under flera år ha varit lagligen bosatt i det landet återvände han till sitt hemland sedan han ansökt hos de österrikiska myndigheterna om en ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga och ett förskott. Det råder inga tvivel om att klaganden har en direkt anknytning till Österrike, det räcker att peka på att han har erlagt sina avgifter till den österrikiska arbetslöshetsförsäkringen och uppnått den lagstadgade intjänandeperioden. Jörn Petersens anknytning till Österrike är uppenbar, särskilt om man beaktar vilken typ av ersättning som han har nekats.

79. Om domstolen väljer att beteckna förskottet som en ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga innebär förordning nr 1408/71 att det är omöjligt att innehålla eller ändra en sådan social förmån på grund av bosättning. [61] Denna begränsning har sin logik eftersom den syftar till att gynna fri rörlighet för dem som lagt arbetslivet bakom sig och som beslutar sig för att bosätta sig i en annan medlemsstat, oavsett om det är på grund av klimat, familjeförhållanden eller av känslomässiga skäl.

80. Om domstolen däremot väljer att se det så att Jörn Petersen uppbär ett arbetslöshetsunderstöd, bör man inte glömma att förskottet beviljas i avvaktan på en ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga. Om en sådan ersättning inte beviljas omvandlas förskottet till ett arbetslöshetsunderstöd, förutsatt att personen i fråga uppfyller villkoren i artiklarna 69–71 i förordning nr 1408/71 om han flyttar. Ett av dessa villkor är emellertid att ”om det med hänsyn till omständigheterna i fallet kan antas att förmånen (på grund av nedsatt arbetsförmåga) kommer att utbetalas”. [62] Följaktligen får Jörn Petersen bo i Tyskland, utanför arbetsförmedlingens kontroll, under en viss tid, nämligen den tid det tar att pröva hans ansökan om ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga.

81. Under denna tid kan de österrikiska myndigheterna, som tidigare har uppmuntrat Petersen att ansöka om ett förskott varigenom det underförstått klargörs att ”det kan antas att förmånen kommer att beviljas” som han har ansökt om, bekosta den ersättning som föreliggande mål handlar om. Om klagandens ansökan om ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga avslås, återgår han till sin ursprungliga situation. Under tiden påverkar dock Jörn Petersens flyttning, som skedde medan ett förfarande pågick som sannolikt skulle leda fram till att han beviljades ett bidrag som han har rätt att uppbära oavsett i vilken medlemsstat han bosätter sig, inte på något sätt de österrikiska

61 — Artikel 10 i förordning nr 1408/71.

62 — Att Jörn Petersen först fick avslag på sin ansökan om förmånen anser jag inte är avgörande. Den österrikiska regeringens expert förklarade i samband med förhandlingen att 60 procent av alla ansökningar om ersättning på grund av nedsatt arbetsförmåga avslås, vilket visar att det råder en restriktiv inställning från myndigheternas sida när de bedömer om en person uppfyller villkoren för rätt till sådan ersättning. Jag menar därför att det faktum att Jörn Petersen fick avslag på sin första ansökan inte innebär *prima facie* att han inte kunde förväntas få förmånen beviljad.

myndigheternas möjlighet att agera eller deras finansiella integritet.

82. Den anknytning som Petersen har visat sig ha innebär att den österrikiska arbetsförmedlingens åtgärd är oproportionerlig. Tar man hänsyn till att Jörn Petersen tillhör den gemenskap som han faktiskt har haft anknytning till, måste artikel 39 EG tolkas mot bakgrund av artikel 18 EG. Med utgångspunkt i en hög skyddsnivå för unionsmedborgarna avslutar jag således mitt förslag med att konstatera att båda bestämmelserna har åsidosatts.

VIII — Förslag till avgörande

83. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som har ställts av Verwaltungsgerichtshof på följande sätt:

En kontantförmån från arbetslöshetsförsäkringen, som beviljas arbetslösa som har ansökt om en förmån på grund av nedsatt arbetsförmåga, utgör en förmån vid arbetslöshet i den mening som avses i artikel 4.1 g i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen.

Artiklarna 18 EG och 39 EG utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken rätten till en sådan förmån innehålls om den arbetslöse bosätter sig i en annan medlemsstat.