FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JÁN MAZÁK
föredraget den 29 november 2007 [1]

I — Inledning

1. Finanzgericht Köln (Tyskland) har genom beslut av den 10 augusti 2006, som inkom till domstolen den 25 augusti 2006, hänskjutit fyra frågor till domstolen för förhandsavgörande enligt artikel 234 EG. Dessa frågor gäller tolkningen av artikel 13.2 a 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, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 647/2005 av den 13 april 2005 [2] (nedan kallad förordning nr 1408/71) [3] och artikel 10 i rådets förordning (EEG) nr 574/72 av den 21 mars 1972 om tillämpningen av förordning (EEG) nr 1408/71, i dess lydelse enligt förordning (EG) nr 647/2005 (nedan kallad förordning nr 574/72). [4]

2. Frågorna har uppkommit i ett förfarande som inletts mot Bundesagentur für Arbeit (nedan kallad Bundesagentur) av Brigitte Bosmann, som är belgisk medborgare bosatt i Tyskland men anställd i Nederländerna, i vilket hon ifrågasätter beslutet att inte bevilja henne barnbidrag för hennes två underhållsberättigade barn. Som skäl för beslutet angavs att hennes rätt till barnbidrag uteslutande regleras i bestämmelserna i anställningsstaten, som i detta fall är Nederländerna.

3. Den nationella domstolen vill få klarlagt om bosättningsstatens lagstiftning, enligt vilken en anställd kan ha rätt till barnbidrag, kan tillämpas vad avser en anställd som på

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Förordning om ändring av rådets förordningar (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen och (EEG) nr 574/72 om tillämpningen av förordning (EEG) nr 1408/71 (EUT L 117 s. 1).

3 — EGT L 149 s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57.

4 — EGT L 74 s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 106.

grund av barnens ålder inte är berättigad till barnbidrag i anställningsstaten.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

1. Förordning nr 1408/71

4. Artikel 13 i förordning nr 1408/71 med rubriken ”Allmänna regler” föreskriver beträffande valet av tillämplig lagstiftning följande:

”1. Om något annat inte följer av artiklarna 14 c och 14 f skall personer för vilka denna förordning gäller omfattas av lagstiftningen i endast en medlemsstat. Denna lagstiftning skall bestämmas enligt bestämmelserna i denna avdelning.

2. Om något annat inte följer av artiklarna 14–17 gäller följande:

a) Den som är anställd för arbete inom en medlemsstats territorium skall omfattas av denna medlemsstats lagstiftning även om han är bosatt inom en annan medlemsstats territorium eller om det företag eller den person som han är anställd hos har sitt säte eller är bosatt inom en annan medlemsstats territorium.

…”

5. Artikel 73 i förordning nr 1408/71 med rubriken ”Anställda eller egenföretagare vars familjemedlemmar är bosatta i en annan medlemsstat än den behöriga medlemsstaten” har följande lydelse:

”En anställd eller egenföretagare, som omfattas av lagstiftningen i en medlemsstat, skall för sina familjemedlemmar som är bosatta i en annan medlemsstat ha rätt till de familjeförmåner som utges enligt lagstiftningen i den förra staten som om de vore bosatta i den staten, om något annat inte följer av bilaga VI.”

2. Förordning nr 574/72

6. I artikel 10.1 i förordning nr 574/72 fastställs tillämpliga regler vid samtidig rätt till familjeförmåner eller familjebidrag för anställda eller egenföretagare. Artikel 10.1 har följande lydelse:

”a) Rätten till familjeförmåner eller familjebidrag som utges enligt en medlemsstats lagstiftning, enligt vilken förvärv av rätten till sådana förmåner eller bidrag inte grundas på villkor om försäkring, anställning eller verksamhet som egenföretagare, skall innehållas om för samma period och för samma familjemedlem förmåner utges endast enligt nationell lagstiftning i en annan medlemsstat eller vid tillämpning av förordningens artiklar 73, 74, 77 eller 78 upp till ett belopp motsvarande dessa förmåner.

b) Om emellertid förvärvsverksamhet utövas inom den förstnämnda medlemsstatens territorium

i) av den person, som har rätt till familjeförmåner eller av den person till vilken sådana förmåner utbetalas, skall, vad avser förmåner till vilka rätt föreligger antingen direkt enligt en annan medlemsstats nationella lagstiftning eller enligt förordningens artikel 73 eller 74, rätten till familjeförmåner, som utges direkt enligt den nationella lagstiftningen i den andra medlemsstaten eller enligt dessa artiklar, innehållas upp till ett belopp, som motsvarar de familjeförmåner, som gäller enligt lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium familjemedlemmen är bosatt. Kostnaden för de förmåner som har utbetalats av den medlemsstat inom vars territorium familjemedlemmen är bosatt skall bäras av den medlemsstaten;

…”

B — *Den nationella lagstiftningen*

7. Rätten till tyskt barnbidrag regleras i 62 § och 63 § Einkommensteuergesetz (nedan kallad EStG). De relevanta bestämmelserna i denna lag har följande lydelse:

8. 62 § punkt 1 underpunkt 1:

”Rätt till bidrag för barn i den mening som avses i 63 § har den som är bosatt eller stadigvarande vistas i Tyskland.”

9. 63 § punkt 1 första meningen underpunkt 1:

”Som barn betraktas: barn i den mening som avses i 32 § 1.”

10. 32 § punkt 1 underpunkt 1:

”Som barn betraktas i första hand barn som är släkt med den skattskyldige.”

32 § punkt 4 första meningen underpunkt 2 a:

”Ett barn mellan 18 och 27 år inräknas om det undergår yrkesmässig utbildning eller utbildning för en anställning.”

III — Bakgrunden, förfarandet och tolkningsfrågorna

11. Brigitte Bosmann är belgisk medborgare, som under många år varit bosatt i Tyskland. Hon är ensamstående mor till två barn, Caroline och Thomas, som sammanbor med henne i Tyskland och som för närvarande studerar i Tyskland. Deras egen inkomst är inte högre än att rätt till barnbidrag föreligger i Tyskland.

12. Enligt begäran om förhandsavgörande är det ingen tvist i det nationella förfarandet om att Brigitte Bosmann i princip har rätt till barnbidrag i Tyskland enligt EStG och hon beviljades därför till en början barnbidrag för sina två barn.

13. När emellertid Brigitte Bosmann fick anställning i Nederländerna den 1 september 2005 drog Bundesagentur genom beslut av den 18 oktober 2005 in barnbidragen för barnen med verkan från oktober 2005.

14. Bundesagentur avslog den 10 november 2005 Brigitte Bosmanns begäran om omprövning av det beslutet med hänvisning till att den var grundlös och särskilt till att rätten till barnbidrag tagits bort genom artikel 10 i förordning nr 574/72 samt att hon i egenskap av arbetstagare endast omfattades av bestämmelserna i anställningsstaten, i detta fall Nederländerna. Bundesagentur ansåg att det saknade betydelse att den staten inte betalar ut bidrag för barn som är äldre än 18 år.

15. Brigitte Bosmann gör i målet vid den nationella domstolen gällande att beslutet att inte bevilja henne barnbidrag utan tvekan strider mot rätten till fri rörlighet. Hon har yrkat att beslutet den 18 oktober 2005 att dra in barnbidraget och beslutet den 10 november 2005 att avslå begäran om omprövning skall upphävas.

16. Finanzgericht påpekar i sin begäran om förhandsavgörande att om man bortser från de gemenskapsrättsliga bestämmelserna och enbart tillämpar den tyska EStG, har klaganden rätt till barnbidrag för båda sina barn. Brigitte Bosmann har i princip inte rätt till barnbidrag enligt gemenskapsrätten. Den hänskjutande domstolen hänvisar härvid särskilt till artiklarna 13.1 och 13.2 a i förordning nr 1408/71 och artikel 10 i förordning nr 574/72, enligt vilka, enligt denna domstols uppfattning, [5] Brigitte Bosmann endast omfattas av reglerna i Nederländerna, som emellertid på grund av barnens ålder ej ger henne rätt till barnbidrag eller jämförbara sociala förmåner.

17. Finanzgericht Köln ställer frågan om detta är förenligt med rätten till fri rörlighet som fastläggs i artikel 39 EG eller med allmänna gemenskapsrättsliga principer, särskilt principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av kön. [6]

18. Den hänskjutande domstolen betonar i det avseendet bland annat att eftersom frågan om en harmoniseringsåtgärd sådan som förordning nr 1408/71 är förenlig med primärrätten i princip inte ryms inom

5 — Den hänskjutande domstolen har härvid hänvisat till Bundesfinanzhofs dom av den 13 augusti 2002, VIII R 61/00, BStB1-II 2002, s. 869, och dom av den 7 juni 2005 i mål C-543/03, Dodl och Oberhollenzer (REG 2005, s. I-5049).

6 — Den nationella domstolen behandlar i detta sammanhang dom av den 10 juli 1986 i mål 60/85, Luijten (REG 1986, s. 2365), av den 20 september 1988 i mål 203/86, Spanien mot rådet (REG 1988, s. 4563), av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), av den 17 april 1997 i mål C-15/95, EARL de Kerlast (REG 1997, s. I-1961), och av den 13 december 2001 i mål C-324/99, DaimlerChrysler (REG 2001, s. I-9897).

förfarandet för förhandsavgörande, begär den inte prövning av om förordning nr 1408/71 är laglig, utan om den med hänsyn till de grundläggande friheterna kan tolkas restriktivt.

19. Mot den bakgrunden beslutade Finanzgericht Köln att vilandeförklara förfarandet och hänskjuta följande frågor till domstolen för förhandsavgörande:

”1. Skall artikel 13.2 a 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 tolkas restriktivt på så sätt att den inte innebär att en ensamstående mor fråntas rätten till barnbidrag i bosättningsstaten (Förbundsrepubliken Tyskland) när hon till följd av barnens ålder saknar rätt till barnbidrag i den stat där hon har anställning (Konungariket Nederländerna)?

2. För det fall svaret på fråga 1 är nekande:

Skall artikel 10 i rådets förordning (EEG) nr 574/72 av den 21 mars 1972 om tillämpningen av förordning (EEG) nr 1408/71 tolkas restriktivt på så sätt att den inte innebär att en ensamstående mor fråntas rätten till barnbidrag i bosättningsstaten (Förbundsrepubliken Tyskland) när hon till följd av barnens ålder saknar rätt till barnbidrag i den stat där hon har anställning (Konungariket Nederländerna)?

3. För det fall svaren på frågorna 1 och 2 är nekande:

Följer det direkt av EG-fördraget eller allmänna rättsprinciper att bosättningsstatens fördelaktigare bestämmelser om beviljande av barnbidrag skall tillämpas på en arbetstagare och ensamstående mor?

4. Har det någon betydelse för svaren på ovannämnda frågor om arbetstagaren återvänder till familjebostaden efter arbetsdagens slut?”

IV — Rättslig genomgång

A — *Parternas huvudsakliga ståndpunkter*

20. I detta förfarande har Tysklands och Spaniens regeringar, kommissionen och Brigitte Bosmann givit in skriftliga yttranden.

21. Den tyska regeringens ståndpunkt är att artikel 13.2 a i förordning nr 1408/71 skall tolkas så, att den inte medger rätt till barnbidrag i en situation som den förevarande. Det tyska barnbidraget är en familjeförmån, i den mening som avses i artikel 4.1 h i förordning nr 1408/71. Enligt den klara ordalydelsen i artikel 13.1 i den förordningen är personer som omfattas av den enbart underkastade lagstiftningen i en medlemsstat.

22. Enligt den tyska regeringen skulle en annan tolkning strida mot syftet med förordning nr 1408/71, vilket enligt domstolens praxis [7] är att säkerställa att berörda personer omfattas av en enda medlemsstats sociala trygghetssystem. Dessutom framgår det av domstolens praxis att principen att tillämpningen av förordning nr 1408/71 inte kan medföra förlust av rättigheter som förvärvats enbart enligt nationell lagstiftning inte är tillämplig i fråga om bestämmelserna om valet av tillämplig lagstiftning i avdelning II i den förordningen. [8]

23. Mot bakgrund av den klara ordalydelsen i artikel 10 i förordning nr 574/72 bör fråga 2 också besvaras nekande. Enligt den tyska regeringen är den artikeln inte tillämplig i detta mål. Eftersom den anställde endast har anställning i en medlemsstat och bor i en annan medlemsstat, kan det inte bli fråga om kumulation av familjeförmåner.

24. Vad gäller fråga 3 påstår den tyska regeringen att det, tvärtemot vad Finanzgericht Köln har anfört i begäran om förhandsavgörande, är fullt möjligt att i ett mål om förhandsavgörande behandla frågan huruvida en rättsakt sådan som förordning nr 1408/71 är förenlig med gemenskapens primärrätt. Den tyska regeringen gör dock gällande att artikel 13 i den förordningen varken strider mot rätten till fri rörlighet

7 — Den hänvisar särskilt till dom av den 12 juni 1986 i mål 302/84, Ten Holder (REG 1986, s. 1821), punkterna 19–21.

8 — Domen i målet Luijten (ovan fotnot 6), punkt 15.

enligt artikel 39 EG eller allmänna principer om likabehandling eller förbudet mot diskriminering på grund av kön som behandlats i begäran om förhandsavgörande.

25. Vad gäller fråga 4 anser den tyska regeringen avslutningsvis att frågan om den anställde återvänder till familjebostaden efter arbetsdagens slut är irrelevant med hänsyn till artikel 13 i förordning nr 1408/71, som hänvisar till anställningsstaten.

26. Den spanska regeringen menar att den avgörande frågan i målet inte är tolkningen av artikel 13 i förordning nr 1408/71, utan frågan huruvida den artikeln strider mot artikel 39 EG och principerna om likabehandling samt förbudet mot diskriminering på grund av kön.

27. Den hävdar att de tyska bestämmelserna rörande rätt till familjeförmåner, som grundar sig på en bokstavstolkning av förordning nr 1408/71 och som föranlett att Brigitte Bosmann förlorat förmånerna för sina barn, på ett tydligt sätt medför en nackdel för henne som kan få henne att avstå från att utöva sin rätt till fri rörlighet. Dessa bestämmelser är inte motiverade och är inte lämpliga för att uppnå det syfte som de eftersträvar.

28. Den spanska regeringens slutsats är därför att ifrågavarande bestämmelser i förordningarna nr 1408/71 och nr 574/72 enligt domstolens praxis rörande fri rörlighet för personer [9] strider mot artikel 39 EG i den mån som de leder till att en anställd förlorar sina familjeförmåner i en situation som den som föreligger vid den nationella domstolen.

29. Enligt kommissionen skall svaren på frågorna 1 och 2 vara att artikel 13.2 a i förordning nr 1408/71, jämförd med artikel 10.1 a i förordning nr 574/72, inte upphäver rätten till barnbidrag i bosättningsstaten i en situation som den som föreligger vid den nationella domstolen.

30. Med stöd av domen i målet McMenamin och generaladvokaten Darmons förslag i det målet [10] gör kommissionen gällande att inte endast artikel 13 i förordning nr 1408/71 är tillämplig i detta mål, utan även artikel 10.1 a i förordning nr 574/72. Artikel 73 i förordning nr 1408/71 föreskriver endast att lagstiftningen i anställningsstaten skall tillämpas. Den behandlar inte frågan huruvida en

9 — Den hänvisar i det avseendet särskilt till dom av den 30 mars 2006 i mål C-10/05, Mattern och Cikotic (REG 2006, s. I-3145), av den 17 mars 2005 i mål C-109/04, Kranemann (REG 2005, s. I-2421), och av den 16 februari 2006 i mål C-185/04, Öberg (REG 2006, s. I-1453).

10 — Dom av den 9 december 1992 i mål C-119/91, McMenamin (REG 1992, s. I-6393), och generaladvokaten Darmons förslag till avgörande i samma mål.

förmån skall betalas och, om så är fallet, vem som skall utbetala den. Mot den bakgrunden skall artikel 10.1 a i förordning nr 574/72 ges det innehållet att rätten till förmåner enligt lagstiftningen i bosättningslandet kan bestå även om anställningsstaten är behörig. Eftersom förmånen i anställningsstaten uppgår till noll i målet vid den nationella domstolen träder rätten till barnbidrag i Tyskland *de facto* i kraft och betalas till fullo. Kommissionen framhåller vidare att om artikel 10.1 a i förordning nr 574/72 inte var tillämplig i en situation som den förevarande eftersom det inte föreligger någon kumulation av förmåner skulle detsamma gälla för artiklarna 13 och 73 i förordning nr 1408/71.

31. Den tyska regeringens ståndpunkt skulle i praktiken strida mot principen att tillämpning av förordning nr 1408/71 inte får medföra att någon förlorar nationella rättigheter som denne uteslutande har förvärvat enligt nationell lagstiftning och leda till oförsvarliga inkonsekvenser.

32. I det avseendet delar kommissionen den nationella domstolens ståndpunkt i begäran om förhandsavgörande att en förälder som ensam uppfostrar sina barn och som bor i en medlemsstat men arbetar i en annan behandlas mindre gynnsamt än en förälder som är anställd både i bosättningslandet och i en annan medlemsstat och, rent allmänt, att en ensamstående mor behandlas mindre gynnsamt än en mor som lever i ett parförhållande.

33. Brigitte Bosmann håller i huvudsak med kommissionen och påstår att de tyska myndigheternas beslut att inte bevilja barnbidrag strider mot artikel 39 EG och likabehandlingsprincipen.

B — *Bedömning*

1. Inledande kommentarer

34. Innan analysen påbörjas bör inledningsvis behandlas vilka problem som tolkningsfrågorna berör.

35. Till att börja med bör det noteras att det inte har ifrågasatts att situationen i detta mål ligger inom tillämpningsområdet för förordning nr 1408/71. Detta betyder mer bestämt att Brigitte Bosmann kan anses vara en ”anställd person”, i den betydelse som anges

i artikel 2.1 i den förordningen jämförd med artikel 1 a i samma förordning, och att det tyska barnbidraget uppfyller kraven för att anses som ”familjeförmåner”, i den betydelse som anges i artikel 4.1h i den förordningen.

36. Vad sedan gäller detta mål skall det noteras att tvisten vid den nationella domstolen gäller förhållandet att myndigheterna, i detta fall Bundesagentur, i Brigitte Bosmanns bosättningsstat beslutat att inte bevilja barnbidrag för hennes barn av det skälet att enligt förordningarna nr 1408/71 och nr 574/72 gäller i det avseendet bestämmelserna i anställningsstaten, det vill säga Nederländerna. Den ståndpunkten ifrågasätts av Brigitte Bosmann i målet vid den nationella domstolen huvudsakligen av det skälet att den strider mot hennes rätt till fri rörlighet och mot likabehandlingsprincipen.

37. Den nationella domstolen verkar dela Brigitte Bosmanns uppfattning och frågar om det är förenligt med rätten till fri rörlighet och de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och förbudet mot diskriminering på grund av kön att tillämpa förordningarna nr 1408/71 och nr 574/72 i förevarande situation på sådant sätt att barnbidrag i Tyskland inte utbetalas. Den nationella domstolen utgår emellertid därvid från det felaktiga antagandet [11] att giltigheten av en rättsakt inom gemenskapen, såsom förordning nr 1408/71, inte kan prövas i förhållande till dessa primärrättsliga regler och principer i ett förfarande om förhandsavgörande. Domstolen frågar därför om förordningarna nr 1408/71 och nr 574/72 kan ges en ”restriktiv tolkning”, så att de inte utesluter rätt till barnbidrag i bosättningsstaten, eller om en sådan rätt kan grundas direkt på fördraget eller på nämnda principer.

38. De tre första frågorna, som bör besvaras i ett sammanhang, förefaller mot den bakgrunden syfta till att få fastställt om lagstiftningen i bosättningsstaten, enligt vilken den berörda personen skulle ha rätt till barnbidrag, kan tillämpas i en situation motsvarande den vid den nationella domstolen enligt förordningarna nr 1408/71 och nr 574/72 med beaktande av rätten till fri rörlighet och till likabehandling.

39. För att kunna föreslå ett svar på den frågan kommer jag först att behandla rätten till barnbidrag i ett fall som föreligger vid den nationella domstolen med hänsyn till bestämmelserna i förordningarna nr 1408/71 och nr 574/72, tolkade efter deras ordalydelse. Det skall noteras i det avseendet att det enligt fast rättspraxis är möjligt att beakta

11 — Se endast vad gäller förordning nr 1408/71, till exempel dom av den 19 mars 2002 i de förenade målen C-393/99 och C-394/99, Hervein m.fl. (REG 2002, s. I-2829).

andra gemenskapsrättsliga bestämmelser än de som den nationella domstolen berört i sina tolkningsfrågor, i detta fall artikel 13.2 a i förordning 1408/71 och artikel 10 i förordning nr 574/72, i syfte att kunna ge ett användbart svar till den nationella domstolen, som hänskjutit en tolkningsfråga för förhandsavgörande. [12]

40. Jag kommer sedan att mer ingående behandla de frågor som rests i detta mål rörande artikel 39 EG och de allmänna principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

41. Slutligen kommer jag att behandla fråga 4 om betydelsen av att återvända till familjebostaden efter arbetsdagens slut, vilken fråga kan behandlas för sig.

2. Tillämpliga bestämmelser

42. Till att börja med bör man hålla i minnet att avdelning II i förordning 1408/71, vari artikel 13 ingår, innehåller de allmänna reglerna för fastställande av vilka bestämmelser som skall gälla för en anställd som utövar sin rätt till fri rörlighet. [13]

43. Dessa regler avser särskilt att förhindra att bestämmelser i mer än en nationell lagstiftning tillämpas och de komplikationer som kan följa därav. [14] Artikel 13.1 i förordning nr 1408/71 fastlägger således principen att en person skall vara underkastad lagstiftningen i endast en medlemsstat, [15] vilken skall bestämmas enligt reglerna i avdelning II i den förordningen.

44. I det avseendet klarlägger artikel 13.2 a i förordning nr 1408/71 en att i en situation där berörd person har betald anställning i en medlemsstat men bor i en annan skall lagstiftningen i den stat där han är anställd tillämpas (*lex loci laboris*).

45. Det skall emellertid noteras att vissa förmåner regleras i de mer detaljerade bestämmelserna i avdelning III i förordning

12 — Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 7 juli 2005 i mål C-153/03, Weide (REG 2005, s. I-6017), punkt 25.

13 — Se, för ett liknande resonemang, bland annat domen i målet Hervein m.fl. (ovan fotnot 11), punkt 52.

14 — Se dom av den 20 januari 2005 i mål C-302/02, Laurin Effing (REG 2005, s. I-553), punkt 38, och beslut av den 20 oktober 2000 i mål C-242/99, Vogler (REG 2000, s. I-9083), punkt 26.

15 — Se därom bland annat domen i målet Vogler (ovan fotnot 14), punkt 19.

nr 1408/71. När det gäller sådana familjeförmåner som är aktuella i detta mål, som omfattas av kapitel 7 i den förordningen, föreskriver artikel 73 att en arbetstagare som omfattas av lagstiftningen i en medlemsstat för sina familjemedlemmar som bor i en annan medlemsstat har rätt till familjeförmåner enligt lagstiftningen i den förra medlemsstaten som om de var bosatta i den medlemsstaten.

46. Artikel 73 i förordning nr 1408/71 fastlägger således, som anges i artikel 13.2 a i den förordningen, att rätt till familjeförmåner för familjemedlemmar regleras av lagstiftningen i den medlemsstat där arbetstagaren är anställd. [16]

47. Det framgår därför klart av artikel 13 i förordning nr 1408/71, jämförd med artikel 73 i samma förordning, att enligt det system för samordning som inrättats enligt den förordningen skall i en situation som den förevarande, där den anställde och hans familjemedlemmar är bosatta i en annan stat än anställningsstaten, lagstiftningen i anställningsstaten tillämpas såvitt gäller rätt till familjeförmåner.

48. Som kommissionen och Brigitte Bosmann har framhållit är det riktigt att tillämpning av lagstiftningen i en annan medlemsstat, särskilt bosättningsstaten, inte alltid utesluts enligt förordning nr 1408/71, eftersom regeln i artikel 13 i den förordningen att en anställd omfattas av lagstiftningen i anställningsstaten inte utesluter vissa förmåner som regleras av särskilda bestämmelser i den förordningen. [17]

49. Således kan tillämpning av reglerna till undvikande av kumulation i artikel 10 i förordning nr 574/72, som nämnts i tolkningsfrågorna, leda till en omkastning av prioritetsordningen till förmån för behörighet för bosättningsstaten (*lex loci domicilii*) med det resultatet att det kan föreligga rätt till förmåner i den staten och att förmåner som erhålls i anställningsstaten skall innehållas. [18]

50. Så var fallet i målet McMenamin, som kommissionen har hänvisat till. [19] Det målet gällde ett fall där två makar arbetade i två olika medlemsstater vars lagstiftning erbjöd likartade förmåner. Domstolen bedömde därför fallet med stöd av reglerna mot kumulation i artikel 76 i förordning nr 1408/71 och artikel 10 i förordning nr 574/72 och uttalade att när en person som har vårdnaden

16 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Dodl och Oberhollenzer (ovan fotnot 5), punkterna 47 och 48.

17 — Se, till exempel, domen i målet McMenamin (ovan fotnot 10), punkt 14. För ett liknande resonemang rörande artikel 73 i förordning nr 1408/71, se domen i målet Dodl och Oberhollenzer (ovan fotnot 5), punkt 49.

18 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Weide (ovan fotnot 12), punkt 28.

19 — Se ovan fotnot 10.

om barnen, och särskilt maken till en person som är berättigad enligt artikel 73 i förordning nr 1408/71, utövar förvärvsverksamhet i barnens bosättningsstat skall bidrag innehållas enligt artikel 73 i förordning nr 1408/71 upp till ett belopp som motsvarar bidragen som utges i bosättningsstaten. [20]

51. Det bör emellertid framhållas att i ett sådant fall utlöses omkastningen av prioritetsordningen till förmån för behörighet för bosättningsstaten, enligt regeln i artikel 10.1 b i i förordning nr 574/72, av förhållandet att förvärvsverksamhet utövas i bosättningsstaten. I målet McMenamin var det maken till den person som var berättigad enligt artikel 73 i förordning nr 1408/71 som utövade denna verksamhet. [21]

52. Detsamma kan också sägas beträffande målen Dodl och Oberhollenzer [22] och Weide. [23]

53. Däremot finns det enligt min uppfattning inget i det fall som beskrivits av den hänskjutande domstolen som skulle kunna utlösa tillämpning av lagstiftningen i bosättningslandet med stöd av bestämmelserna mot kumulation i förordningarna nr 1408/71 och nr 574/72.

54. Varken Brigitte Bosmann själv [24] eller en make utövar förvärvsverksamhet i bosättningslandet och det finns inget som tyder på att hennes situation inte skulle omfattas enbart av artikel 73 i förordning nr 1408/71. Som en följd härav, och i motsats till kommissionens något konstlade uppfattning, föreligger enligt min uppfattning inte någon kumulation av förmåner, i den betydelse som framgår av förordningarna nr 1408/71 och nr 574/72, som skulle kunna leda till en omkastning av prioritetsordningen till förmån för bosättningsstaten och, med tillämpning av artikel 10.1 a i sistnämnda förordning, leda till att full betalning erhålls av tyskt barnbidrag (kommissionens argument i denna senare del går ut på att beloppet av de förmåner som utbetalas i anställningsstaten i detta mål uppgår till noll, och att nämnda bestämmelse föreskriver att förmåner skall innehållas upp till detta belopp).

55. Härav följer att i detta mål omfattas Brigitte Bosmann uteslutande av lagstiftningen i Nederländerna vad gäller system för social trygghet.

20 — Se därom domen i målet McMenamin (ovan fotnot 10), punkterna 15 och 27.

21 — Se domen i målet McMenamin (ovan fotnot 10), punkterna 18, 24 och 25.

22 — Se domen i målet Dodl och Oberhollenzer (ovan fotnot 5), punkt 60.

23 — Se domen i målet Weide (ovan fotnot 12), punkt 33.

24 — För ett exempel på ett fall där en egenföretagare omfattas av lagstiftningen i bosättningsstaten på grund av att han utövar del av sin verksamhet i den staten, se beslutet i målet Vogler (ovan fotnot 14), punkt 19.

3. Tillämplighet av lagstiftningen i Nederländerna – fråga om behörighet

56. Jag anser dessutom att nyckeln till full förståelse av detta mål ligger i gränsdragningen mellan frågan om behörighet för en medlemsstat avseende en särskild förmån och frågan om den faktiska rätten till en förmån.

57. Frågan om behörighet regleras av förordning nr 1408/71. Enligt fast rättspraxis innehåller den förordningen endast ett system för samordning, vilket helt enkelt bestämmer vilken lagstiftning som är tillämplig i olika situationer. [25] Som domstolen har framhållit vid flera tillfällen medför dess bestämmelser i sig själva inte någon rätt till förmåner. [26]

58. Sådana förmåner beviljas med stöd av relevanta nationella bestämmelser. [27] Det ankommer på medlemsstaterna att utforma systemet för social trygghet och att i synnerhet bestämma de materiella villkoren för rätt till förmåner. [28]

59. Sedan det bestämts vilken lagstiftning som är tillämplig i fråga om en arbetstagare (frågan om tillämplig lag föregår logiskt sett frågan huruvida någon har rätt till en förmån) i enlighet med förordning nr 1408/71 regleras den personens rätt till förmåner av den lagstiftningen, som naturligtvis kan variera från medlemsstat till medlemsstat av den orsaken att enligt gemenskapsrätten är systemen för social trygghet endast samordnade, inte harmoniserade. [29]

60. Svaret på frågan vilken lagstiftning som är tillämplig enligt förordning nr 1408/71 kan naturligtvis leda till att den migrerande arbetstagaren befinns sakna rätt till en viss förmån, eftersom han ej uppfyller kraven därför som angivits i det systemet. Det bör i det avseendet framhållas att den förordningen inte är avsedd att som en allmän regel säkerställa att anställda för vilka den gäller är berättigade till förmåner, utan snarare att tillse att ingen lämnas utan skydd för social trygghet av det skälet att ”det [inte] finns [någon] tillämplig lagstiftning”. [30]

61. Med det synsättet noterar jag, när det gäller situationen i målet vid den nationella domstolen och vid närmare betraktande, att det inte föreligger någon (negativ) behörighetskonflikt.

25 — Se, för ett sådant resonemang, till exempel, domen i målet Hervein m.fl. (ovan fotnot 11), punkt 52.

26 — Se, till exempel, dom av den 12 juni 1997 i mål C-266/95, Merino Garcia (REG 1997, s. I-3279), punkt 29, och dom av den 11 juni 1998 i mål C-275/96, Kuusijärvi (REG 1998, s. I-3419), punkt 29.

27 — Se domen i målet Garcia (ovan fotnot 26), punkt 29.

28 — Se, i det avseendet, domen i målet Hervein m.fl. (ovan fotnot 11), punkt 53, och domen i målet Kuusijärvi (ovan fotnot 26), punkt 29.

29 — Se domen i målet Hervein m.fl. (ovan fotnot 11), punkt 52.

30 — Se domen i målet Kuusijärvi (ovan fotnot 26), punkt 28.

62. I överensstämmelse med artikel 13 och artikel 73 i förordning nr 1408/71 har med andra ord tillämpligheten av lagstiftningen i Nederländerna (anställningsstatens lagstiftning) inte förvägrats i detta mål. Inte heller har den gjorts beroende av krav på bosättning.

63. Helt klart är därför inte problemet i målet att det inte finns någon tillämplig lagstiftning, ej heller att lagstiftningen i flera medlemsstater skulle kunna anses vara tillämplig samtidigt.

64. Problemets kärna är snarare en fråga om materiellt berättigande bestående i att Brigitte Bosmann inte är berättigad till barnbidrag i anställningsstaten, eftersom ett av villkoren för rätten därtill inte är uppfyllt (ålderskravet gällande barnen), medan däremot tysk lagstiftning i det avseendet skulle vara mer gynnsam, då barnbidrag där betalas för barn som är äldre än 18 år.

65. Som framgår av de föregående övervägandena strider inte den situationen mot kollisionsreglerna [31] i förordning nr 1408/71, ej heller fråntar den dess praktiska verkan. Systemet för samordning enligt förordning nr 1408/71 och bestämningen av tillämplig lag bygger inte på principen att personer som bor eller arbetar i två eller flera länder skall omfattas av den lagstiftning som är mest gynnsam för dem. [32]

66. Bosättningsstatens beslut att inte bevilja barnbidrag i förevarande situation är därför förenligt med både förordning nr 1408/71 och förordning nr 574/72. Det återstår nu att behandla huruvida detta beslut strider mot artikel 39 EG och likabehandlingsprincipen, som Brigitte Bosmann gör gällande.

4. Fri rörlighet och icke-diskriminering

67. Som särskilt den spanska regeringen har betonat i detta mål faller en person som, i likhet med Brigitte Bosmann, har utövat sin rätt till fri rörlighet för arbetstagare och som varit anställd i en annan stat än bosättningsstaten, inom tillämpningsområdet för artikel 39 EG. [33]

31 — Se, till exempel, domen i målet Ten Holder (ovan fotnot 7), punkt 21.

32 — Se, för ett liknande exempel, domen i målet Hervein m.fl. (ovan fotnot 11), punkt 51.

33 — Se bland annat domen i målet Öberg (ovan fotnot 9), punkt 11.

68. Artikel 39 EG – som implementerats såvitt gäller social trygghet för migrerande arbetstagare genom artikel 3.1 i förordning nr 1408/71 – förbjuder i första hand öppen diskriminering på grund av nationaliteten hos förmånstagarna enligt systemen för social trygghet men även all dold diskriminering som genom tillämpning av andra särskiljningskriterier i praktiken leder till samma resultat. [34]

69. För det andra framgår det klart av fast rättspraxis att bestämmelserna i fördraget rörande fri rörlighet för personer har till syfte att underlätta för gemenskapsmedborgarna att utöva all slags yrkesverksamhet inom gemenskapen, och dessa bestämmelser utgör hinder för åtgärder som kan missgynna dessa medborgare när de önskar utöva ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat. [35]

70. Det bör i det avseendet framhållas att syftet med förordning nr 1408/71, som det anges i det andra och det fjärde skälet i ingressen, är att säkerställa den fria rörligheten för anställda och egenföretagare inom den europeiska gemenskapen med hänsyn till särdragen i varje nationell lagstiftning för social trygghet. I det syftet, som framgår av det femte, det sjätte och det tionde skälet, upprätthåller den förordningen likabehandlingsprincipen av arbetstagare i de olika medlemsstaternas nationella lagstiftning och syftar till att på bästa sätt säkerställa likabehandling av alla arbetstagare som är sysselsatta på en medlemsstats territorium samt att inte missgynna de arbetstagare som utövar sin rätt till fri rörlighet. [36]

71. Som jag redan angivit ovan är det endast genom att föreskriva ett system för samordning, som anges i artikel 42 EG, som förordning nr 1408/71 bidrar till att underlätta utövandet av rätten till fri rörlighet för personer och till att garantera likabehandling. [37] Materiella och formella skillnader mellan de olika medlemsstaternas socialförsäkringssystem, och därigenom mellan rättigheterna för personer som arbetar där, påverkas inte av fördraget. [38]

72. Som domstolen flera gånger har slagit fast tillförsäkras inte en arbetstagare genom fördraget att hans beslut att vara verksam i en annan medlemsstat inte skall ha någon inverkan på hans sociala förmåner. Med beaktande av skillnaderna mellan

34 — Se bland annat dom av den 21 september 2000 i mål C-124/99, Borawitz (REG 2000, s. I-7293), punkt 24, och av den 18 januari 2007 i mål C-332/05, Celozzi (REG 2007, s. I-569), punkt 23.

35 — Se bland annat dom av den 11 september 2007 i mål C-318/05, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-6957), punkt 114, samt domarna i målen Öberg (ovan fotnot 9), punkt 14, och Bosman (ovan fotnot 6), punkt 94.

36 — Se bland annat dom av den 9 mars 2006 i mål C-493/04, Piatkowski (REG 2006, s. I-2369), punkt 19 och där angiven rättspraxis.

37 — Se dom av den 8 mars 2001 i mål C-68/99, kommissionen mot Tyskland (REG 2001, s. I-1865), punkterna 22 och 23.

38 — Se, till exempel, dom av den 15 januari 1986 i mål 41/84, Pinna (REG 1986, s. 1), punkt 20.

medlemsstaternas lagstiftningar om social trygghet kan en sådan förändring beroende på förhållandena vara mer eller mindre fördelaktig eller ofördelaktig för arbetstagaren vad gäller social trygghet. [39]

73. Det följer därav att utan harmonisering av lagstiftningen om social trygghet utgör bestämmelserna om fri rörlighet för personer i EG-fördraget inte hinder för vissa inskränkningar i den fria rörligheten – det vill säga inskränkningar som har sin grund i de bestående skillnaderna i de olika medlemsstaternas system för social trygghet och som är ofrånkomliga i ett system som endast syftar till samordning. [40]

74. Samma synpunkter gör sig gällande i fråga om skillnader i behandling som uppstår enbart på grund av tillåtna skillnader i medlemsstaternas lagstiftning om social trygghet, och som en följd därav inte kan anses strida mot likabehandlingsprincipen. [41]

75. Mot den bakgrunden skall det noteras att anställningen i Nederländerna verkligen var till Brigitte Bosmanns nackdel såtillvida som den, enligt principen om anställningsstaten i förordning nr 1408/71, medförde att lagstiftningen i Nederländerna blev tillämplig och denna inte medger barnbidrag för barn i ifrågavarande ålder, medan hon skulle vara berättigad till tyskt barnbidrag om hon var anställd i den staten.

76. Min uppfattning är emellertid att den nackdelen är att hänföra till de materiella skillnaderna vad gäller barnbidrag mellan systemen för social trygghet i Tyskland och Nederländerna rörande i synnerhet barnens ålder som villkor för rätten därtill. Den kan därför inte innebära ett åsidosättande av rätten till fri rörlighet enligt fördraget.

77. När det för det andra gäller frågan om diskriminering, som påtalats av Brigitte Bosmann och den nationella domstolen, är det också klart att det system för samordning som skapats av förordning nr 1408/71 inte garanterar – och faktiskt inte kan garantera – likabehandling i alla avseenden. Som generaladvokaten Sharpston framhållit i sitt förslag till avgörande i målet Den franskspråkiga gemenskapens regering och den

39 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i målen Piatkowski (ovan fotnot 36), punkt 34, och Hervein m.fl. (ovan fotnot 11), punkt 51.

40 — Det framgår emellertid av rättspraxis att detta gäller endast i den omfattning som gemenskapsrätten inte enligt artikel 42 EG ökar de skillnader som redan föreligger på grund av frånvaron av harmonisering av nationell lagstiftning. Se i detta avseende, bland annat, domen i målet Pinna (ovan fotnot 38), punkterna 20 och 21.

41 — Se, för ett liknande resonemang av domstolen avseende direkt beskattning, dom av den 25 oktober 2007 i mål C-427/05, Porto Antico di Genova (REG 2007, s. I-9303), punkt 20.

vallonska regeringen är den medlemsstat där likabehandling skall uppnås normalt anställningsstaten i den omfattning som artikel 13.2 a föreskriver som en generell regel att tillämplig lagstiftning är *lex loci laboris*. [42]

78. Sålunda skall den migrerande arbetstagaren när, som i detta fall, den regeln aktualiseras behandlas lika jämfört med alla andra arbetstagare anställda inom den staten.

79. Uppenbarligen behandlas Brigitte Bosmann i detta avseende på exakt samma sätt som personer som är anställda och bor i Nederländerna, eftersom lagstiftningen i Nederländerna inte vanligtvis medger rätt till barnbidrag för barn i aktuell ålder.

80. Brigitte Bosmann kan inte hävda att en person i hennes situation, som bor i en medlemsstat och endast är anställd i en annan medlemsstat, är diskriminerad jämfört med en person som också utövar förvärvsverksamhet i bosättningsstaten eller jämfört med personer vars makar är anställda i den staten. I ett system för samordning grundat på principen *lex loci laboris* och anställningskriteriet är de situationer som jämförts i den argumentationen objektivt olika, [43] varför de följdriktigt också kan leda till olika resultat vad gäller tillämpligheten av lagen i bosättningsstaten och därigenom vad gäller rätt till barnbidrag i den staten.

81. Det följer härav att det är förenligt med rätten till fri rörlighet och likabehandlingsprincipen att tillämpa artikel 13 i förordning nr 1408/71 och i synnerhet principerna som återges däri (*lex loci laboris* och tillämpligheten av lagstiftningen i endast en medlemsstat) så, att en anställd i en situation som den som föreligger i målet vid den nationella domstolen inte har rätt till barnbidrag i bosättningsstaten och inte heller i anställningsstaten på grund av barnens ålder.

82. Mot bakgrund av vad ovan sagts är det enligt förordningarna nr 1408/71 och nr 574/72, med beaktande av rätten till fri rörlighet och till likabehandling, klart att en person i en situation som den som föreligger i målet vid den nationella domstolen inte har rätt att åberopa lagstiftningen i bosättningsstaten och därmed erhålla barnbidrag varom stadgas i den lagstiftningen.

42 — Förslag till avgörande i mål C-212/06, Den franskspråkiga gemenskapens regering och den vallonska regeringen (ännu inte publicerad i Rättsfallssamlingen), punkt 77.

43 — Icke-diskrimineringsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika. Se, för ett liknande resonemang, bland annat, dom av den 17 juli 1997 i mål C-354/95, National Farmers' Union m.fl. (REG 1997, s. I-4559), punkt 61, och dom av den 2 oktober 2003 i mål C-148/02, Garcia Avello (REG 2003, s. I-11613), punkt 31.

5. Betydelsen av den anställdes dagliga återvändande till familjebostaden

83. Vad gäller fråga 4 räcker det att påpeka, som den tyska regeringen gjort, att det i artikel 13.2 a i förordning nr 1408/71 föreskrivs att lagstiftningen i anställningsstaten skall tillämpas när en person bor i en medlemsstat och erhåller lön av anställning i en annan medlemsstat. Principen om *lex loci laboris* är således tillämplig oavsett om den anställde återvänder till familjebostaden efter varje arbetsdag, ett förhållande som faktiskt är slumpartat och utan rättslig betydelse i detta sammanhang.

V — Förslag till avgörande

84. Mot bakgrund av ovan angivna skäl föreslår jag att de av Finanzgericht ställda frågorna erhåller följande svar:

Enligt 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, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 647/2005 av den 13 april 2005, och rådets förordning (EEG) nr 574/72 av den 21 mars 1972 om tillämpningen av förordning (EEG) nr 1408/71, i dess lydelse enligt förordning (EG) nr 647/2005, och med beaktande av rätten till fri rörlighet och till likabehandling, har inte en person i en situation som den som prövas vid den hänskjutande domstolen rätt att åberopa lagstiftningen i bosättningsstaten och därmed erhålla barnbidrag varom stadgas i den lagstiftningen, oavsett om den personen återvänder till familjebostaden efter varje arbetsdag eller inte.