FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. MAZÁK fremsat den 15. april 2010 [1]

I — Indledning

1. Ved kendelse af 30. oktober 2008 indgået til Domstolen den 15. januar 2009 forelagde Bundesfinanzhof (Tyskland) Domstolen en række spørgsmål til præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkning af artikel 76 i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, som ændret og ajourført ved Rådets forordning (EF) nr. 118/97 af 2. december 1996 [2] (herefter »forordning nr. 1408/71«) [3], og artikel 10 i Rådets forordning (EØF) nr. 574/72 af 21. marts 1972 om regler til gennemførelse af forordning nr. 1408/71, som ændret ved forordning (EF) nr. 647/2005 [4] (herefter »forordning nr. 574/72«) [5].

2. Anmodningen er indgivet i forbindelse med en sag anlagt af Gudrun Schwemmer, en fraskilt tysk statsborger bosiddende i Tyskland, hvis tidligere ægtefælle arbejder i Schweiz, mod Agentur für Arbeit Villingen-Schwenningen — Familienkasse (arbejdsformidlingen Villingen-Schwenningen — kontoret for familieydelser) (herefter »kontoret for familieydelser«) vedrørende dets afvisning af at tildele hende den fulde familieydelse til hendes to børn.

3. Den forelæggende ret ønsker i det væsentlige oplyst, om moderens bopælsmedlemsstat i en situation efter en skilsmisse, hvor børnenes fader bevidst ikke ansøger om børnetilskud i den kompetente beskæftigelsesstat, kun behøver at betale børnetilskud, i det omfang det pligtige tilskud i førstnævnte stat overstiger det børnetilskud, som faderen kunne opnå i sin beskæftigelsesstat.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — EFT 1997 L 28, s. 1.

3 — EFT 1971 II, s. 366.

4 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 13.4.2005 om ændring af Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, og (EØF) nr. 574/72 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 (EUT L 117, s. 1).

5 — EFT 1972 I, s. 149.

II — Lovregler

A — *Fællesskabsretten*

1. Aftalen mellem Fællesskabet og Schweiz

4. I medfør af bilag II til aftalen mellem Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater på den ene side og Det Schweiziske Forbund på den anden side om fri bevægelighed for personer undertegnet i Luxembourg den 21. juni 1999 [6] finder forordning nr. 1408/71 og nr. 574/72 anvendelse på relationer mellem denne aftales parter.

2. Forordning nr. 1408/71

5. Af relevans for den foreliggende sag bestemmer artikel 13 i forordning nr. 1408/71, som har overskriften »Almindelige regler«, følgende vedrørende bestemmelse af, hvilken lovgivning der finder anvendelse:

»1. Med forbehold af artikel 14c og 14f er de personer, der er omfattet af denne forordning, alene undergivet lovgivningen i én medlemsstat. Spørgsmålet om, hvilken lovgivning der skal anvendes, afgøres efter bestemmelserne i dette afsnit.

2. Med forbehold af artikel 14 til 17:

a) er en person, der har lønnet beskæftigelse på en medlemsstats område, omfattet af denne stats lovgivning, selv om han er bosat på en anden medlemsstats område, eller den virksomhed eller arbejdsgiver, der beskæftiger ham, har sit hjemsted eller sin bopæl på en anden medlemsstats område

[…]«

6. Artikel 73 i forordning nr. 1408/71, som har overskriften »Arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende, hvis familiemedlemmer er bosat i en anden medlemsstat end den kompetente stat«, bestemmer:

»En arbejdstager eller en selvstændig erhvervsdrivende, der er omfattet af en medlemsstats lovgivning, har for de af sine familiemedlemmer, der er bosiddende på en

6 — EFT 2002 L 114, s. 6.

anden medlemsstats område, ret til familieydelser efter lovgivningen i førstnævnte stat, som om de pågældende var bosiddende på dennes område […]«

7. Forordningens artikel 75, stk. 2, bestemmer:

»[…] Såfremt den person, til hvem familieydelserne skal udbetales, ikke anvender dem til familiemedlemmernes underhold, skal den kompetente institution dog efter anmodning og gennem institutionen på familiemedlemmernes bopælssted eller den institution eller det organ, der er udpeget hertil af den kompetente myndighed i familiemedlemmernes bopælsstat, udbetale disse ydelser med frigørende virkning til den fysiske eller juridiske person, som faktisk forsørger familiemedlemmerne.«

8. Artikel 76 i forordning nr. 1408/71, som fastsætter prioritetsregler i tilfælde af samtidig ret til familieydelser i medfør af lovgivningen i den kompetente stat og i medfør af lovgivningen i den medlemsstat, hvor familiemedlemmerne er bosat, bestemmer:

»1. Når der i medfør af lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område familiemedlemmerne er bosat, kan udbetales familieydelser, stilles retten til familieydelser, der i medfør af lovgivningen i en anden medlemsstat i samme periode kan udbetales til det samme familiemedlem som følge af udøvelse af erhvervsvirksomhed, i påkommende tilfælde i overensstemmelse med artikel 73 eller 74, i bero i et omfang svarende til det beløb, der er fastsat i lovgivningen i førstnævnte medlemsstat.

2. Når der ikke er indgivet ansøgning om ydelser i den medlemsstat, på hvis område familiemedlemmerne er bosat, kan den kompetente institution i den anden medlemsstat anvende bestemmelserne i stk. 1, som om der var blevet tilkendt ydelser i førstnævnte medlemsstat.«

3. Forordning nr. 574/72

9. Artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 574/72, som har overskriften »Regler, der anvendes i tilfælde af samtidig ret til familieydelser eller børnetilskud til arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende«, bestemmer:

»a) Retten til familieydelser eller børnetilskud i henhold til en medlemsstats lovgivning, hvorefter erhvervelse af ret til disse ydelser eller tilskud ikke er betinget af forsikring eller af lønnet eller selvstændig beskæftigelse, suspenderes, når der i den samme periode og for det samme familiemedlem består ret til ydelser enten i henhold til en anden medlemsstats nationale lovgivning alene eller i henhold til artikel 73, 74, 77 eller 78 i […] forordning

[nr. 1408/71] med indtil et beløb svarende til disse ydelser.

b) Hvis der imidlertid udøves erhvervsmæssig beskæftigelse på den første medlemsstats område

i) af den person, der har ret til familieydelser, eller af den person, som ydelserne udbetales til, for så vidt angår de ydelser, der består ret til enten i henhold til en anden medlemsstats nationale lovgivning alene eller i henhold til artikel 73 eller 74 i […] forordning [nr. 1408/71], suspenderes dog retten til de familieydelser, der ydes enten i henhold til denne anden medlemsstats nationale lovgivning alene eller i henhold til disse artikler, med indtil et beløb svarende til de familieydelser, der er fastsat i lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område familiemedlemmet er bosat. Ydelser, som udbetales af den medlemsstat, på hvis område familiemedlemmet er bosat, afholdes af denne stat

[…]«

B — *De nationale bestemmelser*

10. Retten til tysk børnetilskud reguleres af §§ 62 og 63 i Einkommensteuergesetz (lov om indkomstskat, herefter »EStG«).

11. EStG's § 62, stk. 1, nr. 1), har følgende ordlyd:

»Personer, der har bopæl eller sædvanligt ophold i Tyskland, har i henhold til denne lov krav på børnetilskud til børn i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i § 63.«

12. § 63, stk. 1, nr.1, bestemmer:

»Som børn betragtes børn i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i § 32, stk. 1.«

13. § 32, stk. 1, nr. 1), har følgende ordlyd:

»Børn er den skattepligtiges børn i nedadgående linje.«

14. I henhold til EStG's § 65, stk. 1, skal der ikke betales børnetilskud til børn, hvis der i et

andet land er eller efter ansøgning ville være ret til børnetilskud til disse.

17. Ved afgørelse af 21. marts 2006 fastsatte kontoret for familieydelser fra januar 2006 et delbeløb på 44,25 EUR i børnetilskud pr. barn, da det var det beløb, hvormed det tyske børnetilskud, der udgjorde 154 EUR, oversteg den familieydelse på 109,75 EUR pr. barn, som faderen havde ret til i Schweiz.

III — Sagens baggrund, retsforhandlingerne og de forelagte spørgsmål

15. Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, bor Gudrun Schwemmer i Tyskland med to af sine børn, som blev født i henholdsvis 1992 og 1995. Hun påbegyndte i 2005 et arbejde som selvstændig inden for ejendomsforvaltnings-, viceværts- og rengøringsvirksomhed. Fra maj 2006 arbejdede hun i begrænset omfang for et firma. Gudrun Schwemmer indbetalte i det omhandlede tidsrum frivillige bidrag til Deutsche Rentenversicherung (den tyske pensionsordning, herefter »DRV«) og bidrag til syge- og plejeforsikring til Deutsche Angestellten-Krankenkasse (den tyske sygekasse for funktionærer, herefter »DAK«).

16. Børnenes fader, som Gudrun Schwemmer siden 1997 har været skilt fra, arbejder i Schweiz. Han indgav ikke ansøgning om de familieydelser, han havde ret til i henhold til schweizisk ret, og som udgjorde 109,75 EUR pr. barn.

18. Kontoret for familieydelser var af den opfattelse, hvilket blev stadfæstet i appelsagen af Finanzgericht, at de afgørende bestemmelser for fastsættelsen af størrelsen af Gudrun Schwemmers krav på børnetilskud er reglerne om samtidige rettigheder i forordning nr. 1408/71 og nr. 574/72. Da Gudrun Schwemmer ikke har udøvet nogen erhvervsmæssig beskæftigelse i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 10, stk. 1, litra b), nr. i), i forordning nr. 574/72, har retten til familieydelser i Schweiz forrang for den tyske ret til børnetilskud, jf. forordningens artikel 10, stk. 1, litra a). I henhold til artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 1408/71, der tilsvarende finder anvendelse, er det ifølge Finanzgericht og kontoret for familieydelser ikke afgørende, om der rent faktisk gøres brug af retten til at oppebære familieydelser i Schweiz. Den ved denne bestemmelse tildelte skønsbeføjelse kan kun fortolkes således, at det alene i begrundede undtagelsestilfælde kan antages, at der i beskæftigelsesstaten ikke tildeles nogen familieydelse, med den virkning, at bopælsstaten skal betale familieydelserne i fuldt omfang.

19. I sagen for den forelæggende ret modsatte Gudrun Schwemmer sig denne opfattelse og anførte, at hun — allerede fordi hun har erhvervsmæssig beskæftigelse i Tyskland — har ret til børnetilskud i fuldt omfang. Ifølge Gudrun Schwemmer skal arbejdstagere, der kun arbejder i begrænset omfang, ligestilles med forsikringspligtige arbejdstagere. I alle tilfælde undlod børnenes fader bevidst at indgive ansøgning om familieydelser i Schweiz, den kompetente beskæftigelsesstat, for at skade hende. En sådan situation er ikke reguleret i artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 574/72.

20. Den forelæggende ret har anført, at problemet i den foreliggende sag vedrørende samtidige rettigheder til familieydelser må løses under anvendelse af artikel 10, stk. 1, litra a), i forordning nr. 574/72, idet Gudrun Schwemmer efter rettens opfattelse ikke udøvede nogen erhvervsmæssig beskæftigelse i Tyskland i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i forordningens artikel 10, stk. 1, litra b), nr. i). I den forbindelse har den forelæggende ret anført, at efter ordlyden af artikel 10, stk. 1, litra a), i forordning nr. 574/72 suspenderes retten til børnetilskud i bopælsstaten kun, for så vidt som der er ret til familieydelser i beskæftigelsesstaten. I den foreliggende sag består der imidlertid ikke ret til familieydelser fra beskæftigelsesstaten. I Schweiz tilkendes familieydelser nemlig kun, hvis der indgives en ansøgning, og faderen til børnene har ikke indgivet en sådan ansøgning om de pågældende ydelser, uanset at han har krav herpå.

21. Endvidere anser den forelæggende ret det for tvivlsomt, om artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 skal anvendes tilsvarende i den foreliggende sag som anført af Gudrun Schwemmer.

22. På denne baggrund besluttede Bundesfinanzhof at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Finder bestemmelsen i artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 tilsvarende anvendelse på artikel 10, stk. 1, litra a), i forordning nr. 574/72 i en situation, hvor den forælder, der har ret dertil, ikke indgiver en ansøgning om familieydelser, der tilkommer ham, i beskæftigelsesstaten?

2) Såfremt artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 finder tilsvarende anvendelse: På grundlag af hvilke skønsmæssige overvejelser kan den institution i bopælsstaten, der er kompetent med hensyn til familieydelser, anvende artikel 10, stk. 1, litra a), i forordning nr. 574/72, som om der blev tilkendt ydelser i beskæftigelsesstaten? Kan denne skønsbeføjelse til at forudsætte, at der er oppebåret familieydelser i beskæftigelsesstaten, være begrænset, hvis den person, der har ret dertil i beskæftigelsesstaten, bevidst ikke ansøger om de familieydelser, der

tilkommer ham, for at skade den, der har krav på børnetilskud i bopælsstaten?«

IV — Juridisk analyse

A — *Parternes hovedargumenter*

23. I den foreliggende sag er der indgivet skriftlige indlæg af den litauiske og den østrigske regering samt af Europa-Kommissionen. Gudrun Schwemmer, den tyske regering og Kommissionen var til stede under retsmødet den 10. februar 2010.

24. Under retsmødet gjorde Gudrun Schwemmer gældende, at hun skulle anses for at være en person omfattet af artikel 1 i forordning nr. 1408/71 på trods af den omstændighed, at hun kun arbejdede i begrænset omfang og ikke var tvungent forsikret mod arbejdsløshed som krævet i punkt I, litra E, i forordningens bilag I. Dette bilag er ikke relevant i denne sammenhæng. Ifølge Gudrun Schwemmer finder artikel 75, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 tilsvarende anvendelse på omstændigheder som de foreliggende, hvor en person, som er beskæftiget i en anden medlemsstat, ikke har ansøgt om og modtaget familieydelser til de berørte familiemedlemmers underhold.

25. Den tyske regering har anført, at der i henhold til EStG's § 65 ikke er ret til en familieydelse i Tyskland, hvis der er ret til en lignende ydelse i en anden medlemsstat. I relation til Gudrun Schwemmer opstår en sådan ret endvidere ikke i medfør af forordning nr. 1408/71, idet — i henhold til punkt I, litra E, i forordningens bilag I — kapitel 7 i afsnit III i forordning nr. 1408/71 ikke finder anvendelse. Derimod finder artikel 10 i forordning nr. 574/72 i princippet anvendelse på Gudrun Schwemmers situation, bortset fra at hun ikke har udøvet nogen erhvervsmæssig beskæftigelse i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i forordningens artikel 10, stk. 1, litra b), nr. i). På denne baggrund er Schweiz primært kompetent vedrørende betaling af familieydelser.

26. Hvad angår artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 har den tyske regering anført, at denne bestemmelse finder tilsvarende anvendelse, således at de pågældende ydelser kan anses for at være tilkendt i Schweiz. Den tyske regering har imidlertid foreslået, at forordningens artikel 75, stk. 2, skal anvendes for at løse situationer, hvor en af forældrene nægter at ansøge om familieydelser.

27. Den litauiske regering er ligeledes af den opfattelse, at artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 finder anvendelse på de

omstændigheder, der foreligger i sagen for den forelæggende ret, som er omfattet af artikel 10, stk. 1, litra a), i forordning nr. 574/72, og at det derfor er uden betydning, om der er ansøgt om de pågældende ydelser. Denne regering har fremsat det argument, at hovedformålet med den ordning, som blev etableret i henhold til forordning nr. 1408/71 og nr. 574/72, er at forhindre kumulation af ydelser, hvilket bekræfter fremgangsmådens rigtighed. Endvidere ville en anderledes fortolkning stride imod princippet om, at der bør være en passende fordeling af byrderne inden for de sociale sikringsordninger mellem medlemsstaterne [7], og andet ville også være vanskeligt at gennemføre i praksis, idet der stadigvæk eksisterer begrænsninger i udvekslingen af de nødvendige oplysninger mellem medlemsstaterne.

28. For så vidt angår det andet spørgsmål har den litauiske regering bemærket, at det som følge af de skønsbeføjelser, som artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 synes at tillægge medlemsstaterne, med hensyn til alle forhold i en sag må tilkomme de kompetente myndigheder at beslutte, om denne bestemmelse skal finde anvendelse, og om de pågældende ydelser således kan anses for at have været tilkendt i den anden medlemsstat.

29. Ifølge den østrigske regering er det umuligt på grundlag af de oplysninger, som er tilvejebragt af den forelæggende ret, at betragte Gudrun Schwemmer som arbejdstager i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1 i forordning nr. 1408/71, sammenholdt med punkt I, litra E, i forordningens bilag I, eller som en person, der udøver erhvervsmæssig beskæftigelse i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 10, stk. 1, litra b), nr. i), i forordning nr. 574/72.

30. Imidlertid har den østrigske regering fremført det argument, at artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 i princippet finder anvendelse i et sådant tilfælde, idet formålet med bestemmelsen generelt er at forhindre en tilbageførsel af kompetence til skade for den medlemsstat, som kun har sekundær kompetence, udelukkende som følge af en bevidst undladelse af at ansøge om ydelsen. Følgelig er det uden betydning, om Gudrun Schwemmers tidligere ægtefælle bevidst undlod at ansøge om børnetilskud, og om han gjorde det for at skade hende.

31. Eftersom en sådan fortolkning ifølge den østrigske regering imidlertid ville føre til et temmeligt utilfredsstillende resultat, bør det vurderes, om reglerne om samtidige rettigheder finder anvendelse uden begrænsning på fraskilte eller separerede forældre. I den sag, der foreligger for den forelæggende ret, kan der med rimelighed argumenteres for, at forordning nr. 1408/71 slet ikke kan finde anvendelse, idet faderen skal anses for adskilt fra børnene og følgelig ikke længere er et

7 — I denne sammenhæng henvises til dom af 20.9.2001, sag C-184/99, Grzelczyk, Sml. I, s. 6193, præmis 44, og af 15.3.2005, sag C-209/03, Bidar, Sml. I, s. 2119, præmis 56 ff.

familiemedlem i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i forordningen. Retten til børnetilskud skal følgelig kun bedømmes i henhold til lovgivningen i bopælsmedlemsstaten.

32. Kommissionen har anført, at artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 udelukkende finder anvendelse, såfremt betingelsen i forordningens artikel 76, stk. 1, er opfyldt, dvs. udelukkende hvis familieydelserne tilkendes af bopælsmedlemsstaten i kraft af erhvervsudøvelse. Eftersom Gudrun Schwemmer ikke er arbejdstager i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i punkt I, litra E, i bilag I til forordning nr. 1408/71, og således falder uden for denne forordnings saglige anvendelsesområde, gælder forordningens artikel 76, stk. 2, i princippet ikke for hende.

33. Under alle omstændigheder er der ifølge Kommissionen intet hul i lovgivningen, der ville berettige en tilsvarende anvendelse af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 1408/71. I denne sammenhæng har Kommissionen endvidere anført, at ifølge Domstolens retspraksis kan retten til ydelser ikke suspenderes på grundlag af artikel 76 i forordning nr. 1408/71, såfremt der ikke kan kræves udbetalt tilskud i den pågældende medlemsstat, fordi alle betingelserne efter denne medlemsstats lovgivning for, at de nævnte tilskud faktisk kan udbetales, ikke er opfyldt, herunder betingelsen om, at der skal være indgivet en forudgående ansøgning herom [8]. Selv om dette princip blev formuleret i de tilfælde, hvor der ikke blev indgivet ansøgning i bopælsstaten, skal det også gælde i tilfælde af manglende ansøgning om ydelser i beskæftigelsesstaten.

34. Kommissionen har dernæst anført, at retten til børnetilskud i henhold til artikel 10, stk. 1, litra a), i forordning nr. 574/72 kun suspenderes, når der består ret til familieydelser i beskæftigelsesstaten. Eftersom faderen ikke har indgivet en ansøgning om familieydelser, som han har ret til i Schweiz, og eftersom alle betingelser vedrørende udbetaling af nævnte ydelser således ikke er opfyldt, »består« der ifølge Kommissionen ikke ret til familieydelser i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i bestemmelsen, for ham i beskæftigelsesstaten. Følgelig kan der heller ikke være kumulation af rettigheder.

35. Endvidere synes artikel 10, stk. 1, litra b), i forordning nr. 574/72 ifølge Kommissionen ikke at være relevant, da Gudrun Schwemmer ikke udøver erhvervsmæssig beskæftigelse i Tyskland.

36. Endelig har Kommissionen foreslået, at de tyske myndigheder kunne undgå at skulle afholde omkostningerne til børnetilskuddene alene ved at gøre brug af artikel 75, stk. 2, i forordning nr. 1408/71.

8 — Dom af 13.11.1984, sag 191/83, Salzano, Sml. s. 3741, præmis 10, af 23.4.1986, sag 153/84, Ferraioli, Sml. s. 1401, præmis 15, og af 4.7.1990, sag C-117/89, Kracht, Sml. I, s. 2781, præmis 18.

B — *Bedømmelse*

37. Med disse spørgsmål, som skal behandles under ét, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om retten til børnetilskud, som skal udbetales i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor en af forældrene er bosiddende sammen med de berørte børn, i henhold til antikumulationsreglerne i artikel 76 i forordning nr. 1408/71 og artikel 10 i forordning nr. 574/72, (delvist) kan suspenderes i en situation som i sagen for den forelæggende ret, hvor den tidligere ægtefælle, som er den anden af de berørte børns forældre, ville være berettiget til familieydelser i henhold til lovgivningen i beskæftigelsesstaten, men faktisk ikke modtager sådanne ydelser, idet der bevidst ikke er indgivet ansøgning herom.

38. Indledningsvis bemærkes, at det er ubestridt, at det omhandlede tyske børnetilskud opfylder betingelserne for at kunne betragtes som »familieydelser« i henhold til artikel 4, stk. 1, litra h), i forordning nr. 1408/71 [9]. Den foreliggende situation er således omfattet af forordningens saglige anvendelsesområde.

39. Dernæst for så vidt angår personkredsen, der er omfattet af forordning nr. 1408/71, er det ubestridt, at i hvert fald Gudrun Schwemmers tidligere ægtefælle udøver en aktivitet i sin bopælsstat Schweiz som »arbejdstager« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i forordningens artikel 1, litra a).

40. I denne sammenhæng er det derfor ikke nødvendigt at afgøre, om Gudrun Schwemmer også kan betragtes som arbejdstager i henhold til artikel 1 i forordning nr. 1408/71, sammenholdt med punkt I, litra E, i forordningens bilag I, eftersom denne forordning i henhold til sin artikel 2 og efter Domstolens retspraksis i princippet også omfatter familiemedlemmer eller som i den foreliggende sag tidligere ægtefæller til arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende [10].

41. Eftersom forordning nr. 1408/71 også omfatter situationer, der opstår i familien som følge af en skilsmisse [11], kan det i den forbindelse ikke lægges til grund — modsat den østrigske regerings tilkendegivelser — at Gudrun Schwemmers situation kan anses for udelukkende intern og for dermed helt at falde uden for forordningens anvendelsesområde,

9 — Jf. i denne sammenhæng dom af 20.5.2008, sag C-352/06, Bosmann, Sml. I, s. 3827, som ligeledes handlede om tysk børnetilskud.

10 — Jf. i denne retning bl.a. dom af 3.2.1983, sag 149/82, Robards, Sml. s. 171, præmis 15, af 5.3.1998, sag C-194/96, Kulzer, Sml. I, s. 895, præmis 32, og af 5.2.2002, sag C-255/99, Humer, Sml. I, s. 1205, præmis 42.

11 — Jf. i denne retning også dom af 26.11.2009, sag C-363/08, Slanina, Sml. I, s. 11111, præmis 30.

idet børnenes fader er skilt fra Gudrun Schwemmer og adskilt fra deres børn.

42. Det bør derfor bemærkes, at forordning nr. 1408/71 finder anvendelse både med hensyn til det saglige anvendelsesområde og den omfattede personkreds på en situation som den, Gudrun Schwemmer befinder sig i, hvilken situation jeg nu skal belyse på baggrund af de relevante bestemmelser i forordning nr. 1408/71 og nr. 574/72.

43. Hvad angår familieydelser bestemmer artikel 73 i forordning nr. 1408/71, at en arbejdstager eller en selvstændig erhvervsdrivende, der er omfattet af medlemsstat A's lovgivning, for de af sine familiemedlemmer, der er bosiddende på medlemsstat B's område, har ret til familieydelser efter lovgivningen i stat A, som om de pågældende var bosiddende i stat A. Bestemmelsen har netop til formål at sikre familiemedlemmer, som er bosat i en anden medlemsstat end medlemsstat A, ret til lovbestemte familieydelser [12].

44. Som den forelæggende ret har anført, hvilket ikke blev bestridt i hovedsagen, opstår retten til familieydelser for Gudrun Schwemmers børn derfor i princippet ifølge artikel 73 i forordning nr. 1408/71 i henhold til lovgivningen i Schweiz, som er hendes tidligere ægtefælles beskæftigelsesstat.

45. På den anden side skal det bemærkes, at i Tyskland, hvor Gudrun Schwemmer bor med de to børn, er hun berettiget til tysk børnetilskud til sine børn, eftersom ydelsen i henhold til tysk lovgivning skal udbetales på grundlag af både den berørte forælders og børnenes bopæl i Tyskland [13].

46. Eftersom der således er ret til familieydelser både i henhold til lovgivningen i Gudrun Schwemmers bopælsstat og lovningen i hendes tidligere ægtefælles beskæftigelses- og bopælsstat, skal tvisten løses på grundlag af antikumulationsbestemmelserne i artikel 76 i forordning nr. 1408/71 og artikel 10 i forordning nr. 574/72.

12 — Dom af 10.10.1996, forenede sager C-245/94 og C-312/94, Hoever og Zachow, Sml. I, s. 4895, præmis 32, og Humerdommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 39.

13 — Efter min opfattelse er det ikke relevant i denne henseende — som den tyske regering argumenterede under retsmødet — at EStG's § 65 udelukker ret til børnetilskud i Tyskland, hvis der består en ret til en tilsvarende ydelse i en anden medlemsstat. Formålet med denne bestemmelse er tydeligvis at løse kompetencekonflikter eller mere specifikt at undgå kumulation af rettigheder til familieydelser. I denne egenskab udgør bestemmelsen modstykket i den nationale lovgivning til forordning nr. 1408/71 og nr. 574/72 og skal — som følge af fællesskabsrettens forrang — fortolkes og anvendes i overensstemmelse med disse forordninger. Hvis den tyske regerings argumenter accepteres, og der tages hensyn til EStG's § 65 ved afgørelsen af, om Gudrun Schwemmer i princippet er berettiget til børnetilskud i medfør af den tyske lovgivning, ville det på en måde være det samme som at vende forholdet mellem forordningerne og den nationale lovgivning på hovedet.

47. I denne forbindelse skal det først og fremmest bemærkes, at hensigten med artikel 76 i forordning nr. 1408/71 er at løse problemet med kumulation af rettigheder til familieydelser dels i medfør af samme forordnings artikel 73, dels i medfør af lovgivningen i familiemedlemmets bopælsstat i kraft af familiemedlemmets erhvervsmæssige beskæftigelse [14].

48. Eftersom det omhandlede tyske børnetilskud imidlertid udelukkende er betinget af bopæl i Tyskland og ikke af udøvelse af en beskæftigelse, er artikel 76 i forordning nr. 1408/71 ikke relevant i den foreliggende sag.

49. Derimod henvises der i artikel 10 i forordning nr. 574/72 til tilfælde, hvor der er en risiko for kumulation af en ret til at modtage familieydelser i henhold til artikel 73 i forordning nr. 1408/71 og af en ret til at modtage familieydelser i henhold til bopælsstatens nationale lovgivning, som ikke er underlagt en sådan betingelse om erhvervsmæssig beskæftigelse [15].

50. Heraf følger, at artikel 10 i forordning nr. 574/72 er den relevante antikumulationsbestemmelse i det foreliggende tilfælde.

51. Artikel 10, stk. 1, litra a), i forordning nr. 574/72 bestemmer navnlig, at når der består en ret til familieydelser i bopælsstaten, suspenderes disse rettigheder — uanset betingelser om forsikring eller beskæftigelse — når der består en ret til ydelserne i henhold til artikel 73 i forordning nr. 1408/71.

52. I henhold til denne bestemmelse har de tilskud, der udbetales af beskæftigelsesstaten, følgelig prioritet frem for dem, som udbetales af bopælsstaten, der som følge heraf suspenderes [16].

53. Såfremt den person, der er berettiget til disse familieydelser, eller til hvilken de udbetales, også udøver erhvervsmæssig beskæftigelse i bopælsmedlemsstaten, vender artikel 10, stk. 1, litra b), nr. i), i forordning nr. 574/72 om på prioritetsstillingen, således at denne medlemsstat bliver kompetent, idet retten til tilskud i beskæftigelsesstaten i

14 — Jf. dom af 7.6.2005, sag C-543/03, Dodl og Oberhollenzer, Sml. I, s. 5049, præmis 53, og Slanina-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 36.

15 — Jf. dommen i sagen Dodl og Oberhollenzer, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 54.

16 — Jf. bl.a. dom af 9.12.1992, sag C-119/91, McMenamin, Sml. I, s. 6393, præmis 17.

henhold til artikel 73 i forordning nr. 1408/71 således suspenderes [17].

54. Det følger heraf, hvilket Gudrun Schwemmer faktisk gjorde gældende i sagen for den forelæggende ret, at hvis det blev fastslået, at hun udøvede en erhvervsmæssig beskæftigelse i henhold til artikel 10, stk. 1, litra b), nr. i), i forordning nr. 574/72 i sin bopælsstat, Tyskland, ville hun under alle omstændigheder være berettiget til det tyske børnetilskuds fulde beløb.

55. Ifølge den forelæggende rets konstateringer er dette imidlertid ikke tilfældet af den primære årsag, at Gudrun Schwemmer ikke kan betragtes som »arbejdstager« eller »selvstændig erhvervsdrivende« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1 i forordning nr. 1408/71, sammenholdt med punkt I, litra E, i forordningens bilag I, idet hun ikke var tvungent forsikret og dermed ikke opfyldte en af bilagets betingelser i relation til Tyskland.

56. I den forbindelse rejstes under retsmødet for Domstolen spørgsmålet, om Gudrun Schwemmer — modsat hvad den forelæggende ret synes at have antaget — i betragtning af sit arbejde som selvstændig inden for ejendomsforvaltnings-, viceværts- og rengøringsvirksomhed i 2005 og sin marginale beskæftigelse fra 2006 kunne betragtes som udøver af erhvervsmæssig beskæftigelse i henhold til artikel 10, stk. 1, litra b), nr. i), i forordning nr. 574/72, selv om hun samtidig ikke kunne betegnes som »arbejdstager« eller »selvstændig erhvervsdrivende« i den forstand, hvori udtrykkene er anvendt i artikel 1 i forordning nr. 1408/71, sammenholdt med punkt I, litra E, i forordningens bilag I.

57. Efter min opfattelse kan Domstolen imidlertid ikke afgøre de spørgsmål, som den forelæggende sag rejser, alene på grundlag af denne hypotese. Selv om den forelæggende ret reviderede sin fortolkning af begrebet »erhvervsmæssig beskæftigelse« i artikel 10, stk. 1, litra b), nr. i), i forordning nr. 574/72, ville retten stadigvæk skulle afgøre, om disse betingelser rent faktisk blev opfyldt af Gudrun Schwemmer. I betragtning af det svar, som efter min opfattelse skal gives på de præjudicielle spørgsmål, forekommer det mig ikke at være nødvendigt at overveje dette spørgsmål [18].

58. Hvis det således antages, at Gudrun Schwemmer ikke udøvede nogen erhvervsmæssig beskæftigelse i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 10, stk. 1, litra b), nr. i), i forordning nr. 574/72, skal det undersøges, om retten til børnetilskud i bopælsstaten skal suspenderes i henhold til forordningens artikel 10, stk. 1, litra a), under

17 — Jf. bl.a. McMenamin-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 17, og Bosmann-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 22.

18 — Jf. punkt 65 herunder.

de særlige omstændigheder i den sag, der verserer for den forelæggende ret, hvor den tidligere ægtefælle i medfør af artikel 73 i forordning nr. 1408/71 er berettiget til lignende familieydelser i sin beskæftigelsesstat, men hvor disse ydelser faktisk ikke er udbetalt, idet der ikke er indgivet ansøgning herom.

59. I denne henseende bør det bemærkes, at Domstolen i Salzano-dommen [19], Ferraioli-dommen [20] og Kracht-dommen [21] allerede har haft mulighed for at afgøre det modsatte tilfælde, dvs. spørgsmålet, om retten til ydelser, der består i beskæftigelsesstaten i henhold til artikel 73 i forordning nr. 1408/71, skal suspenderes i en situation, hvor der ikke er indgivet ansøgning om de tilsvarende ydelser, som skal udbetales i bopælsstaten, og som følgelig faktisk ikke er blevet udbetalt. Domstolen fastslog, at retten til ydelser i den kompetente medlemsstat ikke stilles i bero — i disse sager i beskæftigelsesstaten — såfremt ydelserne ikke var blevet udbetalt i den anden medlemsstat, fordi alle betingelserne efter denne medlemsstats lovgivning for, at de nævnte tilskud faktisk kan udbetales, ikke er opfyldt, herunder betingelsen om, at der skal være indgivet en forudgående ansøgning herom [22].

60. I disse sager støttede Domstolen sig således på princippet om, at rettigheder i medfør af artikel 73 i forordning nr. 1408/71 kun suspenderes på betingelse af, at der faktisk udbetales tilskud i bopælsstaten [23]. Selv om denne fremgangsmåde blev vedtaget i relation til kumulation af ydelser omfattet af artikel 76 i forordning nr. 1408/71, er der efter min opfattelse ingen grund til, at den ikke også skulle finde anvendelse her, hvor situationen er omfattet af artikel 10, stk. 1, litra a), i forordning nr. 574/72, og hvor der består en ret til ydelser i beskæftigelsesstaten, men hvor disse ydelser faktisk ikke er blevet udbetalt, da der ikke er indgivet ansøgning herom.

61. Artikel 76 i forordning nr. 1408/71 blev ganske vist efter tidspunktet for de ovenfor nævnte sager ændret, idet der indsattes et nyt stk. 2, hvorefter beskæftigelsesmedlemsstaten kan suspendere retten til familieydelser i de tilfælde, hvor der ikke er indgivet en ansøgning om ydelser i bopælsmedlemsstaten, og denne medlemsstat derfor ikke har foretaget nogen udbetaling.

19 — Nævnt ovenfor i fodnote 8.

20 — Nævnt ovenfor i fodnote 8.

21 — Nævnt ovenfor i fodnote 8.

22 — Jf. i denne retning Salzano-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, Ferraioli-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 14, og Kracht-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 11 og 18.

23 — Jf. også McMenamin-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 26.

62. Der er imidlertid ikke vedtaget en sådan regel vedrørende artikel 10, stk. 1, litra a), i forordning nr. 574/72. I denne sammenhæng bør det bemærkes, at Domstolen i Kracht-dommen afviste at tage ovennævnte retspraksis op til fornyet overvejelse i lyset af den nye affattelse af artikel 76 i forordning nr. 1408/71, selv om det nye stk. 2 (skønt det endnu ikke var trådt i kraft) allerede var blevet vedtaget. Domstolen bemærkede bl.a., at dens tidligere fortolkning af forordningens artikel 76 var i overensstemmelse med traktatens formål, nemlig at gennemføre arbejdskraftens frie bevægelighed [24]. I denne sammenhæng afviste Domstolen endvidere de samme argumenter som dem, der er fremsat i den foreliggende sag, hvorefter enhver valgmulighed for de ydelsesberettigede — eller en ændring af fordelingen af de økonomiske byrder mellem de berørte medlemsstater — skal udelukkes [25].

63. Under disse omstændigheder forekommer det ikke hensigtsmæssigt at anvende reglen i artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 analogt med artikel 10, stk. 1, litra a), i forordning nr. 574/72, som er den omtvistede bestemmelse i denne sag [26].

64. Endelig er en fremgangsmåde under omstændigheder som de foreliggende, hvorefter retten til ydelser i bopælsmedlemsstaten ikke vil blive suspenderet, i overensstemmelse med fast retspraksis, idet en antikumulationsregel for familieydelser — såsom artikel 10, stk. 1, litra a), i forordning nr. 574/72 — ikke bør anvendes på en sådan måde, at den uden grund fratager de berørte personer retten til de ydelser, som tilkommer dem i medfør af lovgivningen i en medlemsstat [27].

65. Det følger af de ovennævnte betragtninger, at de spørgsmål, som er forelagt af den nationale ret, skal besvares med, at artikel 76 i forordning nr. 1408/71 og artikel 10 i forordning nr. 574/72 skal fortolkes således, at retten til børnetilskud, som består i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor en forælder er bosiddende med de pågældende børn, ikke skal suspenderes i en situation som den, der er beskrevet i den sag, der verserer for den forelæggende ret, i hvilken den tidligere ægtefælle, den anden forælder til disse børn, ville være berettiget i henhold til artikel 73 i forordning nr. 1408/71 til familieydelser efter lovgivningen i beskæftigelsesstaten, men reelt ikke modtager disse ydelser, fordi der ikke er indgivet ansøgning herom.

24 — Jf. Kracht-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 12-14.

25 — Jf. Kracht-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 12 og 13.

26 — Af samme grund er jeg ikke overbevist om, at artikel 75, stk. 2, i forordning nr. 1408/71, som omhandler en situation, hvor familieydelserne »ikke anvendes« af den person, som ikke reelt tager sig af de pågældende familiemedlemmer, til familiemedlemmernes underhold, kan anvendes analogt under omstændigheder som dem, der er beskrevet i den foreliggende sag, hvor der ikke er ansøgt om de omhandlede familieydelser, og de dermed heller ikke er modtaget.

27 — Jf. i denne retning navnlig dom af 19.2.1981, sag 104/80, Beeck, Sml. s. 503, præmis 12.

V — Forslag til afgørelse

66. Af ovenstående grunde foreslår jeg Domstolen, at de af Bundesfinanzhof forelagte spørgsmål besvares som følger:

»Artikel 76 i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 118/97 af 2. december 1996, og artikel 10 i Rådets forordning (EØF) nr. 574/72 af 21. marts 1972 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71, som ændret ved forordning (EF) nr. 647/2005, skal fortolkes således, at retten til børnetilskud, som består i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor en forælder er bosiddende med de pågældende børn, ikke skal suspenderes i en situation som den, der er beskrevet i den sag, der verserer for den forelæggende ret, i hvilken den tidligere ægtefælle, den anden forælder til disse børn, ville være berettiget i henhold til artikel 73 i forordning nr. 1408/71 til familieydelser efter lovgivningen i beskæftigelsesstaten, men reelt ikke modtager disse ydelser, fordi der ikke er indgivet ansøgning herom.«