CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. MAZÁK
van 15 april 2010[1]

I — Inleiding

1. Bij beschikking van 30 oktober 2008, ingekomen bij het Hof op 15 januari 2009, heeft het Bundesfinanzhof (Duitsland) het Hof van Justitie prejudiciële vragen gesteld inzake de uitlegging van artikel 76 van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, zoals gewijzigd en bijgewerkt bij verordening (EG) nr. 118/97 van de Raad van 2 december 1996[2] („verordening nr. 1408/71")[3], en van artikel 10 van verordening (EEG) nr. 574/72 van de Raad van 21 maart 1972 tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening (EEG) nr. 1408/71, zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 647/2005[4] („verordening nr. 574/72").[5]

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Gudrun Schwemmer, een in Duitsland woonachtige gescheiden Duitse staatsburger, wier voormalige echtgenoot in Zwitserland werkt, en de Agentur für Arbeit Villingen-Schwenningen — Familienkasse (Arbeidsbureau Villingen-Schwenningen — Kas voor gezinsbijslagen) (hierna: „Familienkasse") inzake de weigering van deze laatste om haar voor haar twee kinderen de volledige gezinsbijslag toe te kennen.

3. De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen of, in een situatie na een echtscheiding waarin de vader van de kinderen opzettelijk nalaat om in de bevoegde staat van tewerkstelling kinderbijslag aan te vragen, de staat van woonplaats van de moeder de kinderbijslag slechts hoeft te betalen voor zover die hoger is dan de kinderbijslag die de vader in zijn staat van woonplaats zou kunnen ontvangen.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — PB L 28, blz.1.

3 — PB L 149 van 5 juli 1971, blz. 2-50.

4 — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 13 april 2005 tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, en van verordening (EEG) nr. 574/72 van de Raad tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening (EEG) nr. 1408/71 (PB L 117, blz. 1).

5 — PB L 74 van 27 maart 1972, blz. 1-83.

II — Toepasselijke bepalingen

A — *Gemeenschapsrecht*

1. De Overeenkomst tussen de Gemeenschap en Zwitserland

4. Krachtens bijlage II bij de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en de Zwitserse Bondsstaat, anderzijds, over het vrije verkeer van personen, ondertekend in Luxemburg op 21 juni 1999 [6], zijn de verordeningen nrs. 1408/71 en 574/72 van toepassing op de verhoudingen tussen de partijen bij die overeenkomst.

2. Verordening nr. 1408/71

5. Artikel 13 van verordening nr. 1408/71, met het opschrift „Algemene regels", bepaalt, voor zover hier van belang, inzake de vaststelling van de toepasselijke wetgeving:

„1. Onder voorbehoud van de artikelen 14 quater en 14 septies zijn degenen op wie deze verordening van toepassing is, slechts aan de wetgeving van één enkele lidstaat onderworpen. De toe te passen wetgeving wordt overeenkomstig de bepalingen van deze titel vastgesteld.

2. Onder voorbehoud van de artikelen 14 tot en met 17:

(a) is op degene die op het grondgebied van een lidstaat werkzaamheden in loondienst uitoefent, de wetgeving van die staat van toepassing zelfs indien hij op het grondgebied van een andere lidstaat woont of indien de zetel van de onderneming of het domicilie van de werkgever waarbij hij werkzaam is, zich bevindt op het grondgebied van een andere lidstaat.

[…]"

6. Artikel 73 van verordening nr. 1408/71, met het opschrift „Werknemers in loondienst of zelfstandigen wier gezinsleden in een andere lidstaat dan de bevoegde staat wonen", bepaalt:

„[…] de werknemer of de zelfstandige op wie de wettelijke regeling van een lidstaat van toepassing is, [heeft] voor zijn gezinsleden die op het grondgebied van een andere lidstaat wonen, recht op de gezinsbijslagen waarin de

6 — PB 2002 L 114, blz. 6.

wettelijke regeling van de eerst staat voorziet, alsof die gezinsleden op het grondgebied van deze staat woonden."

7. Artikel 75, lid 2, van deze verordening bepaalt:

„Indien degene aan wie de gezinsbijslagen moeten worden verleend, deze niet voor het onderhoud van de gezinsleden besteedt, betaalt het bevoegde orgaan, op verzoek en door tussenkomst van het orgaan van hun woonplaats dan wel van het orgaan of de instelling welke daartoe door de bevoegde autoriteit van het land waar zij wonen, is aangewezen, deze bijslagen uit aan de natuurlijke persoon of de rechtspersoon te wiens laste de gezinsleden in feite komen, hetgeen volledige kwijting van het bevoegde orgaan inhoudt."

8. Artikel 76 van verordening nr. 1408/71, waarin prioriteitsregels zijn neergelegd bij cumulatie van rechten op gezinsbijslagen krachtens de wetgeving van de bevoegde staat en krachtens de wetgeving van de lidstaat waar de gezinsleden wonen, bepaalt:

„1. Wanneer gezinsbijslagen in hetzelfde tijdvak, voor hetzelfde gezinslid en wegens het uitoefenen van een beroepsactiviteit worden toegekend krachtens de wetgeving van de lidstaat op het grondgebied waarvan de gezinsleden wonen, wordt het recht op de gezinsbijslagen die krachtens de wetgeving van een andere lidstaat, in voorkomend geval uit hoofde van de artikelen 73 of 74, verschuldigd zijn, geschorst ten belope van het bedrag dat bij de wetgeving van de eerstgenoemde lidstaat is vastgesteld.

2. Indien in de lidstaat op het grondgebied waarvan de gezinsleden wonen, geen verzoek tot uitkering wordt ingediend, kan de bevoegde instelling van de andere lidstaat lid 1 toepassen alsof in de eerstgenoemde lidstaat wel bijslagen zijn uitgekeerd."

3. Verordening nr. 574/72

9. Artikel 10, lid 1, van verordening nr. 574/72, met het opschrift „Voorschriften in geval van samenloop van rechten op gezins- of kinderbijslag voor werknemers en zelfstandigen", bepaalt:

„a) Het recht op gezins- of kinderbijslag die is verschuldigd krachtens de wettelijke regeling van een lidstaat, waarin voor het verkrijgen van het recht op deze bijslag geen voorwaarden inzake verzekering, werkzaamheden in loondienst of werkzaamheden anders dan in loondienst worden gesteld, wordt geschorst wanneer tijdens een zelfde tijdvak en voor een zelfde gezinslid bijslag verschuldigd is enkel krachtens de nationale wetgeving van een andere lidstaat of krachtens artikel 73, 74, 77 of 78 van […] verordening

[nr. 1408/71], ten belope van het bedrag van die bijslag.

(b) Wanneer echter op het grondgebied van eerstgenoemde lidstaat beroepswerkzaamheden worden uitgeoefend:

(i) in het geval van bijslag verschuldigd enkel krachtens de nationale wetgeving van een andere lidstaat of op grond van artikel 73 of 74 van verordening [nr. 1408/71], door degene die recht heeft op gezinsbijslagen of degene aan wie deze bijslag wordt uitbetaald, wordt het recht op gezinsbijslagen, verschuldigd enkel krachtens de nationale wetgeving van die andere lidstaat of krachtens deze artikelen, geschorst ten belope van het bedrag van de gezinsbijslagen zoals voorzien in de wetgeving van de lidstaat op het grondgebied waarvan het gezinslid woont. De bijslag die wordt uitbetaald door de lidstaat op het grondgebied waarvan het gezinslid woont, komt ten laste van deze staat;

[…]"

B — *Nationale bepalingen*

10. Het recht op Duitse kinderbijslag wordt geregeld in de §§ 62 en 63 van de Wet op de Inkomstenbelasting (Einkommensteuergesetz, hierna: „EStG").

11. § 62.1.1 van de EStG luidt:

„Heeft recht op kinderbijslag voor kinderen in de zin van § 63, diegene die in het binnenland zijn woon- of gebruikelijke verblijfplaats heeft."

12. § 63.1.1 bepaalt:

„Als kinderen worden beschouwd: kinderen in de zin van § 32.1."

13. § 32.1.1 luidt:

„Kinderen zijn kinderen die in de eerste graad verwant zijn met de belastingbetaler."

14. § 65.1 van de EStG bepaalt dat geen kinderbijslag wordt uitgekeerd voor een kind waarvoor in een ander land recht op

kinderbijslag bestaat of zou bestaan indien deze was aangevraagd.

17. Bij besluit van 21 maart 2006 stelde de Familienkasse de hoogte van de kinderbijslag voor de twee kinderen vanaf januari 2006 vast op een deelbedrag van 44,25 EUR per kind, zijnde het verschil tussen de Duitse kinderbijslag van 154 EUR en de in Zwitserland aan de vader toekomende gezinsbijslag van 109,75 EUR per kind.

III — Feiten, procesverloop en prejudiciële vragen

15. Zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, woont Schwemmer in Duitsland met twee van haar kinderen, geboren in 1992 en 1995. In 2005 startte zij als zelfstandige met het aanbieden van diensten op het gebied van woningbeheer, onderhoud en schoonmaken. Vanaf mei 2006 had zij een beperkte aanstelling in loondienst bij een onderneming. In het tijdvak dat hier aan de orde is, betaalde verzoekster vrijwillig pensioenpremies in het kader van de Deutsche Rentenversicherung (hierna: „DRV"), alsook ziektekostenpremies aan de Deutsche Angestelltenkrankenkasse (hierna: „DAK").

16. De vader van de kinderen, van wie verzoekster sinds 1997 is gescheiden, werkt in Zwitserland. De gezinsbijslagen van 109,75 EUR per kind die hem naar Zwitsers recht toekomen, heeft hij niet aangevraagd.

18. De Familienkasse stond op het standpunt dat Schwemmers recht op kinderbijslag wordt bepaald door de samenloopbepalingen van verordening nr. 1408/71 en verordening nr. 574/72 en werd daarin in beroep gevolgd door het Finanzgericht. Aangezien Schwemmer geen beroepswerkzaamheden in de zin van artikel 10, lid 1, sub b-i, van verordening nr. 574/72 uitoefende, heeft het recht op gezinsbijslagen in Zwitserland ingevolge artikel 10, lid 1, sub a, van deze verordening voorrang op het Duitse recht op kinderbijslag. Volgens het Finanzgericht en de Familienkasse is het overeenkomstig artikel 76, lid 2, van verordening nr. 1408/71, dat mutatis mutandis van toepassing is, niet relevant of de gezinsbijslagen in Zwitserland daadwerkelijk zijn aangevraagd. De in deze bepaling verleende discretionaire bevoegdheid kan enkel aldus worden uitgelegd dat er uitsluitend in gerechtvaardigde buitengewone omstandigheden van kan worden uitgegaan dat in de staat van tewerkstelling geen gezinsbijslagen zijn toegekend en dat de staat van woonplaats dientengevolge de volledige gezinsbijslag moet betalen.

19. In de procedure in het hoofdgeding brengt Schwemmer hiertegen in dat zij reeds op grond van haar beroepswerkzaamheden in Duitsland recht heeft op de volledige kinderbijslag. Volgens Schwemmer moeten werknemers met een beperkte aanstelling gelijk worden gesteld met verplicht verzekerde werknemers. In ieder geval heeft de vader van de kinderen bewust geen gezinsbijslagen aangevraagd in Zwitserland, de bevoegde staat van tewerkstelling, om haar te benadelen. Die situatie is in artikel 10, lid 1, van verordening nr. 574/72 niet voorzien.

20. De verwijzende rechter stelt dat het probleem van de samenloop van rechten op gezinsbijslagen in het hoofdgeding moet worden opgelost onder verwijzing naar artikel 10, lid 1, sub a, van verordening nr. 574/72, aangezien Schwemmer naar zijn mening in Duitsland geen beroepswerkzaamheden in de zin van artikel 10, lid 1, sub b-i, van deze verordening uitoefende. Dienaangaande benadrukt de verwijzende rechter dat het recht op kinderbijslag in de staat van de woonplaats volgens de bewoordingen van artikel 10, lid 1, sub a, van verordening nr. 574/72 slechts wordt geschorst indien in de staat van tewerkstelling gezinsbijslag verschuldigd is. In het hoofdgeding is in de staat van tewerkstelling geen gezinsbijslag verschuldigd: in Zwitserland kan slechts gezinsbijslag worden toegekend indien deze is aangevraagd, hetgeen door de vader van de kinderen, hoewel hij recht heeft op de betrokken bijslag, is nagelaten.

21. Bovendien betwijfelt de verwijzende rechter of artikel 76, lid 2, van verordening nr. 1408/71 van overeenkomstige toepassing is op de bij hem aanhangige zaak, zoals door Schwemmer wordt gesteld.

22. Daarop heeft het Bundesfinanzhof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1. Moet artikel 76, lid 2, van verordening nr. 1408/71 op overeenkomstige wijze worden toegepast op artikel 10, lid 1, sub a, van verordening nr. 574/72, wanneer de rechthebbende ouder de in de staat van tewerkstelling aan hem toekomende gezinsbijslagen niet aanvraagt?

2. Indien artikel 76, lid 2, van verordening nr. 1408/71 op overeenkomstige wijze van toepassing is: op grond van welke discretionaire overwegingen kan het voor de gezinsbijslagen bevoegde orgaan van de staat van woonplaats artikel 10, lid 1, sub a, van verordening nr. 574/72 toepassen alsof in de staat van tewerkstelling bijslagen zijn toegekend? Kan de discretionaire bevoegdheid om de ontvangst van gezinsbijslagen in de staat van tewerkstelling te veronderstellen, beperkt zijn wanneer de rechthebbende in de staat van tewerkstelling de aan hem toekomende gezinsbijslagen bewust niet

aanvraagt om de bijslaggerechtigde in de staat van woonplaats te benadelen?"

IV — Beoordeling rechtens

A — *Voornaamste argumenten van partijen*

23. In het onderhavige geding zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de regeringen van Litouwen en Oostenrijk en door de Europese Commissie. Schwemmer, de Duitse regering en de Commissie waren vertegenwoordigd ter terechtzitting van 10 februari 2010.

24. Volgens de opmerkingen van Schwemmer ter terechtzitting moet zij worden beschouwd als een persoon die onder artikel 1 van verordening nr. 1408/71 valt, ondanks het feit dat zij slechts een beperkte aanstelling had en niet verplicht was verzekerd tegen werkloosheid, zoals vereist krachtens punt I.E van bijlage I bij deze verordening. Die bijlage is in deze context niet relevant. Voorts is artikel 75, lid 2, van verordening nr. 1408/71 volgens Schwemmer van overeenkomstige toepassing op omstandigheden als in het onderhavige geval, waarin de persoon die in een andere lidstaat werkt de gezinsbijslag voor het levensonderhoud van het betrokken gezin niet heeft aangevraagd en ontvangen.

25. De Duitse regering benadrukt dat krachtens § 65 van de EstG geen recht op gezinsbijslagen bestaat indien in een andere lidstaat sprake is van een recht op vergelijkbare bijslagen. Voorts ontstaat in het geval van Schwemmer evenmin een dergelijk recht op basis van verordening nr. 1408/71, aangezien hoofdstuk 7 van titel III van verordening nr. 1408/71 krachtens punt I.E van bijlage I bij deze verordening niet van toepassing is. Daarentegen is artikel 10 van verordening nr. 574/72 in beginsel van toepassing op Schwemmers situatie, behalve dat zij geen beroepswerkzaamheden in de zin van artikel 10, lid 1, sub b-i, van verordening nr. 574/72 heeft uitgeoefend. Zwitserland is bijgevolg primair bevoegd inzake de uitkering van gezinstoelagen.

26. De Duitse regering blijft inzake artikel 76, lid 2, van verordening nr. 1408/71 bij het standpunt dat deze bepaling van overeenkomstige toepassing is, zodat de betrokken bijslagen kunnen worden geacht te zijn toegekend in Zwitserland. De Duitse regering stelt echter voor om artikel 75, lid 2, van deze verordening te gebruiken om dit soort situaties op te lossen, waarin een ouder weigert gezinsbijslagen aan te vragen.

27. Ook de Litouwse regering is van mening dat artikel 76, lid 2, van verordening nr. 1408/71 van toepassing is op de

omstandigheden in het hoofdgeding, die worden beheerst door artikel 10, lid 1, sub a, van verordening nr. 574/72 en dat het derhalve irrelevant is of de bijslag al dan niet is aangevraagd. Zij stelt dat de juistheid van deze aanpak wordt ondersteund door de voornaamste doelstelling van het systeem dat in de verordeningen nr. 1408/71 en nr. 574/72 is neergelegd om de samenloop van bijslagen te voorkomen. Een andere uitlegging zou bovendien in strijd zijn met het beginsel dat op het gebied van sociale bijstand een gepaste lastenverdeling tussen de lidstaten moet bestaan [7] en zou, gezien de nog steeds bestaande beperkingen in de uitwisseling van de nodige informatie tussen de lidstaten, in de praktijk moeilijk kunnen worden uitgevoerd.

28. Met betrekking tot de tweede vraag geeft de Litouwse regering in overweging dat, gelet op de discretionaire bevoegdheid die artikel 76, lid 2, van verordening nr. 1408/71 aan de lidstaten lijkt toe te kennen, de bevoegde autoriteiten moeten beslissen of deze bepaling, in het licht van alle omstandigheden van het individuele geval, moet worden toegepast en of de betrokken bijslagen aldus kunnen worden geacht te zijn toegekend in de andere lidstaat.

29. Volgens de Oostenrijkse regering kan Schwemmer op basis van de informatie die door de verwijzende rechter is overgelegd, onmogelijk worden beschouwd als een werknemer in de zin van artikel 1 van verordening nr. 1408/71, gelezen in samenhang met punt I.E van bijlage I hierbij, of als een persoon die beroepswerkzaamheden uitoefent in de zin van artikel 10, lid 1, sub b-i, van verordening nr. 574/72.

30. De Oostenrijkse regering stelt echter dat in een dergelijk geval artikel 76, lid 2, van verordening nr. 1408/71 in beginsel van toepassing is, aangezien die bepaling er in het algemeen op is gericht om te voorkomen dat bevoegdheden worden omgekeerd ten nadele van de lidstaat die slechts aanvullend bevoegd is, alleen omdat opzettelijk geen bijslag wordt aangevraagd. Dienovereenkomstig is het niet relevant of de voormalige echtgenoot van Schwemmer met opzet geen kinderbijslag heeft aangevraagd en of hij dit deed om haar te benadelen.

31. Aangezien deze uitlegging echter, zoals de Oostenrijkse regering toegeeft, leidt tot een tamelijk onbevredigend resultaat, moet worden overwogen of de samenloopregels onbeperkt moeten gelden voor gescheiden ouders. Redelijkerwijze kan worden gesteld dat verordening nr. 1408/71 in het hoofdgeding in het geheel niet van toepassing is, aangezien de vader als gescheiden levend van de kinderen moet worden beschouwd en derhalve niet langer kan worden gezien als een gezinslid in de zin van de verordening. Hieruit

7 — In deze context wordt verwezen naar de arresten van 20 september 2001, Grzelczyk (C-184/99, Jurispr. blz. I-6193), punt 44, en 15 maart 2005, Bidar (C-209/03, Jurispr. blz. I-2119), punten 56 en volgende.

vloeit voort dat het recht op kinderbijslag alleen zou moeten worden beoordeeld onder verwijzing naar de wetgeving van de lidstaat van woonplaats.

32. De Commissie zet uiteen dat artikel 76, lid 2, van verordening nr. 1408/71 slechts van toepassing is indien de in artikel 76, lid 1, van die verordening neergelegde voorwaarde is vervuld, dat wil zeggen enkel indien door de lidstaat van woonplaats gezinsbijslagen worden toegekend op basis van de uitoefening van een beroepsactiviteit. Aangezien Schwemmer geen werknemer is in de zin van punt I.E van bijlage I bij verordening nr. 1408/71 en derhalve buiten de materiële werkingssfeer van deze verordening valt, is artikel 76, lid 2, van die verordening in beginsel niet op haar van toepassing.

33. In ieder geval is er volgens de Commissie geen sprake van een leemte die de overeenkomstige toepassing van artikel 76, lid 2, van verordening nr. 1408/71 rechtvaardigt. Zij wijst er in die context verder op dat het recht op bijslagen op basis van artikel 76 van verordening nr. 1408/71 volgens de rechtspraak van het Hof niet kan worden geschorst indien bijlagen niet in de betrokken lidstaat kunnen worden uitgekeerd wegens het niet-vervullen van alle voorwaarden die zijn neergelegd in de wettelijke bepalingen van die lidstaat om dergelijke bijlagen daadwerkelijk te ontvangen, zoals de voorwaarde dat ze eerst moeten worden aangevraagd. [8] Hoewel dat beginsel is geformuleerd in gevallen waar geen aanvraag was ingediend in de staat van woonplaats, zou het ook van toepassing moeten zijn ingeval geen bijslagen zijn aangevraagd in de staat van tewerkstelling.

34. De Commissie wijst er vervolgens op dat het recht op kinderbijslag krachtens artikel 10, lid 1, sub a, van verordening nr. 574/72 slechts wordt geschorst indien gezinsbijlagen zijn verschuldigd in de staat van tewerkstelling. Volgens haar standpunt zijn in de staat van tewerkstelling in de zin van deze bepaling geen gezinsbijslagen „verschuldigd" aan de vader, aangezien hij de gezinsbijlagen waarop hij recht heeft in Zwitserland niet heeft aangevraagd en derhalve niet aan alle eisen voor de uitkering van dergelijke bijslagen is voldaan. Derhalve kan er evenmin sprake zijn van samenloop van rechten.

35. Daarenboven lijkt artikel 10, lid 1, sub b, van verordening nr. 574/72 naar de mening van de Commissie niet relevant, aangezien Schwemmer in Duitsland geen beroepswerkzaamheden uitoefent.

36. Tot slot geeft de Commissie in overweging dat de Duitse autoriteiten zouden kunnen voorkomen om alleen de kosten van kinderbijslag te moeten dragen door gebruik te maken van artikel 75, lid 2, van verordening nr. 1408/71.

8 — Arresten van 13 november 1984, Salzano (191/83, Jurispr. blz. 3741), punt 10; 23 april 1986, Ferraioli (153/84, Jurispr. blz. 1401), punt 15; en 4 juli 1990, Kracht (C-117/89, Jurispr. blz. I-2781), punt 18.

B — *Beoordeling*

37. Met zijn vragen, die gezamenlijk moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het recht op kinderbijslag die krachtens de wettelijke bepalingen van de lidstaat waar een ouder met de betrokken kinderen woonachtig is moet worden betaald, volgens de in artikel 76 van verordening nr. 1408/71 en artikel 10 van verordening nr. 574/72 neergelegde samenloopregels (gedeeltelijk) kan worden geschorst in een situatie als die welke aan de orde is in het hoofdgeding, waarin de voormalige echtgenoot, de andere ouder van de betrokken kinderen, krachtens de wettelijke bepalingen van de staat van tewerkstelling recht zou hebben op gezinsbijslagen, maar deze bijslagen niet daadwerkelijk ontvangt omdat hij deze opzettelijk niet heeft aangevraagd.

38. Vooraf moet allereerst worden opgemerkt dat niet in geding is dat de aan de orde zijnde Duitse kinderbijslag aan de voorwaarden voldoet om als gezinsbijslagen te worden beschouwd in de zin van artikel 4, lid 1, sub h, van verordening nr. 1408/71. [9] Die verordening is derhalve ratione materiae van toepassing op de aan de orde zijnde situatie.

39. Ten tweede staat wat de toepasselijkheid ratione personae van verordening nr. 1408/71 betreft, vast dat Schwemmers voormalige echtgenoot in Zwitserland, zijn woonland, een activiteit als „werknemer" uitoefent in de zin van artikel 1, lid a, van die verordening.

40. Dienovereenkomstig is het in deze context niet noodzakelijk om vast te stellen of ook Schwemmer kan worden beschouwd als werknemer in de zin van artikel 1 van verordening nr. 1408/71, gelezen in samenhang met punt I.E van de bijlage hierbij, aangezien verordening nr. 1408/71 volgens artikel 2 van die verordening en de rechtspraak van het Hof in beginsel ook geldt voor betrekkingen van gezinsleden of, zoals in het onderhavige geval, van voormalige echtgenoten van werknemers of zelfstandigen. [10]

41. Aangezien verordening nr. 1408/71 tevens geldt voor gezinssituaties die zijn ontstaan naar aanleiding van een echtscheiding [11], kan in dat opzicht, anders dan de Oostenrijkse regering stelt, niet worden aangenomen dat Schwemmers situatie als puur intern en als volledig buiten de werkingssfeer van deze verordening vallend kan worden beschouwd op grond dat de vader van de

9 — Zie in deze context, arrest van 20 mei 2008, Bosmann (C-352/06, Jurispr. blz. I-3827), dat ook Duitse kinderbijslag betrof.

10 — Zie hiervoor, onder andere, arresten van 3 februari 1983, Robards (149/82 Jurispr. blz. 171), punt 15; 5 maart 1998, Kulzer (C-194/96, Jurispr. blz. I-895), punt 32; en 5 februari 2002, Humer (C-255/99, Jurispr. blz. I-1205), punt 42.

11 — Zie hiervoor ook, arrest van 26 november 2009, Slanina (C-363/08, Jurispr. blz. I-11111), punt 30.

betrokken kinderen van Schwemmer is gescheiden en apart van hun kinderen leeft.

42. Derhalve moet worden opgemerkt dat verordening nr. 1408/71 ratione materiae en ratione personae van toepassing is op een situatie als die van Schwemmer, die ik nu zal onderzoeken in het licht van de relevante bepalingen van de verordeningen nr. 1408/71 en nr. 574/72.

43. Wat gezinsbijlagen betreft, bepaalt artikel 73 van verordening nr. 1408/71 dat een werknemer of een zelfstandige op wie de wettelijke regeling van een lidstaat A van toepassing is, voor zijn gezinsleden die in lidstaat B wonen recht heeft op de gezinsbijslagen waarin de wettelijke regeling van staat A voorziet, alsof die gezinsleden in staat A woonden. Deze bepaling heeft juist tot doel te garanderen dat de in de toepasselijke wetgeving voorziene gezinsbijslagen worden toegekend aan de gezinsleden die in een andere dan de bevoegde lidstaat wonen. [12]

44. Dienovereenkomstig ontstaat het recht op gezinsbijslagen voor Schwemmers kinderen, zoals is gesteld door de verwijzende rechter en in de bij hem aanhangige procedure nooit is betwist, overeenkomstig artikel 73 van verordening nr. 1408/71, in beginsel op basis van de wettelijke bepalingen van Zwitserland, de staat van tewerkstelling van haar voormalige echtgenoot.

45. Anderzijds zij opgemerkt dat Schwemmer in Duitsland, waar zij met de twee kinderen woont, recht heeft op Duitse kinderbijslag, aangezien deze bijslag naar Duits recht wordt uitgekeerd op basis van de woonplaats in Duitsland van zowel de ouder en de betrokken kinderen. [13]

46. Derhalve moet, gelet op het feit dat recht op gezinsbijslagen zowel volgens de wettelijke bepalingen van de lidstaat van woonplaats van Schwemmer als die in de staat van tewerkstelling en woonplaats van haar voormalige echtgenoot mogelijk is, het geschil worden beschouwd uit het oogpunt van de samenloopbepalingen, die zijn neergelegd in artikel 76 van verordening nr. 1408/71 en artikel 10 van verordening nr. 574/72.

12 — Arrest van 10 oktober 1996 in de gevoegde zaken, Hoever en Iris Zachow (C-245/94 en C-312/94, Jurispr. blz. I-4895), punt 32, en Humer (C-255/99, aangehaald in voetnoot 10), punt 39.

13 — Naar mijn mening is het in dit opzicht niet relevant dat, zoals de Duitse regering ter terechtzitting stelde, artikel 65 EstG elk recht op kinderbijslag in Duitsland uitsluit indien een overeenkomende bijslag verschuldigd is in een andere lidstaat. Deze bepaling is klaarblijkelijk vastgesteld om bevoegdheidsconflicten op te lossen of meer specifiek de samenloop van rechten inzake gezinsbijlagen te voorkomen. Zij vormt als zodanig de tegenhanger in het nationale recht van verordening nr. 1408/71 en verordening nr. 574/72 en moet — gelet op de voorrang van het gemeenschapsrecht — in overeenstemming met deze verordeningen worden uitgelegd en toegepast. Indien deze door de Duitse regering naar voren gebrachte redenering wordt aanvaard en artikel 65 EstG in aanmerking wordt genomen om vast te stellen of Schwemmer volgens de Duitse wettelijke bepalingen in beginsel recht heeft op kinderbijslag, komt dit er eigenlijk op neer dat de verhouding tussen de verordeningen en het nationale recht wordt omgedraaid.

47. Dienaangaande moet allereerst worden opgemerkt dat artikel 76 van verordening nr. 1408/71 een oplossing wil bieden voor de gevallen van cumulatie van het recht op gezinsbijslagen die, wegens de uitoefening van een beroepsactiviteit door een gezinslid, enerzijds zijn verschuldigd krachtens artikel 73 van deze verordening en anderzijds krachtens de nationale wettelijke regeling van de staat van woonplaats van de gezinsleden. [14]

48. Daar de enige voorwaarde voor Duitse kinderbijslag is dat de woonplaats in Duitsland is gelegen en deze niet wordt verstrekt wegens het uitoefenen van een beroepswerkzaamheid, is artikel 76 van verordening nr. 1408/76 in de onderhavige zaak echter niet relevant.

49. Daarentegen verwijst artikel 10 van verordening nr. 574/72 naar gevallen van een mogelijke cumulatie van het uit artikel 73 van verordening nr. 1408/71 voortvloeiende recht op gezinsbijslagen en het recht op gezinsbijslagen krachtens de nationale wettelijke regeling van de staat van woonplaats, waarvoor geen voorwaarde inzake beroepswerkzaamheden geldt. [15]

50. Derhalve lijkt artikel 10 van verordening nr. 574/72 in de onderhavige zaak de relevante samenloopbepaling.

51. Artikel 10, lid 1, sub a, van verordening nr. 574/72 bepaalt in het bijzonder dat indien gezinsbijslagen verschuldigd zijn in de staat van woonplaats en geen voorwaarden worden gesteld inzake verzekering of werkzaamheden, dit recht wordt geschorst indien krachtens artikel 73 van verordening nr. 1408/71 bijslagen verschuldigd zijn.

52. Derhalve hebben volgens deze bepaling de door de staat van tewerkstelling uitbetaalde bijslagen voorrang op de door de staat van woonplaats uitbetaalde bijslagen, die dientengevolge worden geschorst. [16]

53. Worden in de woonstaat evenwel beroepswerkzaamheden uitgeoefend door degene die recht heeft op de betrokken gezinsbijslagen, of door degene aan wie ze worden betaald, dan bepaalt artikel 10, lid 1, sub b-i, van verordening nr. 574/72 het tegenovergestelde, namelijk dat het recht op de door de staat van tewerkstelling uitbetaalde

14 — Zie arrest van 7 juni 2005, Dodl en Oberhollenzer (C-543/03, Jurispr. blz. I-5049), punt 53, en Slanina, reeds aangehaald in voetnoot 11, punt 36.

15 — Vgl arrest Dodl en Oberhollenzer, C-543/03, aangehaald in voetnoot 14, punt 54.

16 — Zie onder meer arrest van 9 december 1992, McMenamin (C-119/91, Jurispr. blz. I-6393), punt 17.

bijslagen krachtens artikel 73 van verordening nr. 1408/71 wordt geschorst. [17]

54. Hieruit volgt dat indien, zoals zij inderdaad stelde in het hoofdgeding, wordt vastgesteld dat Schwemmer in Duitsland, de staat van woonplaats, beroepswerkzaamheden uitoefent in de zin van artikel 10, lid 1, sub b-i van verordening nr. 574/72, zij in ieder geval recht heeft op het volledige bedrag van de Duitse kinderbijslag.

55. Volgens de vaststellingen van de verwijzende rechter is dit evenwel niet het geval, met als belangrijkste reden dat Schwemmer niet kan worden beschouwd als „werknemer" of „zelfstandige" in de zin van artikel 1 van verordening nr. 1408/71, in samenhang gezien met punt I.E van bijlage I hierbij, aangezien zij niet verplicht was verzekerd en aldus niet voldoet aan een van de in deze bijlage met betrekking tot Duitsland neergelegde eisen.

56. In dat verband werd ter terechtzitting voor het Hof de vraag gesteld of, anders dan de verwijzende rechter lijkt te hebben verondersteld, kon worden overwogen dat Schwemmer, gelet op haar werkzaamheden als zelfstandige op het gebied van woningbeheer, onderhoud en schoonmaken in 2005 en haar beperkte aanstelling in loondienst vanaf 2006, beroepswerkzaamheden verrichtte in de zin van artikel 10, lid 1, sub b-i van verordening nr. 574/72, terwijl zij tegelijkertijd niet kon worden aangemerkt als werknemer of zelfstandige in de zin van artikel 1 van verordening nr. 1408/71, in samenhang gezien met punt I.E van bijlage I hierbij.

57. Naar mijn mening kan het Hof de problematiek in deze zaak echter niet enkel op basis van deze hypothese oplossen. Zelfs indien de verwijzende rechter zijn uitlegging van het begrip „beroepswerkzaamheden" zoals wordt toegepast in artikel 10, lid 1, sub b-i van verordening nr. 574/72 zou herzien, moet hij nog steeds vaststellen of deze voorwaarden in het geval van Schwemmer inderdaad zijn vervuld. Bovendien is het in het licht van het antwoord dat naar mijn mening moet worden gegeven, niet nodig om dat onderwerp te behandelen. [18]

58. In de veronderstelling derhalve, dat Schwemmer geen beroepswerkzaamheden verrichtte in de zin van artikel 10, lid 1, sub b-i van verordening nr. 574/72, moet worden onderzocht of, krachtens artikel 10, lid 1, sub a, van die verordening, de in de staat van woonplaats verschuldigde kinderbijslag moet worden geschorst in de bijzondere

17 — Zie onder andere McMenamin, C-119/91, aangehaald in voetnoot 16, punt 17, en Bosmann, C-354/06, aangehaald in voetnoot 9, punt 22.

18 — Zie onderstaand punt 65.

omstandigheden van het hoofdgeding, waarin de voormalige echtgenoot krachtens artikel 73 van verordening nr. 1408/71 recht heeft op soortgelijke gezinsbijslagen in zijn staat van tewerkstelling, maar deze bijslagen niet daadwerkelijk worden uitgekeerd omdat ze niet zijn aangevraagd.

59. Dienaangaande zij opgemerkt dat het Hof in de arresten Salzano [19], Ferraioli [20] en Kracht [21], al in de gelegenheid is geweest om het omgekeerde geval te onderzoeken, dat wil zeggen de vraag of toeslagen die in de staat van tewerkstelling verschuldigd zijn uit hoofde van artikel 73 van verordening nr. 1408/71, moeten worden geschorst in een situatie waarin vergelijkbare, in de staat van woonplaats verschuldigde toelagen niet zijn aangevraagd en derhalve niet uitgekeerd. Het Hof verklaarde dat de toeslagen niet worden geschorst in de bevoegde lidstaat, — in deze gevallen, de staat van tewerkstelling — indien in de andere betrokken lidstaat geen toeslagen zijn betaald op grond dat niet alle voorwaarden uit de wettelijke bepalingen van die lidstaat om daadwerkelijk toelagen te ontvangen, zijn vervuld, waaronder de voorwaarde dat zij eerst moeten worden aangevraagd. [22]

60. In deze gevallen baseerde het Hof zich derhalve op het beginsel dat aan artikel 73 van verordening nr. 1408/71 ontleende rechten slechts moeten worden geschorst, indien in de staat van woonplaats daadwerkelijk bijslagen worden uitbetaald. [23] Hoewel deze benadering werd verkozen in verband met de samenloop van bijslagen die onder artikel 76 van verordening nr. 1408/71 vallen, bestaat er naar mijn mening geen reden deze niet ook hier toe te passen in een situatie die wordt beheerst door artikel 10, lid 1, sub a, van verordening nr. 574/72 en waarin een recht bestaat op toeslagen van de staat van tewerkstelling, maar deze toeslagen niet daadwerkelijk zijn uitgekeerd omdat ze niet zijn aangevraagd.

61. Het is waar dat artikel 76 van verordening nr. 1408/71 sinds de feiten in de hierboven aangehaalde zaken is gewijzigd door de toevoeging van een nieuw lid 2, op basis waarvan de lidstaat van tewerkstelling het recht op gezinsbijslagen mag schorsen indien in de lidstaat van woonplaats geen aanvraag voor bijslagen is ingediend, en deze lidstaat dientengevolge geen uitbetalingen heeft gedaan.

19 — Aangehaald in voetnoot 8.

20 — Aangehaald in voetnoot 8.

21 — Aangehaald in voetnoot 8.

22 — Zie hiervoor de arresten Salzano, aangehaald in voetnoot 8; Ferraioli, aangehaald in voetnoot 8, punt 14; en Kracht, aangehaald in voetnoot 8, punten 11 en 18.

23 — Zie ook het arrest McMenamin, aangehaald in voetnoot 16, punt 26.

62. Voor artikel 10, lid 1, sub a, van verordening nr. 574/72 is een dergelijke regel evenwel niet vastgesteld. In dit verband zij opgemerkt dat het Hof in het arrest Kracht weigerde om bovenstaande rechtspraak te heroverwegen in het licht van de nieuwe versie van artikel 76 van verordening nr. 1408/71, hoewel het nieuwe lid 2 al was vastgesteld (maar echter nog niet in werking getreden). Het Hof merkte onder meer op dat zijn eerdere uitlegging van artikel 76 van die verordening in overeenstemming was met het in het Verdrag gestelde doel van totstandbrenging van het vrije verkeer van werknemers. [24] Daarenboven wees het Hof in dat verband soortgelijke argumenten af als diegene die in de onderhavige zaak naar voren zijn gebracht, dat ieder mogelijk keuzerecht van de rechthebbenden op de bijslag — of verschuivingen in de verdeling van de financiële lasten tussen de betrokken lidstaten — moet worden uitgesloten. [25]

63. In deze omstandigheden lijkt de overeenkomstige toepassing van de regel die is neergelegd in artikel 76, lid 2, van verordening nr. 1408/71 op artikel 10, lid 1, sub a, van verordening nr. 574/72, de bepaling die hier aan de orde is, niet geschikt. [26]

64. Tot slot ligt een benadering, waarbij in omstandigheden zoals hier aan de orde, het recht op bijslagen in de staat van woonplaats niet wordt geschorst, in het verlengde van de vaste rechtspraak in die zin dat een regel die is bepaald om samenloop van gezinsbijslagen te voorkomen — zoals artikel 10, lid 1, sub a, van verordening nr. 574/72 — niet aldus moet worden toegepast dat de betrokken personen zonder reden recht op bijslagen wordt onthouden die hen door de wettelijke bepalingen van een lidstaat worden toegekend. [27]

65. Uit het voorgaande volgt dat op de door de nationale rechter voorgelegde vragen moet worden geantwoord dat artikel 76 van verordening nr. 1408/71 en artikel 10 van verordening nr. 574/72 aldus moeten worden uitgelegd dat kinderbijslag die verschuldigd is uit hoofde van de wettelijke bepalingen van de lidstaat waar een ouder met de betrokken kinderen woont, niet mag worden geschorst in een situatie zoals die aan de orde in het hoofdgeding, waarin de voormalige echtgenoot, de andere ouder van de kinderen, krachtens artikel 73 van verordening nr. 1408/71 recht heeft op gezinsbijslagen zoals voorzien in de wettelijke bepalingen van de staat van tewerkstelling, maar deze bijslagen in feite niet ontvangt, omdat zij niet zijn aangevraagd.

24 — Zie Kracht, aangehaald in voetnoot 8, punten 12 tot en met 14.

25 — Zie Kracht, aangehaald in voetnoot 8, punten 12 en 13.

26 — Tegelijkertijd ben ik er niet van overtuigd dat artikel 75, lid 2, van verordening nr. 1408/71, dat verwijst naar een situatie waarin gezinsbijslagen „niet worden gebruikt" voor het onderhoud van de betrokken gezinsleden door de persoon die niet daadwerkelijk de zorg draagt voor deze gezinsleden, op overeenkomstige wijze kan worden toegepast op omstandigheden als die welke aan de orde zijn in het onderhavige geding, waar de betrokken gezinsbijslagen niet zijn aangevraagd en derhalve niet zijn ontvangen.

27 — Zie in die zin met name arrest van 19 februari 1981, Beeck (104/80, Jurispr. blz. 503), punt 12.

V — Conclusie

66. Gezien het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van het Bundesfinanzhof te beantwoorden als volgt:

„Artikel 76 van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 118/97 van de Raad van 2 december 1996, en artikel 10 van verordening (EEG) nr. 574/72 van de Raad van 21 maart 1972 tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening (EEG) nr. 1408/71, zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 647/2005, moeten aldus worden uitgelegd dat recht op kinderbijslag die verschuldigd is uit hoofde van de wettelijke bepalingen van de lidstaat waar een ouder met de betrokken kinderen woont, niet mag worden geschorst in een situatie zoals die aan de orde in het hoofdgeding, waarin de voormalige echtgenoot, de andere ouder van de kinderen, krachtens artikel 73 van verordening nr. 1408/71 recht heeft op gezinsbijslagen zoals voorzien in de wettelijke bepalingen van de staat van tewerkstelling, maar deze bijslagen in feite niet ontvangt, omdat zij niet zijn aangevraagd."