FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT MAZÁK
föredraget den 15 april 2010[1]

I — Inledning

1. Bundesfinanzhof har genom beslut av den 30 oktober 2008, som inkom till domstolen den 15 januari 2009, hänskjutit tolkningsfrågor till domstolen avseende artikel 76 i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen, ändrad och uppdaterad genom rådets förordning (EG) nr 118/97 av den 2 december 1996[2] (nedan kallad förordning nr 1408/71),[3] och artikel 10 i rådets förordning nr 574/72 av den 21 mars 1972 om tillämpning av förordning nr 1408/71, i dess lydelse enligt förordning (EG) nr 647/2005[4] (nedan kallad förordning nr 574/72).[5]

2. Begäran om förhandsavgörande har framställts i ett mål i vilket talan väckts av Gudrun Schwemmer, en frånskild tysk medborgare bosatt i Tyskland vars före detta make arbetar i Schweiz, mot Agentur für Arbeit Villingen-Schwenningen – Familienkasse (nedan kallad Familienkasse) avseende myndighetens vägran att bevilja henne fullständiga familjeförmåner för två av hennes barn.

3. Den hänskjutande domstolen vill främst få klarhet i huruvida den medlemsstat i vilken modern är bosatt, i en situation där barnens far efter skilsmässa medvetet underlåter att ansöka om barnbidrag i den behöriga anställningsstaten, behöver betala barnbidrag endast till den del som det belopp som ska utbetalas i den staten överstiger ett belopp motsvarande det barnbidrag som fadern skulle kunna erhålla i sin anställningsstat.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — EGT L 28, 1997, s. 1.

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

4 — Europaparlamentets och rådets förordning av den 13 april 2005 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).

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

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrättsliga bestämmelser*

1. Avtalet mellan gemenskapen och Schweiz

4. Enligt bilaga II till avtalet mellan Europeiska gemenskapen och dess medlemsstater, å ena sidan, och Schweiziska edsförbundet, å andra sidan, om fri rörlighet för personer, undertecknat i Luxemburg den 21 juni 1999,[6] är förordningarna nr 1408/71 och nr 574/72 tillämpliga i förbindelserna mellan avtalsparterna.

2. Förordning nr 1408/71

5. I de relevanta bestämmelserna i artikel 13 i förordning nr 1408/71, under rubriken ”Allmänna regler”, föreskrivs följande när det gäller fastställandet av vilken lagstiftning som är tillämplig:

”1. Om något annat inte följer av artiklarna 14c och 14f 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 artik[larna] 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.

…”

6. Artikel 73 i förordning nr 1408/71, under rubriken ”Anställda eller egenföretagare vars familjemedlemmar är bosatta i en annan medlemsstat än den behöriga staten”, 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

6 — EGT L 114, 2002, s. 6.

familjeförmåner som utges enligt lagstiftningen i den förra staten som om de vore bosatta i den staten …”

7. Artikel 75.2 i denna förordning har följande lydelse:

”Om den person till vilken familjeförmånerna skall utbetalas inte använder dessa förmåner till familjemedlemmarnas försörjning, skall den behöriga institutionen … på begäran av och genom institutionen på familjemedlemmarnas bostadsort eller den institution eller det organ som är utsett därtill av den behöriga myndigheten i det land där familjemedlemmarna är bosatta utbetala dessa förmåner med befriande verkan till den fysiska eller juridiska person som faktiskt försörjer familjemedlemmarna.”

8. Artikel 76 i förordning nr 1408/71, i vilken fastställs prioritetsregler då rätt till familjeförmåner samtidigt föreligger enligt lagstiftningen i den behöriga staten och enligt lagstiftningen i den medlemsstat där familjemedlemmarna är bosatta, har följande lydelse:

”1. Om familjeförmåner för samma tid och för samma familjemedlem på grund av förvärvsverksamhet utges enligt lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium familjemedlemmarna är bosatta, skall rätten till familjeförmåner som utges enligt lagstiftningen i en annan medlemsstat, i förekommande fall med tillämpning av artikel 73 eller 74, innehållas till det belopp som utbetalas enligt lagstiftningen i den förstnämnda medlemsstaten.

2. Om ansökan om förmåner inte görs i den medlemsstat inom vars territorium familjemedlemmarna är bosatta kan den behöriga institutionen i den andra medlemsstaten tillämpa bestämmelserna i punkt 1 som om förmånerna hade beviljats i den förstnämnda staten.”

3. Förordning nr 574/72

9. Artikel 10.1 i förordning nr 574/72, under rubriken ”Tillämpliga regler vid samtidig rätt till familjeförmåner eller familjebidrag för anställda eller egenföretagare”, 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 … artiklar[na] 73, 74, 77 eller 78 [i

förordning nr 1408/71] 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 … artikel 73 eller 74 [i förordning nr 1408/71], 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 — *Nationell lagstiftning*

10. Rätten till tyskt barnbidrag regleras i 62 och 63 §§ i lagen om inkomstskatt (Einkommensteuergesetz).

11. I 62 § punkt 1 moment 1 i lagen om inkomstskatt föreskrivs följande:

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

12. I 63 § punkt 1 moment 1 föreskrivs följande:

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

13. I 32 § punkt 1 moment 1 föreskrivs följande:

"Som barn betraktas: barn som är släkt med den skattskyldige i första led."

14. I 65 § punkt 1 i lagen om inkomstskatt föreskrivs att barnbidrag inte ska betalas ut för

barn för vilka rätt till barnbidrag föreligger i ett annat land, eller skulle föreligga om ansökan lämnades in.

17. Genom beslut av den 21 mars 2006 fastställde Familienkasse barnbidraget till ett delbelopp på 44,25 euro per barn från och med januari 2006, eftersom det tyska barnbidraget på 154 euro översteg den familjeförmån på 109,75 euro per barn som fadern var berättigad till i Schweiz.

III — Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna

15. Av begäran om förhandsavgörande framgår att Gudrun Schwemmer bor i Tyskland med två av sina barn, födda 1992 och 1995. År 2005 startade hon ett eget företag inom området fastighetsförvaltning, fastighetsskötsel och städtjänster. Från och med maj 2006 hade hon en mindre omfattande anställning vid ett företag. Under den aktuella perioden gjorde Gudrun Schwemmer frivilliga pensionsinbetalningar till Deutsche Rentenversicherung (DRV) och sjukförsäkringsinbetalningar till Deutsche Angestelltenkrankenkasse (DAK).

16. Barnens far, som Gudrun Schwemmer är skild från sedan 1997, arbetar i Schweiz. Han har inte ansökt om de familjeförmåner som han har rätt till enligt schweizisk lag och som uppgår till 109,75 euro per barn.

18. Familienkasse ansåg att Gudrun Schwemmers rätt till barnbidrag ska fastställas i enlighet med bestämmelserna om samtidig rätt till familjeförmåner i förordningarna nr 1408/71 och nr 574/72, och denna åsikt stöddes av Finanzgericht vid överklagandet. Eftersom Gudrun Schwemmer inte utövade någon förvärvsverksamhet i den mening som avses i artikel 10.1 b i i förordning nr 574/72, har rätten till familjeförmåner i Schweiz, enligt artikel 10.1 a i den förordningen, prioritet framför den tyska rätten till barnbidrag. Enligt Finanzgericht och Familienkasse är frågan huruvida ansökan om familjeförmåner faktiskt har lämnats in i Schweiz irrelevant i enlighet med artikel 76.2 i förordning nr 1408/71, som ska tillämpas analogt. Det utrymme för skönsmässig bedömning som medges i den bestämmelsen måste tolkas så, att det endast är under väl motiverade och exceptionella omständigheter som det kan antas att familjeförmåner inte har beviljats i anställningslandet, och att bosättningslandet följaktligen ska utbetala familjeförmånerna i dess helhet.

19. I målet vid den hänskjutande domstolen har Gudrun Schwemmer riktat invändningar mot denna åsikt och hävdat att hon har rätt till fullständigt barnbidrag i Tyskland enbart på grund av sin förvärvsverksamhet där. Enligt Gudrun Schwemmer ska arbetstagare med en ringa omfattande anställning behandlas på samma sätt som obligatoriskt försäkrade arbetstagare. Barnens far har i alla händelser medvetet underlåtit att ansöka om familjeförmåner i Schweiz, det behöriga anställningslandet, i syfte att orsaka henne skada. Denna situation täcks inte av artikel 10.1 i förordning nr 574/72.

20. Den hänskjutande domstolen anser att frågan om samtidig rätt till familjeförmåner i det aktuella målet måste avgöras på grundval av artikel 10.1 a i förordning nr 574/72, eftersom Gudrun Schwemmer enligt denna domstols åsikt inte utövade någon förvärvsverksamhet i Tyskland i den mening som avses i artikel 10.1 b i i den förordningen. Den hänskjutande domstolen har påpekat att enligt ordalydelsen i artikel 10.1 a i förordning nr 574/72 ska rätten till barnbidrag i bosättningslandet innehållas endast om familjeförmåner utges i anställningslandet. I det aktuella målet utges emellertid inga familjeförmåner i anställningslandet. I Schweiz kan familjeförmåner beviljas endast efter ansökan, och barnens far har inte lämnat in någon ansökan trots att han har rätt till förmånerna i fråga.

21. Den hänskjutande domstolen är vidare tveksam till huruvida artikel 76.2 i förordning nr 1408/71 ska tillämpas analogt i det aktuella målet såsom Gudrun Schwemmer har gjort gällande.

22. Bundesfinanzhof beslutade under dessa omständigheter att vilandeförklara målet och hänskjuta följande frågor till domstolen för förhandsavgörande:

”1. Ska bestämmelserna i artikel 76.2 i rådets förordning nr 1408/71 tillämpas analogt på artikel 10.1 a i förordning nr 574/72 i de fall där den förälder som har rätt till familjeförmåner i sitt anställningsland inte ansöker om dessa?

2. För det fall artikel 76.2 i förordning nr 1408/71 ska tillämpas analogt, vilka skönsmässiga överväganden kan då den för familjeförmåner behöriga institutionen i bosättningslandet stödja sig på för att tillämpa artikel 10.1 a i förordning nr 574/72 som om förmånerna hade tillerkänts i anställningslandet? Kan en skönsmässig bedömning som innebär att det fingeras att familjeförmåner erhållits i anställningslandet begränsas om den förmånsberättigade personen medvetet, i syfte att förfördela den person som har rätt till barnbidrag i bosättningslandet, har underlåtit att ansöka

om de förmåner som denne har rätt till i anställningslandet?”

IV — Rättslig bedömning

A — *Parternas argument*

23. I förevarande mål har skriftliga yttranden inkommit från den litauiska och den österrikiska regeringen samt från Europeiska kommissionen. Vid förhandlingen den 10 februari 2010 närvarade Gudrun Schwemmer, den tyska regeringen och kommissionen.

24. Enligt Gudrun Schwemmers argument vid förhandlingen bör hon betraktas som en person som omfattas av artikel 1 i förordning nr 1408/71, trots den omständigheten att hon endast hade en mindre omfattande anställning och inte var obligatoriskt arbetslöshetsförsäkrad såsom det krävs enligt punkt I.E i bilaga I till den förordningen. Bilagan är inte relevant i förevarande sammanhang. Enligt Gudrun Schwemmer är dessutom artikel 75.2 i förordning nr 1408/71 analogt tillämplig på omständigheterna i förevarande fall, där den person som är anställd i en annan medlemsstat inte har ansökt om och erhållit familjeförmåner för de berörda familjemedlemmarnas försörjning.

25. Den tyska regeringen har påpekat att det enligt 65 § i lagen om inkomstskatt inte föreligger någon rätt till familjeförmåner i Tyskland, om rätt till jämförbara förmåner föreligger i en annan medlemsstat. När det gäller Gudrun Schwemmer uppkommer heller inte någon sådan rätt på grundval av förordning nr 1408/71, eftersom kapitel 7 i avdelning III i förordning nr 1408/71 enligt punkt I.E i bilaga I till den förordningen inte är tillämplig. Artikel 10 i förordning nr 574/72 är däremot i princip tillämplig på Gudrun Schwemmers situation, förutom att hon inte har utövat förvärvsverksamhet i den mening som avses i artikel 10.1 b i i den förordningen. Schweiz har följaktligen primär behörighet när det gäller utbetalning av familjeförmåner.

26. Den tyska regeringen anser, när det gäller artikel 76.2 i förordning nr 1408/71, att denna bestämmelse bör tillämpas analogt, så att det kan anses att förmånerna i fråga har beviljats i Schweiz. Den tyska regeringen har emellertid föreslagit att artikel 75.2 i samma förordning ska tillämpas för att lösa situationer av detta slag, när en förälder vägrar att ansöka om familjeförmåner.

27. Även den litauiska regeringen anser att artikel 76.2 i förordning nr 1408/71 är tillämplig på omständigheterna i målet vid

den hänskjutande domstolen, vilka regleras av artikel 10.1 a i förordning nr 574/72, och att det därför är irrelevant huruvida ansökan har lämnats in avseende förmånerna i fråga. Den litauiska regeringen har hävdat att detta synsätt stöds av det huvudsakliga syftet med det system som inrättats genom förordningarna nr 1408/71 och nr 574/72, vilket är att förhindra kumulering av förmåner. En annan tolkning skulle dessutom strida mot principen att bördan inom området socialt bistånd bör fördelas på lämpligt sätt mellan medlemsstaterna [7] och också vara svår att tillämpa i praktiken, mot bakgrund av de begränsningar som fortfarande existerar när det gäller utbytet av nödvändiga uppgifter mellan medlemsstaterna.

28. När det gäller fråga 2 anser den litauiska regeringen, mot bakgrund av det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna förefaller att ha enligt artikel 76.2 i förordning nr 1408/71, att de behöriga myndigheterna, med hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet, ska besluta huruvida denna bestämmelse ska tillämpas och huruvida förmånerna i fråga således kan anses ha beviljats i den andra medlemsstaten.

29. Enligt den österrikiska regeringen är det omöjligt att, på grundval av de uppgifter som lämnats av den hänskjutande domstolen, betrakta Gudrun Schwemmer som anställd i den mening som avses i artikel 1 i förordning nr 1408/71, jämförd med punkt I.E i bilaga I till den förordningen, eller som en person som utövar förvärvsverksamhet i den mening som avses i artikel 10.1 b i i förordning nr 574/72.

30. Den österrikiska regeringen anser emellertid att artikel 76.2 i förordning nr 1408/71 i princip är tillämplig i förevarande fall, eftersom den bestämmelsen allmänt sett är avsedd att förhindra en omkastning av behörigheten till nackdel för den medlemsstat som endast har sekundär behörighet, enbart på grund av medveten underlåtenhet att ansöka om en förmån. Det är följaktligen irrelevant huruvida Gudrun Schwemmers före detta make medvetet underlåtit att ansöka om barnbidrag och huruvida han gjort detta för att orsaka henne skada.

31. Eftersom denna tolkning emellertid, såsom den österrikiska regeringen har medgett, skulle ge ett ganska otillfredsställande resultat, bör det prövas huruvida bestämmelserna om samtidig rätt till förmåner ska tillämpas utan begränsningar på skilda eller separerade föräldrar. I målet vid den hänskjutande domstolen kan det skäligen anses att förordning nr 1408/71 inte är tillämplig överhuvudtaget, eftersom fadern måste betraktas som separerad från barnen och följaktligen inte längre

7 — Den litauiska regeringen har i detta sammanhang hänvisat till dom av den 20 september 2001 i mål C-184/99, Grzelczyk (REG 2001, s. I-6193), punkt 44, och av den 15 mars 2005 i mål C-209/03, Bidar (REG 2005, s. I-2119), punkt 56 och följande punkter.

är familjemedlem i den mening som avses i förordningen. Rätten till barnbidrag skulle då bedömas enbart på grundval av lagstiftningen i bosättningsstaten.

32. Kommissionen har påpekat att artikel 76.2 i förordning nr 1408/71 är tillämplig endast om det villkor som fastställs i artikel 76.1 i den förordningen är uppfyllt, det vill säga endast om familjeförmåner utges av bosättningsstaten på grund av utövande av förvärvsverksamhet. Eftersom Gudrun Schwemmer inte är anställd i den mening som avses i punkt I.E i bilaga I till förordning nr 1408/71 och således inte omfattas av förordningens materiella tillämpningsområde (*ratione materiae*), är artikel 76.2 i förordningen i princip inte tillämplig på henne.

33. Enligt kommissionen finns det i alla händelser ingen lucka som motiverar en analog tillämpning av artikel 76.2 i förordning nr 1408/71. Kommissionen har i detta sammanhang dessutom erinrat om att rätten till förmåner, enligt domstolens rättspraxis, inte kan innehållas på grundval av artikel 76 i förordning nr 1408/71, om förmåner inte betalas ut i den berörda medlemsstaten på grund av underlåtenhet att uppfylla samtliga villkor i den medlemsstatens lagstiftning för faktiskt erhållande av sådana förmåner, till exempel villkoret att en ansökan om förmånerna först måste lämnas in. [8] Även om denna princip har formulerats i mål där ansökan inte hade lämnats in i bosättningsstaten, bör den även gälla i fall av underlåtenhet att ansöka om förmåner i anställningsstaten.

34. Kommissionen har vidare påpekat att enligt artikel 10.1 a i förordning nr 574/72 ska rätten till barnbidrag innehållas endast om familjeförmåner utges i anställningslandet. Eftersom fadern inte har ansökt om de familjeförmåner som han har rätt till i Schweiz och eftersom inte alla villkor för utbetalning av förmånerna i fråga följaktligen är uppfyllda, anser kommissionen att det i anställningslandet inte ”utges” några familjeförmåner till honom i den mening som avses i den bestämmelsen. Följaktligen kan det inte heller föreligga kumulering av förmåner.

35. Kommissionen anser även att artikel 10.1 b i förordning nr 574/72 inte förefaller vara relevant, eftersom Gudrun Schwemmer inte utövar förvärvsverksamhet i Tyskland.

36. Kommissionen har slutligen påpekat att de tyska myndigheterna kan undvika bördan att ensamma bära kostnaderna för barnbidragen genom att tillämpa artikel 75.2 i förordning nr 1408/71.

8 — Dom av den 13 november 1984 i mål 191/83, Salzano (REG 1984, s. 3741), punkt 10, av den 23 april 1986 i mål 153/84, Ferraioli (REG 1986, s. 1401), punkt 15, och av den 4 juli 1990 i mål C-117/89, Kracht (REG 1990, s I-2781), punkt 18.

B — *Bedömning*

37. Den hänskjutande domstolen vill genom sina frågor, som ska prövas tillsammans, i huvudsak få klarhet i huruvida rätten till det barnbidrag som utbetalas enligt lagstiftningen i den medlemsstat där den ena föräldern är bosatt med de berörda barnen, enligt de bestämmelser om samtidig rätt till förmåner som fastställs i artikel 76 i förordning nr 1408/71 och artikel 10 i förordning nr 574/72, får innehållas (partiellt) i en situation såsom den i målet vid den hänskjutande domstolen, där den före detta maken, som är de berörda barnens andra förälder, skulle ha rätt till familjeförmåner enligt lagstiftningen i anställningsstaten, men inte erhåller dessa förmåner på grund av att han medvetet har underlåtit att ansöka om dem.

38. Det ska inledningsvis påpekas att det är klarlagt att det tyska barnbidraget i fråga uppfyller villkoren för att betraktas som ”familjeförmån” i den mening som avses i artikel 4.1 h i förordning nr 1408/71. [9] Situationen i fråga omfattas därför av den förordningens materiella tillämpningsområde (*ratione materiae*).

39. När det vidare gäller den personkrets på vilken förordning nr 1408/71 är tillämplig (*ratione personae*), är det utrett att Gudrun Schwemmers före detta make i sitt bosättningsland Schweiz utövar en verksamhet som ”anställd” i den mening som avses i artikel 1 a i den förordningen.

40. Det är följaktligen inte nödvändigt att i detta sammanhang fastställa huruvida Gudrun Schwemmer också kan betraktas som anställd i den mening som avses i artikel 1 i förordning nr 1408/71, jämförd med punkt I.E i bilaga I till den förordningen, eftersom förordning nr 1408/71 enligt artikel 2 i nämnda förordning och domstolens rättspraxis i princip även omfattar familjemedlemmars situation eller, som i detta fall, situationen för en före detta maka till en person som är anställd eller egenföretagare. [10]

41. Eftersom förordning nr 1408/71 även omfattar familjesituationer efter en skilsmässa, [11] kan det inte – tvärtemot vad den österrikiska regeringen har hävdat – göras gällande att Gudrun Schwemmers situation ska betraktas som rent intern och som att den fullständigt faller utanför tillämpningsområdet för den förordningen på grundval av att barnens far

9 — Se, i detta sammanhang, dom av den 20 maj 2008 i mål C-352/06, Bosmann (REG 2008, s. I-3827), som också avsåg tyskt barnbidrag.

10 — Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 3 februari 1983 i mål 149/82, Robards (REG 1983, s. 171), punkt 15, av den 5 mars 1998 i mål C-194/96, Kulzer (REG 1998, s. I-895), punkt 32, och av den 5 februari 2002 i mål C-255/99, Humer (REG 2002, s. I-1205), punkt 42.

11 — Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 26 november 2009 i mål C-363/08, Slanina (REG 2009, s. I-11111), punkt 30.

är skild från Gudrun Schwemmer och separerad från barnen.

42. Det bör således konstateras att förordning nr 1408/71, vad gäller det materiella tillämpningsområdet såväl som personkretsen, är tillämplig på Gudrun Schwemmers situation, vilken jag nu ska undersöka mot bakgrund av relevanta bestämmelser i förordningarna nr 1408/71 och nr 574/72.

43. När det gäller familjeförmåner föreskrivs i artikel 73 i förordning nr 1408/71 att en anställd eller egenföretagare som omfattas av lagstiftningen i medlemsstat A för sina familjemedlemmar som är bosatta i medlemsstat B ska ha rätt till de familjeförmåner som utges enligt lagstiftningen i stat A som om de vore bosatta i stat A. Syftet med denna bestämmelse är just att garantera att familjemedlemmar som är bosatta i en annan medlemsstat än medlemsstat A beviljas de familjeförmåner som föreskrivs i den tillämpliga lagstiftningen. [12]

44. Såsom den hänskjutande domstolen har konstaterat och vilket inte har ifrågasatts i målet vid den domstolen, föreligger enligt artikel 73 i förordning nr 1408/71 följaktligen i princip rätt till familjeförmåner för Gudrun Schwemmers barn enligt lagstiftningen i Schweiz, den före detta makens anställningsstat.

45. Det ska å andra sidan påpekas att Gudrun Schwemmer i Tyskland, där hon bor med de två barnen, har rätt till tyskt barnbidrag för barnen, eftersom denna förmån enligt tysk lagstiftning ska betalas ut om såväl föräldern som de båda berörda barnen är bosatta i Tyskland. [13]

46. Mot bakgrund av att rätt till familjeförmåner föreligger både enligt lagstiftningen i Gudrun Schwemmers bosättningsstat och lagstiftningen i hennes före detta makes anställnings- och bosättningsstat, ska tvisten prövas mot bakgrund av bestämmelserna i syfte att förhindra kumulering av förmåner, vilka fastställs i artikel 76 i förordning nr 1408/71 och artikel 10 i förordning nr 574/72.

12 — Dom av den 10 oktober 1996 i de förenade målen C-245/94 och C-312/94, Hoever och Zachow (REG 1996, s. I-4895), punkt 32, och domen i det ovannämnda målet Humer (ovan fotnot 10), punkt 39.

13 — Enligt min åsikt är det i detta sammanhang inte relevant, vilket den tyska regeringen gjorde gällande vid förhandlingen, att artikel 65 i lagen om inkomstskatt utesluter varje rätt till barnbidrag i Tyskland, om motsvarande förmån utges i en annan medlemsstat. Det är uppenbart att denna bestämmelse är avsedd att lösa behörighetskonflikter eller, närmare bestämt, undvika kumulering av familjeförmåner. Den utgör som sådan en motsvarighet i nationell rätt till förordningarna nr 1408/71 och nr 574/72 och måste – med beaktande av gemenskapsrättens företräde – tolkas och tillämpas i överensstämmelse med dessa förordningar. Att godta den tyska regeringens argumentation och beakta artikel 65 i lagen om inkomstskatt i syfte att fastställa huruvida Gudrun Schwemmer i princip har rätt till barnbidrag enligt tysk lagstiftning skulle således innebära att man vände upp och ned på förhållandet mellan förordningarna och nationell rätt.

47. Det bör i detta sammanhang för det första påpekas att artikel 76 i förordning nr 1408/71 avser att lösa problemet med samtidiga rättigheter till familjeförmåner dels enligt artikel 73 i samma förordning, dels enligt lagstiftningen i en familjemedlems bosättningsstat som ger rätt till familjeförmåner på grund av förvärvsarbete. [14]

48. Eftersom det som villkor för att erhålla det tyska barnbidraget i fråga endast krävs att man är bosatt i Tyskland och det inte utges på grundval av förvärvsarbete, är artikel 76 i förordning nr 1408/71 emellertid inte relevant i förevarande mål.

49. Artikel 10 i förordning nr 574/72 däremot är tillämplig när det föreligger risk för att den rätt till familjeförmåner som följer av artikel 73 i förordning nr 1408/71 kumuleras med en rätt att uppbära familjeförmåner enligt nationell rätt i bosättningsstaten som inte omfattas av något sådant krav på förvärvsverksamhet. [15]

50. Det framgår således att artikel 10 i förordning nr 574/72 är den bestämmelse mot kumulering som är relevant i förevarande mål.

51. I artikel 10.1 a i förordning nr 574/72 föreskrivs särskilt att när familjeförmåner utges i bosättningsstaten oberoende av krav på försäkring eller anställning, ska denna rätt till familjeförmåner innehållas om förmåner utges enligt artikel 73 i förordning nr 1408/71.

52. Av denna bestämmelse följer således att bidrag som ska betalas ut av anställningsstaten har företräde framför bidrag som ska betalas ut av bosättningsstaten, vilka följaktligen ska innehållas. [16]

53. När den person som har rätt till familjeförmånerna i fråga, eller den person som de utbetalas till, också utövar förvärvsverksamhet i bosättningsstaten, ska prioritetsordningen, enligt artikel 10.1 b i i förordning nr 574/72, omkastas till förmån för bosättningsstatens behörighet, eftersom det i den artikeln föreskrivs att rätten till förmåner i

14 — Se dom av den 7 juni 2005 i mål C-543/03, Dodl och Oberhollenzer (REG 2005, s. I-5049), punkt 53, och domen i det ovannämnda målet Slanina (ovan fotnot 11), punkt 36.

15 — Se domen i det ovannämnda målet Dodl och Oberhollenzer (ovan fotnot 14), punkt 54.

16 — Se, bland annat, dom av den 9 december 1992 i mål C-119/91, McMenamin (REG 1992, s. I-6393), punkt 17.

anställningsstaten enligt artikel 73 i förordning nr 1408/71 ska innehållas. [17]

54. Av ovanstående följer att Gudrun Schwemmer, såsom hon gjorde gällande i målet vid den hänskjutande domstolen, om det kan fastställas att hon utövade förvärvsverksamhet i den mening som avses i artikel 10.1 b i i förordning nr 574/72 i Tyskland, bosättningsstaten, i alla händelser har rätt till fullständigt tyskt barnbidrag.

55. Enligt vad den hänskjutande domstolen konstaterat är detta emellertid inte fallet, främst på grund av att Gudrun Schwemmer inte kan betraktas som ”anställd” eller ”egenföretagare” i den mening som avses i artikel 1 i förordning nr 1408/71, jämförd med punkt I.E i bilaga I till den förordningen, eftersom hon inte var obligatoriskt arbetslöshetsförsäkrad och ett av kraven i bilagan avseende Tyskland således inte är uppfyllt.

56. Vid förhandlingen inför domstolen ställdes i detta sammanhang frågan huruvida Gudrun Schwemmer, tvärtemot den hänskjutande domstolens åsikt, mot bakgrund av att hon 2005 startade eget företag inom området fastighetsförvaltning, fastighetsskötsel och städtjänster och från och med 2006 har en mindre omfattande anställning, kan anses utöva förvärvsverksamhet i den mening som avses i artikel 10.1 b i i förordning nr 574/72, även om hon inte kan betecknas som ”anställd” eller ”egenföretagare” i den mening som avses i artikel 1 i förordning nr 1408/71, jämförd med punkt I.E i bilaga I till den förordningen.

57. Enligt min åsikt kan domstolen emellertid inte avgöra frågorna i detta mål enbart utifrån det antagandet. Även om den hänskjutande domstolen skulle ändra sin tolkning av begreppet ”förvärvsverksamhet”, såsom det används i artikel 10.1 b i i förordning nr 574/72, måste det fortfarande fastställas huruvida villkoren verkligen är uppfyllda när det gäller Gudrun Schwemmer. Dessutom förefaller det, mot bakgrund av det svar som enligt min åsikt bör ges på tolkningsfrågorna, inte heller nödvändigt att pröva denna fråga. [18]

58. Om det således antas att Gudrun Schwemmer inte utövade någon förvärvsverksamhet i den mening som avses i artikel 10.1 b i i förordning nr 574/72, måste det prövas huruvida barnbidrag som utges i bosättningsstaten ska innehållas i enlighet med artikel 10.1 a i den förordningen under de särskilda omständigheterna i målet vid

17 — Se, bland annat, domen i det ovannämnda målet McMenamin (ovan fotnot 16), punkt 17, och domen i det ovannämnda målet Bosmann (ovan fotnot 9), punkt 22.

18 — Se nedan punkt 65.

den hänskjutande domstolen, där den före detta maken enligt artikel 73 i förordning nr 1408/71 har rätt till jämförbara familjeförmåner i anställningsstaten, men dessa förmåner inte betalas ut, eftersom någon ansökan inte har lämnats in.

59. Det bör i detta avseende påpekas att domstolen i de ovannämnda domarna i målen Salzano, [19] Ferraioli [20] och Kracht [21] redan har haft tillfälle att pröva det motsatta fallet, det vill säga frågan huruvida bidrag som utges i anställningsstaten enligt artikel 73 i förordning nr 1408/71 ska innehållas i en situation där ansökan om motsvarande bidrag som ska utbetalas i bosättningsstaten inte har lämnats in och bidragen följaktligen inte har betalats ut. Domstolen ansåg att bidragen inte ska innehållas i den behöriga medlemsstaten – i de ovannämnda målen anställningsstaten – om bidrag inte har betalats ut i den andra berörda medlemsstaten på grundval av att samtliga villkor i den medlemsstatens lagstiftning för att faktiskt erhålla sådana bidrag inte är uppfyllda, inbegripet villkoret att en ansökan först måste lämnas in. [22]

60. I de ovannämnda målen utgick domstolen således från principen att rättigheter enligt artikel 73 i förordning nr 1408/71 ska innehållas endast om bidrag faktiskt betalas ut i bosättningsstaten. [23] Även om detta synsätt antogs avseende kumulering av förmåner som täcks av artikel 76 i förordning nr 1408/71, finns det enligt min åsikt inget skäl till varför det inte skulle tillämpas också i detta mål, där situationen regleras av artikel 10.1 a i förordning nr 574/72 och det föreligger en rätt till bidrag i anställningsstaten, vilka dock inte har betalats ut, eftersom ansökan inte har lämnats in.

61. Förvisso har artikel 76 i förordning nr 1408/71 efter tidpunkten för de ovannämnda målen ändrats så att den nu innehåller en ny punkt 2, där det anges att anställningsstaten får innehålla rätten till familjeförmåner om ansökan om förmåner inte görs i bosättningsstaten och inga utbetalningar således görs i den medlemsstaten.

19 — Se ovan fotnot 8.

20 — Se ovan fotnot 8.

21 — Se ovan fotnot 8.

22 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Salzano (ovan fotnot 8), Ferraioli (ovan fotnot 8), punkt 14, och Kracht (ovan fotnot 8), punkterna 11 och 18.

23 — Se även domen i det ovannämnda målet McMenamin (ovan fotnot 16), punkt 26.

62. Ingen sådan bestämmelse har emellertid antagits med avseende på artikel 10.1 a i förordning nr 574/72. Det bör i detta sammanhang påpekas att domstolen i det ovannämnda målet Kracht vägrade att ompröva sin ovannämnda rättspraxis på grund av den nya versionen av artikel 76 i förordning nr 1408/71 trots att den nya punkt 2 redan hade antagits (även om den ännu inte var tillämplig). Domstolen konstaterade bland annat att dess tidigare tolkning av artikel 76 i den förordningen var förenlig med fördragets mål att inrätta fri rörlighet för arbetstagare. [24] Domstolen tillbakavisade även argument liknande dem som lagts fram i förevarande mål och enligt vilka varje valmöjlighet för de personer som är berättigade till förmåner – eller möjlighet att ändra fördelningen av den ekonomiska bördan mellan de berörda medlemsstaterna – måste uteslutas. [25]

63. Under dessa omständigheter förefaller det inte lämpligt att tillämpa bestämmelsen i artikel 76.2 i förordning nr 1408/71 analogt på artikel 10.1 a i förordning nr 574/72, som är den bestämmelse som är tillämplig i förevarande mål. [26]

64. Synsättet att rätten till förmåner i bosättningsstaten under sådana omständigheter som i förevarande mål inte ska innehållas överensstämmer slutligen med fast rättspraxis, enligt vilken en bestämmelse som har utformats för att undvika kumulering av familjeförmåner – såsom artikel 10.1 a i förordning nr 574/72 – inte bör tillämpas på ett sådant sätt att de berörda personerna utan orsak berövas en rätt till förmåner som de har enligt lagstiftningen i en medlemsstat. [27]

65. Av det ovan anförda följer att svaret på den nationella domstolens frågor är att artikel 76 i förordning nr 1408/71 och artikel 10 i förordning nr 574/72 ska tolkas så, att rätten till barnbidrag som utbetalas enligt lagstiftningen i den medlemsstat där den ena föräldern är bosatt med de berörda barnen inte ska innehållas i en situation som den i målet vid den hänskjutande domstolen, där den före detta maken, barnens andra förälder, enligt artikel 73 i förordning nr 1408/71 skulle ha rätt till familjeförmåner enligt lagstiftningen i anställningsstaten, men inte erhåller dessa förmåner eftersom någon ansökan om sådana förmåner inte har lämnats in.

24 — Se domen i det ovannämnda målet Kracht (ovan fotnot 8), punkterna 12–14.

25 — Se domen i det ovannämnda målet Kracht (ovan fotnot 8), punkterna 12 och 13.

26 — Jag är för övrigt inte heller övertygad om att artikel 75.2 i förordning nr 1408/71, som avser en situation där familjeförmåner ”inte används” av den person som inte har vårdnaden om de berörda familjemedlemmarna och som inte har ansvaret för dessa familjemedlemmars försörjning, kan tillämpas analogt under sådana omständigheter som föreligger i förevarande mål, när ansökan om de aktuella familjeförmånerna inte har lämnats in och förmånerna följaktligen inte har erhållits.

27 — Se, för ett liknande resonemang, särskilt dom av den 19 februari 1981 i mål 104/80, Beeck (REG 1981, s. 503), punkt 12.

V — Förslag till avgörande

66. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som har ställts av Bundesfinanzhof på följande sätt:

Artikel 76 i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen, ändrad genom rådets förordning (EG) nr 118/97 av den 2 december 1996, och artikel 10 i rådets förordning (EEG) nr 574/72 av den 21 mars 1972 om tillämpning av förordning (EEG) nr 1408/71, i dess lydelse enligt förordning (EG) nr 647/2005, ska tolkas så, att rätten till barnbidrag enligt lagstiftningen i den medlemsstat där den ena föräldern är bosatt tillsammans med de berörda barnen inte ska innehållas i en situation som den i målet vid den hänskjutande domstolen, där den före detta maken, barnens andra förälder, enligt artikel 73 i förordning nr 1408/71 skulle ha rätt till familjeförmåner enligt lagstiftningen i anställningsstaten, men inte erhåller dessa förmåner eftersom någon ansökan om sådana förmåner inte har lämnats in.