# OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO JÁNA MAZÁKA
przedstawiona w dniu 15 kwietnia 2010 r.[1]

## I — Wprowadzenie

1. Postanowieniem z dnia 30 października 2008 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 15 stycznia 2009 r., Bundesfinanzhof (federalny sąd finansowy w Niemczech) skierował do Trybunału Sprawiedliwości pytania prejudycjalne w przedmiocie wykładni art. 76 rozporządzenia Rady (EWG) nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek i do członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie, zmienionego rozporządzeniem Rady (WE) nr 118/97 z dnia 2 grudnia 1996 r.[2] (zwanego dalej „rozporządzeniem nr 1408/71")[3] oraz art. 10 rozporządzenia Rady (EWG) nr 574/72 z dnia 21 marca 1972 r. w sprawie wykonywania rozporządzenia (EWG) nr 1408/71, zmienionego rozporządzeniem (WE) nr 647/2005[4] (zwanego dalej „rozporządzeniem nr 574/72")[5].

2. Wniosek ten został przedstawiony w ramach postępowania wszczętego przez Gudrun Schwemmer, obywatelkę Niemiec, rozwiedzioną i zamieszkałą w Niemczech, której były mąż jest zatrudniony w Szwajcarii, przeciwko Agentur für Arbeit Villingen-Schwemmingen – Familienkasse (agencji pracy w Villingen-Schwenningen – kasie świadczeń rodzinnych, zwanej dalej „Familienkasse"), w przedmiocie odmowy Familienkasse przyznania świadczeń rodzinnych w pełnej wysokości dla dwojga dzieci G. Schwemmer.

3. Sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy w sytuacji zaistniałej po rozwodzie, w której ojciec dzieci celowo wstrzymuje się od złożenia wniosku o świadczenie na dzieci w państwie członkowskim swego miejsca zatrudnienia, państwo członkowskie miejsca zamieszkania matki powinno wypłacić świadczenia na dzieci tylko do wysokości, do jakiej świadczenia należne w tym państwie przekraczają kwotę świadczenia na dzieci, jaką ojciec dziecka mógłby uzyskać w państwie miejsca swojego zatrudnienia.

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Dz.U. z 1997, L 28, s 1.

3 — Dz.U. L 149, s 2.

4 — Rozporządzenie (WE) nr 647/2005 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 kwietnia 2005 r. zmieniające rozporządzenie Rady (EWG) nr 1408/71 w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek oraz do członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie oraz rozporządzenie Rady (EWG) nr 574/72 w sprawie wykonywania rozporządzenia (EWG) nr 1408/71 (Dz.U. z 2005, L 117, s. 1).

5 — Dz.U. L 74, s. 1.

**II — Ramy prawne**

A — *Prawo wspólnotowe*

1. Umowa pomiędzy Wspólnotą a Konfederacją Szwajcarską

4. Na podstawie załącznika II do Umowy pomiędzy Wspólnotą Europejską i państwami członkowskimi z jednej strony a Konfederacją Szwajcarską z drugiej strony w sprawie swobodnego przepływu osób, podpisanej w Luksemburgu w dniu 21 czerwca 1999 r.[6], rozporządzenia nr 1408/71 oraz nr 574/72 znajdują zastosowanie w stosunkach pomiędzy stronami tej umowy.

2. Rozporządzenie nr 1408/71

5. Artykuł 13 rozporządzenia nr 1408/71, zatytułowany „Zasady ogólne", stanowi co następuje, w zakresie dotyczącym niniejszej sprawy, w odniesieniu do określenia właściwego prawa:

„1. Z zastrzeżeniem art. 14c i 14f osoby, do których stosuje się niniejsze rozporządzenie, podlegają wyłącznie ustawodawstwu jednego państwa członkowskiego. Przepisy niniejszego tytułu określają ustawodawstwo właściwe.

2. Z zastrzeżeniem przepisów art. 14–17:

(a) pracownik najemny zatrudniony na terytorium jednego państwa członkowskiego podlega ustawodawstwu tego państwa, nawet jeżeli zamieszkuje na terytorium innego państwa członkowskiego lub jeżeli przedsiębiorstwo lub pracodawca, który go zatrudnia, ma swoją zarejestrowaną siedzibę lub miejsce prowadzenia działalności na terytorium innego państwa członkowskiego;

[…]".

6. Artykuł 73 rozporządzenia nr 1408/71, zatytułowany „Pracownicy najemni lub osoby prowadzące działalność na własny rachunek, których członkowie rodziny zamieszkują w państwie członkowskim innym niż państwo właściwe", stanowi że:

„Pracownik najemny lub osoba prowadząca działalność na własny rachunek podlegający ustawodawstwu państwa członkowskiego są uprawnieni w odniesieniu do członków swojej rodziny, którzy zamieszkują na terytorium

6 — Dz.U. z 2002, L 114, s. 6.

innego państwa członkowskiego, do świadczeń rodzinnych przewidzianych przez ustawodawstwo pierwszego państwa, tak jakby zamieszkiwali oni na terytorium tego państwa [...]".

7. Artykuł 75 ust. 2 tego rozporządzenia stanowi:

„[…] jeżeli świadczenia rodzinne nie są przeznaczone na utrzymanie członków rodziny przez osobę, której powinny być udzielane, instytucja właściwa zwalnia się ze swoich zobowiązań poprzez udzielenie wspomnianych świadczeń osobie fizycznej lub prawnej, która rzeczywiście utrzymuje członków rodziny, na wniosek i za pośrednictwem instytucji miejsca ich zamieszkania lub instytucji określonej, lub organu wskazanego w tym celu przez właściwą władzę państwa ich zamieszkania".

8. Artykuł 76 rozporządzenia nr 1408/71, przewidujący zasady pierwszeństwa w przypadku zbiegu praw do świadczeń rodzinnych zgodnie z ustawodawstwem państwa właściwego i zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego miejsca zamieszkania członków rodziny, stanowi:

„1. W przypadku gdy w tym samym okresie, dla tego samego członka rodziny i z tytułu wykonywania działalności zawodowej, świadczenia rodzinne są przewidziane w ustawodawstwie państwa członkowskiego, na którego terytorium zamieszkują członkowie rodziny, prawo do świadczeń rodzinnych, należnych zgodnie z ustawodawstwem innego państwa członkowskiego, w danym wypadku na podstawie art. 73 lub 74, jest zawieszane do wysokości przewidzianej w ustawodawstwie pierwszego państwa członkowskiego.

2. Jeżeli wniosek o świadczenia nie jest [nie został] złożony w państwie członkowskim, na którego terytorium zamieszkują członkowie rodziny, instytucja właściwa innego państwa członkowskiego może stosować przepisy ust. 1 tak, jakby świadczenia były przyznane w pierwszym państwie członkowskim".

3. Rozporządzenie nr 574/72

9. Artykuł 10 ust. 1 rozporządzenia nr 574/72, zatytułowany „Zasady stosowane wobec pracowników najemnych i osób prowadzących działalność na własny rachunek w przypadku kumulacji [zbiegu] praw do świadczeń lub zasiłków rodzinnych", stanowi:

„a) Prawo do świadczeń lub zasiłków rodzinnych, należnych zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego, w którym nabycie prawa do świadczeń lub zasiłków nie jest uzależnione od warunku ubezpieczenia, zatrudnienia lub prowadzenia działalności na własny rachunek, jest zawieszone, jeżeli w tym samym okresie i dla tego samego członka rodziny świadczenia przyznane [należne] są tylko zgodnie z krajowym ustawodawstwem innego państwa członkowskiego lub [albo] w zastosowaniu art. 73, 74, 77

lub 78 rozporządzenia [nr 1408/71], do wysokości kwoty tych świadczeń.

b) Jednakże jeżeli praca lub działalność zawodowa wykonywana jest na terytorium pierwszego państwa członkowskiego:

(i) w przypadku świadczeń należnych zgodnie z krajowym ustawodawstwem innego państwa członkowskiego albo zgodnie z art. 73 lub 74 rozporządzenia [nr 1408/71], osobie uprawnionej do zasiłku rodzinnego lub osobie pobierającej te świadczenia, prawo do świadczeń rodzinnych, należne tylko zgodnie z krajowym ustawodawstwem innego państwa członkowskiego albo zgodnie z tymi artykułami, jest zawieszone do wysokości kwoty świadczeń rodzinnych, przewidzianych w ustawodawstwie państwa członkowskiego, na którego terytorium zamieszkuje członek rodziny. Koszt świadczeń przyznawanych przez państwo członkowskie, na którego terytorium zamieszkuje członek rodziny, ponosi to państwo członkowskie;

[…]".

B — *Prawo krajowe*

10. Uprawnienie do niemieckiego świadczenia na dzieci jest regulowane w §§ 62 oraz 63 Einkommensteuergesetz (ustawy o podatku dochodowym, zwanej dalej „EstG").

11. Paragraf 62 ust. 1 pkt 1 EStG stanowi:

„Prawo do świadczenia na dzieci w rozumieniu § 63 niniejszej ustawy przysługuje każdemu, kto posiada stałe miejsce zamieszkania lub zwykłe miejsce pobytu na terytorium Niemiec".

12. Paragraf 63 ust. 1 pkt 1 stanowi:

„Termin dzieci należy rozumieć w sposób zgodny z definicją zawartą w § 32 ust. 1."

13. Paragraf 32 ust. 1 pkt 1 brzmi następująco:

„Za dzieci uważa się dzieci, które z podatnikiem łączy pierwszy stopień pokrewieństwa".

14. Paragraf 65 ust. 1 EStG stanowi, że świadczenie na dzieci nie przysługuje, jeśli takie świadczenia wypłacane są na te dzieci

w innym państwie albo jeśli mogłyby być wypłacane, gdyby został złożony odpowiedni wniosek.

17. Decyzją z dnia 21 marca 2006 r. kasa świadczeń rodzinnych ustaliła wysokość świadczeń na każde z dwojga dzieci na część pełnej wysokości, mianowicie na 44,25 EUR na dziecko, ponieważ niemiecki zasiłek rodzinny wynoszący 154 EUR jest o tę kwotę wyższy od przysługującego w Szwajcarii ojcu dzieci świadczenia rodzinnego w wysokości 109,75 EUR na dziecko.

## III — Stan faktyczny, postępowanie i pytanie prejudycjalne

15. Jak wynika z postanowienia odsyłającego, G. Schwemmer mieszka z dwojgiem swoich dzieci, urodzonych w 1992 r. i 1995 r., w Niemczech. W 2005 r. rozpoczęła działalność na własny rachunek w zakresie zarządzania nieruchomościami, usług gospodarza domu i utrzymywania czystości. Od maja 2006 r. była zatrudniona w nieznacznym wymiarze czasu pracy w pewnej spółce. W spornym okresie G. Schwemmer dobrowolnie opłacała składki do Deutsche Rentenversicherung (niemieckiej kasy emerytalnej, zwanej dalej „DRV") oraz składki na ubezpieczenie zdrowotne i opiekuńcze do Deutsche Angestelltenkrankenkasse (niemieckiej pracowniczej kasy chorych, DAK).

16. Ojciec dzieci, z którym G. Schwemmer jest rozwiedziona od 1997 r., pracuje w Szwajcarii. Nie wystąpił o przyznanie świadczeń rodzinnych przysługujących mu zgodnie z prawem szwajcarskim w wysokości 109,75 EUR na każde dziecko.

18. Kasa świadczeń rodzinnych zajęła stanowisko, podtrzymane po wniesieniu odwołania przez Finanzgericht (sąd finansowy), zgodnie z którym uprawnienie G. Schwemmer do zasiłku rodzinnego powinno być określone w świetle norm regulujących zbieg prawa do świadczeń zawartych w rozporządzeniach nr 1408/71 oraz nr 574/72. Ponieważ G. Schwemmer nie wykonywała pracy ani działalności zawodowej w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. b) ppkt i) rozporządzenia nr 574/72, uprawnienie do świadczeń rodzinnych w Szwajcarii, zgodnie z art. 10 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 574/72, ma pierwszeństwo przed uprawnieniem do niemieckiego zasiłku rodzinnego. Według Finanzgericht oraz kasy świadczeń rodzinnych okoliczność, czy faktycznie ubiegano się o świadczenia rodzinne w Szwajcarii, jest bez znaczenia na podstawie art. 76 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71, znajdującego odpowiednie zastosowanie. Wspomniane w tym przepisie uprawnienia dyskrecjonalne można interpretować tylko w ten sposób, że jedynie w uzasadnionych i wyjątkowych przypadkach można uznać, że świadczenia rodzinne nie przysługują w państwie miejsca zatrudnienia, co skutkuje obowiązkiem wypłaty świadczeń rodzinnych w pełnym wymiarze przez państwo miejsca zamieszkania.

19. W postępowaniu przed sądem krajowym G. Schwemmer kwestionuje takie stanowisko, podnosząc, że jest już uprawniona w Niemczech do świadczeń na dzieci w pełnej wysokości w związku z wykonywaniem działalności zawodowej w tym państwie. Osoby zatrudnione w nieznacznym wymiarze czasu pracy powinny być, jej zdaniem, zrównane z pracownikami podlegającymi obowiązkowemu ubezpieczeniu. W każdym razie ojciec dzieci umyślnie, aby jej zaszkodzić, wstrzymał się od złożenia wniosku o przyznanie świadczeń rodzinnych w Szwajcarii, będącej właściwym państwem zatrudnienia. Sytuacja taka nie została zaś przewidziana w art. 10 ust. 1 rozporządzenia nr 547/72.

20. Sąd krajowy twierdzi, że w sprawie w postępowaniu, które się przed nim toczy, zbieg prawa do świadczeń rodzinnych musi zostać rozstrzygnięty w oparciu o art. 10 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 574/72, ponieważ jego zdaniem G. Schwemmer nie wykonywała w Niemczech żadnej pracy czy działalności zawodowej w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. b) ppkt i) tego rozporządzenia. W tym względzie sąd krajowy zauważa, że zgodnie z brzmieniem art. 10 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 574/72 prawo do świadczenia na dzieci w państwie miejsca zamieszkania jest zawieszone tylko wtedy, jeśli w państwie miejsca zatrudnienia należne są świadczenia rodzinne. W przedmiotowej sprawie jednakże żadne świadczenia rodzinne nie są należne w państwie miejsca zatrudnienia, bowiem w Szwajcarii świadczenia rodzinne mogą zostać przyznane tylko na wniosek; tymczasem ojciec dzieci nie złożył takiego wniosku, pomimo że jest do tego uprawniony.

21. Ponadto sąd krajowy powziął wątpliwości, co do tego, czy art. 76 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71 powinien znaleźć odpowiednie zastosowanie w przedmiotowej sprawie, jak utrzymuje G. Schwemmer.

22. W takich właśnie okolicznościach Bundesfinanzhof postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1. Czy uregulowanie zawarte w art. 76 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71 stosuje się odpowiednio do sytuacji określonych w art. 10 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 574/72 w przypadkach, w których uprawniony rodzic nie występuje o przyznanie świadczeń rodzinnych przysługujących mu w państwie miejsca zatrudnienia?

2. Na wypadek gdy art. 76 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71 znajduje odpowiednie zastosowanie: na podstawie jakich kryteriów uznaniowych instytucja państwa miejsca zamieszkania, właściwa w przedmiocie świadczeń rodzinnych, może stosować art. 10 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 574/72, tak jakby świadczenia zostały przyznane w państwie miejsca zatrudnienia? Czy przyznane państwu członkowskiemu uprawnienia dyskrecjonalne pozwalające na uznanie, że w państwie miejsca zatrudnienia zostały przyznane świadczenia rodzinne, mogą zostać ograniczone, gdy uprawniony umyślnie nie wystąpił o przyznanie przysługujących mu świadczeń rodzinnych w celu

działania na szkodę osoby uprawnionej do świadczenia na dzieci w państwie miejsca zamieszkania?".

## IV — Analiza prawna

A — *Główne argumenty stron*

23. W niniejszym postępowaniu pisemne uwagi zostały przedstawione przez rządy litewski i austriacki oraz przez Komisję Europejską. Gudrun Schwemmer, rząd niemiecki oraz Komisja byli reprezentowani na rozprawie w dniu 10 lutego 2010 r.

24. Zgodnie z argumentacją G. Schwemmer przedstawioną na rozprawie, powinna ona być traktowana jak osoba, o której mowa w art. 1 rozporządzenia nr 1408/71, pomimo tego, że była zatrudniona jedynie w nieznacznym wymiarze czasu pracy i nie podlegała obowiązkowemu ubezpieczeniu na wypadek bezrobocia, czego wymaga część I lit. E załącznika I do tego rozporządzenia. Załącznik ten pozostaje w tym wypadku bez znaczenia. Ponadto, według G. Schwemmer, art. 75 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71 stosuje się odpowiednio w sytuacji, w której osoba zatrudniona w innym państwie członkowskim nie wnioskowała o świadczenia rodzinne na utrzymanie członków rodziny i nie otrzymała ich.

25. Rząd niemiecki zauważa, że na podstawie § 65 EstG prawo do świadczeń rodzinnych nie przysługuje, jeśli prawo do odpowiadających im świadczeń przysługuje w innym państwie członkowskim. Ponadto G. Schwemmer nie nabyła takiego prawa do świadczeń na podstawie rozporządzenia nr 1408/71, ponieważ zgodnie z częścią I lit. E załącznika I do tego rozporządzenia, rozdział 7 tytułu III rozporządzenia nr 1408/71 nie znajduje zastosowania. Z kolei art. 10 rozporządzenia nr 574/72 znajduje zastosowanie do sytuacji G. Schwemmer, pomimo tego, że nie wykonywała ona pracy ani działalności zawodowej w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. b) ppkt i) tego rozporządzenia. Wobec powyższego Szwajcaria jest w pierwszej kolejności właściwa w zakresie wypłaty świadczeń rodzinnych.

26. W odniesieniu do art. 76 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71, rząd niemiecki utrzymuje, że przepis ten powinien znajdować odpowiednie zastosowanie tak, aby można było uznać, że przedmiotowe świadczenia zostały przyznane w Szwajcarii. Należy jednak zastosować, jak sugeruje dalej rząd niemiecki, art. 75 ust. 2 tego rozporządzenia dla rozwiązywania sytuacji takiej jak ta, w której jedno z rodziców odmawia złożenia wniosku o świadczenia rodzinne.

27. Rząd litewski również stoi na stanowisku, że art. 76 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71 znajduje zastosowanie w okolicznościach

sporu zawisłego przed sądem krajowym, regulowanych art. 10 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 574/72, i że w związku z tym nie ma znaczenia, czy wniosek o przedmiotowe świadczenia został złożony. Argumentuje, że zasadność takiego podejścia wynika z głównego celu systemu ustanowionego rozporządzeniami nr 1408/71 i nr 574/72, mającego zapobiegać zbiegowi uprawnień. Inna wykładnia byłaby ponadto sprzeczna z zasadą słusznego podziału obciążeń pomiędzy państwami członkowskimi w zakresie pomocy społecznej [7] i trudna do zastosowania w praktyce wobec wciąż istniejących przeszkód w wymianie niezbędnych informacji pomiędzy państwami członkowskimi.

28. W odniesieniu do pytania drugiego rząd litewski wskazuje, że wobec zakresu uznania przyznanego na podstawie art. 76 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/72 państwom członkowskim, to odpowiednie władze powinny zdecydować, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności danego przypadku, o zastosowaniu tego przepisu, a zatem czy można uznać, że rozpatrywane świadczenia zostały przyznane w innym państwie członkowskim.

29. W opinii rządu austriackiego niemożliwe jest, na podstawie informacji dostarczonych przez sąd krajowy, zarówno uznanie G. Schwemmer za pracownika najemnego w rozumieniu art. 1 rozporządzenia nr 1408/71 w związku z częścią I lit. E załącznika I do tego rozporządzenia ani za osobę wykonującą pracę lub działalność zawodową w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. b) ppkt i) rozporządzenia nr 574/72.

30. Rząd austriacki podnosi jednak, że art. 76 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71 znajduje co do zasady zastosowanie w takim przypadku, ponieważ przepis ten ma ogólnie na celu zapobieganie nadużyciom w przesunięciu kompetencji na państwo członkowskie właściwe tytułem uzupełniającym, wyłącznie ze względu na umyślne niezłożenie wniosku o świadczenie. W związku z powyższym bez znaczenia pozostaje okoliczność, czy były małżonek G. Schwemmer celowo wstrzymał się od złożenia wniosku o świadczenia na dzieci i czy zrobił to, aby jej zaszkodzić.

31. Taka wykładnia jednak, jak przyznaje rząd austriacki, prowadziłaby do raczej niezadowalających rezultatów i dlatego należy zbadać, czy zasady dotyczące zbiegu uprawnień znajdują bez ograniczeń zastosowanie do rozwiedzionych lub pozostających w separacji rodziców. Można zasadnie twierdzić, że w sprawie w postępowaniu przed sądem krajowym rozporządzenie nr 1408/71 w ogóle nie znajdzie zastosowania, ponieważ ojciec powinien zostać uznany za niezamieszkującego z dziećmi i tym samym niebędącego członkiem rodziny w rozumieniu rozporządzenia.

7 — W związku z tym odwołuje się do wyroków: z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-184/99 Grzelczyk, Rec. s. I-6193, pkt 44 i z dnia 15 marca 2005 r. w sprawie C-209/03 Bidar, Zb.Orz. s. I-2119, pkt 56 i następne.

W konsekwencji uprawnienie do świadczenia na dzieci powinno być oceniane jedynie w odniesieniu do prawa państwa członkowskiego miejsca zamieszkania.

32. Komisja utrzymuje, że art. 76 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71 znajduje zastosowanie tylko wówczas, gdy spełniona jest przesłanka przewidziana w art. 76 ust. 1 tego rozporządzenia, a zatem tylko jeśli świadczenia rodzinne są przewidziane w ustawodawstwie państwa członkowskiego miejsca zamieszkania z tytułu wykonywania działalności zawodowej. Ponieważ G. Schwemmer nie jest pracownikiem najemnym w rozumieniu części I lit. E załącznika I do rozporządzenia nr 1408/71 i pozostaje tym samym poza zakresem przedmiotowym stosowania tego rozporządzenia, art. 76 ust. 2 rozporządzenia nie znajduje w stosunku do niej, co do zasady, zastosowania.

33. Zdaniem Komisji, w żadnym razie nie istnieje luka prawna, która uzasadniałaby odpowiednie stosowanie art. 76 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71. W odniesieniu do tego Komisja przypomina ponadto, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału wykluczone jest zawieszenie prawa do świadczeń na podstawie art. 76 rozporządzenia nr 1408/71, jeśli świadczenia nie są należne w danym państwie członkowskim ze względu na niespełnienie wszystkich warunków przewidzianych w prawie tego państwa członkowskiego dla ich pobierania, jak warunek uprzedniego złożenia wniosku o świadczenia [8]. Wprawdzie zasada ta została sformułowana w sprawach, w których wniosek nie został złożony w państwie miejsca zamieszkania, jednakże powinna być stosowana również w wypadku niezłożenia wniosku o świadczenia w państwie zatrudnienia.

34. Komisja wskazuje następnie, że na podstawie art. 10 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 574/72 prawo do świadczeń na dzieci podlega zawieszeniu tylko wtedy, gdy świadczenia rodzinne są należne w państwie miejsca zatrudnienia. W opinii Komisji, z uwagi na okoliczność, że ojciec nie złożył wniosku o świadczenia rodzinne, do których jest uprawniony w Szwajcarii oraz z uwagi na to, że w rezultacie nie zostały spełnione wszystkie warunki wypłaty świadczeń, żadne świadczenia rodzinne nie są „należne" na jego rzecz w rozumieniu tego przepisu w państwie miejsca zatrudnienia. Nie zachodzi zatem również żaden zbieg uprawnień.

35. Ponadto zdaniem Komisji zastosowanie art. 10 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 574/72 nie wydaje się być właściwe, skoro G. Schwemmer nie wykonuje pracy ani działalności zawodowej w Niemczech.

36. Komisja sugeruje w końcu, że władze niemieckie mogły uniknąć wyłącznego ponoszenia kosztów świadczenia na dzieci poprzez zastosowanie art. 75 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71.

8 — Wyroki: z dnia 13 listopada 1984 r. w sprawie 191/83 **Salzano,** Rec. s. 3741, pkt 10, z dnia 23 kwietnia 1986 r. w sprawie 153/84 Ferraioli, Rec. s. 1401, pkt 15 oraz z dnia 4 lipca 1990 r. w sprawie C-117/89 Kracht, Rec. s. I-2781, pkt 18.

B — *Ocena*

37. Poprzez swoje pytania, które należy zbadać łącznie, sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy w świetle zasad mających zapobiegać zbiegowi uprawnień do świadczeń, określonych w art. 76 rozporządzenia nr 1408/71 oraz w art. 10 rozporządzenia nr 574/72, uprawnienie do świadczeń na dzieci należnych na podstawie prawodawstwa państwa członkowskiego, w którym zamieszkuje rodzic z tymi dziećmi może zostać częściowo zawieszone w sytuacji takiej jak rozpatrywana przez sąd krajowy, w której były małżonek, będący drugim z rodziców tych dzieci, byłby uprawniony do świadczeń rodzinnych na podstawie ustawodawstwa państwa miejsca zatrudnienia, ale faktycznie nie otrzymuje tych świadczeń ze względu na umyślne niezłożenie wniosku o ich otrzymanie.

38. Na początku należy zauważyć, że po pierwsze, nie ulega wątpliwości, że niemieckie świadczenie na dzieci spełnia konieczne przesłanki, aby zaliczyć je do „świadczeń rodzinnych" w rozumieniu art. 4 ust. 1 lit. h) rozporządzenia nr 1408/71. [9] Rozporządzenie to znajduje zatem zastosowanie do niniejszej sytuacji ratione materiae.

39. Po drugie, odnośnie do zakresu podmiotowego stosowania rozporządzenia nr 1408/71, bezsporne jest w każdym razie, że były małżonek G. Schwemmer wykonuje w Szwajcarii, państwie swego miejsca zamieszkania, działalność w charakterze „pracownika najemnego" w rozumieniu art. 1 lit. a) tego rozporządzenia.

40. W związku z powyższym nie jest w niniejszej sprawie konieczne ustalanie, że również G. Schwemmer może być uznana za pracownika najemnego w rozumieniu art. 1 lit. a) rozporządzenia nr 1408/71 w związku z częścią I lit. E załącznika I do tego rozporządzenia, ponieważ na podstawie art. 2 omawianego rozporządzenia oraz orzecznictwa Trybunału rozporządzenie nr 1408/71 dotyczy również bezpośrednio członków rodziny lub, jak w niniejszej sprawie, byłego małżonka pracownika najemnego lub osoby prowadzącej działalność na własny rachunek [10].

41. W związku z tym, z uwagi na okoliczność, że rozporządzenie nr 1408/71 dotyczy bezpośrednio sytuacji rodzinnych powstałych w następstwie rozwodu [11], nie można stwierdzić, wbrew stanowisku zajmowanemu przez rząd austriacki, że sytuację G. Schwemmer należy traktować jak sytuację o charakterze czysto wewnętrznym i zupełnie wyłączoną z zakresu stosowania tego rozporządzenia,

9 — Zobacz w tym kontekście wyrok z dnia 20 maja 2008 r. w sprawie C-352/06 Bosmann, Zb.Orz. s. I-3827, który również dotyczył niemieckiego świadczenia na dzieci.

10 — Zobacz w tym względzie, m.in. wyroki: z dnia 3 lutego 1983 r. w sprawie 149/82 Robards, Rec. s. 171, pkt 15; z dnia 5 marca 1998 r. w sprawie C-194/96 Kulzer, Rec. s. I-895, pkt 32 i z dnia 5 lutego 2002 r. w sprawie C-255/99 Humer Rec. s. I-1205, pkt 42.

11 — Zobacz też w tym względzie wyrok z dnia 26 listopada 2009 r. w sprawie C-363/08 Slanina, Zb.Orz. s. I-11111, pkt 30.

z tego względu, że ojciec dzieci jest rozwiedziony z G. Schwemmer i nie zamieszkuje z dziećmi.

42. Trzeba zatem zauważyć, że rozporządzenie nr 1408/71 znajduje zastosowanie zarówno w zakresie przedmiotowym, jak i podmiotowym do sytuacji takiej, w jakiej znajduje się G. Schwemmer, którą to sytuację zbadam niniejszym w świetle odpowiednich przepisów rozporządzeń nr 1408/71 i nr 574//72.

43. Artykuł 73 rozporządzenia nr 1408/71 stanowi w odniesieniu do świadczeń rodzinnych, że pracownik najemny lub osoba prowadząca działalność na własny rachunek, podlegający prawu państwa członkowskiego A, posiada uprawnienie do przewidzianych ustawodawstwem państwa członkowskiego A świadczeń rodzinnych w odniesieniu do członków rodziny zamieszkałych w państwie członkowskim B tak, jakby mieszkały one w państwie członkowskim A. Celem tego przepisu jest w gruncie rzeczy zapewnienie członkom rodziny zamieszkującym w państwie członkowskim, innym niż państwo członkowskie A, przyznania świadczeń rodzinnych przewidzianych na podstawie właściwego ustawodawstwa [12].

44. Wobec powyższego, jak stwierdził sąd krajowy, co nigdy nie zostało zakwestionowane w postępowaniu przed tym sądem, uprawnienie do świadczeń rodzinnych na dzieci G. Schwemmer powstaje, co do zasady, zgodnie z art. 73 rozporządzenia nr 1408/71, na gruncie prawa Szwajcarii, państwa zatrudnienia jej byłego małżonka.

45. Z drugiej strony zauważyć należy, że w Niemczech, gdzie G. Schwemmer zamieszkuje z dwojgiem swoich dzieci, jest ona uprawniona do niemieckiego świadczenia na dzieci, ponieważ zgodnie z prawem niemieckim, świadczenie to jest należne z tytułu zamieszkiwania rodzica, jak i dzieci na terytorium Niemiec [13].

46. Skoro zatem prawo do zasiłków rodzinnych może przysługiwać zarówno na podstawie prawa państwa miejsca zamieszkania G. Schwemmer, jak i na podstawie prawa państwa miejsca zatrudnienia i zamieszkania jej byłego małżonka, spór w postępowaniu przed sądem krajowym należy rozpatrywać w świetle przepisów zapobiegających zbiegowi uprawnień przewidzianych w art. 76 rozporządzenia nr 1408/71 oraz w art. 10 rozporządzenia nr 574/72.

12 — Wyroki: z dnia 10 października 1996 r. w sprawach połączonych C-245/94 i C-312/94 Hoever i Zachow, Rec. s. I-4895, pkt 32 oraz ww. w przypisie 10 w sprawie Humer, pkt 39.

13 — Moim zdaniem nie ma w tym zakresie znaczenia, że jak argumentował rząd niemiecki podczas rozprawy, § 65 EStG wyłącza jakiekolwiek prawo do świadczenia na dzieci, jeśli odpowiadające mu świadczenie jest należne w innym państwie członkowskim. Przepis ten bowiem wyraźnie został wprowadzony dla rozwiązania konfliktu kompetencji, a konkretniej uniknięcia zbiegu uprawnień w zakresie świadczeń rodzinnych. Stanowi on jako taki odpowiednik dla rozporządzeń nr 1408/71 i nr 574/72 w prawie krajowym i wobec zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego musi być interpretowany i stosowany zgodnie z tymi rozporządzeniami. Przyjęcie argumentacji przedstawionej przez rząd niemiecki i uwzględnienie § 65 EStG dla ustalenia, czy G. Schwemmer jest, co do zasady, uprawniona do świadczenia na dzieci na podstawie prawa niemieckiego stanowiłoby w pewien sposób całkowite odwrócenie tej relacji pomiędzy rozporządzeniami a prawem krajowym.

47. Należy w związku z tym zauważyć, że po pierwsze, art. 76 rozporządzenia nr 1408/71 ma umożliwiać rozstrzyganie spraw, w których z uwagi na wykonywanie przez jednego z członków rodziny działalności zawodowej, uprawnienie do świadczeń rodzinnych na podstawie art. 73 tego rozporządzenia zbiega się z uprawnieniem na podstawie prawa państwa członkowskiego, w którym ten członek rodziny ma miejsce zamieszkania [14].

48. Jednakże, ponieważ warunkiem przysługiwania niemieckiego świadczenia na dzieci jest wyłącznie okoliczność zamieszkiwania na terytorium Niemiec, a nie wykonywanie działalności zawodowej, art. 76 rozporządzenia nr 1408/71 nie dotyczy sprawy rozpatrywanej w postępowaniu przed sądem krajowym.

49. Z drugiej strony art. 10 rozporządzenia nr 574/72 stosuje się, gdy istnieje ryzyko zbiegu uprawnień wynikającego z art. 73 rozporządzenia nr 1408/71 oraz z prawa do otrzymywania świadczeń rodzinnych na podstawie prawa krajowego państwa miejsca zamieszkania, które jest przyznawane niezależnie od wykonywania pracy lub działalności zawodowej [15].

50. Wydaje się zatem, że dla celów niniejszej sprawy art. 10 rozporządzenia nr 574/72 jest odpowiednim przepisem zapobiegającym zbiegowi praw.

51. Artykuł 10 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 574/72 przewiduje w szczególności, że jeśli świadczenia rodzinne są należne w państwie miejsca zamieszkania niezależnie od spełniania warunków ubezpieczenia lub zatrudnienia, prawo takie podlega zawieszeniu, jeśli świadczenia należne są na podstawie art. 73 rozporządzenia nr 1408/71.

52. Zgodnie zatem z tym przepisem zasiłki wypłacane przez państwo miejsca zatrudnienia mają pierwszeństwo przed zasiłkami wypłacanymi przez państwo miejsca zamieszkania, które podlegają w związku z tym zawieszeniu [16].

53. Jeśli jednakże osoba uprawniona do rozpatrywanych świadczeń rodzinnych lub osoba, na której rzecz są one wypłacane, wykonuje również pracę lub działalność zawodową w państwie członkowskim miejsca zamieszkania, art. 10 ust. 1 lit. b) ppkt i) rozporządzenia nr 574/72 odwraca kolejność pierwszeństwa na korzyść kompetencji tego państwa członkowskiego, przewidując zawieszenie praw do świadczeń w państwie miejsca

14 — Zobacz wyroki: z dnia 7 czerwca 2005 r. w sprawie C-543/03 Dodl i Oberhollenzer, Zb.Orz. s. I-5049, pkt 53, i ww. w przypisie 11 w sprawie Slanina, pkt 36.

15 — Zobacz ww. w przypisie 14 wyrok w sprawie Dodl i Oberhollenzer, pkt 54.

16 — Zobacz, między innymi, wyrok z dnia 9 grudnia 1992 r. w sprawie C-119/91 McMenamin, Rec. s. I-6393, pkt 17.

zatrudnienia, należnych na podstawie art. 73 rozporządzenia nr 1408/71 [17].

54. Wynika z tego, że w razie ustalenia, zgodnie z twierdzeniami G. Schwemmer podnoszonymi w postępowaniu przed sądem krajowym, że wykonywała ona pracę lub działalność zawodową w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. b) ppkt i) rozporządzenia nr 574/72 w Niemczech, będących również państwem miejsca zamieszkania, to w każdym razie byłaby ona uprawniona do niemieckiego świadczenia na dzieci w pełnej wysokości.

55. Zgodnie jednakże z ustaleniami sądu krajowego, taka sytuacja nie występuje przede wszystkim dlatego, że G. Schwemmer nie może być uznana za „pracownika najemnego" ani za „osobę prowadzącą działalność na własny rachunek" w rozumieniu art. 1 rozporządzenia nr 1408/71 w związku z częścią I lit. E załącznika I do tego rozporządzenia, ponieważ nie podlegała ona obowiązkowemu ubezpieczeniu, w związku z czym nie spełnia jednego z warunków określonych w tym załączniku w odniesieniu do Niemiec.

56. W tym kontekście na rozprawie przed Trybunałem zostało podniesione pytanie, czy wbrew temu, co przyjął sąd krajowy, w świetle prowadzenia przez G. Schwemmer w 2005 r. działalności na własny rachunek w zakresie zarządzania nieruchomościami, usług gospodarza domu i utrzymywania czystości i jej zatrudnienia od 2006 r. w nieznacznym wymiarze czasu pracy, G. Schwemmer mogłaby być uznana za osobę wykonującą pracę lub działalność zawodową w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit b) ppkt i) rozporządzenia nr 574/72**,** jednocześnie nie kwalifikując się jako „pracownik najemny" ani jako „osoba prowadząca działalność na własny rachunek" w rozumieniu art. 1 rozporządzenia nr 1408/71 w związku z częścią I lit. E załącznika I do tego rozporządzenia.

57. Moim zdaniem jednakże Trybunał nie może rozstrzygnąć zagadnienia powstałego w niniejszej sprawie wyłącznie na podstawie tej hipotezy. Nawet jeśli sąd krajowy zrewidowałby swoją interpretację pojęcia „pracy lub działalności zawodowej", użytego w art. 10 ust. 1 lit b) ppkt i) rozporządzenia nr 574/72, wciąż będzie musiał ustalić, czy te warunki zostały rzeczywiście spełnione w sprawie G. Schwemmer. Ponadto w świetle tego, jaka odpowiedź moim zdaniem powinna zostać udzielona na pytania prejudycjalne, nie wydaje mi się konieczne rozstrzyganie tej kwestii [18].

58. Zatem przy założeniu, że G. Schwemmer nie wykonywała żadnej pracy ani działalności zawodowej w rozumieniu w art. 10 ust. 1 lit. b) ppkt i) rozporządzenia nr 574/72, należy zbadać, czy na podstawie art. 10 ust. 1 lit. a) tego rozporządzenia świadczenie na dzieci należne w państwie miejsca zamieszkania podlega zawieszeniu w szczególnych

17 — Zobacz, między innymi, wyroki: ww. w przypisie 16 w sprawie McMenamin, pkt 17 oraz ww. w przypisie 9 w sprawie Bosmann, pkt 22.

18 — Zobacz pkt 65 poniżej.

okolicznościach sprawy w postępowaniu przed sądem krajowym, w której były małżonek jest uprawniony, zgodnie z art. 73 rozporządzenia nr 1408/71, do porównywalnych świadczeń rodzinnych w państwie miejsca jego zatrudnienia, ale świadczenia te nie są w rzeczywistości wypłacane ze względu na brak złożenia odpowiedniego wniosku.

59. W tym względzie należy podkreślić, że w wyrokach w sprawach Salzano [19], Ferraioli [20] i Kracht [21] Trybunał miał już możliwość rozważać zagadnienie odwrotne, czyli czy zasiłki należne w państwie członkowskim miejsca zatrudnienia, zgodnie z art. 73 rozporządzenia nr 1408/71 podlegają zawieszeniu w sytuacji gdy nie został złożony wniosek o odpowiadające im zasiłki w państwie miejsca zamieszkania i, w konsekwencji, nie były faktycznie wypłacane. Trybunał stwierdził, że we właściwym państwie członkowskim, którym w tych wypadkach jest państwo miejsca zatrudnienia, zasiłki nie podlegają zawieszeniu, jeśli nie były one wypłacane w innym państwie członkowskim ze względu na to, że nie zostały spełnione wszystkie warunki przewidziane w tym państwie członkowskim do otrzymywania takich zasiłków, w tym warunek uprzedniego złożenia odpowiedniego wniosku [22].

60. W sprawach tych zatem Trybunał orzekał w oparciu o zasadę, że prawa przysługujące na podstawie art. 73 rozporządzenia nr 1408/71 podlegają zawieszeniu tylko wtedy, gdy zasiłki są faktycznie wypłacane w państwie miejsca zamieszkania [23]. Pomimo że podejście to zostało przyjęte w odniesieniu do zbiegu świadczeń, o których mowa w art. 76 rozporządzenia nr 1408/71, nie ma, moim zdaniem, żadnego powodu, dla którego nie miałoby być zastosowane również tutaj, w sytuacji regulowanej art. 10 ust. 1 lit a) rozporządzenia nr 574/72 i w której prawo do zasiłków w państwie miejsca zatrudnienia istnieje, ale zasiłki te nie są faktycznie wypłacane ze względu na brak złożenia odpowiedniego wniosku.

61. Oczywiście po okresie, w trakcie którego wystąpiły właściwe okoliczności w przytoczonych wyżej sprawach, art. 76 rozporządzenia nr 1408/71 został zmieniony celem dodania nowego ust. 2, pozwalającego państwu członkowskiemu zatrudnienia na zawieszenie prawa do świadczeń rodzinnych, jeśli wniosek o świadczenia nie został złożony w państwie członkowskim miejsca zamieszkania, i w konsekwencji, państwo to nie wypłacało żadnych świadczeń.

19 — Wyżej wymieniony w przypisie 8.

20 — Wyżej wymieniony w przypisie 8.

21 — Wyżej wymieniony w przypisie 8.

22 — Zobacz w tym względzie ww. w przypisie 8 wyroki: w sprawie Salzano; w sprawie Ferraioli, pkt 14 i w sprawie Kracht, pkt 11 i 18.

23 — Zobacz też ww. w przypisie 16 wyrok w sprawie McMenamin, pkt 26.

62. Zasada taka nie została jednak przyjęta w przypadku art. 10 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 574/72. Należy w tym kontekście zauważyć, że w wyroku w sprawie Kracht Trybunał odmówił zmiany linii orzeczniczej przyjętej w ww. wyrokach w świetle nowego brzmienia art. 76 rozporządzenia nr 1408/71, pomimo tego, że nowy ust. 2 był już wówczas przyjęty, choć jeszcze nie obowiązywał. Trybunał zauważył, między innymi, że jego wykładnia art. 76 tego rozporządzenia była zgodna z celem traktatu WE ustanowienia swobodnego przepływu pracowników [24]. Ponadto Trybunał odrzucił w tym kontekście argumenty podobne do przedstawionych w niniejszej sprawie, zgodnie z którymi wykluczyć należy zarówno możliwość wyboru po stronie osoby uprawnionej do świadczeń, jak i możliwość zmiany w zakresie rozkładu ciężarów socjalnych pomiędzy zainteresowanymi państwami członkowskimi [25].

63. W tych okolicznościach nie wydaje się właściwe odpowiednie zastosowanie zasady ustanowionej w art. 76 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71 do rozpatrywanego tutaj art. 10 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 574/72 [26].

64. Wreszcie stanowisko, zgodnie z którym w okolicznościach takich jak w niniejszej sprawie prawo do świadczeń w państwie członkowskim miejsca zamieszkania nie podlegałoby zawieszeniu, jest zgodne z utrwalonym orzecznictwem przyjmującym, że skutkiem zastosowania zasady mającej służyć uniknięciu zbiegu zasiłków, w tym zasady wyrażonej w art. 10 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 574/72, nie powinno być bezpodstawne pozbawienie zainteresowanych osób prawa do świadczeń, które im przysługuje na mocy prawa państwa członkowskiego [27].

65. Z powyższych rozważań wynika, że na pytania przedłożone przez sąd krajowy należy udzielić odpowiedzi, że wykładni art. 76 rozporządzenia nr 1408/71 i art. 10 rozporządzenia nr 574/72 należy dokonywać w ten sposób, że uprawnienie do świadczenia na dzieci należnego na podstawie prawa państwa członkowskiego, w którym zamieszkuje rodzic z tymi dziećmi nie podlega zawieszeniu w sytuacji takiej jak rozpatrywana przed sądem krajowym, w której były małżonek, będący drugim z rodziców dzieci, byłby uprawniony, zgodnie z art. 73 rozporządzenia nr 1408/71, do świadczeń rodzinnych na podstawie ustawodawstwa państwa miejsca zatrudnienia, ale faktycznie nie otrzymuje tych świadczeń ze względu na brak złożenia wniosku o ich otrzymanie.

24 — Zobacz ww. w przypisie 8 wyrok w sprawie Kracht, pkt 12-14.

25 — Ibidem, pkt 12, 13.

26 — Idąc tym tokiem rozumowania, nie jestem przekonany, czy art. 75 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71, który odnosi się do sytuacji, w której osoba niesprawująca aktualnie opieki nad członkami rodziny „nie przeznacza" świadczeń rodzinnych na cele utrzymania tych członków rodziny, może być stosowany w drodze analogii w sytuacji takiej jak w niniejszej sprawie, gdzie o świadczenia rodzinne nie złożono wniosku, a w rezultacie te nigdy nie zostały wypłacone.

27 — Zobacz podobnie, w szczególności, wyrok z dnia 19 lutego 1981 r. w sprawie 104/80 Beeck, Rec. s. 503, pkt 12.

## V — Wnioski

66. Z uwagi na powyższe proponuję, aby Trybunał udzielił następujących odpowiedzi na pytania prejudycjalne przedstawione przez Bundesfinanzhof:

Wykładni art. 76 rozporządzenia Rady (EWG) nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek i do członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie, zmienionego rozporządzeniem Rady (WE) nr 118/97 z dnia 2 grudnia 1996 r., oraz art. 10 rozporządzenia Rady (EWG) nr 574/72 z dnia 21 marca 1972 r. w sprawie wykonywania rozporządzenia (EWG) nr 1408/71, zmienionego rozporządzeniem (WE) nr 647/2005, należy dokonywać w ten sposób, że uprawnienie do świadczenia na dzieci, należnego na podstawie prawa państwa członkowskiego, w którym zamieszkuje rodzic z tymi dziećmi nie podlega zawieszeniu w sytuacji takiej jak rozpatrywana przed sądem krajowym, w której były małżonek, będący drugim z rodziców dzieci, byłby uprawniony, zgodnie z art. 73 rozporządzenia nr 1408/71, do świadczeń rodzinnych na podstawie ustawodawstwa państwa miejsca zatrudnienia, ale faktycznie nie otrzymuje tych świadczeń ze względu na brak złożenia odpowiedniego wniosku.