SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA JANA MAZÁKA, predstavljeni 15. aprila 2010[1]

I – Uvod

1. Bundesfinanzhof (Zvezno finančno sodišče) (Nemčija) je s sklepom z dne 30. oktobra 2008, ki ga je Sodišče prejelo 15. januarja 2009, Sodišču predložilo vprašanji za sprejetje predhodne odločbe o razlagi člena 76 Uredbe Sveta (EGS) št. 1408/71 z dne 14. junija 1971 o uporabi sistemov socialne varnosti za zaposlene osebe in njihove družinske člane, ki se gibljejo v Skupnosti, kakor je bila spremenjena in posodobljena z Uredbo Sveta (ES) št. 118/97 z dne 2. decembra 1996[2] (v nadaljevanju: Uredba št. 1408/71),[3] in člena 10 Uredbe Sveta (EGS) št. 574/72 z dne 21. marca 1972 o določitvi postopka za izvajanje Uredbe št. 1408/71, kakor je bila spremenjena z Uredbo (ES) št. 647/2005[4] (v nadaljevanju: Uredba št. 574/72).[5]

2. Predlog za sprejetje predhodne odločbe je bil podan v okviru postopka, ki ga je sprožila Gudrun Schwemmer, razvezana nemška državljanka s stalnim prebivališčem v Nemčiji, katere nekdanji mož dela v Švici, zoper Agentur für Arbeit Villingen-Schwenningen – Familienkasse (Zavod za zaposlovanje, Villingen-Schwenningen – Urad za družinske dodatke) (v nadaljevanju: Urad za družinske dodatke), ker ji je ta urad zavrnil dodelitev vseh družinskih dajatev za dva od njenih otrok.

3. Predložitveno sodišče želi predvsem ugotoviti, ali mora država članica, v kateri ima mati stalno prebivališče, če oče otrok po razvezi zakonske zveze zavestno ne zaprosi za otroški dodatek v pristojni državi zaposlitve, izplačati otroški dodatek le v višini tistega dela zneska, ki se izplačuje v tej državi članici, ki presega znesek otroškega dodatka, ki bi ga oče lahko prejel v državi zaposlitve.

1 – Jezik izvirnika: angleščina.

2 – UL 1997, L 28, str. 1.

3 – UL 1971, L 149, str. 2.

4 – Uredba Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. aprila 2005 o spremembi uredb Sveta (EGS) št. 1408/71 o uporabi sistemov socialne varnosti za zaposlene osebe, samozaposlene osebe in njihove družinske člane, ki se gibljejo v Skupnosti, in Uredbe (EGS) št. 574/72 o določitvi postopka za izvajanje Uredbe (EGS) št. 1408/71 (UL L 117, str. 1).

5 – UL 1972, L 74, str. 1.

II – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

1. Sporazum med Skupnostjo in Švico

4. V skladu s Prilogo II k Sporazumu med Evropsko skupnostjo in njenimi državami članicami na eni strani ter Švicarsko konfederacijo na drugi strani, o prostem pretoku oseb, podpisanim v Luksemburgu dne 21. junija 1999,[6] se Uredbi št. 1408/71 in št. 574/72 uporabljata v odnosih med podpisnicami tega sporazuma.

2. Uredba št. 1408/71

5. Kar zadeva obravnavano zadevo, člen 13 Uredbe št. 1408/71 z naslovom „Splošna pravila“ v zvezi z določitvijo zakonodaje, ki se uporabi, določa:

„1. Ob upoštevanju členov 14c in 14f se za osebe, za katere velja ta uredba, uporablja zakonodaja samo ene države članice. Zakonodaja, ki se uporabi, se določi v skladu z določbami tega naslova.

2. V skladu s členi od 14 do 17:

(a) za osebo, zaposleno na ozemlju ene države članice, velja zakonodaja te države, tudi če stalno prebiva na ozemlju druge države članice ali če je registrirani sedež ali poslovna enota podjetja ali posameznika, ki osebo zaposluje, na ozemlju druge države članice.

[…]“

6. Člen 73 Uredbe št. 1408/71 z naslovom „Zaposlene ali samozaposlene osebe, katerih družinski člani prebivajo v državi članici, ki ni pristojna država“, določa:

„Zaposlena ali samozaposlena oseba, za katero velja zakonodaja države članice, je za svoje družinske člane, ki stalno prebivajo v drugi

6 – UL 2002 L 114, str. 6.

državi članici, upravičena do družinskih dajatev, ki jih določa zakonodaja prve države, kot če bi ti stalno prebivali v tej državi…“

druge države članice miruje do višine zneska, ki ga določa zakonodaja prve države članice, po potrebi v skladu s členom 73 ali 74.

7. Člen 75(2) te uredbe določa:

2. Če v državi članici, na katere ozemlju družinski člani stalno prebivajo, zahtevek za družinske dajatve ni vložen, lahko pristojni nosilec druge države članice uporablja določbe odstavka 1, kot če bi bile dajatve dodeljene v prvi državi članici.“

„[…] če pa oseba, ki naj bi se ji družinske dajatve zagotavljale za vzdrževanje družinskih članov, teh dajatev ne uporablja v ta namen, pristojni nosilec izvrši svoje zakonske obveznosti, tako da na zahtevo in prek nosilca v kraju njihovega stalnega prebivališča ali imenovanega nosilca ali ustanove, ki jo v ta namen imenuje pristojni organ države stalnega prebivališča, zagotavlja omenjene dajatve fizični ali pravni osebi, ki dejansko vzdržuje družinske člane.“

3. Uredba št. 574/72

8. Člen 76 Uredbe št. 1408/71, ki predpisuje prednostna pravila v primerih prekrivanja upravičenosti do družinskih dajatev v skladu z zakonodajo pristojne države in v skladu z zakonodajo države članice, v kateri prebivajo družinski člani, določa:

9. Člen 10(1) Uredbe št. 574/72 z naslovom „Pravila, ki se uporabljajo v primeru prekrivanja pravic do družinskih dajatev ali družinskih dodatkov za zaposlene ali samozaposlene osebe“, določa:

„1. Kadar se v istem obdobju za istega družinskega člana in zaradi opravljanja poklicne dejavnosti družinske dajatve dodeljujejo po zakonodaji države članice, na ozemlju katere družinski člani stalno prebivajo, upravičenost do družinskih dajatev v skladu z zakonodajo

„(a) Upravičenost do družinskih dajatev ali družinskih dodatkov po zakonodaji države članice, v skladu s katero pridobitev pravice do teh dajatev ali dodatkov ni pogojena z zavarovanjem, zaposlitvijo ali samozaposlitvijo, miruje, kadar so za isto obdobje in za istega družinskega člana dajatve dolgovane na podlagi nacionalne zakonodaje druge države članice ali na

podlagi členov 73, 74, 77 ali 78 … Uredbe [št. 1408/71] in to do zneska teh dajatev.

(b) Kadar pa se na ozemlju prve države članice opravlja poklicna dejavnost:

(i) v primeru izplačljivih dajatev, ki izhajajo samo iz nacionalne zakonodaje druge države članice ali iz členov 73 ali 74 … Uredbe [št. 1408/71], osebi, ki je upravičena do družinskih dajatev, ali osebi, ki se ji morajo dajatve izplačati, pravica do družinskih dajatev, ki izhajajo bodisi samo iz nacionalne zakonodaje te druge države članice bodisi iz omenjenih členov, miruje do zneska družinskih dajatev, določenih z zakonodajo države članice, na ozemlju katere družinski član stalno prebiva. Stroške teh dajatev, ki jih izplačuje država članica, na ozemlju katere družinski član stalno prebiva, krije ta država članica;

[…]“

B – *Nacionalna zakonodaja*

10. Upravičenost do nemškega otroškega dodatka urejata člena 62 in 63 Zakona o dohodnini (Einkommensteuergesetz, v nadaljevanju: EStG).

11. Člen 62(1), točka 1, EStG določa:

„Vsaka oseba, ki ima stalno prebivališče v Nemčiji ali tam običajno stanuje, je upravičena do otroškega dodatka v skladu s tem zakonom v korist otrok v smislu člena 63.“

12. Člen 63(1), točka 1, določa:

„Otroci pomeni: otroci v smislu člena 32(1).“

13. Člen 32(1), točka 1 določa:

„Otroci pomeni otroke na prvi sorodstveni stopnji z davčnim zavezancem.“

14. Člen 65(1), EStG določa, da se otroški dodatek ne izplačuje za otroke, ki take dodatke

prejemajo v drugi državi ali bi jih prejemali, če bi bil vložen ustrezen zahtevek.

17. Sklad za družinske dodatke je z odločbo z dne 21. marca 2006 določil otroški dodatek v delnem znesku 44,25 EUR na otroka za obdobje od januarja 2006, ker je nemški otroški dodatek, ki znaša 154 EUR, presegal družinsko dajatev v višini 109,75 EUR na otroka, do katere je bil oče upravičen v Švici.

III – Dejansko stanje, postopek in vprašanja za predhodno odločanje

15. Kot izhaja iz predložitvenega sklepa, G. Schwemmer živi v Nemčiji z dvema od svojih otrok, rojenima leta 1992 in 1995. Leta 2005 se je samozaposlila na področju upravljanja nepremičnin, hišniških storitev in storitev čiščenja. Od maja 2006 je pri nekem podjetju opravljala malo delo. V spornem obdobju je G. Schwemmer plačevala prostovoljne prispevke v Deutsche Rentenversicherung (nemški sklad pokojninskega zavarovanja; v nadaljevanju: DRV) in za zdravstveno in invalidsko zavarovanje v Deutsche Angestelltenkrankenkasse (sklad zdravstvenega zavarovanja za zaposlene; v nadaljevanju: DAK).

16. Oče otrok, ki se je razvezal od G. Schwemmer leta 1997, dela v Švici. Ni vložil zahtevka za družinske dajatve, do katerih je upravičen v skladu s švicarskim pravom v višini 109,75 EUR na otroka.

18. Sklad za družinske dodatke je zavzel stališče, ki ga je v postopku pritožbe potrdilo Finanzgericht (finančno sodišče), da je treba upravičenost G. Schwemmer do otroškega dodatka določiti v skladu s pravili o prekrivanju upravičenosti iz Uredb št. 1408/71 in št. 574/72. Ker G. Schwemmer ni opravljala nobene poklicne dejavnosti v smislu člena 10(1)(b)(i) Uredbe št. 574/72, ima v skladu s členom 10(1)(a) te uredbe upravičenost do družinskih dajatev v Švici prednost pred nemško upravičenostjo do otroškega dodatka. Po mnenju finančnega sodišča in sklada za družinske dodatke je v skladu s členom 76(2) Uredbe št. 1408/71, ki se uporablja *mutatis mutandis*, vprašanje, ali je bil dejansko vložen zahtevek za družinske dodatke v Švici ali ne, nepomembno. Diskrecijsko pravico, ki izhaja iz te določbe, je mogoče razlagati le tako, da pomeni, da je le v utemeljenih izjemnih okoliščinah mogoče domnevati, da v državi zaposlitve niso bile dodeljene družinske dajatve, tako da mora država stalnega prebivališča izplačati družinske dajatve v celoti.

19. V postopku pred predložitvenim sodiščem G. Schwemmer temu mnenju oporeka in trdi, da je upravičena do celotnega otroškega dodatka že v Nemčiji zaradi svoje tamkajšnje poklicne dejavnosti. Po mnenju G. Schwemmer je delavce, ki opravljajo malo delo, treba obravnavati na enak način kot delavce z obveznim zavarovanjem. Vsekakor pa oče otrok namerno ni zaprosil za družinske dajatve v Švici, pristojni državi zaposlitve, da bi ji povzročil škodo. Člen 10(1) Uredbe št. 574/72 pa takega primera ne obravnava.

20. Predložitveno sodišče trdi, da je v tej zadevi problem prekrivanja upravičenosti do družinskih dajatev treba rešiti v skladu s členom 10(1)(a) Uredbe št. 574/72, kajti po njegovem mnenju G. Schwemmer ni opravljala nobene poklicne dejavnosti v Nemčiji v smislu člena 10(1)(b)(i) te uredbe. Predložitveno sodišče v zvezi s tem poudarja, da v skladu z besedilom člena 10(1)(a) Uredbe št. 574/72 upravičenost do otroškega dodatka v državi stalnega prebivališča miruje le, kadar je družinske dajatve dolžna izplačati država zaposlitve. V tej zadevi pa država zaposlitve ni dolžna izplačati nobenih družinskih dajatev: v Švici je družinske dajatve mogoče dodeliti le, kadar se zanje vloži zahtevek, oče otrok pa takega zahtevka ni vložil, čeprav je bil do zadevnih dajatev upravičen.

21. Predložitveno sodišče se prav tako sprašuje, ali je v tej zadevi člen 76(2) Uredbe št. 1408/71 treba uporabiti *mutatis mutandis*, kot trdi G. Schwemmer.

22. V teh okoliščinah se je Zvezno finančno sodišče (Bundesfinanzhof) odločilo, da bo postopek prekinilo in na Sodišče naslovilo vprašanji za predhodno odločanje:

„1. Ali je treba ureditev v členu 76(2) Uredbe št. 1408/71 uporabiti *mutatis mutandis* za člen 10(1)(a) Uredbe št. 574/72 v primerih, v katerih tisti od staršev, ki je upravičen, ne zahteva družinskih dodatkov, ki mu pripadajo v državi zaposlitve?

2. V primeru, da je člen 76(2) Uredbe št. 1408/71 treba uporabiti *mutatis mutandis*: na podlagi katerih meril proste presoje lahko nosilec, ki je pristojen za družinske dodatke v državi stalnega prebivališča, uporabi člen 10(1)(a) Uredbe št. 574/72, tako da bi se štelo, kot da so bili dodatki izplačani v državi zaposlitve? Ali se lahko diskrecijska pravica v zvezi z domnevo, da so bili družinski dodatki prejeti v državi zaposlitve, omeji, če upravičenec v državi zaposlitve zavestno ne zaprosi za družinske dodatke, ki mu pripadajo, da bi škodil upravičencem

do otroškega dodatka v državi stalnega prebivališča?“

IV – Pravna presoja

A – *Glavne trditve strank*

23. V okviru tega postopka so pisna pojasnila predložile avstrijska in litovska vlada ter Evropska komisija. Na obravnavi 10. februarja 2010 so bile zastopane G. Schwemmer, nemška vlada in Komisija.

24. V skladu s trditvami, ki jih je G. Schwemmer podala na obravnavi, bi jo bilo treba obravnavati kot osebo, za katero velja člen 1 Uredbe št. 1408/71, čeprav je opravljala le malo delo in ni bila obvezno zavarovana za primer brezposelnosti, kot določa točka I.E Priloge I k tej uredbi. V tem kontekstu ta priloga ni upoštevna. Poleg tega se po mnenju G. Schwemmer člen 75(2) Uredbe št. 1408/71 uporablja *mutatis mutandis* v primerih, kot so ti, ko oseba, ki je zaposlena v drugi državi članici, ni zaprosila za družinske dajatve in jih ni prejela za vzdrževanje članov zadevne družine.

25. Nemška vlada poudarja, da na podlagi člena 65 EstG pravica do družinskih dajatev v Nemčiji ne obstaja, če obstaja v drugi državi članici pravica do podobnih dajatev. G. Schwemmer poleg tega take pravice nima na podlagi Uredbe št. 1408/71, ker se – v skladu s točko I.E Priloge I k tej uredbi – poglavje 7, naslov III Uredbe št. 1408/71 ne uporablja. Nasprotno pa se za položaj, v katerem je G. Schwemmer, načeloma uporablja člen 10 Uredbe št. 574/72, le da ni opravljala poklicne dejavnosti v smislu člena 10(1)(b)(i) te uredbe. V skladu s tem je za izplačilo družinskih dodatkov prednostno pristojna Švica.

26. Nemška vlada trdi glede člena 76(2) Uredbe št. 1408/71, da bi določba morala veljati *mutatis mutandis*, tako da bi bilo mogoče zadevne dajatve obravnavati, kot da so bile dodeljene v Švici. Vendar pa nemška vlada ocenjuje, da bi bilo za reševanje tovrstnih primerov, ko eden od staršev ne zaprosi za družinske dajatve, treba uporabiti člen 75(2) te uredbe.

27. Tudi po mnenju litovske vlade se člen 76(2) Uredbe št. 1408/71 uporablja za okoliščine v zadevi pred predložitvenim

sodiščem, ki jih ureja člen 10(1)(a) Uredbe št. 574/72 in zato ni pomembno, ali je bil zahtevek za zadevne dajatve vložen ali ne. Trdi, da pravilnost tega pristopa temelji na glavnem cilju sistema, vzpostavljenega z uredbama št. 1408/71 in št. 574/72, to je preprečitvi prekrivanja dajatev. Drugačna razlaga bi bila poleg tega v nasprotju z načelom, da mora na področju socialnega varstva obstajati enakopravna delitev bremena med državami članicami[7] in da bi jo bilo v praksi težko izvajati, glede na ovire, ki še vedno obstajajo v zvezi z izmenjavo potrebnih informacij med državami članicami.

28. Litovska vlada v zvezi z vprašanjem 2 ocenjuje, da se morajo pristojni organi – glede na diskrecijsko pravico, ki je državam članicam podeljena na podlagi člena 76(2) Uredbe št. 1408/71 – ob upoštevanju vseh okoliščin posameznega primera odločiti, ali je to določbo treba uporabiti in ali je zadevne dajatve mogoče obravnavati, kot da so bile izplačane v drugi državi članici.

29. Po mnenju avstrijske vlade G. Schwemmer na podlagi informacij, ki jih je podalo predložitveno sodišče, ni mogoče obravnavati kot zaposleno osebo v smislu člena 1 Uredbe št. 1408/71, v povezavi s točko I.E Priloge I k tej uredbi, niti kot osebo, ki opravlja poklicno dejavnost v smislu člena 10(1)(b)(i) Uredbe št. 574/72.

30. Avstrijska vlada pa meni, da se člen 76(2) Uredbe št. 1408/71 v taki zadevi načeloma lahko uporabi, saj je namen te določbe, v splošnem smislu, preprečiti prenos pristojnosti v škodo države članice, ki ima zgolj drugotno pristojnost, le zaradi namerne opustitve vložitve zahtevka za dajatev. Zato ni pomembno, ali nekdanji zakonec G. Schwemmer zavestno ni zaprosil za otroške dodatke, ali pa je to storil, da bi ji škodoval.

31. Ker pa bi razlaga, kot priznava avstrijska vlada, vodila v dokaj nezadovoljivo rešitev, bi bilo treba preučiti, ali pravila o prekrivanju upravičenosti veljajo brez omejitev za starše, ki so razvezani ali živijo ločeno. V zadevi pred predložitvenim sodiščem je mogoče upravičeno trditi, da Uredba št. 1408/71 sploh ne velja, saj je očeta treba obravnavati kot ločenega

7 – V zvezi s tem se sklicuje na sodbi z dne 20. septembra 2001v zadevi Grzelczyk (C-184/99, Recueil, str. I-6193, točka 44) in z dne 15. marca 2005 v zadevi Bidar (C-209/03, ZOdl., str. I-2119, točka 56 in naslednje).

od otrok in zato ne več člana družine v smislu te uredbe. Zato je upravičenost do otroškega dodatka treba presojati le glede na zakonodajo države članice stalnega prebivališča.

32. Komisija poudarja, da člen 76(2) Uredbe št. 1408/71 velja samo, če je izpolnjen pogoj iz člena 76(1) te uredbe, in sicer le v primeru, da država članica stalnega prebivališča zagotavlja družinske dajatve na podlagi opravljanja poklicne dejavnosti. Ker G. Schwemmer ni zaposlena oseba v smislu točke I.E Priloge I k Uredbi št. 1408/71 in zato ne sodi na področje uporabe *ratione materiae* te uredbe, zanjo načeloma člen 76(2) uredbe ne velja.

33. Po mnenju Komisije nikakor ne obstaja pravna praznina, ki bi upravičevala uporabo *mutatis mutandis* člena 76(2) Uredbe št. 1408/71. Komisija v zvezi s tem tudi opozarja, da v skladu s sodno prakso Sodišča do mirovanja upravičenosti do dodatkov na podlagi člena 76 Uredbe št. 1408/71 ne more priti, če dajatev ni izplačljiva v zadevni državi članici zaradi neizpolnjevanja vseh pogojev, določenih v zakonodaji te države članice za dejansko prejemanje takih dajatev, kot je pogoj, da je zanje najprej treba vložiti zahtevek.[8]

8 – Sodbe Sodišča z dne 13. novembra 1984 v zadevi Salzano (191/83, Recueil, str. 3741, točka 10); z dne 23. aprila 1986 v zadevi Ferraioli (153/84, Recueil, str. 1401, točka 15) in z dne 4. julija 1990 v zadevi Kracht (C-117/89, Recueil, str. 1-2781, točka 18).

Čeprav je to načelo bilo določeno za primere, ko zahtevek ni bil vložen v državi stalnega prebivališča, bi moralo veljati tudi, kadar zahtevek za dajatve ni vložen v državi zaposlitve.

34. Komisija prav tako poudarja, da v skladu s členom 10(1)(a) Uredbe št. 574/72 upravičenost do otroških dodatkov miruje le v primeru, ko pravica do družinskih dajatev obstaja v državi zaposlitve. Ker oče ni vložil zahtevka za družinske dajatve, do katerih je upravičen v Švici in ker zato niso bili izpolnjeni vsi pogoji v zvezi z izplačevanjem teh dajatev, Komisija meni, da v državi zaposlitve ni „dolgovana“ nobena dajatev v smislu te določbe. V skladu s tem tudi ne more biti nobenega prekrivanja upravičenosti.

35. Po mnenju Komisije tudi člen 10(1)(b) Uredbe št. 574/72 ni upošteven v tej zadevi, saj G. Schwemmer v Nemčiji ne opravlja poklicne dejavnosti.

36. Komisija prav tako meni, da bi se nemški organi z uporabo člena 75(2) Uredbe št. 1408/71 lahko izognili temu, da bi sami nosili stroške otroških dodatkov.

B – *Presoja*

37. Predložitveno sodišče želi s svojimi vprašanji, ki jih je treba obravnavati skupaj, predvsem ugotoviti, ali lahko v skladu s pravili proti prekrivanju upravičenosti iz člena 76 Uredbe št. 1408/71 in iz člena 10 Uredbe št. 574/72 upravičenost do otroškega dodatka, izplačljivega na podlagi zakonodaje države članice, v kateri prebiva eden od staršev z zadevnimi otroki, (delno) miruje v primeru – kot je ta v zadevi pred predložitvenim sodiščem – ko bi nekdanji zakonec, ki je drugi starš zadevnih otrok, bil upravičen do družinskih dajatev na podlagi zakonodaje države zaposlitve, toda teh dajatev dejansko ne prejema, ker zanje namerno ni bil vložen zahtevek.

38. Najprej je treba opozoriti, da ni sporno, da zadevni nemški otroški dodatek izpolnjuje pogoje za to, da se ga obravnava kot „družinske dajatve“ v smislu člena 4(1)(h) Uredbe št. 1408/71.[9] Zato primer, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, sodi na področje uporabe *ratione materiae* te uredbe.

39. Drugič, kar zadeva področje uporabe *ratione personae* Uredbe št. 1408/71, ni sporno, da nekdanji zakonec G. Schwemmer v Švici, državi svojega stalnega prebivališča, opravlja dejavnost kot „zaposlena oseba“ v smislu člena 1(a) te uredbe.

40. V zvezi s tem zato ni treba ugotavljati, ali je mogoče tudi G. Schwemmer obravnavati kot zaposleno osebo v smislu člena 1 Uredbe št. 1408/71, v povezavi s točko I.E Priloge I k tej uredbi, ker se v skladu s členom 2 te uredbe in sodno prakso Sodišča tudi Uredba št. 1408/71 načeloma nanaša na primere družinskih članov ali, kot v tej zadevi, nekdanjih zakoncev zaposlenih ali samozaposlenih oseb.[10]

41. Ker Uredba št. 1408/71 zadeva tudi družinske položaje po razvezi zakonske zveze,[11] ni mogoče trditi – v nasprotju z argumentacijo avstrijske vlade – da je primer G. Schwemmer mogoče obravnavati kot popolnoma notranji primer in da je v celoti zunaj področja uporabe te uredbe, zato ker je oče zadevnih

9 – Glej v zvezi s tem sodbo z dne 20. maja 2008 v zadevi Bosmann (C-352/06, ZOdl., str. I-3827), ki se tudi nanaša na nemški otroški dodatek.

10 – Glej v ta namen, med drugim, sodbe z dne 3. februarja 1983 v zadevi Robards (149/82, Recueil, str. 171, točka 15); z dne 5. marca 1998 v zadevi Kulzer (C-194/96, Recueil, str. I-895, točka 32) in z dne 5. februarja 2002 v zadevi Humer (C-255/99, Recueil, str. I-1205, točka 42).

11 – Glej v ta namen tudi sodbo z dne 26. novembra 2009 v zadevi Slanina (C-363/08, ZOdl., str. I-11111, točka 30).

otrok razvezan od G. Schwemmer in živi ločeno od njunih otrok.

42. Zato je treba poudariti, da se Uredba št. 1408/71 uporablja *ratione materiae* in *ratione personae* za položaj, kot je ta, v katerem je G. Schwemmer, ki ga bom zdaj preučil z upoštevanjem ustreznih določb Uredb št. 1408/71 in št. 574/72.

43. Člen 73 Uredbe št. 1408/71 v zvezi z družinskimi dajatvami določa, da je zaposlena ali samozaposlena oseba, za katero velja zakonodaja države članice A, za svoje družinske člane, ki stalno prebivajo v državi članici B, upravičena do družinskih dajatev, ki jih določa zakonodaja države A, kot če bi ti stalno prebivali v državi A. Dejanski namen te določbe je zagotoviti družinskim članom s stalnim prebivališčem v državi članici, ki ni država članica A, prejemanje družinskih dajatev, ki jih določa zakonodaja, ki se uporablja.[12]

44. Iz tega sledi, kot je navedlo predložitveno sodišče in kar nikoli ni bilo predmet spora v postopku pred tem sodiščem, da upravičenost do družinskih dajatev za otroke G. Schwemmer načeloma izhaja, v skladu s členom 73 Uredbe št. 1408/71, iz zakonodaje Švice, države zaposlitve njenega nekdanjega zakonca.

45. Poudariti pa je tudi treba, da je G. Schwemmer v Nemčiji, kjer prebiva z obema otrokoma, upravičena do otroškega dodatka za svoja otroka, saj se v skladu z nemško zakonodajo ta dajatev izplačuje pod pogojem, da imajo eden od zadevnih staršev in otroci stalno prebivališče v Nemčiji.[13]

46. Glede na to, da je zato upravičenost do družinskih dodatkov mogoča tako v skladu z zakonodajo države stalnega prebivališča G. Schwemmer kot v skladu z zakonodajo države zaposlitve in stalnega prebivališča njenega nekdanjega zakonca, je spor treba obravnavati ob upoštevanju določb proti prekrivanju upravičenosti, kot jih določata člen 76 Uredbe št. 1408/71 in člen 10 Uredbe št. 574/72.

12 – Sodbi z dne 10. oktobra 1996 v združenih zadevah Hoever in Zachow (C-245/94 in C-312/94, Recueil, str. I-4895, točka 32) in Humer, navedena opombi 10, točka 39.

13 – Po mojem mnenju v zvezi s tem ni upoštevno to, kar je trdila nemška vlada na obravnavi, da člen 65 EStG izključuje vsako pravico do otroškega dodatka v Nemčiji, če pravica do ustreznega dodatka obstaja v drugi državi članici. Namen te določbe je očitno rešiti spore glede pristojnosti, še zlasti pa se izogniti prekrivanju upravičenosti v zvezi z družinskimi dodatki. V nacionalnem pravu predstavlja protiutež Uredbi št. 1408/71 in Uredbi št. 574/72 in jo je potrebno – glede na primarnost prava Skupnosti – razlagati in uporabiti v skladu s temi uredbami. Strinjanje z argumenti nemške vlade in upoštevanje člena 65 EStG pri ugotavljanju, ali je G. Schwemmer načeloma upravičena do otroškega dodatka v skladu z nemško zakonodajo, bi na nek način pomenilo, da se odnos med uredbami in nacionalnim pravom postavi na glavo.

47. V zvezi s tem je treba najprej omeniti, da je člen 76 Uredbe št. 1408/71 namenjen reševanju zadev, pri katerih se zaradi opravljanja poklicne dejavnosti enega družinskega člana upravičenost do družinskih dajatev v skladu s členom 73 te uredbe prekriva z upravičenostjo na podlagi zakonodaje države stalnega prebivališča tega družinskega člana.[14]

48. Ker pa je nemški otroški dodatek, ki se obravnava v tej zadevi, pogojen le s stalnim prebivališčem v Nemčiji in se ne dodeli zaradi opravljanja poklicne dejavnosti, člen 76 Uredbe 1408/71 v tej zadevi ni upošteven.

49. Nasprotno pa se člen 10 Uredbe št. 574/72 nanaša na zadeve, pri katerih obstaja nevarnost, da se prekrivata upravičenost do prejemanja družinskih dajatev na podlagi člena 73 Uredbe 1408/71 in upravičenost do prejemanja družinskih dajatev na podlagi nacionalne zakonodaje države stalnega prebivališča, katerih dodelitev ni pogojena z opravljanjem poklicne dejavnosti.[15]

50. Zato iz tega sledi, da je v tej zadevi člen 10 Uredbe št. 574/72 upoštevna določba proti prekrivanju.

51. Člen 10(1)(a) Uredbe št. 574/72 zlasti določa, da mora, če pravica do družinskih dajatev obstaja v državi stalnega prebivališča ne glede na pogoje zavarovanja ali zaposlitve, taka upravičenost mirovati, kadar so dajatve dolgovane na podlagi člena 73 Uredbe št. 1408/71.

52. V skladu s to določbo imajo zato dodatki, ki jih izplača država zaposlitve, prednost pred dodatki, ki jih izplača država stalnega prebivališča, ki zato mirujejo.[16]

53. Če pa oseba, ki je upravičena do zadevnih družinskih dajatev, ali oseba, ki se ji izplačujejo, opravlja tudi poklicno dejavnost v državi članici stalnega prebivališča, člen 10(1)(b)(i) Uredbe št. 574/72 obrne vrstni red prednosti v korist pristojnosti te države članice, saj določa mirovanje upravičenosti do dajatev

14 – Glej sodbi z dne 7. junija 2005 v zadevah Dodl in Oberhollenzer (C-543/03, ZOdl., str. I-5049, točka 53) ter Slanina, navedena v opombi 11, točka 36.

15 – Glej sodbo Dodl in Oberhollenzer, navedeno v opombi 14, točka 54.

16 – Glej, med drugim, sodbo z dne 9. decembra 1992 v zadevi McMenamin (C-119/91, Recueil, str. I-6393, točka 17).

v državi zaposlitve na podlagi člena 73 Uredbe št. 1408/71.[17]

54. Iz tega sledi, kot je G. Schwemmer trdila v postopku pred predložitvenim sodiščem, da bi bila v vsakem primeru upravičena do polnega zneska nemškega otroškega dodatka, če bi se ugotovilo, da je opravljala poklicno dejavnost v smislu člena 10(1)(b)(i) Uredbe št. 574/72 v Nemčiji, državi stalnega prebivališča.

55. V skladu z ugotovitvami predložitvenega sodišča pa to ne drži, pri čemer je glavni razlog ta, da G. Schwemmer ni mogoče obravnavati kot „zaposleno“ ali „samozaposleno“ osebo v skladu z določbami člena 1 Uredbe št. 1408/71, v povezavi s točko I.E Priloge I k tej uredbi, saj ni bila obvezno zavarovana in zato ne izpolnjuje enega od pogojev, določenih v tej prilogi za Nemčijo.

56. V zvezi s tem je bilo na obravnavi na Sodišču zastavljeno vprašanje, ali ne bi bilo mogoče G. Schwemmer, v nasprotju s tem, kar naj bi predpostavljalo predložitveno sodišče, obravnavati – ob upoštevanju njene samozaposlitve na področju upravljanja nepremičnin, hišniških storitev in storitev čiščenja leta 2005 in njenega malega dela od leta 2006 – kot da opravlja poklicno dejavnost v smislu člena 10(1)(b)(i) Uredbe št. 574/72, čeprav se je hkrati ne bi štelo za „zaposleno“ ali „samozaposleno“ osebo v smislu člena 1 Uredbe št. 1408/71, v povezavi s točko I.E Priloge I k tej uredbi.

57. Sodišče pa po mojem mnenju zgolj na osnovi omenjene hipoteze ne more razrešiti vprašanj, ki jih odpira ta zadeva. Tudi če bi predložitveno sodišče moralo ponovno preučiti svojo razlago pojma „poklicna dejavnost“, kot se uporablja v členu 10(1)(b)(i) Uredbe št. 574/72, bi še vedno moralo ugotoviti, ali so ti pogoji v primeru G. Schwemmer v resnici izpolnjeni. Poleg tega z vidika odgovora, ki bi ga po mojem mnenju bilo treba podati glede zastavljenih vprašanj, menim, da tega vprašanja ni treba obravnavati.[18]

58. Ob domnevi, da G. Schwemmer ni opravljala nobene poklicne dejavnosti v smislu člena 10(1)(b)(i) Uredbe št. No 574/72, je treba preučiti, ali mora na podlagi člena 10(1)(a) te uredbe, otroški dodatek, do katerega obstaja pravica v državi stalnega prebivališča, mirovati v posebnih okoliščinah zadeve pred

17 – Glej, med drugim, sodbo v zadevi McMenamin, navedeno v opombi 16, točka 17 in sodbo v zadevi Bosmann, navedeno v opombi 9, točka 22.

18 – Glej točko 65 spodaj.

predložitvenim sodiščem, v katerih je nekdanji zakonec v skladu s členom 73 Uredbe št. 1408/71 upravičen do podobnih družinskih dajatev v svoji državi zaposlitve, vendar te dajatve dejansko niso izplačane, ker zanje ni bil vložen zahtevek.

59. V zvezi s tem je treba omeniti, da je imelo Sodišče v sodbah Salzano,[19] Ferraioli[20] in Kracht[21] že priložnost obravnavati obraten primer, namreč vprašanje, ali naj pravica do dodatkov v državi zaposlitve na podlagi člena 73 Uredbe št. 1408/71 miruje v položaju, v katerem zahtevek za ustrezne dodatke, ki se izplačujejo v državi stalnega prebivališča, ni bil vložen in zato dejansko niso bili izplačani. Sodišče je presodilo, da do mirovanja dodatkov v pristojni državi članici ne pride – v teh primerih torej v državi zaposlitve – če dodatki niso bili izplačani v drugi zadevni državi članici, ker niso bili izpolnjeni vsi pogoji, ki jih določa zakonodaja te države članice za dejansko prejemanje teh dodatkov, vključno s pogojem, da je zanje najprej treba vložiti zahtevek.[22]

60. Sodišče je v teh zadevah za svojo utemeljitev uporabilo načelo, da naj pravice iz člena 73 Uredbe št. 1408/71 mirujejo le, če so dodatki dejansko izplačani v državi stalnega prebivališča.[23] Čeprav je bil tak pristop sprejet v zvezi s prekrivanjem dajatev iz člena 76 Uredbe št. 1408/71, po mojem mnenju ni nobenega razloga za to, da ga ne bi uporabili tudi v tem primeru, za katerega velja člen 10(1)(a) Uredbe št. 574/72 in kjer obstaja pravica do dajatev v državi zaposlitve, vendar pa dejansko niso bile izplačane, ker zanje ni bil vložen zahtevek.

61. Seveda pa je bil člen 76 Uredbe št. 1408/71 po nastanku dejanskega stanja v zgoraj navedenih zadevah, spremenjen in vključuje novi odstavek 2, ki določa, da država članica zaposlitve lahko uveljavi mirovanje upravičenosti do družinskih dajatev, če zahtevek za dajatve ni bil vložen v državi članici stalnega prebivališča, in zato ta država članica ne izvrši izplačila.

19 – Navedena v opombi 8.

20 – Navedena v opombi 8.

21 – Navedena v opombi 8.

22 – Glej v ta namen sodbe v zadevi Salzano, navedeno v opombi 8; Ferraioli, navedeno v opombi 8, točka 14; in Kracht, navedeno v opombi 8, točki 11 in 18.

23 – Glej tudi sodbo v zadevi McMenamin, navedeno v opombi 16, točka 26.

62. Vendar pa tako pravilo ni bilo sprejeto v primeru člena 10(1)(a) Uredbe št. 574/72. V zvezi s tem je treba omeniti, da Sodišče v sodbi v zadevi Kracht ni želelo ponovno preučiti omenjene sodne prakse ob upoštevanju nove različice člena 76 Uredbe št. 1408/71, kljub temu da je bil novi odstavek 2 že sprejet (ni pa še začel veljati). Sodišče je med drugim navedlo, da je njegova prejšnja razlaga člena 76 te uredbe bila v skladu s ciljem Pogodbe ES o prostem gibanju delavcev.[24] V zvezi s tem je Sodišče tudi zavrnilo argumente, podobne tistim, ki so podani v tej zadevi, v skladu s katerimi je treba izključiti vsakršno možnost izbire, ki bi jo imeli upravičenci do dajatev, in vsakršno spremembo porazdelitve finančnih bremen med zadevnima državama članicama.[25]

63. V teh okoliščinah se zdi neustrezno uporabiti pravilo, določeno v členu 76(2) Uredbe št. 1408/71, po analogiji s členom 10(1)(a) Uredbe št. 574/72, to je določbo, ki se obravnava v tej zadevi.[26]

64. Nazadnje, načelo, po katerem v okoliščinah, kot so te v obravnavani zadevi, upravičenost do dajatev v državi članici stalnega prebivališča ne miruje, je v skladu z ustaljeno sodno prakso, v skladu s katero se pravila, namenjenega izogibanju prekrivanja družinskih dodatkov – kot je člen 10(1)(a) Uredbe št. 574/72 – ne sme uporabljati tako, da bi bile zadevne osebe brez razloga prikrajšane za upravičenost do dajatev, ki jim pripada v skladu z zakonodajo države članice.[27]

65. Iz vsega navedenega izhaja, da bi odgovor na vprašanja, ki jih je predložilo nacionalno sodišče, moral biti, da je treba člen 76 Uredbe št. 1408/71 in člen 10 Uredbe št. 574/72 razlagati tako, da upravičenost do otroškega dodatka, ki se izplačuje v skladu z zakonodajo države članice, v kateri prebiva eden od staršev z zadevnimi otroki, ne miruje v položaju, kot je ta v zadevi, ki se obravnava pred predložitvenim sodiščem, ko bi bil nekdanji zakonec, drugi od staršev teh otrok, na podlagi člena 73 Uredbe št. 1408/71 upravičen do družinskih dajatev po zakonodaji države zaposlitve, vendar pa teh dajatev ne prejema, ker zanje ni bil vložen zahtevek.

24 – Glej sodbo v zadevi Kracht, navedeno v opombi 8, točki 12 in 14.

25 – Glej sodbo v zadevi Kracht, navedeno v opombi 8, točki 12 in 13.

26 – Iz istega razloga nisem prepričan, da je člen 75(2) Uredbe št. 1408/71 – ki se nanaša na položaj, ko družinskih dajatev „ne uporablja“ oseba, ki dejansko ne skrbi za zadevne družinske člane, za vzdrževanje teh družinskih članov – po analogiji mogoče uporabiti v okoliščinah, kot so te, ki se obravnavajo tej zadevi, ko za sporne družinske dajatve ni bil vložen zahtevek in zato niso bile prejete.

27 – Glej v ta namen zlasti sodbo z dne 19. februarja 1982 v zadevi Beeck (104/80, Recueil, str. 503, točka 12).

V – Predlog

66. Iz zgoraj navedenih razlogov Sodišču predlagam, naj na vprašanja, ki jih je zastavilo Bundesfinanzhof, odgovori:

Člen 76 Uredbe Sveta (EGS) št. 1408/71 z dne 14. junija 1971 o uporabi sistemov socialne varnosti za zaposlene osebe in njihove družinske člane, ki se gibljejo v Skupnosti, kakor je bila spremenjena z Uredbo Sveta (ES) št. 118/97 z dne 2. decembra 1996, in člen 10 Uredbe Sveta (EGS) št. 574/72 z dne 21. marca 1972 o določitvi postopka za izvajanje Uredbe (EGS) št. 1408/71, kakor je bila spremenjena z Uredbo (ES) št. 647/2005, je treba razlagati tako, da upravičenost do otroškega dodatka, ki se izplačuje v skladu z zakonodajo države članice, v kateri prebiva eden od staršev z zadevnimi otroki, ne miruje v položaju, kot je ta v zadevi, ki se obravnava pred predložitvenim sodiščem, ko bi bil nekdanji zakonec, drugi od staršev teh otrok, na podlagi člena 73 Uredbe št. 1408/71 upravičen do družinskih dajatev po zakonodaji države zaposlitve, vendar pa teh dajatev ne prejema, ker zanje ni bil vložen zahtevek.