

**Zaak C-574/20**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

3 november 2020

**Verwijzende rechter:**

Bundesfinanzgericht (Oostenrijk)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

21 oktober 2020

**Verzoekende partij:**

XO

**Verwerende partij:**

Finanzamt Waldviertel

---

**Voorwerp van het hoofdgeding**

Sociaal beleid – Toekenning van gezinsuitkeringen aan migrerende werknemers voor kinderen die permanent in een andere lidstaat verblijven – Nationale regeling tot aanpassing van die uitkeringen aan de koopkrachtverhoudingen in de woonstaat van de kinderen

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing**

Uitlegging van het Unierecht en geldigheid van afgeleid recht, artikel 267 VWEU, in het bijzonder:

Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (PB 2004, L 166, blz. 1, zoals gerectificeerd in PB 2004, L 200, blz. 1)

## Prejudiciële vragen

Vraag 1, betreffende de geldigheid van afgeleid recht:

Zijn de artikelen 4 en 7 van verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (PB 2004, L 166, blz. 1, zoals gerectificeerd in PB 2004, L 200, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 465/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 (PB 2012, L 148, blz. 4) (hierna: verordening nr. 883/2004, nieuwe coördinerende verordening of basisverordening), geldig?

Vraag 2:

Dient artikel 7 van verordening nr. 883/2004, in het bijzonder het opschrift „Opheffing van de regels inzake de woonplaats”, aldus te worden uitgelegd dat die bepaling in de weg heeft gestaan aan de geldige totstandkoming van de algemene bepalingen tot indexering van de gezinsuitkeringen aan de hand van de koopkrachtverhoudingen in de woonstaat, namelijk § 8a Familienlastenausgleichsgesetz (wet betreffende de compensatie van gezinslasten; hierna: „FLAG”) 1967, § 33, lid 3, punt 2, Einkommensteuergesetz (wet inzake de inkomstenbelasting; hierna: „EStG”) 1988 en de Familienbeihilfe-Kinderabsetzbetrag-EU-Anpassungsverordnung (EU-aanpassingsverordening gezinsuitkering-kinderaftrekbedrag; hierna: „EU-aanpassingsverordening”), voor zover die indexering met betrekking tot bepaalde lidstaten een vermindering van de gezinsbijslag tot gevolg heeft?

Vraag 3:

Dient het in artikel 7 van verordening nr. 883/2004 neergelegde verbod op het verminderen van uitkeringen, met name de zinsnede „kunnen de uitkeringen [...] niet worden verminderd, gewijzigd, geschorst, ingetrokken of verbeurd verklaard” aldus te worden uitgelegd dat die bepaling niet in de weg heeft gestaan aan de geldige totstandkoming van de algemene bepalingen tot indexering van de gezinsuitkeringen aan de hand van de koopkrachtverhoudingen in de woonstaat, namelijk § 8a FLAG 1967, en § 33, lid 3, punt 2, EStG 1988, voor zover de betrokken gezinsuitkeringen moeten worden verhoogd?

Vragen 4 en 5, betreffende het advies dat ten grondslag lag aan de wetswijziging:

Vraag 4:

Dienen de artikelen 7 en 67 van verordening nr. 883/2004 aldus te worden uitgelegd en als volgt van elkaar te worden afgebakend dat artikel 7 betrekking heeft op de vastlegging door het nationale parlement van de regels inzake de woonplaats als algemeen-abstracte norm, en artikel 67 daarentegen betrekking heeft op de vaststelling in het concrete afzonderlijke geval van de individueel-

concrete bepaling en rechtstreeks is gericht tot het prioritair bevoegde orgaan overeenkomstig titel II van verordening nr. 883/2004?

Vraag 5:

Dienen artikel 67 en artikel 68, leden 1 en 2, van verordening nr. 883/2004 en artikel 60, lid 1, van verordening nr. 987/2009 aldus te worden uitgelegd, dat zij net als de artikelen 73 en 76 van verordening nr. 1408/71 en artikel 10 van verordening nr. 574/72, waarvoor zij in de plaats zijn gekomen, tezamen moeten worden toegepast en derhalve slechts in hun context mogen worden gezien en dat zij, met eerbiediging van het non-cumulatiebeginsel, tezamen beogen te voorkomen dat de betrokkene rechten verliest, hetgeen wordt gewaarborgd door de in artikel 68, leden 1 en 2, vastgelegde typering en hiërarchisering van de betrokken lidstaten en de uitdrukkelijke bepaling dat de subsidiair bevoegde lidstaat eventuele verschillen qua hoogte van de uitkering dient aan te vullen, zodat artikel 67 van verordening nr. 883/2004 niet op zichzelf staand mag worden uitgelegd, hetgeen in het advies wel is gebeurd?

Vraag 6:

Dienen het begrip „algemene strekking” van een verordening en de zinsnede „zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk” in artikel 288, lid 2, VWEU aldus te worden uitgelegd dat zij ook in de weg stonden aan de geldige totstandkoming van de individuele handelingen van de bevoegde organen die gebaseerd zijn op de bepalingen tot regeling van de indexerings en dat het in het hoofdgeding litigieuze besluit derhalve geen formele rechtskracht heeft gekregen (definitief karakter)?

Vraag 7:

Zijn § 53, lid 1, FLAG in de oorspronkelijke versie van het Budgetbegleitgesetz (begeleidende wet op de begroting van 29 december 2000, BGBl 1142/2000) en § 53, lid 4, FLAG in de oorspronkelijke versie van de federale wet van 4 december 2018 tot wijziging van het FLAG 1967, het EStG 1988 en het Entwicklungshelfergesetz (wet inzake ontwikkelingswerkers) (BGBl I 83/2018) in strijd met het omzettingsverbod van verordeningen overeenkomstig artikel 288, tweede alinea, VWEU?

Vragen 8 tot en met 12, gezamenlijk te behandelen

Dient het gebod van gelijkstelling met nationale onderdanen van artikel 4 van verordening nr. 883/2004 respectievelijk het daaraan ten grondslag liggende discriminatieverbod van artikel 45, lid 2, VWEU aldus te worden uitgelegd dat hieraan slechts is voldaan wanneer de migrerende werknemer wordt gelijkgesteld met een nationale onderdaan in een nationale situatie en hij derhalve overeenkomstig § 12 juncto § 2 en § 8 FLAG vooraf wordt geïnformeerd over de toekenning van de gezinsbijslag en deze maandelijks vooruit ontvangt, of wordt aan dit gebod van gelijkstelling met nationale onderdanen voldaan wanneer een

migrerende werknemer wordt gelijkgesteld met een nationale onderdaan die zich net als de betrokken werknemer in een situatie bevindt waaruit in twee lidstaten rechten voortvloeien in de zin van § 4 FLAG, maar de migrerende werknemer in het tweede geval anders dan in het eerste geval de gezinsbijslag slechts eens per jaar, na afloop van het kalenderjaar, voor het betrokken kalenderjaar uit hoofde van § 4, lid 4, FLAG ontvangt?

Vraag 9

Dient de volgens artikel 68, lid 2, tweede volzin, van verordening nr. 883/2004 vereiste schorsing van rechten op gezinsuitkeringen die verschuldigd zijn op grond van andere andersluidende wettelijke bepalingen tot de hoogte van het bedrag dat bij de prioritair geldende wettelijke bepalingen is vastgesteld, aldus te worden uitgelegd dat die schorsing zich verzet tegen een nationale non-cumulatieregel als § 4, leden 1, 2 en 3, FLAG, die Oostenrijk als prioritair bevoegde lidstaat in een uitgangssituatie als die in casu toestaat om de gezinsuitkering te verminderen ter hoogte van het bedrag aan rechten op „een gelijksoortige buitenlandse uitkering” in de andere lidstaat, aangezien cumulatie reeds door de Unierechtelijke bepaling wordt voorkomen en de non-cumulatieregel van § 4, leden 1, 2 en 3, FLAG derhalve geen doel treft?

Vraag 10

Dient de volgens artikel 68, lid 2, tweede volzin, van verordening nr. 883/2004 verplichte schorsing van rechten op gezinsuitkeringen die verschuldigd zijn op grond van een andere andersluidende wettelijke bepalingen tot de hoogte van het bedrag dat bij de prioritair geldende wetgeving is vastgesteld, aldus te worden uitgelegd dat de subsidiair bevoegde lidstaat die op grond van het Unierecht de in zijn wetgeving voorziene gezinsuitkeringen dient te schorsen, verplicht is een verzoek van een migrerende werknemer, een gezinslid of een andere volgens de nationale wetgeving rechthebbende af te wijzen en de gezinsuitkering tot de hoogte van het volgens de prioritair geldende wetgeving vastgestelde bedrag zelfs niet te toe te kennen in het geval dat dit vanuit nationaal oogpunt – eventueel op grond van een andere rechtsgrondslag – wel mogelijk zou zijn?

Vraag 11

Indien vraag 10 bevestigend wordt beantwoord, rijst de vraag of de subsidiair bevoegde lidstaat die op grond van het Unierecht de in zijn wetgeving voorziene gezinsuitkeringen dient te schorsen, maar die de aanvullende toeslag ter hoogte van het bedrag dat de uitkeringen overschrijdt niet verschuldigd is omdat dit bedrag te laag is, verplicht is een verzoek af te wijzen met de motivering dat de schorsing overeenkomstig artikel 68, lid 2, tweede volzin, van verordening nr. 883/2004 in de weg staat aan de toekenning van rechten op gezinsuitkeringen?

Vraag 12

Dient artikel 68, leden 1 en 2, van verordening nr. 883/2004 aldus te worden uitgelegd dat de punten 6 en 7 van het formulier E411 van de Administratieve commissie voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers, welke punten moeten worden ingevuld door de subsidiair bevoegde lidstaat, in een situatie als die in het hoofdgeding niet meer relevant zijn voor de informatiebehoefte van de prioritair bevoegde lidstaat, aangezien die lidstaat er in de zin van de vragen 10 en 11 door de subsidiair bevoegde lidstaat van in kennis dient te worden gesteld dat deze overgaat tot schorsing overeenkomstig artikel 68, lid 2, tweede volzin, van verordening nr. 883/2004, waardoor een uiteenzetting van de in die lidstaat geldende bepalingen, waartoe ook de inkomensdrempels behoren, overbodig wordt?

Vraag 13:

Dient de door het Hof in zijn vaste rechtspraak op basis van het loyaliteitsbeginsel overeenkomstig artikel 4, lid 3, VEU ontwikkelde verplichting tot herziening van het recht aldus te worden begrepen dat een dergelijke herziening ook zou kunnen worden verricht door het Verfassungsgerichtshof naar aanleiding van een verzoek van de verwijzende rechter?

Vraag 14:

Dient artikel 267, eerste alinea, onder b), VWEU met betrekking tot vraagstukken betreffende de geldigheid van afgeleid recht, die zelfs door een verwijzende rechter wiens beslissing vatbaar is voor hoger beroep moeten worden voorgelegd aan het Hof, en de met het geldigheidsvraagstuk verbonden verplichting van de verwijzende rechter om de toepassing van geldig Unierecht te waarborgen door het vaststellen van een beschikking in kort geding waarbij op grond van de voorrang van het Unierecht geen hoger beroep wordt toegestaan, aldus te worden uitgelegd dat die bepaling zich verzet tegen nationale bepalingen als artikel 133, leden 4 en 9, Bundesverfassungsgesetz (federale constitutionele wet; hierna: „B-VG”) juncto § 25a, leden 1, 2 en 3, en § 30a, lid 7, Verwaltungsgerichtshofsgesetz (wet inzake het Verwaltungsgerichtshof; hierna: „VwGG”), die de partijen bij de onderliggende bestuursrechtelijke procedure naar nationaal recht de mogelijkheid bieden om de beslissing van het Verwaltungsgericht door middel van buitengewoon beroep in Revision door het Verwaltungsgerichtshof te laten toetsen?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Artikel 4, lid 3, VEU

Artikel 45, artikel 48, artikel 263, artikel 267 en artikel 288, lid 2, VWEU

Artikel 4, artikel 7, artikel 67 en artikel 68, leden 1 en 2, van verordening nr. 883/2004 zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 465/2012 van het Europees

Parlement en de Raad van 22 mei 2012 (PB 2012, L 149, blz. 4) (hierna: „verordening nr. 883/2004”)

Artikel 60 van verordening (EG) nr. 987/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (PB 2009, L 284, blz. 1; hierna: verordening nr. 987/2009)

Artikelen 73 en 76 van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekkende en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PB 1971, L 149, blz. 2; hierna: „verordening nr. 1408/71”)

Artikel 10 van verordening (EEG) nr. 574/72 van de Raad van 21 maart 1972 tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening (EEG) nr. 1408/71, betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PB 1972, L 74, blz. 1; hierna: „verordening nr. 574/72”)

### **Aangevoerde bepalingen van Oostenrijks recht**

Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (wet betreffende de compensatie van gezinslasten; hierna: „FLAG”): uit hoofde van § 2 FLAG hebben personen die in Oostenrijk woonplaats of hun gewone verblijfplaats hebben recht op gezinsbijslag voor minderjarige kinderen, met inbegrip van stiefkinderen. Buitenlandse onderdanen hebben slechts bij rechtmatig verblijf in Oostenrijk recht op gezinsbijslag (§ 3 FLAG).

Volgens § 4 FLAG hebben personen die recht hebben op een gelijksoortige uitkering in het buitenland geen recht op gezinsbijslag in Oostenrijk (lid 1). Indien de gelijksoortige buitenlandse uitkering lager is dan de Oostenrijkse gezinsbijslag, ontvangen Oostenrijkse onderdanen een aanvullende toeslag (lid 2) ter hoogte van het verschil (lid 3), die jaarlijks na afloop van het kalenderjaar – dan wel na het vervallen van het recht op de gelijksoortige buitenlandse uitkering, mocht dit recht eerder komen te vervallen – wordt uitbetaald (lid 4).

§ 8 FLAG regelt de hoogte van de gezinsbijslag aan de hand van het aantal kinderen en hun leeftijd. § 8a FLAG, ingevoerd bij federale wet van 4 december 2018 en van kracht sinds 1 januari 2019 (hierna: „§ 8a FLAG, nieuwe versie”), bepaalt onder meer met betrekking tot kinderen die permanent in een andere lidstaat van de Unie verblijven, dat de gezinsbijslag wordt aangepast aan de koopkrachtverhoudingen in de woonstaat op basis van de door het bureau voor de statistiek van de EU gepubliceerde vergelijkende prijsniveaus voor iedere afzonderlijke lidstaat.

Overeenkomstig § 12 FLAG dient de belastingdienst mededeling te doen wanneer een recht ontstaat dan wel vervalt.

Krachtens § 53, lid 1, FLAG worden onderdanen van andere lidstaten in het kader van het FLAG gelijkgesteld met Oostenrijkse onderdanen, waarbij het permanente verblijf van een kind in een andere lidstaat wordt gelijkgesteld met het permanente verblijf in Oostenrijk. § 53, leden 4 en 5, ingevoerd bij federale wet van 4 december 2018 en van kracht sinds 1 januari 2019, voorziet met betrekking tot de aanpassing van de gezinsbijslag uit hoofde van § 8a FLAG in een uitzondering op § 53, lid 1, FLAG.

Einkommensteuergesetz 1988 (wet op de inkomstenbelasting; hierna: „EStG”): § 33, lid 3, punt 2, EStG, ingevoerd bij federale wet van 4 december 2018 en van kracht sinds 1 januari 2019 (hierna: „§ 33, lid 3, punt 2, EStG, nieuwe versie”), regelt het samen met de gezinsbijslag uit te betalen bedrag van de kinderaftrek, dat onder andere voor kinderen die permanent in een andere lidstaat verblijven, wordt aangepast.

Familienbeihilfe-Kinderabsetzbetrag-EU-Anpassungsverordnung (EU-aanpassingsverordening gezinsbijslag-kinderaftrekbedrag; hierna: „EU-aanpassingsverordening”)

Bundes-Verfassungsgesetz (federale grondwet; hierna: „B-VG”), met name artikel 133, leden 4 en 9, betreffende beroep in Revision tegen uitspraken en besluiten van bestuursrechters.

Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 [wet betreffende het Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter); hierna: „VwGG”], in het bijzonder § 25a, leden 1, 2 en 3, en § 30a, lid 7, uit hoofde waarvan een bestuursrechter in zijn uitspraak of beslissing dient aan te geven of beroep in Revision of – indien dit is uitgesloten – om welke redenen buitengewoon beroep in Revision is toegestaan.

Bundesabgabenordnung (federale belastingwet; hierna: „BAO”)

### **Korte toelichting op de feiten en de procedure**

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een geding tussen verzoekster en het Finanzamt Waldviertel (belastingdienst Waldviertel, Oostenrijk; hierna: „verwerende instantie”) wegens vermindering van de toegekende gezinsbijslag en van het bedrag van de kinderaftrek. Oostenrijk heeft die gezinsuitkeringen per 1 januari 2019 bij § 8a FLAG, nieuwe versie, en § 33, lid 3, EStG, nieuwe versie, namelijk onder meer voor kinderen die permanent in een andere lidstaat verblijven, aangepast aan de koopkrachtverhoudingen in de woonstaat.
- 2 Verzoekster, haar echtgenoot, haar stiefzoon en de twee gezamenlijke dochters hebben de Tsjechische nationaliteit en wonen in Tsjechië. Verzoekster was van

juli 2017 tot februari 2020 in Oostenrijk werkzaam bij verschillende Oostenrijkse werkgevers. Verzoekster en haar echtgenoot hebben in Tsjechië op grond van de hoogte van hun gezinsinkomen geen recht op de daar geldende overeenkomstige gezinsuitkering.

- 3 Het geding heeft betrekking op het tijdvak van januari 2019 tot maart 2020. Tot 31 december 2018 ontving verzoekster onverkort de Oostenrijkse gezinsbijlage, waarvan zij op 20 april 2018 respectievelijk 20 augustus 2019 schriftelijk in kennis werd gesteld. Per 1 januari 2019 werd de aanpassing van de gezinsbijlage aan de koopkrachtverhoudingen in de woonstaat ingevoerd, waarvan niet apart mededeling werd gedaan. Verzoekster merkte de vermindering alleen op doordat zij minder geld ontving. Vanaf april 2020 werd de gezinsbijlage niet meer betaald, aangezien verzoekster in Oostenrijk geen werkzaamheid meer uitoefende.
- 4 Op 14 februari 2019 diende verzoekster een verzoek in om toekenning van de niet-geïndexeerde gezinsbijlage vanaf 1 januari 2019 en op nabetaling van het verschil. De verwerende instantie verklaarde het verzoek onder verwijzing naar de nieuwe rechtssituatie bij besluit ongegrond. Het tegen dat besluit ingediende bezwaar van verzoekster werd door de verwerende instantie opnieuw bij besluit ongegrond verklaard. Verzoekster diende vervolgens een verzoek in om de zaak voor te leggen aan het Bundesfinanzgericht en deed de suggestie om het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) te verzoeken om een prejudiciële beslissing ter zake. Op 17 april 2020 werd het door verzoekster tegen het besluit van de verwerende instantie ingestelde beroep voorgelegd aan het Bundesfinanzgericht (federale belastingrechter in eerste aanleg, Oostenrijk).

### **Wezenlijke argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 5 Verzoekster is van mening dat de vermindering van de gezinsbijslag in strijd is met het Unierecht en verwijst in dat verband naar de artikelen 45 en 48 VWEU, verordening nr. 883/2004, verordening nr. 492/2011 en het arrest van het Hof van 15 januari 1986, Pinna I, 41/84. Verzoekster stelt door de indexering ten opzichte van Oostenrijkse onderdanen te worden gediscrimineerd omdat haar kinderen in een andere lidstaat wonen, alhoewel migrerende werknemers volgens het vigerende Unierecht hetzelfde recht op gezinsuitkeringen hebben als plaatselijke werknemers. De verwerende instantie verwijst ter rechtvaardiging van de indexering van de gezinsbijslag naar het wetsontwerp van de regering en het advies die ten grondslag liggen aan de wetwijziging houdende invoering van de indexering.

### **Korte toelichting op de motivering van de prejudiciële verwijzing**

- 6 Met het oog op de beslechting van het hoofdgeding is een prejudiciële beslissing van het Hof vereist omtrent de geldigheid van verordeningen en de uitlegging van het Unierecht op gebieden waarop rechtspraak van het Hof ontbreekt.



***Nationale rechtssituatie***

- 7 De uitoefening van een werkzaamheid is over het algemeen geen voorwaarde voor de toekenning van een gezinsuitkering, zodat Oostenrijk enkel uit hoofde van het Unierecht de status van werkstaat heeft. De gezinsbijslag en het bedrag van kinderaftrek zijn gezinsuitkeringen in de zin van artikel 3, lid 1, onder j), van verordening nr. 883/2004, die in de vorm van een geldelijke uitkering worden verstrekt en volgens artikel 7 van verordening nr. 883/2004 „exporteerbaar” zijn.

***Eerste prejudiciële vraag***

- 8 De artikelen 4 en 7 van verordening nr. 883/2004 strekken tot uitvoering van artikel 45 VWEU en bepalen dat de personen die binnen de werkingssfeer van die verordening vallen zijn gelijkgesteld met nationale onderdanen en dat de regels inzake de woonplaats worden opgeheven. Het Hof heeft in het arrest van 15 januari 1984, Pinna I, 41/84, met betrekking tot gezinsuitkeringen geoordeeld dat de regels inzake de woonplaats in artikel 73, lid 2, van verordening nr. 1408/71 in strijd waren met het Unierecht en deze ongeldig verklaard. De koppeling aan de koopkrachtverhoudingen in de woonstaat overeenkomstig § 8a FLAG, nieuwe versie, en § 33, lid 3, punt 2, EStG, nieuwe versie, voldoet aan de kenmerken van dergelijke regels inzake de woonplaats en druist derhalve in tegen verordening nr. 883/2004. Derhalve dient het Hof, dat over een exclusieve bevoegdheid beschikt inzake ongeldigverklaring van handelingen van afgeleid recht (arrest van het Hof van 22 oktober 1987, Foto-Frost, 314/85, punten 15 e.v.), te worden verzocht om een beoordeling van de geldigheid van de betrokken verordening

***Tweede prejudiciële vraag***

- 9 De verwijzende rechter vraagt zich af of in het licht van het arrest Simmenthal II (arrest van 9 maart 1978, 106/77, punten 17-18) over de verhindering van de geldige totstandkoming van nieuwe nationale wetgevende handelingen die onverenigbaar zouden zijn met de bepalingen van het Unierecht, reeds de woorden „Opheffing van de regels inzake de woonplaats” in het opschrift van artikel 7 van verordening nr. 883/2004 aldus moet worden begrepen dat zij in de weg stonden aan de geldige totstandkoming van § 8a FLAG, nieuwe versie, en § 33, lid 3, punt 2, EStG, nieuwe versie. Dit zou betekenen dat het begrip „opheffing” een ruimere betekenis zou hebben dan tot dusver algemeen aangenomen, daar de nationale regels voor indexering *ex tunc* niet geldig tot stand zouden zijn gekomen. Dit versterkt de veronderstelling dat de indexering van de gezinsbijslag voor de verwijzende rechter niet bindend is.

***Derde prejudiciële vraag***

- 10 Het is de vraag of het geval dat de indexering een verhoging van de gezinsbijslage tot gevolg heeft, hetgeen doet denken aan een extensieve omzetting van een

richtlijn, onder het Unierecht en onder de bevoegdheid van het Hof valt. Zo niet, zou de Oostenrijkse wetgever de wetgeving slechts moeten herzien met betrekking tot de verminderde gezinsbijslag, mocht deze door het Hof als onverenigbaar met het afgeleide recht worden verklaard. Dat houdt het risico in dat weliswaar de vermindering van de gezinsbijslag met werking *ex tunc* wordt opgeheven, maar de verhoging van de gezinsbijslag wordt gehandhaafd. Het zou problematisch kunnen zijn een dergelijke verhoging met terugwerkende kracht af te schaffen voor zover de adressaten van de regeling zich ten aanzien van die bijkomende rechten op hun gewettigde vertrouwen zouden kunnen beroepen.

- 11 Een verhoging van de kinderbijslag door de indexering zou bovendien kunnen indruisen tegen artikel 68, lid 2, van verordening nr. 883/2004, dat beoogt de hoogste gezinsuitkering te garanderen en geschraagd wordt door de vaste rechtspraak van het Hof (zie bijvoorbeeld arresten van 12 juni 1980, Laterza, 733/79; 4 september 2019, Bundesagentur für Arbeit – Familienkasse Baden-Württemberg West, C-473/18, punt 34; en 12 juli 1984, Patteri, 242/83, punten 8 t/m 10).
- 12 Bovendien moeten vraagtekens worden geplaatst bij de juridische aard van de bij federale wet ingevoerde indexering van de gezinsbijslag. § 8a FLAG, nieuwe versie, en § 33, lid 3, punt 2, EStG, nieuwe versie, zijn slechts in formeel opzicht bepalingen van nationaal recht. De door de indexering geraakte personen zijn uitsluitend onderdanen van andere lidstaten die slechts onder het FLAG vallen omdat dit door het Unierecht zo wordt bepaald. Alhoewel ook in een andere lidstaat woonachtige nationale onderdanen door de indexering kunnen worden geraakt, kunnen nationale onderdanen makkelijker aan het vereiste van de woonplaats op het grondgebied van de lidstaat voldoen, zodat sprake is van indirecte discriminatie (arrest van het Hof Pinna, punt 23). In materieel opzicht is er dus sprake van Unierecht en beoogt een nationale wet van een lidstaat Unierecht te wijzigen.

#### ***Vierde en vijfde prejudiciële vraag***

- 13 Met betrekking tot de schending van Unierecht door de koppeling van de gezinsbijslag aan de prijsverhoudingen rijst de vraag naar de onderlinge afbakening tussen de artikelen 7 en 67 van verordening nr. 883/2004. Het advies en het wetsontwerp van de regering berusten wat betreft de indexering in zoverre op de fictie van artikel 67 van verordening nr. 883/2004 [„alsof (de gezinsleden) in (de bevoegde) lidstaat woonden”] dat daarmee waardeverhoudingen in de bevoegde lidstaat worden bedoeld, en maken derhalve een onderscheid tussen „bedrag” en „waarde”.
- 14 Een dergelijke geïsoleerde kijk op artikel 67 van verordening nr. 883/2004 is echter problematisch. Artikel 67, dat wordt aangevuld door artikel 60 van verordening nr. 987/2009 (zie arrest van 22 oktober 2015, Trapkowski, C-378/14), dient enerzijds indirecte discriminatie, in het bijzonder door de koppeling aan woonplaatsvereisten, te voorkomen en moet anderzijds net als artikel 73 en

artikel 76, lid 1, van verordening nr. 1408/71, waarvoor dit in de plaats is gekomen, worden gelezen in samenhang met de prioriteitsregels en de non-cumulatieregels van artikel 68, leden 1 en 2, van verordening nr. 883/2004 (arrest van 7 februari 2019, Eugen Bogatu, C-322/17, punt 24). De prioriteitsregels waarborgen dat de verzoeker het hoogst mogelijke bedrag aan gezinsuitkeringen ontvangt zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het non-cumulatiebeginsel (arrest van 5 juni 2005, C-543/03, Dodl en Oberhollenzer, punt 49). Krachtens artikel 68, lid 2, van verordening nr. 883/2004 is de prioritair bevoegde lidstaat verplicht de volledige uitkering te betalen en dient de subsidiair bevoegde lidstaat een eventueel verschil aan te vullen (aangaande de oude verordening, zie arrest van 12 juni 1980, Laterza, 733/79, met verdere verwijzingen naar de verkregen rechten) respectievelijk zijn gezinsuitkeringen te schorsen.

- 15 Artikel 7 en artikel 67 van verordening nr. 883/2004 streven hetzelfde doel na – het voorkomen van indirecte discriminatie – maar hebben betrekking op verschillende processen van rechtsvorming. Artikel 7 richt zich tot de wetgever en dient te voorkomen dat deze regels inzake de woonplaats met de kracht van wet vaststelt. Artikel 67 richt zich daarentegen tot het bevoegde orgaan als deel van de uitvoerende macht en dient te voorkomen dat dat orgaan in het concrete geval van toepassing discriminerende voorwaarden hanteert. Artikel 7 en artikel 67 van verordening nr. 883/2004 waarborgen derhalve met uiteenlopende technieken de voorrang van het Unierecht. Regels inzake de woonplaats (zoals de indexering), die reeds door artikel 7 van verordening nr. 883/2004 worden opgeheven, kunnen derhalve niet meer voorwerp zijn van artikel 67.
- 16 Daar het Hof in het arrest Pinna I (punt 23) reeds in het afgeleide recht neergelegde regels inzake de woonplaats op grond van het gebod van gelijke behandeling ongeldig heeft verklaard, moeten dergelijke regels in een nationale bepaling al helemaal als onverenigbaar met het Unierecht worden beschouwd. Gezien de rechtspraak van het Hof, dat „alle verkapte vormen van discriminatie [verboden zijn]”, lijkt het in het advies en in het wetsontwerp gemaakte onderscheid tussen bedrag en waarde niet rechtmatig te zijn. Derhalve is de indexering waarschijnlijk in strijd met het primaire recht, in elk geval echter met de artikelen 4 en 7 van verordening nr. 883/2004.
- 17 De in het wetsontwerp van de regering genoemde rechtvaardigingsgronden snijden geen hout. Ten eerste gaat het de uit de indexering voortvloeiende besparingen om overwegingen van economische aard, die niet worden erkend als ongeschreven rechtvaardigingsgrond (zie bijvoorbeeld arrest van 29 april 1999, Erich Ciola/Land Vorarlberg, C-224/97), terwijl het voorkomen van distorsies geen legitieme doelstelling is, daar de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels binnen de Unie een onmogelijke taak zou worden indien elke lidstaat de gezinsuitkeringen zou indexerend. Ten tweede wordt in het wetsontwerp verwezen naar de conclusies van de Europese Raad van 18 en 19 februari 2016 (PB 2016, C 69I), waaruit zou blijken dat de mogelijkheid van een indexering in het kader van verordening nr. 883/2004 „op hoog niveau” wordt gerechtvaardigd, alsmede naar een verklaring van de Commissie waarin verschillende

rechtvaardigingsgronden worden genoemd. Dergelijke rechtvaardigingsgronden dienen echter te worden geconcretiseerd en door feiten te worden onderbouwd [zie bijvoorbeeld arrest van 7 juli 2005, Commissie/Oostenrijk, C-147/03 (toegang tot universitair onderwijs), punt 48]. Bovendien kunnen beperkingen op de exporteerbaarheid van uitkeringen – momenteel neergelegd in artikel 63 (uitkeringen bij werkloosheid) en artikel 70, lid 3, van verordening nr. 883/2004 (bijzondere, niet op premie- of bijdragebetaling berustende prestaties; zie arrest van 19 september 2013, Brey/PVA, C-140/12, punt 50) – „op hoog niveau” slechts worden vastgesteld in het kader van een gewone wetgevingsprocedure.

- 18 Tot slot moeten vraagtekens worden geplaatst bij de evenredigheid van de indexering en de coherentie van de Oostenrijkse benadering. Oostenrijkse overheidsfunctionarissen ontvangen bij detachering naar een andere EU-lidstaat de volledige gezinsbijslag, terwijl de gezinsbijslag voor Tsjechië overeenkomstig de EU-aanpassingsverordening met 38,1 % is verlaagd. Tegelijkertijd zijn in hetzelfde tijdvak de toelagen voor koopkrachtcompensatie voor naar Praag gedetacheerd ambassadepersoneel vastgelegd op 7 à 10 % in verhouding tot het (dus lagere) prijsniveau in Tsjechië.

#### ***Zesde prejudiciële vraag***

- 19 De vaststellingen in het arrest Simmenthal II staan haaks op het in Oostenrijk geldende beginsel van het „Fehlerkalkül”, dat inhoudt dat onwettige bepalingen deel blijven uitmaken van de rechtsorde tot zij door een bevoegde rechter worden opgeheven. Bij federale wetten is dit het Verfassungsgerichtshof (grondwettelijk hof), in het geval van het bestreden besluit in het hoofdgeding het Bundesfinanzgericht. Indien de individuele wettelijke bepalingen die zijn afgeleid uit een niet geldig tot stand gekomen algemene bepaling ook naar Unierecht als niet geldig moeten worden beschouwd, dan zou dit van invloed zijn op de uitspraak van de verwijzende rechter.

#### ***Zevende prejudiciële vraag***

- 20 Het vraagstuk betreffende het omzettingsverbod is reeds in zaak C-372/20 (Finanzamt Wien für den 8., 16. und 17. Bezirk) met betrekking tot § 53, lid 1, en artikel 5 FLAG voorgelegd aan het Hof, maar wordt in casu nogmaals herhaald met betrekking tot § 53, lid 4, FLAG.
- 21 § 53, lid 1, FLAG staat in de weg aan het zicht van de justitiabele op rechtstreeks toepasselijk Unierecht en op het uitleggingsmonopolie van het Hof, aangezien het gebod van gelijkstelling met nationale onderdanen reeds voortvloeit uit het Unierecht. Voorts herhaalt § 53, lid 1, FLAG ten dele artikel 67 van verordening nr. 883/2004, zonder echter de in de verordening genoemde gezinsleden te vermelden, en ontnemt de blik op artikel 68 van verordening nr. 883/2004 en artikel 60 van verordening nr. 987/2009. Bovendien leidt § 53, lid 4, FLAG, nieuwe versie, samen met de indexering, tot een beperking van de gelijkstelling in de zin van § 53, lid 1, maar heeft op grond van de rechtstreekse toepasselijkheid

van de verordening geen zelfstandig normatief karakter. Indien § 53, lid 1, FLAG de toetsing door het Hof niet doorstaat, komt lid 4 naar opvatting van de verwijzende rechter automatisch te vervallen.

### *Achtste prejudiciële vraag*

- 22 De verwerende instantie heeft de vordering van verzoekster afgewezen bij „mededelingen over de toekenning van de compenserende toeslag” op basis van § 4 FLAG. Nationale onderdanen wordt in situaties die het buitenland betreffen eveneens uit hoofde van die bepaling een gezinsuitkering toegekend in de vorm van een aanvullende toeslag. Bij situaties die het eigen land betreffen, ontvangen nationale onderdanen echter vooraf een mededeling uit hoofde van § 12 FLAG en worden de gezinsuitkeringen maandelijks betaald. De belastingdiensten argumenteren dat het bij bepaalde migrerende werknemers niet of slechts met moeite mogelijk is om uitkeringen terug te vorderen en dat § 4 FLAG hun de mogelijkheid biedt om temporele beperkingen toe te passen. In de visie van de verwijzende rechter moet echter ten aanzien van het gebod van gelijkstelling met nationale onderdanen als vergelijkingsmaatstaf worden uitgegaan van een nationale onderdaan die zich in zijn eigen land in een situatie bevindt waaruit rechten voortvloeien. Aangezien § 53, lid 1, FLAG wegens rechtstreeks geldend afgeleid recht niet toepasbaar is, zou het recht van verzoekster overeenkomstig verordening nr. 883/2004 enkel voortvloeien uit § 3, lid 1, FLAG, voor zover zij rechtmatig in Oostenrijk verblijft in de zin van de burgerschapsrichtlijn. Verzoekster moet derhalve worden behandeld als een nationale onderdaan, en de mededeling moet worden vastgesteld op basis van alleen § 12 FLAG.

### *Negende prejudiciële vraag*

- 23 Artikel 68, lid 2, van verordening nr. 883/2004 verplicht de prioritair bevoegde lidstaat tot toekenning van de gezinsuitkeringen en de subsidiair bevoegde lidstaat (normaliter de woonstaat) tot schorsing van de uitkering ter hoogte van het bedrag dat door de prioritair bevoegde lidstaat wordt uitgekeerd respectievelijk tot betaling van een aanvullende toeslag ter hoogte van het deel dat dit bedrag overschrijdt. Op deze wijze wordt cumulatie van rechten voorkomen, maar wordt het hoogste bedrag aan gezinsuitkeringen gewaarborgd. § 4, leden 1, 2 en 3, FLAG beoogt het bedrag van de buitenlandse gezinsuitkering te verminderen dat krachtens het Unierecht is geschorst en niet meer mag worden uitbetaald. Derhalve rijst in de visie van de verwijzende rechter de vraag of artikel 68, lid 2, van verordening nr. 883/2004 gezien het primaat van het Unierecht in de weg staat aan die bepalingen. Het bedrag van een uitkering die reeds op grond van het Unierecht is geschorst en die diensgevolge niet mag worden toegekend, kan niet meer voorwerp zijn van een vermindering door een nationale bepaling.

***Tiende prejudiciële vraag***

- 24 Deze vraag heeft tot doel de naar Unierecht prioritair bevoegde lidstaat de zekerheid te verschaffen dat de subsidiair bevoegde lidstaat het volgens artikel 68, lid 2, van verordening nr. 883/2004 geschorste bedrag ook niet uitbetaalt in het geval volgens de nationale wetgeving voor dezelfde gezinsleden en tijdvakken in een ander geval een uitkering zou worden toegekend. Het Bundesfinanzgericht is van opvatting dat de schorsing zou moeten gelden voor alle personen die onder artikel 60 van verordening nr. 987/2009 vallen.

***Elfde prejudiciële vraag***

- 25 In het onderhavige geval zijn de aanvragen in Tsjechië ingediend met behulp van het formulier E411 van de Administratieve commissie voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers. Het Tsjechische orgaan heeft het vakje „geen recht op gezinsbijslagen om de volgende redenen” aangevinkt en als reden „hogere inkomsten” aangegeven. Dit duidt erop dat de aanvraag is afgewezen omdat de inkomensdrempel is overschreden. Op grond van de voorrang van de non-cumulatieregel van artikel 68, lid 2, tweede volzin, van verordening nr. 883/2004 had de afwijzing van de aanvraag echter moeten worden gebaseerd op het Unierecht en de daaruit voor Tsjechië voortvloeiende verplichting tot schorsing van de gezinsuitkeringen. Het Tsjechische orgaan zou het Oostenrijkse orgaan op de hoogte moeten stellen van de schorsing dan wel – indien geen aanvraag is ingediend – van een toekomstige wijziging.

***Twaalfde prejudiciële vraag***

- 26 Het formulier E411 voldoet in de visie van het Bundesfinanzgericht niet aan verordening nr. 883/2004 in de versie van verordening nr. 465/2012, aangezien hieruit niet volgt dat de subsidiair bevoegde lidstaat de andere lidstaat kan respectievelijk moet meedelen dat hij de volgens Unierecht vereiste schorsing verricht of in het geval van een later in te dienen aanvraag zal verrichten. Gezien de voorrang van het Unierecht kan de vraag of aan nationale criteria (inkomensdrempels, hoogte van de gezinsuitkering) is voldaan, niet relevant zijn.

***Dertiende prejudiciële vraag***

- 27 Deze vraag heeft betrekking op de rechtspraak van het Hof, dat de verplichting tot herziening van het recht uitsluitend heeft opgelegd aan de nationale parlementen. Vanuit het oogpunt van het Unierecht is het in wezen niet relevant welke nationale instantie de rechtsherziening verricht. De verwijzende rechter geeft echter de voorkeur aan het Verfassungsgerichtshof als hoogste rechterlijke instantie.

*Veertiende prejudiciële vraag*

- 28 Volgens de BAO kan alleen op verzoek en enkel ten aanzien van bepaalde belastingaanslagen een opschortende werking worden verleend. Er wordt echter geargumenteed dat uit artikel 4, lid 3, VEU en de rechtspraak van het Hof (bijvoorbeeld arrest van 19 juni 1990, C-213/89, Factortame) een verdergaande verplichting voortvloeit tot het nemen van voorlopige maatregelen in geval van twijfel omtrent de conformiteit van nationale administratieve handelingen met het Unierecht.
- 29 In het onderhavige geval betwijfelt het Bundesfinanzgericht dat de algemene bepalingen inzake de indexering geldig tot stand zijn gekomen en gaat er derhalve totdat het Hof zijn beslissing heeft gegeven van uit dat de artikelen 4 en 7 van verordening nr. 883/2004 geldigheid genieten. Op grond van het primaat van het Unierecht en in het licht van het vraagstuk van de geldigheid ervan heeft het Bundesfinanzgericht in zijn beschikking in kort geding in strijd met het nationale recht buitengewoon beroep in Revision uitgesloten. Aangezien het verzoek om een prejudiciële beslissing een incidentele procedure vormt binnen de nationale beroepsprocedure, verzet het Unierechtelijke concept van de prejudiciële verwijzing zich ertegen dat de zaak nog voordat het Hof uitspraak heeft gedaan, wordt voorgelegd aan de hoogste nationale rechterlijke instanties op het vlak van het publieke recht. De beschikking in kort geding is derhalve accessoir aan het verzoek om een prejudiciële beslissing en is eveneens enkel onderworpen aan toetsing door het Hof.