

ARREST VAN HET HOF (Achtste kamer)

10 maart 2011\*

In zaak C-516/09,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk) bij beslissing van 24 november 2009, ingekomen bij het Hof op 11 december 2009, in de procedure

**Tanja Borger**

tegen

**Tiroler Gebietskrankenkasse,**

wijst

HET HOF (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: K. Schieman (rapporteur), kamerpresident, A. Prechal en E. Jarašiūnas, rechters,

advocaat-generaal: P. Mengozzi,  
griffier: A. Calot Escobar,

\* Procestaal: Duits.

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

- T. Borger, vertegenwoordigd door H. Burmann, P. Wallnöfer en R. Bacher, Rechtsanwältin,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door C. Pesendorfer als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door V. Kreuschitz en M. Van Hoof als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

### **Arrest**

- <sup>1</sup> Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van het begrip „werknemer” in de zin van artikel 1, sub a, van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, in de bij verordening (EG) nr. 118/97 van de Raad van

2 december 1996 (PB 1997, L 28, blz. 1) gewijzigde en bijgewerkte versie, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1606/98 van de Raad van 29 juni 1998 (PB L 209, blz. 1; hierna: „verordening nr. 1408/71”).

- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen T. Borger en de Tiroler Gebietskrankenkasse over de weigering van laatstgenoemde om Borger gedurende het extra half jaar onbetaald verlof, genomen na afloop van het wettelijk tijdvak van twee jaar na de geboorte van haar kind, een kinderverzorgingstoelage toe te kennen.

### **Toepasselijke bepalingen**

#### *Wettelijke regeling van de Unie*

- 3 Artikel 1 van verordening nr. 1408/71 bepaalt dat voor de toepassing ervan:

„[...]”

- a) [...] onder ‚werknemer’ en onder ‚zelfstandige’ respectievelijk [wordt] verstaan ieder:

- i) die verplicht of vrijwillig voortgezet verzekerd is tegen een of meer gebeurtenissen, behorende tot de takken van een stelsel van sociale zekerheid voor werknemers of zelfstandigen of tot een bijzonder stelsel voor ambtenaren;
  
- ii) die in het kader van een stelsel van sociale zekerheid dat voor alle ingezetenen of voor de gehele beroepsbevolking geldt, verplicht verzekerd is tegen één of meer gebeurtenissen behorende tot de takken van sociale zekerheid waarop deze verordening van toepassing is:
  - wanneer hij door de wijze van beheer of van financiering van dit stelsel als werknemer of zelfstandige kan worden onderkend,

dan wel,

- indien dergelijke criteria niet aanwezig zijn, wanneer hij verplicht of vrijwillig voortgezet verzekerd is tegen een andere in bijlage I omschreven gebeurtenis, in het kader van een voor werknemers of zelfstandigen ingesteld stelsel of onder iii bedoeld stelsel, dan wel, bij gebreke van zulk een stelsel in de betrokken lidstaat, wanneer hij beantwoordt aan de in bijlage I gegeven definitie;
  
- iii) die in het kader van een stelsel voor sociale zekerheid dat volgens de in bijlage I vastgestelde criteria op uniforme wijze is georganiseerd ten behoeve van de gehele plattelandsbevolking, verplicht verzekerd is tegen meerdere gebeurtenissen behorende tot de takken van sociale zekerheid waarop deze verordening van toepassing is;

iv) die, in het kader van een stelsel van sociale zekerheid van een lidstaat, ingesteld voor werknemers of voor zelfstandigen of voor alle ingezetenen of voor bepaalde categorieën ingezetenen, vrijwillig verzekerd is tegen één of meer gebeurtenissen behorende tot de takken van sociale zekerheid waarop deze verordening van toepassing is:

— indien hij al dan niet in loondienst werkzaam is,

of

— indien hij tevoren in het kader van een voor werknemers of zelfstandigen ingesteld stelsel van dezelfde lidstaat verplicht verzekerd is geweest tegen dezelfde gebeurtenis;

[...]"

4 De Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en de Zwitserse Bondsstaat, anderzijds, over het vrije verkeer van personen, die op 21 juni 1999 te Luxemburg is ondertekend (PB 2002, L 114, blz. 6) bepaalt in artikel 1 van bijlage II erbij, die de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels betreft:

„1. De overeenkomstsluitende partijen komen overeen ten aanzien van de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels onderling de communautaire besluiten toe te passen zoals vermeld in en gewijzigd bij sectie A van deze bijlage, of daarmee gelijkwaardige regels.

2. In de in [sectie A van] deze bijlage genoemde besluiten omvat de uitdrukking ‚lidstaat/lidstaten’ niet alleen de staten die vallen onder de desbetreffende communautaire besluiten, maar tevens Zwitserland.”

- 5 Sectie A van voornoemde bijlage verwijst onder meer naar verordening nr. 1408/71.

### *Nationale regeling*

- 6 Krachtens § 15, lid 1, van het Mutterschutzgesetz 1979, BGBl. 221/1979 (Oostenrijkse wet van 1979 tot bescherming van het moederschap) moet aan een werknemer op diens verzoek onbetaald verlof worden verleend tot het kind twee jaar oud is, indien de ouder met dit kind een gemeenschappelijke huishouding voert.
- 7 § 15, lid 3, van diezelfde wet bepaalt dat het tijdvak van onbetaald verlof in onderling overleg kan worden verlengd. Hoewel voornoemd verlof tot gevolg heeft dat het bestaande dienstverband in stand blijft, leidt het er evenwel toe dat de arbeidsrechtelijke hoofdverplichtingen gedurende het verloftijdvak worden opgeschort.
- 8 Krachtens het Kinderbetreuungsgeldgesetz (Oostenrijkse wet op de kinderverzorgingsuitkering) heeft een ouder onder meer recht op een kinderverzorgingsuitkering indien die ouder en het kind woonachtig zijn op het Oostenrijkse grondgebied. Indien slechts één van de ouders kinderverzorgingsuitkering ontvangt, eindigt de betaling ervan uiterlijk wanneer het kind de leeftijd van dertig maanden bereikt.

- 9 Overeenkomstig § 4, lid 1, punt 1, van het Österreichische Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (Oostenrijkse algemene wet op de sociale verzekeringen; hierna: „ASVG”) zijn bij één of meer werkgevers werkzame werknemers aangesloten bij de ziekte-, ongevallen- en pensioenverzekering (volledige dekking).
- 10 In de §§ 7 en 8 ASVG worden de categorieën personen opgesomd die slechts aangesloten zijn bij een of twee takken van sociale zekerheid. Zo zijn volgens § 8, lid 1, punt 2, ASVG gedeeltelijk aangesloten bij de pensioenverzekering die personen die hun kind gedurende de eerste 48 kalendermaanden na de geboorte daadwerkelijk en hoofdzakelijk opvoeden op het nationale grondgebied, wanneer zij, overeenkomstig deze wet, (nog niet) waren aangesloten bij de pensioenverzekering.
- 11 De verwijzende rechter preciseert dat, om alle discriminatie te voorkomen, aan het vereiste dat het betrokken kind moet worden opgevoed op het nationale grondgebied eveneens is voldaan wanneer het kind is opgevoed in Zwitserland.

### **Hoofddeding en prejudiciële vragen**

- 12 Na de geboorte van haar zoon op 7 januari 2006 is aan Borger, Oostenrijks staatsburger en woonachtig in Oostenrijk, onbetaald verlof verleend tot 7 januari 2008. Vervolgens is zij met haar werkgever een verlenging van dat onbetaald verlof met zes maanden, dus tot en met 6 juli 2008, overeengekomen.

- 13 In maart 2007 is Borger met haar zoon naar Zwitserland verhuisd, waar haar echtgenoot sinds 2006 beroepsmatig actief was.
- 14 De Tiroler Gebietskrankenkasse heeft aan Borger voor het tijdvak van 5 maart 2006 tot en met 28 februari 2007 een kinderverzorgingstoelage, en voor het tijdvak van 1 maart 2007 tot en met 6 januari 2008 een vervangende uitkering betaald. De aanvraag van Borger om betaling van de kinderverzorgingstoelage en om handhaving van de socialezekerheidsdekking met nog eens zes maanden, werd afgewezen.
- 15 Bij beschikking van 18 januari 2008 heeft de Tiroler Gebietskrankenkasse de uitkering ter vervanging van de kinderverzorgingstoelage met ingang van 7 januari 2008 ingetrokken, op grond dat, nu Borger in Oostenrijk geen daadwerkelijk dienstverband was aangegaan, de bevoegdheid tot het uitkeren van gezinsbijslagen uitsluitend toekwam aan de Zwitserse Bondsstaat, waar de echtgenoot van Borger werkte en waar alle gezinsleden woonden.
- 16 De verwijzende rechter merkt op dat volgens de opmerkingen van de Tiroler Gebietskrankenkasse het dienstverband van Borger met haar Oostenrijkse werkgever onmiddellijk na afloop van de zes maanden verlengd onbetaald verlof werd beëindigd.
- 17 In haar beroep van 15 februari 2008 stelde Borger dat de Tiroler Gebietskrankenkasse verplicht was om aan haar voor het tijdvak van 7 januari tot en met 6 juli 2008 een uitkering ter vervanging van de kinderverzorgingstoelage te betalen. Zij betoogt dat hoewel zij in dat tijdvak met onbetaald verlof was, zij nog steeds moest worden aangemerkt als een persoon met een daadwerkelijk dienstverband en, bijgevolg, als werknemer in de zin van verordening nr. 1408/71. Zij beklemt toont dat zij gedurende het tijdvak waarin zij haar kind opvoedde gedeeltelijk was aangesloten bij de Oostenrijkse pensioenverzekering.



- 18 De rechtbank van eerste aanleg wees het beroep van Borges toe en veroordeelde de Tiroler Gebietskrankenkasse tot betaling aan haar van de kinderverzorgingstoelage voor het tijdvak van 7 januari tot en met 6 juli 2008.
- 19 Het door de Tiroler Gebietskrankenkasse ingestelde hoger beroep werd door de appelrechter afgewezen. Deze was van oordeel dat iemand die zijn kind in de eerste 48 kalendermaanden na de geboorte heeft opgevoed, gedeeltelijk is aangesloten bij de verplichte pensioenverzekering. De appelrechter meende dat op grond van deze gedeeltelijke aansluiting de Republiek Oostenrijk gezinsbijslagen verschuldigd was, ongeacht de vraag of na afloop van het wettelijk tijdvak van onbetaald verlof nog sprake was van een dienstverband.
- 20 De Tiroler Gebietskrankenkasse heeft tegen die beslissing buitengewone Revision ingesteld, waarin zij haar argument herhaalt dat Borges voor het tijdvak van 7 januari tot en met 6 juli 2008 niet kon worden aangemerkt als een werknemer met een dienstbetrekking in Oostenrijk. Voor de verwijzende rechter stelt zij dat Borges een verlenging van haar onbetaald verlof had aangevraagd na afloop van het wettelijke verloftijdvak, met als enig doel het verkrijgen van gezinsbijslagen. Zij betoogt voorts dat de gedeeltelijke pensioenverzekering niet binnen een socialeverzekeringsstelsel voor werknemers valt en dat de hoedanigheid van werknemer niet kan worden toegekend aan een persoon die zijn kind opvoedt zonder dat er sprake is van enigerlei dienstverband.
- 21 Borges stelt van haar kant dat de hoedanigheid van „werknemer” in de zin van verordening nr. 1408/71 enkel afhangt van de aansluiting bij een tak van sociale zekerheid en, in haar geval, van de aansluiting bij een pensioenverzekering of een ziekteverzekering, welke verzekeringen zijn gekoppeld aan moederschapsuitkeringen.

- 22 In de verwijzingsbeslissing verwijst het Oberste Gerichtshof naar de rechtspraak van het Hof (arresten van 12 mei 1998, Martínez Sala, C-85/96, Jurispr. blz. I-2691; 4 mei 1999, Sürül, C-262/96, Jurispr. blz. I-2685, en 7 juni 2005, Dodl en Oberhollenzer, C-543/03, Jurispr. blz. I-5049), waaruit volgens dat Gerichtshof blijkt dat om uit te maken of een persoon kan worden aangemerkt als werknemer in de zin van verordening nr. 1408/71 beslissend is, of deze persoon bij een socialezekerheidsstelsel voor werknemers is aangesloten, waarbij het uitoefenen van een beroepsactiviteit niet van invloed is, en dat het feit dat een bepaald tijdvak van onbetaald verlof is overeengekomen op zich een persoon niet zijn hoedanigheid van „werknemer” in de zin van verordening nr. 1408/71 kan ontnemen.
- 23 Volgens het Oberste Gerichtshof zijn er redenen om aan te nemen dat de in § 8, lid 1, punt 2, sub g, ASVG voorziene gedeeltelijke aansluiting bij de pensioenverzekering, wat een persoon in de situatie van Borger betreft, geen opneming in een socialezekerheidsstelsel in de zin van verordening nr. 1408/71 vormt. Het Gerichtshof merkt namelijk op dat een dergelijke gedeeltelijke aansluiting tot stand komt ongeacht of er sprake is van een vroegere of bestaande beroepsactiviteit als onzelfstandige of zelfstandige.
- 24 In deze omstandigheden heeft het Oberste Gerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Dient artikel 1, sub a, van verordening [...] nr. 1408/71 aldus te worden uitgelegd dat daaronder ook — voor de duur van een half jaar — een persoon valt die na afloop van het wettelijk tijdvak van onbetaald verlof van twee jaar na de geboorte van een kind, met zijn werkgever een onbetaald verlof van nog eens een half jaar overeenkomt, om zo de wettelijk maximale termijn voor het ontvangen van een kinderverzorgingstoelage, respectievelijk een passende vervangende uitkering, te bereiken, en vervolgens het dienstverband beëindigt?

- 2) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, dient artikel 1, sub a, van verordening [...] nr. 1408/71 dan aldus te worden uitgelegd dat daaronder ook — voor de duur van een half jaar — een persoon valt die na afloop van het wettelijk tijdvak van onbetaald verlof van twee jaar met zijn werkgever een onbetaald verlof van nog eens een half jaar overeenkomt, wanneer hij gedurende dat tijdvak een kinderverzorgingstoelage, respectievelijk een passende vervangende uitkering, ontvangt?”

### Beantwoording van de prejudiciële vragen

- <sup>25</sup> Met zijn vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of aan een persoon die zich bevindt in een situatie als die van Borger, gedurende het tijdvak van verlenging met een half jaar van het onbetaald verlof dat was genomen na de geboorte van zijn kind, de hoedanigheid van „werknemer” in de zin van artikel 1, sub a, van verordening nr. 1408/71 moet worden toegekend.
- <sup>26</sup> Volgens de rechtspraak van het Hof bezit een persoon de hoedanigheid van „werknemer” in de zin van verordening nr. 1408/71 indien hij, al is het maar tegen één risico, verplicht of vrijwillig verzekerd is bij een algemeen of bijzonder stelsel van sociale zekerheid genoemd in artikel 1, sub a, van deze verordening, ongeacht het bestaan van een arbeidsverhouding (arrest Dodl en Oberhollenzer, reeds aangehaald, punt 34).
- <sup>27</sup> De verwijzende rechter merkt evenwel in de eerste plaats op dat Borger onder een socialezekerheidsstelsel valt, ongeacht of er sprake is van een eerdere of bestaande beroepsactiviteit. In de tweede plaats zou Borger het onbetaald verlof weloverwogen, in onderling overleg met haar werkgever, hebben verlengd met als enig doel de kinderverzorgingstoelage te kunnen blijven ontvangen. In de derde plaats vraagt de verwijzende rechter zich af of de aansluiting van Borger bij het Oostenrijkse

pensioenverzekeringsstelsel werkelijk relevant is, aangezien er geen zekerheid bestaat dat het tijdvak van kinderopvoeding dat recht geeft op de gedeeltelijke aansluiting van Borger bij dat stelsel, ooit in aanmerking zal worden genomen binnen het Oostenrijkse socialezekerheidsstelsel, wanneer de betaling van het ouderdomspensioen van Borger zou vallen onder de bevoegdheid van de staat waar zij woont, in casu de Zwitserse Bondsstaat.

- 28 Aangaande het eerste van bovengenoemde elementen, zij eraan herinnerd, dat uit het reeds aangehaalde arrest *Dodl en Oberhollenzer* volgt dat, wat de personele werkingssfeer van verordening nr. 1408/71 betreft, het bestaan van een arbeidsverhouding niet relevant is, aangezien het in dit verband beslissende element bestaat in het feit dat iemand, verplicht of vrijwillig, tegen een of meer risico's, verzekerd is bij een algemeen of bijzonder stelsel van sociale zekerheid genoemd in artikel 1, sub a, van die verordening (arrest *Dodl en Oberhollenzer*, reeds aangehaald, punt 31).
- 29 Aangaande het tweede door de verwijzende rechter genoemde element moet worden vastgesteld dat persoonlijke redenen om een onbetaald verlof te verlengen geen enkele rol spelen, aangezien de hoedanigheid van werknemer in de zin van artikel 1, sub a, van verordening nr. 1408/71 afhangt van een objectief criterium, te weten de vraag of iemand, verplicht of vrijwillig, verzekerd is, ook al is dit slechts tegen één risico, uit hoofde van een in die bepaling genoemd algemeen of bijzonder stelsel van sociale zekerheid.
- 30 Aangaande, tot slot, het feit dat op het moment waarop het recht op ouderdomspensioen daadwerkelijk wordt uitgeoefend de tijdvakken van aansluiting bij het Oostenrijkse pensioenverzekeringsstelsel niet in die staat, maar in Zwitserland in aanmerking zouden kunnen worden genomen, moet worden opgemerkt dat, zoals de Europese Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft betoogd, die omstandigheid niet in de weg staat aan de erkenning van de hoedanigheid van werknemer. Of iemand binnen de personele werkingssfeer van verordening nr. 1408/71 valt, hangt immers niet af van het intreden van het verzekerde risico, en dus niet van de vraag binnen welke van de twee staten die tijdvakken op het moment waarop eventueel aanspraak

op het pensioen wordt verkregen, in aanmerking moeten worden genomen, maar van de vraag of iemand daadwerkelijk verplicht of vrijwillig is verzekerd, ook al is dit slechts tegen één risico, uit hoofde van een in artikel 1, sub a, van die verordening genoemd algemeen of bijzonder stelsel van sociale zekerheid.

- 31 De drie door de verwijzende rechter genoemde elementen kunnen de hoedanigheid van „werknemer” in de zin van verordening nr. 1408/71 dus niet wegnemen.
- 32 In casu geeft de verwijzende rechter aan dat volgens § 8, lid 1, punt 2, ASVG personen die hun kind gedurende de eerste 48 kalendermaanden na de geboorte daadwerkelijk en hoofdzakelijk opvoeden op het nationale grondgebied, gedeeltelijk zijn aangesloten bij de pensioenverzekering. Het staat hoe dan ook aan hem om de nodige verificaties te verrichten teneinde zich ervan te vergewissen dat, binnen de Oostenrijkse rechtsorde, een persoon gedurende een tijdvak van verlenging van zijn onbetaald verlof, zoals het tijdvak dat in het hoofdgeding aan de orde is, aangesloten blijft bij een dergelijk stelsel van pensioenverzekering en dat een dergelijke aansluiting reden geeft om aan te nemen dat die persoon, verplicht of vrijwillig, is verzekerd, ook al is dit slechts tegen één risico, uit hoofde van een in artikel 1, sub a, van verordening nr. 1408/71 genoemd algemeen of bijzonder stelsel van sociale zekerheid.
- 33 Gelet op het voorgaande moet op de prejudiciële vragen worden geantwoord dat aan een persoon die zich bevindt in de situatie van verzoekster in het hoofdgeding, gedurende het tijdvak van verlenging met een half jaar van het onbetaald verlof dat was genomen na de geboorte van zijn kind, de hoedanigheid van „werknemer” in de zin van artikel 1, sub a, van verordening nr. 1408/71 moet worden toegekend, mits die persoon gedurende dat tijdvak verplicht of vrijwillig is verzekerd, ook al is dit slechts tegen één risico, uit hoofde van een in artikel 1, sub a, van voornoemde verordening genoemd algemeen of bijzonder stelsel van sociale zekerheid. Het staat aan de nationale rechter om na te gaan of in het geding waarover hij zich moet uitspreken, aan deze voorwaarde is voldaan.

## Kosten

- <sup>34</sup> Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Achtste kamer) verklaart voor recht:

**Aan een persoon die zich bevindt in de situatie van verzoekster in het hoofdgeding moet gedurende het tijdvak van verlenging met een half jaar van het onbetaald verlof dat was genomen na de geboorte van zijn kind, de hoedanigheid van „werknemer” in de zin van artikel 1, sub a, van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, in de bij verordening (EG) nr. 118/97 van de Raad van 2 december 1996 gewijzigde en bijgewerkte versie, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1606/98 van de Raad van 29 juni 1998, worden toegekend, mits die persoon gedurende dat tijdvak verplicht of vrijwillig is verzekerd, ook al is dit slechts tegen één risico, uit hoofde van een in artikel 1, sub a, van voornoemde verordening genoemd algemeen of bijzonder stelsel van sociale zekerheid. Het staat aan de nationale rechter om na te gaan of in het geding waarover hij zich moet uitspreken, aan deze voorwaarde is voldaan.**

ondertekeningen