



Datum van inontvangstneming : 24/09/2018

Zaak C-544/18

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

20 augustus 2018

Verwijzende rechter:

Upper Tribunal (Verenigd Koninkrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

7 augustus 2018

Appellant:

HM Revenue and Customs

Geïntimeerde:

D

DE UPPER TRIBUNAL

(ADMINISTRATIVE APPEALS CHAMBER)

[IN DE ZAAK] TUSSEN

HER MAJESTY'S REVENUE AND CUSTOMS,

appellant,

en

HD

geïntimeerde

**VERWIJZING NAAR HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE
UNIE KRACHTENS ARTIKEL 267 VAN HET VERDRAG
BETREFFENDE DE WERKING VAN DE EUROPESE UNIE**

I – Feitelijke achtergrond

1. Deze zaak betreft een verzoek om kinderbijslag dat geïntimeerde (HD; hierna: „D”) indiende op 27 augustus 2014. In een beschikking van 1 februari 2015 werd het verzoek geweigerd omdat zij naar nationaal recht (zie [2] hierna) niet beschikte over een voldoende verblijfsrecht om aanspraak te kunnen maken op de kinderbijslag. Op 29 september 2015 heeft zij beroep ingesteld bij de First-tier Tribunal (rechter in eerste aanleg, Verenigd Koninkrijk; hierna: „FtT”), die haar beroep toewees. Her Majesty’s Revenue and Customs (orgaan van de Britse overheid dat verantwoordelijk is voor de inning van de btw en andere belastingen; hierna: „HMRC”), verantwoordelijk voor het uitkeren van kinderbijslag, kreeg vervolgens toestemming om hoger beroep in te stellen tegen de uitspraak van het FtT bij de Upper Tribunal (bestuursrechter in tweede aanleg, Verenigd Koninkrijk).

2. De nationale wetgeving luidt als volgt:

(a) Section 146 van de Social Security Contributions and Benefits Act 1992 (wet van 1992 inzake socialezekerheidsbijdragen en –prestaties; hierna: „wet van 1992”) bepaalt:

„(1) (...)

[(2)] Aanspraak op wekelijkse kinderbijslag bestaat slechts indien de betrokkene zich in de desbetreffende week in Groot-Brittannië bevindt.

(3) Nader kan worden bepaald onder welke omstandigheden iemand voor de toepassing van de leden 1 of 2 wordt geacht zich al dan niet in Groot-Brittannië te bevinden.”

(b) Regulation 23 van de Child Benefit (General) Regulations 2006 (algemene regeling kinderbijslag), SI 2006 Nr. 223, luidt als volgt: **[Or. 2]**

„(4) Een persoon wordt geacht niet in Groot-Brittannië aanwezig te zijn in de zin van section 146, lid 2, van de wet van 1992 wanneer hij op of na 1 mei 2004 om kinderbijslag verzoekt en

(a) niet het recht heeft om in het Verenigd Koninkrijk te verblijven, of

(b) *[hier wordt bepaald dat in deze context met bepaalde categorieën van verblijfsrecht geen rekening wordt gehouden, maar deze zijn hier niet relevant].*”

(c) Ten tijde van de betrokken feiten, verleenden de (EER) Immigration Regulations 2006 SI 2006 No. 1003¹ [regeling 2006/1003 betreffende immigratie

¹ De Regulations werden vervangen door de Immigration (European Economic Area) Regulations 2016/1052 [regeling 2006/1052 betreffende immigratie (Europese Economische Ruimte)], die

(Europese Economische Ruimte); hierna: „de Regulations 2006”] een verblijfsrecht van meer dan drie maanden aan „gekwalficeerde personen”. Volgens Regulation 6(1), omvat de term een ‚gekwalficeerde persoon’ zowel een werknemer als een zelfstandige. Volgens Regulation 6(2) behoudt een persoon de status van werknemer behouden wanneer hij tijdelijk niet in staat is om te werken wegens ziekte of ongeval, evenals (onder voorwaarden) wanneer hij onvrijwillig werkeloos is. Zoals ook in richtlijn 2004/38 (hierna: „de richtlijn”) waarvan de Regulations 2006 de omzetting vormen, is er geen specifieke bepaling voorzien voor vrouwen rondom de geboorte van een kind: zij worden op dat moment ofwel ingedeeld als werknemer, ofwel als zelfstandige.

3. D bezit de Litouwse nationaliteit. Zij was vanaf 2011 in het Verenigd Koninkrijk tewerkgesteld als magazijnier en deed nachtwerk. In december 2013 werd zij zwanger. Helaas had zij eerder twee miskramen gehad en om die reden besliste zij om vanaf 25 december 2013 minder veeleisend werk te doen, namelijk als zelfstandige schoonheidsspecialiste, een beroep waarvoor zij in Litouwen was opgeleid. Ze bood behandelingen aan zoals wimpverlenging, wenkbrauwbehandelingen en waxing. Ze was eigenaar van een aantal producten en apparaten die nodig waren voor de behandelingen die zij aanbood vanuit de gedeelde woning die zij toen betrok. Zij oefende derhalve haar recht van vestiging uit in de zin van artikel 49 VWEU.

4. Naarmate de zwangerschap vorderde en de gevolgen ervan steeds voelbaarder werden, bleek het steeds lastiger om de behandelingen uit te voeren. Sommige klanten gingen elders. Het aantal klanten nam af omstreeks de vierde of vijfde maand van de zwangerschap. Hoewel zij haar werkzaamheden niet volledig stopzette, meende zij dat zij met „moederschapsverlof” was vanaf 17 april 2014. Vanaf 11 mei 2014 ontving zij een moederschapsuitkering.²

5. Op 22 juli 2014 verhuisde zij. Vóór die verhuis had zij verwacht dat haar klanten haar zouden volgen maar die verwachting werd nauwelijks ingelost. Haar nieuwe woonplaats was een busrit van ongeveer 30 minuten verwijderd van haar vorige. Zij behandelde geen enkele klant tussen de datum van haar verhuis en de geboorte van haar zoon (op 8 augustus 2014) en evenmin gedurende de periode van twee maanden die daarop volgde (dus ongeveer tot eind oktober 2014). Daarna waren er ongeveer twee klanten per week. Sommige klanten kwamen uit het gebied waar zij naartoe was verhuisd, anderen uit de buurt van haar vorige woonplaats. Zij beëindigde haar activiteit net voordat [Or. 3] zij op 10 februari 2015 een werkloosheidsuitkering aanvraag omdat zij minder winst maakte dan vroeger en deze in ieder geval ontoereikend was.

nu op hun beurt vervangen zijn door de Immigration (European Economic Area) (Amended) Regulations 2018/801 [gewijzigde regeling 2018/801 betreffende immigratie (Europese Economische Ruimte)], die sinds 24 juli 2018 in voege zijn.

² Voor de moederschapsvergoeding geldt het verblijfsrecht niet als voorwaarde.

6. Op of omstreeks 1 april 2015 hervatte zij haar werkzaamheden als magazijnier.

7. In zijn eerste interimbeschikking van 12 april 2017 oordeelde de Upper Tribunal:

a. dat de beslissing van het FtT blijkt gaf van een onjuiste rechtsopvatting en werd vernietigd; en

b. dat de beschikking waartegen bij het FtT beroep was ingesteld, werd hervormd, namelijk door het aanvullen van de feiten (met inbegrip van de hierboven vermelde feiten). De Upper Tribunal kwam tot de slotsom dat de zelfstandige activiteit als schoonheidsspecialist vanaf 22 juli 2014 verwaarloosbaar en bijkomstig was. Deze activiteit was als zodanig nooit hervat op een wijze die niet verwaarloosbaar en bijkomstig was en om die reden was de periode van 23 juli 2014 tot 9 februari 2015 een periode waarin D niet (voldoende) economisch actief was (in om het even welke hoedanigheid). De geboorte van haar zoon viel in die periode.

8. In zaak C-507/12 *Saint-Prix*³ heeft het Hof als volgt geoordeeld:

„Artikel 45 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat een vrouw die ophoudt met werken of met het zoeken van werk wegens de fysieke ongemakken die zij ondervindt in een gevorderd stadium van de zwangerschap en in de periode onmiddellijk na de bevalling, haar status van ‚werknemer‘ in de zin van dat artikel behoudt, mits zij binnen een redelijke termijn na de geboorte van haar kind haar werk weer opneemt of een nieuwe baan vindt.”

9. In de onderhavige zaak erkent de HMRC dat D elke reële en daadwerkelijke economische activiteit staakte wegens de fysieke ongemakken in een gevorderd stadium van de zwangerschap en in de periode onmiddellijk na de bevalling, en dat haar hervatting van een economische activiteit, eerst als werkzoekende en vervolgens als werknemer, plaatsvond binnen een redelijke termijn na de geboorte van haar kind.

10. De vraag waarover de Upper Tribunal dient te beslissen is dus of beginselen die overeenkomen met die uit het arrest *Saint-Prix* ook van toepassing zijn ingeval van een persoon die, vóór de beëindiging van een economische activiteit, zijn recht van vrijheid van vestiging op grond van artikel 49 VWEU uitoefende, en niet zijn recht van vrij verkeer als werknemer op grond van artikel 45 VWEU, zoals het geval was in de zaak *Saint-Prix*.

11. Aangezien de verwijzing door de Irish Court of Appeal (rechter in tweede aanleg, Ierland) in zaak C-442/16 *Florea Gusa* tot een uitspraak van het Hof leek

³ De nationale zaak waarin wordt beoogd het arrest *Saint-Prix* toe te passen in het kader van het sociale zekerheidssysteem van het Verenigd Koninkrijk is *Secretary of State for Work and Pensions tegen SFF* en verbonden zaken [2015] UKUT 502 (AAC); [2016] AACR 16.

te kunnen leiden die ook antwoord bood op de vraag in de onderhavige zaak, werd de behandeling van de zaak geschorst in afwachting [van de uitspraak van het Hof]. Na de uitspraak van het Hof werden partijen uitgenodigd nadere opmerkingen in te dienen. In een tweede interimbeschikking van 26 april 2018, besliste de Upper Tribunal de zaak te verwijzen naar het Hof op grond van artikel 267 VWEU. **[Or. 4]**

Argumenten van partijen

12. HMRC betoogt (samengevat) dat:

- a. het arrest in de zaak Florea Gusa een uitspraak was over de specifieke bewoordingen van artikel 7 van de richtlijn, waarbij tot de slotsom werd gekomen dat de bescherming tegen onvrijwillige werkeloosheid evenzeer gold voor voormalige zelfstandigen als voor voormalige werknemers;
- b. het arrest in [de gevoegde] zaken C-147/1[1] en C-148/11 Czop en Punakova een verdere illustraties is van de aanpak van het Hof die gebaseerd is op specifieke wettelijke bepalingen; in die zaken werd bepaald dat artikel 12 van verordening nr. 1612/68 zich niet uitstrekke tot zelfstandigen;
- c. werknemers en zelfstandigen in sommige gevallen dezelfde rechten hebben maar dat er geen algemeen beginsel is met die strekking⁴, en
- d. de onderhavige kwestie niet een geval betreft waarin werknemers en zelfstandigen gelijk moeten worden behandeld. Een werknemer die zwanger wordt bevindt zich in een binaire situatie: indien niet is voldaan aan de voorwaarden van het arrest Saint-Prix, is een persoon met een arbeidsovereenkomst beschermd en een persoon zonder arbeidsovereenkomst niet. Een zelfstandige die zwanger wordt, bevindt zich niet in een binaire situatie. Anders dan een werknemer, hoeft zij het werk niet persoonlijk uit te voeren. Het staat haar vrij, het nodige te doen om haar zelfstandige activiteit gedurende de zwangerschap en het moederschap verder te zetten (bijvoorbeeld door te regelen dat anderen het werk verrichten, door contact te houden met klanten enzovoort, net zoals P, de verzoekster in een eerder met deze zaak verbonden zaak⁵ dit had gedaan) en op termijn kunnen de activiteiten weer volledig hernomen worden. Wanneer zij ervoor kiest om haar activiteiten stop te zetten, kiest zij ervoor om haar rechten ex artikel 49 VWEU niet uit te oefenen. De noodzaak om een

⁴ Het betoog dat een dergelijk algemeen beginsel bestaat werd eerder verworpen door de Court of Appeal (rechter in tweede aanleg, Verenigd Koninkrijk) in de nationale procedure *Hrabkova tegen Secretary of State for Work and Pensions*, [2017] EWCA Civ 794; [2017] PTSR 1624 betreffende de toepassing van artikel 10 van verordening nr. 494/2011 (de opvolger van de wetgeving die aan de orde was in het arrest Czop en Punakova).

⁵ De zaak van P werd behandeld in de eerste interimbeschikking in de onderhavige zaak (12 januari 2017).

persoon in de situatie van Gusa te beschermen hield verband met het feit dat hij geen controle had op de afwezigheid van werk: dat is niet het geval bij een zelfstandige die stappen kan ondernemen om haar zaak in leven te houden.

13. D betoogt (samengevat) dat:

a. de uitspraak van het Hof in de zaak Florea Gusa overwegingen bevat met betrekking tot onderwerpen die het Hof duidelijk hebben gesterkt in de uitlegging van artikel 7 van de richtlijn en die erop lijken te wijzen dat een zelfstandige aanspraak moet kunnen maken op de Saint-Prix-rechten. In punt 36 stelt het Hof dat het cruciale onderscheid is of, en niet hoe, een persoon economisch actief is. In punt 40 hanteert het Hof een teleologische aanpak die ook in *Saint-Prix* [Or. 5] werd gevolgd. Niet-gerechtigde verschillen in behandeling worden geacht in strijd te zijn met de doelstellingen van de richtlijn, zie de punten 41 en 42. Werknemers en zelfstandigen kunnen zich in vergelijkbare situatie bevinden en mogen niet verschillend behandeld worden (punt 43). Evenmin mag een zelfstandige die op zijn inkomen belastingen en andere lasten betaalt, onbillijk worden behandeld (punt 44).

b. in het arrest Czop en Punakova is wetgeving aan de orde die in het bijzonder gericht is op werknemers, net zoals in het arrest Hrabkova. Er zijn echter weliswaar richtlijnen over moederschapsvergoeding en verlof, maar de EU heeft eenvoudigweg nagelaten om wetgeving aan te nemen over de verblijfsrechten ingeval van moederschap, zowel voor werknemers als voor zelfstandigen.

c. in antwoord op het hierboven in punt 12, onder d), samengevatte argument en in aanvulling op hetgeen hiervoor is aangevoerd op basis van het hierboven in punt 13, onder a), samengevatte arrest *Gusa*, betoogt geïntimeerde dat (i) als het arrest Saint-Prix niet van toepassing zou zijn op zelfstandigen er een risico zou zijn dat mensen worden afgeschrikt om hun recht van vrij verkeer uit te oefenen en dat (ii) de werkelijke vraag niet is of iemand in enige vorm zijn zaak kan voortzetten maar wel of zij hun zelfstandige status mogen behouden; een onderscheid dat gevolgen kan hebben voor de keuzes die een vrouw na haar zwangerschap maakt;

d. een uitlegging waarbij artikel 49 VWEU van toepassing blijft op D in de betrokken periode in lijn is met het algemene Unierechtelijke beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, en met de regelingen betreffende deze behandeling in secundaire wetgeving, en

e. het slagen van het beroep van D vergt niet dat een algemeen beginsel wordt geponeerd dat zelfstandigen en werknemers dezelfde rechten moeten hebben. Wat de vraag betreft of dat wel het geval moet zijn in specifieke

omstandigheden, zij opgemerkt dat om de hierboven genoemde redenen sprake is van dergelijke omstandigheden.

Motivering van de verwijzing naar het Hof

14. Volgens de Upper Tribunal is de vraag of de beginselen uit het arrest Saint-Prix kunnen worden toegepast op een persoon die reeds het recht van vrijheid van vestiging heeft uitgeoefend op grond van artikel 49 VWEU geen *acte clair*, maar wel een belangrijke vraag met potentieel een brede toepassing in de EU. Het gaat om een vraag die nog niet is opgehelderd door het Hof en die volgens de Upper Tribunal moet worden beantwoord om hem in staat te stellen uitspraak te doen in het hoofdgeding. Om die reden is het aangewezen om deze vraag te verwijzen naar het Hof van Justitie.

Prejudiciële vraag

Wanneer een Unieburger die onderdaan is van een lidstaat i) verblijft in een andere lidstaat (de ontvangende lidstaat); ii) werkzaam is geweest als zelfstandige in de zin van artikel 49 VWEU in de ontvangende lidstaat; iii) een moederschapsvergoeding ontving vanaf mei 2014 (moment waarop zij zichzelf wegens haar zwangerschap minder in staat achtte om te werken); iv) wordt geacht haar reële en daadwerkelijke **[Or. 6]** zelfstandige activiteit te hebben gestaakt vanaf juli 2014; v) beviel in augustus 2014, en vi) geen reële en daadwerkelijke zelfstandige activiteit heeft hervat in de periode na de bevalling en voordat zij in februari 2015 verzocht om een werkloosheidsuitkering,

dient artikel 49 VWEU dan aldus te worden uitgelegd dat een dergelijke persoon die een zelfstandige activiteit beëindigt in omstandigheden waarin sprake is van fysieke ongemakken in een gevorderd stadium van de zwangerschap en in de periode onmiddellijk na de bevalling, de status van zelfstandige in de zin van dat artikel behoudt, mits zij binnen een redelijke termijn na de geboorte opnieuw economisch actief wordt of werk zoekt?

C.G.Ward

Judge in de Upper Tribunal

7 augustus 2018