



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. JÄÄSKINEN
fremsat den 1. marts 2012¹

Sag C-522/10

**Doris Reichel-Albert
mod
Deutsche Rentenversicherung Nordbayern**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Sozialgericht Würzburg (Tyskland))

»Vandrende arbejdstageres sociale sikring — koordinering af de sociale sikringsordninger — artikel 44, stk. 2, i forordning (EF) nr. 987/2009 om de nærmere regler til gennemførelse af forordning (EF) nr. 883/2004 — undersøgelse af retten til alderspension — medregning af børnepasningsperioder — perioder tilbagelagt i en anden medlemsstat — betingelser — artikel 5 i forordning (EF) nr. 883/2004 — princippet om sidestilling af omstændigheder«

I – Indledning

1. Sozialgericht Würzburg (Tyskland) har forelagt Domstolen en forespørgsel om fortolkningen af artikel 44, stk. 2, i Europa-Parlamentets forordning (EF) nr. 987/2009 af 16. september 2009 om de nærmere regler til gennemførelse af forordning (EF) nr. 883/2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger² i forbindelse med en tvist mellem Doris Reichel-Albert, der er tysk statsborger, og som har født og passet sine børn i Belgien, og den institution, der forvalter den lovbestemte pensionsforsikringsordning i Tyskland, nemlig Deutsche Rentenversicherung Nordbayern (herefter »DRN«).

2. Anmodningen om en præjudiciel afgørelse vedrører nærmere bestemt de betingelser, under hvilke børnepasningsperioder tilbagelagt i en medlemsstat skal tages i betragtning af en anden medlemsstat, som en forælder ikke længere henhører under i henhold til lovvalgsreglerne i afsnit II i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 883/2004 af 29. april 2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger³, med henblik på beregning af en fremtidig alderspension. I denne forbindelse fremhæves det, at den tyske lovgivning gør hensyntagen til sådanne perioder betinget af, om den pågældende person under barnets opvækst eller direkte forud for barnets fødsel har udøvet lønnet beskæftigelse eller ej i form af en periode med obligatorisk pensionsindbetaling.

3. De præjudicielle spørgsmål har en helt ny karakter, for det er de første, der vedrører fortolkningen af bestemmelserne i forordning nr. 987/2009, navnlig artikel 44. Der fandtes ingen bestemmelser med et indhold svarende til den pågældende artikel i de tidligere koordineringsbestemmelser, som udgøres af Rådets forordning (EØF) nr. 1408/1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på

¹ — Originalsprog: fransk.

² — EUT L 284, s. 1.

³ — EUT L 166, s. 1.

arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet⁴, og gennemførelsesforordningen hertil, dvs. Rådets forordning (EØF) nr. 574/72 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71⁵. Tilblivelseshistorien vedrørende forordning nr. 987/2009 viser, at denne blev vedtaget af EU-lovgiver som en reaktion på Domstolens retspraksis i Elsen-dommen⁶ og Kauer-dommen⁷, hvis rækkevidde det havde vist sig nødvendigt at begrænse⁸.

4. Jeg skal indledningsvis understrege, at Domstolen med hensyn til de faktiske omstændigheder i hovedsagen har påvist et problem med den tidsmæssige anvendelse af de bestemmelser i EU-retten, der henvises til i forelæggelseskendelsen⁹. Spørgsmålet er, om hovedsagen og de faktiske omstændigheder er omfattet af det aktuelle regelsæt til koordinering af de nationale sociale sikringsordninger, som følger af forordning nr. 883/2004 og nr. 987/2009, eller af det gamle regelsæt, der følger af forordning nr. 1408/1971 og nr. 574/72.

5. Hvis Domstolen skulle løse dette første problem således, at artikel 44 i forordning nr. 987/2009 finder anvendelse, skal der anlægges en fortolkning, der gør det muligt at vurdere, om denne artikel er i overensstemmelse med de nationale bestemmelser i den præjudicielle anmodning. Det forudsætter imidlertid, at det først afgøres, om det er den tyske lovgivning, der skal anvendes på Reichel-Alberts situation i medfør af de relevante lovvalgsregler, og om de grundlæggende betingelser, der er fastlagt i artikel 44 i forordning nr. 987/2009, er opfyldt i hendes situation.

6. Der vil i dette forslag til afgørelse blive fremsat forskellige hypoteser, nogle principalt, andre subsidiært, hvis Domstolen ikke skulle følge mine første forslag.

II – Retsforskrifter

A – EU-retten

1. Forordning nr. 883/2004

7. Forordning nr. 883/2004, også kaldet »grundforordningen«, har til formål at koordinere de nationale sociale sikringsordninger. Den trådte fra den 1. maj 2010¹⁰ i stedet for forordning nr. 1408/71, der var blevet ændret adskillige gange. Hensigten har været at gøre det tidligere regelsæt mere kortfattet og utvetydigt, og at tage hensyn til Domstolens praksis på dette område¹¹.

8. Forordningens artikel 5 med overskriften »Ligestilling af ydelser, indtægter, begivenheder og forhold« bestemmer følgende:

»Medmindre andet er fastsat i denne forordning [...]:

[...]

4 — EFT L 149, s. 2. Det præciseres, at denne oprindelige version er blevet ændret ved flere lejligheder.

5 — EFT 1972 I, s. 149.

6 — Dom af 23.11.2000, sag C-135/99, Sml. I, s. 10409.

7 — Dom af 7.2.2002, sag C-28/00, Sml. I, s.1343.

8 — Jf. 14. betragtning til forordning nr. 987/2009 og 13. betragtning til Europa-Parlamentets standpunkt, der blev fastlagt ved førstebehandlingen den 9.7.2008 med henblik på vedtagelse af den nævnte forordning (P6_TC1-COD(2006)0006), samt Y. Jorens og F. Van Overmeiren, »General Principles of Coordination in Regulation 883/2004«, *European Journal of Social Security*, volume 11 (2009), nr. 1-2, s. 67.

9 — Jf. nedenfor de spørgsmål til skriftlig besvarelse, som Domstolen fremsatte med henblik på retsmødet.

10 — Forordning nr. 883/2004 trådte i kraft den 20.5.2004, men den fandt først anvendelse fra 1.5.2010, som var den dato, hvor forordning nr. 987/2009 trådte i kraft.

11 — Jf. tredje betragtning til forordning nr. 883/2004.

- b) Hvis ydelser efter sociale sikringsordninger eller andre indtægter tillægges retsvirkning efter den kompetente medlemsstats lovgivning, finder de pågældende bestemmelser i denne lovgivning ligeledes anvendelse på tilsvarende ydelser, der er erhvervet i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat, eller på indtægter erhvervet i en anden medlemsstat.«

9. Artikel 11, stk. 1 og 3, i forordning nr. 883/2004 vedrørende »Almindelige regler«, som findes i afsnit II om »Fastlæggelse af, hvilken lovgivning der skal anvendes«, bestemmer følgende:

»1. Personer, som er omfattet af denne forordning, er alene undergivet lovgivningen i én medlemsstat. Spørgsmålet om, hvilken lovgivning der skal anvendes, afgøres efter bestemmelserne i dette afsnit.

[...]

3. Med forbehold af artikel 12-16:

- a) er en person, der udøver lønnet beskæftigelse eller selvstændig virksomhed i en medlemsstat, omfattet af denne medlemsstats lovgivning

[...]

- e) er alle andre personer, som ikke falder ind under litra a)-d), omfattet af lovgivningen i bopælsmedlemsstaten, dog uden at tilsidesætte bestemmelser i denne forordning, som sikrer de pågældende ret til ydelser efter lovgivningen i en eller flere andre medlemsstater.«

10. Samme forordnings artikel 87, hvori der er fastsat »Overgangsbestemmelser«, bestemmer følgende:

»1. Denne forordning begrunder ikke ret til ydelser for noget tidsrum, der ligger forud for datoen for dens anvendelse.

2. Enhver forsikringsperiode samt i givet fald enhver beskæftigelses- eller bopælsperiode eller periode med selvstændig virksomhed, der er tilbagelagt efter en medlemsstats lovgivning forud for datoen for denne forordnings anvendelse i den pågældende medlemsstat, tages i betragtning ved afgørelsen af ret til ydelser efter denne forordning.

3. Rettigheder kan erhverves i medfør af denne forordning, selv om de vedrører en begivenhed, der er indtruffet, før forordningen kom til anvendelse i den pågældende medlemsstat, jf. dog stk. 1.

[...]

8. Såfremt en person ved anvendelse af denne forordning bliver omfattet af lovgivningen i en anden medlemsstat end den, hvis lovgivning han var omfattet af i henhold til afsnit II i forordning (EØF) nr. 1408/71, er denne person fortsat omfattet af sidstnævnte lovgivning, så længe den hidtil gældende situation ikke ændres, medmindre han anmoder om at være omfattet af den lovgivning, der gælder i henhold til denne forordning. Hvis anmodningen er indgivet til den kompetente institution i den medlemsstat, hvis lovgivning gælder i henhold til denne forordning, inden udløbet af tre måneder efter datoen for denne forordnings anvendelse, er den pågældende omfattet af denne lovgivning fra samme dato. Hvis anmodningen er indgivet efter udløbet af denne frist, er den pågældende omfattet af den nye lovgivning fra den første dag i den følgende måned. [...]«

2. Forordning nr. 987/2009

11. I forordning nr. 987/2009 fastsættes retningslinjerne for anvendelse af forordning nr. 883/2004.

12. Artikel 44 i denne forordning vedrører »Hensyntagen til børnepasningsperioder« og har følgende ordlyd:

»1. I denne artikel forstås ved »børnepasningsperiode« enhver periode, der godskrives i henhold til en medlemsstats pensionslovgivning, eller som supplerer en pension med den udtrykkelige begrundelse, at en person har passet et barn, uanset efter hvilken metode sådanne perioder beregnes, og om de godskrives på det tidspunkt, hvor børnepasningen foregår, eller anerkendes efterfølgende.

2. Hvis en børnepasningsperiode ikke tages i betragtning i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, der er kompetent i henhold til afsnit II i grundforordningen, skal institutionen i den medlemsstat, hvis lovgivning i henhold til afsnit II i grundforordningen var gældende for den berørte person, fordi denne var i lønnet beskæftigelse eller udøver selvstændig virksomhed på den dato, fra hvilken børnepasningsperioden for det pågældende barn i henhold til denne lovgivning blev taget i betragtning, fortsat være ansvarlig for at tage denne periode i betragtning som en børnepasningsperiode i henhold til dens egen lovgivning, som om denne børnepasning fandt sted på dens eget område. [...]«

13. Artikel 93 i forordning nr. 987/2009 med overskriften »Overgangsbestemmelser« har følgende ordlyd: »Artikel 87 i grundforordningen finder anvendelse på forhold, der er omfattet af gennemførelsesforordningen.«

B – *National ret*

14. § 56 i bog VI i Sozialgesetzbuch (herefter »SGB VI«) med overskriften »Børnepasningsperioder« bestemmer:

»1) De såkaldte børnepasningsperioder er perioder, der anvendes til pasning af et barn inden for de første tre år efter barnets fødsel. En børnepasningsperiode godkendes for en af barnets forældre (§ 56, stk. 1, første punktum, nr. 3, og stk. 3, nr. 2 og 3, i bog I), hvis

1. børnepasningsperioden kan tilskrives denne forælder
2. børnepasningen finder sted på Forbundsrepublikken Tysklands område, eller hvis den kan sidestilles med en sådan pasning, og
3. godkendelsen ikke er udelukket for denne forælder.

[...]

3) Børnepasningen har fundet sted på Forbundsrepublikken Tysklands område, hvis den forælder, som varetager denne pasning, har haft sædvanlig bopæl på dette område med barnet. Når den forælder, som har varetaget børnepasningen, har haft sædvanlig bopæl sammen med sit barn i udlandet, og når den pågældende har optjent perioder med tvungen bidragsbetaling under pasningen eller umiddelbart før barnets fødsel som følge af lønnet beskæftigelse eller selvstændig virksomhed, som vedkommende har udøvet i udlandet, ligestilles dette med børnepasning på Forbundsrepublikken Tysklands område. Såfremt ægtefællerne eller samlivspartnerne har fælles bopæl i udlandet, gælder dette ligeledes i det tilfælde, hvor ægtefællen eller partneren til den forælder, som har varetaget børnepasningen, har optjent sådanne perioder med tvungen bidragsbetaling eller ikke har optjent disse alene af den grund, at vedkommende tilhørte de personer, der er omfattet af § 5, stk. 1 og 4, eller var fritaget for tvungen forsikring.

[...]

5) Børnepasningsperioden begynder en måned efter fødslen og udløber efter 36 kalendermåneder. [...]«

15. § 57 i SGB VI vedrørende »Perioder, der skal tages i betragtning« har følgende ordlyd: »Den periode, der anvendes til pasning af et barn indtil barnets fyldte tiende år udgør for en af forældrene en periode, der skal tages i betragtning, hvis betingelserne for godkendelse af en børnepasningsperiode ligeledes er opfyldt i løbet af denne periode. [...]«

16. § 249, stk. 1, i SGB VI, der vedrører »Bidragsperioder i tilknytning til børnepasning«, bestemmer, at »for et barn født inden den 1. januar 1992 udløber børnepasningsperioden 12 kalendermåneder efter udløbet af den måned, hvor fødslen fandt sted«.

III – Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

17. Doris Reichel-Albert udøvede lønnet beskæftigelse i Forbundsrepublikken Tyskland og boede der indtil den 30. juni 1980. Derefter modtog hun arbejdsløshedsunderstøttelse fra denne medlemsstat indtil den 10. oktober 1980.

18. Fra den 1. juli 1980 til den 30. juni 1986 boede hun i Belgien med sin ægtefælle, som udøvede en lønnet beskæftigelse dér. Ægteparret fik to børn, der blev født i Belgien henholdsvis den 25. maj 1981 og den 29. oktober 1984.

19. Fra den 1. januar 1984 indbetalte hun frivillige bidrag til den lovbestemte pensionsforsikringsordning i Forbundsrepublikken Tyskland.

20. Den 1. juli 1986 blev Doris Reichel-Albert, hendes ægtefælle og deres børn officielt erklæret for bosiddende i Tyskland.

21. Ved afgørelse af 12. august 2008 og 28. oktober 2008 afslog DRN Doris Reichel-Alberts ansøgning om medregning og godkendelse af børnepasningsperioder og »perioder, der skal tages i betragtning«, som hun havde tilbagelagt under sit ophold i Belgien, med den begrundelse, at børnepasningen i denne periode fandt sted i udlandet. Kun perioder efter den 1. juli 1986, som er den dato, hvor den pågældende familie igen officielt havde bopæl i Tyskland, blev godkendt som perioder, der skal tages i betragtning som børnepasningsperioder. Den 1. december 2008 indgav Doris Reichel-Albert en klage, som DRN afslog ved afgørelse af 29. januar 2009.

22. I DRN's afgørelser anføres det, at den krævede forbindelse til arbejdsmarkedet i Tyskland ikke er blevet opretholdt under opholdet i Belgien, hverken i kraft af et egentligt ansættelsesforhold for Doris Reichel-Albert eller via dennes ægtefælles, da der var gået over en hel måned fra hendes lønnede beskæftigelse eller selvstændige virksomhed – som arbejdsløshedsperioden sidestilles med – og påbegyndelsen af børnepasningsperioden.

23. Ved stævning af 13. februar 2009 anlagde Doris Reichel-Albert sag ved Sozialgericht Würzburg med påstand om annullation af afgørelsen af 29. januar 2009 og med påstand om, at DRN tilpligtedes at tage hensyn til perioderne fra den 25. maj 1981 til den 30. juni 1986, for så vidt angår hendes første barn, og fra den 29. oktober 1984 til den 30. juni 1986, for så vidt angår hendes andet barn. Til støtte for sit søgsmål henviste hun til Elsen-dommen og Kauer-dommen, og hun gjorde gældende, at hun på det pågældende tidspunkt ikke fuldstændig havde forladt Tyskland til fordel for Belgien.

24. Parterne fulgte ikke den forelæggende rets forslag om at nå til enighed om godkendelse af børnepasningsperioderne fra den 1. januar 1984, som er den dato, fra hvilken Doris Reichel-Albert indbetalte frivillige bidrag til den lovbestemte pensionsforsikringsordning i Tyskland.

25. Sozialgericht Würzburg fandt, at § 56, stk. 3, i SGB VI, sammenholdt med § 44, stk. 2, i forordning nr. 987/2009 ikke tillader en godkendelse af Doris Reichel-Alberts omtvistede børnepasningsperioder, hverken i Tyskland eller i Belgien, da hun ikke udøvede nogen form for beskæftigelse – lønnet beskæftigelse eller selvstændig virksomhed – på den dato, hvor de nævnte perioder, der skal tages i betragtning for hvert af de pågældende børn, begyndte, og Doris Reichel-Albert straffes således for, at hun har benyttet sig af den ret, hun har i henhold til artikel 21 TEUF til at færdes og opholde sig frit på EU's område. Derfor besluttede retten at udsætte sagen og forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»1) Skal bestemmelsen i artikel 44, stk. 2, i forordning [nr. 987/2009] fortolkes således, at den er til hinder for en ordning i en medlemsstat, hvorefter perioder med børnepasning, der er tilbagelagt i en anden af Den Europæiske Unions medlemsstater, kun anerkendes på samme måde som perioder tilbagelagt på statens eget område, såfremt den forælder, der har passet barnet, har haft sædvanligt ophold i udlandet sammen med sit barn og under pasningen eller umiddelbart før barnets fødsel har tilbagelagt perioder med tvungen bidragsbetaling som følge af en lønnet beskæftigelse eller selvstændig virksomhed, som han har udøvet dér, eller – for det tilfælde, at ægtefællerne eller samlivspartnerne har fælles ophold i udlandet – ægtefællen eller partneren til den af forældrene, der passede barnet, har tilbagelagt tvungne forsikringsperioder, eller ikke har tilbagelagt sådanne, alene af den grund, at han tilhørte en af de persongrupper, der er nævnt i § 5, stk. 1 og 4, i SGB VI, eller var fritaget for tvungen forsikring i henhold til § 6 i SGB VI (§ 56, stk. 3, andet og tredje punktum, § 57 og § 249 i SGB VI)?

2) Skal bestemmelsen i artikel 44, stk. 2, i forordning [nr. 987/2009] fortolkes videre end dens ordlyd, således at der i undtagelsestilfælde tillige skal tages hensyn til perioder med børnepasning uden beskæftigelse eller selvstændig virksomhed, såfremt pasningsperioden ellers hverken medregnes ifølge lovgivningen i den kompetente medlemsstat eller i en anden medlemsstat, hvor den pågældende person havde sædvanligt ophold i børnepasningsperioden?»

26. Sozialgericht Würzburgs anmodning om en præjudiciel afgørelse blev registreret på Domstolens Justitskontor den 9. november 2010.

27. Doris Reichel-Albert som sagsøger i hovedsagen, DRN som sagsøgt i hovedsagen samt Forbundsrepublikken Tyskland, Republikken Østrig og Europa-Kommissionen har fremsat skriftlige bemærkninger i sagen.

28. Ved skrivelse af 27. oktober 2011 stillede Domstolen følgende spørgsmål til skriftlig besvarelse med henblik på retsmødet:

»Parterne i hovedsagen og de øvrige procesdeltagere opfordres til at fremsætte bemærkninger til anvendelse af artikel 44 i forordning [nr. 987/2009] på en situation, som den i hovedsagen omhandlede, og til en ansøgning om medregning af børnepasningsperioder, der er tilbagelagt, mens forordning nr. 1408/71 var gældende.

I denne forbindelse skal det påpeges, at Forbundsrepublikken Tyskland i punkt 21 i sine bemærkninger har gjort gældende, at bestemmelserne i forordning nr. 883/2004 – der trådte i kraft på samme dato som forordning nr. 987/2009 – ikke finder anvendelse på den periode, som Doris Reichel-Albert har tilbagelagt med pasning af sine børn.«

29. Doris Reichel-Albert, DRN, den tyske regering og Kommissionen fremsatte bemærkninger som svar på Domstolens spørgsmål.

30. Under retsmødet, der blev afholdt den 12. januar 2012, var kun den tyske regering og Kommissionen repræsenteret.

IV – Bedømmelse

A – Indledende bemærkninger

31. Det skal nævnes, at den relevante tyske lovgivning omhandler to mekanismer til brug for hensyntagen til børnepasningsperioder inden for rammerne af den lovbestemte alderspensionsordning:

- Den første vedrører hensyntagen til børnepasningsperioder (»Kindererziehungszeiten«) i form af perioder med tvungen bidragsbetaling til den lovbestemte pensionsforsikringsordning, der således gør det muligt at medregne de nævnte perioder ved beregningen af den karenperiode, der kræves udstået for at opnå ret til pension.
- Den anden vedrører perioder, der skal tages i betragtning (»Berücksichtigungszeiten«), og som ikke giver ret til pension, men indgår i beregningen af visse karenfrister, bevarer den beskyttelse, der indrømmes personer med en begrænset evne til at opfylde deres behov, og har en positiv indvirkning på den værdi, der tillægges bidragsfrie perioder.

32. Indledningsvis bemærkes, at jeg vil afholde mig fra skridt for skridt at følge den iboende fremgangsmåde i de to præjudicielle spørgsmål, der er forelagt for Domstolen med henblik på en besvarelse heraf. Jeg er nemlig af den opfattelse, at den forelæggende ret har undladt at forholde sig til et problem vedrørende anvendelsen af forordning nr. 987/2009, som det efter min mening er vigtigt at løse, inden jeg går over til at behandle sagen i realiteten.

B – Anvendelsen *ratione temporis* af forordning nr. 987/2009

33. Der opstår to på hinanden følgende spørgsmål i denne forbindelse. Det skal i første omgang afgøres, om det tidsmæssige anvendelsesområde for forordningen kan omfatte hovedsagen, og i bekræftende fald er det for det andet vigtigt at fastslå, hvordan det forholder sig med hensyn til de faktiske omstændigheder, der kan give anledning til den omtvistede sociale fordel, nemlig hensyntagen til børnepasningsperioder som omhandlet i artikel 44 i forordning nr. 987/2009¹².

34. Jeg skal fremhæve, at den østrigske regering har bemærket, at der i de to spørgsmål, der er forelagt for Domstolen, udelukkende henvises til artikel 44 i forordning nr. 987/2009, selv om hovedsagen opstod, inden dette regelsæts ikrafttræden den 1. maj 2010. Doris Reichel-Albert anlagde nemlig den 13. februar 2009 sit søgsmål til prøvelse af DRN's afgørelser, den seneste dateret den 29. januar 2009, hvorved hun fik afslag på sine ansøgninger.

35. Den tyske regering har fremhævet, at bestemmelserne i forordning nr. 883/2004, som artikel 44 i forordning nr. 987/2009 henviser til, ikke fandt anvendelse på de perioder, som Doris Reichel-Albert havde tilbagelagt med pasning af sine børn, idet det erindres, at den omtvistede periode går fra 1981 til 1986, da grundforordningen først fandt anvendelse fra den 1. maj 2010 efter ikrafttrædelsen af gennemførelsesforordningen hertil.

36. I retspraksis henvises der jævnligt til den klare adskillelse mellem Domstolens funktioner og de funktioner, der udøves af de nationale retter, der forelægger den en anmodning om en præjudiciel afgørelse. Denne adskillelse udelukker Domstolen fra at tage stilling til den konkrete anvendelse af

12 — I artikel 44, stk. 1, i forordning nr. 987/2009 defineres disse perioder i den i bestemmelsen forudsatte betydning, en definition, der er så meget desto mere hensigtsmæssig som begreberne varierer fra en medlemsstat til en anden.

EU-retten på en bestemt sag¹³. Når det viser sig, at en bestemmelse i EU-retten ikke fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, er det imidlertid ufornuddent at besvare et spørgsmål vedrørende fortolkningen af denne bestemmelse¹⁴.

37. Med hensyn til det nye regelsæt, der blev indført ved forordning nr. 883/2004 og nr. 987/2009, finder det i princippet øjeblikkelig anvendelse fra den 1. maj 2010, idet forordning nr. 1408/1971 og nr. 574/72 ophæves for fremtiden og ikke med tilbagevirkende kraft. Dette fremgår af artikel 87 i forordning nr. 883/2004¹⁵ og artikel 93 i forordning nr. 987/2009, hvori der henvises til førstnævnte artikel.

38. Til trods for ikrafttrædelsen af forordning nr. 883/2004 er visse situationer fortsat reguleret af forordning nr. 1408/71 i medfør af de særlige overgangsbestemmelser som dem, der er indeholdt i artikel 87, stk. 8, i forordning nr. 883/2004 vedrørende de lovvalgsregler, der er indeholdt i afsnit II, og dem, der er fastsat i artikel 94 i forordning nr. 987/2009 om udbetaling af pensioner¹⁶. Formålet med disse overgangsbestemmelser er at gøre det muligt, i et vist omfang, at tage hensyn til tidligere begivenheder, der har langtidsvirkninger, velvidende, at de rettigheder, der er forbundet med ydelser såsom pensionsydelser, har en forskudt karakter, der medfører, at der kan gå adskillige år eller endog årtier mellem den periode, hvor de omstændigheder, der giver anledning til pensionen, opstår, og den periode, hvor de dermed forbundne rettigheder rent faktisk kommer til udbetaling. Der er på sin vis tale om »ventende rettigheder«, et begreb, der er velkendt i tysk socialret (»Anwartschaftsrecht«).

39. Det fremgår af artikel 87, stk. 3, i forordning nr. 883/2004, at såfremt den begivenhed, der berettiger sociale ydelser, indtræffer i den pågældende forordnings anvendelsesperiode, erhverves der ligeledes ret til sociale ydelser i relation til begivenheder, der er indtruffet, før forordningen kom til anvendelse. Dette princip gælder i forlængelse heraf for forordning nr. 987/2009, jf. sidstnævnte forordnings artikel 93. Dette følger ligeledes af fast retspraksis, hvorefter princippet om, at retsakter ikke kan have tilbagevirkende gyldighed, ikke er til hinder for, at en ny regel finder øjeblikkelig anvendelse på de fremtidige virkninger af en gældende situation, der er opstået, mens den gamle regel var gældende¹⁷. Rent konkret betyder det, at Doris Reichel-Albert fra den 1. maj 2010 kunne have påberåbt sig bestemmelserne i forordning nr. 987/2009 for at anmode om, at der ved beregningen af hendes pensionsrettigheder tages hensyn til de perioder, hvor hun har passet sine børn. Følger man dette ræsonnement, er der ikke tale om, at forordning nr. 987/2010 har tilbagevirkende kraft, men om, at der tages hensyn til disse omstændigheder, selv om de er opstået, inden den pågældende forordnings ikrafttræden, ved vurderingen af den pågældendes fremtidige ret til alderspension¹⁸.

40. Hvorom alting er, mener jeg, at forordning nr. 883/2004 og nr. 987/2009, eftersom de først finder anvendelse fra den 1. maj 2010, dvs. en dato, der ligger senere end både de omstændigheder, der gav anledning til den sociale fordel, der ansøges om, og de datoer, hvor Doris Reichel-Albert har modtaget negative afgørelser fra DRN, samt den dato, hvor den pågældende anlagde sag til prøvelse af disse afgørelser ved, således ikke bør finde anvendelse ratione temporis på tvisten i hovedsagen¹⁹.

13 — Jf. f.eks. dom af 19.12.1968, sag 13/68, Salgoil, Sml. s. 661, og af 10.7.2008, sag C-54/07, Feryn, Sml. I, s. 5187, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis.

14 — Dom af 17.7.1997, sag C-97/95, Pascoal & Filhos, Sml. I, s. 4209, præmis 22 ff.

15 — I artikel 87, stk. 1, i forordning (EF) nr. 883/2004 bestemmes det, at denne »begrunder ikke ret til ydelser for noget tidsrum, der ligger forud for datoen for dens anvendelse«.

16 — Denne bestemmelse forekommer mig ikke relevant i den foreliggende sag, der ikke vedrører udbetaling af en alderspension, men en vurdering af pensionsrettigheder, der er foretaget i form af DRN's afgørelser, der ganske vist potentielt er retsstiftende og er af bindende karakter ifølge forhandlingerne under retsmødet, men som dog er fremtidige, dvs. om omkring 12 år, henset til de nationale sagsakter.

17 — Jf. dom af 10.7.1986, sag 270/84, Licata mod ØSU, Sml. s. 2305, præmis 31, og af 21.1.2003, sag C-512/99, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 845, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis, samt punkt 65 ff. i generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Kauer-sagen.

18 — Det besvarer ikke spørgsmålet om, i hvilket omfang forordning nr. 987/2009 vil kunne berøre retspsyldigheden af DRN's afgørelser, der blev truffet længe inden dens ikrafttræden.

19 — Jeg udelukker ikke, at der kan være nationale bestemmelser, der giver mulighed for en anden fremgangsmåde, men efter min opfattelse reguleres spørgsmålet om anvendelse ratione temporis af forordning nr. 987/2009 og om dens tidsmæssige virkninger fuldt ud af de overgangsbestemmelser, der er fastsat heri.

41. Da forordning nr. 987/2009 ikke finder anvendelse, mener jeg, at de præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af artikel 44 heri er rent hypotetiske, da dette ikke gør det muligt at afgøre den tvist, der er indbragt for den forelæggende ret. Derfor mener jeg, at det er ufornuddent, at Domstolen besvarer dem.

42. Alligevel vil jeg subsidiært besvare disse spørgsmål for det tilfælde, at Domstolen ikke er enig i min analyse af dette indledende punkt og finder, at den pågældende situation henhører under anvendelsesområdet *ratione temporis* for forordning nr. 987/2009.

C – Den eventuelle anvendelse af artikel 44 i forordning nr. 987/2009

1. De principper, der ligger til grund for fortolkningen

43. Det er ubestridt, at forordning nr. 883/2004 og nr. 987/2009²⁰ ikke har til formål at harmonisere og end ikke afstemme, men blot koordinere de sociale sikringsordninger, som medlemsstaterne har vedtaget, og deres kompetence er således intakt, så længe de handler i overensstemmelse med EU-retten, navnlig i overensstemmelse med formålet med de nævnte forordninger og bestemmelserne i EF-traktaten om den frie bevægelighed for personer²¹.

44. Et af de principper, der ligger til grund for ordningen med koordinering af de nationale sociale sikringsordninger, er princippet i artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 883/2004 om, at de af forordningen omfattede personer alene er undergivet lovgivningen i én medlemsstat. Formålet er at undgå de problemer, der følger af interaktionen mellem medlemsstaternes lovgivninger, uanset om der er tale om positive konflikter i tilfælde af kumulering af love, der finder anvendelse på en bestemt situation²², eller negative konflikter i tilfælde, hvor der ikke er nogen lov, der finder anvendelse.

45. Desuden er et af de hovedprincipper, der skal ligge til grund for fortolkningen af forordning nr. 883/2004 og nr. 987/2009, at de forsikrede i overensstemmelse med retspraksis på området for social sikring ikke kan kræve, at deres flytning til en anden medlemsstat ikke har nogen indflydelse på typen eller størrelsen af de ydelser, de havde krav på i deres oprindelsesland²³. Den omstændighed, at udøvelse af retten til fri bevægelighed kan have en virkning på dette område, der ikke er neutral, idet den i det konkrete tilfælde kan være mere eller mindre fordelagtig eller endog ufordelagtig, er en direkte følge af, at forskellen mellem medlemsstaternes lovgivninger er blevet opretholdt.

46. Jeg kan tilføje, at der ved fortolkningen af forordning nr. 883/2004 og nr. 987/2009 ikke kan tages hensyn til det konkrete resultat, der i tvisten i hovedsagen ville følge af anvendelsen af den materielle ret, der udpeges af en lovvalgsregel, medmindre det er fastsat i en af disse forordninger, at der skal foretages en undersøgelse af denne konkrete virkning, særlig hvis en bestemmelse gør det muligt for de berørte personer at vælge, hvilken lov der skal finde anvendelse på dem. Den lov, der udpeges i medfør af disse forordninger, kan have gunstige virkninger for den berørte person i et bestemt tilfælde, mens den til gengæld kan have negative virkninger for personer, der befinder sig i andre situationer.

20 — Opdelingen mellem disse to regelsæt, der supplerer hinanden, er af en sådan art, at fingerpeg om fortolkningen af grundforordningen kan findes i gennemførelsesforordningen og omvendt.

21 — Jf. analogt hermed Kauer-dommen (præmis 26) om de betingelser, der efter national ret gælder for, at en bestemt periode kan anerkendes som en egentlig forsikringsperiode, og dom af 3.3.2011, sag C-440/09, Tomaszewska, Sml. I, s. 1033, præmis 26 og 27, om de betingelser, som tilvejebringelsen af beskæftigelses- eller forsikringsperioder er underlagt.

22 — Kumulering af nationale lovgivninger, der finder samtidig anvendelse på den samme ydelse, er umulig for at undgå de komplikationer, dette kan resultere i (dom af 12.6.1986, sag 302/84, Ten Holder, Sml. s. 1821, præmis 21), men en person, der er omfattet af den sociale sikring, kan kumulere ydelser af forskellig art som f.eks. en pension og familieydelser, der er omfattet af forskellige lovgivninger (dom af 20.5.2008, sag C-352/06, Bosmann, Sml. I, s. 3827, præmis 31).

23 — Jf. navnlig dom af 9.3.2006, sag C-493/04, Piatkowski, Sml. I, s. 2369, præmis 34, af 14.10.2010, sag C-345/09, van Delft m.fl., Sml. I, s. 9879, præmis 100 og den deri nævnte retspraksis, og det forslag til afgørelse, jeg fremsatte i sidstnævnte sag, punkt 72.

47. Ifølge den fremgangsmåde, Domstolen tidligere har valgt, bl.a. i Kauer-dommen, er det ræsonnement, der skal følges, og som vedrører to på hinanden følgende og adskilte faser, følgende: Første fase vedrører anvendelsen af de EU-retlige bestemmelser vedrørende fastlæggelsen af den kompetente medlemsstat og af den lovgivning, der skal finde anvendelse, uden hensyntagen til de resultater, der følger af anvendelsen af de forskellige berørte medlemsstaters lovgivning. Den anden fase i analysen består i at undersøge, om betingelserne for tildeling af en ydelse eller en fordel så som hensyntagen til en børnepasningsperiode er i overensstemmelse med EU-retten, nærmere betegnet med bestemmelserne i forordning nr. 883/2004 og nr. 987/2009 og/eller de grundlæggende frihedsrettigheder. Først i sidste fase bliver anvendelsen af artikel 5 i forordning nr. 883/2004 om ligestilling af ydelser, indtægter, omstændigheder og begivenheder relevant.

48. Det følger heraf, at man i den foreliggende sag først i anden omgang, dvs. efter at have taget stilling til, hvilken lov der finder anvendelse, skal rejse spørgsmålet om, hvorvidt den tyske lovgivning i det væsentlige er i overensstemmelse med EU-retten eller ej, og navnlig med de berørte forordninger.

2. Fastlæggelse af den kompetente medlemsstat og af den, der finder anvendelse

49. Jeg skal indledningsvis gøre opmærksom på en manglende klarhed eller endog sammenhæng i anmodningen om en præjudiciel afgørelse, navnlig når indholdet af det andet spørgsmål sammenholdes med den begrundelse, der ledsager det. Den forelæggende ret angiver nemlig ikke præcist, om det er den belgiske eller den tyske lovgivning, der efter dens opfattelse bør finde anvendelse, eftersom den dels fastslår, at den belgiske lovgivning efter dens mening finder anvendelse i henhold til afsnit II i forordning nr. 883/2004, hvorefter den alligevel baserer sit andet præjudicielle spørgsmål på den antagelse, at Kongeriget Belgien ikke er den kompetente medlemsstat i medfør af samme bestemmelser.

50. Under alle omstændigheder findes der kun to mulige lovgivninger, der kan finde anvendelse, og disse to muligheder er alternative, hvilket fremgår af princippet i artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 883/2004 om, at de af forordningen omfattede personer alene er undergivet lovgivningen i én medlemsstat.

51. Artikel 44, stk. 2, i forordning nr. 987/2009, der skal fortolkes i denne sag, henviser for så vidt angår medregning af børnepasningsperioder til »den medlemsstat, hvis lovgivning i henhold til afsnit II i grundforordningen var gældende«, nemlig artikel 11 ff. i forordning nr. 883/2004. Henvisningen i denne artikel til lovvalgsreglerne i forordning nr. 883/2004 medfører, at det i den foreliggende sag først og fremmest skal afgøres, om det er den belgiske eller den tyske lovgivning, der skal regulere spørgsmålet om, hvorvidt der skal tages hensyn til de børnepasningsperioder, som Doris Reichel-Albert tilbagelagde i Belgien, selv om hun aldrig har arbejdet der og var ophørt med at arbejde i Tyskland flere måneder før²⁴.

52. I medfør af artikel 11, stk. 3, litra e), i forordning nr. 883/2004, der bestemmer, at en person, der ikke er i beskæftigelse, er omfattet af lovgivningen i dennes bopælsstat med forbehold af bestemmelser i forordningen, der kunne være mere gunstige for den pågældende, mener jeg, at den belgiske lovgivning bør regulere Doris Reichel-Alberts situation under anvendelse af denne forordning af de årsager, som jeg vil redegøre for nedenfor.

53. Jeg skal dog erindre om, at artikel 87, stk. 8, i forordning 883/2004, der i forlængelse heraf finder anvendelse på situationer, der reguleres af forordning nr. 987/2009²⁵, indeholder særlige overgangsbestemmelser for så vidt angår lovvalgsreglerne i afsnit II i førstnævnte forordning. I denne artikel er der fastsat en overgangsperiode, i hvilken en person, der er omfattet af lovgivningen i en

24 — Artikel 44, stk. 3, i forordning nr. 987/2009, der bestemmer, at stk. 2 ikke gælder, hvis den berørte person er eller bliver omfattet af lovgivningen i en anden medlemsstat som følge af lønnet beskæftigelse eller selvstændig virksomhed, er ikke relevant i dette tilfælde.

25 — I medfør af artikel 93 i forordning nr. 987/2009.

anden medlemsstat end den, hvis lovgivning han var omfattet af i henhold til afsnit II i forordning nr. 1408/71, fortsat er omfattet heraf, så længe den hidtil gældende situation forbliver uændret. Denne principielle løsning finder anvendelse på Doris Reichel-Albert, da hun ikke har indgivet en ansøgning om dispensation inden for den fastsatte frist på tre måneder fra den 1. maj 2010 til den kompetente institution i den medlemsstat, hvis lovgivning finder anvendelse i medfør af forordning nr. 883/2004. Hendes situation henhører således efter min opfattelse under lovgivningen i den medlemsstat, der er udpeget i medfør af afsnit II i forordning nr. 1408/71.

54. Ikke desto mindre forekommer det mig, at anvendelsen af lovvalgsreglerne i den nye grundforordning ville føre til udpegning af den samme lovgivning, dvs. lovgivningen i den medlemsstat, hvor den person, som er ophørt med sin beskæftigelse, boede på tidspunktet for de omtvistede faktiske omstændigheder, for de to bestemmelser, der efter min mening er relevante, nemlig henholdsvis artikel 13, stk. 2, litra f), i forordning nr. 1408/1971²⁶ og artikel 11, stk. 3, litra e), i forordning nr. 883/2004 har i det væsentlige det samme indhold.

55. Det er ganske vist muligt at sætte spørgsmålstegn ved anvendeligheden i den foreliggende sag af artikel 13, stk. 2, litra f), i forordning nr. 1408/1971 af tidsmæssige årsager. Den pågældende litra blev nemlig først indsat i 1991²⁷, hvorimod børnepasningsperioderne ophørte inden da, nemlig den 30. juni 1986, som er den dato, hvor Doris Reichel-Albert og hendes familie vendte tilbage til Tyskland. Præmis 31 i Kauer-dommen, sammenholdt med generaladvokat Jacobs' standpunkt i den pågældende sag²⁸, kunne give anledning til den antagelse, at den udgave af forordning nr. 1408/1971, som var gældende på tidspunktet for pasningen af de berørte børn, skal bringes i anvendelse.

56. Jeg mener ikke desto mindre, at Domstolen ved at fastslå, at »[s]elv hvis det blev lagt til grund, at der skulle tages hensyn til artikel 13, stk. 2, litra f), der blev indsat i forordning nr. 1408/71 ved forordning nr. 2195/91, dvs. adskillige år efter, at Liselotte Kauer havde tilbagelagt perioder med børnepasning i Belgien« – idet jeg erindrer om, at børnene var født mellem 1966 og 1969 – fremhævede den store forskydning på omkring 20 år, der i den pågældende sag fandtes mellem de relevante perioder og indførelsen af den nye lovvalgsregel. I den foreliggende sag, og i Elsen-sagen, ligger datoerne for børnenes fødsel, der fandt sted i henholdsvis 1981 og 1984, derimod tættere på revisionen af forordning nr. 1408/71. I Elsen-dommen udelukkede Domstolen imidlertid ikke formelt relevansen af artikel 13, stk. 2, litra f), i forordning nr. 1408/1971, men insisterede på den omstændighed, at den pågældende fortsat var omfattet af beskæftigelsesstatens lovgivning som begrundelse for at se bort fra denne specialbestemmelse, hvilken begrundelse den i øvrigt også efter min opfattelse anvendte i Kauer-dommen. Jeg skal erindre om, at den lovvalgsregel, der er fastsat i ovennævnte litra f), er subsidiær, da den kun skal bringes i anvendelse med henblik på at udpege bopælsstatens lovgivning, når ingen anden lovgivning finder anvendelse, navnlig lovgivningen i beskæftigelsesstaten, hvilket er det principielle udgangspunkt. Da formålet – for at undgå et retligt tomrum som følge af en negativ lovkonflikt, der bevirker, at den berørte fratages sin beskyttelse på det sociale sikringsområde – er, at en forsikret, der har gjort brug af sin ret til fri bevægelighed i Unionen, henhører under en af medlemsstaternes sociale sikringsordning, hvis den pågældende ikke henhører under en anden medlemsstats sociale sikringsordning²⁹.

26 — I bestemmelsen er det fastsat, at »en person, som ophører med at være omfattet af en medlemsstats lovgivning, uden at han bliver omfattet af en anden medlemsstats lovgivning i overensstemmelse med en af reglerne i ovenstående litraer eller med en af de i artikel 14-17 omhandlede undtagelser eller særlige regler, [er] omfattet af lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område han er bosat, i overensstemmelse med bestemmelserne i denne lovgivning alene«.

27 — Med Rådets forordning (EØF) nr. 2195/91 af 25.6.1991 om ændring af forordning (EØF) nr. 1408/71 og forordning (EØF) nr. 574/72, EFT L 206, s. 2.

28 — Jf. punkt 49 i forslaget til afgørelse i den sag, der gav anledning til Kauer-dommen.

29 — Jf. dom af 7.7.2005 i sag C-227/03, van Pommeren-Bourgoniën, Sml. I, s. 6101, præmis 34 og 35 samt den deri nævnte retspraksis.

57. Artikel 13, stk. 2, litra f), i forordning nr. 1408/71 i den affattelse af denne artikel, der stammer fra 1991, kan således efter min opfattelse anvendes *ratione temporis* på Doris Reichel-Alberts situation, forudsat at de materielle betingelser heri er opfyldt. Doris Reichel-Albert forekommer mig imidlertid i bestemmelsens forstand at være en »person, som [er ophørt] med at være omfattet af en medlemsstats lovgivning, uden at [hun] bliver omfattet af en anden medlemsstats lovgivning i overensstemmelse med en af reglerne i ovenstående litraer [i den pågældende artikel 13] eller med en af de i artikel 14 til 17 [i forordning nr. 1408/71] omhandlede undtagelser eller særlige regler«, i modsætning til det, der var tilfældet i Elsen-sagen og mindre tydeligt i Kauer-sagen.

58. I disse to foregående sager var de pågældende personers situation nemlig stadig omfattet af lovgivningen i den medlemsstat, hvor de havde arbejdet ved deres børns fødsel og senere pasning. Med hensyn til Ursula Elsen fandt tysk lovgivning fortsat anvendelse på hende i dennes egenskab af lovgivning i beskæftigelsesstaten, selv om hun flyttede sin bopæl til Frankrig tre år forud for barnets fødsel, for hun havde bevaret sin erhvervsmæssige beskæftigelse i Tyskland som grænsearbejder. Liselotte Kauer var ganske vist ophørt med at arbejde i Østrig lang tid før fødslen af hendes tre børn, men hun var fortsat omfattet af denne medlemsstats lovgivning³⁰ i de perioder, hvor hun ikke havde udøvet nogen erhvervsmæssig beskæftigelse for at kunne passe sine børn, eftersom hun først bosatte sig i Belgien efter at have født det sidste barn. Domstolen fastslog i Elsen-dommen (præmis 26), at der fandtes en »nær« forbindelse, og i Kauer-dommen (præmis 32) en forbindelse, der blot var »tilstrækkelig« nær forbindelse mellem de pågældende pasningsperioder og de tilbagelagte forsikringsperioder som følge af udøvelsen af erhvervsmæssig beskæftigelse i den medlemsstat, hvor der var fremsat krav om et tillæg til alderspensionen.

59. I Doris Reichel-Alberts tilfælde mener jeg derimod ikke, at der findes en tilstrækkelig nær forbindelse dels mellem de forsikringsperioder, hun har tilbagelagt i Tyskland, indtil hun mistede sit job den 30. juni 1980, idet det præciseres, at den pågældende modtog arbejdsløshedsunderstøttelse udbetalt af denne medlemsstat frem til oktober 1980, dels mellem de perioder, i hvilke hun passede sine børn, der er født den 25. maj 1981 og den 29. oktober 1984, idet det står fast, at hun og hendes mand den 1. juli 1980 bosatte sig i Belgien, hvor de to børn er født, og hendes mand betalte bidrag til de sociale sikringsordninger som lønmodtager³¹. Da lovgivningen i den medlemsstat, hvor hun har udøvet en erhvervsmæssig beskæftigelse, nemlig Forbundsrepublikken Tyskland, efter min mening ikke længere fandt anvendelse på hende på det tidspunkt, hvor hun påtog sig pasningen af sine børn, må lovgivningen i den medlemsstat, hvortil hun flyttede sin bopæl, nemlig Kongeriget Belgien, tage over og dermed regulere en eventuel tildeling af det omtvistede alderspensionstillæg.

60. Jeg skal præcisere, at det efter min mening for så vidt angår disse lovvalgsregler er ligegyldigt, at Doris Reichel-Albert har indbetalt frivillige bidrag i Tyskland fra den 1. januar 1984, dvs. inden fødslen af hendes andet barn. Da social sikring er et område, hvor de berørte personer ikke frit kan råde over deres rettigheder og derfor ikke kan vælge den nationale ordning, som de henhører under, kan viljestilkendegivelser fra deres side ikke have indflydelse på bestemmelsen af, hvilken lovgivning der finder anvendelse i denne henseende³², medmindre en sådan mulighed rent undtagelsesvis er fastsat i forordningen³³.

30 — I Kauer-dommen henvises der i denne forbindelse til Ten Holder-dommen, præmis 14, og dom af 10.3.1992, sag C-215/90, Twomey, Sml. I, s. 1823, præmis 10.

31 — Hvilket er grunden til, at DRN ifølge anmodningen om præjudiciel afgørelse var af den opfattelse, at der fandtes en forbindelse til Kongeriget Belgien og ikke til Forbundsrepublikken Tyskland for så vidt angår sygeforsikring.

32 — Valg af den lovgivning, der skal finde anvendelse, er udelukket, eftersom bestemmelserne i grundforordningens afsnit II udgør et fuldstændigt og ensartet lovvalgsregelsæt (vedrørende forordning nr. 1408/71, jf. dom af 4.10.1991, sag C-196/90, De Paep, Sml. I, s. 4815, præmis 18). Det følger også heraf, at medlemsstaterne ikke har beføjelse til at afgøre, i hvilket omfang deres egen lovgivning eller en anden medlemsstats lovgivning skal anvendes (dom af 23.9.1982, sag 276/81, Kuijpers, Sml. s. 3027, præmis 14).

33 — Jf. f.eks. artikel 14, stk. 2, i forordning (EF) nr. 883/2004.

61. Jeg er følgelig af den opfattelse, at Kongeriget Belgien under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen, er »den medlemsstat, hvis lovgivning i henhold til afsnit II i grundforordningen var gældende« i medfør af ovennævnte artikel 44, stk. 2, i forordning nr. 987/2009.

3. De forpligtelser, der kan følge af artikel 44 i forordning nr. 987/2009

62. Såfremt forordning nr. 883/2004 og nr. 987/2009 efter Domstolens opfattelse er relevante i den foreliggende sag, hvilket efter min mening ikke er tilfældet, må det yderligere undersøges, hvilken konkret indvirkning bestemmelserne i artikel 44, stk. 2, i forordning nr. 987/2009 har på de afgørelser, som træffes af en socialsikringsinstitution i en medlemsstat, der befinder sig i en situation som den, DRN befinder sig i. Jeg skal erindre om, at det er første gang, at Domstolen skal fortolke de pågældende bestemmelser, hvilket ikke er let på grund af den noget komplekse formulering af disse.

63. Artikel 44, stk. 2, i forordning nr. 987/2009 indeholder efter min mening ikke nogen egentlig lovvalgsregel, da den i denne forbindelse henviser til regler af denne art i afsnit II i forordning 883/2004, men snarere en materiel regel, der som artiklens overskrift antyder, har til formål at fremme »hensyntagen til børnepasningsperioder«. Denne tekst er blevet indsat i det nye regelsæt til koordinering af de nationale sociale sikringsordninger i forlængelse af Domstolens retspraksis, navnlig i Elsen-dommen og Kauer-dommen. Artikel 44 har den virkning, at der med den indføres en kompetence, der kun er subsidiær, til fordel for en medlemsstat, der ikke er kompetent i henhold til de generelle regler, for at muliggøre en hensyntagen til børnepasningsperioder, forudsat at de betingelser, der er fastsat i denne artikel, er opfyldt.

64. Det skal påpeges, at den pågældende tekst var formuleret således i den første affattelse³⁴: »Uden at det berører de beføjelser, medlemsstaten har i medfør af afsnit II i forordning nr. 883/2004, skal institutionen i den medlemsstat, hvor pensionsmodtageren har været bosat i længst tid i de 12 måneder efter barnets fødsel, medregne børnepasningsperioder tilbagelagt i en anden medlemsstat, forudsat at en anden medlemsstats lovgivning ikke skal finde anvendelse på den pågældende person som følge af lønnet beskæftigelse eller selvstændig virksomhed.« Denne tekst indeholdt således en forpligtelse til at tage hensyn til børnepasningsperioder, der principalt påhviler institutionen i beskæftigelsesstaten og subsidiært institutionen i bopælsstaten, forudsat at den pågældende person opholdt sig i en minimumsperiode i sidstnævnte stat.

65. I den nuværende affattelse forudsætter anvendelsen af artikel 44, stk. 2, i forordning nr. 987/2009 for det første, at der ikke er taget hensyn til børnepasningsperioderne i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, der er kompetent i medfør af afsnit II i forordning nr. 883/2004. Det er kun i et sådant tilfælde, hvor de pågældende perioder ikke har haft nogen retsvirkninger i medfør af den lovgivning, der i princippet finder anvendelse, at socialsikringsinstitutionen i en anden medlemsstat³⁵ kan være tvunget til at tage hensyn til dem.

66. I den foreliggende sag er det efter min mening den belgiske lovgivning, der bør anvendes på den ansøgning om et alderspensionstillæg, som Doris Reichel-Albert har fremsat. Det fremgår ikke klart af de sagsakter, der er forelagt for Domstolen, at den belgiske lovgivning ikke indrømmer denne fordel til en person, der befinder sig i en situation som den, Doris Reichel-Albert befinder sig i. Den tyske og den østrigske regering samt Kommissionen har gjort gældende, at der efter belgisk ret findes en mulighed for at drage fordel af børnepasningsperioder, idet de første henviser til afgørelsen om præjudiciel forelæggelse.

34 — Artikel 44 i forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om de nærmere regler til gennemførelse af forordning (EF) nr. 883/2004, KOM(2006)16 endelig udg.

35 — I tiende betragtning til den pågældende forordning præciseres det, at den »institution, der er kompetent, [er] den, hvis lovgivning skal anvendes, eller den, der skal foretage udbetalingen af visse ydelser«.

67. Den forelæggende ret har nemlig anført, at »det i belgisk lovgivning er fastsat, at der skal tages hensyn til børnepasningsperioder, således at en eventuel anerkendelse i Tyskland af børnepasningsperioder og andre relevante perioder ikke kan pålægges som følge af den omstændighed, at den anden medlemsstat ikke foreskriver, at der skal tages hensyn til sådanne perioder«. Den har tilføjet, at »det i denne forbindelse er uden betydning, om børnepasningsperioderne rent faktisk også godkendes, det eneste, der har betydning, er, at lovgivningen i medlemsstaten i princippet foreskriver, at der skal tages hensyn til børnepasningsperioder ved vurderingen af den pågældendes situation med hensyn til pensionsrettigheder«. Jeg er enig i denne sidstnævnte analyse, hvorefter det er tilstrækkeligt, at den kompetente medlemsstat i medfør af afsnit II i forordning nr. 883/2004, nemlig Kongeriget Belgien i den foreliggende sag, åbner mulighed for hensyntagen til sådanne perioder. Det er uden betydning, at den pågældende i det konkrete tilfælde ikke nyder godt af denne fordel på grund af vedkommendes personlige situation.

68. For det andet er det efter artikel 44 i forordning nr. 987/2009 desuden et krav, at lovgivningen i en anden medlemsstat – potentielt den tyske lovgivning i den foreliggende sag – har skullet anvendes på den pågældende i medfør af afsnit II i forordning nr. 883/2004, fordi denne har udøvet lønnet beskæftigelse eller selvstændig erhvervsvirksomhed på den dato, hvor børnepasningsperioden i henhold til denne lovgivning begyndte at blive taget i betragtning for det pågældende barn.

69. I hovedsagen udøvede Doris Reichel-Albert imidlertid ikke i den omtvistede periode nogen lønnet beskæftigelse eller selvstændig erhvervsvirksomhed med tilknytning til Tyskland under de forudsætninger, der er opstillet i artikel 44, stk. 2, i forordning nr. 987/2009. Den pågældendes situation er på dette punkt meget forskellig fra situationen i den sag, der gav anledning til Elsen-dommen, i hvilken moderen lige inden fødslen af det barn, hun har passet, udøvede en lønnet beskæftigelse i sin egenskab af grænsarbejder på den medlemsstats område, i hvilken hun krævede en social fordel i tilknytning til denne pasningsperiode.

70. Kun hvis de to ovennævnte kriterier er opfyldt, er institutionen i den medlemsstat, hvis lovgivning fandt anvendelse i sin egenskab af at være lovgivningen på det sted, hvor den pågældende person var erhvervsmæssigt beskæftiget, forpligtet til i henhold til sin egen lovgivning at tage hensyn til den børnepasningsperiode, der er tilbagelagt på en anden medlemsstats område, som om barnet var blevet passet på dens eget område.

71. Jeg er følgelig af den opfattelse, at artikel 44, stk. 2, i forordning nr. 987/2009 ikke finder anvendelse på tvisten i hovedsagen ikke kun ratione temporis, men også, som den tyske regering og Kommissionen har understreget, fordi Doris Reichel-Alberts personlige situation ikke opfylder de betingelser, der er opstillet i denne bestemmelse. Artikel 44 i forordning nr. 987/2009 kan således ikke føre til, at DRN er forpligtet til i henhold til den tyske lovgivning i kraft af denne artikel at tage hensyn til de pasningsperioder, som Doris Reichel-Albert har tilbagelagt på belgisk område, som om de var blevet tilbagelagt på tysk område.

72. Kommissionen har af denne konstatering af, at artikel 44 i forordning nr. 987/2009 ikke finder anvendelse, udledt, at besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål ikke skal gives på grundlag af den nævnte forordning, men på grundlag af primærretten, nærmere betegnet artikel 21 TEUF og 45 TEUF. Jeg er ikke enig heri.

D – Vurdering af spørgsmålet om, hvorvidt de nationale bestemmelser, der er genstand for de præjudicielle spørgsmål, er forenelige med EU-retten

73. Hvis Domstolen i modsætning til mig finder, at den tyske lovgivning skal regulere den sociale fordel, der er omhandlet i tvisten i hovedsagen, i kraft af en tidsmæssig forlængelse af anvendelsen af beskæftigelsesstatens lovgivning ved en kombineret anvendelse af afsnit II i forordning nr. 883/2004 og artikel 44 i forordning nr. 987/2009 eller analogt med Elsen-dommen og Kauer-dommen, skal det undersøges, om bestemmelserne i en medlemsstats lovgivning som dem i SGB VI, der henvises til i de præjudicielle spørgsmål, er i overensstemmelse med EU-retten.

74. Der er to muligheder i denne henseende afhængig af de retningslinjer, Domstolen lægger til grund for de punkter, der er afgjort tidligere.

75. Hvis Domstolen skulle lægge til grund, at artikel 44 i forordning nr. 987/2009 finder anvendelse i den foreliggende sag, er jeg i lighed med Kommissionen af den opfattelse, at artikel 5 i forordning nr. 883/2004 pålægger Forbundsrepublikken Tyskland at tage hensyn til de børnepasningsperioder, som den pågældende person har tilbagelagt i en anden medlemsstat, og de bidrag, der er betalt til den sociale sikringsordning i en anden medlemsstat, i samme omfang som, hvis disse omstændigheder eller begivenheder var indtrådt i Tyskland, dvs. ved at give dem de samme retsvirkninger. Den tyske regering har imidlertid ikke bestridt, at de børnepasningsperioder, der er tilbagelagt i en anden medlemsstat, ikke tages i betragtning i forbindelse med alderspensioner på samme måde for børn, der er blevet passet i Tyskland, når der foreligger en situation som den, Doris Reichel-Albert befinder sig i. Dette gælder ligeledes for den pågældendes ægtefælles bidrag til aldersforsikringsordningen i Belgien.

76. Det skal præciseres, at det, eftersom artikel 5 i forordning nr. 883/2004 er en kodificering af det almindelige ligebehandlingsprincip, som ikke har nogen indflydelse på fastlæggelsen af den kompetente medlemsstat og den lov, der skal finde anvendelse³⁶, ikke er nødvendigt at rejse spørgsmålet, om den pågældende tyske bestemmelse muligvis ikke er forenelig med artikel 21 TEUF og 45 TEUF³⁷.

77. Skulle Domstolen følge mit forslag om, at det fastslås, at artikel 44 i forordning nr. 987/2009, ikke er relevant i den foreliggende sag, ville anvendelsen af den retspraksis, der er udviklet inden for rammerne af fortolkningen af forordning nr. 1408/71 føre til samme resultat. Domstolen har således udledt et princip om sidestilling af de omstændigheder, der er indtruffet i en anden medlemsstat, som i det væsentlige svarer til det, der nu udtrykkeligt er indeholdt i artikel 5 i forordning nr. 883/2004³⁸.

78. Uanset hvilket retsgrundlag der anvendes, må det følgelig efter min opfattelse konkluderes, at de omtvistede materielle bestemmelser ikke er forenelige med kravene i EU-retten, såfremt Domstolen skulle lægge til grund, at den tyske lovgivning skal finde anvendelse inden for rammerne af tvisten i hovedsagen.

36 — Jf. 11. betragtning til forordning nr. 883/2004.

37 — Indførelsen af den nævnte artikel 5 fører til, at der, når forordning nr. 883/2004 finder anvendelse, ikke længere er nogen grund til at henvise til princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet, der ofte findes i retspraksis om social sikring. Jf. S. Dern, Kommentar in Schreiber/Wunder/Dern, VO (EG) Nr. 883/2004, *Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit*, Verlag C.H. Beck, München, 2012, s. 69.

38 — Jf. navnlig de domme, der er nævnt i punkt 41 ff. i forslaget til afgørelse i den sag, der resulterede i dom af 28.4.2004, sag C-373/02, Öztürk, Sml. I, s. 3605, hvori generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer fastslog, at »der er sket en betydelig udvikling i retspraksis, og det er nu fastslået, at ligebehandlingsprincippet med henblik på erhvervelse af retten til bestemte sociale sikringsydelser eller andre fordele for vandrende arbejdstagere indebærer, at den enkelte medlemsstat skal tage hensyn til visse faktiske omstændigheder, der er indtruffet i de øvrige medlemsstater, således at disse sidestilles med faktiske omstændigheder, der er indtruffet på dens eget område«.

V – Forslag til afgørelse

79. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Sozialgericht Würzburg forelagte præjudicielle spørgsmål således:

— Principalt:

»Da artikel 44, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 987/2009 af 16. september 2009 om de nærmere regler til gennemførelse af forordning (EF) nr. 883/2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger ikke finder anvendelse ratione temporis på hovedsagen eller på de faktiske omstændigheder i hovedsagen, er de forelagte spørgsmål uden genstand. Det er derfor uforholdende at besvare dem på dette grundlag.«

— Subsidiært, såfremt den nævnte forordning anses for at finde anvendelse, foreslår jeg, at Domstolen fastslår følgende:

»Når der ikke tages hensyn til børnepasningsperioder i medfør af lovgivningen i den medlemsstat, der er kompetent i henhold til afsnit II i forordning (EF) nr. 883/2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger, er artikel 44, stk. 2, i forordning (EF) nr. 987/2009 ikke til hinder for, at institutionen i en anden medlemsstat, hvis lovgivning fortsat finder anvendelse subsidiært på den berørte på de betingelser, der er opstillet i artikel 44, ikke tager hensyn til den pågældende periode som en børnepasningsperiode, som om barnet var blevet passet på dens eget område, når kriterierne for hensyntagen hertil i dens egen lovgivning ikke er opfyldt i den pågældende situation. Den omstændighed, at der retligt set tages hensyn til sådanne perioder, men ikke i det konkrete tilfælde, hverken i den medlemsstat, der i princippet er kompetent, eller i denne anden medlemsstat, er i sig selv uden betydning for fortolkningen af artikel 44 i forordning nr. 987/2009.«

— Mest subsidiært, såfremt de bestemmelser i den tyske lovgivning, der er genstand for de præjudicielle spørgsmål, skulle regulere en situation, som den, der foreligger i hovedsagen i medfør af afsnit II i forordning (EF) nr. 883/2004 og artikel 44 i forordning (EF) nr. 987/2009, foreslår jeg, at Domstolen fastslår følgende:

»Artikel 5 i forordning (EF) nr. 883/2004 forpligter en medlemsstat til, når den er kompetent i medfør af afsnit II i forordning nr. 883/2004 eller omfattet af den forpligtelse, der er fastsat i artikel 44, stk. 2 in fine, i forordning (EF) nr. 987/2009, at tillægge børnepasningsperioder og bidrag betalt i en anden medlemsstat retsvirkninger, som om disse omstændigheder eller begivenheder havde fundet sted på dens eget område.«