FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 25 september 2001 [1]

1. I förevarande fall har Oberster Gerichtshof (Österrikes högsta domstol) frågat om gemenskapsrätten utgör hinder för en bestämmelse i nationell sociallagstiftning enligt vilken perioder av barnuppfostran i en EES- eller EG-medlemsstat erkänns som ersättningsperioder i ålderspensionshänseende endast om i) dessa perioder inträffade efter ikraftträdandet av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet den 1 januari 1994 och ii) modern enligt nationell lagstiftning hade rätt till en kontantförmån med anledning av försäkringsfallet moderskap eller till bidrag med anledning av förlossningen.

2. För att besvara den frågan, som rör den väsentliga frågan om gemenskapsrättens tidsmässiga tillämpningsutrymme efter en medlemsstats anslutning, kommer det att undersökas huruvida de ifrågavarande nationella bestämmelserna står i strid med övergångsbestämmelserna i artikel 94.1—94.3 i förordning nr 1408/71 [2] och med fördragets bestämmelser om fri rörlighet för personer.

Relevanta bestämmelser

Gemenskapsbestämmelser

3. I artikel 1 i förordning nr 1408/71 anges, i den mån det är av betydelse för detta fall, följande:

"Definitioner

I denna förordning används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare och deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen, (EGT L 149, 1971, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57, senare ändrad vid flera tillfällen). Den senaste konsoliderade versionen av förordningen återfinns i rådets förordning (EG) nr 118/97 av den 2 december 1996 om ändring och uppdatering av förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen och förordning (EEG) nr 574/72 om fastställande av förfarandet för genomförande av förordning (EEG) nr 1408/71 (EGT L 28, 1997, s. 1).

a) Anställda respektive egenföretagare:

i) den som är försäkrad, obligatoriskt eller genom en frivillig fortsättningsförsäkring, mot en eller flera av de risker som täcks av grenarna i ett system för social trygghet för anställda eller egenföretagare,

...

r) Försäkringsperioder: avgiftsperioder, anställningsperioder eller perioder av verksamhet som egenföretagare definierade eller erkända som försäkringsperioder i den lagstiftning enligt vilken de har fullgjorts eller anses vara fullgjorda och alla andra perioder som behandlas som sådana när de enligt denna lagstiftning betraktas som likvärdiga med försäkringsperioder.

s) Anställningsperioder och perioder av verksamhet som egenföretagare: perioder som definieras eller erkänns som sådana i den lagstiftning enligt vilken de har fullgjorts samt alla perioder som behandlas som sådana när de enligt denna lagstiftning betraktas som likvärdiga med anställningsperioder eller perioder av verksamhet som egenföretagare.

s) a) Bosättningsperioder: perioder som definieras eller erkänns som sådana i den lagstiftning enligt vilken de har fullgjorts eller anses vara fullgjorda."

4. Artikel 2 har rubriken "Personkrets". I artikel 2.1 anges följande:

"Denna förordning gäller anställda och egenföretagare, som omfattas eller har omfattats av lagstiftningen i en eller flera medlemsstater och som är medborgare i en medlemsstat eller är statslösa eller flyktingar bosatta inom en medlemsstats territorium, samt deras familjemedlemmar och efterlevande."

5. Artikel 4 har rubriken "Sakområden". I artikel 4.1 anges, i den mån det är relevant, följande:

"1. Denna förordning gäller all lagstiftning om följande grenar av social trygghet:

a) Förmåner vid sjukdom och moderskap.

...

h) Familjeförmåner."

6. Artikel 13 med rubriken "Allmänna regler" är den första bestämmelsen i avdelning II i förordning nr 1408/71 med rubriken "Bestämmande av tillämplig lagstiftning".

7. I artikel 13.1 anges följande:

"Om något annat inte följer av artikel 14 c skall personer för vilka denna förordning gäller omfattas av lagstiftningen i endast en medlemsstat. Denna lagstiftning skall bestämmas enligt bestämmelserna i denna avdelning."

8. Artikel 14 c innehåller särskilda regler som är tillämpliga på personer som samtidigt är anställda i en medlemsstat och egenföretagare i en annan medlemsstat, vilka inte är relevanta för förevarande fall.

9. I artikel 13.2 fastställs en rad regler för att avgöra vilken lagstiftning som gäller under särskilda omständigheter. Det anges att reglerna gäller om inte annat följer av artiklarna 14—17, som utgör resten av avdelning II, vilken innehåller olika specialregler, varav ingen är tillämplig i detta fall.

10. I artikel 13.2 a anges följande:

"Den som är anställd för arbete inom en medlemsstats territorium skall omfattas av denna medlemsstats lagstiftning, även om han är bosatt inom en annan medlemsstats territorium eller om det företag eller den person som han är anställd hos har sitt säte eller är bosatt inom en annan medlemsstats territorium."

11. Artikel 13.2 b—13.2 e rör egenföretagare respektive personer som är anställda på ett fartyg som för en medlemsstats flagga, statligt anställda och personer som är inkallade till militärtjänstgöring eller civil tjänstgöring. I artikel 13.2 f, som infördes i förordning nr 1408/71 med verkan från och med den 29 juli 1991 genom förordning nr 2195/91,[3] anges följande:

"Den för vilken lagstiftningen i en medlemsstat upphör att gälla utan att lagstiftningen i en annan medlemsstat blir tillämplig på honom enligt någon av reglerna i föregående punkter eller enligt något undantag eller någon särskild bestämmelse i artikel 14—17 skall omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium han är bosatt uteslutande enligt bestämmelserna i den lagstiftningen."

12. I artikel 94 i förordningen med rubriken "Övergångsbestämmelser för anställda" anges, i den mån det är relevant, följande:

"1. Ingen rätt skall förvärvas enligt denna förordning för en period före... den dag då förordningen började gälla inom den berörda medlemsstatens territorium...

2. Alla försäkringsperioder och i förekommande fall alla anställnings- eller bosättningsperioder som har fullgjorts enligt en medlemsstats lagstiftning... före den dag då förordningen började gälla inom denna medlemsstats territorium... skall beaktas vid fastställande av rätt till förmåner enligt denna förordning.

3. Om något annat inte följer av bestämmelserna i punkt 1 skall rätt till förmåner enligt denna förordning förvärvas även om rätten hänför sig till ett försäkringsfall som inträffade före... den dag då förordningen började gälla inom den berörda medlemsstatens territorium..."

13. Österrike anslöts till Europeiska gemenskaperna den 1 januari 1995. I artikel 2 i anslutningsakten[4] anges att bestämmelserna i de grundläggande fördragen skall vara bindande för de nya medlemsstaterna från dagen för anslutningen och skall tillämpas i dessa på de villkor som fördragen och anslutningsakten anger. Förordning nr 1408/71 blev emellertid tillämplig i Österrike den 1 januari 1994, enligt avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.[5] Eftersom de faktiska omständigheter som givit upphov till målet i den nationella domstolen inträffade mellan 1970 och 1975, var bestämmelserna i EG-fördraget och i förordningen inte i kraft som gemenskapsinstrument.

3 — Rådets förordning (EEG) nr 2195/91 av den 25 juni 1991 om ändring av dels förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen, dels förordning (EEG) nr 574/92 om tillämpningen av förordning (EEG) nr 1408/71 (EGT L 206, 1991, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 5, s. 46).

4 — EGT C 241, 1994, s. 21.

5 — EGT L 1, 1994, s. 3; se särskilt artikel 29, protokoll 1 och bilaga VI.

Nationella bestämmelser

14. Enligt bestämmelserna i Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (den österrikiska socialförsäkringslagen, nedan kallad ASVG) är pensionsförsäkringsinstitutionerna skyldiga att på begäran av en försäkringstagare fastställa de försäkringsperioder som enligt österrikisk lag kommer att beaktas vid beräkning av den personens ålderspension. [6] Därvid måste försäkringsinstitutionerna ta hänsyn till de perioder då en person har betalat försäkringsavgifter (avgiftsperioder, *Beitragszeiten)* och andra perioder som är godkända enligt lag som försäkringsperioder vid beräkning av ålderspension (ersättningsperioder, *Ersatzzeiten*).

15. I artikel 227a i ASVG fastställs regler om ersättningsperioder med avseende på barnuppfostran efter den 31 december 1955. Den bestämmelsen har, i den mån det är relevant, följande lydelse: [7]

"1) Som ersättningsperiod för barnuppfostran avseende tiden efter den 31 december 1955 anses dessutom inom det pensionsförsäkringsområde till vilket den senaste föregående avgiftsperioden — eller, om sådan saknas, den första efterföljande avgiftsperioden — hänför sig... för en försäkrad kvinna som... faktiskt och till övervägande del har uppfostrat barn den tid under vilken denna uppfostran skedde i Österrike, dock högst 48 kalendermånader, räknad från barnets födelse.

...

3) Om modern... får ett nytt barn före utgången av 48-månadersfristen, så upphör fristen vid det senare barnets födelse...; upphör uppfostran av det senare barnet (första stycket) före utgången av 48-månadersfristen, fortsätter fristen att löpa. Barnuppfostran i en stat som tillhör EES-området jämställs med uppfostran i Österrike, när det avseende barnet i fråga föreligger eller förelåg antingen en rätt till en kontantförmån med anledning av försäkringsfallet moderskap enligt denna lag eller någon annan lag, eller en rätt till bidrag med anledning av förlossningen enligt Betriebshilfegesetz [lag om bidrag med anledning av förlossning] samt när barnuppfostran avser tiden efter EES-avtalets ikraftträdande."

16. Det framgår klart av ordalydelsen att det i tredje stycket i den bestämmelsen

6 — Försäkringstagaren får emellertid framlägga en sådan begäran tidigast två år innan pensionsåldern uppnås.

7 — I dess lydelse enligt BGBl 1997/47.

uppställs ett tidsmässigt och materiellt villkor för erkännande av perioder av barnuppfostran som fullgjorts utanför Österrike, men inom EES. Sådana perioder anses vara ersättningsperioder enligt ASVG enbart när i) de fullgjordes efter den 1 januari 1994 och ii) sökanden hade rätt till en kontantförmån med anledning av försäkringsfallet moderskap enligt ASVG (eller någon annan österrikisk federal lag) eller till bidrag med anledning av förlossningen enligt *Betriebshilfegesetz* med avseende på det uppfostrade barnet.

De faktiska omständigheterna och tolkningsfrågan

17. De faktiska omständigheterna kan, som de beskrivits i begäran om förhandsavgörande, sammanfattas på följande sätt.

18. Liselotte Kauer, sökande i målet vid den nationella domstolen, är österrikisk medborgare och född år 1942. Hon har tre barn som är födda år 1966, 1967 och 1969. Efter avslutade studier i juni 1960, arbetade hon i Österrike från juli 1960 till augusti 1964. I april 1970 flyttade hon tillsammans med sin familj från Österrike till Belgien. Medan hon bodde i Belgien arbetade hon inte. Hon erlade följaktligen inga avgifter till det belgiska pensionsförsäkringssystemet. Det framgår att hon inte heller betalade avgifter till någon annan gren av det belgiska socialförsäkringssystemet. Efter att ha återvänt till Österrike arbetade hon igen och fullgjorde obligatoriska försäkringsperioder från och med september 1975.

19. I april 1998 bad sökanden svaranden, Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten (löntagarnas pensionsförsäkringsinstitution), att fastställa de försäkringsperioder som skulle beaktas vid beräkning av hennes pension. Genom ett beslut av den 6 april 1998 erkände svaranden sammanlagt 355 månaders försäkring fram till den relevanta tidsgränsen den 1 april 1998. Av dessa erkände svaranden 46 månader, motsvarande perioden från juli 1966, när sökandens första barn föddes, till april 1970, när sökanden flyttade till Belgien, som ersättningsperioder med anledning av barnuppfostran enligt 227a § i ASVG.

20. Sökanden överklagade beslutet vid österrikisk domstol. Svaranden borde enligt hennes åsikt ha erkänt 82 månaders barnuppfostran, eftersom den period då hon uppfostrade sitt barn i Belgien borde betraktas som ersättningsperiod. Svarandens vägran att erkänna en period av barnuppfostran utomlands (i hennes fall 36 månader) innebar en överträdelse av den österrikiska författningen och gemenskapsrätten.

21. Svaranden bestred det påståendet och anförde att en period av barnuppfostran inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet bara kunde behandlas som en period av barnuppfostran i Österrike när den perioden inträffade efter den 1 januari 1994, då EES-avtalet trädde i kraft. Det villkoret var inte uppfyllt i detta fall, eftersom den omtvistade tiden för barnuppfostran inträffade mellan 1970 och 1975. I det sammanhanget hävdade svaranden att det klart framgick av artikel 2 i anslutningsakten att de gemenskapsfördrag och den gemenskapslagstiftning som antogs före anslutningen inte var bindande förrän efter Österrikes anslutning till Europeiska unionen den 1 januari 1995. Inte heller enligt domstolens rättspraxis är gemenskapsrätten tillämplig på förhållanden som uppkom före anslutningen.

22. Efter att ha förlorat i sak vid Arbeits- und Socialgericht (domstol för arbets- och socialrätt), Wien och vid Oberlandesgericht (högre regional domstol) Wien ansökte svaranden om att Oberlandesgerichts dom skulle prövas av Oberster Gerichtshof. Inför den domstolen hävdade hon bland annat att svarandens beslut stod i strid med bestämmelserna i förordning nr 1408/71. Oberster Gerichtshof ansåg att målet rörde en gemenskapsrättslig fråga och beslutade att förklara målet i den nationella domstolen vilande och ställa följande fråga till denna domstol:

"Skall artikel 94.1—3 i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen, i dess ändrade och uppdaterade lydelse enligt rådets förordning nr 2001/83 av den 2 juni 1983 — vilken i sin tur ändrats genom rådets förordning (EEG) nr 1249/92 av den 30 april 1992 — tolkas så, att den utgör hinder för nationell lagstiftning som föreskriver att perioder av barnuppfostran i landet [dvs. i Österrike] skall anses vara ersättningsperioder i pensionsförsäkringshänseende, medan perioder av barnuppfostran i en EES-medlemsstat (i förevarande fall Belgien) skall räknas som sådana ersättningsperioder endast om barnuppfostran avser tiden efter EES-avtalets ikraftträdande (dvs. den 1 januari 1994) och dessutom endast på det villkor att det avseende barnet i fråga föreligger eller förelåg antingen en rätt till en kontantförmån med anledning av försäkringsfallet moderskap enligt den österrikiska socialförsäkringslagen (ASVG) eller någon annan (österrikisk) lag, eller en rätt till bidrag med anledning av förlossningen enligt (den österrikiska) lagen om bidrag med anledning av förlossning?"

23. Oberster Gerichtshof har i sin begäran om förhandsavgörande uppgivit att den i synnerhet söker klarhet i huruvida barnuppfostran skall betraktas som ett "försäkringsfall" i den mening som avses i artikel 94.3 i förordning nr 1408/71.

24. De österrikiska och spanska regeringarna samt kommissionen har avgivit skriftliga yttranden och skriftliga svar på en fråga från domstolen. Den österrikiska regeringen och kommissionen har framlagt muntliga argument vid förhandlingen.

Avgränsning av frågorna

25. Alla de som har avgivit yttranden anser att Oberster Gerichtshof i sak vill veta om 227a § i ASVG är förenlig med gemenskapsrätten. De menar att domstolen följaktligen bör pröva två frågor. För det första, strider 227a.3 § i ASVG antingen mot artikel 94 eller andra bestämmelser i förordning nr 1408/71 eller mot bestämmelser i EG-fördraget i den mån den *tidsmässigt* begränsar erkännandet av perioder av barnuppfostran som fullgjorts i en EU- eller EES-medlemsstat till perioder efter den 1 januari 1994? För det andra, strider 227a.3 § mot förordning nr 1408/71 eller bestämmelser i EG-fördraget i den mån den *i sak* begränsar erkännandet av barnuppfostran genom att kräva att sökanden hade rätt till en kontantförmån enligt ASVG eller till bidrag med anledning av förlossning enligt *Betriebshilfegesetz*?

26. Det är lämpligt att börja med att pröva den första av dessa frågor, eftersom det är det enda som uttryckligen tagits upp i begäran om förhandsavgörande. Om det inte föreligger någon oförenlighet mellan gemenskapsrätten och den tidsmässiga begränsning som 227a § i ASVG innebär, kan sökandens yrkande i målet vid den nationella domstolen ogillas, utan att domstolen i förevarande fall behöver avgöra huruvida en sådan saklig begränsning som den i 227a § i ASVG är förenlig med gemenskapsrätten.

Den tidsmässiga begränsningen: sammanfattning av argumenten

27. De yttranden som avgivits i detta mål angående den tidsmässiga begränsningen i 227a.3 § ASVG rör för det första denna begränsnings förenlighet med förordning

nr 1408/71 och för det andra dess förenlighet med artiklarna 18 EG och 39 EG (tidigare artikel 8a och artikel 48 i EG-fördraget).

Yttranden om förordning nr 1408/71

28. Den österrikiska regeringen och kommissionen har hävdat att den tidsmässiga begränsning som anges i 227a.3 § i ASVG är förenlig med artikel 94.1—3 i förordning nr 1408/71 och att sökanden enligt förordningen därför i pensionshänseende inte har rätt att tillgodoräkna den tid hon tillbringade i Belgien.

29. Enligt den österrikiska regeringen skall frågan om erkännande av perioder av barnuppfostran som fullgjorts före den 1 januari 1994 prövas enligt artikel 94.2 i förordning nr 1408/71. Enligt den artikeln skall försäkringsperioder och anställnings- eller bosättningsperioder beaktas vid fastställande av rätt till socialförsäkringsförmåner när dessa perioder har "fullgjorts enligt en medlemsstats lagstiftning". Härav följer enligt den österrikiska regeringens mening att medlemsstaterna enligt artikel 94.2 är skyldiga att beakta enbart perioder som anställda har fullgjort i enlighet med de villkor som är fastställda i nationell lag. I detta fall uppfyllde inte den period som sökanden tillbringade i Belgien från 1970 till 1975 villkoren för att erkännas som ersättningsperiod enligt österrikisk lag. Den perioden kan därför inte beaktas vid beräkning av hennes pension.

30. Den österrikiska regeringen har vidare hävdat att barnuppfostran inte kan anses vara ett "försäkringsfall" i den mening som avses i artikel 94.3 i förordning nr 1408/71. Det uttrycket avser sådana omständigheter som ger upphov till rätt till sociala förmåner som att en person uppnår pensionsåldern, invalidiseras eller avlider. Det inbegriper inte alla de olika omständigheter — såsom en period av barnuppfostran — som en medlemsstat kan beakta vid fastställande av rätt till och beräkning av sociala förmåner.

31. Den österrikiska regeringen har utöver det argumentet tillagt att sökandens åberopande av bestämmelserna i förordning nr 1408/71 för att få perioder av barnuppfostran i Belgien godkända enligt österrikisk lag i vilket fall som helst inte kan

godtas, eftersom hon enligt artikel 13.2 f i förordningen omfattades av belgisk och inte österrikisk socialrätt medan hon bodde i Belgien.

32. Kommissionen har betonat att artikel 94.1 begränsar det tidsmässiga tillämpningsområdet för förordning nr 1408/71 genom att föreskriva att "[i]ngen rätt skall förvärvas enligt denna förordning för en period före... den dag då förordningen började gälla inom den berörda medlemsstatens territorium". Artikel 94.1 syftar till att skydda en rätt som redan förvärvats enligt nationell lag. Följaktligen kan inte en rätt som inte hade förvärvats före ikraftträdandet av förordning nr 1408/71 i Österrike den 1 januari 1994 förvärvas med retroaktiv verkan på grundval av den förordningen. För att avgöra under vilka omständigheter och vid vilken tidpunkt en rätt har "förvärvats" måste man titta på övergångsbestämmelserna i artikel 94.2 och 94.3.

33. Kommissionen har hänvisat till definitionerna i artikel 1 r, 1 s och 1 sa i förordning nr 1408/71 och gjort gällande att endast perioder som har fullgjorts i enlighet med kraven i nationell lagstiftning skall beaktas enligt artikel 94.2. Vad gäller artikel 94.3 anser kommissionen, tvärtemot den österrikiska regeringen, att en period av barnuppfostran kan anses vara ett "försäkringsfall" i den mening som avses i den bestämmelsen. Möjligheten att förvärva en rätt med anledning av ett försäkringsfall som inträffade innan förordningen trädde i kraft föreligger enligt artikel 94.3 "om något annat inte följer av bestämmelserna i punkt 1" i artikel 94. Härav följer enligt kommissionen att artikel 94.3 är tillämplig endast när ett försäkringsfall som inträffade före förordningen i sig själv gav upphov till en rätt till sociala förmåner. Det villkoret är inte uppfyllt i förevarande fall, eftersom det klart framgår av 227a § i ASVG att den period av barnuppfostran som sökanden tillbringade i Belgien inte ger upphov till någon rätt till sociala förmåner.

34. Den spanska regeringen har, tvärtemot den österrikiska regeringen och kommissionen, hävdat att den tidsmässiga begränsning som anges i 227a.3 § i ASVG strider mot förordning 1408/71. Den har gjort gällande att frågan om erkännande av perioder av barnuppfostran i Österrike inte omfattas av artikel 94.1 i förordning nr 1408/71. Enligt dess mening är det inte fråga om att erkänna någon fullständig eller förvärvad rätt före förordningens ikraftträdande, eftersom perioder av barnuppfostran bara är en av förutsättningarna för förvärvandet av en pensionsrätt. Om

jag har förstått dess argument rätt, anser den spanska regeringen vidare att perioder av barnuppfostran bör anses vara ett försäkringsfall i den mening som avses i förordning nr 1408/71 och att sådana perioder därför måste beaktas vid beräkning av pensioner, även om de inträffade innan förordningen trädde i kraft i Österrike den 1 januari 1994.

Yttranden avseende artiklarna 18 EG och 39 EG

35. Den österrikiska regeringen har betonat att fördragets bestämmelser om fri rörlighet för personer ännu inte var tillämpliga i Österrike när sökanden flyttade till Belgien år 1970. Sökanden flyttade således inte i egenskap av migrerande arbetstagare eller gemenskapsmedborgare i den mening som avses i artiklarna 39 EG och 18 EG. Hon kan därför inte åberopa dessa bestämmelser mot bestämmelserna i ASVG om erkännande av perioder av barnuppfostran. Den frågan skall prövas uteslutande enligt artikel 94 i förordning nr 1408/71.

36. Kommissionen har godtagit att sökanden inte kan åberopa artikel 39 EG på grund av att hon inte utövade någon ekonomisk verksamhet i Belgien. Som svar på en fråga från domstolen vilken betydelse domen i målet Elsen[8] hade för detta fall, har kommissionen dock givit uttryck för den åsikten att sökanden kan åberopa den rätt till fri rörlighet för unionsmedborgare som fastställs i artikel 18 EG och att den österrikiska lagstiftarens vägran att erkänna perioder av barnuppfostran som fullgjorts i en EES- eller EU-medlemsstat före den 1 januari 1994 som ersättningsperioder strider mot den bestämmelsen.

37. Kommissionen har i det sammanhanget tillbakavisat den österrikiska regeringens påstående att fördragets bestämmelser om fri rörlighet av tidsmässiga skäl inte är tillämpliga på erkännandet av perioder av barnuppfostran som fullgjordes innan dessa bestämmelser trädde i kraft i Österrike. Artikel 18 EG är, i avsaknad av övergångsbestämmelser i anslutningsakten, tillämplig när en sådan nationell myndighet som svaranden i målet i den nationella domstolen fastställer och beräknar en persons pension efter fördragets ikraftträdande i den ifrågavarande medlemsstaten. Kommissionen har hänvisat till domarna i målen Vougioukas[9] och Österreichischer Gewerkschaftsbund[10] och anfört att fastställandet och beräkningen av en pension

8 — Dom av den 23 november 2000 i mål C-135/99, Elsen.

9 — Dom av den 22 november 1995 i mål 443/93 (REG 1995, s. I-4033).

10 — Dom av den 30 november 2000 i mål C-195/98.

med nödvändighet måste grundas på tidigare inträffade omständigheter. Tillämpningen av artikel 18 i den rättsakten innebär inte att en rätt enligt gemenskapslagstiftningen erkänns med retroaktiv verkan, även om en del av de faktiska omständigheter som skall beaktas — såsom perioder av barnuppfostran — inträffade innan fördraget trädde i kraft. Tillämpningen av artikel 18 i det sammanhanget säkerställer bara att det inte förekommer någon diskriminering av migrerande personer.

38. De österrikiska myndigheterna är därför enligt artikel 18 EG skyldiga att inte diskriminera personer som har utövat sin rätt till fri rörlighet när de beslutar om de skall tillgodoräkna dem perioder av barnuppfostran. Den regel som fastställs i 227a.3 § i ASVG är diskriminerande mot dessa personer i den mån den utesluter perioder av barnuppfostran som skulle ha beaktats om de hade fullgjorts i Österrike. Den diskrimineringen är enligt kommissionens mening inte berättigad. 227a.3 § strider därför mot gemenskapsrätten och det åligger följaktligen de österrikiska myndigheterna att beakta de perioder av barnuppfostran som sökanden fullgjorde i Belgien som om de hade fullgjorts i Österrike.

Den tidsmässiga begränsningen: bedömning

39. Det framgår av omständigheterna i målet och av de yttranden som avgivits till domstolen att det, för att ge Oberster Gerichtshof ett svar som gör det möjligt för den att avgöra målet vid den nationella domstolen, är nödvändigt att fastställa huruvida en bestämmelse i nationell lagstiftning som i pensionshänseende tidsmässigt begränsar erkännandet av perioder av barnuppfostran som tillbringats i en EES- eller EU-medlemsstat till sådana perioder som fullgjorts efter den dag då förordning nr 1408/71 trädde i kraft i den medlemsstat där erkännandet yrkats strider mot gemenskapsrätten. Innebär med andra ord en sådan regel som 277a.3 § i ASVG en överträdelse av gemenskapsrätten i och med att perioder av barnuppfostran som fullgjorts i Österrike före den 1 januari 1994 behandlas annorlunda än perioder som fullgjorts i andra medlemsstater?

40. För att kunna besvara den frågan ämnar jag först undersöka de relevanta bestämmelserna i förordning nr 1408/71 och därefter artiklarna 18 EG och 39 EG.

Förordning nr 1408/71

41. Det är först och främst nödvändigt att besvara tre inledande frågor.

42. För det första måste det fastställas huruvida en person i sökandens situation omfattas av förordningens tillämpningsområde.

43. Enligt artikel 2.1 i förordningen skall dess bestämmelser tillämpas på gemenskapsmedborgare som är anställda eller egenföretagare och som omfattas eller har omfattats av socialförsäkringslagstiftningen i en eller flera medlemsstater, samt deras familjer. Enligt artikel 1 a i förordningen och enligt domstolens rättspraxis täcker begreppet "anställda eller egenföretagare" personer som är försäkrade enligt socialförsäkringslagstiftningen i en eller flera medlemsstater, om så bara mot en enda risk, obligatoriskt eller genom frivillig fortsättningsförsäkring, genom ett allmänt eller särskilt system för social trygghet, oavsett om de är yrkesverksamma eller inte. [11] Sökanden har enligt begäran om förhandsavgörande i många år varit obligatoriskt försäkrad för att få ålderspensionsförmåner i Österrike. Det råder därför inget tvivel om att sökanden personligen omfattas av förordningen som en anställd i den mening som avses i artikel 1 a och artikel 2.1.

44. Det faktum att sökanden enligt den nationella domstolens bedömning inte utövade någon ekonomisk verksamhet i Belgien utesluter henne inte från förordningens tillämpningsområde. Det är sant att domstolen vid upprepade tillfällen har funnit att fördragets bestämmelser om fri rörlighet för personer och de åtgärder som antagits för att genomföra dessa, inbegripet förordning nr 1408/71, inte kan tillämpas på verksamheter som i alla avseenden är begränsade till en enda medlemsstat. [12] Jag anser emellertid inte att denna rättspraxis är tillämplig på en situation där personer som har flyttat från en medlemsstat till en annan medlemsstat tillsammans med sina makar, som har arbetat i den andra staten och har ägnat tid åt att uppfostra barn i den staten. I vilket fall som helst framgår det klart av texten i artikel 2.1 i förordningen att dess bestämmelser är tillämpliga på

11 — Se särskilt dom av den 31 maj 1979 i mål 182/78, Pierik (REG 1979, s. 1977; svensk specialutgåva, volym 4, s. 453), punkt 4, av den 12 maj 1998 i mål C-85/96, Martínez Sala (REG 1998, s. I-2691), punkt 36, av den 11 juni 1998 i mål C-275/96, Kuusijärvi (REG 1998, s. I-3419), punkt 21, och, senast, av den 4 maj 1999 i mål C-262/96, Sürül (REG 1999, s. I-2685), punkt 85.

12 — Se särskilt dom av den 22 september 1992 i mål 153/91, Petit (REG 1992, s. I-4973), punkt 8, av den 5 juni 1997 i de förenade målen C-64/96 och C-65/96, Uecker och Jacquet (REG 1997, s. I-3171), punkt 16, av den 2 juli 1998 i de förenade målen C-225/95—C-227/95, Kapasakalis (REG 1998, s. I-4239), punkt 22 och, senast, av den 26 januari 1999 i mål C-18/95, Terhoeve (REG 1999, s. I-345), punkt 26.

migrerande arbetstagares familjemedlemmar. [13] Enligt den information som domstolen erhållit från den österrikiska regeringen arbetade sökandens make i Belgien och betalade sociala avgifter där. Sökanden omfattas därför personligen av förordningen. I sin egenskap av familjemedlem i den mening som avses i artikel 2.1 kan sökanden dessutom åberopa samtliga bestämmelser i förordningen med undantag enbart för bestämmelser som rör förmåner som är uteslutande tillämpliga på anställda, såsom arbetslöshetsersättning. [14]

45. För det andra är det nödvändigt att undersöka huruvida de sociala förmåner som sökanden har yrkat vid den nationella domstolen ligger inom förordningens materiella tillämpningsområde, i den mån de omfattas av de grenar av social trygghet som enligt artikel 4.1 omfattas av förordningen.

46. Enligt domstolens fasta rättspraxis grundas skillnaden mellan förmåner som undantas från tillämpningsområdet för förordning nr 1408/71 och förmåner som omfattas av dess tillämpningsområde huvudsakligen på förutsättningarna för en viss förmån, i synnerhet dess syften och de villkor på vilka den beviljas, och inte på om en förmån har definierats som en socialförsäkringsförmån genom nationell lagstiftning. Domstolen har dessutom konsekvent ansett att en förmån får anses vara en social trygghetsförmån om den beviljas mottagaren utan någon skönsmässig bedömning i enskilda fall av personliga behov på grundval av förhållanden som definierats i lag och under förutsättning att den avser en av de situationer som uttryckligen anges i artikel 4.1 i förordningen. [15] Det är enligt min åsikt klart att tilldelningen av extra pensionsperioder för barnuppfostran enligt ASVG uppfyller dessa kriterier, en åsikt som inte har bestridits av den österrikiska regeringen.

47. För det tredje är det nödvändigt att utröna huruvida den österrikiska lagstiftningen enligt förordning nr 1408/71 är tillämplig på en situation där en arbetstagare som upphörde med sin yrkesverksamhet i Österrike, därefter fick ett barn och senare flyttade till en annan stat för en tid av cirka fem år innan hon återvände till Österrike där hon återupptog sin yrkesverksamhet.

48. Den österrikiska regeringen anser att österrikisk lag under dessa omständigheter inte är tillämplig enligt förordningen. Den

13 — Se även dom av den 17 juni 1975 i mål 7/75, Herr och fru F. (REG 1975, s. 679), punkt 16, av den 3 juni 1999 i mål C-211/97, Gomez-Rivero (REG 1999, s. I-3219), punkt 26.

14 — Se dom av den 30 april 1996 i mål C-308/93, Cabanis-Issarte (REG 1996, s. I-2097), punkt 34, av den 12 september 1996 i de förenade målen C-245/94 och C-312/94, Hoever och Zachow (REG 1996, s. I-4895), punkt 32, av den 29 oktober 1998 i mål C-185/96, kommissionen mot Grekland (REG 1998, s. I-6601), punkt 28. Se för ett liknande resonemang även generaladvokat Albers förslag till avgörande, föredraget den 26 juni 2001 i mål C-189/00, Ruhr (dom av den 25 oktober 2001, REG 2001, s. I-8225, s. I-8227).

15 — Se, senast, dom av den 15 mars 2001 i mål C-85/99, Offermanns, punkterna 27 och 28.

har påpekat att sökanden upphörde med all yrkesverksamhet i augusti 1964, mer än 21 månader innan hennes första barn föddes den 25 juni 1966, och inte utförde någon annan ekonomisk verksamhet mellan den dagen och flyttningen till Belgien i april 1970. Sökanden omfattades därför enligt den österrikiska regeringen inte av österrikisk socialförsäkringslag enligt artikel 13.2 a i förordningen. Hon omfattades bara av den lagen enligt artikel 13.2 f på grund av att hon fortfarande var bosatt i Österrike. Enligt domstolens dom i målet Kuusijärvi, [16] upphör emellertid den statens lag enligt artikel 13.2 f att vara tillämplig när en person flyttar till en annan stat. Härav följer att frågan om perioder av barnuppfostran som sökanden tillbringat i Belgien skall erkännas måste besvaras på grundval av belgisk lagstiftning. Det faktum att belgisk lagstiftning uppenbarligen inte föreskriver något sådant erkännande, och att sökanden därför kan komma i ett ofördelaktigt läge till följd av att hon flyttat till Belgien, är en följd av de befintliga skillnaderna mellan de nationella socialförsäkringssystem som ersatt förordning nr 1408/71. Det kan följaktligen inte påverka den österrikiska lagens förenlighet med gemenskapsrätten.

49. Jag är inte övertygad av det argumentet. Artikel 13.2 f infördes i förordning nr 1408/71 genom förordning nr 2195/91 [17] många år efter det att omständigheterna i förevarande fall inträffat. Frågan vilken lagstiftning som var tillämplig på sökanden måste därför avgöras i enlighet med artikel 13.2 i förordningen i dess lydelse innan den ändrades genom förordning nr 2195/91. Enligt domstolens domar i målen Ten Holder [18] och Twomey, [19] skulle a i den bestämmelsen före ändringen tolkas så att arbetstagare som upphörde att bedriva verksamhet inom en medlemsstats territorium fortsatte att omfattas av den medlemsstatens lagstiftning så länge de inte tog anställning i en annan medlemsstat.

50. I enlighet med dessa inledande synpunkter anser jag att en person i sökandens situation, och de österrikiska regler som målet i den nationella domstolen gäller, omfattas av förordningens personliga och materiella tillämpningsområde. Enligt förordningens regler var dessutom österrikisk lagstiftning, snarare än belgisk, tillämplig vid den tidpunkt då de faktiska omständigheterna inträffade.

51. Frågan är då huruvida en sådan bestämmelse som 227a § i ASVG innebär en överträdelse av artikel 94.1—3 i förord-

16 — Mål C-275/96 (ovan fotnot 11).

17 — Se ovan fotnot 3. Beträffande de omständigheter som ledde till att bestämmelsen antogs, se mitt förslag till avgörande av domen i målet Kuusijärvi (ovan fotnot 11), särskilt punkterna 44—52.

18 — Dom av den 12 juni 1986 i mål 302/84 (REG 1986, s. 1821).

19 — Dom av den 10 mars 1992 i mål C-215/90 (REG 1992, s. I-1823).

ning nr 1408/71 i den mån den begränsar erkännandet av perioder av barnuppfostran som tillbringats i en EES- eller EG-medlemsstat till sådana perioder som har fullgjorts efter den dag då förordningen trädde i kraft i den medlemsstat där erkännandet yrkas.

52. Övergångsbestämmelserna i artikel 94.1—3 har en lång historia. Artikel 53 i förordning nr 3 från 1958,[20] den förordning som föregick förordning nr 1408/71, innehöll liknande regler, och motsvarande bestämmelser återfinns i ett antal internationella konventioner som rör stärkande och samordning av social trygghet för anställda och egenföretagare.[21] I det förslag till en ny förordning om samordning av social trygghet, som framlades av kommissionen år 1998,[22] återges också artikel 94.1—3 i förordning nr 1408/71.[23]

53. Domstolen har vid enstaka tillfällen diskuterat innebörden av artikel 53.1 och 53.3 i förordning nr 3 från 1958[24] och artikel 94.1—3 i förordning nr 1408/71,[25] men dess rättspraxis ger emellertid inget tydligt svar på den fråga som har ställts till domstolen i detta fall. Inte heller den rättsliga bakgrunden till dessa förordningar, eller de förklarande anmärkningar som kommissionen har utgivit i samband med dem har belyst frågan.

54. För att kunna besvara tolkningsfrågan är det därför nödvändigt att tolka ordalydelsen i artikel 94 mot bakgrund av syftet med förordningen, med beaktande av domstolens rättspraxis i fråga om principerna för gemenskapsrättens tillämpning i tiden.

55. I artikel 94.1 föreskrivs att ingen rätt skall förvärvas enligt förordningen för en period före den dag då den började gälla inom den berörda medlemsstatens territorium. Den bestämmelsen återspeglar principen att gemenskapslagstiftningen i regel inte har retroaktiv verkan.[26] Den fastställer därmed den allmänna regeln för förordningens tidsmässiga tillämpningsområde.

20 — Rådets förordning nr 3 av den 25 september 1958 om social trygghet för migrerande arbetstagare (EGT nr B 30, 1958, s. 561).

21 — Se exempelvis artikel 53 i den europeiska konventionen om social trygghet för migrerande arbetstagare, som undertecknades den 9 december 1957 av de sex ursprungliga medlemmarna i Europeiska kol- och stålunionen, *Fördragsbladet*, 1958, nr 54, artikel 74 i Europarådets Europeiska konvention om social trygghet, i Paris den 14 december 1972, European Treaty Series nr 78.

22 — Förslag till rådets förordning (EG) om samordning av de sociala trygghetssystemen, KOM(1998) 779 slutlig.

23 — Se artikel 70 i förslaget.

24 — Se dom av den 9 december 1965 i mål 44/65, Singer (REG 1965, s. 1191), särskilt s. 1200, och av den 14 april 1970 i mål 68/69, Brock (REG 1970, s. 171), punkterna 7—9.

25 — Se dom av den 12 oktober 1978 i mål 10/78, Belbouab (REG 1978, s. 1915), punkt 8, av den 14 november 1990 i mål C-105/89, Buhari Haji (REG 1990, s. I-4211), punkt 21, av den 7 februari 1991 i mål C-227/89, Rönfeldt (REG 1991, s. I-323; svensk specialutgåva, volym 11, s. 9), punkt 15, och i målet Kuusijärvi (ovan fotnot 11), punkterna 24—25.

26 — För tillämpning av den principen i samband med social trygghet, se dom av den 5 maj 1977 i mål 104/76, Jansen (REG 1977, s. 829), punkt 7.

Bestämmelserna i artikel 94.2 och 94.3 är enligt min mening inte avsedda att göra avsteg från den regeln. Dessa bestämmelser återspeglar en annan etablerad princip, nämligen att lagstiftningen — om inte annat föreskrivs — är tillämplig på effekter i framtiden av förhållanden som har uppkommit när den tidigare lagen gällde,[27] om inte en omedelbar tillämpning av lagstiftningen skulle strida mot skyddet för berättigade förväntningar.[28] Artikel 94.2 och 94.3 syftar således i huvudsak till att förklara under vilka omständigheter en rätt skall anses "förvärvas" i den mening som avses i artikel 94.1.

56. Med tanke på att sökanden i målet i den nationella domstolen inte kan förvärva någon ny rätt enligt artikel 94.1 för den period av barnuppfostran hon tillbringade i Belgien, uppkommer frågan huruvida dessa perioder måste beaktas enligt artikel 94.2 eller 94.3.

— Artikel 94.2

57. Det skall erinras om att det i artikel 94.2 fastställs att "[a]lla försäkringsperioder och i förekommande fall alla anställnings- eller bosättningsperioder som har fullgjorts enligt en medlemsstats lagstiftning... före den dag då förordningen började gälla inom denna medlemsstats territorium... skall beaktas vid fastställande av rätt till förmåner enligt denna förordning".

58. Lydelsen av artikel 94.2 klargör inte begreppen "försäkringsperioder" och "anställnings- eller bosättningsperioder". Hänvisning måste därför göras till definitionerna i artikel 1 r, 1 s och 1 sa i förordningen.[29]

59. I artikel 1 r definieras "försäkringsperioder" som "avgiftsperioder, anställningsperioder eller perioder av verksamhet som egenföretagare definierade eller erkända som försäkringsperioder i den lagstiftning enligt vilken de har fullgjorts eller anses vara fullgjorda och alla andra perioder som behandlas som sådana när de enligt denna lagstiftning betraktas som likvärdiga med försäkringsperioder".

60. Det följer av den definitionen, enligt min mening, att enbart perioder som uppfyller de sakliga villkor för erkännande som fastställts genom nationell lagstiftning måste beaktas enligt artikel 94.2 i förord-

27 — Se, i samband med social trygghet, domarna i målen Singer, s. 972, och Brock, punkt 7 (ovan fotnot 24).

28 — Se särskilt dom av den 4 juli 1973 i mål 1/73, Westzucker (REG 1973, s. 723), punkterna 6—10, av den 15 februari 1978 i mål 96/77, Bauche (REG 1978, s. 383), punkterna 54—58, av den 14 januari 1987 i mål 278/84, Tyskland mot kommissionen (REG 1987, s. 1), punkterna 34—37.

29 — Detsamma gäller i samband med artikel 28 i förordning nr 3 från 1958, se dom av den 5 december 1967 i mål 14/67, Welchner (REG 1967, s. 427), särskilt s. 436.

ningen. Den regeln gäller emellertid under förutsättning att fördragets bestämmelser om fri rörlighet för personer respekteras. [30] Om en nationell lagstiftning — genom att i fråga om förvärvande av rätt till ålderspensionsförmåner enbart beakta försäkringsförmåner som har fullgjorts på det nationella territoriet och utesluta liknande perioder som har fullgjorts inom andra medlemsstaters territorium — innebär en överträdelse av dessa bestämmelser i fördraget, kan erkännande av de sistnämnda perioderna inte vägras på grundval av artikel 94.2 i förordningen.

61. Den tolkningen av artikel 94.2 är förenlig med domstolens fasta rättspraxis, enligt vilken "[m]edlemsstaterna är... fria att utforma sina system för social trygghet, bland annat genom att fastställa villkoren för rätt till förmåner, under förutsättning att de inte åsidosätter gemenskapsrätten när de utövar denna behörighet", [31] och "artikel [42 EG] och förordning nr 1408/71 endast föreskriver att försäkringsperioder som fullgjorts i olika medlemsstater skall läggas samman och inte reglerar villkoren för under vilka omständigheter dessa försäkringsperioder sammanläggs". [32]

62. Åsikten att de perioder som måste beaktas enligt artikel 94.2 definieras i nationell lagstiftning, under förutsättning att fördraget respekteras, stöds dessutom av domstolens rättspraxis om tolkningen av begreppet "försäkringsperioder eller därmed jämställda perioder" i artiklarna 27 och 28, jämfört med artikel 1 p och 1 r i förordning nr 3 från 1958 [33] och begreppet "försäkringsperioder" i artikel 45.1, jämfört med artikel 1 r i förordning nr 1408/71. [34] I exempelvis domen i målet Iurlaro fann domstolen efter att ha hänvisat till artikel 1 r i förordning nr 1408/71 att "med försäkringsperioder avses, bland annat i fråga om tillämpningen av artikel 45 i förordning 1408/71, perioder definierade eller erkända som sådana i den lagstiftning enligt vilken de har fullgjorts, under förutsättning att artikel 48—51 i fördraget har respekterats". [35]

63. Om artikel 94.2, som jag har anfört, inte ger någon rätt till erkännande av försäkringsperioder som inte uppfyller villkoren i nationell lagstiftning, vad är då syftet med och verkan av artikeln? Den bestämmelsen rör, som kommissionen har förklarat, situationen för sådana personer som har fullgjort försäkringsperioder enligt lagstiftningen i en medlemsstat i vilken förordning nr 1408/71 ännu inte var tillämplig när dessa perioder fullgjordes. [36] I det sammanhanget är avsikten att den skall

30 — Se dom av den 15 oktober 1991 i mål C-302/90, Faux (REG 1991, s. I-4875), punkterna 25—28.

31 — Se särskilt dom av den 14 november 1978 i mål 1/78, Kenny (REG 1978, s. 1489; svensk specialutgåva, volym 4, s. 187), punkt 16, och senast, av den 20 mars 2001 i mål C-33/99, Fahmi, punkt 25.

32 — Dom av den 4 oktober 1991 i mål C-349/87, Paraschi (REG 1991, s. I-4501), punkt 15.

33 — Domen i målet Welchner (ovan fotnot 29) och dom av den 6 juni 1972 i mål 2/72, Murru (REG 1972, s. 333).

34 — Dom av den 7 februari 1990 i mål C-324/88, Vella (REG 1990, s. I-257), av den 17 september 1997 i mål C-322/95, Iurlaro (REG 1997, s. I-4881).

35 — Punkterna 27—28 i domen.

36 — Se även dom av den 10 maj 2001 i mål C-389/99, Sundgren, punkt 29.

säkerställa att de behöriga myndigheterna vid fastställande av en rätt som följer av förordning nr 1408/71 beaktar sådana perioder som har fullgjorts innan förordningen trädde i kraft. En vägran att beakta sådana perioder enbart av den anledningen att de fullgjordes innan förordningen trädde i kraft skulle vara olaglig. När domstolen i målet Rönfeldt [37] blev ombedd att pröva lagligheten av de tyska myndigheternas vägran att vid fastställande av en tysk medborgares ålderspension beakta försäkringsperioder som den personen hade fullgjort enligt dansk lagstiftning innan förordning nr 1408/71 trädde i kraft i Danmark, fann den att sådana perioder skulle ha beaktats enligt artikel 94.2 i förordningen. [38]

64. Härav följer att det i förevarande fall inte finns någon skyldighet enligt artikel 94.2 i förordningen att vid fastställande av sökandens österrikiska pension beakta den period under vilken hon uppfostrade sitt barn i Belgien, eftersom hon under den perioden inte fullgjorde bosättningskravet i ASVG för att tillgodoräknas barnuppfostran som ersättningsperioder. Jag kommer nedan att undersöka huruvida det resultatet är förenligt med fördragets regler om fri rörlighet för personer. [39]

37 — Domen i målet C-227/89 (ovan fotnot 25).

38 — Ibidem, punkterna 15—16.

39 — Se punkterna 70—74.

— Artikel 94.3

65. I artikel 94.3 föreskrivs att "[o]m något annat inte följer av bestämmelserna i punkt 1 skall rätt till förmåner enligt denna förordning förvärvas även om rätten hänför sig till ett försäkringsfall som inträffade före... den dag då förordningen började gälla inom den berörda medlemsstatens territorium".

66. Den bestämmelsen rör, som jag förstår den, situationer där ett sådant försäkringsfall som en arbetsrelaterad dödsolycka som drabbar en person som omfattas av förordningens tillämpningsområde eller avskedande av en person som gör att denna person blir arbetslös, [40] uppstod innan förordningen trädde i kraft i den berörda medlemsstaten, och det försäkringsfallet har rättsliga verkningar — antingen i form av en rätt till sociala förmåner eller i form av en rätt till erkännande av vissa perioder som likvärdiga med avgiftsperioder — som fortsätter efter dess ikraftträdande. I sådana situationer måste den rätt som följer av förordningen beviljas den berörda personen med omedelbar verkan från den tidpunkt då förordningen träder i kraft. [41] Syftet med artikel 94.3 är således i huvud-

40 — Se domarna i målen Singer (ovan fotnot 24), särskilt s. 1200, och Kuusijärvi (ovan fotnot 11), punkterna 23—24.

41 — För en liknande tolkning av artikel 53.3 i förordning nr 3 från 1958, se domen i målet Brock (ovan fotnot 24), punkterna 6—9.

sak att hindra den berörda medlemsstaten från att bestrida denna rätt enbart av den anledningen att det försäkringsfall som utlöste rätten uppstod innan förordningen trädde i kraft.

67. Den regeln gäller dock uttryckligen "om något annat inte följer av bestämmelserna i punkt 1" enligt vilka ingen rätt skall förvärvas enligt förordningen för en period före den dag då den började gälla inom den berörda medlemsstatens territorium. Enligt min åsikt — och här är jag överens med kommissionen — följer det av den ordalydelsen att medlemsstaternas skyldighet att bevilja en rätt enligt förordningen med verkan från den dag då förordningen trädde i kraft för försäkringsfall som inträffade före den dagen, endast gäller när dessa försäkringsfall gav upphov till en rätt till sociala förmåner eller till erkännande av vissa perioder som likvärdiga med avgiftsperioder enligt nationell lagstiftning. Annars skulle artikel 94.3 skapa nya rättigheter — med retroaktiv verkan — i strid med artikel 94.1.

68. I förevarande fall är det klart att de perioder av barnuppfostran som sökanden fullgjorde i Belgien inte ger upphov till någon rätt att tillgodoräknas dessa perioder som ersättningsperioder i ålderspensionshänseende enligt 227a.3 § i ASVG. Härav följer att även om ansvaret för att uppfostra ett barn — som kommissionen har vidhållit — skulle kunna omfattas av begreppet "försäkringsfall", kan artikel 94.3 i varje fall inte medföra att de österrikiska myndigheterna är skyldiga att erkänna dessa perioder som ersättningsperioder.

69. Jag drar därför slutsatsen att en sådan bestämmelse som 227a § i ASVG inte innebär en överträdelse av artikel 94.1—3 i förordning nr 1408/71 i den mån den begränsar erkännandet av perioder av barnuppfostran som tillbringats i en EES- eller EU-medlemsstat till sådana perioder som fullgjorts efter den dag då förordningen trädde i kraft i den medlemsstat där erkännandet yrkas.

Artiklarna 18 EG och 39 EG

70. Den österrikiska regeringen och kommissionen är överens om att artikel 39 EG inte kan tillämpas i förevarande fall.

71. Den åsikten kan godtas. Sökanden upphörde att arbeta mer än 21 månader innan hon flyttade till Belgien, där hon inte utövade någon yrkesverksamhet. Hon kan därför inte anses vara en migrerande

arbetstagare i den mening som avses i artikel 39 EG.

72. Enligt kommissionen kan sökanden i målet i den nationella domstolen dock åberopa artikel 18 EG. Underlåtenhet att erkänna perioder av barnuppfostran som fullgjorts i en EES- eller EU-medlemsstat före den 1 januari 1994 strider enligt dess mening mot den bestämmelsen. [42]

73. Denna argumentation ger upphov till ett antal svåra spörsmål både i fråga om det tidsmässiga och det materiella tillämpningsområdet för artikel 18 EG. Dessa spörsmål har inte behandlats i detta fall, eftersom de inte har tagits upp i begäran om förhandsavgörande eller i tolkningsfrågan, och eftersom artikel 18, som jag redan har nämnt, har åberopats av kommissionen endast som svar på en fråga från domstolen i ett annat hänseende. Det har följaktligen inte funnits något tillfälle för i synnerhet medlemsstaterna att ta itu med de möjliga vittgående konsekvenserna av kommissionens tolkning av artikel 18. Under dessa omständigheter verkar det inte lämpligt att ge sig i kast med en analys av artikel 18. Jag vill bara säga att det enligt min åsikt verkar osäkert huruvida artikel 18, som i huvudsak är avsedd att utvidga rätten till fri rörlighet från arbetstagare till alla medborgare i unionen, är tillämplig på omständigheterna i förevarande mål.

74. Jag drar därför slutsatsen — utan att domstolen behöver fatta något särskilt beslut i frågan — att en sådan bestämmelse som 227a § i ASVG inte innebär en överträdelse av artiklarna 18 EG och 39 EG i den mån den begränsar erkännandet av perioder av barnuppfostran som tillbringats i en EES- eller EU-medlemsstat till sådana perioder som fullgjorts efter den 1 januari 1994.

Den sakliga begränsningen

75. Mot bakgrund av den ovan dragna slutsatsen är det onödigt att i förevarande fall pröva huruvida 227a.3 § i ASVG strider mot gemenskapsrätten i den mån den begränsar erkännandet av perioder av barnuppfostran som fullgjorts i en EES- eller EU-medlemsstat *i sak* genom att föreskriva ett sådant erkännande endast när modern har rätt till en kontantförmån med anledning av försäkringsfallet moderskap enligt ASVG eller någon annan österrikisk lag, eller en rätt till bidrag med anledning av förlossningen enligt lagen om bidrag med anledning av förlossning. [43]

42 — Se punkterna 35—38.

43 — Se punkt 26.

Förslag till avgörande

76. Mot bakgrund av det ovan anförda är jag av den åsikten att tolkningsfrågan från Oberster Gerichtshof bör besvaras på följande sätt:

Artikel 94.1—3 i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971, om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare och deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen, utgör inte hinder för en bestämmelse i en medlemsstats lagstiftning enligt vilken perioder av barnuppfostran som fullgjorts i en annan medlemsstat i Europeiska unionen eller i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet betraktas som ersättningsperioder i pensionsförsäkringshänseende endast när de inträffar efter det att förordningen trädde i kraft i den, medan sådana perioder av barnuppfostran som fullgjorts i den första staten betraktas som ersättningsperioder utan någon tidsmässig begränsning.