

Bulletin luxembourgeois des questions sociales
2005 Volume 17

La reconnaissance des périodes d'éducation d'enfants dans un autre pays de l'Union européenne, séminaire du 18 mars 2005 à Mondorf-les-Bains dans le cadre des travaux de la Commission administrative de la sécurité sociale des travailleurs migrants



*Présidence luxembourgeoise
du Conseil de l'Union européenne*



a l o s s

association luxembourgeoise
des organismes de sécurité sociale



a l o s s

association luxembourgeoise
des organismes de sécurité sociale

BP 1308
L-1013 Luxembourg

ISBN 2-495-23048-2

Les articles reproduits n'engagent que la responsabilité
de leurs auteurs et non les administrations et les
institutions dont ils relèvent

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
RAPPORT INTRODUCTIF Francis Kessler	5
I. LA PROBLÉMATIQUE	8
II. LES APPORTS DE LA COUR: LES ARRÊTS ELSÉN ET KAUER, HOEVER ET ZACHOW ET KUUSIJÄRVI	11
II.1.Les arrêts Elsen et Kauer	11
II.2.Les apports des arrêts Hoever-Zachow et Kuusijärvi	12
II.3.Les questions en suspens	14
II.3.1.Les incertitudes demeurant suite aux arrêts Elsen et Kauer	14
II.3.2.L'assimilation des faits	16
III. LES RÈGLES DE COORDINATION	17
III.1.Le choix des règles de coordination: pistes de réflexion	17
III.1.1.Le choix des règles de coordination des prestations familiales	17
III.1.2. Le choix des règles de coordination des pensions	21
III.1.3. La limitation des périodes d'éducation: une solution?	22
III.2.La construction soumise à discussion	22
III.3.Une amélioration de la circulation des informations	24
RAPPORT Jean-Claude Fillon	31
Quelques remarques préalables	31
I. Quelle législation doit être appliquée?	33
II. D'autres législations peuvent-elles être impliquées?	35
III. D'éventuels cumuls d'avantages doivent-ils être limités?	37
En guise de conclusion	40
RAPPORT Bernhard Spiegel	43
1. DIE THESE – VERSUCH EINER ERSTEN EINORDNUNG	45
2. DIE ANTITHESE – DIE JUDIKATUR DES GERICHTSHOFS	48
RAPPORT Prodromos Mavridis	55
Introduction	55
1. Point de départ: une certaine confusion sur les règles applicables	56
2. La nécessité de rappeler les principes de base et leur mise en oeuvre	57

I. TOTALISATION DES PERIODES D'ASSURANCE	58
1. Objectif de la totalisation: unifier la carrière des personnes qui se délient	58
2. Notion de période d'assurance	59
3. Reconnaissance mutuelle des périodes d'assurance	60
a) Les périodes ne doivent pas être "convertibles"	60
b) Quelques exemples de mise en œuvre de ce principe	61
c) Le parallélisme avec le principe de la reconnaissance mutuelle	62
II. TOTALISATION ET ASSIMILATION DES FAITS	63
1. Assimilation des faits en matière de sécurité sociale	63
1.1. Arrêts hostiles	64
1.2. Arrêts favorables	64
2. La consécration du principe d'assimilation des faits par le règlement 883/04	68
2.1. Portée du principe	69
2.2. Le principe de l'assimilation des faits et les libertés de circulation	70
2.3. Quelles sont les conséquences en cas de non respect du principe d'égalité?	72
a) Adaptation des législations nationales	72
b) Annulation des dispositions du règlement	73
c) Pas d'exceptions non objectivement justifiées	74
III. LES DROITS DECOULANT DE LA CITOYENNETE EUROPEENNE	76
A. L'irruption de la citoyenneté	76
B. Quels changements apporte la citoyenneté?	77
1. L'invocation de la citoyenneté dans le pays d'accueil	77
2. L'impact de la citoyenneté sur l'article 39 CE	79
3. Les limites: lien réel entre le demandeur d'allocations et l'Etat membre	79
4. La révolution Elsen? Invocation de la citoyenneté à l'égard de l'Etat compétent	80
a) La nouveauté: l'invocation de l'article 18 CE	80
b) Le lien de rattachement avec un ordre juridique - l'incidence du 13 2 f	82
c) Limites pour les assurances fondées sur la résidence	83
Conclusions	84
NOTES CASSTM	85
Aufzeichnung der deutschen Delegation vom 8. Februar und vom 13. Juni 2005 (CA.SS.TM. 054/05 + 214/05)	87
Österreichische Aufzeichnung vom 1. April 2005 (CA.SS.TM. 116/05)	91
Note from Norway of 1st April 2005 (CA.SS.TM. 128/05)	93
Note luxembourgeoise du 4 avril 2005 (CA.SS.TM. 134/05)	95
Note portugaise du 05.04.2005 (CA.SS.TM. 135/05)	99
Note from the Czech Republic of 11 April 2005 (CA.SS.TM. 136/05)	101
Note from Cyprus of 13 April 2005 (CA.SS.TM. 138/05)	103
Note from Poland of 13 April 2005 (CA.SS.TM. 139/05)	105
Note de l'Italie du 13.04.2005 (CA.SS.TM. 140/05)	107
Note de la Grèce du 15.04.2005 (CA.SS.TM 147/05)	109
Note from Estonia of 15 April 2005 (CA.SS.TM. 149/05)	115
Note de la République slovaque du 15 avril 2005 (CA.SS.TM. 151/05)	117
Note de la délégation espagnole du 18 avril 2005 (CA.SS.TM. 153/05)	121

Note from Latvia of 18 April 2005 (CA.SS.TM. 154/05)	123
Note from Denmark of 20 April 2005 (CA.SS.TM. 166/05)	125
Note from Malta of 22 April 2005 (CA.SS.TM. 167/05)	127
Note from Ireland of 25 April 2005 (CA.SS.TM. 162/05)	129
Note de la Hongrie du 26 avril 2005 (CA.SS.TM. 165/05)	131
Note française du 26 avril 2005 (CA.SS.TM. 170/05)	133
Note from Lithuania of 3 May 2005 (CA.SS.TM. 180/05)	139
Note from Slovenia of 12 May 2005 (CA.SS.TM. 187/05)	141
Note belge du 20 mai 2005 (CA.SS.TM. 194/05)	143
Note from the United Kingdom of 23rd May 2005 (CA.SS.TM. 196/05)	147
Note from the Netherlands of 30 May 2005 (CA.SS.TM. 201/05)	149
Liechtensteinische Aufzeichnung vom 1. Juni 2005 (CA.SS.TM 202/05)	151
Note de la Suède du 8 juin 2005 (CA.SS.TM 205/05)	153
Conclusions de la Présidence luxembourgeoise	157

Introduction

Claude EWEN

Président de la Commission administrative de la sécurité sociale des travailleurs migrants durant la présidence luxembourgeoise à l'Union européenne en 2005

A l'occasion de la présidence luxembourgeoise à l'Union européenne durant la première moitié de l'année 2005, le Ministère de la sécurité sociale avait décidé de traiter le thème de la reconnaissance, au titre du droit communautaire, des périodes d'éducation des enfants dans le cadre de l'assurance pension, et d'analyser notamment les situations où l'éducation des enfants a eu lieu dans un autre pays que celui qui est compétent pour l'octroi de la pension.

En effet, nombreux sont les pays de l'Union européenne qui reconnaissent le travail éducatif des parents dans leur carrière d'assurance pension et accordent des prestations qui peuvent prendre des formes diverses. Schématiquement ces prestations peuvent être regroupées en trois catégories:

- la lacune dans la carrière d'assurance pension des parents peut être compensée par le paiement de cotisations, à charge de l'Etat ou d'une autre instance;
- parfois l'éducation des enfants est reconnue moyennant attribution de périodes qui sont qualifiées selon les circonstances comme gratuites, assimilées ou validées;
- souvent le travail éducatif est reconnu par l'octroi de prestations liées à la résidence, qui s'apparentent à des prestations familiales, mais qui ont des répercussions directes ou indirectes sur la détermination ultérieure des droits à pension.

Le règlement 1408/71 en matière de coordination des régimes de sécurité sociale connaît des mécanismes pour éviter les entraves à la libre circulation des personnes reconnue par le traité. Ainsi les droits en matière de sécurité sociale ne doivent pas se perdre au détriment des personnes qui se déplacent à l'intérieur de l'Union.

Dans le cadre des travaux de la CASSTM, un séminaire a été organisé le 18 mars 2005 à Mondorf-les-Bains dont l'objectif était d'analyser le traitement de ces prestations d'éducation des enfants en matière d'assurance pension, notamment au vu du texte actuel du règlement 1408/71 et des apports de la jurisprudence de la Cour de Justice européenne en la matière.

Par ailleurs il s'agissait de tirer des conclusions utiles pour le nouveau règlement d'application projeté.

Pour stimuler la discussion un rapport de synthèse a été établi par le professeur Francis KESSLER de l'université de Paris I-Sorbonne.

Le séminaire a débuté par une présentation par le professeur Francis KESSLER. Ensuite Messieurs Jean-Claude FILLON, Bernhard SPIEGEL et Prodromos MAVRIDIS ont fait une analyse de la problématique et ont commenté le rapport en vue de lancer les débats. Il est à noter que les opinions dans les rapports des intervenants qui sont publiés dans le présent livre sont strictement personnelles.

Lors du séminaire il y a eu une discussion d'ordre général ce qui a permis à la présidence luxembourgeoise de tirer des conclusions qui ont été largement acceptées lors de la seconde réunion de la CASSTM qui a eu lieu à Bruxelles les 25 et 26 mai 2005.

Dans le présent *Bulletin luxembourgeois des questions sociales* le lecteur peut trouver le rapport introductif, les interventions des trois orateurs, l'ensemble des notes établies à ce sujet par les différentes délégations nationales dans le cadre des travaux de la CASSTM, ainsi que les conclusions de la présidence luxembourgeoise. A noter que les documents sont reproduits dans la langue originale, utilisée par les orateurs. Les notes sont publiées dans la langue originale pour autant qu'il s'agit du français, de l'allemand ou de l'anglais. Pour les autres langues officielles de l'Union européenne, la traduction anglaise ou française est reprise.

J'espère bien que la publication des actes et documents du séminaire de Mondorf-les-Bains intéressera tous les participants en leur permettant, le cas échéant, de relire des interventions extrêmement intéressantes et très riches quant à leur contenu. Pour tous ceux qui n'ont pas participé au séminaire, la lecture du présent *Bulletin luxembourgeois des questions sociales* leur permettra de se familiariser avec la problématique discutée.

Le présent livre est censé être une contribution supplémentaire dans la discussion sur ce sujet intéressant et est destiné à faire avancer les idées et concepts en vue d'apporter une solution équitable à tous ceux et toutes celles qui ont usé de leur liberté de circulation reconnue par le Traité et qui ont éduqué leur(s) enfant(s) dans un autre pays de l'Union que celui qui était antérieurement ou postérieurement compétent pour leur carrière en matière de pension.

La reconnaissance des périodes d'éducation d'enfants dans un autre pays de l'Union européenne

**seminaire du 18 mars 2005
Mondorf-les-Bains**

**dans le cadre des travaux de la
Commission administrative de la sécurité sociale
des travailleurs migrants**

Rapport introductif

Francis KESSLER

*Professeur à
l'Université de Paris I
Panthéon Sorbonne*

“le juriste qui dénonce la sénescence de certaines règles et en propose d'autres n'a pas le dessein d'ébranler le statisme du droit. Pour lui, l'esprit de la réforme se concilie parfaitement avec l'esprit de conservation. Réparer le vieil édifice, c'est empêcher qu'il risque de s'écrouler. L'adaptation de règles anciennes à des situations nouvelles est une forme heureuse de conservation”¹⁾.

Ce rapport traite de la problématique de la prise en compte des périodes d'éducation des enfants au niveau des pensions. Il ne porte, par conséquent, pas sur la compensation financière des pertes de gains durant ces interruptions du travail qui relève de la seule compétence des Etats membres. Ces allocations familiales sont régies, dès lors qu'il y a situation transnationale dans le champ d'application géographique et personnel du règlement 1408/71, par les règles de coordination spécifique en la matière.

Seule les questions de la validation, et le cas échéant de la computation, de ces périodes dans le calcul des pensions, traditionnellement considérées comme une mesure accessoire à la compensation dans leur dimension communautaire, seront abordées ici.

Jusqu'à présent ces questions n'ont été que peu abordées sous cet angle par la doctrine spécialisée²⁾. Il est toutefois à gager que les administrations et le cas échéant les tribunaux seront de plus en plus confrontés à des difficultés liées à ces mécanismes. A cela deux raisons. Même si les migrations intra-européennes restent globalement modestes, elles augmentent régulièrement et avec elles la fréquence de cas possible d'application transnationales des

1) G. Ripert: *Les forces créatrices du droit* 2^{ème} édition LGDJ 1955 p. 2.

2) Voir toutefois B. Spiegel: *Kindererziehungszeiten in einem anderen Mitgliedstaat. Aktuelle EG-Fragen* in G. Kuras, M. Neumayr, A. Spenling (Hrsg.): *Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht Festschrift Peter Bauer, Gustav Maier, Karl- Heinz Petrag, Manzshe Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2004* p 363; R. Schuler in M. Fuchs (Hrsg.): *Kommentar zum europäischen Sozialrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2002.

diverses règles nationales. Par ailleurs, l'évolution des équations de calcul des régimes de base des pensions de vieillesse est telle que celles-ci deviennent, quelque soit le type de réforme mis en oeuvre, d'une part plus contributives, d'autres part assorties de pénalités accrues dès lors que toutes les conditions pour une pension à taux plein ne sont pas remplies. En d'autres termes, la question de la validation ou non des périodes d'éducation lors de la liquidation de la pension gagnera mécaniquement en intérêt à l'avenir. Sont bien entendu concernés en premier chef, les assurés sociaux ayant des carrières incomplètes ou insuffisantes et qui souhaitent "bonifier" par la validation de ces périodes leurs temps d'assurance.

La détermination des conditions d'attribution et de la quotité de ces validations de période d'assurance est du ressort de la législation nationale, il n'existe pas de règles communautaires destinées à encadrer ces règles.

Une analyse exhaustive de la législation nationale des pays concernés (voir infra annexe 1) montre que ces "périodes d'assurance symbolique" sont des plus diverses. Ainsi, selon nos informations les législations Etats dont l'acquisition de droits repose sur le résidence ne connaissent pas ce type de règles; celles visant une stricte relation entre pension et revenu d'activité non plus. Néanmoins, ces Etats peuvent être concernés par la question de la validation des périodes éventuellement acquises dans un autre pays de l'EEE ou de la Suisse.

Mais il est à noter que ces "validations de périodes de pension", comme elles sont parfois appelées, sont conçues dans certaines législations comme des prestations familiales, elles sont alors des éléments de politiques natalistes; il n'y a de validation des périodes d'éducatons que si elles sont liées à l'attribution d'une prestation familiale, dont elles sont l'accessoire. En cela, elles peuvent rendre compte des politiques de conciliation de l'emploi et de la vie familiale promue par notamment au niveau communautaire en permettant des périodes d'absence au travail sans diminution corrélative des droits à pension.

La prise en compte des périodes d'éducation est dans d'autres pays, conçue comme une situation particulièrement digne de protection, comme peuvent l'être d'autres formes de travail domestique ou de service à la personne, telle la prise en charge à titre bénévole des personnes dépendantes. Il y a alors validation de ces périodes sans qu'il y ait nécessairement versement d'une prestation familiale sous forme d'un revenu de remplacement.

Ces périodes servent explicitement dans certains Etats pour parfaire la condition de stage (dite aussi "période d'attente" ou "période de participation minimale") requise pour l'obtention d'une pension voire parfois même pour l'obtention d'une pension anticipée. La "période assimilée" sert alors à fonder le droit à pension. En pratique, il s'agit d'une disposition que l'on trouve dans les pays ayant de longue période de stages pour l'acquisition de droits à pension.

Ces périodes peuvent être valorisées comme forme d'aide dans l'acquisition d'un droit à un minimum de pension ou comme majoration dans le calcul de la pension. Ces prestations sont conçues comme des "*prestations de substitution*", qui comblent des périodes de non cotisations.

Elles peuvent alternativement être conçues comme "*des prestations complémentaires*", à des cotisations. Dans ce dernier cas il n'est pas nécessaire qu'il y ait interruption de travail pour l'éducation des enfants: certains pays connaissent une majoration (ou bonification) temporaire des cotisations pour les parents travaillant tout en élevant des enfants. Des plafonds de revenus de l'activité professionnelle sont alors généralement applicables, pour éviter des cumuls trop choquants. Autre méthode: il peut y avoir des majorations différentielles de cotisations entre celles versées comme complément de prestations parentales et la rémunération que l'assuré aurait perçu s'il avait continué à travailler; ces règles trouvent le plus souvent application lorsqu'un des parents (ou les deux) réduit (réduisent) leur temps de travail pour se consacrer à l'éducation des enfants.

La prise en compte des périodes d'éducation peut prendre la forme d'une cotisation - reposant sur un salaire fictif - versée par l'Etat au régime d'assurance vieillesse. Mais dans certains pays les cotisations sont à la charge des organismes de gestion des prestations familiales. Dans d'autres législations enfin, il peut y avoir une solidarité des assurés sociaux qui prend la forme d'une "*validation gratuite*", sans contrepartie financière. La "*communauté des assurés pension*" prend alors en charge les éventuelles bonifications de pension.

Les dénominateurs communs de ces mécanismes sont les suivants. Ils permettent d'abord d'améliorer la situation du bénéficiaire lors du calcul de la pension de vieillesse. Aussi, ces prestations qui bien que classées dans l'accompagnement de l'éducation des enfants ont une dimension non négligeable en droit des pensions. Seconde caractéristique, l'effet de ces mesures n'est pas immédiat, il s'agit en quelque sorte d'un crédit, qui sera plus ou moins utilisé, au moment de la liquidation de la pension. En d'autres termes, ces mesures ont un effet différé sur le montant de la pension, souvent bien après la période effective l'éducation des enfants; la "*carrière*" de l'assuré doit alors être réexaminée en tenant en compte des périodes, et de législation applicable au moment de l'éducation des enfants, ce qui peut poser d'indéniables problèmes de preuves et /ou de connaissance de la législation applicable. Cet effet différé qui peut poser problème notamment lorsque la situation est transnationale. Enfin, troisième caractéristique: bien que souvent liées à la politique familiale nationale, ces prestations n'en constituent pas moins, non pas un avantage "*familial*", mais un avantage individuel s'inscrivant dans le mécanisme de calcul de la pension de celui des parents – ou des deux *prorata temporis* – qui est destinataire de la mesure. Les mécanismes visés ont donc un caractère "*hybride*" très marqué qui

peuvent rendre difficile le choix des règles applicables de coordination des régimes de base de la sécurité sociale;

Du point de vue du règlement 1408/71, il est possible de classer ces prestations dans la catégorie des “nouvelles prestations”; elles ne sont pas destinées à compenser une perte de revenus et ne sont pas des mesures d’assistance au sens de la Cour³⁾.

Il n’a pas été procédé, dans le cadre de ce rapport, à une véritable enquête sur les pratiques de prise en compte des périodes d’éducation accomplies dans un Etat autre que celui qui est saisi pour la liquidation des pensions. L’information sur les pratiques d’échanges d’information est pour le moins difficile à obtenir et supposerait des investigations approfondies auprès des 29 Etats concernés et peut-être auprès de nombreuses institutions qui ne communiquent pas nécessairement sur la question. L’on sait toutefois que certains Etats ne valident les droits afférents à ce type de période que sur demande expresse.

Nous partons également de l’hypothèse de pratiques très variables dès lors qu’un assuré social se trouvait dans une situation transnationale, construite à partir de divers documents administratifs. Des difficultés de prise en compte dans le processus de totalisation de périodes d’assurance de ces “périodes d’assurance symbolique” ont pu être rapportées notamment dans des situations de travail frontalier ou lorsque des assurés élèvent leurs enfants dans un Etat autre que celui ils ont résidé ou travaillé. Il est vrai qu’il n’y a pas d’harmonisation des comportements des différentes institutions dans l’évaluation des périodes d’assurance indiquées sur les formulaires E 205. Il n’existe pas de disposition dans le règlement 1408/71, ni dans le règlement 574/72 portant sur les critères à appliquer en fonction de la nature des diverses périodes d’assurance à prendre en considération.

Quelques pistes de réflexion sont donc proposées.

I. LA PROBLÉMATIQUE

La prise en compte des périodes pendant lesquelles des assurés sociaux ont élevé un ou plusieurs enfants peut théoriquement poser problème dans plusieurs cas de figure.

Les pays dans lesquels les droits de vieillesse reposent sur une certaine durée de résidence ne connaissent pas, en principe, une telle validation gratuite dans leur propre législation; elle est, en effet, dépourvue de sens dans la logique d’un système basé sur la résidence. Ces pays doivent toutefois reconnaître, en application des règles communautaires, les périodes d’emploi ou de résidence accomplies sur le territoire d’un autre Etat

3) K. Alaviuhkola: Co-ordination of “new” benefits in: R. Langer, M. Sasklin (ed.): coordinating work based and residence based social security. Helsinki, Forum Iuris 2004 p. 174.

membre. Mais qu'en est-il lorsque les périodes d'éducation ont été accomplies sur le territoire d'un Etat qui reconnaît ces périodes d'éducation au titre de son droit à retraite? Ou encore lorsque les périodes d'éducation se sont déroulées sur le territoire de deux Etats, dont l'un subordonne la validation de ces périodes d'éducation à la perception par le bénéficiaire de prestations familiales et l'autre non?

Ces problèmes de reconnaissance de période d'éducation se rencontrent également lors de la totalisation de périodes se fait dans des pays d'assurance sociale reconnaissant de telles périodes d'éducation alors que la législation de l'Etat dans lesquels ces périodes ont été accomplies n'en connaît pas. Il peut également y avoir problème lorsque la législation dans laquelle ces périodes ont été accomplies offre des prestations d'un niveau moins élevées que dans le pays d'origine. De même, dans certains Etats ces périodes ne sont pas qualifiées comme des périodes d'assurance obligatoire mais comme des périodes d'équivalence. Ces dernières peuvent être soit moins valorisées que les périodes d'assurance obligatoire ou ne pas être comptées du tout pour l'ouverture des droits à prestations, mais uniquement pour le calcul de celles-ci. Au résultat, il y aura une validation moindre que celles du pays originel d'affiliation des périodes d'éducation accomplies dans ce pays; le changement d'Etat conduit alors à une moindre prise en compte de ces périodes dans le calcul de la pension du fait de la migration. Enfin, les périodes en question ne sont dès lors pas nécessairement déclarées en tant que tel, ce qui peut conduire à des désavantages au moment de la liquidation de la pension; parfois les avis des administrations nationales appelées à coopérer de façon harmonieuse dans une situation bilatérale divergent.

Ces difficultés résultent d'abord des textes. L'article 42 CE (ex-article 51) du Traité de Nice dispose bien que *"le Conseil statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, adopte, dans le domaine de la sécurité sociale, les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, en instituant notamment un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants et à leurs ayant-droit: a) la totalisation pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales"*. Mais, le règlement 1408/71 d'exécution du principe figurant à l'article 42 CE utilise des notions différentes. En son article 1 r) sont visées *"les périodes de cotisation, d'emploi ou d'activité non salariée"* et toutes les *"périodes assimilées"* reconnues par la législation applicable comme équivalant aux périodes d'assurance. L'article 45 §1 du même règlement vise *"les périodes d'assurance ou de résidence"*. Le règlement 574/72, pour sa part ne propose que des règles générales à caractère technique mais qui ne résolvent pas le problème de la prise en compte ou non de ces périodes. L'article 1 r) se contente de préciser que chaque période d'assurance revêt la valeur et la nature que lui attribue la législation sous laquelle elle a été accomplie. Pour reprendre la formule de la Cour *"le règlement n° 1408/71 n'*

*a pour objet, conformément à l' article 51 du traité CEE qu' il est appelé à mettre en oeuvre, que la totalisation, pour l' ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes les périodes prises en considération par les différentes législations nationales, et qu' il ne détermine pas les conditions de constitution de ces périodes*⁴⁾.

Il en résulte qu' il dépend exclusivement de la législation nationale de l'Etat ou la période d' éducation à été effectuée de déterminer si la période en question est une période retenue ou non dans le calcul de la pension d' un autre Etat.

Des législations peuvent prévoir la validation de ces périodes n' est possible que dès lors qu' elles aient été effectuées sur le territoire national, les périodes d' éducation accomplies à l' étranger sont donc explicitement exclues de la prise en compte.

A l' inverse, par exemple, pour un travailleur frontalier résidant dans un pays qui connaît une pension de retraite calculée sur la seule durée de résidence et qui travaille dans un pays d' assurance sociale connaissant des validations pour les périodes d' éducation, il y aura une double validation des périodes d' éducation: une fois au titre de la résidence et une fois, en application des règles communautaires au titre de période assimilée à une période de travail. Il y aura rémunération parallèle de cette période par plusieurs régimes de pensions même en présence de règles nationales spécifiques pour éviter de multiples validations d' une même période.

Or l' on sait que en application de l' article 42 CE du Traité, les règles de coordination entendent garantir *“à l' intérieur de la Communauté, d' une part, à tous les ressortissants des États membres l' égalité de traitement au regard des différentes législations nationales et, d' autre part, aux travailleurs, le bénéfice des prestations de sécurité sociale, quel que soit leur lieu d' emploi ou de leur résidence*⁵⁾ et que le but des règles de l' ex-article 51 du traité CE *“est de permettre au travailleur migrant d' obtenir l' ouverture du droit à prestations pour toutes ses périodes de travail ou périodes assimilées, effectuées dans divers États membres, sans discrimination à l' égard d' autres travailleurs en raison de l' exercice de son droit à libre circulation*⁶⁾.

4) CJCE 28 février 1989, Schmitt, Aff. 29/88, Rec 1989.58 obs. Ph. Watson *European Law Review* 1989 p.34; note S. Neri *Affari Sociali Internazionali* 1989 n° 4 p.185-188; CJCE12 mai 1989 *Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging* Aff. 388/87, Rec. 1989.1203.

5) CJCE 29 juin 1988, Rebmann, aff. 58/87, rec. p. 3467, point 12.

6) CJCE 9 juillet 1975, d'Amico, aff. 20/75, rec. p. I-891, point 10.

II. LES APPORTS DE LA COUR: LES ARRÊTS ELSEN ET KAUER, HOEVER ET ZACHOW ET KUSSIJAERVI

La Cour de justice des communautés européennes est intervenue à deux reprises dans des situations bien particulières. Dans l'affaire Elsen, la Cour a traité de la situation du départ d'un assuré d'un pays qui connaît des périodes d'éducation, dans l'affaire Kauer, il y a eu interruption de l'assurance pour cause d'éducation d'un enfant dans un autre pays puis reprise de celle-ci.

II.1. Les arrêts Elsen et Kauer

Dans un premier temps, la Cour de justice des communautés européennes a, dans l'arrêt Elsen⁷⁾ jugé que *“les articles 8 A, 48 et 51 du traité font obligation à l'institution compétente d'un État membre de prendre en compte, aux fins de l'octroi d'une pension de vieillesse, les périodes consacrées à l'éducation d'un enfant, accomplies dans un autre État membre, comme si ces périodes avaient été accomplies sur le territoire national, par une personne qui, au moment de la naissance de l'enfant, avait la qualité de travailleur frontalier occupé sur le territoire du premier État membre et résidant sur celui du second État membre”*. Ce faisant elle a fait échec à une disposition législative allemande qui réservait la prise en compte des périodes d'éducation à une condition de résidence sur le territoire allemand et qui excluait de facto les travailleurs frontaliers.

L'arrêt Elsen prône l'application de la législation de l'Etat du dernier emploi, au sens de l'article 13§2 a) du règlement 1408/71, peu importe que le lieu de résidence de la bénéficiaire soit fixé dans un autre Etat membre. Pour la Cour de justice en effet, même si elle a cessé toute activité professionnelle après son dernier emploi en Allemagne, il faut *“constater que, s'agissant de la prise en compte, au titre de l'assurance vieillesse, de périodes consacrées à l'éducation d'un enfant, ininterrompues à compter de la naissance, l'intéressée a exclusivement travaillé en Allemagne et était soumise, en qualité de travailleur frontalier, à la législation allemande au moment de la naissance de l'enfant. Cette circonstance permet d'établir un lien étroit entre les périodes d'éducation en cause et les périodes d'assurance accomplies en Allemagne du fait de l'exercice d'une activité professionnelle dans cet État”*.

Il peut être déduit de l'arrêt que c'est l'Etat compétent au sens du Titre II du règlement 1408/71 qui doit valider les périodes en question.

Cette solution n'a pourtant pas été suivie telle quelle dans l'arrêt Kauer. Car, alors que dans sa jurisprudence Elsen, la Cour avait développé la notion de *“lien étroit”* la Cour a, dans l'arrêt Kauer⁸⁾, développé l'idée d'un *lien suffisant*

7) CJCE 23 novembre 2000 aff.C-135/99, Ursula Elsen, Rec. p. I-10409, points 25 à 28.

8) CJCE 7 février 2002 aff. C- 28/00, Kauer.

avec le pays dont la législation doit s'appliquer. La Cour constate alors que "la circonstance qu'une personne a, comme Mme Kauer, exclusivement travaillé dans un État membre et a été soumise à la législation de cet État au moment de la naissance de l'enfant, permet d'établir un lien suffisant entre ces périodes d'éducation et les périodes d'assurance accomplies du fait de l'exercice d'une activité professionnelle dans l'État considéré. C'est effectivement en raison de l'accomplissement de ces dernières périodes que Mme Kauer a demandé à une institution autrichienne la prise en compte des périodes consacrées à l'éducation de ses enfants durant l'interruption de sa carrière professionnelle".

Or, il s'agissait en l'occurrence d'une personne ayant donné naissance en Autriche en 1966, 1967 et 1968 après qu'elle eut travaillé dans cet Etat. Madame Kauer avait pourtant cessé de travailler peu avant la naissance de son premier enfant; elle a en 1970 accompagné son époux en Belgique où elle a élevé ses enfants. Puis elle a repris un emploi en 1975 en Autriche.

Cette jurisprudence entre dans la lignée de l'arrêt Ten Holder selon lequel "un travailleur qui cesse ses activités exercées sur le territoire d'un Etat membre et qui n'est pas allé travailler sur le territoire d'un autre Etat membre reste soumis à la législation de l'Etat membre de son dernier emploi, quel que soit le temps qui s'est écoulé depuis la cessation des activités en question et la fin de la relation de travail" et des arrêts de la Cour de justice qui ont condamné dans de nombreuses décisions des législations nationales qui, par leurs mécanismes d'attribution de droits, empêchent ou dissuadent un travailleur de quitter son Etat d'origine pour aller dans un autre Etat membre⁹⁾. C'est ce que l'on appelle les "entraves non discriminatoires". Mais l'arrêt est construit sur la technique du faisceau d'indices permettant de déterminer ce "lien suffisant" nécessaire; la naissance des enfants en Autriche nous semble toutefois pour le moins superfétatoire voire carrément contraire aux règles de base de l'Union européenne.

II.2. Les apports des arrêts Hoever-Zachow et Kuusijärvi

Dès lors que l'on qualifie la prise en compte des périodes d'éducation de prestations familiales, il convient d'appliquer la jurisprudence relative aux prestations familiales. Il en résulterait d'abord que "la distinction entre droits propres et droits dérivés ne s'appliquerait pas"¹⁰⁾.

Mais l'arrêt Hoever-Zachow nous apprend également que "la distinction entre prestations exclues du champ d'application du règlement n 1408/71 et prestations qui en relèvent repose essentiellement sur les éléments

9) Ex. CJCE 26 janvier 1999, Terhoeve; CJCE 22 novembre 1995, Vougioukas; CJCE 7 mars 1991, Masgio.

10) CJCE 10 octobre 1996, Hoever et Zachow, aff. C-245/94 et C-312/94, rec. p. I-4895, point 33.

constitutifs de chaque prestation, notamment ses finalités et ses conditions d'octroi, et non pas sur le fait qu'une prestation est qualifiée ou non par une législation nationale comme prestation de sécurité sociale". L'on peut considérer que l'arrêt Hoever-Zachow contient une méthode d'analyse des prestations généralisable à toutes les situations.

La jurisprudence Hoever-Zachow donne de plus une définition large des prestations familiales, qui permettrait d'englober le cas échéant les validations de périodes d'éducation des enfants.

La définition de l'arrêt Hoever-Zachow nous semble permettre l'application des règles du chapitre 7 du règlement 1408/71 aux périodes d'éducation.

L'arrêt Kuusijärvi reprend cette définition large. Mais il résulte de l'arrêt Kuusijärvi que *"le règlement 1408/71 ne s'oppose pas à ce que la législation d'un État membre prévoit qu'une personne, qui a cessé toute activité professionnelle sur son territoire, perde le droit au maintien des prestations familiales servies au titre de cette législation, au motif qu'elle a transféré sa résidence dans un autre État membre dans lequel elle vit avec les membres de sa famille"*¹¹⁾. Mais l'arrêt souligne également que *"l'article 13, paragraphe 2, sous f), du règlement (CEE) n° 1408/71, tel qu'inséré par le règlement (CEE) n° 2195/91 du Conseil, du 25 juin 1991, ne s'oppose pas à ce que la législation d'un État membre subordonne le droit d'une personne, qui a cessé d'exercer toute activité professionnelle sur son territoire, de continuer d'être soumise à la législation de cet État membre à la condition qu'elle y conserve sa résidence"*. En d'autres termes le règlement permet à une institution d'opposer une condition de résidence sur son territoire, pour servir des prestations familiales à une personne qui a cessé toute activité professionnelle sur son territoire et qui a transféré sa résidence avec sa famille, sur le territoire d'un autre État; une partie de la doctrine critique cette approche en la considérant comme contraire au principe du maintien des droits acquis.

Plaquer la solution de l'arrêt Kuusijärvi à la question de la prise en compte des périodes d'éducation des enfants dans les droits de pension conduirait à ce que toute personne qui quitte un État perde le bénéfice des périodes d'éducation.

11) CJCE 11 juin 1998, Kuusijärvi, aff. C-275/96, rec. p. I-3419, points 72 et 73.

II.3. Les questions en suspens

II.3.1. Les incertitudes demeurant suite aux arrêts *Elsen et Kauer*

Il n'en demeure pas moins que la question de savoir quand il y a un "*lien suffisant*" avec la réglementation nationale est posée, d'autant plus que la Cour semble avoir opté pour une interprétation large de la notion de "*lien suffisant*". Ainsi, en lisant l'arrêt *Kauer*, il pourrait être argumenté qu'il convient de tenir compte des périodes d'éducation des enfants d'une femme qui épouse un travailleur détaché d'un Etat membre vers un autre Etat membre, alors qu'elle n'a jamais travaillé en Autriche au motif que cette prise en compte produit un effet sur la situation du détaché qui n'a pas besoin d'assurer son épouse spécialement auprès de l'assurance pension du premier Etat.

L'arrêt *Kauer* laisse également ouverte la question de la "*survie*" dans le temps du lien suffisant: dans les faits propres à l'arrêt *Kauer* l'interruption de la présence sur le territoire national avait été suivie cinq ans plus tard par une reprise du travail dans le pays d'origine. Mais que se passerait-il si le travail était repris dans un autre pays de l'UE? Il est tentant de considérer qu'il y a une "*rupture du lien*", ou que le lien ne soit, dès lors "*plus suffisant*", ou "*suffisamment suffisant*". Cette solution serait toutefois étrange car et contraire au principe de liberté de circulation et d'installation des travailleurs. La Cour a abordé cette question dans le point 36 de l'arrêt *Kauer*; elle a dit pour droit que "*ce renvoi à la législation interne démontre clairement que le règlement n° 1408/71, notamment aux fins de la totalisation de périodes d'assurance, s'en remet aux conditions auxquelles le droit interne subordonne la reconnaissance d'une période déterminée comme équivalente aux périodes d'assurance proprement dites [voir, s'agissant du règlement n° 3 du Conseil, du 25 septembre 1958, concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants (JO 1958, 30, p. 561), arrêt du 5 décembre 1967, *Welchner*, 14/67, Rec. p. 427, 436, et, s'agissant du règlement n° 1408/71, arrêt du 7 février 1990, *Vella e.a.*, C-324/88, Rec. p. I-257]. Toutefois, cette reconnaissance doit s'opérer dans le respect des dispositions du traité CE relatives à la libre circulation des personnes (voir, notamment, arrêts du 15 octobre 1991, *Faux*, C-302/90, Rec. p. I-4875, points 25 à 28, et du 17 septembre 1997, *Iurlaro*, C-322/95, Rec. p. I-4881, point 28) [souligné par nous].*

Si la solution est cohérente au regard des principes qui guident la Communauté européenne il se pose néanmoins la question de savoir quand et dans quelle condition il y a peut y avoir cessation du "*lien suffisant*".

Il se peut par ailleurs qu'une allocation d'éducation d'enfant d'un Etat soit exportée, en tant que prestation familiale dans un autre Etat¹²⁾. L'absence de lien suffisant (par exemple pour les ayant-droit le fait que l'assuré change de lieu d'emploi) pourrait toutefois en application des jurisprudences Elsen et Kauer conduire à ce que l'Etat qui exporte l'allocation d'éducation d'enfant ne reconnaisse pas ces périodes d'éducation dans le calcul de la pension.

Autre lacune. De facto les arrêts Elsen et Kauer ne visent que la situation dans laquelle une période d'éducation d'enfant dans un autre pays est intercalée entre deux périodes de travail, de préférence dans un même Etat qui connaît la reconnaissance des périodes d'éducation.

Si une personne accomplit une période d'assurance dans un pays A, qui connaît la reconnaissance des périodes d'éducation. Puis elle émigre dans un autre pays dans lequel elle élève ses enfants, sans pourtant s'affilier dans ce pays. A ce jour, on ne sait si le pays A est compétent pour prendre en compte les périodes d'éducation d'enfants. L'article 13 § 1 f) qui prévoit que *"la personne à laquelle la législation d'un État membre cesse d'être applicable, sans que la législation d'un autre État membre lui devienne applicable en conformité avec l'une des règles énoncées aux alinéas précédents ou avec l'une des exceptions ou règles particulières visées aux articles 14 à 17, est soumise à la législation de l'État membre sur le territoire duquel elle réside, conformément aux dispositions de cette seule législation"* trouvera-t-il application?

De même, s'il y a d'abord période d'éducation sur le territoire d'un autre Etat membre qui précède une période d'assurance au titre d'une législation qui reconnaît la validation de telle période pour le calcul des pensions; aucune jurisprudence communautaire ne tranche la question. La Cour fédérale sociale allemande a dans un arrêt du 31 août 2000¹³⁾ considéré que dans ce cas, en application du seul droit allemand il ne saurait y avoir de validation des périodes d'éducation à l'étranger dès lors que la personne réclamant une pension de vieillesse allemande n'a jamais été assurée sociale en Allemagne avant la période d'éducation de l'enfant. La solution contraire heurterait l'égalité de traitement avec la personne qui a élevé son enfant en Allemagne sans avoir été assuré social avant la période d'éducation.

De plus, la situation dans laquelle une personne a d'abord travaillé dans un pays A, a ensuite élevé ses enfants sur le territoire de l'Etat B, puis accompli des périodes d'assurance sous la législation dans un Etat C où elle introduit sa demande de pension. Il peut y avoir conflit de compétence, sans qu'aucune jurisprudence ne vienne, à ce jour, donner de solution.

12) Aff. C-245/94 et C-312/94 *Hoever et Zachow*.

13) B 4 RA 51/99 R.

Enfin, dans l'hypothèse la prise en compte des périodes d'éducation des enfants au niveau des pensions seraient considérées comme des prestations familiales, il y aurait des difficultés d'articulation entre la jurisprudence Kuusijärvi, qui permet de ne pas exporter des prestations familiales et la jurisprudence Kauer, qui conduit à tenir compte des périodes d'éducatons accomplies à l'étranger entre deux périodes d'assurance. Cette distinction paraît néanmoins très artificielle.

II.3.2. L'assimilation des faits

Le principe de l'égalité de traitement vise l'assimilation des ressortissants de chacun des Etats membres aux nationaux de l'Etat d'accueil; celle-ci est complétée par l'assimilation de certains faits ou situations qui se sont produits sur le territoire de chacun des Etats membres à des faits analogues qui se seraient produits sur le territoire de l'Etat compétent. On constate que la technique de l'assimilation des situations est largement utilisée en droit de la sécurité sociale. Mais il n'y a pas dans le règlement 1408/71 de disposition générale qui oblige les institutions de sécurité sociale de tenir compte des faits qui se déroulent dans un autre Etat membre.

L'article 5 du règlement n° 883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale prévoit sous l'intitulé "Assimilation de prestations, de revenus, de faits ou d'événements":

À moins que le présent règlement n'en dispose autrement et compte tenu des dispositions

particulières de mise en oeuvre prévues, les dispositions suivantes s'appliquent:

a) si, en vertu de la législation de l'État membre compétent, le bénéfice de prestations de sécurité sociale ou d'autres revenus produit certains effets juridiques, les dispositions en cause de cette législation sont également applicables en cas de bénéfice de prestations équivalentes acquises en vertu de la législation d'un autre État membre ou de revenus acquis dans un autre État membre;

b) si, en vertu de la législation de l'État membre compétent, des effets juridiques sont attribués à la survenance de certains faits ou événements, cet État membre tient compte des faits ou événements semblables survenus dans tout autre État membre comme si ceux-ci étaient survenus sur son propre territoire.

Il s'agit là de la formulation d'un principe général d'assimilation des faits. Celui-ci peut viser les hypothèses ou l'éligibilité à certaines prestations dépend du service d'autres prestations déterminées. Ainsi, entreraient dans le champ de l'alinéa a) de l'article 5 article toutes les hypothèses ou "les périodes symboliques" seraient accordées sous condition de la perception de prestations familiales. Mais la prise en compte, des périodes d'éducation

des enfants dans le calcul de la pension de vieillesse ne répond pas nécessairement à cette condition.

La disposition balai de l'article 5 b) semble plutôt viser les hypothèses du type Singer ou Kussijärvi dans lesquelles la législation de l'Etat de résidence est appliquée. Cette hypothèse est autre que celle dégagée dans les arrêts Elsen et Kauer comme nous l'avons déjà vu

Ces exemples montrent le besoin de compléter les règles actuelles de coordination et selon nous les règles d'assimilation des faits, ce qui est techniquement possible dans la mesure où l'article 5 énonce que les règles qui y sont contenues s'appliquent sous réserve "que le présent règlement n'en dispose autrement".

III. LES RÈGLES DE COORDINATION

III.1. Le choix des règles de coordination: pistes de réflexion

Certains Etats considèrent que la prise en compte des périodes d'éducation des enfants dans le calcul de la pension de vieillesse est une prestation familiale. Pour autant la règle de conflit de loi contenue à l'article 73 qui a priori semble peu pertinent au regard de la validation de périodes d'éducation, se doit d'être examinée.

III.1.1. Le choix des règles de coordination des prestations familiales

L'article 73 du règlement 1408/71 vise en effet, à faciliter aux travailleurs migrants la perception des allocations familiales dans l'Etat où ils sont employés, lorsque leur famille ne s'est pas déplacée avec eux. Pour la Cour, "il ressort de l'article 73 du règlement 1408/71 que, aussi longtemps qu'un travailleur reste soumis à la législation sociale d'un Etat membre, il a droit, pour les membres de sa famille qui résident sur le territoire d'un autre Etat membre, aux prestations familiales prévues par la législation du premier Etat, comme s'ils résidaient sur le territoire de celui-ci"¹⁴⁾ Il a également été jugé que "l'article 73 vise à éviter qu'un Etat membre puisse refuser des prestations familiales du fait de la résidence des membres de la famille du travailleur dans un Etat membre autre que l'Etat membre prestataire. En effet, un tel refus pourrait dissuader le travailleur communautaire d'exercer son droit à la libre circulation et constituerait, dès lors, une entrave à cette liberté"¹⁵⁾.

Les règles de priorité des prestations familiales seraient alors applicables:

14) CJCE 14 mars 1989, Baldi, aff. 1/88, rec. p. 667; obs. Ph. Chenillet, RD sanit. soc. 1989, p. 551.

15) CJCE 22 février 1990, Bronzino, aff. C-228/88, rec. p. I-0531, point 12; CJCE 22 février 1990, Gatto, aff. C-12/89, rec. p. I-055.

Or l'article 76 du règlement 1408/71 vise à donner priorité aux prestations de l'État membre sur le territoire duquel les enfants résident et ou un des bénéficiaires en question exerce une activité professionnelle¹⁶). Ainsi, en cas de cumul de droits à prestations familiales en vertu de la législation de l'État compétent et en vertu de la législation de l'État de résidence des membres de la famille, le montant prévu par la législation de l'État compétent est suspendu jusqu'à concurrence du montant prévu par la législation de l'État de résidence des membres de la famille et si une demande de prestations n'est pas introduite dans l'État de résidence, l'institution compétente de l'autre État peut appliquer les dispositions de cumul, comme si des prestations étaient octroyées dans le premier État.

Cet article est un complément de l'article 73 du même règlement, qui vise à faciliter aux travailleurs migrants la perception des allocations familiales dans l'État où ils sont employés, lorsque leur famille ne s'est pas déplacée avec eux¹⁷).

La mise en oeuvre de l'article 76 conduit à une application distributive des législations. Selon la Cour cet article doit en effet être interprété en ce sens que le droit aux allocations familiales dues à l'un des parents par l'État membre d'emploi en vertu de l'article 73 dudit règlement n'est suspendu que jusqu'à concurrence du montant des allocations de même nature effectivement versées dans l'État membre sur le territoire duquel les membres de la famille résident. Lorsque le montant des allocations familiales effectivement perçu dans l'État membre de résidence est inférieur à celui des allocations prévues par la législation de l'autre État membre, le travailleur a droit, à charge de l'institution compétente de ce dernier État, à un complément d'allocation égal à la différence entre les deux montants¹⁸).

L'article 67 du nouveau règlement 883/2004 reprend cette idée.

Toutefois l'on examine, dans ce système, que l'activité d'une seule personne, l'allocataire, en pratique l'un ou l'autre parent (y compris l'ex-conjoint qui verse une pension alimentaire) ou du nouveau conjoint ou concubin de l'un ou l'autre parent. Or les deux parents peuvent être considérés dans certaines législations, notamment celles qui abondent les droits à pension pour cause d'éducation sans qu'il y ait suspension du travail, comme bénéficiant de droits.

16) CJCE 3 février 1983, *Robards*, aff. 149/82, rec. 1983, p. 171, point 15.

17) CJCE 4 juillet 1990, *Kracht*, aff. C-117/89, rec. p. I-2781, point 15.

18) CJCE 23 avril 1986, *Ferraioli*, aff. 153/84, rec. p. 1401 point 19; L'article 10 § 1 a) du règlement 1408/71 révisé ne suspend le versement des droits à prestations familiales ou allocations familiales en vertu de la législation de l'État d'emploi que jusqu'à concurrence du montant perçu pour la même période et pour le même membre de la famille, dans l'État de résidence par le conjoint exerçant une activité professionnelle sur le territoire dudit État (CJCE 19 février 1981, *Beeck*, aff. 104/80, rec. p. 503).

Par ailleurs, la Commission administrative a considéré que “pour l'application de l'article 76 et de l'article 79 paragraphe 3 du règlement (CEE) no 1408/71, sont à considérer comme dues “en raison de l'exercice d'une activité professionnelle” les prestations ou allocations familiales dues:

[..] b) au cours d'une période de suspension temporaire de cette activité: i) par suite de maladie, de maternité, d'accident du travail, de maladie professionnelle ou de chômage, avec maintien de la rémunération ou octroi des prestations correspondantes, à l'exclusion des pensions et rentes, [...]

2. Pour l'application de l'article 10 paragraphe 1 du règlement (CEE) no 574/72, est à considérer comme “exercice d'une activité professionnelle”:

[..] b) la suspension temporaire de cette activité i) par suite de maladie, de maternité, d'accident du travail, de maladie professionnelle ou de chômage, avec maintien de la rémunération ou octroi des prestations correspondantes, à l'exclusion des pensions et rentes [...] ¹⁹⁾.

L'on peut déduire que l'approche de la question en terme de prestations familiales est possible dans l'hypothèse où il y a eu interruption d'une activité assurée pour une éducation des enfants dans un autre Etat puis reprise de cette activité dans le pays d'origine (“*situation Kauer*”). Encore faut-il que le pays de résidence durant la durée du congé d'éducation procède à une validation des périodes qui soit équivalente à celle du pays où sera demandée la pension. A défaut, il devra être procédé par l'institution compétente, conformément aux règles en matière de prestations familiales, à une comparaison entre, d'une part, “*le montant*” des prestations familiales prévues par la législation de l'Etat de résidence des membres de la famille (figurant dans les renseignements attestés par l'institution du lieu de résidence) et, d'autre part, le “*montant des prestations familiales*” prévues par la législation qu'elle applique. Or cette comparaison risque d'être fort difficile dans le cadre du calcul d'une pension communautaire.

La qualification de prestation familiale n'écarterait toutefois pas la possibilité de créer des règles spécifiques de totalisation. Il est en effet mentionné au considérant 34 du règlement 883/2004 que “*compte tenu du fait que les prestations familiales ont un champ d'application très large, dans la mesure où certaines couvrent des situations qui pourraient être qualifiées de classiques alors que d'autres sont caractérisées par leur spécificité, ces dernières ayant fait l'objet des arrêts de la Cour de justice dans les affaires jointes C-245/94 et C-312/94, Hoever et Zachow, et dans l'affaire C-275/96, Kuusijärvi, il convient que toutes ces prestations soient réglementées*”.

19) Déc. N° 119 du 24 février 1983, concernant l'interprétation des articles 76 et 79 paragraphe 3 du règlement (CEE) n° 1408/71, ainsi que de l'article 10 paragraphe 1 du règlement (CEE) n° 574/72, relatifs aux cumuls de prestations ou allocations familiales (83/1102/CE Journal officiel n° C 295 du 02/11/1983 p.3.

Néanmoins, donner compétence à l'Etat du domicile dans la validation des périodes d'éducation ne pourrait s'appliquer que lorsqu'il y a cessation de travail. Or nous avons vu que certains Etats bonifiaient le cumul d'une activité et de l'éducation des enfants par des majorations de pension; la majoration relève de la loi de l'Etat d'emploi. Il y aurait ainsi un double régime juridique: loi du domicile pour la personne qui cesse son activité pour élever un enfant dans un autre pays, loi du lieu d'emploi pour celui qui continue de travailler et qui bénéficie d'un "bonus" pour éducation d'enfant. La situation juridique de la personne ou de la famille peut dès lors être complexe et des situations de cumul peuvent exister certes non pas sur la tête d'une personne mais au sein d'une même famille.

On songe ici à l'hypothèse où un parent cesse son travail et élève son enfant dans un autre Etat membre alors que l'autre parent continue à travailler – en tant que frontalier par exemple – dans l'Etat d'origine qui accorde des bonifications de pension à ceux qui cumulent éducation et travail.

Mais cet inconvénient peut être qualifié de mineur; plus fondamentalement il nous semble qu'il y pourrait être considéré qu'il y a atteinte à la liberté de circulation du travailleur puisqu'il y aurait un traitement différent selon la personne choisit de se rendre dans un Etat qui ne reconnaît pas les périodes d'éducation ou qu'elle choisit d'aller élever ses enfants dans un Etat qui reconnaît et valide les périodes d'éducation au titre des pensions.

La situation est peut-être plus délicate lorsqu'une personne choisit de se rendre dans un Etat qui certes valorise les périodes d'éducation des enfants mais à un niveau moindre que celui de l'Etat d'origine; il en résulte un désavantage, lié à la migration, au moment du calcul de la pension. Or l'on sait que la règle d'égalité de traitement prohibe, de manière classique, "non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat. À moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers"²⁰).

20) CJCE 27 novembre 1997, Meints, aff. C-57/96, rec. p. I-6689, point 44; obs. M. Luby, JDI 1998, p. 511; obs. J.-Ph. Lhernould, RBSS 1998, p. 797; CJCE 24 septembre 1998, Commission c/ France, aff. C-35/97, rec. p. I-5325, points 37 et 38; obs. M.-A. Moreau, Dr. soc. 1998, p. 1057; obs. M. Luby, JDI 1999, p. 563; CJCE 2 août 1993, Allué et Coonan, aff. C-259/91, C-331/91 et C-332/91, rec. p. I-4309, point 11; CJCE 15 janvier 1986, Pinna, aff. 41/84, rec. p. 1; obs. R. Bonnet, JCP 1988, éd. E, II, 15119; obs. X. Prétot, D. 1988, I, p. 65; obs. Pettiti, Gaz. Pal. 1988, I, Jur. p. 435; obs. S. Van Raepenbusch, CdE 1986, p. 475; obs. R. Bonnet, Droit du travail 1987, n° 12, p. 2; CJCE 23 février 1994, Scholz, aff. C-419/92, rec. p. I-505, point 7; obs. L. Cartou, Les Petites Affiches 1994, n° 77, p. 41; obs. R. White, ELR 1994, p. 308).

III.1.2. Le choix des règles de coordination des pensions

Nous estimons que, de par sa nature même, la prise en compte des périodes d'éducation est un élément de calcul de la pension de vieillesse. Si l'objectif est l'encouragement de la famille, il appartient concrètement aux institutions concernées de calculer une pension de vieillesse en y intégrant, le cas échéant des "périodes symboliques".

Nous penchons pour l'application de l'adage "*accessorium sequitur principale*", l'accessoire suit le régime juridique du principal.

L'objet des règles de coordination des périodes d'éducation serait uniquement d'organiser une assimilation spécialisée ne visant que des périodes accomplies sous la législation d'un autre Etat membre à totaliser.

Cette règle serait une règle de totalisation. Le considérant introductif n° 10 du règlement n° 883/2004 du 29 avril 2004 organise une hiérarchie entre le principe de l'assimilation des faits et celui de la totalisation en énonçant que "*cependant, le principe d'assimilation de certains faits ou événements survenus sur le territoire d'un autre Etat membre à des faits ou événements semblables survenus sur le territoire de l'Etat membre dont la législation est applicable ne devrait pas interférer avec le principe de totalisation des périodes d'assurance, d'emploi, d'activité non salariée ou de résidence accomplies sous la législation de tout autre Etat membre avec les périodes accomplies sous la législation de l'Etat membre compétent. En conséquence, la prise en compte de périodes accomplies sous la législation de tout autre Etat membre ne devrait relever que de l'application du principe de totalisation des périodes*".

Le choix de la totalisation, c'est à dire la technique retenue en matière de pension, s'articulerait ainsi parfaitement avec le principe de l'article 5.

L'article 52 du règlement 883/2004 pourrait être modifié en ce sens que la prise en compte des périodes d'éducation soit expressément mentionnée dans les périodes d'assurance à prendre en compte.

La charge financière, traduite dans le système de la totalisation par la pension proratisée, pèserait logiquement sur l'Etat qui connaît la validation. Les périodes d'éducation des enfants seraient rattachées au prorata de la pension de l'Etat dans lequel l'assuré a travaillé immédiatement avant la prise du congé d'éducation, ou si celui-ci ne connaît pas de prise en compte à la pension proratisée de l'Etat qui suit la fin de la période d'éducation.

Cette solution conduit toutefois à une modification du prorata national avec pour résultat dans certains cas une pension moins élevée en cas d'inclusion de ces périodes qu'elle ne l'aurait été si ces périodes n'avaient pas été prises en compte.

III.1.3. La limitation des périodes d'éducation: une solution?

L'annexe 6 du règlement 1408/71 portant sur certaines modalités d'application particulières de certaines législations des Etats membres contient sous la rubrique au point 19 de la partie D. consacrée à l'Allemagne la règle suivante *“une période d'assurance pour éducation d'enfants conformément à la législation allemande est valide même pour la période pendant laquelle le travailleur salarié concerné a éduqué l'enfant dans un autre Etat membre pour autant que ce travailleur salarié ne puisse exercer son emploi du fait de l'article 6 paragraphe 1 de la Mutterschutzgesetz ou qu'il prenne un congé parental conformément à l'article 15 de la Bundeserziehungsgeldgesetz et n'ait pas exercé un emploi mineur (geringfügig) au sens de l'article 8 du SGB IV”*.

Cette règle conduit à la limitation de la prise en compte des périodes d'éducation accomplies dans un autre Etat membre sous réserve des règles applicables en Allemagne. Ainsi, les périodes accomplies a-delà des durées de congés prévues par soit la Mutterschutzgesetz ou la Bundeserziehungsgesetz ne sont pas validées au titre du droit allemand des pensions. Cette solution a été critiquée car elles ne traitent pas des travailleurs indépendants qui se voient ainsi privés d'une possibilité d'améliorer leur retraite²¹⁾. Mais ces règles heurtent également le principe d'égalité de traitement: une même période d'éducation accomplie dans un Etat donné serait ainsi validé différemment selon que le calcul de pension soit effectué par une institution allemande appliquant l'annexe 6 ou une institution d'un autre Etat.

Une telle règle heurte également selon nous le principe général de libre circulation des personnes pour les assurés sociaux ayant accomplis et validés leurs périodes d'éducation sous l'emprise d'une législation plus généreuse que le législation allemande et liquidant leurs pension en Allemagne. Ces travailleurs sont alors pénalisés par le choix de la législation allemande comme loi applicable au calcul du montant de la pension théorique.

III.2. La construction soumise à discussion

Les périodes d'éducation des enfants seraient retenues selon les modalités suivantes:

- S'il n'y a eu aucun période d'assurance avant la période d'éducation puis période d'assurance l'Etat d'assurance n'est pas tenu de tenir compte de celle-ci.

21) M. Zuleeg, ZSR 1992, 568; vgl zB Igl/ Fuchsloch, SGB 1993, 393 ff, 397; Eichenhofer, SGB 1994, 353 ff, 357; Funk, VSSR 1994, 119 ff, 129.

- S'il y a eu interruption de carrière dans un seul pays A pour cause d'éducation des enfants à l'étranger il y aura application de la loi de l'Etat d'assurance ("*solution Kauer*").
- S'il y a eu affiliation dans un pays A, puis éducation des enfants dans un pays B, puis assurance dans ce pays B, les règles du pays B seront applicables.
- S'il y a eu affiliation dans un pays A, puis éducation des enfants dans un pays B, puis assurance dans ce pays B, mais que les règles du pays B sont moins favorables que celles du pays A, il y aura application des règles du pays A ou alors application de la doctrine du "*complément différentiel*": les règles du pays B sont complétées par celles du pays A. L'idée du complément différentiel est inspirée à la fois des règles dégagées par la jurisprudence en matière de prestations familiales et du principe d'application de la règle la plus favorable. Il convient toutefois de vérifier si une telle construction, parfois complexe pour des prestations en espèces, est effectivement transposable et réaliste dans la matière de la prise en compte des périodes d'éducation des enfants au niveau des pensions.
- S'il y a eu affiliation dans un pays A, puis éducation des enfants dans un pays B, puis assurance dans un pays C, les règles du pays C seront applicables.
- S'il y a eu affiliation dans un pays A, puis éducation des enfants dans un pays B, puis assurance dans un pays c, mais que les règles du pays C sont moins favorables que celles du pays A il y aura application des règles du pays A ou alors application de la doctrine du "*complément différentiel*": les règles du pays C sont complétées par celles du pays A conformément au principe dégagé par l'arrêt Dammer²²⁾

Les règles anti-cumul sont celles des prestations de même nature telles que figurant aux articles 53 et 54 du règlement n° 883/2004.

Comme le souligne la jurisprudence "*des prestations de sécurité sociale doivent être regardées, indépendamment des caractéristiques propres aux différentes législations nationales, comme étant de même nature lorsque leur objet et leur finalité ainsi que leur base de calcul et leurs conditions d'octroi sont identiques. Par contre, ne doivent pas être considérées comme éléments*

22) Les articles 12 et 73 du règlement 1408/71 du Conseil doivent être interprétés en ce sens que le droit d'un travailleur au bénéfice de prestations familiales dans l'État membre d'emploi, au titre des membres de sa famille résidant dans un second État membre, alors que, au même titre, des prestations familiales sont déjà payées à son époux dans un troisième État membre où cet époux exerce des activités salariées, peut être exercé pour autant que le montant des prestations familiales effectivement perçues dans le troisième État membre soit inférieur à celui des prestations prévues dans le premier État membre. Dans un tel cas, le travailleur a droit, à charge de l'institution compétente du premier État, à un complément de prestations égal à la différence entre les deux montants (CJCE 14 décembre 1989, Dammer, aff. C-168/88, rec. p. 4553, point 25).

constitutifs pour la classification des prestations des caractéristiques seulement formelles”²³⁾. L’objet de la prise en compte des périodes d’éducation est une amélioration de la pension du bénéficiaire, le cumul avec des prestations acquises ne saurait être admis sauf si la législation nationale les considère comme des “*prestations complémentaires*” c’est à dire comme une prestation ne nécessitant pas, par définition, d’interruption du travail et ne conduisant qu’à une majoration des périodes de stage (ex.: France, Suède).

III.3. Une amélioration de la circulation des informations

Il est proposé de dresser une liste exhaustive et descriptive, pays par pays, des différentes prises en compte de période d’éducation dans les législations des pays.

Le formulaire E 205 devrait être modifié en ce sens que l’accomplissement de période d’éducation soit mentionné sous une rubrique particulière distincte. Tout Etat liquidateur d’une pension pourrait ainsi connaître la situation de l’assuré social dans les autres pays et décider, si son droit national le lui permet, d’intégrer ces périodes dans le calcul de la pension.

23) CJCE 5 juillet 1983, *Valentini*, aff. 171/82, rec. p. 2157, point 13; ELR 1984, p. 431; CJCE 6 octobre 1987, *Stefanutti*, aff. 197/85, rec. p. 3855, point 12; CJCE 24 septembre 1987, *Coenen*, aff. 37/86, rec. p. 3589, point 10; CJCE 11 août 1995, *Schmidt*, aff. C-98/94, rec. p. I-2559, point 24; RJS 1996 n° 478; CJCE 7 mars 2002, *Insalaca c/ ONP*, aff. C-107/00, rec. p. I-2403, point 24.

Annexe I. Aperçu de la législation sur la validation des périodes d'éducation des Etats soumis au dispositif 1408/71²⁴⁾

La liste des pays connaissant une validation des périodes d'éducation est dans l'Europe des vingt-cinq non négligeable. La situation est toutefois des plus variable.

L'Islande ne semble pas concernée par cette problématique: le droit à pension est accordé sous condition de durée de résidence²⁵⁾. Il en est de même des régimes d'assurance vieillesse danois de base et complémentaires obligatoires. Le droit néerlandais a retenu une solution similaire.

Il en est de même en droit grec, mais partant d'une autre hypothèse. Selon nos informations, concernant les périodes d'éducation des enfants, chaque parent qui a accompli 1 an de travail (d'assurance) auprès du même employeur, peut prendre un congé d'éducation de 3 1/2 mois, sans salaire, pour chaque nouveau-né, et jusqu'à l'âge de 3 1/2 ans. Cette période peut être prise en compte pour ouvrir droit à la pension, si le parent verse les cotisations afférentes, tant patronales que salariales.

L'Estonie prévoit la substitution par l'Etat des périodes sans versement de la taxe sociale pour cause d'interruption du travail afin d'élever des enfants dès lors que la personne bénéficie de prestations familiales. Il en est de même en Lettonie où le budget de l'Etat prend en charge les contributions à l'assurance pension (de 20% de 50 LVL par mois) et à l'assurance chômage (de 1,89% of 50 LVL par mois in 2004) dès lors qu'une personne s'occupe d'un enfant de moins d'un an et demi.

La Finlande verra son système de pension modifié à partir du 1er janvier 2005. L'Etat prendra en charge les cotisations afférentes aux périodes d'éducation d'enfants jusqu'à 3 années sur la base d'un revenu mensuel de 500 €.

En Slovaquie, les cotisations des personnes en congé d'éducation d'un enfant de moins de 6 ans²⁶⁾ au système d'assurance vieillesse sont prises en charge par l'Etat. Ces cotisations sont uniformes.

La Lituanie connaît la prise en compte des périodes d'éducation sans contribution jusqu'à 3 ans. Cette mesure concerne aussi bien les parents en congé parental qu'un parent au chômage mais qui élève un enfant. L'Etat se substitue à l'assuré pour le paiement des cotisations.

24) Enquête menée auprès des autorités nationales compétentes en juillet 2004 voir également MISSOC.

25) Les personnes de 67 et plus qui ont été résident en Islande pour au moins trois ans entre l'âge de 16 et 67 ans ont un droit à pension. La pension annuelle à taux plein est versée pour une période de résidence d'au moins quarante ans entre 16 et 67 ans.

26) Ou de moins de 7 ans si l'enfant est en mauvaise santé.

La Slovénie ne connaît qu'un système d'abaissement de la pension Slovenia pour cause d'éducation des enfants. En application de l'article 37 de la loi sur les pensions de vieillesse et d'invalidité (Ur.l. 20/2004 – ZPIZ-1-UPB2) cet abaissement se fait en fonction du nombre d'enfants élevés. La question qui se pose alors est celle de la prise en compte des périodes d'éducation à l'étranger. De plus, la loi slovène prévoit une période transitoire organisant des dérogations à l'âge limite de départ à la retraite (de 58 ans pour les hommes et de 56 ans pour les femmes) dès lors que l'enfant né ou adopté est de nationalité slovène et qui a été élevé par le titulaire de la pension pendant 5 ans au moins (Article 399 of the ZPIZ-1-UPB2).

La Belgique ne connaît plus d'assimilation gratuite spécifique pour éducation d'enfant stricto sensu dans les systèmes de retraite. Toutefois, cela existait précédemment dans le système d'interruption de carrière (3 ans gratuits maximum pour éducation d'un enfant âgé de moins de 6 ans bénéficiaire d'allocations familiales). Ce système d'interruption de carrière a été remplacé le 01 janvier 2002 par le système du crédit-temps qui prévoit également des assimilations gratuites pour la retraite en cas d'arrêt complet ou partiel du travail, sans que cela soit nécessairement destiné à l'éducation d'un enfant. En exécution de l'accord interprofessionnel 2001-2002, les partenaires sociaux réunis au sein du Conseil national du travail ont conclu le 19 décembre 2001 une convention collective de travail n° 77bis instaurant un système de crédit-temps, de diminution de carrière et de réduction des prestations de travail à mi-temps.

Dans la réglementation sur le crédit-temps, l'interruption à temps plein ou à mi-temps est assimilée gratuitement à du travail pour le futur calcul de la pension. Bien que le crédit-temps peut être prolongé jusqu'à un maximum de 5 ans par un accord au niveau de l'entreprise ou du secteur, l'assimilation gratuite pour le calcul de la pension n'est possible que 3 ans. Cette période d'assimilation ne pourra plus être prolongée au-delà des 3 ans, comme c'était le cas en matière d'interruption de carrière (ancien régime), même moyennant le paiement volontaire de cotisations de régularisation.

En cas de réduction des prestations de 1/5ème, l'assimilation est gratuite pour une durée maximale de 5 ans. Cette assimilation peut donc être accordée au-delà de 3 ans.

En Suède, des montants ouvrant droit à pension sont calculés pour les parents de jeunes enfants, au titre des années d'éducation des enfants. Les indemnités parentales sont certes des prestations qui ouvrent droit à pension, mais elles ne compensent pas intégralement la perte de revenu pendant qu'un des parents reste au foyer avec l'enfant. Les parents qui travaillent acquièrent eux aussi des droits à pension pour les années d'éducation des enfants. Beaucoup réduisent leur durée de travail et passent au temps partiel, ce qui représente une baisse de revenu. Le montant ouvrant droit à pension pour l'éducation des enfants est un supplément fictif qui

s'ajoute au revenu et aux autres montants ouvrant droit à pension. Il est calculé pour chaque année, selon des modalités particulières, avec trois options possibles. L'option retenue est celle qui est la plus avantageuse pour l'assuré.

Selon les règles applicables, un seul des parents obtient des droits à pension au titre de l'éducation des enfants pour une année donnée. Si les deux parents remplissent les conditions requises, ils peuvent choisir celui des deux qui prendra à son compte le droit de pension pour l'année considérée. Ce choix doit être déclaré à la caisse d'assurances avant la fin janvier de l'année suivante. S'ils ne font pas de déclaration, le droit à pension va à celui qui a l'assiette de pension la moins élevée. Sont assimilés aux parents les parents adoptifs, les personnes qui accueillent avec l'agrément de la commission des affaires sociales des enfants étrangers en vue d'une adoption, et les gardiens spécialement désignés. Les familles de placement, par contre, ne sont pas assimilées aux parents. Les droits à pension au titre de l'éducation des enfants sont alloués pour les quatre premières années de vie de l'enfant. Si d'autres enfants naissent au cours de ces quatre années, le droit à pension n'est accordé chaque année que pour l'un des enfants. Pour que les années d'éducation des enfants puissent donner lieu au versement d'une pension, l'assuré doit justifier de revenus ouvrant droit à pension (ou de montants ouvrant droit à pension au titre des allocations de maladie ou d'activité) pendant au moins cinq ans, et à hauteur d'au moins deux fois le montant de base-revenus par an. C'est la condition d'activité professionnelle.

En droit chypriote les femmes de nationalité chypriote peuvent bénéficier d'une possibilité de suspendre leur emploi pendant 156 semaines au maximum jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de 12 ans. Ces périodes sans cotisations sont assimilées à des périodes travaillées pour les droits à pension d'invalidité ou de vieillesse dès lorsque la femme qui a utilisé cette possibilité avait cotisé pendant au moins 156 semaines aux assurances sociales.

La législation espagnole connaît une prestation familiale qui assimile la première année d'arrêt de travail d'un salarié du secteur privé ou du public pour cause d'éducation d'un enfant nouveau-né ou adopté à une période de travail au regard des validations des droits à la sécurité sociale (sauf pour l'incapacité temporaire de travail²⁷). Ainsi la période de cotisation est prise en compte pour l'ouverture des droits et le calcul de la pension de vieillesse. Cette période est validée dans le formulaire E 205 valant certificat d'assurance en Espagne comme une période d'assurance.

Il n'existe pas de périodes sans contributions dans le principal système liechtensteinois l'assurance pension nationale. Ainsi, le parent qui quitte son

27) Cette période est moindre si la suspension du contrat de travail est moindre elle peut aller jusqu'à 18 mois en cas de famille nombreuse.

travail pour élever des enfants doit payer la contribution minimale annuelle (actuellement CHF 340,20) pour se voir valider ces périodes. Cette contribution minimale est, au moment de la liquidation de la pension transformée en "salaire hypothétique". Ces règles ne s'appliquent qu'aux personnes résidant au Lichtenstein.

S'ajoute à cette prestation pour toutes les personnes résidant au Lichtenstein mais également pour ceux qui y travaillent et dès lors qu'il existe plusieurs enfants de moins de 16 ans dans une même famille une prestation d'éducation des enfants. Celle-ci est égale à 48 fois le minimum de pension. Cette prestation d'éducation des enfants est prise en compte dans le calcul de la pension.

Le droit autrichien prévoit une prise en compte maximale des périodes d'éducation de quatre ans par enfant²⁸⁾. Le droit autrichien distingue deux types de validation de ces périodes d'éducation: les 24 mois pendant lesquels l'assuré bénéficie d'une prestation d'éducation des enfants (Kinderbetreuungsgeld) sont validés comme périodes de cotisation, au-delà de ce délai elles sont validées comme périodes de substitution (Ersatzzeiten).

Il existe pour l'ensemble de ces périodes une base légale fixe de calcul (980 € en 2004). Si la personne travaille la prestation d'éducation des enfants et le salaire sont additionnés et servent de base de calcul à la pension.

Le droit allemand connaît une prise en compte des périodes d'éducation jusqu'à 3 ans²⁹⁾. Ces périodes sont validées comme des périodes de travail, jusqu'à hauteur du plafond de cotisations. Les cotisations y afférentes sont versées par l'Etat fédéral.

Des périodes de prise en compte des enfants (Kinderberücksichtigungszeiten). Il s'agit du maintien des cotisations d'invalidité jusqu'au dixième anniversaire de l'enfant le plus jeune. Ces périodes d'éducation sont également prises en compte pour les calculs des retraites anticipées. Une amélioration de la valorisation de 50 à 100% des périodes d'éducation (Kindbezogene Höherbewertung von Beitragszeiten) pour les prestations après 1992 des assurés continuant à travailler du 4ème au 10ème anniversaire de l'enfant³⁰⁾ après 1992. Les personnes élevant au moins 2 enfants de moins de 10 ans voient leurs points de retraites pendant cette période majorées de 0,33% à condition de remplir une période de stage de 25 ans avant le début de la retraite. Depuis 1995, les périodes de prise en charge bénévoles de personnes dépendantes (Pflegezeiten) sont des périodes prises en compte à hauteur de 25 à 75% du revenu annuel moyen

28) S'il naît un autre enfant dans cette période, la computation recommence à nouveau, il n'y a pas de prolongation de la durée de prise en compte en cas de naissance de jumeaux.

29) Pour les naissances après 1992; pour les naissances jusqu'en 1991 il y a validation d'une période d'un an maximum.

30) Voir jusqu'à 18 ans pour les enfants dépendants.

en fonction du degré de dépendance. Depuis 2001, il y a majoration des cotisations des aidants rémunérés.

Les pensions de réversion sont majorées de deux points pour l'éducation du premier enfant et d'un point pour chaque enfant supplémentaire. Cette mesure ne vaut que pour les mariages contractés après 2002; pour les mariages contractés avant 2002 que dès lors que les deux époux ont moins de 40 ans.

Le droit luxembourgeois connaît des périodes d'éducation des enfants jusqu'à six ans: ces périodes sont comptabilisées comme des périodes assimilées qui ne comptent que pour le stage, la pension de vieillesse anticipée (à partir de 60 ans) et la pension minimum. Ces périodes sont en principe accordées à la mère de l'enfant mais peuvent également être accordées au père ou au parent qui a le revenu le moins élevé. Le droit luxembourgeois valorise également les années-bébés en principe 24 mois et qui entraînent des majorations de la pension personnelle.

Le droit britannique connaît un mécanisme particulier de prise en compte des périodes d'éducation des enfants dans la calcul de la pension de base³¹⁾.

Pour ce faire la période nécessaire à l'acquisition d'une pension de base à taux plein est réduite des périodes d'éducation d'un enfant ou de garde d'une personne invalide sans travail pour l'assuré³²⁾. Cette réduction ne peut toutefois pas dépasser 20 ans.

Cette règle est appliquée aux personnes qui ne travaillent pas ou qui ne paient pas suffisamment de cotisations qui reçoivent des cotisations de moins de 16 ans ou prend en charge une personne invalide indemnisé pour au moins 35 heures par semaine offerte ou encor eaux personnes bénéficiant du revenu minimum et qui ne sont pas disponibles sur le marché de l'emploi parce qu'elles s'occupent d'une personne malade ou invalide

La prise en compte des périodes éducatives dans le système de retraite est la suivante.

Le calcul de la rente AVS (assurance-vieillesse et survivants, régime de base, 1er pilier) est déterminé par les années de cotisations et le revenu annuel moyen.

31) "Home Responsibilities Protection" (HRP) scheme.

32) Under the scheme, the number of years of contributions needed for a basic Pension at the full standard rate is reduced by the number of years spent at home caring for a child or a disabled person. For example, if a person normally requires 44 years of contributions for entitlement to a full pension and that person spent 16 years at home to look after children or a disabled person, then he or she would only need 28 years (ie 44 minus 16) of contributions for a full pension.

Le revenu annuel moyen se compose:

- des revenus de l'activité lucrative;
- des bonifications pour tâches éducatives (éducation des enfants);
- des bonifications pour tâches d'assistance (soins à des parents impotents).

Les bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance ne sont pas des prestations en espèces proprement dites, mais des *majorations du revenu prises en considération lors du calcul de la rente*.

Les assurés peuvent prétendre des *bonifications pour tâches éducatives* (BTE) pour chaque année durant laquelle ils ont exercé l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants âgés de 16 ans (soit pour la période allant de l'année qui suit l'année de naissance du premier enfant jusqu'à l'année où le dernier enfant a eu 16 ans). Les assurés mariés n'ont droit qu'à une seule BTE pour le couple. Les BTE sont partagées entre les époux pendant la durée du mariage.

Les assurés qui prennent en charge des parents de ligne ascendante ou descendante ainsi que des frères et sœurs, impotents et avec lesquels ils font ménage commun, peuvent prétendre des *bonifications pour tâches d'assistance* (BTA). Contrairement aux BTE, les BTA doivent faire l'objet d'une demande écrite, renouvelable chaque année auprès de la caisse de compensation concernée (organe assureur de l'AVS). Les BTA ne sont pas accordées pour les années durant lesquelles l'assuré peut faire valoir un droit à des BTE.

La BTE/BTA est égale au triple de la rente de vieillesse annuelle minimale, en vigueur au moment de la naissance du droit à la rente. En **2004**: $3 \times 12'660 = 37'980 \text{ CHF}$ ³³⁾.

33) Voir les articles 29bis et ss de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, http://www.bk.admin.ch/ch/f/rs/c831_10.html) et les articles 52e et ss du Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS, http://www.bk.admin.ch/ch/f/rs/c831_101.html).

Voir un exemple de calcul, à la page 9 du mémento "3.01 Rentes de vieillesse et allocations pour impotents de l'AVS": <http://www.ahv.ch/Home-F/Generalites/MEMENTI/3.01-F.pdf>.

Jean-Claude FILLON

*Chef (p.i.) de la division des
affaires communautaires et internationales
Ministère de la santé, des solidarités et de la famille
Direction de la sécurité sociale*

Quelques remarques préalables

- Littéralement le sujet de notre séminaire est bien cerné par son titre, ce qui écarte effectivement deux domaines, celui de l'indemnisation de la perte de revenus d'activité pendant ces périodes et celui des prestations familiales, et plus spécialement des prestations parentales, qui peuvent être servies aux parents pour l'éducation de leurs enfants.
- La "reconnaissance" de ces périodes d'éducation prend, comme l'annexe au rapport l'ébauche, mais c'est en réalité encore plus complexe et varié, des formes très différentes d'un Etat à l'autre, d'un régime à l'autre, sachant que la législation d'un Etat peut offrir selon les circonstances et les situations plusieurs types de formes de reconnaissance, d'application alternative ou cumulative. Par conséquent si les conditions de validation de périodes d'assurance pension au titre de telles périodes représentent l'objet principal de notre réflexion, d'autres formes ne doivent pas être oubliées: majoration du montant de la pension, prestation complétant la pension, majoration forfaitaire de la durée d'assurance, etc. Il convient donc dans l'approche du sujet d'utiliser des notions et concepts pouvant largement encadrer toutes ces formes ou du moins permettant de toutes les traiter.
- Il convient d'emblée d'écarter la voie illusoire d'une approche "prestations familiales" et de considérer que les avantages obtenus en termes d'assurance pension du fait de la prise en compte de ces périodes d'éducation des enfants constituent des avantages d'assurance vieillesse (on réduit ici par commodité l'assurance pension à l'assurance vieillesse). Ce n'est pas une question d'opinion et la qualification donnée à tel ou tel avantage par la législation nationale concernée importe peu, seule compte la qualification au regard du règlement (CEE) n° 1408/71.

La Cour de justice nous donne le *modus operandi* et, s'il s'agit de dispositions relevant d'une législation et non de dispositions conventionnelles, la question est de savoir, par l'examen des éléments constitutifs de chaque avantage, notamment ses finalités et ses conditions d'octroi, si, d'une part, il est octroyé aux bénéficiaires, en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels, sur la base d'une situation légalement définie et si, d'autre part, il se rapporte à l'un des risques énumérés expressément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement. Si la réponse est doublement positive, l'avantage en cause constitue une prestation de sécurité sociale au sens du règlement, prestation relevant du risque ayant servi à la caractériser (la question de savoir en outre s'il s'agit d'une prestation normale ou d'une prestation spéciale à caractère non contributif peut ensuite se poser, le cas échéant).

A cet égard, la notion de prestation de vieillesse peut prendre de nombreuses formes (voir par exemple: 2 octobre 1997, *Cirotti*, aff. C-144/96, 6 juillet 2000, *Movrin*, aff. C-73/99 ou 20 janvier 2005, *Noteboom*, C-101/04).

- Il convient également de s'écarter de toute approche qui privilégierait la prise en compte des périodes d'éducation d'un enfant par une législation plutôt que par une autre en fonction de l'avantage qui en serait retiré. Le but du règlement n° 1408/71 est de coordonner les législations nationales et non de les harmoniser ou de les égaliser. Ainsi la Cour de justice a encore récemment fait remarquer (20 janvier 2005, *Effing*, aff. C-302/02) que "*si les articles 12 CE et 3 du règlement n° 1408/71 visent ainsi à éliminer les discriminations selon la nationalité pouvant résulter de la législation ou des pratiques administratives d'un même Etat membre, ils ne sauraient avoir pour effet d'interdire les disparités de traitement qui découlent le cas échéant de la disparité des législations nationales relatives aux prestations (...) désignées applicables en vertu de règles de conflit de lois telles que celles contenues à l'article 13, paragraphe 2, du règlement n° 1408/71.*"
- Enfin nous devons nous garder d'une approche prétorienne consistant à vouloir élaborer un dispositif particulier de règlement de la question qui nous est posée, avant même d'avoir vérifié si un tel règlement ne peut de façon plus satisfaisante, et forcément de façon plus cohérente, se déduire de la mise en œuvre des principes généraux qui forment la base du règlement n° 1408/71 et des dispositifs déjà existants.

Dès lors la problématique de départ peut se résumer à trois questions: Quelle législation doit être appliquée? D'autres législations peuvent-elles être impliquées? D'éventuels cumuls d'avantages doivent-ils être limités?

I. Quelle législation doit être appliquée?

- Devant qualifier des "périodes d'éducation des enfants" dans un "autre" Etat membre (i.e. autre que l'Etat "compétent", ce qui renvoie déjà à le déterminer) dans le cadre de l'assurance pension, la première approche est de se référer aux définitions de l'article 1er du règlement et plus précisément à ses points r), s) ou s bis) concernant diverses périodes désignées telles qu'elles sont définies ou admises comme telles par la législation sous laquelle elles ont été accomplies ou sont considérées comme accomplies, ainsi que toutes périodes assimilées dans la mesure où elles sont reconnues par cette législation comme équivalant auxdites périodes.

Cette référence nous renvoie donc à la recherche de la législation applicable à ces périodes, c'est à dire à la mise en œuvre du titre II du règlement constituant, "*selon une jurisprudence constante de la Cour, un système complet et uniforme de règles de conflit de lois dont le but est de soumettre les travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté au régime de la sécurité sociale d'un seul Etat membre, de sorte que les cumuls de législations nationales applicables et les complications qui peuvent en résulter soient évités*" (voir arrêt du 10 février 2000, *Fitzwilliam T.S.*, aff. C-202/97).

La compétence pour reconnaître les périodes d'éducation d'enfants est ainsi celle de la législation désignée en fonction des règles générales ou particulières s'appliquant à l'activité exercée par la personne considérée ou à défaut en fonction de sa résidence pendant lesdites périodes.

- Le règlement n'impose pas ensuite d'obligation de prise en compte de ces périodes, tout dépend du contenu de cette législation, des avantages qu'elle prévoit en la matière et des conditions qu'elle fixe pour en bénéficier, mais l'application de cette législation doit respecter les règles générales du règlement n° 1408/71 (égalité de traitement, maintien des droits en cours d'acquisition et maintien des droits acquis) et ne pas entraver de façon injustifiée et non proportionnée la libre circulation des personnes, selon le précepte jurisprudentiel maintes fois rappelé: "*s'il est constant que le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale et que, en l'absence d'une harmonisation au niveau communautaire, il appartient à la législation de chaque Etat membre de déterminer les conditions d'octroi des prestations en matière de sécurité sociale, il demeure toutefois que, dans l'exercice de cette compétence, les*

Etats membres doivent respecter le droit communautaire" (23 octobre 2003, *Inizan*, aff. C-56/01).

C'est ainsi que dans un arrêt du 23 novembre 2000 (*Elsen*, aff. C-135/99) la Cour de justice a écarté, au profit d'une ressortissante allemande, travailleur frontalier occupé en Allemagne, résidant en France et s'étant arrêtée de travailler, la condition de territorialité fixée par la législation allemande d'assurance pension pour valider cette période d'éducation d'enfant et la condition subsidiaire, pour les non résidents, d'un recours effectif au congé de maternité ou au congé parental organisés par la législation allemande (ce qui par ailleurs remet sérieusement en cause la légitimité du point 19 de la rubrique Allemagne de l'annexe VI !) La Cour n'a d'ailleurs pas fait de détail et a jugé ces dispositions incompatibles à la fois avec l'article 42 CE, l'article 39 CE et l'article 18 CE.

Dans une deuxième affaire (7 février 2002, *Kauer*, aff. C-28/00), concernant une ressortissante autrichienne ayant travaillé en Autriche et ayant ensuite cessé son activité pour se consacrer à l'éducation de ses enfants, en partie en Autriche, puis en partie en Belgique avant de revenir résider et travailler en Autriche, la Cour a de même écarté l'application de dispositions analogues de la législation autrichienne qui validait comme périodes assimilées à des périodes d'assurance des périodes de garde d'enfants accomplies dans un autre Etat membre sous des conditions non exigées en cas de validation de périodes similaires accomplies en Autriche.

- Ces arrêts sont également intéressants en ce qu'ils apportent des éléments complémentaires permettant, dans les situations qui nous intéressent, de faire la part de celles qui relèvent de la législation déterminée par la dernière activité (article 13, paragraphe 2, sous a) en général) et de celles qui relèvent, par défaut, de la législation déterminée par le lieu de résidence (article 12, paragraphe 2, sous f) dans ce cas).

La Cour a indiqué quel devait être de façon générale l'agencement de ces deux dispositions dans son arrêt du 20 janvier 2005 (*Effing*, déjà cité), mais en matière de validation de périodes de garde d'enfant, elle relève dans le cas particulier de Mme *Elsen* que "*force est de constater que, s'agissant de la prise en compte, au titre de l'assurance vieillesse, de périodes consacrées à l'éducation d'un enfant, ininterrompues à compter de la naissance, l'intéressée a exclusivement travaillé en Allemagne et était soumise, en qualité de travailleur frontalier, à la législation allemande au moment de la naissance de l'enfant. Cette circonstance permet d'établir un lien étroit entre les périodes d'éducation en cause et les périodes d'assurance accomplies en Allemagne fait de l'exercice d'une activité professionnelle dans cet Etat.*"

Et d'ajouter que "*dans ces conditions, pour ce qui concerne la validation de ces périodes d'éducation dans le cadre de l'assurance vieillesse, Mme*

Elsen ne saurait être considérée, au titre de l'article 13, paragraphe 2, sous f), du règlement n° 1408/71, comme ayant cessé toute activité professionnelle et soumise pour cette raison à la législation de l'Etat de sa résidence. Cette dernière disposition ne prévoit précisément le rattachement à la législation de l'Etat de résidence que pour le cas où "la législation d'un Etat membre cesse d'être applicable, sans que la législation d'un autre Etat membre lui devienne applicable en conformité avec l'une des règles énoncées aux alinéas précédents". Or, pour ce qui concerne la validation des périodes consacrées à l'éducation d'un enfant né alors que le parent, comme en l'occurrence, exerçait une activité professionnelle dans un Etat membre et était donc soumis à la législation de sécurité sociale de cet Etat, cette législation demeure applicable, conformément à l'article 13, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71".

C'est cette même constatation d'un lien étroit, qualifié ici de suffisant, entre les périodes d'éducation et les périodes d'assurance accomplies du fait de l'exercice d'une activité professionnelle qui a conduit la Cour à considérer que Mme Kauer, qui a exclusivement travaillé en Autriche et a été soumise à la législation autrichienne au moment de la naissance de l'enfant, devait obtenir de cette même législation la prise en compte des périodes contestées.

- Il apparaît donc que les dispositions du règlement, complétées par la jurisprudence de la Cour, nous permettent de répondre à la question posée et de désigner la législation à appliquer et les règles qui encadrent l'application de cette législation.

On notera que le règlement n° 883/2004 facilitera la mise en œuvre de la jurisprudence pertinente, d'une part en améliorant le cadre de détermination de la législation applicable en l'étendant à toutes les personnes couvertes par le règlement et en considérant que les personnes auxquelles est servie une prestation en espèce, du fait ou à la suite de l'exercice de leur activité salariée ou non salariée, sont considérées comme exerçant cette activité, d'autre part en complétant la disposition sur l'égalité de traitement par une disposition sur l'assimilation de prestations, de revenus, de faits ou d'événements (équivalence de situation).

II. D'autres législations peuvent-elles être impliquées?

- Unicité et exclusivité de la législation nationale applicable certes, mais la nature même des prestations de vieillesse - liquidées ex post, viagères et calculées le plus souvent en fonction de l'ensemble d'une carrière d'assurance ou de résidence - fait que par dérogation à l'unicité de législation applicable les droits à pension sont liquidés cumulativement au regard de chacune des législations nationales auxquelles les intéressés

ont été soumis, en parfaite cohérence avec l'article 2 du règlement n° 1408/71 qui précise qu'il s'applique "aux travailleurs salariés ou non salariés et aux étudiants qui sont *ou ont été soumis* à la législation d'un *ou de plusieurs* Etats membres."

Sans même avoir à se préoccuper des situations d'application simultanée de plusieurs législations par dérogation au principe d'unicité (article 14 quater ou 14 septies du règlement ou cumul assurance obligatoire et assurance vieillesse volontaire ou facultative continuée) ou quasi simultanée par l'enchaînement sur de très courtes périodes d'affiliation tantôt à une législation tantôt à une autre, il n'est donc pas illégitime qu'une période de garde d'enfant directement validée par la législation alors applicable fasse aussi l'objet postérieurement d'une validation rétroactive par une autre législation alors applicable, sous forme de périodes forfaitaires ou de majoration forfaitaire de durée d'assurance par exemple.

- Il est également possible que la personne qui s'occupe de l'éducation de son enfant obtienne du seul fait de sa résidence sur le territoire d'un Etat membre et en fonction du caractère universel des législations locales, soit la prise en compte de cette période de résidence (sans référence à la garde d'enfant) pour l'obtention à terme d'une pension basée sur la seule résidence dans cet Etat, soit l'attribution de prestations familiales dont la perception se traduit ensuite par la validation de périodes d'assurance ou de périodes assimilées.

Ces avantages, qui ne sont pas liés à l'exercice d'une activité professionnelle ou à une affiliation au régime de l'Etat de résidence, mais uniquement à la résidence sur le territoire de cet Etat, sont acquis sans préjudice des dispositions du règlement n° 1408/71 et sont protégés par le principe d'égalité de traitement qui s'attache, pour tout le champ matériel du traité, à la qualité de citoyen de l'Union européenne des intéressés (12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff. C-85/96). Cette jurisprudence sur les attributs qui s'attachent au statut de citoyen européen conduit à une approche nouvelle du diptyque législation applicable/législation appliquée, se traduisant toujours par le maintien de l'unicité et de l'exclusivité de la législation applicable, mais aussi parfois par une dualité de législations appliquées, ainsi que j'ai pu le développer dans une contribution pour la conférence de Vienne des 17 et 18 juin 1999 ("La citoyenneté de l'Union européenne et la coordination des régimes de sécurité sociale").

III. D'éventuels cumuls d'avantages doivent-ils être limités?

- La réponse semble être d'évidence positive s'il s'agit de cumuls que l'on estime injustifiés.

D'une façon générale l'article 12, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71 indique que "le présent règlement ne peut conférer ni maintenir le droit de bénéficier de plusieurs prestations de même nature se rapportant à une même période d'assurance obligatoire", et il ressort du libellé même de cet article que les clauses anticumul visées ne concernent que les cas où une même personne est bénéficiaire de plusieurs prestations. La Cour a souligné que *"la finalité de cet article constitue la contrepartie des avantages que le droit communautaire assure aux travailleurs en les mettant en mesure d'invoquer l'application simultanée des législations de sécurité sociale de plusieurs Etats membres. L'article 12 a en effet pour but d'éviter qu'un travailleur puisse tirer de cette application simultanée de plusieurs législations des avantages considérés comme indus tant par la législation nationale que par le droit communautaire"* (20 avril 1988, Bakker, aff. 151/87).

Pour mettre en œuvre ce principe, outre les dispositions prévues éventuellement par le règlement, il est fait appel aux clauses anticumul nationales ("clauses de réduction, de suspension ou de suppression prévues par la législation d'un Etat membre en cas de cumul d'une prestation avec d'autres prestations de sécurité sociale ou avec d'autres revenus de toute nature") qui sont rendues opposables au bénéficiaire, dans les limites fixées par le règlement, même s'il s'agit de prestations acquises au titre de la législation d'un autre Etat membre ou de revenus obtenus sur le territoire d'un autre Etat membre (article 12, paragraphe 2).

- Cependant, il y a immédiatement un hic dans cette démarche car le même article 12, paragraphe 1, ajoute que cette disposition - le fait de ne pouvoir bénéficier de plusieurs prestations de même nature se rapportant à une même période d'assurance obligatoire - ne vise justement pas les pensions liquidées par les institutions de deux ou plusieurs Etats membres en application des dispositions du chapitre 3 du titre III du règlement.

En complément l'article 46 bis, paragraphe 1, nous confirme qu'un cumul de pensions de vieillesse calculées ou servies sur la base des périodes d'assurance et/ou de résidence accomplies par une même personne est un cumul de prestations de même nature et l'article 46 ter nous rappelle que les clauses anticumul nationales ne sont pas applicables entre de telles prestations, sauf dans de rares cas qui n'ont semble-t-il pas d'intérêt pratique vis-à-vis de la question examinée et à condition encore que ces clauses soient à portée externe. Bien entendu on constate également qu'il n'y a pas dans ce cadre de règles anticumul communautaires, mais encore faut-il nuancer cette affirmation.

- En effet, même en l'absence de règles anticumul explicites, il faut rappeler que les règles du titre II du règlement, concernant la détermination de la législation applicable en vue de prévenir les conflits de lois, constituent de facto des règles anticumul communautaires dans les situations de conflit positif et potentiel de législations applicables.

D'autre part, et c'est évidemment très important pour la prise en compte des périodes de garde d'enfant qui se traduisent le plus souvent par des validations de périodes supplémentaires d'assurance ou de périodes assimilées, il faut considérer que les dispositions des articles 47, paragraphe 1, sous b) du règlement n° 1408/71 et 15, paragraphe 1, du règlement n° 574/72, limitant la totalisation des périodes d'assurance ou de résidence et des périodes assimilées aux périodes qui ne se superposent pas (sauf dans les cas visés aux articles 14 quater, point b), et 14 septies du règlement n° 1408/71) et fixant des règles de priorité en cas de superposition de périodes différentes pour déterminer celles qui seront exclusivement prises en compte, constituent aussi des règles anticumul communautaires pour la détermination et le calcul de la pension communautaire par totalisation / proratisation.

- Mais peut-on aller au-delà en fixant des règles normatives spécifiques pour la prise en compte des périodes d'éducation d'enfants?

▷ S'il s'agit de fixer d'autorité des règles de validation de ces périodes (Etat de dernière affiliation / Etat de nouvelle affiliation, partages de la validation avec des "compléments différentiels), certainement pas à mon sens. Nous sommes dans un cadre de coordination des législations et non de création d'une législation particulière pour les personnes qui se déplacent ou d'harmonisation des différentes législations nationales. A défaut d'harmonisation, les législations sont différentes et les traitements qu'elles réservent à une même situation sont différents. Un règlement de coordination ne doit pas ajouter de disparités supplémentaires, doit définir et distribuer les compétences, établir des passerelles entre les législations et garantir l'égalité de traitement et la conservation des droits acquis ou en cours d'acquisition, mais il ne peut pas faire obtenir d'une législation un avantage qu'elle ne prévoit pas.

D'autre part le respect des principes qui sont à la base du règlement interdisent toute disposition prétorienne dérogatoire qui ne serait pas justifiée par l'impossibilité en l'absence de cette mesure d'apporter à la situation examinée une réponse satisfaisante et conforme aux objectifs fixés par les articles 39 et 42 CE, ce qui me semble loin d'être le cas.

Enfin, il faut tenir compte de la limite imposée par la jurisprudence *Petroni* (21 octobre 1975, aff. 24/75) selon laquelle l'application du règlement de coordination ne doit pas avoir pour résultat de supprimer ou de réduire les avantages de sécurité sociale qu'un travailleur tiendrait de la seule législation d'un Etat membre et de placer ainsi le travailleur migrant dans une situation moins favorable que celle que lui garantissaient les législations nationales. En l'espèce il s'agissait d'un dispositif communautaire limité de plafonnement du total des pensions accordées à un travailleur migrant, que la Cour a partiellement invalidé dans la mesure où, pour des périodes différentes, il imposait une limitation au cumul de pensions acquises dans différents Etats membres par une réduction du montant d'une pension acquise en fonction de la seule législation nationale d'un des Etats membres.

- ▷ S'il s'agit de créer de nouvelles règles anticumul, les dispositions rappelées plus haut montrent à l'évidence qu'il n'y a pas de marge de manœuvre, s'agissant de pensions et de surcroît de même nature.
- ▷ Reste à examiner la possibilité de créer des règles d'une autre nature que des règles anticumul au sens communautaire, mais ayant un objectif comparable.

Exercice difficile, car la Cour de justice a déjà jugé que constituent une clause de réduction au sens de l'article 12:

"une norme nationale qui réduit les années supplémentaires d'occupation fictive dont pourrait bénéficier le travailleur, en fonction du nombre d'années pour lequel le travailleur peut prétendre à une pension dans un autre Etat membre" (4 juin 1985, *Romano*, aff. 58/84, et *Ruzzu*, aff. 117/84; 18/02/92, *Di Prinzio*, aff. C-5/91; 11 juin 1992, *Di Crescenzo* et *Casagrande*, aff. jointes C-90/91 et 91/91),

"une règle nationale qui prévoit que le supplément ajouté à la pension de retraite d'un ouvrier mineur de fond est diminué du montant d'une pension de retraite auquel l'intéressé peut prétendre en vertu d'un régime d'un autre Etat membre" (22 octobre 1998, *Conti*, aff. 143/97),

et dans ce dernier arrêt a généralisé son approche en retenant la formule suivante: *"Une règle nationale doit être qualifiée de clause de réduction si le calcul qu'elle impose a pour effet de réduire le montant de la pension à laquelle l'intéressé peut prétendre du fait qu'il bénéficie d'une prestation dans un autre Etat membre."*

Dans la mesure où la prise en compte des périodes d'éducation d'un enfant se traduit en général soit par des validations de périodes ou des majorations de durée d'assurance, conduisant par une augmentation du montant de la pension, soit par des majorations directes des pensions ou des compléments ou suppléments apportés aux pensions, on comprend bien qu'il est difficile de trouver une règle utile qui puisse échapper à la formulation retenue par la Cour et ne pas être considérée comme une règle anticumul au sens de l'article 12. Mais il ne faut pas décourager les imaginations !

- ▷ De même enfin, on ne saurait être complet sans évoquer la possibilité, dans le domaine de "la sécurité sociale et (de) la protection sociale des travailleurs" d'arrêter par voie de directive, conformément aux dispositions de l'article 137 CE, paragraphe 2, sous b), des "prescriptions minimales" en matière de prise en compte pour l'assurance vieillesse des périodes de garde d'enfants "applicables progressivement compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des Etats membres." Un tel texte compléterait utilement peut-être la directive 96/34/CE sur le congé parental et, à défaut d'éliminer tous les cumuls, harmoniserait les dispositifs de prise en charge et limiterait certainement dès lors certains de ces cumuls.

En guise de conclusion

- Peut-être ne faut-il pas se focaliser sur les risques de cumuls et les considérer a priori comme des cumuls injustifiés. La présentation des choses sous un autre angle est parfois éclairante. Ainsi on ne se formaliserait pas du cumul de majorations de pensions acquises au titre de deux législations nationales, chacune de ces législations accordant une telle majoration du seul fait que l'intéressé a élevé des enfants ou a interrompu son activité professionnelle pour se consacrer temporairement à l'éducation de ses enfants, mais on se formaliserait plus du fait qu'une période consacré à l'éducation d'enfants puisse être reconnue à la fois par plusieurs législations et se traduise en définitive aussi par une augmentation du montant des pensions correspondantes? Ce sont pourtant dans les deux cas les mêmes enfants et la même période d'éducation qui ouvrent droit pour leurs parents à ces avantages cumulés.

Nos règles en matière de liquidation coordonnée des pensions de vieillesse sont telles que ces cumuls, s'ils résultent de la nature et du contenu des législations nationales, sont autorisés. Ils sont limités par le principe de l'unicité et de l'exclusivité à un moment donné de la législation applicable et les effets injustifiés de ces cumuls sont annulés par le fait que la totalisation des périodes ne concerne (sauf exceptions transitoires) que les périodes qui ne se superposent pas.

- Sauf à vouloir changer les principes sur lesquels reposent le règlement, aussi bien le règlement n° 1408/71 que le règlement n° 883/2004, il n'apparaît pas nécessaire d'introduire de mesures particulières au niveau communautaire pour la prise en compte des périodes d'éducation d'enfants, ce qui n'interdirait pas de préciser tel ou tel dispositif le moment venu si la nécessité s'en faisait sentir pour des situations particulières bien déterminées.

Dans l'immédiat, il s'agit plutôt de rappeler qu'il convient **1)** d'appliquer la législation déterminée par les règles du titre II du règlement n° 1408/71, complétées par la jurisprudence Elsen et Kauer (critère de la date de naissance, importance du lien étroit entre les périodes de garde et les périodes d'activité soumises à assurance), et bientôt modernisées et simplifiées par le règlement n° 883/2004, **2)** sans préjudice de l'application postérieure d'autres législations ou de l'application concomitante de la législation à caractère universel de l'Etat de résidence, **3)** et lors de la liquidation ultérieure des prestations d'appliquer, si nécessaire, les restrictions à la totalisation des périodes concernant les périodes qui se superposent.

La référence au titre II du règlement apparaît primordiale, c'est à mon sens la pierre angulaire d'un traitement cohérent et conforme aux principes du droit communautaire de la question de la prise en compte des périodes consacrées à l'éducation d'un enfant sur le territoire d'un autre Etat membre.

Doktor Bernhard SPIEGEL¹⁾

*Leiter der Abteilung für Internationale Soziale Sicherheit
Bundesministerium für Soziale Sicherheit
Generationen und Konsumentenschutz
Wien*

Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen!

Aus den bisherigen Interventionen können die folgenden Schlüsse gezogen werden: Alles ist sehr komplex und es sind ganz unterschiedliche Beachtungsweisen möglich. Ich fürchte, ich werde noch zusätzlich für Verwirrung sorgen, weil ich in einigen Punkten vielleicht etwas andere Ansätze haben als Francis Kessler oder Jean-Claude Fillon zuvor²⁾.

Mein erster Ansatz: Beginnen wir wieder bei null! Ich glaube, nur dann gelingt es uns, ein bisschen Systematik in die Fragen zu bringen. Die derzeitige Rechtslage, die Situation nach der Judikatur des Gerichtshofes, ist nämlich alles andere als klar. Daher sollten wir uns die Zeit nehmen, einmal nachzudenken, wo wir stehen. Zunächst einmal können wir feststellen, dass keine ausdrückliche Regelung für die uns interessierende Frage in der Verordnung 1408/71 enthalten ist. Wir haben aber auch keine ausdrückliche Regelung in der neuen Verordnung, in der Verordnung 883/2004. Das ist schade, weil das wäre die Möglichkeit gewesen, bereits eine eindeutige Rechtslage herzustellen. Das Feld ist noch unbeackert, wir sind noch sehr weit davon entfernt, eine einheitliche Position zu haben. Wir haben nur zwei Urteile des Europäischen Gerichtshofs, das eine in der Rechtssache Elsen³⁾, das andere in der Rechtssache Kauer⁴⁾. Dieser zweite Fall ist wahrscheinlich auch der Grund dafür, dass jetzt ich diese Präsentation mache. Kauer war nämlich ein österreichischer Fall. Es ist bereits einige Zeit verstrichen und ich

1) *Dieser Beitrag folgt dem mündlichen Vortrag.*

2) *In dem Vortrag wurde auch auf die Vorträge der beiden Vorredner eingegangen.*

3) *Urteil vom 23.11.2000, Rs C-135/99.*

4) *Urteil vom 7.2.2002, Rs C-28/00.*

kann ganz ehrlich sein, es ist uns bis jetzt nicht gelungen, in Österreich das Kauer-Urteil korrekt umzusetzen.

Wenn man sich die beiden Urteile anschaut, ist das Erste, was einem auffällt, dass kein systematischer Ansatz erkennbar ist. Die beiden Urteile sind Einzelfälle - daraus ein generelles System abzuleiten ist nahezu ausgeschlossen. Und was auch für uns wichtig sein sollte, wir sollten uns jetzt von diesen beiden Einzelfällen lösen. Es ist notwendig, dass wir ein einheitliches System für alle Mitgliedstaaten finden. Egal, wie die nationale Rechtslage ausgestaltet ist, fair ist es nur, wenn wir einheitliche Regelungen für alle finden. Damit bin ich schon bei dem Punkt, den Francis in seinem Papier sehr gut herausgearbeitet hat. An sich kennen viele Mitgliedstaaten eine Begünstigung bei der Rente für Personen, die sich der Kindererziehung gewidmet haben. Je mehr man ins Detail geht, desto mehr sieht man fundamentale Unterschiede. Die Frage muss daher sein, ob diese Unterschiede unterschiedliche Lösungen erlauben. Meine Antwort ist „Nein!“. Wir müssen uns nämlich bemühen, wenn wir aus sozialpolitischer Sicht ein Ziel feststellen können, nämlich Personen, die sich der Kindererziehung widmen, einen Bonus bei der Rente zu geben, das einheitlich zu koordinieren. Uns muss bewusst sein: der Europäische Gerichtshof würde immer in diese Richtung gehen. Wir haben das schon etliche Male erlebt. Ein gutes Beispiel ist die Pflegevorsorge. Dabei handelt es sich um ein neues System in vielen Mitgliedstaaten. Auch Österreich und Deutschland haben sich bemüht, in den vor dem EuGH anhängig gewordenen Verfahren, die Unterschiede darzustellen und darauf hinzuweisen, dass die Systeme in beiden Staaten nicht vergleichbar sind. Die beiden Rechtssachen Jauch⁵⁾ und Molenaar⁶⁾ sind Ihnen wahrscheinlich bekannt. Dem Gerichtshof waren diese Unterschiede völlig egal. Er hat entschieden, dass es sich in beiden Staaten um Leistungen handelt, die ausschließlich dazu dienen sollen, bei einem bestimmten Pflegebedarf den behinderten Personen zu helfen. Die nationale Systematik war vollkommen egal, es zählte nur das sozialpolitische Ziel der Leistungen.

Wir müssen also versuchen, eine einheitliche Koordination für alle Systeme zu finden, die Leistungen und Zeiten mit einem klar definierten zeitlichen Bereich für eine Kindererziehung kennen. Das heißt, bei Systemen, die einfach bei der Rente nur einen pauschalen Zuschlag für Personen vorsehen, die einmal Kinder erzogen haben, könnten wir vielleicht eine andere Koordination verlangen. Einen solchen Zuschlag, der keine klare zeitliche Bindung an einen Zeitraum hat, sondern einfach eine Rentenerhöhung darstellt, könnte der betreffende Mitgliedstaat immer zu gewähren haben, unabhängig davon, in welchem Mitgliedstaat und wann konkret die Kindererziehung stattgefunden

5) Urteil vom 8.3.2001, Rs C-215/99.

6) Urteil vom 5.3.1998, Rs C-160/96.

hat. Wenn aber zeitlich klar definierte Perioden zustehen, sollten wir diese immer einheitlich koordinieren.

Ich habe mir die Frage gestellt, wie wir dieses Thema angehen sollten. Wie Sie gesehen haben, ist es sehr, sehr kompliziert und komplex. Um etwas Ordnung in die Diskussion zu bringen, möchte ich in Anlehnung an die Philosophie von Hegel eine dialektische Betrachtungsweise anwenden. In der Dialektik haben wir es immer mit zwei widerstreitenden Positionen zu tun: Zunächst einmal die These – dabei werden wir versuchen eine Lösung nach der geltenden Rechtslage zu finden unter der Annahme, der EuGH habe sich noch nie konkret mit der Frage der Kindererziehung in einem anderen Mitgliedstaat auseinandergesetzt. Dann folgt die Antithese – dabei messen wir die tatsächlich vom Gerichtshof gezogenen Schlussfolgerungen an der These. Abschließend werden wir dann versuchen, aus diesen zwei entgegengesetzten Positionen eine Synthese zu bilden, das heißt wir nehmen das Beste von beiden und überprüfen, ob es uns gelingt, ein praktikables System zu entwickeln.

1. Die These – Versuch einer ersten Einordnung

Beginnen wir also mit der These. Entspannen wir uns und tun wir so, als hätte der Europäische Gerichtshof nie entschieden, als hätte es Kauer und Eisen nie gegeben. Man muss sich zunächst die Frage stellen, welche Bedeutung hat es, wenn die Mitgliedstaaten Zeiten der Kindererziehung in der Rente honorieren? Wir müssen ein System entwickeln, das zu sozial verträglichen Ergebnissen führt und das irgendwo noch mit den Grundsätzen der Verordnung 1408/71 zusammen passt. Bereits jetzt ist ein Blick zum Europäischen Gerichtshof erlaubt. Dieser hat uns keine Hilfe geleistet, da er die Frage nach der Einordnung dieser Zeiten in die verschiedenen Risiken nach Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung 1408/71 nicht beantwortet hat. Wir können daher jedenfalls bei dieser Frage so tun, als wären wir die Ersten, die darüber nachdenken.

Wir haben allerdings einige Hinweise, die wir der Judikatur des Gerichtshofs in anderen Bereichen entnehmen können. Jean-Claude hat beide einschlägigen Urteile bereits angesprochen. Aus meiner Sicht ist das erste Urteil, das uns hätte aufwachen lassen müssen, die Rechtssache *Movrin*⁷⁾. Darin hat der Gerichtshof gesagt, dass die Zuschüsse zur deutschen Krankenversicherung der Rentner keine Leistung bei Krankheit, sondern ein Bestandteil der Rente selbst sind. Möglicherweise sagt uns das noch nicht sehr viel. Das zweite Urteil jüngeren Datums, in den Rechtssachen *Gaumain-Cerri und Barth*⁸⁾, ist aus meiner Sicht ein weiterer konkreter Hinweis, der uns in die richtige Richtung führen könnte. Es ging wieder um Deutschland, und

7) Urteil vom 6.7.2000, Rs C-73/99.

8) Urteil vom 8.7.2004, Rs C-502/01 und C-31/02.

zwar um die deutsche Pflegeversicherung. Der deutsche Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, im Zusammenhang mit den Pflegeleistungen an den Pflegebedürftigen auch der Person, die den Pflegebedürftigen betreut, eine eigene Rentenversicherung zu eröffnen. Es stellte sich die Frage, wie diese Rentenversicherung für den Pfleger EG-rechtlich einzuordnen ist? Handelt es sich dabei um eine Rente? Der Gerichtshof hat „nein“ gesagt. Sozialpolitisch sei das eine Leistung, die de facto dem Behinderten, dem Pflegebedürftigen selbst zu Gute kommt. Damit hat diese Versicherung plötzlich den Aspekt einer Leistung bei Krankheit bekommen, so wie das normale Pflegegeld.

Dieses Urteil sollte uns eigentlich zum Nachdenken anregen. Zu welcher Konsequenz kommt man, wenn man das Urteil konsequent weiterdenkt? Aus meiner Sicht kann man zum Schluss kommen, dass die Zeiten der Rentenversicherung für die Betreuung eines Kindes eine Familienleistung sind. Das ist nur eine logische Schlussfolgerung aus dem Urteil Gaumain-Cerri, weil der nationale Gesetzgeber sich dafür entschieden hat, Personen, die sich der Kinderbetreuung widmen, noch einen zusätzlichen Bonus zu geben. Die Unterbrechung in der Erwerbskarriere und das verminderte Erwerbseinkommen werden durch eine künftige Rente abgefangen. Die betreffende Person soll so gestellt werden, als hätte sie die Kindererziehung nicht wahrgenommen, das heißt, es handelt sich um einen klaren Bonus für die Kindererziehung.

Hält dieser Einordnungsversuch jetzt einem sozialpolitischem Test stand. Ich würde sagen „Ja“. Der Gesetzgeber hätte ja auch eine andere Alternative gehabt. Der Gesetzgeber hätte auch sagen können, das Kindergeld oder das Erziehungsgeld wird erhöht und es ist die Aufgabe der erziehenden Person, sich selbst um eine Rentenversicherung zu kümmern. Ich glaube niemand wird auf den Gedanken kommen, dass eine solchermaßen erhöhte Familienleistung dann plötzlich - nur weil der Zweck eine Rentenversicherung ist - den Charakter der Familienleistung verliert. Es gibt noch ein weiteres Element, das für diese Betrachtungsweise spricht, und das bis jetzt noch viel zu wenig beachtet worden ist: Viele Mitgliedstaaten zahlen Beiträge für diese Zeiten. Was machen wir, wenn ein Staat jetzt bereits in die Rentenversicherung Beiträge für die Zeiten der Kindererziehung überweist? Das heißt, ich habe das Problem nicht erst bei der Rente (Hinweis auf die Erziehung eines Kindes vor 30 Jahren). Das Problem stellt sich jetzt: Müssen Beiträge für die Kindererziehung im Ausland eingezahlt werden oder nicht? Wir brauchen daher bereits zum Zeitpunkt der Kindererziehung einen Koordinierungsraster. Auch aus dieser Sicht bietet sich die bewährte Koordination für Familienleistungen an.

Was bedeutet es allerdings, wenn wir sagen, Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung sind eine Familienleistung? Zunächst einmal muss wieder die Grundsatzfrage gestellt werden, welche Rechtsvorschriften gelten? Da haben wir bei den Familienleistungen wenig Probleme, da uns das ja bestens bekannt ist. Wir wissen, wie wir Kindergelder zahlen, und wir wissen

ganz klar, welcher Staat vorrangig und welcher Staat nachrangig zuständig ist. Bei den Familienleistungen muss man immer die gesamte Familie betrachten, was in der Rentenversicherung sicherlich ein ganz neuer Gedanke ist. Dabei stoßen wir natürlich auf ein Problem. Es stellt sich die Frage, wie lange ein Staat zuständig bleibt? Diese heikle Frage kann gerade bei Kindererziehung relevant sein. So lange die erziehende Person eine Erwerbstätigkeit ausübt, haben wir kein Problem. Es beginnt allerdings dann interessant zu werden, wenn die Erwerbstätigkeit unterbrochen wird, das heißt - was viele Staaten kennen - wenn die Person einen Erziehungsurlaub nimmt; wenn also das Arbeitsverhältnis weiterhin aufrecht ist, aber die Arbeit wegen Kindererziehung ausgesetzt wird. Welcher Staat ist zuständig für so eine Person? Derzeit ist es eine verhältnismäßig unsichere Situation, weil jeder Staat selbst bestimmen kann, wie lange eine ehemalige Erwerbstätigkeit fortwirkt, wenn eine Person in einem anderen Staat wohnt. Die neue Verordnung 883/2004 wird hier Klarheit bringen. In Artikel 11 Absatz 2 dieser Verordnung wird ausgeführt, dass nur bestimmte Leistungsbezüge die Kompetenz des bisherigen Erwerbstätigkeitsstaates weiter gelten lassen. Das sind nur solche Leistungen, die auf Grund einer Erwerbstätigkeit bezogen werden. Das heißt, anders ausgedrückt, könnte man nach der neuen Verordnung sagen, dass Erziehungsgelder für alle Einwohner nicht unter diese Kategorie fallen. Wenn also eine Person, die in einem Mitgliedstaat erwerbstätig war, die sich jetzt der Kindererziehung widmet und Erziehungsgeld bezieht, den Wohnort in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, ist nach Artikel 11 Absatz 2 an sich klargestellt, dass ab der Wohnortverlegung der Wohnortstaat zuständig wird. Das heißt, wir werden einen klaren Zuständigkeitsübergang nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften haben.

Die nächste Frage ist, welcher Staat konkret die Familienleistungen zu gewähren hat. Ausgehen müssen wir dabei von den allgemeinen Regelungen, die wir ja kennen. Offen ist allerdings noch, wie die Koordination hinsichtlich der Erziehungsleistungen in Fällen einer Erwerbstätigkeit beider Elternteile nach der Entscheidung in der Rechtssache Hoever und Zachov⁹⁾ zu erfolgen hat. Für dieses komplizierte Nebeneinander der Zuständigkeiten verschiedener Mitgliedstaaten bei den Erziehungsleistungen werden wir wohl erst nach den Urteilen des EuGH in den beiden derzeit noch anhängenden Fällen, in der Rechtssache Weide¹⁰⁾ (Verhältnis zwischen Luxemburg und Deutschland) bzw. Dodel und Oberhollenzer¹¹⁾ (Verhältnis zwischen Österreich und Deutschland) Antworten erhalten. Das heißt, die Fragen, welcher Staat in allen denkbaren Fällen der Familienleistungen einschließlich der Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung zuständig ist, sollte

9) Urteil vom 10.10.1996, Rs C-245/94 und C-312/94.

10) Rs C-153/03.

11) Rs C-543/03 (Urteil in der Zwischenzeit bereits am 7.6.2005 ergangen).

eigentlich demnächst klargestellt werden. Natürlich müssen auch bei diesen Familienleistungen immer wieder beide Elternteile betrachtet werden; für die Renten ein absolutes Novum. Wir haben einen vorrangig zuständigen Staat und einen nachrangig zuständigen Staat. Dazu kommt noch das Problem der für die Familienleistungen üblichen Unterschiedsbeträge. Bei den Familienleistungen funktioniert diese Koordination bisher, bei den Renten ist das aber alles andere als klar!

Machen wir also ein Beispiel, noch immer im Rahmen meiner These: Wenn ein Vater im Mitgliedstaat A arbeitet, die Mutter sich der Kindererziehung im Mitgliedstaat B widmet, dann hat der Mitgliedstaat A nach dieser Systematik für die Mutter Kindererziehungszeiten zu gewähren so wie die normalen sonstigen Familienleistungen. Wenn der Vater in einem zweiten Beispiel wiederum im Mitgliedstaat A arbeitet, die Mutter sich der Kindererziehung im Mitgliedstaat B widmet und dort gleichzeitig einer Teilzeitbeschäftigung nachgeht, dann wissen wir, was bei den Familienleistungen passiert: Mitgliedstaat B ist vorrangig zuständig, das heißt, er zahlt der Mutter die Familienleistungen. Nach dieser Koordination müsste dieser Staat auch der Mutter die Erziehungszeiten gewähren. Und dann sind wir schon bei der Frage der Unterschiedsbeträge. Sollte dieser Staat aber keine Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung kennen, dann müsste wohl Mitgliedstaat A einspringen und im Wege eines Differenzbetrages Erziehungszeiten zugestehen.

Damit bin ich schon bei der ersten Analyse meiner These. Ist diese wirklich so gut? Sie hätte jedenfalls den Vorteil, klar zu sein. Sie folgt der Koordination für die Familienleistungen, somit einem System, das wir durchaus gewohnt sind. Das erste Problem ist, dass unsere Rentenversicherungsträger das nicht gewohnt sind. Es handelt sich somit um ein internes Problem, das aber dem Gerichtshof - wie wir ihn kennen - vollkommen egal wäre. Solche administrativen Kleinigkeiten haben den Gerichtshof noch nie interessiert. Schlecht an dieser Lösung sind die Differenzbeträge. Das würden wir sicherlich in der Praxis nie in den Griff bekommen. Sind es nur die Zeiten, die wir als Differenzbetrag aufstocken müssen, oder sind es vielleicht die Rentenbeträge selbst? Wenn aus dem primär zuständigen Staat pro Monat der Kindererziehung 5 Euro Rente gezahlt werden, aber der sekundär zuständige Staat 5,50 Euro für jeden Monat gewähren würde, müsste er dann 50 Cents Differenzbetrag pro Monat bezahlen? An diesem Beispiel sieht man, dass Differenzbeträge diese Lösung irgendwie ad absurdum führen könnten. Schauen wir uns daher die Antithese an, die Überlegungen des Europäischen Gerichtshofs, vielleicht hat er eine Lösung auf den Tisch gelegt, die besser ist und allen sofort hilft.

2. Die Antithese – die Judikatur des Gerichtshofs

Unsere erste Erkenntnis ist, dass der Gerichtshof uns keine Antwort gibt, um welchen Zweig der sozialen Sicherheit es sich handelt. Diese Frage wurde nicht gestellt und deshalb musste er sie auch nicht beantworten. Hat sich der Europäische Gerichtshof vielleicht an die anzuwendenden Rechtsvorschriften gehalten? Nein! In der Rechtssache *Elsen* war es noch etwas klarer. Frau *Elsen* war Grenzgängerin und der Gerichtshof hat gesagt, wenigstens während des Kündigungsschutzzeitraumes aus Anlass der Kindererziehung war sie weiterhin Arbeitnehmerin. Das passt! Aber der Gerichtshof ist natürlich weitergegangen und hat die deutsche Zuständigkeit auch über diesen Zeitraum hinaus bejaht. Nach diesem Zeitraum (nach Beendigung der Arbeitnehmereigenschaft) dürfte Frau *Elsen* bereits den Rechtsvorschriften ihres Wohnortstaates unterlegen sein.

In der Rechtssache *Kauer*, dem österreichischen Fall, haben wir versucht, den Gerichtshof darauf hin zu stoßen, er solle sich den Fall unter dem Blickwinkel der anzuwendenden Rechtsvorschriften genauer anschauen. Wir haben vor allem im Schriftsatz auf die Rechtssache *Kuusijärvi*¹²⁾ hingewiesen, in der der Gerichtshof ja entschieden hat, jeder Mitgliedstaat kann seine Zuständigkeit national beenden. Der Gerichtshof hat in der Rechtssache *Kauer* aber zunächst nur - in diesem Zusammenhang mehr oder weniger interessante - Ausführungen über die hypothetische Geltung der alten Rechtslage nach der Verordnung 1408/71 gemacht¹³⁾. Was aber ganz wichtig war, er hat des Weiteren auch gesagt, selbst wenn Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe f, also die Rechtsvorschriften des Wohnortstaates während der Kindererziehung gegolten hätten, dann wäre das für den vorliegenden Fall nicht relevant gewesen. Das heißt, man kann den Schluss ziehen, dass die Anrechnung von Kindererziehungszeiten aus der Sicht des Gerichtshofes keine Frage ist, die mit den anzuwendenden Rechtsvorschriften zusammenhängt.

Und damit bin ich schon bei der Frage nach den Vorteilen und den Nachteilen der Judikatur des EuGH. Das *Kauer*-Prinzip ist sicherlich für die Versicherten günstiger, weil wir eben über die anzuwendenden Rechtsvorschriften hinausgehen und mehr oder weniger immer das bessere Recht gelten lassen. Probleme haben wir aber vor allem dadurch, dass es keine klare Regelung ist. In Österreich kämpfen wir immer noch damit, das *Kauer*-Urteil korrekt umzusetzen. Wir haben das Problem deckender Zeiten, das Kumulierungsproblem, das auch Jean-Claude bereits angesprochen hat. Dieses ominöse Naheverhältnis zum bisherigen Beschäftigungsstaat ist alles andere als klar. Die wichtige Frage, wann endet dieses Naheverhältnis endlich, ist eine Frage, die uns der Gerichtshof vollkommen offen gelassen

12) Urteil vom 11.6.1998, Rs C-275/96.

13) Hinweis auf das Urteil vom 12.6.1986, Rs C-302/84, *Ten Holder*.

hat. Aus meiner Sicht ist dieses Urteil auch ein gewisser Bruch zu der bisherigen Judikatur zu den Sachverhaltsgleichstellungen. Bisher ging es bei den meisten Urteilen nur um die Frage, ob Anspruch auf die Rente besteht, unter Gleichstellung der Sachverhalte. Im Kauer-Urteil wurde gesagt, dass Österreich für diese Zeiten, für die wir aus meiner Sicht nicht zuständig im Sinne der anzuwendenden Rechtsvorschriften sind, zahlen muss. Die Sachverhaltsgleichstellung wirkt also nicht nur für den Anspruch, sondern plötzlich auch für die Leistungszuständigkeit. Nach meinem Studium der Urteile des Gerichtshofs im Rentenbereich ist das in dieser Klarheit bisher noch nie zum Ausdruck gekommen.

Dazu kommt dann noch ein weiteres Problem, das uns vielleicht in Zukunft noch viel beschäftigen könnte, und zwar die europäische Unionsbürgerschaft. Der Gerichtshof hat nämlich in seiner Begründung nicht nur auf die Wanderarbeitnehmereigenschaft abstellt, sondern auch gesagt, dass die Freizügigkeit der Unionsbürger durch national Rechtslagen, die diese Zeiten auf inländische Kindererziehung beschränken, beeinträchtigt sein könnte.

Ich komme damit schon zu den in dieser Antithese offen gebliebenen Fragen. Vor allem das Ende aber auch möglicherweise der Anfang dieses Naheverhältnisses unter Einbeziehung der Auswirkungen der Unionsbürgerschaft ist völlig unklar. Letztendlich könnte auch jemand, der in Österreich nie erwerbstätig war, in der Freizügigkeit als Unionsbürger behindert sein, wenn ihm die Kindererziehungszeiten nicht mehr angerechnet werden, sobald er in einen anderen Mitgliedstaat übersiedelt. Will man also sämtlichen Aspekten der Freizügigkeit der Unionsbürger Rechnung tragen, wäre eine sehr extensive Auslegung erforderlich. Hilfestellung durch den Gerichtshof haben wir keine bekommen, er hat nur durch einen ganz kurzen lapidaren Satz im Urteil – ohne konkret gefragt worden zu sein – auf die Bedeutung der Freizügigkeit der Unionsbürger hingewiesen und uns sonst völlig im Dunklen stehen gelassen.

Eine weitere Frage stellt sich: Ist es notwendig, dass die Geburt in dem zunächst zuständigen Staat erfolgt ist oder müsste Österreich auch für ausländische Kindererziehungszeiten zuständig bleiben, wenn Frau Kauer im konkreten Fall Österreich verlassen hätte, und das erste Kind in Belgien zur Welt gekommen wäre? Um es in Erinnerung zu rufen, Frau Kauer hat immer nur in Österreich gearbeitet, aber sie hat mit ihrem Mann den Wohnort nach Belgien verlegt. Wer wäre also zuständig gewesen, wenn die Geburt in Belgien erfolgt wäre? Eine weitere Frage, die uns der Gerichtshof nicht beantwortet hat, ist die Situation des Partners. Wenn zum Beispiel der Partner ein entsendeter Dienstnehmer ist (also auf ihn die österreichischen Rechtsvorschriften weiterhin zur Anwendung gelangen), muss dann so ähnlich wie bei den sozialen Vergünstigungen nach der Verordnung 1612/68 oder eben bei den Familienleistungen immer und uneingeschränkt die

gesamte Familiensituation betrachtet werden? Auch das bleibt eine offene Frage.

Die nächste Frage, die sich uns stellt, ist natürlich, ob die neue Verordnung da etwas ändern wird? Wir haben hier vor allem zwei Erwägungsgründe, die möglicherweise in diese Richtung deuten. Zunächst wird festgehalten, dass die Sachverhaltsgleichstellung nicht über die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten springen kann¹⁴⁾ und weiter dann, dass die Sachverhaltsgleichstellung auch nicht den Grundsatz der Zusammenrechnung der Zeiten relativieren kann¹⁵⁾.

3. Die Synthese – Versuch einer praktikablen Lösung

Ich glaube, jetzt ist der Zeitpunkt gekommen, dass wir den dritten mutigen Schritt machen. Versuchen wir eine Synthese! Nehmen wir das, was an beiden Lösungen gut ist, und lassen das weg, was an beiden Lösungen Probleme macht. Wichtig wird sein, eine Lösung zu finden die auf der einen Seite administrierbar ist, und die auf der anderen Seite die Rechte der europäischen Bürger nicht beeinträchtigt. Ganz wichtig ist dabei aus meiner Sicht, dass wir eine Änderung der Verordnung brauchen. Ohne Verordnungsänderung können wir möglicherweise uns weiterhin periodisch bei solchen Seminare treffen, wo wir neue Überlegungen austauschen, was ja nicht schlecht ist, aber eine einheitliche Vorgangsweise für alle Staaten wird uns damit nicht gelingen.

Und wie könnte diese Änderung der Verordnung ausschauen? Wahrscheinlich gehe ich auch da einen eigenen Weg. Zunächst einmal stellt sich für jeden Juristen eine generelle Frage: Brauchen wir eine Definition? Ich würde sagen, eine Definition ist vielleicht gar nicht so wichtig - wir kommen auch ohne eine solche aus. Zweite Frage: Halten wir uns an die anzuwendenden Rechtsvorschriften? Ich glaube das ist die „Gretchenfrage“: Geben wir nur jenen Personen Kindererziehungszeit für Zeiten der Kindererziehung in einem anderen Mitgliedstaat, die während der Erziehung unseren Rechtsvorschriften unterlagen? Als Arbeitshypothese schlage ich zunächst eine Bejahung dieser Frage vor! Halten wir uns daran, allerdings mit zwei Ausnahmen.

Die erste Ausnahme: Wir können wohl die klassischen Kauer-Fälle nicht gänzlich vom Tisch wischen und so tun, als hätte es diesen EuGH-Fall nie gegeben. Der Gerichtshof hat uns verdeutlicht, dass das nicht nur eine Auslegung der Verordnung 1408/71 ist, sondern unmittelbarer Ausfluss der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Unionsbürger. Das heißt, wenn wir in diesen Fallkonstellationen restriktiv sind und die Rechte der Betroffenen durch eine Verordnungsänderung beschneiden, dann ist diese Lösung schon

14) Erwägungsgrund Nr. 11.

15) Erwägungsgrund Nr. 10.

von vorne herein gefährdet und kann vom Gerichtshof am EG-Vertrag gemessen und als ungültig befunden werden.

Das heißt, das Kauer-Urteil müssen wir wohl oder übel umsetzen. In welchem Ausmaß aber? Mein Vorschlag ist, es auf den klassischen Kauer-Fall zu beschränken. Das heißt, wir müssen die ausländischen Kindererziehungszeiten nur dann anrechnen, wenn der Beginn der Beschäftigung in unserem Mitgliedstaat liegt, dann eine Unterbrechung der Beschäftigung eintritt, die Geburt eines Kindes erfolgt und erst dann die Übersiedlung in einen anderen Mitgliedstaat stattfindet. Das sind ganz klare Fälle, da ist das Naheverhältnis, das uns der Gerichtshof vorgegeben hat, eng genug, um die Zuständigkeit weiter wirken zu lassen.

Für uns ist wichtig, das diese Personen dann aber möglicherweise doppelt geschützt sind, weil natürlich ab Übersiedlung die Rechtsvorschriften des Wohnortstaates zur Geltung kommen, die ebenfalls Kindererziehungszeiten honorieren können. Die Frage, ob auch eine Geburt im neuen Mitgliedstaat (nach der Übersiedlung) noch gedeckt ist, lasse ich bewusst offen. Das ist eine Frage, die wir miteinander diskutieren müssen.

Nächste Frage: Wie lange bleiben wir zuständig? Aus meiner Sicht ist die Zuständigkeit des nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften an sich unzuständigen Mitgliedstaats nur so lange aufrecht zu erhalten, bis von der betreffenden Person in einem anderen Mitgliedstaat eine Erwerbstätigkeit aufgenommen wird. Dann ist sicherlich das Naheverhältnis zum zunächst zuständig gewesenen Staat zu dünn geworden und das Naheverhältnis zum Erwerbsstaat so stark, dass ein Fortwirken der alten Zuständigkeit nicht mehr erforderlich ist.

Ich habe aber noch eine zusätzliche Frage, die auch ganz heikel und wichtig ist: Betrachten wir nur die Person, die die Kindererziehung wahrnimmt, oder immer auch die gesamte Familiensituation? Das heißt, ist auch der Partner interessant? Sie wissen, wenn wir die Regelungen für die Familienleistungen anwenden, müssten wir immer beide gemeinsam betrachten. Ich glaube aber, dass das nicht passt. Deswegen ist mein Vorschlag, grundsätzlich nur die Person, die die Kindererziehung wahrnimmt, zu betrachten; nur bei dieser prüfen wir, welcher Staat der zuständige ist.

Damit bin ich bei der zweiten Ausnahme angelangt, die wir von einer uneingeschränkten Anwendung der Zuständigkeitsregelungen nach den Bestimmungen über die anzuwendenden Rechtsvorschriften machen müssen. Denken sie an jene Systeme, bei denen zusätzlich zu einer Kindererziehungsleistung (somit zu einer klassischen Familienleistung) Beiträge in die Rentenversicherung gezahlt werden, um eben der Person, die sich der Kindererziehung widmet, auch noch Rentenzeiten zu geben. Ich glaube es hätte vor dem Europäischen Gerichtshof sicherlich nicht Bestand, wenn wir sagen, ich zahle dir zwar das Erziehungsgeld, aber den Zusatz, nämlich die Rentenzeiten, die bekommst du nicht von uns. Ich bin überzeugt,

dass bei solchen Systemen, in denen Beiträge gezahlt werden und die konkret auf den Bezug der Familienleistung abstellen, wir zu nah bei den Familienleistungen sind, als dass wir uns diese Beschränkung auf Personen, die unseren Rechtsvorschriften unterliegen, erlauben dürften.

Mein Vorschlag, die Familienleistungsgrundsätze anzuwenden, wäre eine Ausnahme, eine Sonderregelung ausschließlich für jene Staaten, die die Kindererziehungszeiten ganz bewusst an den Bezug der Familienleistung knüpfen. Wir müssten daher sicherstellen, dass - solange diese auslösende Familienleistung bezogen wird - auch Rentenversicherungszeiten entstehen, aber eben nur solange diese Leistung bezogen wird. Wichtig ist auch, dass wir hier keine Unterschiedsbeträge zahlen müssen; das heißt, ein nur hypothetischer Anspruch auf Erziehungsgeld, wie es bei den Familienleistungen möglich ist, das nur deswegen nicht zur Auszahlung kommt, weil die lokale Leistung höher ist, kann keine Rentenzeiten auslösen.

Wir haben dann noch das Problem, das Jean-Claude bereits angesprochen hat, dass damit in Einzelfällen deckende Zeiten möglich sind, kumulierende Zeiten. Auch das ist eine Aufgabe für den Gemeinschaftsgesetzgeber. Ähnlich wie derzeit im Artikel 15 der Verordnung 574/72 können wir einen Staat für vorrangig zuständig erklären, damit fällt die Zeit im anderen Mitgliedstaat weg. Anbieten würde sich dafür, dass die Zeiten nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften solchen Kindererziehungszeiten vorgehen, die eben (z. B. auf Grund des Kauer-Urteils) zusätzlich gewährt werden müssen.

Mein Vorschlag wäre, einen eigenen Artikel für die Zeiten der Kindererziehung vorzusehen. Eine solche Bestimmung könnte z. B. in die neue Durchführungsverordnung als ergänzende Regelung zu Artikel 5 der Verordnung 883/2004 aufgenommen werden.

Soweit so gut, das ist ja nur ein Denkanstoß für eine Synthese. Sie sehen aber, dass man bei diesen Überlegungen sehr weit gehen und auch sehr konkret werden muss, weil wir ja auch entscheiden müssen, wie die konkreten Änderungen der Verordnung 1408/71 aussehen müssten.

Abschließend bleibt natürlich immer die Frage, ob damit alles geklärt ist. Meine Antwort darauf ist: „Leider nein“. Es bleiben dann immer noch etliche Fragen. Zwei davon möchte ich noch ansprechen:

Zunächst eine Frage, die aus meiner Sicht wirklich endlich einmal gelöst gehört: Man kann doch davon ausgehen, dass der nationale Gesetzgeber festlegen kann, Versicherungszeiten sind nur die Zeiten der Kindererziehung im Inland. Das EG-Recht sagt dann dazu, das darf nicht so eng ausgelegt werden, man muss über das nationale Recht hinaus etwas weiter gehen und auch bestimmte Kindererziehungszeiten im Ausland gleichstellen. Werden solche zusätzlichen Zeiten dadurch zu einer nationalen Zeit? Oder sind das Zeiten, die nur über die Zusammenrechnung in die Leistungsberechnung einfließen? Ich stelle daher die provokante Frage: Wenn ich nach der

Verordnung 1408/71 die Leistung berechne, und zwar den pro-rata Betrag und vergleichsweise den nationalen Betrag, muss ich solche Zeit auch im nationalen Betrag berücksichtigen? Oder sind diese ausländischen Zeiten nur in der pro-rata-Leistung zu berücksichtigen, was im Einzelfall ganz andere Ergebnisse ergeben kann. Wie gesagt, eine provokante Frage, aber auch diese müssen wir uns in diesem Zusammenhang stellen.

Die zweite Frage: Können wir uns auf die Kindererziehungszeiten beschränken oder gibt es nicht auch noch andere Zeiten, die sehr ähnlich sind, die ein ähnliches Problem auslösen könnten? Mir fallen spontan Schul- und Studienzeiten ein. Auch da kann der Gesetzgeber zusätzliche Zeiten zugestehen. Wir haben dasselbe Problem mit der Zuständigkeit. Vielleicht gelingt uns bei den Kindererziehungszeiten eine Lösung, die wir auch auf analoge Probleme mit anderen Zeiten übertragen können.

Und damit bin ich eigentlich schon am Ende meiner sehr kursorischen Überlegungen angelangt. Abschließend habe ich noch eine sehr egoistische Bitte. Ich wäre sehr dankbar, wenn die Arbeiten an einer Änderung der Verordnung 1408/71 möglichst bald abgeschlossen wären. Zu Beginn des Jahres 2006 kommt nämlich dann die österreichische EU-Präsidentschaft. Und je mehr knifflige Probleme bereits davor abgeschlossen werden konnten, desto besser.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit!“

Prodromos MAVRIDIS¹⁾

*Administrateur principal à la Commission européenne
DG EMPL: membre de l'Unité "Libre circulation des travailleurs
et coordination des régimes de sécurité sociale"
Docteur en Droit à l'Université de Paris X-Nanterre
chargé de cours à l'Université de Paris-I, Sorbonne*

Introduction

Ainsi qu'il a été souligné dans l'exposé de M. Fillon, le sujet de notre séminaire est bien délimité par son titre et concerne la reconnaissance des périodes d'éducation d'enfants. Toutefois, bien que limité aux pensions, le thème du séminaire nous conduit à revoir le fonctionnement de la coordination dans son ensemble. En effet tous les intervenants s'accordent à dire que l'affaire Elsen, constitue la pierre angulaire du présent colloque. Curieusement, cette affaire a des répercussions non seulement sur les 4 principes de la coordination mais également sur le nouveau principe d'assimilation des faits et les périodes dites "symboliques" (voir note italienne 179/03).

Les autres exposés ont fait une analyse complète de la situation. L'objet du présent rapport est de provoquer un débat sur certains principes de base de la coordination communautaire et leur application, tels que la totalisation de périodes, l'assimilation des faits et égalité de traitement résultant de la citoyenneté.

1) *Administrateur principal à la Commission européenne, DG EMPL (Libre circulation des travailleurs et coordination des régimes de sécurité sociale). Les opinions exprimées ici sont strictement personnelles.*

L'articulation entre ces trois principes n'est pas une tâche facile, non seulement du fait que les textes sont compliqués et ambigus, voire parfois contradictoires, mais du fait également que la jurisprudence, au lieu de clarifier les choses, accentue à l'ambiguïté²⁾. Etats membres et institutions européennes se trouvent donc dans une turbulence et chacun interprète de sa manière les dispositions en question; d'où l'utilité de ce colloque. Explication avec deux remarques préliminaires:

1. Point de départ: une certaine confusion sur les règles applicables

Il est intéressant de rappeler que dans l'affaire Elsen même la Commission s'est trompée et a proposé à la Cour de dire que le droit communautaire ne s'oppose pas à législation allemande qui subordonne le bénéfice de l'allocation d'éducation d'un enfant à des critères de nature territoriale³⁾; l'intéressée devait être soumise à la législation française qui ne prévoit pas la prise en compte des périodes consacrées à l'éducation d'un enfant sous une forme comparable aux dispositions allemandes. La Commission reconnaissait l'existence de conséquences fâcheuses pour Mme Elsen; "il incomberait toutefois au seul législateur communautaire de pallier ces conséquences" (point 31 de l'arrêt). Nous savons tous que la Cour a décidé dans un sens contraire.

2) A titre d'exemple, l'avocat général Colomer remarque que ce n'est pas la première fois que la Cour a fourni des solutions divergentes aux juges nationaux alors que les circonstances étaient pratiquement les mêmes et que les dispositions communautaires en vigueur étaient identiques, et ce en raison de la formulation différente des questions préjudicielles. Dans ses conclusions dans l'affaire Gottardo, il donne "quelques exemples de cette discordance préoccupante"! Il note dans l'affaire Ozturk (aff. C-373/02, pt 40) à propos de l'arrêt D'Amico (aff. 20/75), que la Cour s'est bornée à interpréter la norme de façon mécanique, sans se préoccuper de rechercher si la réglementation communautaire comportait une autre disposition utile pour statuer au fond. Ainsi, l'arrêt n'évoque à aucun moment le principe d'égalité, alors que l'avocat général avait suggéré l'existence d'une discrimination dissimulée exercée en raison de la nationalité.

3) CJCE 23.11.2000, C-135/99. La Commission observait en outre que cette affaire présentait un caractère purement interne, puisque la demanderesse au principal était une ressortissante allemande qui prétendait obtenir un avantage social prévu et réglementé par la législation sociale de l'État dont elle était ressortissante.

Dans une autre affaire actuellement pendante devant la Cour, l'avocat général Geelhoed a été particulièrement frappé par la confusion sur l'interprétations des règles applicables⁴: "Il ressort des observations déposées par les parties intervenantes qu'une certaine *confusion* règne quant à l'interprétation et à l'application des dispositions des règlements relatifs à la sécurité sociale concernant la détermination de l'État compétent pour servir les prestations familiales lorsque les parents d'un enfant travaillent dans deux États membres différents mais vivent ensemble dans l'un de ces États membres. En témoignent non seulement les interprétations *diamétralement opposées* que les deux États membres concernés font de ces dispositions mais également les *changements successifs de position de la Commission* sur cette question. Pendant ce temps, les demandereses au principal sont les *victimes d'un conflit négatif de compétence* entre les deux États membres concernés" (pts 18-19).

Malgré le fait que l'affaire concernait les prestations familiales, la constatation de l'avocat général a une valeur globale et nous mène directement à la deuxième remarque préliminaire.

2. La nécessité de rappeler les principes de base et leur mise en oeuvre

Compte tenu de ce qui précède et pour la bonne compréhension du thème du présent séminaire, il faudrait analyser le principe de la totalisation des périodes et celui de l'assimilation des faits nouvellement introduit par le Règlement 883/04.

Le premier résulte directement du Traité (art. 42) et il est concrétisé par différents articles du Règlement 1408/71 et notamment l'art. 45 concernant les pensions. Le second est pour l'instant un principe jurisprudentiel selon lequel *l'impossibilité d'assimiler*, en application de la réglementation nationale, certains faits survenus à l'étranger à ceux survenus sur le territoire national pour l'ouverture d'un droit à certains avantages sociaux ou même fiscaux peut être une source de discrimination ou un obstacle à la libre circulation des travailleurs.

La question qui se pose est de savoir quel est le rapport entre les deux principes, (conflictuel ou complémentaire). Il est donc non seulement

4) *Aff. C-543/03, Dodi, obs. du 24 février 2005, concernant un congé parental; la question est de savoir comment les règles de conflit des règlements 1408/71 et 574/72 doivent être interprétées et appliquées, aux fins de déterminer lequel, de l'État d'emploi ou de l'État de résidence, est compétent pour servir des prestations familiales lorsqu'une personne travaille dans un État membre (l'Autriche) mais vit avec son conjoint ou compagnon et ses enfants dans un autre État membre (l'Allemagne) où le conjoint ou compagnon travaille. Il remarque que même la Commission a changé trois fois d'avis; en effet, elle a soutenu dans un premier temps que l'État de résidence serait compétent en priorité; ensuite elle a suggéré l'Etat d'emploi; enfin elle est de nouveau revenue sur sa position lors de l'audience et soutient que, "après avoir amplement débattu de cette question en son sein", elle estime à présent qu'il convient de retenir l'Etat de résidence.*

nécessaire mais urgent de délimiter la portée et le champ d'application respectif de ces deux notions.

C'est la raison pour laquelle la première partie de cet exposé sera consacrée à l'analyse du principe de la totalisation qui a pour objet principal d'unifier la carrière du travailleur. La deuxième partie sera consacrée au principe de l'assimilation des faits qui vise à assurer le principe d'égalité.

Toutefois, ces deux principes ne sont pas statiques. Nous vivons dans un monde qui change continuellement. L'irruption de la citoyenneté européenne a bouleversé le paysage juridique et a eu des répercussions considérables sur leur contenu même. Il serait donc nécessaire d'examiner les conséquences de la citoyenneté (III^e partie). But ultime: arriver à des solutions uniformes au niveau européen. L'affaire Elsen nous invite à revoir

I. TOTALISATION DES PERIODES D'ASSURANCE

1. Objectif de la totalisation: unifier la carrière des personnes qui se déplacent

Ce principe à la base de la réglementation communautaire en la matière, figure à l'article 42, sous a), du traité, qui prévoit l'adoption par le Conseil, dans le domaine de la sécurité sociale, des mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, notamment par l'institution d'un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants: "la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales".

L'article 42 du traité vise à réaliser, par la voie de la coordination plutôt que par celle de l'harmonisation, l'*unité de carrière*, en matière de sécurité sociale, du travailleur migrant. En effet, comme le traité laisse subsister des différences entre les régimes de sécurité sociale des divers États membres et, en conséquence, dans les droits des personnes qui y travaillent, les travailleurs migrants risqueraient, par suite de l'exercice de leur droit à la libre circulation, de perdre des avantages de sécurité sociale que leur assure la législation d'un État membre. Or, le but des articles 39 à 42 du traité est justement d'éviter qu'un travailleur qui a occupé des emplois dans différents États soit *défavorisé* par rapport à celui qui a effectué toute sa carrière dans un seul État membre. Sans l'application du principe de *maintien des droits en cours d'acquisition*, la libre circulation des travailleurs resterait en fait lettre morte.

Ce principe répond au souci élémentaire de protéger dans le temps le travailleur qui se déplace dans l'espace lorsque le droit aux prestations est soumis aux conditions de stage. Il revêt ainsi d'une importance fondamentale dans la mesure où il permet d'éviter au travailleur migrant un nouveau

purgatoire durant lequel il serait sans protection contre les divers risques couverts par la sécurité sociale. On le retrouve réaffirmé pratiquement pour chacun des risques: aux prestations de maladie et maternité (art. 18), d'invalidité (art. 38 et 40 §1 et 3), de vieillesse et de décès (art. 44 et 64), de chômage (art. 67), ainsi qu'aux prestations et allocations familiales (art.74). Le chapitre relatif aux accidents de travail et aux maladies professionnelles ne prévoit pas de totalisation dans la mesure où le droit aux prestations en cause n'est pas fonction de la durée d'assurance ou d'emploi. En matière de pensions, il a pour corollaire la répartition, prorata temporis des charges financières entre les différentes institutions de sécurité sociale.

L'article 45 du règlement 1408/71 énonce le principe de la totalisation des périodes d'assurance ou de résidence accomplies dans différents États membres pour l'acquisition du droit à une pension de retraite. Lorsqu'elle décide de l'octroi d'une pension, l'autorité nationale compétente prend en compte les périodes d'assurance ou de résidence accomplies dans d'autres États membres, comme si elles l'avaient été sous l'empire de la législation qu'elle applique. Mais qu'est-ce qu'une période d'assurance?

2. Notion de période d'assurance

Définition - Renvoi au droit national. - Le terme "période d'assurance" est défini à l'article 1er, sous r), du même règlement, selon lequel il "désigne les périodes de cotisation, d'emploi ou d'activité non salariée telles qu'elles sont définies ou admises comme périodes d'assurance par la législation sous laquelle ont été accomplies ou sont considérées comme accomplies, ainsi que toutes périodes assimilées dans la mesure où elles sont reconnues par cette législation comme équivalant aux périodes d'assurance". Il en est de même des autres notions concernant les périodes d'emploi et de résidence.

Les termes «périodes d'emploi» ou «périodes d'activité non salariée» désignent les périodes définies ou admises comme telles par la législation sous laquelle elles ont été accomplies, ainsi que toutes les périodes assimilées dans la mesure où elles sont reconnues par cette législation comme équivalant aux périodes d'emploi ou aux périodes d'activité non salariée (article 1er, sous s); le terme «périodes de résidence» désigne les périodes définies ou admises comme telles par la législation sous laquelle elles ont été accomplies ou sont considérées comme accomplies (art. 1er, sous s bis).

Le renvoi au droit national implique l'obligation pour chaque Etat membre d'accepter lesdites périodes qualifiées comme telles par les Etats où elles ont été accomplies.

3. Reconnaissance mutuelle des périodes d'assurance

a) Les périodes ne doivent pas être "convertibles"

Un premier examen des textes et de la jurisprudence permet de conclure que ces notions relèvent du seul droit national. Par ailleurs, cette conclusion semble être confirmée par la Cour qui, en définissant la frontière entre le droit communautaire et le droit national, a affirmé que: "l'article 51 du Traité et le règlement prévoient uniquement la totalisation des périodes d'assurance accomplies dans différents Etats membres. Par contre, ils ne règlent pas les conditions de constitution de ces périodes d'assurance, qu'il appartient à la législation de chaque Etat membre de déterminer⁵⁾". Il s'ensuit donc que les termes "périodes d'assurance" désignent les périodes définies ou admises comme telles par la législation sous laquelle elles ont été accomplies⁶⁾.

Par conséquent, les organismes de sécurité sociale doivent prendre en considération des périodes d'assurance à l'étranger même si ces périodes ne seraient pas prises en compte par leur propre droit national. Autrement dit, il n'est pas exigé que les périodes d'assurance dans les autres États membres soient en quelque sorte "*convertibles*" ou "*transposables*" dans le droit interne de l'État de l'institution qui procède à la totalisation⁷⁾; elles sont prises en compte telles quelles et les Etats n'ont pas le droit de les "requalifier" ou de vérifier si ces périodes constitueraient également des périodes d'assurance en vertu de leur propre législation. Ce renvoi à la législation interne démontre clairement que le règlement 1408/71, notamment aux fins de la totalisation de périodes d'assurance, s'en remet aux conditions auxquelles le droit interne subordonne la reconnaissance d'une période déterminée comme équivalente aux périodes d'assurance proprement dites⁸⁾. D'ailleurs, les septième et huitième considérants du règlement posent le principe selon lequel les intéressés doivent pouvoir bénéficier de l'ensemble des prestations acquises. Ainsi, le travailleur ne peut être empêché de faire valoir, dans le cadre de l'article 46, une période d'assurance dans un État membre au seul motif qu'elle a été effectuée dans les mêmes conditions dans l'État liquidateur, elle ne serait pas prise en compte par le droit de cet État. L'application du droit communautaire ne saurait, en effet, dépendre d'une législation nationale qui pourrait en paralyser l'application.

5) CJCE, 28 févr. 1989, Schmitt, aff. 29/88, Rec.581; 20.9.1994, Drake C-12/93, Rec.I 4337.

6) C.J.C.E. 5 déc.1967, Welchner, 14/67, Rec.p. 427.

7) Arrêt du 15 décembre 1993, Fabrizio e.a., C-113/92, C-114/92 et C-56/92, Rec. p. I-6707; conclusions de l'avocat général Darmon.

8) Arrêts du 5 décembre 1967, Welchner, 14/67, Rec. p. 427, 436; du 7 février 1990, Vella e.a., C-324/88, Rec. p. I-257.

Toutefois, cette reconnaissance doit s'opérer dans le respect des dispositions du traité CE relatives à la libre circulation des personnes⁹⁾.

b) Quelques exemples de mise en œuvre de ce principe

- i) **Service militaire:** si et pour autant que le service militaire est considéré comme une période d'assurance par la législation de l'Etat dans lequel il est effectué, les autres Etats membres doivent la reconnaître comme telle pour le calcul de la prestation due, même si ces périodes ne devaient pas être prises en compte en vertu de leur propre législation¹⁰⁾.
- ii) **Périodes « symboliques, dites « Student credits »:** la note italienne CASSTM 179/03 fait état de certaines difficultés que les autorités italiennes rencontrent chaque fois qu'elles doivent traiter des demandes de pension d'"ancienneté" introduites par des travailleurs qui, outre des périodes de cotisation "effectives pour un travail continu" accomplies en Italie et dans d'autres États membres, pouvaient faire valoir des périodes symboliques reconnues dans des États membres autres que l'Italie mais non admissibles au bénéfice de cette forme de pension au titre de la législation italienne. Ce sont, par exemple, les périodes "symboliques" acquises en qualité d'"étudiant" en Allemagne et au Royaume-Uni, ou d'autres formes de cotisations explicitement exclues.

Ainsi qu'il a été susmentionné, les périodes d'assurance à prendre en considération sont, conformément à l'article 1er, sous r), du règlement n 1408/71, définies par renvoi à la législation sous laquelle elles ont été accomplies. Il faut donc prendre en considération des périodes d'assurance à l'étranger même si ces périodes ne seraient pas prises en compte par leur propre droit national. C'est donc aux législations britannique et allemande sous lesquelles cette période définie comme "*Student Credits*" a été accomplie qu'il convient de se référer¹¹⁾. Le refus des autorités italiennes de tenir compte de telles périodes d'assurance accomplies en Grande Bretagne ou en Allemagne, au motif que la législation italienne ne prévoit l'assimilation à des périodes d'assurance que les périodes de service militaire et de congé de maternité, paraît contraire aux articles 1er sous r) et 45 du règlement 1408/71, dans la mesure où ces articles renvoient à la législation sous laquelle lesdites périodes ont été accomplies.

9) Arrêts du 15 octobre 1991, *Faux*, C-302/90, Rec. p. I-4875, points 25 à 28, et du 17 septembre 1997, *Iurlaro*, C-322/95, Rec. p. I-4881, point 28).

10) Arrêt du 15.12.1993, *Fabrizii*, C-113/92 Rec.p.I 6707.

11) Arrêts du 15 mars 1978, *Frangiamore*, 126/77, Rec. p. 725; du 3.10.2002, *Barreira Pérez*, affaire C-347/00; du 7.2.1990, *Vella*, affaire C-324/88, Rec. p.I-257.

iii) **Période d'assurance inférieure a un mois:** si une période d'assurance inférieure a un mois accomplie en Allemagne doit être, selon la législation allemande, considérée comme un mois complet, une période d'assurance accomplie selon la législation d'un autre Etat membre, et qui donne lieu, après conversion en mois aux fins de totalisation, a des décimales, doit également être arrondie a l'unité supérieure en termes de mois, et cela afin d'éviter que la migration ne fasse perdre aux travailleurs salariés les droits qu'ils ont acquis dans leur pays d'origine¹²⁾. Il est à noter que la Commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants a considéré utile de préciser les modalités d'utilisation des données servant de base à la conversion des périodes d'assurance¹³⁾. Dans un souci de protéger les travailleurs migrants contre les pertes de droits, l'article 2 de la décision n°137 prévoit que la conversion s'effectue une seule fois sur l'ensemble des périodes si celles-ci ont été communiquées globalement.

c) Le parallélisme avec le principe de la reconnaissance mutuelle

La technique de la totalisation de périodes prévue par l'article 42 du traité est comparable au principe de la reconnaissance mutuelle¹⁴⁾. Selon ce principe, chaque Etat doit accepter sur son territoire les produits qui sont légalement fabriqués et/ou commercialisés dans les autres Etats membres. Ce principe, qui a été développé par la Commission et la Cour de justice à partir de l'arrêt "*Cassis de Dijon*"¹⁵⁾ joue un rôle clé dans le fonctionnement du marché intérieur dans tous les secteurs qui n'ont pas fait l'objet des dispositions d'harmonisation au niveau communautaire ou dans les secteurs couverts seulement par une harmonisation minimale ou optionnelle. Ainsi, les Etats sont obligés de reconnaître les capacités (techniques, financières, professionnelles, juridiques) d'un travailleur ou d'un professionnel d'un autre Etat membre même si elles ne correspondent pas entièrement aux capacités professionnelles exigées des nationaux pour l'accès à un emploi ou à une profession, dans la mesure où elles sont suffisantes pour l'exercice de l'activité à prester. Il en est de même des titres, certificats et diplômes du

12) Arrêt du 30 octobre 1975, *Galati*, 33/75, Rec. p. 1323.

13) Décision n°137 du 15 décembre 1988, concernant l'application de l'article 15 § 3 du règlement (CEE) 574/72, publiée dans le Recueil des dispositions communautaires sur la sécurité sociale de 1994, p. 48.

14) Sur l'équivalence des situations ou le principe de la reconnaissance mutuelle voir: Bernel, *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Zurich; A. Mattera, *Le principe de la reconnaissance mutuelle: instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales*, RMUE 2/1998, p.5; aussi; L. Gonzalez Vaqué, *Marché intérieur: renforcer l'efficacité de la reconnaissance mutuelle*, JTDE, 1999.230.

15) Arrêt du 20.2.1979, *Rewe-Zentral*, 120/78, Rec. p.649.

travailleur ou du professionnel ressortissant communautaire. L'Etat d'accueil est tenu de les accepter dans la mesure où ces titres, certificats ou diplômes, peuvent être considérés comme équivalents à ceux délivrés au niveau national du point de vue des études suivies ou des épreuves subies¹⁶⁾.

Toutefois, l'affirmation que les "périodes d'assurance" désignent les périodes définies ou admises comme telles par la législation sous laquelle elles ont été accomplies (article 1er sous r) peut avoir des conséquences néfastes pour le travailleur migrant. Quid en effet, d'une période d'assurance ou d'un fait reconnu dans un Etat membre comme déterminant pour l'ouverture du droit mais qui n'est pas reconnu comme tel dans l'Etat où il a eu lieu? Doit-on assimiler ces faits comme ayant lieu sur le territoire national? La réponse ne peut être qu'affirmative afin d'assurer l'égalité de traitement en assimilant les situations étrangères à des situations nationales.

II. TOTALISATION ET ASSIMILATION DES FAITS

Il a été dit que le principe de l'égalité de traitement vise l'assimilation des ressortissants de chacun des Etats membres aux nationaux de l'Etat d'accueil. Mais cette assimilation implique-t-elle également celle des faits qui se sont produits sur le territoire de chacun des Etats membres à des faits analogues qui se seraient produits sur le territoire de l'Etat d'accueil ou de l'Etat compétent? En l'absence de dispositions spécifiques en ce sens dans les textes de droit communautaire actuellement en vigueur, il convient d'examiner si la jurisprudence de la Cour permet de dégager certaines conclusions. Mais d'ores et déjà une observation préalable: si la jurisprudence était assez "fluctuante" à cet égard à l'époque, elle se stabilise depuis quelque temps. Le récent arrêt *Duchon*¹⁷⁾ est significatif; la Cour retrouve l'audace pour invalider une disposition du règlement 1408/71 du fait que celle-ci ne permettait pas l'assimilation des faits, et par conséquent ne respectait pas le principe d'égalité entre nationaux et non nationaux garanti par l'article 39 CE.

1. Assimilation des faits en matière de sécurité sociale

Dans le domaine de la sécurité sociale, la technique de l'assimilation des situations est largement utilisée dans le cadre des règlements 1408/71 et 574/72 (principe de la totalisation des périodes d'assurance, d'emploi et de résidence pour l'ouverture ou le calcul des prestations de sécurité sociale). Mais en ce qui concerne *l'assimilation des faits*, on constate qu'il n'y a pas encore dans le règlement une disposition générale qui oblige les institutions de sécurité sociale de tenir compte des faits qui se déroulent dans un autre

16) A. Mattera, *Le marché unique: une vue d'ensemble*, Les Petites Affiches, mai 1998, N° 52.

17) Arrêt du 18.4.2002, aff. C-290/00, *Duchon*.

Etat. On remarque que certains arrêts sont favorables à l'assimilation, d'autres le sont moins ou apparaissent hostiles¹⁸⁾.

1.1. Arrêts hostiles

Dans une jurisprudence très ancienne (arrêt *Kuyken*¹⁹⁾), la Cour a déclaré en substance que ni le traité ni les dispositions du règlement 1408/71 n'obligent les Etats membres à assimiler, aux fins de l'admission aux allocations de chômage des anciens étudiants qui n'ont jamais occupé un emploi, les études accomplies dans un autre Etat membre à celles accomplies dans un établissement organisé, reconnu ou subventionné par l'Etat compétent. Le problème qui se posait dans cette affaire était celui de savoir si les études que M. Kuyken avait faites aux Pays-Bas après avoir obtenu son diplôme belge de l'enseignement secondaire pouvaient être assimilées à des études effectuées dans un établissement d'enseignement belge et être prises en compte pour le calcul du délai au respect duquel la loi belge soumet l'admission au bénéfice des allocations de chômage. La jurisprudence *Kermaschek*²⁰⁾ va dans le même sens. La même position restrictive est adoptée dans l'affaire *D'Amico*²¹⁾. De même, dans l'affaire *Kenny*²²⁾, il a été jugé qu'il n'y avait aucune obligation communautaire à considérer comme équivalents des faits correspondant (en espèce *un emprisonnement*), qui auraient pour effet de supprimer ou de suspendre un droit à des prestations de sécurité sociale.

1.2. Arrêts favorables

Le tournant. – Dans l'arrêt *Pinna*, la Cour a estimé que le critère de "résidence" établi par l'article 73 § 2 du règlement 1408/71, bien qu'appliqué indépendamment de nationalité, ne revêt nullement la même importance pour les travailleurs français "car c'est essentiellement pour les travailleurs

18) S. Van Raepenbush. *La sécurité sociale des personnes qui circulent à l'intérieur de la CEE*, Strory-Scientia, Bruxelles 1991.194; Prodromos Mavridis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne, Étude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Ed. Sakkoulas-Bruylant, Athènes-Bruxelles 2003.

19) Arrêt du 01.12.1977, *Kuyken*, 66/77, Rec. p. 2311; dans le même sens, arrêt du 9.7.1975, *D'Amico*, 20/75, Rec. p.891.

20) Arrêt du 23.11.1976, *Kermaschek*, 40/76, Rec.p.1669; supra 289.

21) Arrêt du 9.7.1975, *D'Amico*, 20/75, Rec. p.891: "les périodes d'assurance à totaliser pour l'ouverture du droit à une pension de vieillesse peuvent comprendre une période de chômage qui est reconnue comme équivalente à une période de travail par la législation sous laquelle elle a été accomplie. En revanche, lorsqu'une législation nationale subordonne l'ouverture anticipée du droit à une pension de vieillesse outre à l'accomplissement d'une période d'affiliation, au fait que l'intéressé se trouve en chômage depuis un certain temps et lorsqu'ainsi la durée du chômage n'est pas destinée à être totalisée pour obtenir la période d'affiliation minimum, ni à servir au calcul de la prestation, il n'y a pas lieu de tenir compte d'une période de chômage accomplie dans un autre Etat membre".

22) Arrêt du 28 juin 1978, *Kenny*, 1/78, Rec. p. 1489.

migrants que se pose le problème d'une résidence des membres de la famille hors de la France". Ce critère ne pouvant garantir l'égalité de traitement prescrite par l'article 39 § 2 CE, le Conseil n'avait pas le droit de l'utiliser dans le règlement 1408/71.

L'affaire *Roviello*²³⁾ en constitue un autre exemple. A l'origine du conflit, le point 15 de l'annexe VI partie C, Allemagne qui prévoit, en ce qui concerne le droit à la pension pour invalidité professionnelle, que seuls sont prises en considération pour la détermination de ce droit, les activités soumises à l'assurance obligatoire exercées sous la législation allemande. Ce point, proposé par la délégation allemande au Conseil et adopté par celui-ci par le règlement 2001/83 en accord avec la Commission, avait pour effet de restreindre d'une manière discriminatoire le nombre des bénéficiaires. La Cour a annulé le point 15, partie C, de l'annexe VI du règlement car il n'était pas de nature à assurer l'égalité de traitement prescrite par l'article 39 du traité et ne pouvait donc trouver sa place dans le cadre de la coordination des législations nationales prévue par l'article 42 du traité en vue de promouvoir la libre circulation des travailleurs dans la Communauté.

L'arrêt *Paraschi*²⁴⁾ est également révélateur à cet égard. La législation allemande exige une période et un nombre minimum de cotisations pour l'octroi d'une pension d'invalidité (60 mois) mais elle assimile à cette période des périodes de maladie ou de chômage, qui se sont déroulés sur son territoire. Mme Paraschi est tombée malade en Grèce, après avoir quitté l'Allemagne où elle avait travaillé. Peut-elle demander la prise en compte de sa maladie en Grèce afin d'obtenir une pension d'invalidité allemande? La réponse des autorités allemandes est négative; elle ne remplissait pas les conditions prévues par la législation allemande (pendant la période litigieuse elle était malade en Grèce).

La Cour considère que la *non assimilation des faits est contraire aux articles 39, § 2, et 42 CE*; ces articles s'opposent à ce qu'une législation nationale qui permet, dans certaines conditions, la prorogation de la période de référence ne prévoie pas la même possibilité lorsque des circonstances correspondant à celles qui permettent la prorogation surviennent dans un autre État membre. Une telle législation, dit la Cour "même si, formellement, elle

23) Arrêt du 7 juin 1988, 20/88, *Roviello*, Rec. 2805. M. Roviello, ressortissant italien, a déclaré avoir travaillé, comme carreleur, pendant quatorze ans dans son pays natal puis, en qualité de salarié, pendant quatre ans en Allemagne. La prestation qu'il a demandée dans ce pays lui a été refusée au motif qu'il n'était pas en possession du diplôme de carreleur et qu'il n'avait pas travaillé en cette qualité de façon continue. Moyennant l'application du système de classification susmentionné, il relevait de la catégorie des manœuvres, ce qui ne lui donnait pas droit au bénéfice d'une pension.

24) Arrêt du 04.10.1991, C-439/78, Rec. I-4501. Selon la Cour il y avait discrimination déguisée: les conditions posées par la loi nationale étaient aménagées de telle manière que, si elles pouvaient être remplies par les travailleurs actuellement en Allemagne, ce n'était pas le cas pour les travailleurs qui étaient rentrés dans leur pays d'origine après avoir travaillé en Allemagne.

s'applique à tout travailleur communautaire, qui peut ainsi bénéficier de la prorogation de la période de référence, toutefois, dans la mesure où elle ne prévoit pas de possibilité de prorogation lorsque des faits ou circonstances correspondant à ceux qui permettent la prorogation surviennent dans un autre Etat membre (...), est susceptible de porter préjudice de manière beaucoup plus importante aux travailleurs migrants, car ce sont surtout ces derniers qui, notamment en cas de maladie ou de chômage, ont tendance à rentrer dans leur pays d'origine".

En ce qui concerne les *pensions*, il y a lieu de rappeler que les fonctionnaires assurés dans les régimes spéciaux ne pouvaient pas invoquer la règle de la totalisation. Dans l'arrêt Vougioukas, la Cour a dit que les institutions de sécurité sociale sont, sous certaines conditions et indépendamment de la règle de totalisation, *obligées de tenir compte des faits accomplis dans un autre Etat membre pour ne pas discriminer le migrant par rapport au sédentaire*²⁵⁾. Aussi, les autorités administratives et judiciaires d'un Etat membre sont tenues de respecter les certificats et actes analogues relatifs à l'état des personnes qui émanent des autorités compétentes des autres Etats membres, à moins que leur exactitude ne soit sérieusement ébranlée par des indices concrets se rapportant au cas individuel en cause²⁶⁾; les dispositions allemandes constituaient donc bien une discrimination indirecte fondée sur la nationalité²⁷⁾, puisque la non prise en compte des certificats d'autres Etats membres pénalisait les travailleurs migrants.

Prestations familiales: l'octroi de certaines allocations familiales est parfois soumis à la condition que le membre de la famille du travailleur se tienne à la disposition, comme chômeur, de l'agence pour l'emploi sur le territoire où cette législation s'applique. La Cour a jugé qu'il suffisait que l'enfant se trouve à la disposition de l'agence de l'emploi de l'Etat membre de sa résidence²⁸⁾. Elle a rejeté l'argument du gouvernement allemand selon lequel cette solution mettait les autorités allemandes dans l'impossibilité de se libérer de leur obligation de verser les prestations en procurant un emploi à l'enfant. De même, si l'octroi et le montant d'une prestation pour enfant à charge dépendent de la résidence sur le territoire national de l'enfant, cette condition doit, aux fins de l'octroi et du calcul de la prestation en cause, être considérée comme remplie lorsque celui-ci réside sur le territoire d'un autre Etat

25) Arrêt du 25.11.1995, Vougioukas, C-443/93, Rec.p.I-4033.

26) Arrêt du 2.12.1997, Dafeki, C-336/94, Rec. p.I-6761.

27) Dans un sens contraire, l'arrêt du 14 mars 2000, Kocak, C-102/98) et Örs, C-211/98, Rec.p.I-1287 sur le même problème mais concernant les certificats en provenance des autorités turques.

28) Arrêts du 22.2.1990, Bronzino (C-228/89, Rec. p. I-532) et Gatto (C-12/89, Rec. p. I-557).

membre²⁹⁾. L'arrêt *Stallone*³⁰⁾ va également dans le même sens, en ce qui concerne la prise en compte des membres de famille dans un autre Etat membre pour le calcul des prestations de chômage: "l'article 68, § 2, du règlement a pour but d'éviter que ne soit instaurée une *discrimination indirecte* à l'encontre des travailleurs migrants puisque ce sont essentiellement ces derniers qui seront affectés par une condition de résidence des membres de leur famille sur le territoire national. Cette disposition est donc *l'expression concrète de la règle d'égalité de traitement* énoncée à l'article 3, paragraphe 1, du règlement".

Service militaire: Dans l'affaire *Mora Romero*³¹⁾, l'orphelin d'un espagnol décédé en Allemagne, victime d'un accident du travail, s'est vu refuser la prorogation de sa rente d'orphelin au-delà de l'âge de 25 ans à concurrence de la période pendant laquelle il ne l'a pas perçue parce qu'il effectuait son service militaire en Espagne. L'arrêt a interprété l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71 en ce sens que, lorsque la législation d'un Etat membre prévoyait la prorogation d'une rente d'orphelin au-delà de cet âge pour les personnes interrompant leur formation en raison d'un appel sous les drapeaux, il y avait lieu *d'assimiler le service militaire* accompli dans un autre Etat membre à celui effectué dans l'Etat membre concerné.

Enfin, dans son récent arrêt *Duchon*, la Cour n' pas hésité à *invalidier* une disposition du règlement dans la mesure où celle-ci n'a pas respecté le principe de l'assimilation des faits: La juridiction nationale a posé une question sur la compatibilité de l'article 9 bis du règlement 1408/71 avec les articles 39 § 2 et 42 CE dans la mesure où il excluait expressément la possibilité de prendre en compte, aux fins de la prorogation de la période de référence sous la législation d'un Etat membre, les périodes au cours desquelles des rentes d'accident du travail ont été servies au titre de la législation d'un autre Etat membre. Le fait que la période pendant laquelle une rente a été servie en Allemagne n'est pas prise en considération rentrait la situation des travailleurs migrants *moins favorable* que celle des travailleurs sédentaires. Dans ces conditions, la Cour a dit que les articles 39 § 2 et 42 CE s'opposent à une législation nationale qui permet, dans certaines conditions, la prorogation de la période de référence, sans cependant prévoir de possibilité de prorogation lorsque des faits ou circonstances correspondant à ceux qui permettent la prorogation surviennent dans un autre Etat membre. L'article 9 bis du règlement 1408/71, qui est incompatible avec les articles 39 § 2 et 42 CE dans la mesure où il exclut la possibilité de

29) Arrêt du 5.10.1995, *Imbernon Martinez*, C-321/93, Rec. I-2821.

30) CJCE 16.10.2001, C-212/00; en ce sens aussi, CJCE 2.8.1993, *Acciardi*, C-66/92, Rec. p. I-4567.

31) Arrêt du 25.6.1997, C-131/96, Rec. p. I-3659; dans un sens contraire, voir l'arrêt du 11.11.2004, *Adanez-Vega*, C-372/02.

prendre en compte, aux fins de la prorogation de la période de référence sous la législation d'un État membre, les périodes au cours desquelles des rentes d'accident du travail ont été servies au titre de la législation d'un autre État membre, est déclaré *invalide*" (points 39-40)³².

En fait, il résulte de l'ensemble de la jurisprudence que *l'impossibilité d'assimiler*, en application de la réglementation nationale, certains faits survenus à l'étranger à ceux survenus sur le territoire national pour l'ouverture d'un droit à certains avantages sociaux ou même fiscaux peut être une source de *discrimination* sur base de nationalité ou un *obstacle à la libre circulation des travailleurs*.

2. La consécration du principe d'assimilation des faits par le règlement 883/04

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de souligner que le droit communautaire impose l'obligation, lors de l'application d'une législation nationale, d'accorder aux faits ou événements survenant sur le territoire d'un autre État membre le même effet juridique que les faits et événements comparables survenant sur le territoire de l'État membre responsable de l'octroi d'une prestation³³. D'ailleurs, l'évolution constatée montre que le principe de la *reconnaissance mutuelle* ou de l'assimilation des faits occupe une place centrale régissant tous les domaines du droit communautaire, y compris le droit pénal³⁴. Le principe devient la pierre angulaire de la construction européenne. La Commission, dans un souci de transparence, a estimé nécessaire d'intégrer ce principe dans sa proposition visant à *simplifier* le règlement 1408/71³⁵. Le Conseil l'a accepté et le principe figure

32) Arrêt du 18.4.2002, aff. C-290/00, Duchon.

33) Sur cette question, voir l'exposé de U. Becker, *Egalité de traitement – influence de l'article 12 (ex 6) du traité CE sur l'assimilation au-delà des frontières des aspects essentiels en ce qui concerne l'étendu, le droit et l'octroi des prestations*, in *Le traité CE et règlement 1408/71, Conférence de Vienne du 17 à 18 juin 1999*, p.111.

34) A titre d'exemple, conclusions de l'avoc. Gén. Colomer du 19.9.2002, aff. C-187/01 Hüseyin Gözütok et C-385/01 Klaus Brügge, sur le principe de "ne bis in idem": La réalisation de l'objectif indiqué dans le Traité sur l'Union européenne, consistant dans l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité, de justice, exige que l'efficacité des décisions étrangères soit garantie entre les États membres. Cet objectif commun ne peut être atteint sans la confiance réciproque des États membres dans leurs systèmes de justice pénale et sans la reconnaissance mutuelle de leurs décisions respectives, adoptées dans un véritable «marché commun des droits fondamentaux». En effet, cette reconnaissance repose sur l'idée que, même si un État ne traite pas une affaire donnée de façon identique, voir analogue à un autre État, les résultats sont tels qu'ils sont considérés comme équivalents aux décisions de ce dernier, parce qu'ils répondent aux mêmes principes et valeurs. La confiance mutuelle est un élément fondamental du processus évolutif dans lequel est engagée l'Union européenne, en ce qui concerne non seulement le caractère approprié des règles des partenaires, mais aussi l'application correcte de ces règles (point 124).

35) Proposition de règlement (CE) du Conseil portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, COM/98/779 final, JO n° C 038 du 12/02/1999 p. 10.

désormais dans l'article 5³⁶⁾ sous le titre "Assimilation de prestations, de revenus, de faits ou d'événements".

2.1. Portée du principe

Les considérants introductifs n° 10 et 11 du règlement n° 883/2004 énoncent: "cependant, le principe d'assimilation de certains faits ou événements survenus sur le territoire d'un autre État membre à des faits ou événements semblables survenus sur le territoire de l'État membre dont la législation est applicable ne devrait pas interférer avec le principe de totalisation des périodes d'assurance, d'emploi, d'activité non salariée ou de résidence accomplies sous la législation de tout autre État membre avec les périodes accomplies sous la législation de l'État membre compétent. En conséquence, la prise en compte de périodes accomplies sous la législation de tout autre État membre ne devrait relever que de l'application du principe de totalisation des périodes".

"L'assimilation de faits ou d'événements survenus dans un État membre ne peut en aucune façon rendre un autre État membre compétent ou sa législation applicable".

La question qui se pose à ce stade est de savoir comment interpréter ces considérants. Si l'on pense que les exceptions au principe d'égalité doivent être objectivement justifiées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi, ces considérants devraient recevoir une interprétation stricte. En outre, une récente jurisprudence sur un problème d'assimilation des faits concernant les travailleurs turcs, semble plaider à une telle approche.

Il résulte, en effet, de l'affaire Ozturk³⁷⁾ que ce n'est pas seulement l'État membre de résidence qui a l'obligation d'assurer au profit des ressortissants turcs, dans l'application de sa législation nationale, l'égalité en matière de

36) "A moins que le présent règlement n'en dispose autrement et compte tenu des dispositions particulières de mise en oeuvre prévues, les dispositions suivantes s'appliquent:

a) si, en vertu de la législation de l'État membre compétent, le bénéfice de prestations de sécurité sociale ou d'autres revenus produit certains effets juridiques, les dispositions en cause de cette législation sont également applicables en cas de bénéfice de prestations équivalentes acquises en vertu de la législation d'un autre État membre ou de revenus acquis dans un autre État membre;

b) si, en vertu de la législation de l'État membre compétent, des effets juridiques sont attribués à la survenance de certains faits ou événements, cet État membre tient compte des faits ou événements semblables survenus dans tout autre État membre comme si ceux-ci étaient survenus sur son propre territoire".

37) CJCE 20.4.2004, C-373/02: "l'article 3, paragraphe 1, de la décision n° 3/80 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'application d'une législation d'un État membre qui subordonne l'ouverture du droit à une pension de vieillesse anticipée pour cause de chômage à la condition que l'intéressé ait bénéficié, pendant une certaine période précédant la demande de pension, de prestations de l'assurance chômage dudit État membre uniquement"; voir aussi, par analogie, ordonnance du 12 février 2003, Alami, C-23/02, Rec. p. I-1399, point 38, concernant les travailleurs marocains).

sécurité sociale sans distinction de nationalité. Une telle obligation vise également les autres États membres dans lesquels un ressortissant turc aurait *acquis des droits* en matière de sécurité sociale ou accompli des périodes d'assurance, de résidence ou d'emploi. Cette interprétation est confortée par l'article 2 de la décision n° 3/80 définissant le champ d'application de celle-ci comme comprenant notamment les travailleurs «qui sont ou ont été soumis à la législation de l'un ou de plusieurs des États membres». Il en découle, en l'occurrence, que M. Öztürk est en droit d'invoquer l'article 3, paragraphe 1, de la décision n° 3/80 à l'encontre des autorités autrichiennes, eu égard aux périodes d'assurance qu'il a accomplies en Autriche, avant son installation en Allemagne, aux fins de l'ouverture d'un droit à pension, nonobstant la circonstance qu'il réside actuellement dans ce dernier État membre (points 51-53).

2.2. Le principe de l'assimilation des faits et les libertés de circulation

Comme il a été susmentionné, l'assimilation des faits n'est qu'une expression spécifique de l'interdiction de discrimination sur base de nationalité prévue par l'article 39 §2 CE. Dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, la Cour a pu assimiler dans l'affaire *Ugliola*³⁸⁾, sur la base du principe de l'égalité de traitement mis en œuvre par l'article 39 CE, les *obligations militaires* accomplies dans le pays d'origine à celles accomplies dans l'État d'emploi afin de permettre au travailleur communautaire de bénéficier d'une protection identique à celle du travailleur national sur le plan des conditions d'emploi.

Dans l'affaire *Scholz*³⁹⁾, un organisme public, à savoir une université italienne, avait basé ses critères de sélection, en vue de recrutement d'agents de restauration, en partie sur la durée des activités professionnelles antérieures exercées au sein du service public. La Cour a jugé que le fait pour l'Université de ne pas tenir compte de l'expérience acquise par un candidat dans l'administration publique d'un autre État membre (en l'occurrence l'administration postale allemande) constituait une discrimination indirecte injustifiée.

38) Arrêt du 15.10.1969, 15/69, Rec. p. 363. *Le principe de l'égalité de traitement accordait à un travailleur migrant qui a dû interrompre son activité dans une entreprise en Allemagne afin de remplir ses obligations militaires nationales le droit de voir prendre en compte la période ainsi passée sous les drapeaux pour le calcul de son ancienneté dans cette entreprise, pour autant que les périodes de service militaire accomplies dans le pays de l'emploi soient elles aussi prises en compte au bénéfice des travailleurs nationaux.*

39) Arrêt du 23.2.1994, C-419/92, Rec.p.;I-505; voir aussi M. Vilaras, *La libre circulation dans le secteur public, in Trente ans de libre circulation, Bruxelles 1998.93.*

Dans l'affaire *Schöning*⁴⁰⁾, la question a été de nouveau posée à la Cour sur l'équivalence des périodes de service accomplies au sein du service public d'un autre Etat membre: il s'agit d'une ressortissante grecque qui travaille en tant que médecin spécialiste pour la ville de Hambourg. Ayant déjà travaillé pour le service public en Grèce, elle considère que, en ne tenant pas compte de cette expérience pour décider de son classement, l'autorité allemande a enfreint le droit communautaire. Selon la Cour, le principe de l'égalité de traitement prévu par les articles 39 § 2 CE et 7 du règlement 1612/68 s'oppose "à une clause d'une convention collective applicable au service public d'un Etat membre qui prévoit, pour les employés de ce service public, un avancement à l'ancienneté après huit années de travail dans une catégorie de rémunérations déterminée par cette convention, sans tenir compte des périodes d'emploi, dans un domaine d'activité comparable, accomplies antérieurement dans le service public d'un autre Etat membre". Une telle clause d'une convention collective qui comporte une *discrimination* contraire à l'article 39 du traité *est nulle de plein droit*. L'arrêt *Schöning* est d'une importance capitale: il implique qu'il convient de prendre en compte toute la carrière des salariés⁴¹⁾.

Obligation de tenir compte même des périodes antérieures à l'adhésion - La Cour a déjà répondu par l'affirmative à cette question, dans une affaire⁴²⁾ concernant la reconnaissance des périodes d'activité des enseignants autrichiens dans les autres Etats membres, avant l'adhésion. Selon la Cour, l'acte relatif aux conditions d'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne⁴³⁾ ne contient aucune disposition transitoire en rapport avec l'application du principe de l'égalité de traitement (art. 39 du traité et 7 du règlement 1612/68). Ces dispositions doivent être considérées comme étant immédiatement applicables et contraignantes à l'égard de la république d'Autriche à compter de la date de

40) Arrêt du 15.1.1988, aff. C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, concl. Jacobs. Les autorités de la ville de Hamburg refusaient pour le calcul de l'ancienneté de prendre en compte l'expérience professionnelle acquise par la demanderesse (travaillant en tant que médecin spécialiste de cette ville) dans un service comparable en Grèce; commentaires, Dubouis, Louis: *Rev. fr. de droit admin.* 1998 p.118; Luby, Monique: *JDI* 1999 p.561; Cabral, Pedro: *Common Market Law Review* 1999 p.453.

41) O. Quintin et B. Favarel-Dapas, *L'Europe sociale, Enjeux et réalités*, Documentation française 1999.61.

42) Arrêt du 30.11.2000, aff. C-195/98 *Dienst*.

43) *JO* 1994, C 241, p. 21, et *JO* 1995, L 1, p. 1.

son adhésion à l'Union européenne, soit le 1^{er} janvier 1995. Depuis cette date, elles sont susceptibles d'être invoquées par des travailleurs migrants en provenance des États membres. En l'absence de dispositions transitoires, les périodes d'activité antérieures doivent donc nécessairement être prises en compte⁴⁴).

2.3. Quelles sont les conséquences en cas de non respect du principe d'égalité?

Le principe d'égalité de traitement exige que chaque État membre prenne en considération certains éléments de fait qui se sont produits dans les autres États membres afin de les assimiler à ceux qui surviennent sur son territoire.

L'évolution jurisprudentielle exposée montre que, s'agissant d'interpréter l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité, il existe une tendance claire à proscrire les obstacles dressés par les législations nationales à caractère social à l'égard de l'application du principe d'assimilation des faits, dont la finalité primordiale est d'assurer que les situations survenues dans un État membre soient appréciées de la même façon que si elles avaient eu lieu dans l'État dans lequel elles doivent produire leurs effets.

a) Adaptation des législations nationales

Il résulte de l'ensemble de la jurisprudence susmentionnée que la non prise en considération de certains faits à l'étranger peut être sanctionnée soit par l'article 3 du règlement 1408/71 soit par l'article 39 § 2 CE; on l'a vu dans l'affaire Paraschi: la loi nationale allemande doit prendre en compte les faits survenus en Grèce en vue d'assurer l'égalité de traitement assurée par ce dernier article; dans l'affaire Mora Romero, l'article 3 du règlement s'oppose à la non prise en compte par les autorités allemandes du service militaire espagnol.

L'exemple de l'allocation parentale d'éducation en France: les services de la Commission ont été saisis de nombreuses plaintes de travailleurs communautaires, occupés en France et résidant dans un autre État membre selon lesquelles les autorités françaises leur refusent, alors qu'ils sont liés par un contrat de travail en France et ont pris un congé parental, de leur verser

44) Les articles 39 CE et 7, §§1 et 4, du règlement 1612/68 s'opposent à une disposition nationale relative à la prise en compte des périodes d'activité antérieures aux fins de la détermination de la rémunération des enseignants et des assistants sous contrat, lorsque les exigences qui s'appliquent aux périodes effectuées dans d'autres États membres sont plus strictes que celles applicables aux périodes accomplies au sein d'institutions comparables de l'État membre concerné. Lorsqu'un État membre est tenu de prendre en considération, pour le calcul de la rémunération des enseignants et des assistants sous contrat, les périodes d'activité au sein d'institutions d'autres États membres comparables aux institutions autrichiennes, de telles périodes doivent être prises en compte sans aucune limitation dans le temps".

l'allocation parentale d'éducation prévue dans la législation française, au motif qu'ils ne résident pas en France mais dans un autre Etat membre. Dans un premier temps, les autorités françaises soutenaient que cette allocation relevait du règlement 1408/71 et que son inscription à l'annexe VI de celui-ci impliquait que son octroi pouvait être réservé seulement aux personnes résidant sur son territoire.

La Commission considérait que cette condition de résidence était contraire aux article 39 § 2 CE et 7 du règlement 1612/68; à la suite de l'envoi par la Commission de la lettre de mise en demeure le 16.1.2003, la France s'est mise en conformité avec le droit communautaire, en modifiant sa pratique administrative. Les autorités françaises ont communiqué la circulaire du 8/12/2003 contenant les instructions ministérielles à l'intention des institutions compétentes afin que celles-ci n'appliquent plus la condition de résidence dans l'ensemble géographique UE-EEE et Suisse. Il ressort de l'examen de la circulaire que les mesures prises par les autorités françaises répondent aux observations formulées par la Commission⁴⁵⁾.

b) Annulation des dispositions du règlement

Ainsi qu'il a été susmentionné, dans les arrêts Pinna, Roviello, Duchon, la Cour déclare invalides les dispositions du règlement 1408/71 qui ne permettent pas *d'assimiler* certains faits survenus à l'étranger à ceux survenus sur le territoire national car elles peuvent être une source de *discrimination*.

Il en est de même concernant les *prestations spéciales* à caractère non contributif. On ne peut que saluer la *vigilance* de la Cour qui, dans ses arrêts *Jauch*⁴⁶⁾ et *Leclere*⁴⁷⁾ rejette définitivement le *critère formel d'inscription* d'une prestation à l'annexe II bis, que certains Etats ont cru devoir défendre pour éviter l' "*exportabilité*" de ces prestations. Dans l'affaire *Leclere*, elle a jugé *invalide* l'inscription de la prestation de maternité luxembourgeoise à l'annexe II bis du règlement 1408/71, en observant que cette prestation, versée à toute femme enceinte et à toute femme accouchée à la seule condition qu'elle ait son domicile légal au Luxembourg, ne pouvait être

45) On y trouve les instructions suivantes: levée de la condition de résidence pour toute personne résidant dans un EM de l'U.E ou de l'E.E.E. ou de la Suisse; issue favorable à toutes les procédures contentieuses en cours dont le litige porte sur la condition de résidence; nouvel examen, sur demande des intéressés, des dossiers ayant fait l'objet d'une décision négative au motif de non-résidence en France; paiement rétroactif dans la limite des délais de prescription habituels. Application du Règlement (CEE) n° 1408/71: prise en compte de l'APE dans le calcul du complément différentiel versé en application des articles 73 et 76, soit par la France si le montant de ses prestations familiales sont supérieures à celles versées par l'Etat désigné prioritaire pour le paiement des prestations familiales; soit par l'autre EM si la France est l'Etat prioritaire.

46) CJ 8/3/2001, C-215/99, Rec. p.I-1901.

47) CJ 31/5/2001, C-43/99, Rec. p. I-4265.

qualifiée de spéciale. Par conséquent, c'est en violation des articles 39 et 42 CE que cette allocation a été inscrite à ladite disposition comme prestation spéciale à caractère non contributif versée exclusivement sur le territoire de l'État membre de résidence en vertu de l'article 10 bis du règlement 1408/71" (point 37).

c) Pas d'exceptions non objectivement justifiées

Le principe de l'égalité de traitement a une valeur constitutionnelle dans l'ordre juridique communautaire. Invitée à interpréter l'article 3 du règlement 1408/71 dans l'affaire *Cabanis*⁴⁸⁾, la Cour a dit pour droit que: «... en tout état de cause, toute dérogation à l'égalité de traitement fondée sur l'une des dispositions du règlement auxquelles fait référence l'article 3, paragraphe 1, doit être *objectivement justifiée*, sous peine de vider de sa substance la *règle fondamentale* de non-discrimination qu'énonce l'article 3, paragraphe 1, dans le domaine de la sécurité sociale».

En outre, selon une jurisprudence constante⁴⁹⁾, les dispositions sur le principe de l'égalité de traitement, tel qu'il résulte de l'article 3 du règlement ainsi que des articles 39 et 42 du traité, doivent être interprétées à la lumière de leur objectif, qui est de contribuer, notamment en matière de sécurité sociale, à l'établissement d'une liberté aussi complète que possible de la circulation des travailleurs migrants, principe qui s'inscrit parmi les fondements de la Communauté⁵⁰⁾. Ainsi, une disposition nationale qui traite de façon plus défavorable des travailleurs communautaires ayant exercé leur droit à la libre circulation que ceux qui n'ont pas fait usage de ce droit, est de nature à entraver la libre circulation des travailleurs. Dans ces conditions, l'article 39, paragraphe 3, du traité n'admet à l'exercice du droit de libre circulation des travailleurs d'autres limitations que celles pouvant être justifiées par des raisons *d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique*.

Dès lors, en dehors de ces hypothèses expressément prévues par le traité, aucune dérogation à l'égalité de traitement ou entrave à la libre circulation des travailleurs ne saurait trouver de justification. Différentes raisons, liées aux difficultés pratiques ou au coût financier, invoquées par les États membres pour déroger au principe de l'égalité de traitement n'ont pas trouvé grâce aux yeux de la Cour.

48) Arrêt du 30 avril 1996, *Cabanis-Issarte*, C-308/93, Rec. p. I-2097, point 26.

49) Arrêt du 7.3.1991, *Masgio*, C-10/90, Rec.p.I-1119.

50) Voir, par exemple, arrêts du 12.10.1978, *Belbouab*, pt 5, 10/78, Rec. p. 1915; du 25.2.1986, *Spruyt*, pt 18, 284/84, Rec. p. 685; du 2.5.1990, *Winter-Lutzins*, pt 13, C-293/88, Rec. p. I-1623.

Difficultés d'ordre pratique. Les affaires *Bronzino et Gatto*⁵¹⁾ concernaient la soumission de l'octroi de certaines allocations familiales à la condition que le membre de la famille du travailleur se tienne à la disposition, comme chômeur, de l'agence pour l'emploi sur le territoire où cette législation s'applique. La Cour a jugé qu'il suffisait que l'enfant se trouve à la disposition de l'agence de l'emploi de l'Etat membre de sa résidence. Elle a rejeté l'argument du gouvernement fédéral selon lequel cette solution mettait les autorités allemandes dans l'impossibilité de se libérer de leur obligation de verser les prestations en procurant un emploi à l'enfant⁵²⁾.

Le coût financier. Dans l'affaire *Commission/France*⁵³⁾ sur les régimes complémentaires le gouvernement français a fait valoir que l'attribution de points «gratuits» aux travailleurs frontaliers établis en Belgique mettrait en péril l'équilibre financier du système. Ainsi, il a demandé à la Cour, eu égard au doute juridique sérieux qui lui paraissait caractériser la situation en cause à l'époque, de limiter les effets dans le temps de l'arrêt au cas où elle estimerait que les dispositions de la convention ne sont pas compatibles avec le droit communautaire; un arrêt constatant un manquement imposerait aux autorités françaises, près de 20 ans après la conclusion de la convention, une charge financière importante, pouvant s'élever à 192 millions de FF. La Cour a rejeté la demande de *limitation dans le temps des conséquences financières*, compte tenu du fait que sur le terrain des discriminations indirectes la jurisprudence considère avec une méfiance certaine l'utilisation du critère de résidence, facile à utiliser pour masquer une discrimination fondée sur la nationalité⁵⁴⁾. L'argument du coût financier a également été

51) Arrêts du 22 février 1990, *Bronzino* (C-228/89, Rec. p. I-532) et *Gatto* (C-12/89, Rec. p. I-557).

52) De même, dans l'affaire *Masgio* (préc.), le gouvernement allemand a invoqué l'argument selon lequel la différence de traitement résultant de l'application de la réglementation en cause serait justifiée par des difficultés d'ordre pratique consistant dans le fait que, dans l'hypothèse de rentes d'accident perçues dans un autre Etat membre, l'institution qui calcule le montant de la suspension de prestations serait souvent dans l'impossibilité de connaître la rémunération annuelle de l'intéressé; selon la Cour, il suffit de constater que l'article 39, paragraphe 3, du traité n'admet à l'exercice du droit de libre circulation des travailleurs d'autres limitations que celles pouvant être justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Dès lors, en dehors de ces hypothèses expressément prévues par le traité, aucune violation du principe ne saurait trouver de justification.

53) Arrêt du 24.9.1998, aff. C-35/97, Rec. I-5325.

54) "Il n'existe aucun élément de nature à justifier une dérogation au principe de rétroactivité des arrêts d'interprétation. A l'époque où la convention a été signée, il existait déjà une jurisprudence claire qui ne laissait subsister aucun doute que ce principe prohibait toutes formes dissimulées de discrimination et qu'il n'était donc pas exclu que des critères tels que le lieu d'origine ou le domicile d'un travailleur puissent, selon les circonstances, constituer, dans leur effet pratique, l'équivalent d'une discrimination interdite fondée sur la nationalité (voir, en ce sens, arrêt du 12 février 1974, *Sotgiu*, 152/73, Rec. p. 153, point 11)".

avancé par le gouvernement italien dans la récente affaire *Gottardo*, mais il a été rejeté par la Cour⁵⁵).

En revanche, l'argument du *coût financier a été accepté* exceptionnellement dans l'affaire *Surul*⁵⁶) concernant l'application du principe d'égalité aux travailleurs turcs. Enfin, dans l'arrêt *Cabanis*⁵⁷), les Etats membres ont demandé à la Cour de limiter dans le temps les effets de l'arrêt en invoquant les graves conséquences qu'emporterait ce dernier pour le financement des régimes de sécurité sociale⁵⁸). La limitation a été acceptée pour des raisons de *sécurité juridique*⁵⁹).

III. LES DROITS DECOULANT DE LA CITOYENNETE EUROPEENNE

A. L'irruption de la citoyenneté

Comme l'a souligné l'avocat général Colomer⁶⁰), la création d'une citoyenneté de l'Union, qui a pour corollaire le droit pour ceux qui la possèdent de circuler librement sur le territoire de tous les États membres, représente un progrès qualitatif considérable dans la mesure où elle dissocie cette liberté de circuler de ses éléments fonctionnels ou instrumentaux (puisque'elle n'est plus liée à l'exercice d'une activité économique ou à la mise en place du marché intérieur) et dans la mesure également où elle élève ce droit au rang de droit propre et indépendant, inhérent au statut politique des citoyens de l'Union. Cette modification qualitative est illustrée par le fait que

55) Arrêt du 15.1.2002, aff. C-55/00: "les seules objections alléguées par l'INPS et le gouvernement italien pour justifier leur refus d'admettre la totalisation des périodes d'assurance accomplies par M^{me} Gottardo concernent l'augmentation éventuelle de leurs charges financières et les difficultés administratives liées à la collaboration avec les autorités compétentes de la Confédération suisse. Ces motivations ne sauraient justifier le non-respect par la République italienne des obligations découlant du traité" (point 38).

56) Arrêt du 4 mai 1999, *Sürül*, aff. C-262/96, p. I-2685.

57) Arrêt du 30 avril 1996, *Cabanis-Issarte*, C-308/93, Rec. p. I-2097, point 26; sur les effets de l'arrêt dans le temps, voir les conclusions de l'av. gén. Tesouro du 29.2.1996.

58) Il faut noter que la limitation d'un arrêt à l'avenir conserve cependant un caractère exceptionnel; voir arrêt du 08.04.1976, *Defrenne*, 43/75, Rec. p. 455; du 17.05.1990, *Barber*, C-262/88, Rec. p. I. 1889; du 06.10.1993, *Ten Oever*, C-109/91, Rec. p. I-4879.

59) "Même si les gouvernements des États membres qui ont déposé des observations n'ont pas été en mesure d'évaluer, ne fût-ce qu'approximativement, les conséquences financières de la réponse donnée à la première question, des considérations impérieuses de sécurité juridique empêchent de remettre en cause des situations juridiques qui ont été définitivement liquidées conformément à la jurisprudence constante antérieure de la Cour, dont le présent arrêt limite la portée. Dans ces conditions, il convient de décider que le présent arrêt ne peut être invoqué à l'appui de revendications relatives à des prestations afférentes à des périodes antérieures à la date de son prononcé, sauf en ce qui concerne les personnes qui ont, avant cette date, introduit un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente (points 47, 48).

60) *Observ. dans l'affaire Collins*.

la liberté de circulation et de séjour, entendue dans un sens autonome, a été incluse dans l'article 45, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'UE.

L'article 12 CE contient le principe général d'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité. L'article 17 CE contient des précisions sur la nationalité des personnes pouvant revendiquer les dispositions sur la citoyenneté. L'article 18 CE énonce le principe constitutionnel du droit à la libre circulation des citoyens de l'Union sur le territoire des autres Etats membres.

Rappel des textes. - L'article 12, premier alinéa, CE) dispose: «Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité.» L'article 17 CE) énonce: «1. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre. 2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité.» L'article 18, paragraphe 1, CE) prévoit que tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par ledit traité et par les dispositions prises pour son application.

B. Quels changements apporte la citoyenneté?

1. L'invocation de la citoyenneté dans le pays d'accueil

La Cour se prononce pour la première fois dans l'arrêt *Martínez Sala*⁶¹⁾ sur la jouissance des droits associés au statut de *citoyen de l'Union européenne*. Dans cet arrêt, la Cour a indiqué qu'un citoyen de l'Union européenne au sens de l'article 17 CE, qui *réside légalement* sur le territoire de l'Etat membre d'accueil peut se prévaloir de l'article 12 CE (interdiction de discriminations fondées sur la nationalité) dans toutes les situations relevant du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire, y compris la situation dans laquelle cet Etat membre retarde ou lui refuse l'octroi d'une prestation qui est accordée à toute personne résidant légalement sur le territoire de cet Etat, au motif qu'il ne dispose pas d'un document qui n'est pas exigé des

61) Arrêt du 12 mai 1998, *Martínez Sala* (C-85/96, Rec. p. I-2691). Il s'agit d'une ressortissante espagnole qui, depuis mai 1968, réside en Allemagne. Elle y a exercé différentes activités salariées durant la période s'étendant, interruptions comprises, de 1976 à 1986. Depuis lors, elle a bénéficié d'une aide sociale. Jusqu'en 1984, Mme M. a obtenu des autorités compétentes différents titres de séjour qui se sont succédés pratiquement sans interruption. Par la suite, elle n'a obtenu que des documents attestant que la prorogation de son titre de séjour était sollicitée. En 1993, à savoir pendant la période où elle ne disposait pas d'un titre de séjour, Mme M. a sollicité des autorités compétentes une allocation d'éducation pour son enfant né au cours de ce même mois; sa demande a été rejetée au motif que l'intéressée ne possédait ni la nationalité allemande, ni une autorisation de séjour, ni un titre de séjour.

ressortissants de ce même État et dont la délivrance peut être retardée ou refusée par son administration.

Une chose semblable s'est produite avec l'arrêt *Grzelczyk*⁶²⁾, selon lequel les articles 12 CE et 17 CE *s'opposent* à ce que le bénéficiaire d'une prestation sociale d'un régime non contributif, telle que le *minimex*, soit subordonné, en ce qui concerne les ressortissants d'États membres autres que l'État membre d'accueil sur le territoire duquel lesdits ressortissants séjournent légalement, à la condition que ces derniers entrent dans le champ d'application du règlement 1612/68, alors même qu'aucune condition de cette nature ne s'applique aux ressortissants de l'État membre d'accueil.

Dans cette affaire la Cour dit pour la première fois que *le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres* permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir dans le domaine d'application *ratione materiae* du traité, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique. Dans l'affaire *Trojani* (C-456/02), la Cour confirme qu'un citoyen de l'Union économiquement *non actif* peut invoquer l'article 12 CE dès lors qu'il a *séjourné légalement* dans l'État membre d'accueil pendant une certaine période ou qu'il dispose d'une carte de séjour.

Il est à noter que le dispositif des arrêts dans lesquels la Cour a interprété le droit à l'égalité de traitement des citoyens de l'Union contient une référence, soit aux seuls articles 12 et 17 CE⁶³⁾ soit au droit communautaire de manière générale⁶⁴⁾.

62) CJCE 20.9.2001, *Grzelczyk*, C-184/99, Rec. p. I-6193. Dans le même sens, arrêt du 15.3.2005, *Bidar*: "L'article 12, premier alinéa, CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui n'octroie aux étudiants le droit à une aide couvrant leurs frais d'entretien que s'ils sont établis dans l'État membre d'accueil, tout en excluant qu'un ressortissant d'un autre État membre obtienne, en tant qu'étudiant, le statut de personne établie, même si ce ressortissant séjourne légalement et a effectué une partie importante de ses études secondaires dans l'État membre d'accueil et, par conséquent, a établi un lien réel avec la société de cet État".

63) Arrêts *Grzelczyk* et *Collins*, ainsi que les arrêts du 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, Rec. p. I-11613 et du 7 septembre 2004, *Trojani*, C-456/02, M. l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer s'est exprimé dans le même sens dans ses conclusions sous l'arrêt du 16 septembre 2004, *Baldinger*, C-386/02, de même que M. l'avocat général Geelhoed sous l'arrêt du 6 novembre 2003, *Ninni-Orasche*, C-413/01. Dans ces deux affaires, la Cour a choisi de ne pas interpréter les dispositions du traité relatives à la citoyenneté.

64) Arrêts du 12 mai 1998, *Martinez Sala*, C-85/96, Rec. p. I-2691, *D'Hoop* et du 29 avril 2004, *Pusa*, C-224/02.

2. L'impact de la citoyenneté sur l'article 39 CE

On savait depuis l'arrêt *Lebon*⁶⁵⁾ que les ressortissants des États membres qui se déplacent pour chercher un emploi ne bénéficient de l'égalité de traitement que pour l'accès à celui-ci, mais pas en ce qui concerne les avantages sociaux. L'arrêt *Collins*⁶⁶⁾ précise que cette jurisprudence est désormais dépassée.

Afin de déterminer la portée du droit à l'égalité de traitement pour les personnes à la recherche d'un emploi, il convient d'interpréter ce principe à la lumière d'autres dispositions du droit communautaire, notamment l'article 12 CE. *Compte tenu de l'instauration de la citoyenneté de l'Union* et de l'interprétation jurisprudentielle du droit à l'égalité de traitement dont jouissent les citoyens de l'Union, *il n'est plus possible d'exclure* du champ d'application de l'article 39 § 2, CE, qui est une énonciation du principe fondamental d'égalité de traitement garanti par l'article 12 CE, une prestation de nature financière destinée à faciliter l'accès à l'emploi sur le marché du travail d'un État membre (pts 60, 63).

3. Les limites: lien réel entre le demandeur d'allocations et l'Etat membre

L'arrêt *D'Hoop*⁶⁷⁾ concerne les allocations d'attente octroyées, en Belgique, aux jeunes qui viennent de terminer leurs études et qui sont à la recherche de leur premier emploi, afin de leur ouvrir l'accès à des programmes spéciaux de mise au travail; elles avaient été refusées à une jeune femme belge qui avait effectué ses études secondaires en France. La Cour a considéré qu'il existait dans cet État une différence de traitement entre les ressortissants belges qui ont fait toutes leurs études secondaires dans leur pays et ceux qui, ayant fait usage de leur liberté de circuler, ont obtenu leur diplôme de fin d'études secondaires dans un autre État membre; elle a indiqué qu'une telle inégalité de traitement désavantageait certains ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler aux fins de suivre un enseignement dans un autre État membre, et elle a déclaré que cette inégalité était contraire aux principes qui sous-tendent le statut de citoyen de l'Union, à savoir la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler.

Dès lors que les allocations d'attente ont pour objectif de favoriser l'intégration des jeunes au monde professionnel, la Cour a estimé qu'il était légitime pour le législateur national de vouloir s'assurer de l'existence d'un *lien réel* entre le demandeur et le marché géographique du travail concerné,

65) Arrêt du 18 juin 1987, *Lebon*, 316/85, Rec. p. 2811.

66) Arrêt du 23.3.2004, aff. C-138/02. *

67) Du 11 juillet 2002, *D'Hoop*, C-224/98, Rec. p. I-6191.

mais a jugé qu'une condition unique relative au lieu d'obtention du diplôme de fin d'études secondaires présentait un caractère trop général et exclusif et allait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

Dans l'affaire Collins, la Cour considère légitime pour un législateur national de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur et le marché du travail en cause. Il résulte de l'arrêt qu'une condition de résidence, destinée à vérifier l'existence d'un enracinement dans le pays et la réalité des liens du demandeur avec le marché du travail national, peut être justifiée pour éviter ce que l'on appelle le "*tourisme social*" pratiqué par des personnes qui se déplacent d'un État membre à un autre dans le but de bénéficier de prestations non contributives et pour prévenir les abus.

La Cour souligne encore qu'une personne qui n'est pas travailleur au sens du droit communautaire ne peut pas bénéficier de certaines prestations, si elle n'a pas sa résidence légale dans le pays d'accueil. *Certes cette condition de résidence peut être discriminatoire*. Toutefois, elle peut être *justifiée* par des considérations objectives et indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par la législation nationale. Ainsi, la Cour reconnaît expressément qu' il "peut être considéré comme légitime qu'un État membre n'octroie une telle allocation qu'après que *l'existence d'un lien réel du demandeur d'emploi avec le marché du travail* de cet État a pu être établie". L'existence d'un tel lien pourrait être vérifiée, notamment, par la constatation que la personne en cause a, pendant une période d'une durée raisonnable, effectivement et réellement cherché un emploi dans l'État membre en question (pts 69-70).

4. La révolution Elsen? Invocation de la citoyenneté à l'égard de l'Etat compétent

a) La nouveauté: l'invocation de l'article 18 CE

Dans l'affaire Elsen, la Cour a jugé que les articles 18 CE, 39 CE et 42 CE faisaient *obligation à l'institution compétente* d'un État membre de *prendre en compte*, pour l'octroi d'une pension de vieillesse, les périodes consacrées à l'éducation d'un enfant, accomplies dans un autre pays de l'Union, comme si ces périodes avaient été accomplies sur le territoire national, par une femme qui, au moment de la naissance, avait la qualité de travailleuse frontalière occupée sur le territoire du premier État membre et résidant sur celui du second. Elle est arrivée à cette conclusion après avoir établi un *lien étroit* entre les périodes d'éducation en cause et les périodes d'assurance accomplies en Allemagne du fait de l'exercice d'une activité professionnelle dans cet État en fait au moment de la naissance de l'enfant, l'intéressée avait la qualité de travailleur *frontalier*, ce qui a permis l'application de la législation allemande (pt 26).

La Cour a jugé que les dispositions nationales qui empêchaient la validation des périodes d'éducation accomplies dans l'État de résidence étaient de nature à défavoriser les ressortissants communautaires ayant exercé leur droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres, garanti à l'article 18 CE. Elle ajoute en outre que le règlement 1408/71 lui-même comporte plusieurs dispositions visant à garantir le bénéfice des prestations de sécurité sociale, à charge de l'État compétent, même lorsque l'assuré, qui a exclusivement travaillé dans son État d'origine, réside ou transfère sa résidence dans un autre État membre. Ces dispositions contribuent assurément à garantir la liberté de circulation des travailleurs, au titre de l'article 39 CE, *mais également des citoyens* de l'Union, à l'intérieur de la Communauté, au titre de l'article 18 CE (points 34-35).

Dans l'affaire Kauer⁶⁸, la Cour a constaté que la législation autrichienne assimilait à des périodes d'assurance, aux fins du calcul de la pension de vieillesse, le temps passé par l'assuré à s'occuper principalement de l'éducation de ses enfants sur le territoire national. Mme Kauer avait travaillé en Autriche, où elle a eu trois enfants avec lesquels elle s'est installée en Belgique, et s'est consacrée à leur éducation; de retour dans son pays natal, elle a exercé à nouveau une activité rémunérée. L'institution d'assurance vieillesse lui a refusé la reconnaissance, à titre de période d'éducation assimilée, de celle accomplie en Belgique.

L'arrêt a considéré que cette réglementation nationale introduisait une différence de traitement parce qu'elle prenait en compte sans condition les périodes consacrées à l'éducation de ses enfants accomplies sur le territoire national alors qu'elle subordonnait au bénéfice d'allocations de maternité en espèces ou d'allocations équivalentes en vertu de la législation fédérale autrichienne la prise en considération du temps passé dans un autre État de l'UE. Une telle réglementation est de nature à *défavoriser* les ressortissants communautaires ayant résidé ou travaillé en Autriche, puis exercé, en qualité de travailleur, de membre de la famille d'un travailleur *ou encore de citoyen de l'Union*, leur droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres, tel que garanti aux articles 18, 39 et 43 CE. En effet, c'est essentiellement pour ces ressortissants communautaires que se pose le problème lié à l'accomplissement de périodes consacrées à l'éducation des enfants en dehors de l'Autriche.

68) Arrêt du 7 février 2002 (C-28/00, Rec. p. I-1343, point 43).

L'analyse qui précède nous montre que la jurisprudence établie sur base des articles 39 et 42 est désormais transposable aux citoyens européens. Force est de constater que la jurisprudence dans une matière qui a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres est encore peu abondante. Toutefois, la Cour affiche une volonté claire de construire un édifice jurisprudentiel solide autour de cette notion⁶⁹⁾.

b) Le lien de rattachement avec un ordre juridique - l'incidence du 13 2 f

Il ne faut pas sous-estimer que les arrêts *Elsen* et *Kauer* mettent l'accent sur *l'importance du lien étroit* entre les périodes de garde et les périodes d'activité soumises à assurance. La référence au titre II du règlement apparaît primordiale. Le but des dispositions du titre II est de déterminer la législation applicable à une personne relevant du champ d'application du règlement. C'est ce qu'indique l'article 13, paragraphe 1, qui dispose que, sous réserve de certaines exceptions, « les personnes auxquelles le présent règlement est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul État membre ». L'article 13, paragraphe 2, sous f), ne prévoit l'application de la législation de l'État membre sur le territoire duquel la personne concernée réside que si aucune autre législation n'est applicable et, en particulier, que si celle à laquelle la personne concernée avait été soumise antérieurement cesse de lui être applicable⁷⁰⁾. Mais, comme souligné par F. Kessler, plaquer la solution de l'arrêt *Kuusijärvi* à la question de la prise en compte des périodes d'éducation des enfants dans les droits de pension conduirait à ce que toute personne qui quitte un Etat perde le bénéfice des périodes d'éducation⁷¹⁾.

69) Voir les articles des juges M. Wathelet, *Citoyenneté européenne et libre circulation, in 30 ans de libre circulation des travailleurs en Europe, colloque de Bruxelles du 17-19/12/1998*; aussi, Timmermans, in, *Une communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias / éd. par Ninon Colneric, David Edward, Jean-Pierre Puissochet, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer. – 2003.*

70) C.JCE 3.5.2001, *Commission/Belgique* (C-347/98, Rec. p. I-3327).

71) *Sur les conséquences de l'article 13 § 2, f, voir aussi l'aff. C-227/03, Van Pommeren: l'avocat général Jacobs souligne qu'à la suite d'une modification de la législation des Pays-Bas, "l'inévitable conclusion que ces chiffres inspirent est que 22.000 personnes qui étaient auparavant couvertes par les régimes généralisés néerlandais ne sont plus couvertes par ceux-ci; elles ne sont dès lors pas assurées au titre de la législation néerlandaise en ce qui concerne les pensions de survie ou les pensions de retraite ou parfois les soins de santé particuliers; de plus, selon les circonstances, elles peuvent ne pas être assurées en ce qui concerne les allocations familiales".*

Ces aspects, ainsi que l'application des règles anticumul, ont été bien développés par les autres rapporteurs. En tout état de cause, le récent arrêt *Adanez Vega*⁷²⁾ semble donner une importance capitale à la détermination de la législation applicable ainsi qu'aux liens de rattachement tels que définis par différents articles du règlement 1408/71. Cet arrêt pose des limites au principe d'assimilation des faits⁷³⁾.

c) Limites pour les assurances fondées sur la résidence

Comme souligné par M. Fillon, il est également possible que la personne qui s'occupe de l'éducation de son enfant obtienne du seul fait de sa résidence sur le territoire d'un Etat membre et en fonction du caractère universel des législations locales, soit la prise en compte de cette période de résidence (sans référence à la garde d'enfant) pour l'obtention à terme d'une pension basée sur la seule résidence dans cet Etat, soit l'attribution de prestations familiales dont la perception se traduit ensuite par la validation de périodes d'assurance ou de périodes assimilées.

Toutefois, le principe de levée des clauses de résidence doit être restreint à l'égard d'un régime d'assurance vieillesse "où le seul fait de résider ... suffit pour être assuré". Dans un tel régime, où la résidence n'est pas une condition, mais la condition, l'application sans restrictions d'un principe de prohibition des clauses de résidence conduirait, en réalité, à anéantir le régime d'assurance vieillesse des Pays-Bas. La Cour a admis dans l'affaire *Winter-Lutzins*⁷⁴⁾ qu'il était légal de réduire la pension d'une personne en l'absence d'un lien suffisant avec les Pays-Bas.

72) CJCE 11.11.2004, *Adanez-Vega*, C-372/02: une période de service militaire obligatoire dans un autre Etat membre constitue une «période d'emploi accomplie» en qualité de travailleur salarié sous la législation de [cet] autre Etat membre» au sens de l'article 67, paragraphe 1, du règlement 1408/71, lorsque, d'une part, elle est définie ou admise comme telle par la législation de cet autre Etat membre ou assimilée et reconnue par cette législation comme période équivalant à une période d'emploi et que, d'autre part, l'intéressé a été assuré au sens de l'article 1er, sous a), dudit règlement pendant son service militaire (disp. 2).

73) L'article 3 du règlement 1408/71 ne s'oppose pas à ce qu'une institution compétente, aux fins de l'examen du droit aux prestations de chômage, ne prenne pas en compte, dans le calcul des périodes d'assurance accomplies, une période de service militaire obligatoire effectué dans un autre Etat membre (disp.3). Comparer avec *Mora Romero*, C-131/96; *Ugliola*, aff. 15/69.

74) Arrêt du 2 mai 1990, *Winter-Lutzins*, aff. C-293/88, Rec. p. I-1623. Les conséquences se la thèse opposée seraient énormes. Les ressortissants des Etats membres qui ont été assurés au moins un jour au titre de l'AOW (système d'assurance vieillesse généralisé) pourraient alors, pour autant qu'ils aient résidé pendant six ans après leur cinquante-neuvième anniversaire dans un des Etats membres et continuent à y résider, bénéficier gratuitement d'une pension de vieillesse pour les années comprises entre le quinzième anniversaire et le 1er janvier 1957 (voir rapport d'audience).

Conclusions

Le présent exposé insiste sur les principes de la coordination et leur mise en œuvre concrète. L'application de ces principes aux périodes d'éducation d'enfants dans le cadre de l'assurance pension a des conséquences très concrètes:

- a) Il faut d'abord un *lien de rattachement* entre l'intéressé et l'ordre juridique national. Ce lien de rattachement est exigé aussi bien par les dispositions du règlement 1408/71 que par la jurisprudence concernant la *citoyenneté européenne*. La *compétence* pour reconnaître les périodes d'éducation d'enfants est ainsi celle de la législation désignée en fonction des règles générales ou particulières s'appliquant à l'activité exercée par la personne considérée ou à défaut en fonction de sa résidence pendant lesdites périodes. (Il faudrait encore vérifier si cela suffit dans tous les cas).
- b) Une période d'assurance reconnue comme telle par un Etat membre doit être reconnue, en vertu du principe de totalisation, par les autres Etats membres.
- c) Ensuite, les Etats compétents, à partir du moment où leur législation est applicable, ne peuvent plus exiger des *conditions de résidence*, car une telle condition met en péril les principes de la *conservation des droits acquis ou en cours d'acquisition*. En tout état de cause, une telle condition introduit une *discrimination* au détriment des travailleurs *migrants* (contraire aux articles 3 du règlement 1408/71 et 39 § 2 CE) mais également des *citoyens européens* qui circulent librement dans l'UE (contraire aux articles 12, 17, 18 CE).

Enfin, le but principal du présent rapport est de provoquer un débat constructif, après avoir exposé les principes de la coordination et leur mise en œuvre difficile, voire parfois contradictoire. En tout état de cause, une chose est certaine: comme dans les affaires Kohll et Decker, il n'y avait ni big bang, ni bouleversement total des systèmes de sécurité sociale, de la même manière, l'affaire Elsen n'est pas une révolution; il s'agit plutôt d'une étape dans une évolution permanente. Toutefois, comme pour les affaires Kohll et Decker, rien ne sera comme avant; il faudra vivre avec cette jurisprudence. Il appartient à tous les participants, dans le cadre de la bonne collaboration prévue par le traité, de concrétiser cette jurisprudence et de la mettre en œuvre pour le bien être de tous.

**Notes rédigées dans le cadre de la
Commission administrative de la
sécurité sociale
des travailleurs migrants**

**par différentes délégations
en ce qui concerne
la reconnaissance des périodes d'éducation des enfants**

**Aufzeichnung der deutschen Delegation vom 8. Februar und vom
13. Juni 2005
(CA.SS.TM. 054/05 + 214/05)**

I. EuGH-Urteil "Elsen" und "Kauer"

In seinen Urteilen vom 23. November 2000 (Rechtssache C-135/99, Elsen) und vom 7. Februar 2002 (Rechtssache C-28/00, Kauer) hat der EuGH festgestellt, dass Kinderziehungszeiten nach dem Recht eines Mitgliedstaates auch dann anzurechnen sind, wenn die Erziehungszeiten im Ausland zurückgelegt worden sind, wenn

- a) die erziehende Person ausschließlich in diesem Mitgliedstaat gearbeitet hat und
- b) sie dem Recht dieses Staates unterlag, als das Kind geboren wurde.

In diesen Fällen könne zwischen den Erziehungszeiten und den Versicherungszeiten, die aufgrund einer Berufstätigkeit in diesem Mitgliedstaat zurückgelegt wurden, eine hinreichende Verbindung hergestellt werden, welche die Anrechnung der Erziehungszeiten auch dann erforderlich macht, wenn die betreffende Person zum Zeitpunkt der Erziehung des Kindes gemäß Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe f der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht dem Recht dieses Mitgliedstaats unterlag.

II. Unterschiedliche Anrechnungsregelungen in den EU-Mitgliedstaaten

Bei diesen Entscheidungen hat vermutlich auch eine Rolle gespielt, dass die Berücksichtigung von Kindererziehungszeiten nach den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten in sehr unterschiedlicher Weise erfolgt. Teilweise wird für Kindererziehung - ohne zeitliche Zuordnung - ein pauschaler Zuschlag zur Rente gezahlt (Frankreich), teilweise werden die ersten Jahre der Kindererziehung als Beitragszeit gewertet (Deutschland, Spanien, Luxemburg, Polen, Schweden (neues System), Norwegen, Zypern, Tschechien, Estland, Lettland, Schweiz), teilweise als beitragsfreie Zeiten (Österreich, Portugal, Griechenland); teilweise dienen sie lediglich der Lückenfüllung bei der Berechnung der Rente (Vereinigtes Königreich, Irland). Auch der Wert der Kindererziehung ist sehr unterschiedlich; teilweise hängt er davon ab, in welchem Umfang der Betreffende in dem Versicherungssystem sonstige Beitragszeiten zurückgelegt hat.

Auch in Deutschland wird Kindererziehung in unterschiedlicher Weise berücksichtigt, nämlich

- als Kindererziehungszeit. Für jedes Kind, das vor dem 1. Januar 1992 geboren wurde, wird als Kindererziehungszeit das erste Jahr nach der Geburt angerechnet. Für jedes Kind, das ab dem 1. Januar 1992 geboren wurde, werden als Kindererziehungszeit die ersten drei Jahre nach der Geburt angerechnet. Bewertet werden die Kindererziehungszeiten mit

dem Durchschnittsverdienst aller Versicherten im jeweiligen Erziehungsjahr. Auch bei Anerkennung von Kindererziehungszeiten kann eine Rente aus der Rentenversicherung nur beansprucht werden, wenn die allgemeine Wartezeit von fünf Jahren erfüllt ist. Gegebenenfalls kann die Wartezeit mit einer zusätzlichen Entrichtung freiwilliger Beiträge erfüllt werden. Die Beitragsleistung erfolgt durch den Bund.

- als Berücksichtigungszeit wegen Kindererziehung bis zum vollendeten 10. Lebensjahr eines Kindes. Sie ist zwar keine Beitragszeit, wirkt sich aber z.B. positiv aus für die Auf des Invaliditätsschutzes in dieser Zeit und die Gesamtleistungsbewertung (es wird verhindert, dass sich erziehungsbedingte Lücken in der sozialen Biografie mindernd auf die Bewertung der beitragsfreien Zeiten auswirken).

Die Rentenanwartschaften von Erziehungspersonen, die während der Kinderberücksichtigungszeit erwerbstätig sind, diese Tätigkeit aber wegen der Kindererziehung vor allem in Form von Teilzeitarbeit ausüben und deshalb unterdurchschnittlich verdienen, werden bei der Rentenberechnung aufgewertet. Dabei erfolgt eine Erhöhung der individuellen Entgelte um 50% auf maximal 100% des Durchschnittseinkommens, wenn insgesamt 25 Jahre mit rentenrechtlichen Zeiten vorliegen.

Diese Begünstigung kommt auch Erziehungspersonen zugute, die wegen der Betreuung eines pflegebedürftigen Kindes vielfach nicht erwerbstätig sein können. Auch hier wird die für die Pflegeperson anzuerkennende Pflichtbeitragszeit bei der Berechnung der Rente um 50% maximal jedoch auf den Wert, der sich aus 100% des Durchschnittsverdienstes ergibt aufgewertet, und zwar sogar bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres des pflegebedürftigen Kindes.

Für Erziehungspersonen, die wegen gleichzeitiger Erziehung von zwei oder mehr Kindern in dieser Zeit regelmäßig auch keine Teilzeitbeschäftigung aufnehmen können und deshalb eine Höherbewertung von Beitragszeiten nicht erhalten, wird als Ausgleich eine rentenrechtliche Gutschrift von Entgeltpunkten gewährt. Diese Gutschrift entspricht regelmäßig der höchstmöglichen Förderung bei der kindbezogenen Höherbewertung von Beitragszeiten für erwerbstätige Erziehungspersonen (also ein Drittel Entgeltpunkt pro Jahr).

III. Deutscher Regelungsvorschlag im Anhang XI der Verordnung (EG) Nr. 883/04

Es stellt sich nunmehr die Frage, wie vor dem Hintergrund der o.g. EuGH-Rechtsprechung sichergestellt werden kann, dass - unabhängig von den nationalen Unterschieden - die Anrechnung von Kindererziehungszeiten in den betroffenen Mitgliedstaaten unter der gleichen Voraussetzung und Bedingungen erfolgt. Die deutsche Delegation geht aufgrund der o.g. EuGH-Rechtsprechung von folgenden Grundsätzen aus:

1. Kindererziehungszeiten im Ausland (einschließlich der so genannten Berücksichtigungszeiten) sollten von Deutschland immer dann angerechnet werden, wenn der Erziehende im Zeitpunkt der Geburt des Kindes dem deutschen Recht unterlag und zuvor eine versicherungspflichtige aktive Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit in Deutschland ausgeübt wurde.
2. Versicherungszeiten aufgrund einer Erwerbstätigkeit im Ausland haben Vorrang vor Kindererziehungszeiten. Deshalb endet die Anrechnung von Kindererziehungszeiten ab dem Zeitpunkt, zu dem der Erziehende eine Erwerbstätigkeit im Ausland aufnimmt.
3. Die Anrechnung von deutschen Kindererziehungszeiten hat nicht zur Folge, dass Deutschland allein deshalb für andere Leistungen (z.B. Kindergeld) oder für die Anrechnung von Erziehungszeiten für andere Kinder zuständig wird. Die Erziehungszeiten allein begründen also nicht die Zuständigkeit nach Artikel 11 der Verordnung (EG) Nr. 883/04. Die deutsche Delegation hat einen entsprechenden Eintrag in Anhang XI der Verordnung (EG) Nr. 883/04 beantragt.

Auf die im EuGH-Urteil "Kauer" genannte zusätzliche Voraussetzung, dass die erziehende Person ausschließlich in einem Mitgliedstaat gearbeitet hat, also eine unter Umständen später in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübte Erwerbstätigkeit zum Wegfall von Kindererziehungszeiten im Geburtsstaat führen kann, ist nach unserer Auffassung dagegen kein sachgerechtes Abgrenzungsmerkmal.

Diese Regelung hätte folgende Konsequenz:

Beispiel 1:

"Eine Grenzgängerin nach Deutschland bekommt am 1. Januar 2001 ein Kind. Während dieser Zeit ist sie im Mutterschaftsurlaub, danach bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes in Elternurlaub. Am 1. Januar 2003 bekommt sie ein zweites Kind. Am 1. Januar 2005 bekommt sie ein drittes Kind.

Der Elternurlaub endet zum 31. Dezember 2003. Danach wird sie nicht wieder erwerbstätig. Während der Zeit des Elternurlaubs ruht ihr Arbeitsverhältnis; sie unterliegt deshalb auch weiterhin dem deutschen Recht. "

Diese Person soll nach Vorstellung der deutschen Delegation für das erste Kind Kindererziehungszeiten in der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung vom 1. Januar 2001 bis 31. Dezember 2003 erhalten; außerdem sollen Berücksichtigungszeiten für dieses Kind bis Ende 2010 angerechnet werden.

Für das zweite Kind, das während des Elternurlaubs (des ruhenden Arbeitsverhältnisses) geboren wurde, erhält sie ebenfalls Kindererziehungszeiten bis Ende 2003 und Berücksichtigungszeiten bis Ende 2013 in vollem Umfang angerechnet.

Ab 1. Januar 2004 unterliegt die Mutter nach Artikel 13 Abs. 2 Buchstabe f der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bzw. Artikel 11 Abs. 3 Buchstabe e der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 aber allein dem Recht ihres Wohnstaates. Deshalb erhält sie für ihr danach geborenes drittes Kind keine Kindererziehungszeiten angerechnet.

Beispiel 2:

"Eine in Deutschland wohnhafte Person bekommt am 1. Januar 2002 ein Kind, ohne dass zuvor eine Pflichtversicherung in der Rentenversicherung aufgrund einer aktiven Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit bestanden hatte. Am 1. Januar 2003 verlegt sie ihren Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat. Dort nimmt sie am 1. Januar 2004 erstmals eine Erwerbstätigkeit auf."

Diese Person soll nach den Vorstellungen der deutschen Delegation für dieses Kind Kindererziehungszeiten in der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung nur für das Jahr 2002 erhalten. Da sie ansonsten in Deutschland nicht gearbeitet hat, besteht nach ihrem Umzug in einen anderen Mitgliedstaat (im Sinne der "Kauer"-Rechtsprechung des EuGH) keine hinreichende Verbindung mehr zum deutschen Recht.

Österreichische Aufzeichnung vom 1. April 2005

(CA.SS.TM. 116/05)

Mit 1. Januar 2005 sind in Österreich umfassende Gesetzesänderungen zur Harmonisierung der Rentensysteme der Selbständigen, der Unselbständigen sowie der öffentlich Bediensteten des Bundes in Kraft getreten. Das neue System, welches unter anderem die Einführung von Rentenkonten vorsieht, gilt jedoch nur für Personen, die am 1. Januar 2005 das 50. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Für ältere Personen gilt das bisherige Recht im wesentlichen unverändert weiter. Es ist daher erforderlich, im folgenden zwischen diesen beiden Gruppen zu unterscheiden.

1. Personen, die am 1. Januar 2005 das 50. Lebensjahr schon vollendet haben

Für die Erziehung eines Kindes werden bis zu 48 Kalendermonate pro Kind als gleichgestellte Zeit in der Rentenversicherung beitragsfrei angerechnet. Werden gleichzeitig zwei oder mehr Kinder erzogen, werden nur für ein Kind Versicherungszeiten angerechnet, dh im Falle der Geburt eines weiteren Kindes endet die Anrechnung für das erste Kind und beginnt für das weitere Kind neu zu laufen. Im Falle einer Mehrlingsgeburt verlängert sich die Frist jedoch auf 60 Kalendermonate.

Bei der Rentenberechnung gilt für diese Zeiten eine fixe Berechnungsgrundlage in der Höhe von 689,51€ (Wert 2005), die jedes Jahr aufgewertet wird. Dieser Wert wird (neben der jährlichen Aufwertung) bis zum Jahr 2028 auf ca. 994,50 € erhöht (aktuelle Höhe jenes Wertes, an dem sich die Erhöhung orientiert). War die erziehende Person gleichzeitig erwerbstätig, so sind die Berechnungsgrundlagen aufgrund Kindererziehung und Erwerbstätigkeit zusammenzuzählen, um der Doppelbelastung durch Beruf und Kindererziehung Rechnung zu tragen.

2. Personen, die am 1. Januar 2005 das 50. Lebensjahr noch nicht vollendet haben

Die zeitliche Anrechnung erfolgt wie oben, die Zeiten gelten jedoch nicht als gleichgestellte Zeiten, sondern es werden Beitragszeiten im Rentenkonto gutgeschrieben. Im Jahr 2005 werden diese Zeiten mit 1.350 € pro Kalendermonat bewertet. Aufgrund der Systematik des

Rentenkontos werden auch hier gleichzeitig erworbene Teilgutschriften aufgrund Erwerbstätigkeit mitberücksichtigt.

In beiden Fällen werden diese Zeiten somit sowohl bei der Mindestversicherungszeit als auch bei der Rentenhöhe berücksichtigt, ohne dass der Versicherte hierfür Beiträge entrichten muss. Die Begünstigung wird auch gewährt, wenn die erziehende Person gleichzeitig erwerbstätig ist.

Nach nationalem Recht ist die Erziehung des Kindes im Inland Voraussetzung für die Anrechnung, diese Bestimmung wird jedoch durch das Gemeinschaftsrecht überlagert. Die konkrete Auslegung des Gemeinschaftsrechts ist Gegenstand aktueller Überlegungen in der CASSTM.

**Note from Norway of 1st April 2005
(CA.SS.TM. 128/05)**

Introduction - Pension under the National Insurance Scheme

Reference is made to the meeting of the CASSTM in Luxembourg 18/03/2005 and the Secretariat's note CASSTM 095/05 of 21/03/2005 (Aide-mémoire for the 296th meeting of the CASSTM) concerning Child-raising periods in another Member State for the purpose of pension calculation - situation in the individual Member States.

As to the situation in Norway, old age pension under the National Insurance Scheme consists of a basic pension, a supplementary pension and/or a special supplement, and possible supplements for children and spouse (income-tested). A brief description of the pension earning provisions is given below. For more details, please see the survey on the Norwegian Social Insurance Scheme at the following site: http://odin.dep.no/filarkiv/236548/Brosjyre__engelsk_-_2005.pdf

Universal basic pension based on periods of insurance/residence

The universal basic pension is calculated on the basis of periods of insurance/residence, and is independent of previous income and contributions paid. A full basic pension requires an insurance period of minimum 40 years. If the period of insurance/residence is shorter, the basic pension will be proportionally reduced. In addition a proportional special supplement is granted to pensioners with no or low supplementary pension. Single persons with 40 years of insurance/residence will consequently be entitled to an annual pension of approximately NOK 105 408, even if they have had no previous income or paid any contributions. This 40 years period may wholly or partly have been devoted to unpaid child care.

Supplementary pension based on credited pension points - Pension points for unpaid care of children

Supplementary pension under the Norwegian National Insurance Scheme is granted on the basis of earned annual income and credited pension points. An average income of about NOK 293 890 will give a pension point of approximately 4.00. Persons who are taking unpaid care of children under 7 years of age, are credited a pension point figure up to 3.00 in the supplementary pension scheme. This corresponds to pension entitlements based on an income from work of NOK 235 112. In order to be credited with pension points for child-rearing periods, it is required that the person concerned has the daily care of the child during a period of at least six months and that he/she has the custody of the child in accordance with the Act on Children and Parents. However, pension points are credited for the year when the child was born even if the period of care is less than six months.

Usually, it is the beneficiary of the family allowance granted for the child/ children, who is credited with pension points, i.e. it is the person with whom the child is living permanently. If both the parents have the daily care or if the child lives with each parent during periods of equivalent lengths, the parents have to decide to whom the pension points shall be credited. Also foster parents or other persons, who have the daily care of the child during a period of at least six months, may be credited with pension points. Pension points may be credited from the year when the care provider is 17 years of age and up to and including the year the person is 69 years of age.

Pension points due to unpaid care of one or more children, who live together, are credited only to one person during a calendar year. Pension points for unpaid care of children are reduced by the yearly pension points that are credited due to earned income from work or receipt of disability pension.

Co-ordination of child-raising periods in other Member States for the purpose of pension calculation - possible solutions

Our position is that the question of pension credit for periods of child care (in the competent as well as in other Member States) is all about pension earning, and that provisions concerning pension entitlement on the basis of such periods should be regarded as an integral part of the pension scheme in question. The purpose is to benefit the person concerned with a view to increase his/her future pension rights. It is not a family benefit, and it does nothing to improve the actual and current economic situation of the family.

As to the coordination of such pension earning periods we are inclined to believe that the solution is likely to be found in (or be inspired by) the German approach in Annex VI of the Regulation 1408/71 (cf. Annex VI C. Germany point 19), or in other words to link pension-earning child-rearing periods to periods of parental leave under the legislation of the competent state, regardless of whether the person(s) concerned reside(s) in the competent state or in another member state.

As to the problem of retroactive effect (cf. the C-135/99 *Elsen* and C-28/00 *Kauer* cases) we believe that there also in these respect should be an "assimilation of facts", i.e. that periods should be credited as far back in time as provided for by the competent legislation regardless of in which member state the child care/parental leave took place, and at least for as far back as the Regulation has been applicable to the legislation in question.

**Note luxembourgeoise du 4 avril 2005
(CA.SS.TM. 134/05)**

La législation luxembourgeoise prévoit trois catégories de prestations dont la finalité est la prise en compte du travail éducatif des parents dans l'assurance pension:

1. les périodes d'éducation ou d'adoption des enfants couvertes par des cotisations ("années-bébé")
2. les périodes d'éducation ou d'adoption des enfants non couvertes par des cotisations
3. le forfait d'éducation.

Les deux premières prestations sont gérées par les caisses de pension et le forfait d'éducation par le fonds national de solidarité.

1. Introduction

Avant de décrire ces prestations il est indiqué de résumer brièvement les principales règles concernant l'octroi et le calcul des pensions luxembourgeoises pour comprendre l'impact et les particularités de ces trois prestations.

La législation luxembourgeoise distingue entre

- *périodes couvertes par des cotisations*
 - périodes d'assurance obligatoire correspondant à l'exercice d'une activité professionnelle ainsi que les périodes reconnues équivalentes, notamment versement d'un revenu de remplacement, formation professionnelle rémunérée, années bébé (décrites au point 2 ci-dessous), activités de soins accordés à une personne dépendante ou un enfant handicapé, congé parental...
 - périodes d'assurance volontaire
 - périodes couvertes par un achat rétroactif
- *périodes non couvertes de cotisations* notamment bénéfice d'une pension d'invalidité, études, formation professionnelle non indemnisée, périodes d'éducation des enfants (décrites au point 3 ci-dessous), période de carence en tant que jeune chômeur...

pension de vieillesse	65 ans	10 années au moins	assurance obligatoire assurance volontaire achat rétroactif
pension de vieillesse anticipée	60 ans	40 années	assurance obligatoire assurance volontaire achat rétroactif périodes non couvertes de cotisations
pension de vieillesse anticipée	57 ans	40 années	assurance obligatoire
pension d'invalidité		12 mois au moins	assurance obligatoire assurance volontaire
pension minimum partielle		à partir de 20 années au moins	assurance obligatoire assurance volontaire achat rétroactif périodes non couvertes de cotisations
pension minimum complète		40 années	assurance obligatoire assurance volontaire achat rétroactif périodes non couvertes de cotisations

Les pensions luxembourgeoises se composent de deux éléments

- *majorations forfaitaires* dont le montant dépend de la durée d'assurance - elles sont accordées intégralement pour une carrière complète de 40 années et diminuent d'un quarantième pour chaque année manquante (ex. si carrière = 31 années, majorations forfaitaires = 31/40 de 344,75 €);
- *majorations proportionnelles* dont le montant dépend des revenus perçus au cours de la carrière d'assurance (1,85% de la somme des revenus cotisables) - les revenus sont mises en compte jusqu'à concurrence du maximum cotisable; des *majorations échelonnées* sont accordées aux assuré(e)s dont le début de la pension se situe après le 1.3.2002 et qui ont accompli l'âge de 55 ans et justifient de 38 années au moins au titre de l'assurance obligatoire, volontaire ou relative à un achat rétroactif. Le taux de majoration de 1,85% est alors relevé de 0,01% pour les années d'âge et de carrière dépassant le nombre de 93 (âge > 55 et carrière > 38), avec un taux maximal de 2,05%.

Dans la pension d'invalidité, s'y ajoutent des *majorations forfaitaires et proportionnelles spéciales*, éléments fictifs qui tiennent compte de l'interruption prématurée de la carrière d'assurance.

2. Périodes d'éducation ou d'adoption ("années-bébé") - article 171.1.7) du code des assurances sociales

Sur demande de l'intéressé(e), une période de 24 mois est prise en compte pour l'ouverture du droit et le calcul de la pension pour celui des parents qui interrompt ou réduit son activité professionnelle pour se consacrer à l'éducation d'un enfant. Cette période est également mise en compte en cas d'éducation d'un enfant adopté âgé de moins de 4 ans lors de l'adoption.

La mise en compte se fait à condition que l'intéressé(e) ait été affilié(e) à titre obligatoire pendant 12 mois au cours d'une période de référence de 36 mois précédant celui de la naissance ou de l'adoption de l'enfant. Sont également considérées les périodes d'assurance accomplies sous la législation de tout autre Etat membre à condition que l'intéressé(e) ait accompli en dernier lieu des périodes d'assurance sous la législation luxembourgeoise (voir point N de l'annexe VI du règlement 1408/71). Par ailleurs la période de référence de 36 mois est étendue pour autant et dans la mesure où elle se superpose à des périodes pendant lesquelles l'intéressé(e) a élevé au Luxembourg un ou plusieurs enfants, sans pour autant remplir les conditions pour la mise en compte des années-bébé.

La période de 24 mois mise en compte prend cours le mois suivant la naissance ou l'adoption de l'enfant, ou, le cas échéant, le mois suivant la date de l'expiration de l'indemnité pécuniaire de maternité. En outre, elle ne doit pas se superposer avec une période couverte auprès d'un régime spécial luxembourgeois ou d'un régime étranger.

Elle est étendue à 48 mois si, au moment de la naissance ou de l'adoption de l'enfant, l'intéressé(e) élève dans son foyer au moins deux autres enfants ou si l'enfant est handicapé.

La période de 24 ou 48 mois peut être répartie entre les parents, à condition que les demandes présentées par les deux parents n'excèdent pas cette durée maximale. A défaut d'accord des deux parents au sujet de la répartition de la période, la mise en compte s'effectue prioritairement en faveur de celui des parents qui s'occupe principalement de l'éducation de l'enfant.

Les années bébé sont mises en compte pour l'ouverture du droit à toutes les pensions. Elles comptent tant pour les majorations forfaitaires que pour les majorations proportionnelles ainsi que pour les majorations spéciales.

Pour la détermination des majorations proportionnelles dans la pension qui correspondent aux années-bébé, il est mise en compte la moyenne mensuelle des revenus cotisables portés en compte au cours des 12 mois d'assurance précédant immédiatement l'accouchement ou l'adoption, déduction faite des cotisations déjà payées par l'intéressé à un autre titre (en cas de travail à mi-temps p.ex.). Cette moyenne ne peut être inférieure à un certain montant. La partie des majorations proportionnelles correspondant aux "années-bébé" est financée par l'Etat.

3. Périodes d'éducation des enfants sans paiement de cotisations - article 172.1.4 CAS

Ne sont mises en compte que dans la mesure nécessaire pour compléter, ensemble avec les périodes couvertes de cotisations, 12 mois par année civile, les périodes pendant lesquelles l'un des parents a élevé au Luxembourg un ou plusieurs enfants âgés de moins de 6 ans accomplis (18 ans si l'enfant est atteint d'une infirmité physique ou mentale, sauf si l'éducation et l'entretien de l'enfant ont été confiés à une institution spécialisée). Ces périodes ne peuvent être inférieures à 8 ans pour la naissance de deux enfants, ni être inférieures à 10 ans pour la naissance de trois enfants.

Le ministre compétent peut dispenser de la condition que l'enfant soit élevé au Luxembourg. Cette dispense est uniquement accordée dans des cas exceptionnels, p.ex. en cas de détachement professionnel à l'étranger.

Ces périodes d'éducation d'enfants sont mises en compte uniquement pour l'ouverture du droit à la pension de vieillesse anticipée à l'âge de 60 ans et pour la pension minimum pour autant qu'elles ne soient pas autrement couvertes par un régime luxembourgeois ou étranger.

Elles comptent pour la détermination des majorations forfaitaires et des majorations forfaitaires spéciales pour autant qu'elles ne soient pas autrement couvertes par un régime luxembourgeois ou étranger.

4. Forfait d'éducation

Le forfait d'éducation a été créé principalement pour ces parents qui ne remplissent pas les conditions pour bénéficier des années-bébé ou des périodes d'éducation non couvertes de cotisations. Le forfait est accordé au parent qui s'est consacré à l'éducation d'un enfant, qui réside au Luxembourg et y réside effectivement au moment de la naissance ou de l'adoption de l'enfant. Le ministre compétent peut dispenser de la condition de résidence effective au Luxembourg si au moment de la naissance de l'enfant le parent était éloigné du territoire national pour des raisons de force majeure.

Le bénéfice du forfait d'éducation est ouvert à partir de l'âge de 60 ans ou à partir de l'octroi d'une pension personnelle.

Le forfait est accordé à condition que la pension personnelle ou celle du conjoint ne comporte pas, pour l'enfant au titre duquel l'octroi du forfait est demandé, la mise en compte de périodes au titre d'années bébé. Pour les bénéficiaires d'un complément pension minimum, le forfait d'éducation est diminué à raison de la part du complément résultant de la mise en compte des périodes d'éducation non couvertes de cotisations. Le forfait d'éducation est suspendu jusqu'à concurrence des prestations non luxembourgeoises de même nature (voir note luxembourgeoise CASSTM 096/03 du 10 avril 2003).

**Note portugaise du 5 avril 2005
(CA.SS.TM. 135/05)**

Dans l'aide mémoire destiné à la 296e réunion de la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants (note 095/05), la Présidence et le Secrétariat invitent les délégations à présenter des notes sur la situation législative dans chaque État membre concernant les périodes d'éducation d'enfants dans un État membre autre que l'État membre compétent aux fins du calcul de la pension.

En vertu de la législation portugaise dans le domaine de la sécurité sociale, la protection de la maternité et de la paternité se concrétise par l'octroi de subventions compensatoires de la perte de revenus, ces subventions pouvant avoir une incidence sur les pensions d'invalidité, de vieillesse et de survivant (ouverture des droits et calcul), dans la mesure où, pendant les périodes d'attribution de ces subventions, le niveau des rémunérations étant garanti, le montant des cotisations versées est maintenu, ce qui permet, en cas de maternité ou paternité, d'éviter une interruption de la carrière d'assurance des assurés.

Dans ce contexte, les périodes d'éducation/assistance d'enfants non prises en charge/subventionnées par la sécurité sociale peuvent aussi être importantes pour le calcul des pensions dans les situations suivantes:

Congé parental pour élever un enfant né ou adopté, jusqu'à l'âge de six ans, pendant une période de 3 mois

Congé spécial pour assistance à un enfant né ou adopté, ou enfant du conjoint ou du concubin, jusqu'à 2 ans, une fois épuisé le congé précédent, étant donné qu'en cas de naissance d'un troisième enfant, le congé de 2 ans est renouvelable jusqu'à 3 ans;

Congé pour assistance à personne handicapée ou malade chronique d'une durée de 6 mois, renouvelable jusqu'à 4 ans pour accompagner un enfant né ou adopté ou enfant du conjoint ou du concubin, pendant les douze premiers mois de vie.

Les périodes accomplies pour élever ou s'occuper de descendants sont prises en compte aux fins du calcul (et non de l'ouverture de droit) des pensions d'invalidité, de vieillesse et de survivant, la période de référence étant étendue aux fins de la fixation du taux de formation de la pension, ce qui se répercute sur le montant de celle-ci.

La délégation portugaise tient dès maintenant à faire savoir qu'elle estime que les dispositions en vigueur du Règlement (CEE) n° 1408/71, selon l'interprétation qu'en donne la jurisprudence de la CJCE, contiennent les principes essentiels applicables à la validation des périodes d'éducation d'enfants.

Les nouvelles dispositions du Règlement (CE) n° 883/2004 sont encore plus utiles à cet égard, dans la mesure où, d'une part, elles identifient avec une plus grande clarté la législation applicable, grâce à l'introduction de l'article 11, paragraphe 2, dans les règles de détermination de cette législation et, d'autre part, elles posent sans ambiguïté, à l'article 5, le principe de l'assimilation de prestations, de revenus et de faits, ce qui constitue un corollaire du principe fondamental de l'égalité de traitement.

En conséquence, la délégation portugaise estime que, vu que les principes sur lesquels la question doit être résolue sont déjà acquis, il suffira, au vu de ces principes, d'examiner d'éventuels aspects spécifiques que révélera la pratique courante.

**Note from the Czech Republic of 11 April 2005
(CA.SS.TM. 136/05)**

Child-raising periods is considered as a "period treated as the insurance period" according to the Czech Pension Insurance Act (no. 155/1995 Coll., as amended). Such period is taken into account as a period of insurance on condition that a person concerned acquired at least 1 year of real period of insurance in Czech pension insurance scheme.

The law does not require the child-raising to be carried out in the Czech Republic. Therefore, this period is taken into account even in the case that the child was raised in another country, including the other Member States (Art. 12 para 1 of the abovementioned act).

Child-raising period reflects in following situations: Doba péče o dítě, resp. výchovy dítěte, se promítá v:

- A) The period is taken into account as a period of insurance for the entitlement and also for the calculation of the pension in case of a person (man or woman) who took care of the child (Art. 5 para 1 of the abovementioned act):
- till 4 years of age of the child,
 - till 18 years of age of the child if the child is disabled and requires exceptional care
- B) Fixing the pensionable age - its reduction in case of women by -
- 1 year if a woman raised 1 child
 - 2 years if a woman raised 2 children
 - 3 years if a woman raised 3 or 4 children
 - 4 years if a woman raised at least 5 children

A child-raising period is taken into account for the old age pension entitlement if a woman personally took care of a child till his/her maturity at least for 10 years. However, if a woman assumed the raising of a child after his/her 8 years of age, above mentioned condition is deemed to be fulfilled when a woman took care of a child till his/her maturity at least 5 years. This does not apply in case a woman stopped taking care of the child before s/he reached maturity (Art. 32 para 4 of the Pension Insurance Act).

**Note from Cyprus of 13 April 2005
(CA.SS.TM. 138/05)**

The Cyprus Social Insurance Scheme provides for the award of credits to insured women who have given birth or have adopted children.

Every insured woman is credited with insurable earnings up to 156 weeks in respect of each child within the period of 12 years for the child's birth provided that for this period she has no paid or credited insurable earnings.

The credits awarded for this period are equal to the weekly amount of the basic insurable earnings which for 2005 is £77,47 and are provided even if the insured woman is not residing in Cyprus.

Credited insurable earnings for each childhood are taken into consideration only for the payment of old age and invalidity pensions.

**Note from Poland of 13 April 2005
(CA.SS.TM. 139/05)**

According to the current Polish legislation, the period of non-performance of work resulting from care over a child is qualified for the entitlement and amount of old-age and disability pensions.

In case of persons born before 1 January 1949, the qualified periods are those periods of non-performance of work resulting from care over a child occurring before the acquisition of the entitlement to the old-age pension:

- up to 4 years of age - no more than 3 years for each child - in total, irrespective of the number of children - up to 6 years,
- in case of children who, due to their physical, mental or psychophysical condition, are entitled to a nursing allowance - additionally up to 3 years for each child¹⁾.

The Act does not make the entitlement for the pension in such period conditional upon:

- child's place of birth,
- Place of actual care.

Therefore, this period is qualified for the entitlement and amount of the old-age pension also if the child was born abroad or such period occurred while being abroad. Periods of non-performance of work resulting from care over a child are non-contributory periods and are qualified for the entitlement to the pension as one-third of the contributory periods. The amount of the pension for non-contributory periods is qualified as 0.7% of the base rate for each year of non-contributory periods.

Whereas, since the entitlement to the old-age pension for persons born after 31 December 1948:

- is not conditional upon the insurance periods completed, and
- the amount of the old-age pension is dependent upon the amount of the insurance capital collected,

Only the child-raising leave periods, for which the contributions for the old-age and disability pension are paid by the state budget, qualify for the entitlement.

1) *Article 7 (5) of the Act of 17 December 1998 on old-age and disability pensions from the Social Insurance Fund (Dz.U. of 2004, No. 39, item 353, as amended).*

**Note de l'Italie du 13 avril 2005
(CA.SS.TM. 140/05)**

La **législation italienne** prévoit que les périodes de garde d'enfants doivent être prises en compte aux fins de l'ouverture des droits à pension, moyennant crédit de cotisation fictive.

Dans ce cas, lorsque la cotisation fictive ne couvre pas intégralement la période de garde d'enfants, le travailleur, femme ou homme, a la possibilité de la compléter par rachat ou versements volontaires.

Le tableau ci-dessous donne un aperçu schématique des divers cas d'espèce d'arrêt de travail et de la couverture contributive aux fins de l'ouverture des droits à pension.

Congés de maternité et de paternité

5 mois d'arrêt de travail obligatoire pour la mère ou, dans certains cas, pour le père	cotisation fictive calculée en fonction du revenu réel
--	--

Congé parental

dans les 3 premières années de vie de l'enfant, sur une durée totale de 6 mois au maximum	cotisation fictive calculée sur la base de 30% du revenu
entre la 3ème et la 8ème année de vie de l'enfant, sur une durée totale de 10 mois au maximum (11 si le père arrête de travailler pendant au moins 3 mois)	cotisation fictive calculée sur la base de 200% de "l'allocation sociale" en fonction du revenu, avec possibilité de rachat ou de versements volontaires
Maladie de l'enfant	
dans les trois premières années de vie de l'enfant, sans limite de temps, pour les deux parents, à tour de rôle	cotisation fictive calculée en fonction du revenu réel
entre la 3ème et la 8ème année de vie de l'enfant, chacun des parents à tour de rôle, dans la limite de 5 jours par an	cotisation fictive calculée sur la base de 200% de "l'allocation sociale" en fonction du revenu, avec possibilité de rachat ou de versements volontaires
Pauses journalières pour allaitement	
Au cours de la première année de vie de l'enfant, la mère ou, dans certains cas, le père, a droit à - 2 heures par jour si la durée du temps de travail est supérieure à 6 heures par jour; - 1 heure par jour si la durée du temps de travail est inférieure à 6 heures	cotisation fictive calculée sur la base de 200% de "l'allocation sociale" en fonction du revenu, avec possibilité de rachat ou de versements volontaires

Pour les pensions contributives exclusivement

Cotisation fictive en cas:

- d'arrêt de travail pour des périodes d'éducation et de garde d'enfants jusqu'à la sixième année de vie, pendant 170 jours au maximum pour chaque enfant;
- d'arrêt de travail pour des périodes d'éducation et de garde d'enfants à partir de la sixième année de vie, pendant 25 jours par an au total, et 24 mois maximum pour chaque enfant.

Prestations supplémentaires en matière de pension

Dans tous les cas, indépendamment du fait qu'au moment de la maternité, la femme travaille ou non, un crédit de 4 mois de pension est accordé pour chaque enfant, avec un maximum de 12 mois.

Il est aussi possible d'opter pour un calcul de pension à l'aide d'un coefficient majoré d'un an pour 1 ou 2 enfants, et de 2 ans, pour 3 enfants ou plus.

Pour ce qui concerne la détermination des "**règles de coordination**" applicables en l'occurrence, il a fallu choisir entre les dispositions réglementaires propres aux prestations familiales et celles relatives aux pensions.

L'idée serait de préférer les règles de coordination propres aux pensions dans la mesure où elles sont plus cohérentes par rapport aux caractéristiques de la prestation en question. En effet, grâce au cumul des périodes, il est aussi possible de prendre en compte les périodes de garde d'enfants accomplies dans d'autres États membres, en évitant ainsi les procédures complexes liées au paiement des compléments différentiels.

**Note de la Grèce du 15 avril 2005
(CA.SS.TM 147/05)**

À la suite de la réunion de la commission administrative au Luxembourg (18.03.2005) et de l'aide-mémoire rédigé par son secrétariat (95/05), la délégation grecque soumet la présente note concernant l'appréciation des périodes d'éducation des enfants dans le cadre de la législation grecque (assurance retraite).

I. Congé parental d'éducation

1. Travailleurs du secteur privé

1.1. La loi 1483/84 "*Protection et mesures facilitant l'activité des travailleurs ayant des obligations familiales*" a institué des dispositions relatives au **congé parental d'éducation** qui concernent en premier lieu l'ensemble des salariés grecs, quelle que soit leur relation de travail, et plus particulièrement chaque parent travaillant dans des entreprises ou établissements d'au moins 100 personnes (salariées), à condition:

- qu'il ait travaillé au moins un an pour le compte du même employeur et
- que l'autre parent exerce soit une activité indépendante, soit un emploi salarié pour le compte du même employeur ou pour des employeurs différents.

Les parents qui réunissent les conditions requises par la loi décident à chaque fois d'un commun accord lequel des deux fera usage (en premier - en priorité) de ce droit et pour combien de temps.

Le congé parental est octroyé à l'un ou l'autre parent, une fois écoulé le congé de maternité, **jusqu'à ce que l'enfant est atteint l'âge de 3 ans et demi**. Il dure **au plus 3 mois et demi**. En cas de séparation, de divorce, de veuvage ou lors de la naissance d'un enfant hors mariage, le droit à un congé parental **d'au plus 6 mois** revient au parent ayant la garde de l'enfant. Ce congé parental n'est pas rémunéré.

Durant sa période d'inactivité professionnelle, le parent bénéficiant d'un congé parental d'éducation est complètement couvert par l'institution de son régime d'assurance dans la mesure où il verse la totalité des cotisations patronales et salariales correspondant à cette période.

L'assurance couvre la totalité des branches et fonds auxquels était assujéti l'intéressé pendant la période d'activité salariée précédant immédiatement le congé parental, à l'exception des risques associés aux professions pénibles et du risque professionnel (les cotisations correspondantes ne sont pas versées).

La période de congé parental est rachetée sur la base du taux de cotisations salariales et patronales de chaque caisse d'assurance et de 25 fois le montant du salaire journalier d'un ouvrier non qualifié, tel qu'en vigueur au

moment de la soumission de la demande de reconnaissance. Le rachat de la cotisation dans les conditions susmentionnées se fait soit en une fois, soit par mensualité (article 40 de la loi 2084/92 tel que complété par l'article 5, paragraphe 3, de la loi 2335/).

La période de congé parental d'éducation est prise en compte aussi bien pour l'acquisition du droit à la retraite que pour la majoration du montant de celle-ci.

1.2 Si une réglementation plus favorable est prévue, soit par une disposition statutaire d'un fonds spécial de pension, soit par des accords employeurs/salariés, des conventions collectives du travail ou une sentence arbitrale, c'est cette réglementation qui prévaut. Elle peut continuer à s'appliquer pendant la durée du congé ou en cas de paiement partiel ou total de la rémunération.

2. Travailleurs du secteur public

2.1 En vertu de la loi susmentionnée, les dispositions relatives au congé parental d'éducation (conditions - durée du congé) ont été étendues par le décret présidentiel 193/88 aux personnes employées dans le secteur public, par des personnes morales de droit public et au sein des collectivités locales, quelle que soit leur relation de travail.

Plus précisément, le décret ci-dessus considère comme équivalentes les notions "d'entreprise ou d'établissement de 100 personnes" et "d'ensemble des unités ou des services décentralisés relevant d'un même service administratif ou, le cas échéant, d'une même direction du personnel lorsqu'ils emploient au moins 100 personnes, quelle que soit leur relation de travail".

Les règles administratives ci-dessus ont également été couvertes, dans le cadre de l'assurance retraite du régime spécial des fonctionnaires, par une disposition ultérieure de la législation (loi 2084/92, article 20, paragraphe 5 - Code des retraites civiles et militaires, article 11, paragraphe 6), qui caractérise entre autres le congé parental d'éducation comme une *période de service effectif ouvrant droit à la retraite (période d'assurance)*.

Quant au rachat de la période de congé parental pour la catégorie ci-dessus de personnel, les cotisations au régime d'assurance qui correspondent à la période d'absence du fonctionnaire et concernent l'ensemble des branches du régime sont à la charge de l'assuré.

2.2 De même, les dispositions relatives aux *mesures facilitant l'activité professionnelle des employés ayant des obligations familiales* (loi 2683/99) prévoient que les mères ont le droit

- soit à une journée de travail réduite de deux heures, lorsqu'elles ont des enfant d'au plus deux ans, ou d'une heure, pour les enfants ayant entre deux et quatre ans,
- soit à un *congé parental d'éducation de neuf mois*.

Le congé mentionné ci-dessus est rémunéré et constitue une *période d'assurance obligatoire*.

II. Reconnaissance d'une durée fictive d'assurance conformément à la législation régissant le régime général d'assurance des salariés (IKA-ETAM)

1. Les dispositions de l'article 4, paragraphe 7, de la loi 3029/02 et de l'arrêté présidentiel (n°11321/9584/483/FEK B, 740/18.05.2004) portant exécution de ladite loi ont instauré **un droit de reconnaissance d'une durée fictive d'assurance** pour les mères (ou pères) affiliées au régime général d'assurance des salariés (IKA-ETAM) afin de compléter la durée minimale d'assurance fixée selon le cas par les dispositions en vigueur pour l'acquisition du droit à pension à l'âge légal de départ à la retraite.

Pour pouvoir bénéficier des dispositions de la loi ci-dessus, les assurés doivent remplir l'ensemble des conditions suivantes:

- avoir engendré ou adopté un enfant à partir du 01.01.2003
- compléter, avec la durée susmentionnée, les périodes d'assurance requises pour bénéficier d'une retraite complète de l'IKA-ETAM à l'âge correspondant (par exemple 4500 jours d'assurance à 60 ans pour les femmes/65 ans pour les hommes)
- plus particulièrement pour les pères assujettis à la législation régissant l'IKAM-ETAM, le droit à la reconnaissance de cette durée fictive ne doit pas avoir été exercé par la mère affiliée à l'IKAM-ETAM.

Concrètement, les dispositions concernées couvrent en priorité les femmes (mères) affiliées à l'IKAM-ETAM et, en second lieu, les hommes (pères) qui engendrent ou adoptent au plus trois enfants à compter du 01.01.2003. La durée reconnue s'élève à **un an** pour le premier enfant, à **un an et demi** pour le deuxième et à **deux ans** pour le troisième (soit en tout **quatre ans et demi ou 1350 jours d'assurance**). Par conséquent, la durée fictive pouvant être reconnue dépend du nombre d'enfants (jusqu'à trois) ayant été engendrés ou adoptés après la date fixée par la législation et non du nombre total d'enfants de la famille.

Ce droit de reconnaissance peut uniquement être exercé par l'un des parents, autrement dit à condition que l'autre parent ne soumette pas la même demande. La disposition concernée a plus particulièrement été établie pour bénéficier avant tout aux mères affiliées. En conséquence, la condition préalable pour qu'elle puisse s'appliquer également aux pères affiliés à l'IKA-ETAM est que le droit à la reconnaissance d'une durée fictive d'assurance n'ait pas été exercé par la mère.

Il est précisé que, du fait du champ d'application personnelle clairement défini de cette disposition législative, dans l'hypothèse où la mère est assujettie à la législation régissant une autre institution (grecque)

d'assurance, ce droit de reconnaissance ne peut être exercé par le père affilié à l'IKA-ETAM. Dans un cas comme celui-là, où la mère ne bénéficie pas de ce droit, celui-ci ne peut, à titre subsidiaire/théorique, être transféré au père affilié sous prétexte que celle-ci ne pourra jamais l'exercer.

De même, l'exercice de ce droit est limité à la personne qui soumet la demande pour la durée correspondant exactement, d'une part, au nombre d'enfants (nés ou adoptés après la date fixée) et, d'autre part, à la durée d'assurance restant à ajouter aux périodes minimales requises pour le départ à la retraite de l'intéressé. Selon cette conception, le père ne peut ultérieurement exercer ce droit pour le même ou un autre enfant - soit pour lequel le droit n'aurait été exercé qu'en partie, en d'autres termes pour une partie de la durée totale reconnue, soit qui aurait été engendré ou adopté après le départ à la retraite de la mère.

2. Étant donné que ces dispositions réglementent à titre exceptionnel la question de la retraite des affiliés qui engendrent ou adoptent un enfant à compter de la date précitée dans le seul but de compléter la durée d'assurance restant à accomplir pour acquérir le droit à la retraite à l'âge légal, la durée reconnue (*durée fictive d'assurance*):

n'est pas comptabilisée, pour atteindre les 37 années d'assurance requises avant le départ à la retraite, en plus des dispositions spéciales relatives aux 35 années d'assurance telles qu'elles s'appliquent, ni n'est prise en compte pour compléter les conditions spéciales applicables à la retraite des mères ou le nombre minimal de journées d'assurance requises dans les professions pénibles et insalubres.

La durée fictive reconnue est comptabilisée pour l'acquisition du droit à une deuxième pension de vieillesse complète de l'IKA-ETAM, compte tenu des dispositions de la législation s'appliquant à cette institution en matière de double retraite (dispositions relatives au cumul des prestations).

Cependant, si un congé parental d'éducation est octroyé (disposition citée au point I ci-dessus), la durée fictive accordée pour chaque enfant est diminuée du nombre de jours reconnus en tant que congé parental (pour le même enfant).

3. La durée reconnue est de 25 jours par mois ou de 300 jours par an et l'ensemble des cotisations de l'employeur et de l'affilié au régime de retraite de base, telles qu'elles s'appliquent, est à la charge de l'IKA-ETAM. Cette cotisation est calculée sur la base de 25 fois le montant du salaire journalier d'un ouvrier non qualifié, tel qu'en vigueur à la date de la soumission de la demande.

III. La délégation grecque exprimera son opinion sur l'application des différents chapitres concernés du règlement n°1408/71 et des dispositions correspondantes du règlement d'application - identification et classification, selon les branches explicitement citées à l'article 4, des diverses dispositions nationales portant sur la couverture du congé parental d'éducation - lors de l'examen de cette question par la commission administrative (et éventuellement dans une nouvelle note).

**Note from Estonia of 15 April 2005
(CA.SS.TM. 149/05)**

Reference to the meeting of the CASSTM in Luxembourg 18/03/2005 and the Secretariat's note CASSTM 095/05 concerning Child-raising periods in another Member State for the purpose of pension calculation - situation in the individual Member States.

As regards to Estonia, the State Pension benefits can be divided into two groups: employment-related and national pensions. The benefits cover social risks related to old age, invalidity and death of the family earner.

1) The employment-related benefits

The employment-related benefits are the Old-Age pension, the Pension for Incapacity for Work and Survivors' Pensions. From the year 1999 on, when the pension reform started, the employment-related benefits are gradually moving from a benefit related to the pensionable length of service, to an earnings- and contribution-related benefit.

The system is characterised by the following features:

- compulsory coverage of all economically active persons;
- state administration;
- pay-as-you-go financing principle, the scheme is financed from an earmarked social tax paid by employers and the self-employed;
- defined-benefit on an individual level with partly earnings-related benefits, but vertical redistribution through the flat-rate basic part of pension and minimum pension guarantee.

The calculation of pensions is based on a single pension formula, which serves for the calculation of old age, work incapacity and survivors' pensions, and includes three elements:

- a flat-rate base amount;
- a length of service component applying to periods of work before the enactment of the reform (through 31 December 1998);
- a pension insurance component applying to periods of work (after 1 January 1999).

As regards to child-raising periods, it's important to distinguish two periods.

- Before 1.1.1999 it was stipulated that two years time is included into length of service years for one parent or a step-parent or guardian or caregiver in a family per every child whom he or she has raised for at least eight years; child-raising period is considered as a "period treated as the insurance period". This period is qualified for the entitlement and amount of the old-age pension regardless where the child was born or where such period occurred.

- From 1.1.1999 the State shall pay social tax for the persons who are paid child care allowance pursuant to the State Family Benefits Act and for the persons who are paid benefit pursuant to the Parental Benefit Act. As the social tax is individually registered, the persons concerned are guaranteed the pensions and benefits dependent on paid social tax; child-raising period is a part of the pension insurance period if the social tax has been paid.

2) National pension

The purpose of the social or national pension is to guarantee a minimum income for persons who are not entitled to an employment-related benefit. National pension is a flat rate pension where no child raising periods are taken into account.

Co-ordination of child-raising periods in other Member States for the purpose of pension calculation

In general we support approach in German note 054/05 and in Norwegian note 128/05.

Our position is that the pension credit for periods of child care is not a family benefit, but a part of the pension scheme.

In looking for a scheme for coordinating of such pension earning periods we consider it reasonable to link pension-earning child-raising periods to periods of parental leave under the legislation of the competent state, regardless of whether the person(s) concerned reside(s) in the competent state or in another member state.

We also would like to note, that we consider indispensable to avoid solutions which are in favour not to start employment in other Member State.

**Note de la République slovaque du 15 avril 2005
(CA.SS.TM. 151/05)**

1. Dans le cadre du régime de sécurité sociale applicable en République slovaque jusqu'au 31 décembre 2003, une période de garde d'enfant était considérée comme une "**période de remplacement**", assimilée à un emploi, à condition que la personne physique dont les droits à pension étaient calculés ait acquis **au moins une année d'emploi**.

Était considérée comme une **période de remplacement**

depuis la création de l'État tchécoslovaque, c'est-à-dire depuis octobre 1918 jusqu'au 30.9.1988

la période pendant laquelle une femme s'est occupée d'un enfant (y compris un enfant adopté ou un enfant confié à ses soins en remplacement des soins parentaux) jusqu'à l'âge de **trois** ans, **généralement**, ou d'un enfant mineur invalide qui avait besoin de soins permanents et n'était pas placé dans un établissement.

En ce qui concerne les différentes périodes, ont été considérées comme périodes de remplacement, par exemple, les périodes suivantes:

entre le 1er janvier 1957 et le 30 juin 1964

la période pendant laquelle une femme s'est occupée d'un enfant jusqu'à l'âge de **huit** ans ou d'un mineur qui, en raison d'un mauvais état de santé chronique, avait besoin de soins permanents,

entre le 1er juillet 1964 et le 31 décembre 1975

la période pendant laquelle une femme s'est occupée d'un enfant (y compris un enfant adopté ou un enfant confié à ses soins en remplacement des soins parentaux) jusqu'à l'âge de **trois** ans ou d'un mineur invalide qui avait besoin de soins permanents et n'était pas placé dans un établissement,

entre le 1er janvier 1976 et le 30 septembre 1988

la période pendant laquelle une femme s'est occupée d'un enfant (y compris un enfant adopté ou un enfant confié à ses soins en remplacement des soins parentaux) jusqu'à l'âge de **trois** ans ou d'un mineur invalide qui avait besoin de soins permanents et n'était pas placé dans un établissement,

entre le 1er octobre 1988 et le 31 août 1994

la période pendant laquelle une femme s'est occupée d'un enfant jusqu'à l'âge de **trois** ans ou d'un mineur présentant un handicap lourd de longue durée nécessitant des soins spéciaux, à condition que celui-ci ne soit pas placé dans un établissement toute l'année ou toute la semaine; il pouvait s'agir de son propre enfant (y compris adopté) ou d'un enfant confié à ses soins en remplacement des soins parentaux,

entre le 1er septembre 1994 et le 31 décembre 2000

la période pendant laquelle un parent s'est occupé d'un enfant jusqu'à l'âge de **trois** ans ou d'un mineur présentant un handicap lourd de longue durée nécessitant des soins spéciaux ou des soins spéciaux particulièrement exigeants, à condition que celui-ci ne soit pas placé dans un établissement toute l'année ou toute la semaine; il pouvait s'agir de son propre enfant (y compris adopté) ou d'un enfant confié à ses soins en remplacement des soins parentaux sur la base d'une décision prise par l'organe compétent, et

entre le 1er janvier 2001 et le 31 décembre 2003

la période pendant laquelle un parent s'est occupé d'un enfant jusqu'à l'âge de **six** ans ou d'un mineur présentant un handicap lourd de longue durée nécessitant des soins spéciaux ou des soins spéciaux particulièrement exigeants, à condition que celui-ci ne soit pas placé dans un établissement toute l'année ou toute la semaine; il pouvait s'agir de son propre enfant (y compris adopté) ou d'un enfant confié à ses soins en remplacement des soins parentaux sur la base d'une décision prise par l'organe compétent.

2. Depuis le 1er janvier 2004, date à laquelle la République slovaque est passée à un **système d'assurance**, les périodes pendant lesquelles une personne physique s'occupe personnellement, toute la journée, d'un enfant jusqu'à l'âge de six ans ou d'un enfant jusqu'à l'âge de sept ans ayant un problème de santé de longue durée comptent comme **périodes d'assurance**. Il convient de signaler que, depuis cette date, les périodes de garde d'enfant ne sont plus considérées comme des "périodes de remplacement", mais comme des périodes d'assurance équivalentes, comme par exemple les périodes d'emploi.

L'État prend en charge l'assurance vieillesse et l'assurance invalidité des personnes physiques qui s'occupent personnellement, toute la journée, d'un enfant jusqu'à l'âge de six ans ou d'un enfant, jusqu'à l'âge de sept ans, ayant un problème de santé de longue durée.

L'État prend en charge l'assurance des personnes qui s'occupent:

- *d'enfants jusqu'à l'âge de six ans* - à hauteur de 18% de l'assiette de l'impôt, qui représente 60% du salaire moyen dans l'économie nationale;
- *d'enfants, jusqu'à l'âge de sept ans, ayant un problème de santé de longue durée* - à hauteur de 18% de l'assiette de l'impôt, qui représente 70% du salaire moyen dans l'économie nationale.

Allocation parentale

En vertu de la législation slovaque, une prestation sociale de l'État appelée allocation parentale est accordée dans le cadre de l'aide sociale de l'État. Il s'agit de la seule prestation prévue par la législation nationale slovaque pour laquelle les périodes de garde d'un enfant jusqu'à l'âge de trois ou de six ans

sont considérées comme des périodes d'assurance pension pour la détermination des droits aux prestations de vieillesse.

L'allocation parentale peut être demandée par l'un des parents - la mère ou le père - qui s'occupe personnellement et régulièrement de l'enfant (jusqu'à l'âge de trois ans ou, s'il a un problème de santé de longue durée, jusqu'à l'âge de six ans), mais aussi par une personne physique aux soins de qui l'enfant a été confié en remplacement des soins parentaux, sur la base d'une décision valable d'un tribunal (par exemple parent adoptif ou d'accueil, tuteur).

En application de l'article 60, paragraphe 5, de la loi n° 461/2003 sur l'assurance sociale, telle que modifiée, une période de garde personnelle et à temps plein d'un enfant (jusqu'à l'âge de six ans ou, s'il a un problème de santé de longue durée, jusqu'à l'âge de sept ans) n'est reconnue comme une période d'assurance pension que pour une seule personne physique.

**Note de la délégation espagnole du 18 avril 2005
(CA.SS.TM. 153/05)**

Lors de la dernière réunion de la commission administrative à Luxembourg, le 17 mars, et lors du séminaire du 18 mars, la présidence a demandé aux délégations de rédiger des notes sur les périodes dites d'"éducation".

La délégation espagnole est d'avis que la première question à résoudre est de savoir si ces périodes peuvent être assimilées à des périodes ouvrant droit à des prestations familiales ou à des prestations de vieillesse. Une autre possibilité serait de les inclure sous l'article 4 du règlement (CEE) 1408/71 en tant que périodes d'éducation distinctes des autres branches y indiquées.

Plusieurs raisons plaident en faveur de l'assimilation de ces périodes d'éducation à des prestations familiales:

- 1° Les allocations servies pour la naissance et l'éducation d'enfants sont à prendre comme une compensation des charges de famille supportées. En effet, la naissance d'un enfant entraîne une augmentation des obligations du père ou de la mère qui sont amenés, dans certains cas, à choisir de suspendre leur activité professionnelle ou d'y renoncer.
- 2° Ces périodes d'éducation pourraient être comparées aux prestations d'éducation reconnues comme prestations familiales dans l'arrêt rendu dans l'affaire Ingrid Hoever et Iris Zachov, en ce sens qu'il s'agit dans les deux cas d'allocations *"qui sont accordées automatiquement aux personnes qui répondent à certains critères objectifs, en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels, et qui visent à compenser les charges de famille"*.
- 3° Les périodes d'éducation figurent déjà dans le champ matériel du règlement (CEE) 1408/71. Voir à cet égard l'arrêt rendu dans l'affaire C-135/99, Ursula Elsen. L'appellation de *"périodes d'éducation"* semble confirmer la thèse selon laquelle ces allocations peuvent être incluses dans les *"prestations d'éducation"* et, dès lors, être considérées comme des prestations familiales.
- 4° La reconnaissance du droit à la pension de vieillesse n'implique pas que l'allocation versée soit une prestation de vieillesse. C'est le résultat, pas la cause. À cet égard, il conviendrait de rappeler deux arrêts exemplaires. Dans le premier, rendu dans l'affaire C-73/99, Víctor Movrin, les allocations versées aux titulaires de pensions et destinées à contribuer au paiement des cotisations d'assurance maladie sont considérées comme des prestations de vieillesse en espèces. Dans le deuxième arrêt, rendu dans les affaires conjointes C-502/01 et C-31/02, Silke Gaumain-Cerri et María Barth, la cour estime qu'une prestation telle que la prise en charge des cotisations à l'assurance vieillesse de la tierce personne qui apporte des soins au domicile d'une personne dépendante, dans les conditions des affaires au principal, constitue une prestation de maladie (il faut

rappeler que la prestation de dépendance est incluse dans la branche maladie en vertu de l'arrêt Molenaar). Voir pareillement l'affaire C-101/04, Roger Noteboom. En conséquence, avant de décider d'intégrer les périodes d'éducation d'enfants dans une branche ou l'autre, c'est moins l'effet que la cause qu'il faut examiner.

- 5° Les périodes d'assurance ou d'éducation s'intègrent dans la stratégie globale de conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale et relèvent de la politique familiale.
- 6° La reconnaissance de ces périodes en tant que prestations familiales présente le grand avantage que la coordination existante peut déjà s'appliquer et que des prestations peuvent être cumulées, exactement comme le prévoient les chapitres correspondants des prestations familiales. Pour la délégation espagnole, la jurisprudence communautaire (voir les arrêts cités précédemment, ainsi que l'affaire C-28/00, Liselotte Kauer) constitue la référence pour résoudre le problème posé. Eu égard à la spécificité de ces périodes d'assurance ou d'éducation, il suffirait d'examiner si certains ajustements sont nécessaires.

**Note from Latvia of 18 April 2005
(CA.SS.TM. 154/05)**

According to Latvian law child-raising periods are taken into account as insurance periods for the purpose of entitlement to and calculation of old-age pensions.

The social insurance contributions on behalf of persons taking care of a child under the age of 1,5 years and receiving child-care benefit are covered by the state budget on flat-rate basis.

**Note from Denmark of 20 April 2005
(CA.SS.TM. 166/05)**

The current Danish legislation

The old-age pension scheme is a universal protection scheme for all inhabitants with flat-rate benefits depending on duration of residence. The calculation of pension periods thus depends on residence. The rules on applicable law in the Regulation 1408/71 imply that for non-residents, who according to the Regulation are covered by Danish law of social security, these periods of non-residence under Danish law count in the final calculation of the old-age pension. In relation to maternity- and childrearing leave periods this allows frontierworkers working in Denmark, persons posted abroad for a Danish employer and persons for whom there is an agreement according to article 17 to stay covered by Danish legislation during work abroad.

Conditions

Danish old-age pension is calculated according to the number of years of residence in Denmark irrespective of work or taxpayment. The crucial point is residence.

In order to acquire a full pension at least 40 years of residence is required between the ages of 15 and 65. In case of shorter periods of residence, the sum is reduced. The pension is then calculated as 1/40 of a full pension for each year of residence between the ages of 15 and 65. E.g. 10 years of residence will amount to 10/40 of a full Danish pension.

According to annex VI, section B, of the Regulation 1408/71, periods of work in Denmark will count as periods of residence for frontierworkers and seasonal workers and will thus be included in the final calculation of the old-age pension. The rules on applicable law of the Regulation 1408/71 imply that the periods during which a person who, according to the Regulation, is covered by Danish legislation on social security, will count towards the final calculation of old-age pension, regardless of residence during these periods. Thus, a non-resident who, according to the Regulation, is covered by any other legislation than the Danish will not have such periods counted in the final calculation.

This residence-based scheme implies that any one resident in Denmark will be earning residence-years to be counted in the final calculation of old-age pension during periods of maternity- and child-rearing leave except the cases, where legislation of another country applies according to the Regulation.

According to annex IV, section C, Denmark is exempt from the theoretical calculation of pension according to the rules in article 46.

Non-residents

The principle according to which a migrant worker should be covered by the legislation of one single memberstate implies that a migrant worker will qualify for all social security rights, including the earning of old-age pension rights, so long as he or she is covered by the Danish legislation, but no longer.

Non-residents earn rights to the Danish old-age pension during the periods where the Regulation implies that they are covered by the Danish legislation, e.g. periods of work in Denmark as a frontier worker or posting in another memberstate for a Danish employer.

This employment may end due to sickness, unemployment or maternity. Non-residents who are eligible for sickness- or unemployment benefits, or maternity- or parental leave allowance from Denmark, will remain covered by the Danish legislation so long as the national rules on these benefits and allowances are applicable. The earning of rights to old-age pension continues equally. If or when work is resumed under Danish legislation, the earning of rights to old-age pension will continue likewise. Otherwise not.

Familymembers of migrant workers covered by the Danish legislation

Familymembers of migrant workers covered by the Danish legislation will not be earning old-age pension rights if they are not resident in Denmark. As the family member has no individual link to the Danish legislation, the Danish view is that there is no basis for earning rights to old-age pension for a non-resident family member during maternity- or parental leave.

The decisions of the European Court of Justice in the cases of *Elsen* and *Kauer* are argued very specifically. They impose it on a memberstate calculating old-age pension to acknowledge periods of maternity- and parental leave spent in another memberstate. In both cases the national legislation involved a requirement for residence. This condition could not be upheld as both cases involved a close link between insurance periods in the competent state and the periods of parental leave in another memberstate. The Danish Act on Social Pensions does not have similar rules on acknowledging maternity- and parental leave periods in the final calculation of old-age pension, due to its residence based scheme.

**Note from Malta of 22 April 2005
(CA.SS.TM. 167/05)**

Situation in Malta

Under current social security legislation in Malta, child-raising periods are not recognized for the purpose of pension insurance.

However, in a White Paper published in November 2004 on pension reform in Malta, a policy instrument, which takes into account parental responsibilities in relation to child bearing and child-raising periods, is being proposed. It is being proposed that the phased crediting of the individual's contributions as well as the payment of voluntary contributions under established conditions be positively considered.

EU coordination

As regards the cross-border recognition of these periods within the EU, EEA and Switzerland, we would like to contribute towards the debate by taking a rather straight forward approach without at this stage considering the changes required to the Regulation to give effect to such a system, nor whether it is consistent with ECJ rulings within this field (which in any event do not provide legal clarity).

Classification of these benefits

We are of the opinion that these periods should be treated as old-age benefits rather than family benefits. This is because while the granting of these benefits is directly related to economically inactive periods due to child-raising, their full enjoyment materializes when reaching old-age.

Assimilation

We noted what the Commission and a number of Member States and other interested parties had to say about the subject in the seminar in Luxembourg. We understand that adopting the assimilation principles in this field is very difficult and hence the need to establish ways how to achieve this. We have gone through a number of different scenarios, analysing the implications of cross-border recognition of these periods, and identified a number of difficulties.

Conclusion

At this stage, given also that at national level we are just about considering introducing these benefits, we are very much interested in seeing how this debate is going to evolve in the coming months and years, while taking the most practical and sensible approach in the debate.

**Note from Ireland of 25 April 2005
(CA.SS.TM. 162/05)**

A Homemakers scheme was introduced in 1994 and is designed to protect the pension entitlements of those caring either for children (up to 12 years of age) or incapacitated people.

The scheme allows up to 20 years to be disregarded when a person's insurance record is being averaged to calculate the rate of Old Age (Contributory) Pension. The scheme will not of itself qualify a person for a pension as the standard qualifying conditions relating to the type and number of contributions paid or credited must also be satisfied.

A "homemaker" is defined in the legislation as a person who is:

- permanently resident in the State(this would be superceded by EU law);
- aged 16 years or over and under pensionable age (66 years);
- not engaged in remunerative employment;
- residing with and caring for a child under age 12 years on a full-time basis, or residing with and providing full-time care and attention to a person who is so incapacitated as to require such full-time care and attention. (The age threshold of 12 years does not apply where the child is so incapacitated as to require full-time care and attention).

For any year to be disregarded for this purpose, a homemaker must be out of the workforce for a complete year (52 weeks) from 6 April 1994. Credited contributions may be awarded in the year in which the person commences or ceases to be a homemaker.

In order to qualify for an Old Age (Contributory) Pension the following basic contribution conditions must be satisfied:

The person must:

- Have entered insurance 10 years before reaching pension age
- Have paid 260 qualifying contributions
- Satisfy a yearly average test - which determines the level of payment. A yearly average of 10 contributions will give entitlement to the minimum rate of Pension. A yearly average of 48 contributions is required to give entitlement to the maximum rate of Pension.

The following example illustrates how the scheme works:

A person born in 1960 and who entered insurable employment in 1978 will reach pension age of 66 in 2026. This represents a "working life" of 48 years. If s/he works for 10 years and spends 20 years homemaking since 1994 the old age pension would be calculated as follows:

$$\frac{10\text{years} \times 52\text{weeks}}{48\text{years} - 20\text{years}} = \frac{520}{28} = \text{yearly average of } 18.57 \text{ qualifies for a pension of } \text{€}134.50 \text{ per week (75\% of maximum rate)}$$

If the Homemaker disregard did not apply, the person would be entitled to a yearly average of 10.8 (520/48) which would qualify for a pension of €89.70 per week (50% of the maximum rate).

Ireland welcomes a discussion within the Administrative Commission on the co-ordination of the rules within the EU. We consider that the pension co-ordination rules are more appropriate than the family benefit rules for dealing with such cases. Moreover, we consider that the principle underlying Article 5 of Regulation (EC) 883/2004 (whereby facts or events occurring in a Member State must be taken into account by another Member State as though they had taken place in its own territory) provides a basis for resolving the issue.

**Note de la Hongrie du 26 avril 2005
(CA.SS.TM. 165/05)**

1) Avantages relatifs aux droits à la pension anticipée

Pour les titulaires de droits à pension qui font valoir leurs droits jusqu'au 31 décembre 2008, conformément à l'article 11/A, paragraphes 1 et 2, de la loi LXXXI de 1997 sur les prestations de pension de la sécurité sociale, il faut prendre en compte dans la période d'emploi, lors du calcul des droits à pension anticipée et des droits à pension anticipée à taux minoré, les périodes suivantes: a) un an par enfant, b) un an et demi (1 année correspondant à 183 jours) par enfant souffrant d'une maladie persistante ou considéré comme handicapé (c'est-à-dire des périodes d'emploi non réelles lors du calcul de la pension). Y a droit la femme qui a donné naissance à l'enfant ou la personne qui l'a élevé pendant au moins 10 ans dans son propre ménage. Doivent également être considérés comme enfants élevés dans le ménage d'un demandeur de pension, ceux qui - pour des raisons scolaires, thérapeutiques ou autres - séjournent temporairement en dehors du ménage. La mesure s'applique aussi lorsqu'il s'agit d'enfants adoptifs et de pupilles, sauf les enfants se trouvant sous la garde d'éducateurs professionnels. Bénéficient de la mesure, à titre individuel, la femme qui a donné naissance à l'enfant ainsi que la personne qui l'élève. Toutefois, une même personne ne peut demander à bénéficier de la mesure qu'à un seul titre pour le même enfant. Il faut prouver:

- la naissance de l'enfant au moyen d'un extrait de l'acte de naissance;
- la maladie persistante ou le handicap au moyen d'une attestation médicale, suivant le modèle utilisé pour les demandes d'allocation familiale complémentaire;
- le fait que l'enfant a été élevé pendant 10 ans sous son propre toit, au moyen d'une déclaration du demandeur de pension. Le bénéfice de la mesure peut être sollicité pour trois enfants au maximum. Cette limitation n'est pas applicable lorsqu'il s'agit d'enfants souffrant d'une maladie persistante ou considérés comme handicapés.

2) Reconnaissance de la période d'emploi

Conformément à l'article 29, paragraphe 5, du décret d'application n° 168 du 6 octobre 1997 de la loi LXXXI de 1997 sur les prestations de pension de la sécurité sociale, il faut considérer comme période d'emploi la durée du congé de maternité pris avant le 1er janvier 1998 ainsi que la durée de versement de la prestation ou de l'allocation de garde d'enfant, si l'intéressé a demandé le congé sans rémunération. A partir du 1er janvier 1998, la durée de versement de l'allocation parentale d'éducation et de l'allocation de garde d'enfant peut être prise en compte si la personne a versé les cotisations requises (conformément à l'article 38, paragraphe 1, point c) de la loi). Dans ce cas, les cotisations patronales sont versées par le budget central. Ces périodes,

pendant lesquelles il n'était pas nécessaire de verser des cotisations sur la prestation de garde d'enfants, doivent être considérées comme périodes d'emploi (conformément à l'article 38, paragraphe 1, point e)). Des règles particulières s'appliquent pour les périodes consacrées à l'éducation d'enfants avant 1968, où il n'existait pas encore d'allocation de garde d'enfants. Avant 1968, la naissance d'un enfant donne droit à une période d'emploi, d'une durée de 1 an par enfant et de 1,5 an dans le cas d'un enfant handicapé (conformément à l'article 29, paragraphe 10, du décret d'application).

3) Avantage relatif à la base de calcul de la pension

Le montant de la prestation familiale pour l'éducation des enfants (allocation de garde des enfants, allocation parentale d'éducation) est souvent inférieur au salaire moyen antérieur de celui qui l'élève. Ce montant moins élevé des prestations parentales ne réduit cependant pas la base de calcul des pensions, car il ne faut pas les prendre en compte lors du calcul de la pension. Si à côté de ces prestations, l'intéressé dispose également d'un salaire découlant d'un contrat d'assurance, les deux montants ne sont pris en compte que si c'est dans l'intérêt de l'intéressé (conformément à l'article 22, paragraphe 2, de la loi).

**Note française du 26 avril 2005
(CA.SS.TM. 170/05)**

En réponse à l'invitation de la Présidence luxembourgeoise lors du dernier séminaire à Mondorf-les-Bains, la présente note décrit les différents dispositifs français de reconnaissance des périodes d'éducation des enfants dans le calcul d'une pension.

Le système de pensions français connaît trois grandes catégories de dispositifs permettant la prise en compte ou la reconnaissance des périodes d'éducation des enfants dans le calcul d'une pension de base. Cette note se limite aux différents régimes de base (régime général et régimes spéciaux) dans la lignée de nos discussions lors du séminaire, cependant, la plupart des régimes complémentaires comportent également des mesures permettant la prise en compte des périodes d'éducation des enfants.

Un seul dispositif prévoit la validation proprement dite, au fil du temps, des périodes consacrées par l'assuré à l'éducation de ses enfants. Ce dispositif est lié à la perception de prestations familiales et impose de fait une réduction ou un arrêt de l'activité. Les autres dispositifs se présentent sous la forme de majorations accordées au moment du calcul de la pension, ces majorations portent soit sur la durée d'assurance accomplie par l'assuré, soit sur le montant de la pension elle-même.

Un ensemble de règles détermine les possibilités de cumuls entre ces différents avantages familiaux et les règles de priorités le cas échéant. Des règles de priorité ou de cumul sont également posées entre les différents régimes lorsqu'il s'agit d'un polypensionné.

I. Validation au fil de l'eau des périodes d'éducation des enfants

Normalement, les périodes prises en compte par l'assurance vieillesse française sont des périodes d'activité professionnelle ayant donné lieu au versement de cotisations. Pour éviter de pénaliser les mères de famille qui choisissaient de renoncer à une activité professionnelle pour se consacrer aux tâches du foyer et qui ne disposaient pas de ressources suffisantes pour s'assurer de manière volontaire, il a été décidé de prendre en charge pour ces mères de famille, la validation des périodes qu'elles consacraient à l'éducation de leurs enfants.

Ce dispositif est aujourd'hui inscrit dans le code la sécurité sociale à l'article L 381-1. Pour bénéficier de cette affiliation gratuite, l'intéressé doit désormais remplir 4 conditions:

- réduire ou cesser son activité professionnelle,
- être bénéficiaire d'une des prestations familiales suivantes: le complément familial, l'allocation de base ou le complément d'activité de la prestation d'accueil du jeune enfant, l'allocation de présence parentale,
- disposer de ressources ne dépassant pas un certain plafond,

- avoir à charge au moins un enfant de moins de trois ans, ou au moins deux enfants,

L'affiliation est laissée à la diligence de la caisse d'allocations familiales qui verse les prestations précitées. Elle prend effet, si l'intéressé remplit toutes les conditions, à compter du premier jour du mois civil au cours duquel sont attribuées l'une ou l'autre des prestations familiales précitées ou à compter du premier jour du mois civil qui suit la naissance pour l'allocation de base. Elle prend fin quand l'intéressé cesse de remplir l'une des conditions.

La cotisation versée par la caisse d'allocations familiales à l'assurance vieillesse est égale au taux cumulé de la cotisation employeur et salarié dans le régime général pour la couverture du risque vieillesse. Cette cotisation est assise sur une assiette forfaitaire basée sur le salaire minimum de croissance. Cette assiette est réduite lorsque l'intéressé cumule le complément d'activité et une activité à temps partiel. Au compte individuel de retraite de l'intéressé, sera reporté un salaire fictif forfaitaire, basé sur le SMIC, qui servira au calcul du salaire annuel moyen, élément nécessaire au calcul de la pension.

Ces périodes ainsi validées apparaîtront sur le relevé de carrière de l'intéressé comme des périodes d'activité et seront considérées comme telles dans le calcul de la pension.

(NB: cette affiliation est également offerte à la personne qui a la charge d'un enfant ou d'un adulte handicapé maintenu au foyer, pour autant que ses ressources ne dépassent pas un certain plafond et qu'elle ne soit pas affiliée à un autre titre.)

II. Majoration de la durée d'assurance

Ce dispositif consiste à majorer la durée d'assurance accomplie, c'est à dire le total des trimestres validés au compte individuel de l'intéressé au moment du calcul de la pension. Trois types de majoration de durée d'assurance existent:

- La majoration pour enfant
- La majoration pour congé parental
- La majoration pour les parents d'enfants bénéficiaires de l'AES (allocation d'éducation spéciale)

a) La majoration pour enfant

Cette majoration existe dans tous les régimes sauf dans les régimes des professions libérales, des avocats, des marins, des mineurs et de la SNCF. Elle est limitée aux seules mères, sauf dans la fonction publique où elle est ouverte aux pères et aux mères qui ont interrompu leur activité pour se consacrer à l'éducation de leurs enfants nés avant le 1er janvier 2004. En effet, les fonctionnaires ne bénéficiaient pas de la majoration pour congé parental qui assure pour les hommes dans les autres régimes le pendant de cette majoration pour enfant. Depuis la loi du 21 août 2003, une majoration

pour congé parental a été créée pour les fonctionnaires et s'applique pour tous les enfants nés à compter du 1er janvier 2004. Elle remplace y compris pour les femmes la majoration pour enfant.

Dans le régime général et les régimes alignés concernés (régime agricole, régime des artisans, régime des professions industrielles et commerciales), la durée d'assurance est majorée d'un trimestre pour toute année où l'intéressé a élevé un enfant, dans la limite de huit trimestres par enfant. Le droit est étudié pour chaque enfant et les trimestres sont attribués comme suit: Un trimestre d'assurance est accordé à compter de la naissance, de l'adoption, ou de la prise en charge effective de l'enfant. Un trimestres supplémentaire est attribué ensuite soit à la date anniversaire de l'enfant, soit à chaque période d'un an à compter de l'adoption ou de la prise en charge de l'enfant. Ces trimestres sont attribués jusqu'au 16ème anniversaire de l'enfant dans la limite de 7 trimestres (soit 8 au total avec le trimestres initial). Les enfants mort-nés ne seront pris en compte que pour l'acquisition du trimestres initial.

Il n'est pas exigé que le ou les enfants aient un lien de filiation avec l'assurée. Il n'est pas non plus posé de condition de nationalité pour les enfants.

Par contre, la mère doit avoir eu la charge effective et permanente de l'enfant. Aussi dot-elle remplir les deux conditions cumulatives suivantes:

- une condition d'éducation, qui se traduit par l'accomplissement des responsabilités parentales relatives au devoir de garde, de surveillance et d'éducation;
- une condition de charge (pécuniaire), qui correspond aux dépenses engagées pour l'entretien de l'enfant (logement, nourriture, habillement...).

En pratique, les requérantes apportent pour chaque enfant la preuve de la charge permanente et effective à l'aide d'une déclaration sur l'honneur (rubrique figurant dans le formulaire de demande de pension).

Les trimestres supplémentaires accordés n'ont pas donné lieu au versement de cotisations et ne correspondent à aucun salaire reporté au compte de l'intéressé. Ces trimestres ne peuvent donc pas servir à atteindre par exemple la durée d'assurance requise pour un départ anticipé puisque ne sont retenus pour le calcul de cette durée que les trimestres cotisés.

Dans les régimes spéciaux concernés, la majoration de durée d'assurance est d'un an par enfant. Elle est également de un an par enfant pour les enfants de fonctionnaires nés avant le 1er janvier 2004. Cependant, le fonctionnaire, pour bénéficier de cette majoration devra avoir interrompu son activité pendant une durée continue au moins égale à deux mois dans le cadre soit d'un congé de maternité ou d'adoption, soit d'un congé parental, soit d'une disponibilité pour élever un enfant.

b) La majoration pour congé parental

Cette majoration, liée au congé parental, existe donc dans les régimes professionnels où un tel congé est accordé au travailleur soumis à ce régime. On notera que tous les travailleurs dont la profession est soumise au code du travail disposent du congé parental d'éducation prévu par l'article L 122-28-1 de ce code. Une telle majoration sera notamment accordée dans le régime général des travailleurs salariés et le régime des salariés agricoles. Depuis la loi du 21 août 2003, une telle majoration existe également dans le régime des fonctionnaires.

Dans le régime général et les régimes alignés concernés, la durée d'assurance accomplie par l'intéressé est majorée d'une durée égale à la durée effective du congé parental.

De même, **dans le régime des fonctionnaires**, la durée totale de service accomplie par l'agent est majorée d'une durée égale à la durée effective de son congé parental ou de son congé de présence parental ou de sa disponibilité si celle-ci a été accordée pour élever un enfant. Toutefois, cette durée est limitée à 3 ans par enfant et 5 ans au total. Cette majoration servira par contre pour calculer la période de stage de 15 ans imposée par ce régime.

c) La majoration pour enfant handicapé

Cette majoration a été créée par la loi du 21 août 2003. Elle est applicable aux hommes comme aux femmes qui ont pris leur retraite à partir du 1er septembre 2003 et qui sont parents d'enfants ouvrant droit à l'allocation d'éducation spéciale et à son complément, et dont le taux d'incapacité permanente est au moins égal à 80%.

La durée d'assurance accomplie par l'intéressé est majorée d'un trimestre par période d'éducation de 30 mois dans la limite de huit trimestres. Les trimestres sont attribués comme suit: un trimestre est attribué à la date d'attribution de l'allocation d'éducation spéciale. Un trimestre supplémentaire est attribué pour chaque période de trente mois civils de versement de l'allocation dans la limite de 7 trimestres (8 au total avec le trimestre initial).

Comme pour la majoration de durée d'assurance pour enfant, l'intéressé doit avoir eu la charge effective et permanente de l'enfant. Pour l'allocataire de l'allocation d'éducation spéciale et de son complément, la condition de prise en charge effective et permanente de l'enfant est présumée satisfaite. Pour tout autre personne (conjoint, concubin, partenaire...) qui déclare assumer ou avoir assumé également la charge effective et permanente de l'enfant, elle doit en apporter la preuve à l'aide d'une déclaration sur l'honneur.

III. Majoration du montant de la pension

Cette majoration est commune à tous les régimes à l'exception des régimes des professions libérales et des avocats. Elle est accordée à toute personne ayant élevé trois enfants pendant 9 ans avant leur 16ème anniversaire.

Quelques variantes existent suivant les régimes concernés. Ainsi la limite de 16 ans n'existent pas dans certains régimes pour les enfants légitimes ou naturels reconnus à la naissance, elle est repoussée à 20 ans pour les autres enfants reconnus, recueillis ou adoptés. Le régime général et les régimes alignés sur celui-ci accordent également cette majoration aux personnes ayant simplement eu trois enfants même si elles ne les ont pas élevés (la personne qui adopte un enfant est censée l'avoir eu, les enfants mort-nés sont pris en compte).

Elle est égale à 10% de l'avantage principal (porté au minimum ou ramené au maximum. Elle est calculée sur la base du montant annuel de la pension, majoré de la surcote si l'intéressé bénéficie d'une surcote. Tous les régimes spéciaux à l'exception du régime des mines accordent en sus 5% par enfant au delà du 3ème enfant et ce dans la limite de 30% de la pension.

Cette majoration est accordée aux deux parents. Si les conditions ne sont pas remplies à la date de la liquidation de la pension, la majoration est attribuée le 1er jour du mois civil qui suit la date à laquelle les conditions sont remplies. Elle est accordée sans que l'intéressé n'ait besoin d'en faire la demande.

IV. Règles de cumuls et de priorité

a) pour un même enfant entre les différents avantages

La majoration de la pension se cumule avec les différentes majorations de durée d'assurance. Par contre, on ne peut pas cumuler pour un même enfant la majoration de durée d'assurance pour enfant et la majoration de durée d'assurance pour congé parental. La plus favorable des deux sera versée.

La majoration de durée d'assurance pour enfant handicapés se cumule avec la majoration de durée d'assurance pour enfant.

Pour un même enfant	MDA pour enfant	MDA pour congé parental	MDA pour enfant handicapé	Majoration de pension	Validation gratuite pour parent au foyer
MDA pour enfant	/	La majoration la plus favorable est accordée	cumul	cumul	cumul
MDA pour congé parental	La majoration la plus favorable est accordée	/	cumul	cumul	cumul
MDA pour enfant handicapé	cumul	cumul	/	cumul	cumul
Majoration de pension	cumul	cumul	cumul	/	cumul
Validation gratuite pour parent au foyer	cumul	cumul	cumul	cumul	/

(MDA = majoration de durée d'assurance)

b) pour un même avantage au titre de plusieurs régimes (polypensionné)

- Pour un même enfant, l'assuré ne peut pas cumuler la majoration de durée d'assurance pour enfant au titre de plusieurs régimes obligatoires. Le régime général est prioritaire sur les régimes qui sont alignés sur lui (régimes des professions agricoles ou artisanales ou industrielles et commerciales) pour accorder la majoration. Un régime spécial sera par contre prioritaire sur le régime général ou un des régimes alignés sur celui-ci.
- De la même manière, pour un même enfant, l'assuré ne peut pas cumuler la majoration de durée d'assurance pour enfant handicapé au titre de plusieurs régimes obligatoires. Le régime général est prioritaire sur les régimes alignés sur lui.
- La majoration de la pension est, elle, due par chacun des régimes dans la proportion de la pension versée par chacun de ces régimes.

**Note from Lithuania of 3 May 2005
(CA.SS.TM. 180/05)**

According to Lithuanian legislation child-raising periods (the periods during which persons receive state social insurance maternity or paternity allowances or are in childcare leave) are taken into account as insurance periods for the purpose of entitlement to social insurance pensions.

Maternity and paternity allowances are granted for insured persons during these periods:

- 1) Maternity allowances - for insured women during their maternity (pregnancy and birth) leave;
- 2) Paternity allowances - for insured person during parental leave before the child has reached the age of one year.

The following individuals must be covered by the state social insurance for basic pension (the contribution rate is equivalent to 50% of the basic pension) with state funds:

- 1) a mother or a father who is on child care leave, with a child between 1 and 3 years of age;
- 2) a mother or a father who is unemployed and is on childcare leave, with a child up to three years of age.

**Note from Slovenia of 12 May 2005
(CA.SS.TM. 187/05)**

With regard to the meeting of the CASSTM in Luxembourg of 18/03/2005 and the Secretariat's note CASSTM 095/05 of 21/03/2005 we are writing to inform you of the Slovene legislation concerning child care periods.

Parental Protection and Family Benefits Act

Beneficiaries of maternity benefits, parental allowance and partial payment for lost income are covered by compulsory pension and invalidity insurance under Article 24 of the Pension and Invalidity Insurance Act.

1. Maternity benefits

Under Parental Protection and Family Benefits Act, a person must have been previously insured and must have paid parental protection contributions to qualify for maternity benefits. During their maternity leave and while receiving maternity benefits (usually period of 365 days), the beneficiary remains included in the pension and invalidity insurance scheme as per Article 42(a) of the Parental Protection and Family Benefits Act.

Beside maternity benefits, two more family benefits, namely the parental allowance and partial payment for lost income, are connected with the field of pension and invalidity insurance.

2. Parental allowance

The parental allowance may be claimed by a mother who is not entitled to maternity benefits, mostly for not having been previously insured. A father may also qualify for parental allowance under the terms as set out by the law. Beneficiaries of this type of compensation are mostly persons with student status, and persons in receipt of a cash assistance under the Employment and Insurance Against Unemployment Act, and persons who, for whatever reasons, are not paying parental protection contributions (eg housewives). The parental allowance is paid for 365 calendar days.

3. Partial payment of lost income

Partial payment of lost income may be paid to a parent of a severely physically or mentally handicapped child. In order to qualify, the relevant opinion of the responsible medical board must be obtained, and the child must not be in institutional care. If all requirements are met as set out in the Parental Protection and Family Benefits Act, one of the parents can leave the labour force (termination of employment and deletion from the unemployment register). The amount of partial compensation for lost income is equal to the amount of minimum wage.

In all cases mentioned the child care period is treated as insurance period.

Pension and Invalidity Insurance Act:

1. Article 189 of the Pension and Invalidity Insurance Act provides for the period of child care in the first year of age, prior to enactment of the present Act, to be taken into account in the insurance period, provided that the mother or the father was not insured on any other basis and the child's permanent residence was in the Republic of Slovenia.

The child care period is treated as insurance period. For the calculation of pension, the percentage is increased by 1.5% for each completed year of pension qualifying period.

2. Article 198 of the Pension and Invalidity Insurance Act also enables that mother or father purchases insurance periods until the child's third year under more favourable conditions (lower contributions), on condition s/he was not covered by pension insurance at that time.
3. Article 37 of the Pension and Invalidity Insurance Act determines the lowering of the pensionable age limit due to children as follows:
 - (1) The pensionable age limit from the preceding Article shall be lowered for each born or adopted child with the citizenship of the Republic of Slovenia, unless specified otherwise in a relevant treaty, if the insured person provided the child with upbringing and care for at least five years. The pensionable age limit shall be lowered by eight months for a single child, by 20 months for two children, and by 36 months for three children. The pensionable age limit shall be further lowered by 20 months for each further child.
 - (2) The parents shall mutually agree which of them shall assert the lowering of the pensionable age limit for each individual child. If no agreement is reached, the parent who, for the predominant part, asserted his right to the parental leave shall be the one entitled to the lowering of the pensionable age limit. If none of the parents availed of the parental leave or they have availed of it equally, it is the insured woman who shall be entitled to the lowering of the pensionable age limit.
 - (3) In the cases as per the preceding paragraphs, the minimum pensionable age from the preceding Article shall be lowered to 56 years of age at the most for women and to 58 years of age for men.

The lowering of the pensionable age limit is being phased-in and will be completely introduced no sooner than 2015. At the end of this transitional period, a person who cared for two children may claim lowering of their pensionable age by 20 months. Consequently, a person completing 20 years of pension qualifying period may retire at the age of 61 years and 4 months, instead of at 63. The lowering of the pensionable age limit also applies if a child was cared for abroad.

It should finally be stressed that in cases where, under the legislation, the nationality of the Republic of Slovenia is required, the nationals of any Member State of the European Community are treated equally as nationals of the Republic of Slovenia.

**Note belge du 20 mai 2005
(CA.SS.TM. 194/05)**

En réponse à l'invitation de la Présidence luxembourgeoise lors du séminaire à Mondorf-les-Bains en mars dernier, la présente note décrit les dispositions législatives belges de reconnaissance des périodes d'éducation des enfants dans le domaine des pensions.

Les dispositions législatives qui s'appliquent dans ce domaine, appartiennent soit au régime général des pensions pour les travailleurs salariés, soit au régime spécial des pensions pour les fonctionnaires.

Régime général des pensions pour les travailleurs salariés

Dans ce régime, la prise en considération spécifique des périodes d'éducation des enfants proprement dite, pour le calcul de la pension de travailleur salarié, n'est pas très développée.

La prise en considération de ces périodes s'effectue de la manière suivante:

1. Ouverture du droit à la pension anticipée

La législation prévoit la prise en considération pour **l'ouverture du droit** à la pension anticipée, d'une période limitée pendant laquelle l'intéressé a complètement interrompu sa carrière professionnelle pour élever un enfant (article 4, paragraphe 2, alinéa 3 de l'Arrêté royal du 23 décembre 1996 portant exécution des articles 15 et 16 et 18 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux de pension).

Plusieurs conditions doivent être remplies:

- a) La période d'interruption de carrière ne peut pas dépasser 36 mois;
- b) L'enfant doit être âgé de moins de 6 ans;
- c) L'intéressé ne peut bénéficier d'aucune forme quelconque d'assimilation de cette période pour le calcul de la pension;
- d) L'intéressé, son conjoint ou la personne de l'autre sexe avec qui il forme un ménage doit prétendre aux allocations familiales;
- e) L'intéressé doit avoir repris une activité professionnelle avant la fin de la 5ème année civile qui suit celle de l'interruption;
- f) L'activité doit être exercée pendant au moins 1 an.

2. Assimilation à de l'activité pour le calcul de la pension

- a) La loi du 10 août 2001 relative au crédit-temps permet au travailleur, **quelque soit ses motivations**, de réduire ou d'interrompre sa carrière pendant un temps limité sous certaines conditions (Article 34 de l'arrêté royal du 21 décembre 1967, § 1er , Nbis). Un de ces motifs peut donc être **l'éducation des enfants** mais l'assimilation gratuite à une période d'assurance pension, se limite à 12 mois, en cas d'interruption complète.

Le secteur d'activité ou l'entreprise peut prolonger le crédit-temps complet jusqu'à 60 mois maximum et dans ce cas, seuls les 36 premiers mois sont assimilés gratuitement.

- b) La loi prévoit également un **congé parental** dont la durée n'est pas déduite de la durée de 60 mois de crédit-temps et qui est également assimilé à de l'activité (Arrêté royal du 29 octobre 1997). Ce congé d'une durée de 3 mois est destiné à prendre soin de son enfant.

Le régime spécial des pensions pour les fonctionnaires

Il convient tout d'abord de faire remarquer que dans le secteur public, la prise en compte en matière de pensions (tant pour l'ouverture du droit que pour le calcul) des périodes pendant lesquelles un agent s'est absenté (soit à temps plein, soit à temps partiel) n'est pas liée au paiement de cotisations mais au fait que la législation prévoit la prise en compte de certaines positions administratives dans lesquelles un agent est placé, positions administratives qui le plus souvent sont assimilées à l'activité de service. Il s'agit donc de manière très schématique d'une sorte de "fiction" qui consiste à considérer que l'agent a continué à exercer son activité. Cette assimilation à de l'activité de services a toutefois des limites: la prise en compte des périodes assimilées est limitée à un certain pourcentage (20% en règle générale) de la durée des services et périodes de prestations réelles durant la carrière de l'intéressé. Toutefois, certaines absences échappent à cette limitation: le congé parental (1, a) ci-dessous) et l'interruption de carrière pour congé parental (2, b) ci-dessous).

Exception est faite au principe énoncé ci-dessus en matière d'interruption de carrière où la prise en compte en matière de pension est liée au paiement de cotisations. Toutefois, comme indiqué ci-dessous, certaines périodes d'interruption de carrière sont validées gratuitement.

Cette remarque étant faite, en dehors du congé de maternité (article 24 à 33ter de l'arrêté royal du 19 novembre 1998 relatif aux congés et absences accordées aux membres du personnel des administrations de l'Etat), deux types d'absences liées à l'éducation des enfants sont prises en compte en matière de pension.

1. Congés non rémunérés assimilés à l'activité de service

- a) Congé parental

(trois mois maximum par naissance)

Après une naissance, une adoption ou un placement dans une famille d'accueil

(Articles 33 à 35 de l'Arrêté royal du 19 novembre 1998).

- b) Congé d'accueil pour adoption

Il est de quatre ou de six semaines suivant l'âge de l'enfant (articles 36 et 37).

c) Congé pour motifs impérieux d'ordre familial (articles 38 à 40)

Sont assimilés quinze jours ouvrables par an.

Ce congé peut être octroyé pour d'autres circonstances familiales que l'éducation des enfants)

2. L'interruption de carrière

Cette interruption peut être partielle ou totale.

Elle est prise en compte en matière de pension sur la base de l'article 2 de l'arrêté royal du 14 août 1986 relatif à l'incidence de certaines positions administratives sur les pensions des agents des services publics.

a) L'interruption de carrière normale

Elle peut être prise en considération pour l'ouverture du droit et le calcul de la pension pour soixante mois au maximum.

Les douze premiers mois sont validés sans versement de cotisations.

En principe, les mois suivants nécessitent, pour être pris en compte, le versement d'une cotisation de 7,5% du traitement dont l'agent aurait bénéficié s'il était resté en service.

L'interruption de carrière normale n'est pas spécifiquement réservée aux personnes confrontées aux problèmes d'éducation d'enfants. Toutefois, s'il s'agit d'un agent qui perçoit ou dont le conjoint habitant sous le même toit perçoit des allocations familiales pour un enfant de moins de six ans, le versement des cotisations n'est pas requis pendant une période de vingt-quatre mois, postérieure aux douze premiers mois (gratuits dans tous les cas).

b) L'interruption de carrière pour congé parental

Ce type d'interruption de carrière est lié à la naissance ou à l'adoption d'un enfant. Elle est d'une durée de trois mois à temps plein ou de six mois à mi-temps.

Ce type d'interruption de carrière est plus favorable (notamment en ce qui concerne le montant de l'allocation) sur différents points, et, principalement, en matière de pension en raison du fait qu'il n'y a pas de limitation à la prise en compte en raison du dépassement d'un certain pourcentage du volume de la carrière (voir ci-dessus).

**Note from the United Kingdom of 23rd May 2005
(CA.SS.TM. 196/05)**

Summary of current UK position

The UK is of the opinion that we should look first to the provisions of Regulation 883/2004 as an appropriate foundation on which to build on for resolving the issue as discussed recently in Mondorf-les-Bains. Bearing in mind that the cornerstone of the new coordinating rules is "simplification" - we must continue in the same vein and refrain from introducing further layers of complexity in an already complex set of rules. Additionally, the UK concurs with the view expressed by the Luxemburg Presidency in CA.SS.TM. 158/05 that "it was generally agreed not to apply the coordination rules which relate specifically to family benefits".

UK Provisions

There are two types of protection for child care responsibilities in the UK system reflecting the two sides of UK State Pension provision.

In the UK general pension provision falls into two categories

basic State Pension which is based on the qualifying years throughout a person's working life and

additional State Pension based on a person's earnings since 1978.

Home Responsibilities Protection - affects the basic State Pension

This scheme is known as Home Responsibilities Protection (HRP) and has been available for complete tax years since 1978, to assist those persons who had been precluded from working because of caring responsibilities, to maintain their entitlement to basic State Pension.

In this area the United Kingdom does not recognize periods of child-raising as periods of insurance. They are taken into account in order to reduce the number of years needed to qualify for a State Pension. HRP is available for complete tax years throughout which a person has been awarded Child Benefit for a child under 16 or is a registered foster carer.

The amount of basic State Pension a person is entitled to is determined by the number of qualifying years (years covered by National Insurance contributions either paid or treated as paid or credited) built up during his working life. In order to receive a full basic State Pension, a person would normally need to be covered by qualifying years for 9/10ths of his working life. The working life is currently 49 years for men and 44 for women.

HRP reduces the number of qualifying years needed for a full basic State Pension but cannot reduce that number below 20. The provisions apply equally to men and women. The current maximum number of HRP years is 24 for men and 19 for women. This will change to 22 for men from 2010 and will

gradually increase for women during a transitional period until they too reach a maximum of 22 years.

To summarize - when State Pension age is fully equalized in 2020 after the transitional period, both men and women will need 44 qualifying years for a full pension and HRP will cover a maximum of 22 years.

HRP is considered in all cases where the UK is competent for family benefits. We do, therefore, award HRP to take account of periods abroad for which the UK is competent to pay Child Benefit.

Example of how HRP works

(This assumes the normal working life of 49 years for a man).

Number of years in working life	49
Number of years required for 100% State Pension	44
Number of years of HRP	15
Number of years required for 100% pension after taking HRP into account	29
Number of qualifying years (i.e. years of work)	20
Percentage state pension entitlement would be 69% (20/29)	
If there were no HRP years the result would be 46% (20/44)	

State Second Pension

From 6 April 2002, the State Earnings Related Pension Scheme (SERPS) was amended to provide an improved additional State Pension for low and moderate earners, and to include certain carers. It is now known as the State Second Pension.

Qualifying conditions

State Second Pension is based upon earnings on which standard rate class 1 national insurance contributions are paid or are treated as being paid.

Earners

Those persons earning at or above the annual National Insurance lower earnings limit (£4,264 in 2005/6) but below the new Low Earnings Threshold (£12,100 in 2005/6) will be treated as if they earned £12,100.

Non-earners

Carers will be treated as if they had earnings at the LET for each complete tax year in which they do no work, or earn less than the annual lower earnings limit if they are looking after a child under age six and are the main payee for Child benefit for that child and qualify for HRP.

**Note from the Netherlands of 30 May 2005
(CA.SS.TM. 201/05)**

The current Netherlands' legislation

All persons residing in the Netherlands are required by law to be insured under the General Old age pensions Act. All persons, who work in the Netherlands and, consequently, pay income tax, are also insured under this Act. A person is entitled to an old age pension when he reaches the age of 65. The old age pension is a flat-rate pension.

Conditions

Netherlands' old-age pension is calculated according to the number of years of residence in the Netherlands. A person not continuously insured between the ages of 15 and 65 will not receive the full pension. A 2% reduction is made on the full pension for each year of non-insurance.

E.g. 20 years of residence in the Netherlands will amount to 40% of a full Netherlands' old age pension.

This scheme implies that periods of child- raising are not relevant for the entitlement to an old-age pension.

Child raising periods

For determining the entitlement of unemployment benefit (salary related benefit), periods of raising a child can be taken into consideration. Periods of raising a child in another Member State are taken into account as if they are completed in the Netherlands.

**Liechtensteinische Aufzeichnung vom 1. Juni 2005
(CA.SS.TM 202/05)**

Anlässlich der 297. Sitzung der Verwaltungskommission vom 25. und 26. Mai 2005 wurden jene Staaten, die zum Thema Kindererziehungszeiten für die Zwecke der Rentenberechnung noch keine Erklärung abgegeben haben, dazu eingeladen, eine entsprechende Aufzeichnung einzureichen. Liechtenstein schildert nachstehend die nationale Rechtslage.

In Liechtenstein basiert die obligatorische Vorsorge gegen die Risiken Invalidität, Alter und Tod auf zwei Säulen. Im Rahmen der 1. Säule (allgemeine, obligatorische Volksversicherung als Basisversicherung) werden alle in Liechtenstein erwerbstätigen Personen (Arbeitnehmer, Selbständige, Beamte usw.) und alle in Liechtenstein wohnhaften nichterwerbstätigen Personen erfasst. Diese 1. Säule wird ergänzt durch die obligatorische betriebliche Personalvorsorge für Arbeitnehmer und Beamte (2. Säule). Eine zusätzliche Vorsorge ist freiwillig und bleibt dem Einzelnen bzw. den Sozialpartnern überlassen.

Kindererziehungszeiten werden bei der Rentenberechnung nur in der 1. Säule (allgemeine Volksversicherung) berücksichtigt.

Wer die Erwerbstätigkeit zufolge Kindererziehung aufgibt, bleibt bei Wohnsitz in Liechtenstein wie alle übrigen nichterwerbstätigen Personen weiterhin obligatorisch versichert und hat entsprechend Beiträge zu entrichten (in aller Regel ist dies der jährliche Mindestbeitrag von CHF 340.20, wobei hierin auch der Beitrag an die Familienausgleichskasse enthalten ist). Diese Beiträge werden bei der Rentenberechnung in so genannte Einkommengutschriften umgerechnet (als Beispiel: die Entrichtung des jährlichen Mindestbeitrages führt zu einer Einkommengutschrift in Höhe von derzeit CHF 3'000.- für ein Kalenderjahr). Diese Einkommengutschrift wird genau gleich wie ein Erwerbseinkommen bei der Rentenberechnung berücksichtigt.

Wer die Erwerbstätigkeit während der Kindererziehung weiter führt, hat keine zusätzlichen Beiträge zu entrichten. Es werden die üblichen Beiträge auf dem Erwerbseinkommen erhoben und dieses Erwerbseinkommen wird nach den üblichen Regelungen bei der Rentenberechnung berücksichtigt.

Bei der Rentenberechnung besteht zusätzlich Anspruch auf so genannte Erziehungsgutschriften. Diese Erziehungsgutschriften werden beitragsfrei wie ein hypothetisches Erwerbseinkommen (zusätzlich zum tatsächlichen Erwerbseinkommen bei ehemals erwerbstätigen Personen oder zusätzlich zur Einkommengutschrift bei nichterwerbstätigen Personen) bei der Rentenberechnung berücksichtigt. Der Anspruch auf Anrechnung von Erziehungsgutschriften besteht für jene Kalenderjahre bzw. Kalendermonate, während denen die versicherte Person Beiträge bezahlt und gleichzeitig die elterliche Obsorge über eines oder mehrere Kinder unter 16 Jahren hatte. Die Höhe der Erziehungsgutschrift hängt vom Kalenderjahr der Erziehung ab. Für

2004 bspw. belief sich die jährliche Erziehungsgutschrift auf CHF 50'400.-; für 2005 bspw. beläuft sich die jährliche Erziehungsgutschrift für die Erziehung desselben Kindes auf CHF 51'600.- (der Betrag der Erziehungsgutschrift entspricht dem 48-fachen der Mindestrente des betreffenden Kalenderjahres). Wer gleichzeitig zwei oder mehr Kinder unter 16 Jahren hat, erhält für das betreffende Kalenderjahr nur eine Erziehungsgutschrift. Wer also nur ein Kind hatte, dem werden 16 Jahre lang Erziehungsgutschriften angerechnet; wer bspw. 2 Kinder im Abstand von 3 Jahren hatte, dem werden während 19 Jahren Erziehungsgutschriften angerechnet.

Wenn im betreffenden Kalenderjahr nur eine versicherte Person die elterliche Obsorge über das Kind hatte (bspw. nach einer Scheidung), so bleibt die Erziehungsgutschrift für dieses Kalenderjahr ungeteilt diesem Elternteil erhalten. Wenn jedoch im betreffenden Kalenderjahr zwei versicherte Personen die elterliche Obsorge über das Kind hatten (bspw. verheiratete Personen während der Dauer der Ehe), wird diese Erziehungsgutschrift bei der Rentenberechnung letztlich hälftig aufgeteilt (genau wie Erwerbseinkommen bei verheirateten Personen, so genanntes "Splitting").

**Note from Sweden of 8th June 2005
(CA.SS.TM 205/05)**

Swedish Legislation

As the Swedish Guarantee Pension is given according to residence in Sweden, a person with low earnings related pension or none at all could be entitled to a Guarantee Pension. The Guarantee Pension is individual; a full pension will be given to an individual who has been resident in Sweden for a minimum of 40 years. If the person has resided in Sweden for a shorter period the pension will be reduced with 1/40 for each year less than 40 years of residency. Under this Pension scheme there is no need for special child rearing periods.

However under Swedish pension legislation future entitlements to earnings related pension are not only linked to earnings but also to other forms of income such as social insurance benefits, for example parental cash benefit. Pension entitlements are also awarded for child rearing over and above entitlements earned from pension accruing income. These additional child rearing entitlements are a personal benefit that is awarded to one of the child's parents for the first four years of the child's life.

In order to qualify for additional child rearing pension entitlements a minimum of five working years with a pension accruing income before retirement or the age of 65 is mandatory.

Applying the Regulation 1408/71 a minimum requirement is that one of these years be completed in Sweden with a minimum annual income of 2 income base amounts²⁾. Child rearing entitlements are then awarded in proportion to the number of years in Sweden.

2) *The income base amount is adjusted each year with reference to the change in the income index, i.e. average income growth. The income base amount for 2005 is 43 300 Swedish kronor.*

Conclusions de la Présidence luxembourgeoise

A. La problématique

L'objectif du séminaire de Mondorf-les-Bains le 18 mars 2005 a été de traiter de la problématique de la prise en compte des périodes d'éducation des enfants au niveau des pensions de vieillesse.

L'on sait que la détermination des conditions d'attribution et de la quotité de ces validations de période d'assurance est du ressort de la législation nationale. Actuellement il n'existe pas de règles communautaires destinées à encadrer ces règles. L'analyse de la législation nationale des pays concernés montre que ces "*périodes d'assurance symbolique*" sont des plus diverses et s'avèrent complexes.

Schématiquement ces prestations peuvent être regroupées en trois catégories:

- la lacune dans la carrière d'assurance pension des parents peut être compensée par le paiement de cotisations, à charge de l'Etat ou d'une autre instance;
- parfois l'éducation des enfants est reconnue moyennant attribution de périodes qui sont qualifiées selon les circonstances comme gratuites, assimilées ou validées;
- souvent le travail éducatif est reconnu par l'octroi de prestations liées à la résidence, qui s'apparentent à des prestations familiales, mais qui ont des répercussions directes ou indirectes sur la détermination ultérieure des droits à pension.
- il est également possible que la personne qui s'occupe de l'éducation de son enfant obtienne du seul fait de sa résidence sur le territoire d'un Etat membre et en fonction du caractère universel des législations locales, soit la prise en compte de cette période de résidence (sans référence à la garde d'enfant) pour l'obtention à terme d'une pension basée sur la seule résidence dans cet Etat, soit l'attribution de prestations familiales dont la perception se traduit ensuite par la validation de périodes d'assurance ou de périodes assimilées.

De plus, au sein même de la législation d'un Etat plusieurs types de formes de reconnaissance, d'application alternative ou cumulative peuvent, selon les circonstances et les situations coexister.

Les dénominateurs communs de ces mécanismes sont les suivants. Ils permettent d'abord d'améliorer la situation du bénéficiaire lors du calcul de la pension de vieillesse. Seconde caractéristique: l'effet de ces mesures n'est pas immédiat, il s'agit en quelque sorte d'un crédit, qui sera plus ou moins utilisé, au moment de la liquidation de la pension. En d'autres termes, ces mesures ont un effet différé sur le montant de la pension, souvent bien après la période effective de l'éducation des enfants.

La question qui se pose est de savoir comment garantir qu'indépendamment des différences nationales la validation des périodes consacrées à

l'éducation de l'enfant dans les États membres concernés puisse s'effectuer aux mêmes termes et conditions?

Il n'y a pas de réponse explicite dans le règlement 1408/71; mais elle soulève des problèmes particuliers du fait des caractéristiques propres de ces prestations.

Les difficultés proviennent notamment du fait que les jurisprudences Kauer et Elsen ne couvrent pas toutes les hypothèses possibles de reconnaissance de périodes d'éducation. Par ailleurs les critères de "lien étroit" ou de "lien suffisant" utilisés pour désigner une loi applicable sont à la fois imprécis et se sont quelque peu éloignés de la stricte application des principes guidant le choix d'une loi unique et exclusive de la législation nationale. Les critères de rattachement retenus notamment dans la jurisprudence Kauer pour caractériser le lien étroit par lequel l'intéressée était soumise au moment de la naissance de l'enfant à une certaine législation, semblent peu productifs. Par ailleurs la question du moment où le "lien étroit" (ou suffisant) doit exister se pose aussi. L'articulation avec le principe d'égalité de traitement qui s'attache, pour tout le champ matériel du traité, à la qualité de citoyen de l'Union européenne des intéressés (12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff. C-85/96) n'est de même pas nécessairement limpide. Enfin, la Cour ne précise pas dans ses arrêts de quelle branche de la sécurité sociale relèvent les "validations de périodes de pension" du fait de l'éducation d'enfants.

B. La discussion

Un consensus sur la nécessité de discuter de cette question comme d'un vrai problème a été dégagé et même les pays qui ne connaissent pas expressément de tels mécanismes dans leurs législations nationales ont été d'accord pour approfondir plus la problématique.

Il a également été obtenu un large accord sur la nécessité d'avoir des règles de coordination qui soient claires et pratiques et qui évitent d'entraver de façon injustifiée et non proportionnée la libre circulation des personnes, selon le précepte jurisprudentiel maintes fois rappelé: "*s'il est constant que le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale et que, en l'absence d'une harmonisation au niveau communautaire, il appartient à la législation de chaque Etat membre de déterminer les conditions d'octroi des prestations en matière de sécurité sociale, il demeure toutefois que, dans l'exercice de cette compétence, les Etats membres doivent respecter le droit communautaire*" (CJCE 23 octobre 2003, *Inizan*, aff. C-56/01).

Mais la question de la nécessité de l'élaboration d'une règle spécifique ou du maintien des règles de coordination déjà existantes ne semble pas définitivement tranchée. Plusieurs thèses ont été exposées les unes évoquant la possibilité de retenir les règles de coordination du titre III chapitre 7 sur les prestations familiales, les autres défendant l'idée de l'inutilité de règles spécifiques de coordination là où les règles déjà existantes de coordination suffisent.

Une application stricte du critère de liens étroits et/ou suffisants a été proposée et a reçu un large appui. En tout état de cause un paragraphe ou un article sur la validation de telles périodes se déroulant dans un autre Etat devrait reprendre la condition d'un lien étroit et suffisant avec la législation applicable auparavant, avec notamment le critère de naissance parmi d'autres critères possibles.

Il semble possible de considérer qu'il y a eu un consensus pour ne pas appliquer les règles de coordination propres aux prestations familiales.

Les débats semblent toutefois dégager un consensus pour réfléchir à l'intégration d'une règle de conflit dans l'article 5 du nouveau règlement sur le nouveau principe d'assimilation des faits et les périodes dites "symboliques".

Une telle solution tiendrait explicitement compte de l'exigence formulée dans l'arrêt Vougioukas (Arrêt du 22.11.1995, C-443/93, Rec.p.I-4033) par lequel la Cour a retenu le principe que les institutions de sécurité sociale sont, sous certaines conditions et indépendamment de la règle de totalisation, obligées de tenir compte des faits accomplis dans un autre Etat membre pour ne pas discriminer le migrant par rapport au sédentaire.

