DÓMUR DÓMSTÓLSINS

29. júlí 2022*

(*6. og 21. gr. reglugerðar (EB) nr. 883/2004 – Almannatryggingar – Farandlaunþegi – Jöfn meðferð – Útreikningur fæðingarorlofsgreiðslna*)

Mál E-5/21,

BEIÐNI, samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, frá Héraðsdómi Reykjavíkur, í máli sem þar er til meðferðar

Anna Bryndís Einarsdóttir

gegn

ríkissjóði Íslands,

um túlkun á reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 883/2004 frá 29. apríl 2004 um samræmingu almannatryggingakerfa, einkum 6. og 21. gr. hennar,

DÓMSTÓLLINN,

skipaður dómurunum Páli Hreinssyni, forseta, Per Christiansen, framsögumanni, og Bernd Hammermann.

Dómritari: Ólafur Jóhannes Einarsson,

hefur, með tilliti til skriflegra greinargerða frá:

– Önnu Bryndísi Einarsdóttur („stefnandi“), í fyrirsvari er Hulda Rós Rúriksdóttir, lögmaður,

– ríkisstjórn Íslands, í fyrirsvari sem umboðsmaður er Guðrún Sesselja Arnardóttir, lögmaður,

– ríkisstjórn Tékklands, í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Martin Smolek og Jiří Vláčil,

* Beiðni um ráðgefandi álit á íslensku.

– Eftirlitsstofnun EFTA („ESA“), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Ewa Gromnicka, Ingibjörg Ólöf Vilhjálmsdóttir, Claire Simpson og Melpo-Menie Joséphidès,

– framkvæmdastjórn Evrópusambandsins („framkvæmdastjórnin“), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Denis Martin og Nicola Yerrell,

með tilliti til skýrslu framsögumanns,

og munnlegs málflutnings fulltrúa Önnu Bryndísar Einarsdóttur, Huldu Rósar Rúriksdóttur, fulltrúa íslenska ríkisins, Guðrúnar Sesselju Arnardóttur, fulltrúa ESA, Ingibjargar Ólafar Vilhjálmsdóttur og fulltrúa framkvæmdastjórnarinnar, Nicola Yerrell, sem fram fór á fjarþinghaldi 27. apríl 2022,

kveðið upp svofelldan

dóm

I Löggjöf

EES-réttur

1 Í 1. mgr. 28. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið („EES-samningurinn“ eða „EES“) segir:

> *Frelsi launþega til flutninga skal vera tryggt í aðildarríkjum EB og EFTA-ríkjum.*

2 Í 29. gr. EES-samningsins segir:

> *Til að veita launþegum og sjálfstætt starfandi einstaklingum frelsi til flutninga skulu samningsaðilar á sviði almannatrygginga, í samræmi við VI. viðauka, einkum tryggja launþegum og sjálfstætt starfandi einstaklingum og þeim sem þeir framfæra að:*
>
> *a. lögð verði saman öll tímabil sem taka ber til greina samkvæmt lögum hinna ýmsu landa til að öðlast og viðhalda bótarétti, svo og reikna fjárhæð bóta;*
>
> *b. bætur séu greiddar fólki sem er búsett á yfirráðasvæðum samningsaðila.*

3 Reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 883/2004 frá 29. apríl 2004 um samræmingu almannatryggingakerfa (Stjtíð. ESB 2004 L 166, bls. 1), ásamt leiðréttingum í Stjtíð. ESB 2004 L 200, bls. 1 og Stjtíð. ESB 2007 L 204, bls. 30 („reglugerðin“) var tekin upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 76/2011 frá 1. júlí 2011 (Stjtíð. ESB 2011 L 262, bls. 33 og EES-

viðbætir 2011 nr. 54, bls. 46) og er vísað til hennar í 1. lið viðauka VI (félagslegt öryggi) við EES-samninginn. Ísland og Liechtenstein tilkynntu um stjórnskipulega fyrirvara. Fyrirvörunum var aflétt 31. maí 2012 og ákvörðunin tók gildi 1. júní 2012.

4 Í 9. lið formálsorða reglugerðarinnar segir:

> *Dómstóllinn hefur nokkrum sinnum sent frá sér álit um möguleikann á jafnri meðferð að því er varðar bætur, tekjur og aðstæður. Þessa meginreglu skal fastsetja og þróa í samræmi við efni og anda dómsúrskurða.*

5 Í 5. gr. reglugerðarinnar, sem ber yfirskriftina „Jafnræði við málsmeðferð að því er varðar bætur, tekjur, aðstæður eða atburði“ segir:

> *Ef ekki er kveðið á um annað í þessari reglugerð og í ljósi sérstakra framkvæmdarákvæða, sem mælt er fyrir um, gildir eftirfarandi:*
>
> *a) ef almannatryggingabætur og aðrar tekjur hafa tiltekin réttaráhrif samkvæmt löggjöf í lögbæru aðildarríki skulu viðeigandi ákvæði þeirrar löggjafar einnig gilda um jafngildar bætur sem fást samkvæmt löggjöf annars aðildarríkis eða um tekjur sem aflað er í öðru aðildarríki,*
>
> *b) ef rekja má, samkvæmt löggjöf lögbærs aðildarríkis, réttaráhrif til tiltekinna aðstæðna eða atburða skal það aðildarríki hafa hliðsjón af svipuðum aðstæðum eða atburðum, sem verða í einhverju öðru aðildarríki, eins og orðið hafi á yfirráðasvæði þess sjálfs.*

6 Í 6. gr. reglugerðarinnar, sem ber yfirskriftina „Söfnun tímabila“ segir:

> *Ef ekki er kveðið á um annað í þessari reglugerð skal þar til bær stofnun aðildarríkis, þar sem í löggjöf er kveðið á um:*
>
> - *að það að öðlast rétt til bóta, halda bótarétti, lengd bótatímabils eða endurheimt bótaréttar,*
> - *að gildissvið löggjafar, eða*
> - *að aðgangur að eða undanþága frá skyldutryggingu, frjálsum viðvarandi tryggingum eða frjálsum tryggingum,*
>
> *sé bundið því skilyrði að tryggingatímabilum, starfstímabilum launþega eða sjálfstætt starfandi einstaklings eða búsetutímabilum sé lokið, taka tillit til, að því marki sem nauðsynlegt er, tryggingatímabila, starfstímabila launþega eða sjálfstætt starfandi einstaklings eða búsetutímabila, sem er lokið samkvæmt löggjöf annars aðildarríkis, eins og þeim hafi verið lokið samkvæmt þeirri löggjöf sem það sjálft beitir.*

7 Í 21. gr. reglugerðarinnar, sem ber yfirskriftina „Bætur í peningum“ segir:

> *1. Tryggður einstaklingur og aðstandendur hans, sem búa eða dvelja í öðru aðildarríki en lögbæru aðildarríki, skulu hafa rétt til bóta í peningum sem þar til bæru stofnuninni ber að greiða í samræmi við löggjöfina sem hún starfar eftir. Hafi þar til bæra stofnunin og stofnun á búsetu- eða dvalarstað komist að samkomulagi um það getur stofnun á búsetu- eða dvalarstað þó greitt slíkar bætur á kostnað þar til bæru stofnunarinnar í samræmi við löggjöf lögbæra aðildarríkisins.*
>
> *2. Í aðildarríki, þar sem gert er ráð fyrir því í löggjöfinni að bætur í peningum séu reiknaðar út eftir meðaltekjum eða á grundvelli meðaliðgjalda, skal þar til bær stofnun eingöngu ákvarða meðaltekjur eða grundvöll meðaliðgjalda með hliðsjón af tekjum sem greiddar voru eða þeim iðgjaldagrundvelli sem beitt er á þeim tímabilum sem hlutaðeigandi hefur lokið samkvæmt fyrrgreindri löggjöf.*
>
> *3. Í aðildarríki þar sem gert er ráð fyrir því í löggjöfinni að bætur í peningum séu reiknaðar út eftir viðmiðunartekjum skal þar til bær stofnun eingöngu taka til greina viðmiðunartekjur eða, eftir því sem við á, meðaltal viðmiðunartekna á þeim tímabilum sem hlutaðeigandi hefur lokið samkvæmt fyrrgreindri löggjöf.*
>
> *4. Ákvæði 2. og 3. mgr. gilda einnig, að breyttu breytanda, í þeim tilvikum þegar mælt er fyrir um sérstakt viðmiðunartímabil í löggjöf, sem þar til bær stofnun starfar eftir, sem í umræddum tilvikum samsvara, að hluta til eða í heild, tímabili sem hlutaðeigandi einstaklingur hefur lokið í samræmi við löggjöf annars aðildarríkis, eins eða fleiri.*

Landsréttur

8 Í lögum um fæðingar- og foreldraorlof nr. 95/2000 er kveðið á um skilyrði fyrir réttinum til greiðslu fæðingar- eða foreldraorlofs og útreikning þess. Í 4. gr. laganna segir að fæðingarorlofssjóður skuli annast greiðslur til foreldra „sem réttinda njóta til greiðslu í fæðingarorlofi skv. 13. gr.“.

9 13. gr. laganna um fæðingar- og foreldraorlof ber yfirskriftina „Réttur foreldra til greiðslna úr Fæðingarorlofssjóði“. Í 1. mgr. 13 gr. segir nánar varðandi tímabilið sem foreldrar öðlast réttindin:

> *Foreldri [...] öðlast rétt til greiðslna úr Fæðingarorlofssjóði eftir að hafa verið samfellt í sex mánuði á innlendum vinnumarkaði fyrir fæðingardag barns [...] Þegar foreldri hefur töku fæðingarorlofs fyrir fæðingardag barns [...] skal þó miða við þann dag er foreldrið hefur fæðingarorlof að því er það foreldri varðar.*

10 Í 2. mgr. 13. gr. laganna um fæðingar- og foreldraorlof er kveðið á um að greiðslur úr Fæðingarorlofssjóði skuli miða út frá tiltekinni prósentu af meðaltali heildarlauna á innlendum vinnumarkaði yfir viðmiðunartímabilið. Þar segir m.a.:

> *Mánaðarleg greiðsla Fæðingarorlofssjóðs til starfsmanns [...] í fæðingarorlofi skal nema 80% af meðaltali heildarlauna [...]og skal miða við tólf mánaða samfellt tímabil sem lýkur sex mánuðum fyrir [fæðingarmánuð barns] [...] Til launa teljast hvers konar laun og aðrar þóknanir samkvæmt lögum um tryggingagjald [...] Einungis skal miða við meðaltal heildarlauna fyrir þá mánuði á viðmiðunartímabili sem foreldri hefur verið á innlendum vinnumarkaði, sbr. einnig 2. mgr. 13. gr. a, án tillits til þess hvort laun skv. 2. málsl. eða reiknað endurgjald skv. 5. mgr. hafi komið til. Aldrei skal þó miða við færri mánuði en fjóra við útreikning á meðaltali heildarlauna.*

11 Í 4. mgr. 13. gr. laganna um fæðingar- og foreldraorlof er gert ráð fyrir aðstæðum þar sem starfsmaður hefur uppfyllt skilyrði til greiðslna, en hefur ekki starfað á innlendum vinnumarkaði á viðmiðunartímabilinu. Þar segir:

> *Þegar starfsmaður uppfyllir skilyrði 1. mgr. en hefur ekki starfað á innlendum vinnumarkaði á viðmiðunartímabili skv. 2. mgr. skal hann öðlast rétt til lágmarksgreiðslna skv. [7. mgr.].*

12 Í 7. mgr. 13. gr. laganna um fæðingar- og foreldraorlof er kveðið á um að lágmarksgreiðsla til foreldris í 50-100% starfi skuli ekki vera lægri en sem nemur tilteknu lágmarki.

13 Í 12. mgr. 13. gr. laganna um fæðingar- og foreldraorlof er fjallað um þá stöðu þegar foreldri hefur ekki starfað á innlendum vinnumarkaði allt sex mánaða ávinnslutímabilið og þar segir m.a.:

> *Þegar foreldri hefur starfað á innlendum vinnumarkaði a.m.k. síðasta mánuðinn á ávinnslutímabili skv. 1. mgr. skal Vinnumálastofnun, að því marki sem nauðsynlegt er, taka tillit til starfstímabila þess sem starfsmanns eða sjálfstætt starfandi einstaklings í öðru aðildarríki að samningnum um Evrópska efnahagssvæðið [...] á ávinnslutímabilinu enda hafi störf foreldris veitt foreldrinu rétt samkvæmt lögum þess ríkis um fæðingarorlof. Hafi foreldri hins vegar starfað á innlendum vinnumarkaði skemur en síðasta mánuðinn á ávinnslutímabili skv. 1. mgr. skal Vinnumálastofnun meta hvort viðkomandi foreldri teljist hafa starfað á innlendum vinnumarkaði í skilningi laganna þannig að taka skuli, að því marki sem nauðsynlegt er, tillit til starfstímabila foreldris sem starfsmanns eða sjálfstætt starfandi einstaklings í öðru aðildarríki að samningnum um Evrópska efnahagssvæðið [...] á ávinnslutímabilinu enda hafi störf foreldris veitt foreldrinu rétt samkvæmt lögum þess ríkis um fæðingarorlof. Skilyrði er að foreldri hafi hafið störf á innlendum vinnumarkaði innan tíu virkra daga frá því að það hætti störfum á vinnumarkaði í öðru ríki innan Evrópska efnahagssvæðisins [...] Foreldri skal láta tilskilin vottorð um áunnin starfstímabil og tryggingatímabil í öðru ríki í samræmi við ákvæði samninganna fylgja með umsókn um greiðslur úr Fæðingarorlofssjóði skv. 15. gr.*

14 Í 3. og 4. mgr. 15. gr. laganna um fæðingar- og foreldraorlof segir m.a.:

Útreikningur á greiðslum til foreldris í fæðingarorlofi skal byggjast á upplýsingum sem Vinnumálastofnun aflar um tekjur foreldra úr skattframtölum, staðgreiðsluskrá og tryggingagjaldsskrá skattyfirvalda. Vinnumálastofnun skal leita staðfestingar hjá skattyfirvöldum á því að upplýsingar úr staðgreiðsluskrá og tryggingagjaldsskrá hafi verið í samræmi við álagningu skattyfirvalda vegna viðmiðunartímabila skv. 2., 5. og 6. mgr. 13. gr. [...]

Skattyfirvöld skulu láta Vinnumálastofnun í té upplýsingar sem nauðsynlegar eru við framkvæmd laga þessara.

II Málavextir og meðferð málsins

15 Stefnandi stundaði framhaldsnám í læknisfræði í Danmörku og var þar í fullu starfi frá 1. september 2015. Hún flutti til Íslands 17. september 2019 og var þá barnshafandi. Eftir komuna til Íslands hóf hún störf við Landspítalann. Fyrsti dagur hennar í því starfi var 30. september 2019.

16 Hinn 15. janúar 2020, tilkynnti stefnandi vinnuveitanda sínum um tillögur að tilhögun fæðingarorlofs. Hinn 22. janúar 2020 lagði hún inn umsókn um greiðslur úr Fæðingarorlofssjóði. Umsókninni fylgdu launaseðlar frá Landspítalanum fyrir nóvember og desember 2019 auk staðfestingar frá Danmörku um búsetu hennar þar frá árinu 2015 og yfirlit þarlendra launagreiðslna. Hún fæddi barn 26. mars 2020.

17 Umsókn stefnanda var samþykkt með ákvörðun Fæðingarorlofssjóðs 3. mars 2020. Með þeirri ákvörðun var henni tilkynnt um greiðsluáætlunina, sem fól í sér mánaðarlega greiðslu að fjárhæð 184.119 krónur miðað við 100% fæðingarorlof. Fæðingarorlofssjóður hafði því ekki tekið tillit til tekna hennar í Danmörku við útreikning greiðslna. Það þýddi því að hún fengi aðeins lágmarksgreiðslu á fæðingarorlofstímanum. Stefnandi kærði ákvörðun Fæðingarorlofssjóðs til úrskurðarnefndar velferðarmála, sem staðfesti niðurstöðu Fæðingarorlofssjóðs með úrskurði 2. september 2020.

18 Samkvæmt beiðninni er óumdeilt að stefnandi hafi hafið störf á Íslandi 30. september 2019, innan við tíu dögum eftir að hún lét af störfum í Danmörku. Einnig er óumdeilt að hún hafi verið í fullu starfi í Danmörku fyrir flutninginn til Íslands og að störf hennar þar hafi veitt henni réttindi til fæðingarorlofs samkvæmt dönskum lögum. Af beiðninni má sömuleiðis ráða að hún hafi verið á launum allan þann tíma sem telst viðmiðunartímabil tekna samkvæmt 13. gr. fæðingarorlofslaga.

19 Hinn 25. janúar 2021 höfðaði stefnandi mál til að hnekkja úrskurði úrskurðarnefndar velferðarmála varðandi umsókn hennar um fæðingarorlofsgreiðslur. Hún heldur því fram að úrskurðurinn brjóti í bága við reglur EES-réttar sem Ísland hafi skuldbundið sig til að fara eftir. Ágreiningur aðila í málinu sem rekið er fyrir landsdómstólnum lýtur að því hvort taka beri mið af tekjum stefnanda í Danmörku við útreikning greiðslna úr Fæðingarorlofssjóði.

20 Að þessu virtu ákvað Héraðsdómur Reykjavíkur að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins. Beiðnin, sem dagsett er 8. desember 2021, var skráð í málaskrá dómstólsins 13. desember sama ár. Eftirfarandi spurningu var beint til EFTA-dómstólsins:

> *Áskilur 6. gr. reglugerðar EB nr. 883/2004 um samræmingu almannatryggingakerfa, sbr. einnig 3. tölulið 21. gr. reglugerðarinnar, að EES-ríki reikni, við útreikning á greiðslum vegna fæðingarorlofs, viðmiðunartekjur út frá heildarlaunum á vinnumarkaði á öllu Evrópska efnahagssvæðinu? Brýtur það í bága við framangreind ákvæði og meginreglur EES-samningsins, sbr. m.a. 29. gr., að einungis sé tekið tillit til heildarlauna á innlendum vinnumarkaði?*

21 Vísað er til skýrslu framsögumanns um frekari lýsingu löggjafar, málsatvika, meðferðar málsins og tillögur að svörum sem EFTA-dómstólnum bárust, sem verða ekki nefnd eða rakin nema að því leyti sem forsendur dómsins krefjast.

III Svar dómstólsins

22 Í fyrri hluta spurningarinnar spyr landsdómstóllinn hvort 6. gr. reglugerðarinnar, með hliðsjón af 3. mgr. 21. gr. hennar, áskilji að EES-ríki reikni viðmiðunartekjur út frá heildarlaunum á vinnumarkaði á öllu Evrópska efnahagssvæðinu við útreikning greiðslna vegna fæðingarorlofs. Í síðari hluta spurningarinnar spyr landsdómstóllinn hvort það brjóti í bága við 6. gr. reglugerðarinnar og meginreglur EES-samningsins að einungis sé tekið tillit til heildarlauna á innlendum vinnumarkaði. EFTA-dómstóllinn telur rétt að báðum hlutum spurningarinnar sé svarað saman.

23 Meginregluna um söfnun starfstímabila við mat á bótarétti í samræmi við a-lið 29. gr. EES-samningsins er að finna í 6. gr. reglugerðarinnar. Þeirri meginreglu er ætlað að tryggja að beiting réttarins til frjálsrar farar leiði ekki til þess að launþegar séu sviptir þeim hagsbótum almannatrygginga sem þeir hefðu notið ef þeir hefðu aðeins unnið í einu EES-ríki, Íslandi í þessu tilviki. Slík staða kynni að letja launþega innan EES til að nýta sér réttinn til frjálsrar farar og teldist því hindrun á þeim rétti (samanber dóm í *Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Warszawie,* C-866/19, EU:C:2021:865, 29. mgr. og dómaframkvæmd sem vitnað er til).

24 Efni 6. gr. reglugerðarinnar lýtur þó að bótarétti, en ekki útreikningi bóta. Samkvæmt beiðninni er óumdeilt að stefnandi uppfylli skilyrði um rétt til fæðingarorlofs samkvæmt íslenskri löggjöf. Spurning landsdómstólsins snýst um það hvort taka beri mið af tekjum í öðru EES-ríki við útreikning þeirra bóta sem stefnandi á rétt á.

25 Líkt og einnig er nefnt í 9. lið formálsorða reglugerðarinnar, er að finna í 5. gr. reglugerðarinnar meginregluna um jafna meðferð bóta, tekna og aðstæðna (samanber dóm í *Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Alsace-Moselle*, C-769/18, EU:C:2020:203, 42. mgr.). Í a-lið 5. gr. reglugerðarinnar er kveðið á um að þegar tekjur hafi tiltekin réttaráhrif samkvæmt löggjöf í lögbæru EES-ríki skulu viðeigandi ákvæði þeirrar löggjafar einnig gilda um tekjur sem aflað er í öðru EES-ríki (samanber dóm í

Bocero Torrico, C-398/18 og C-428/18, EU:C:2019:1050, 30. mgr.) 5. gr. á þó við ef ekki er kveðið á um annað í reglugerðinni. Sérstakar reglur um útreikning bóta í peningum er að finna í 2. til 4. mgr. 21. gr. reglugerðarinnar.

26 Spurning landsdómstólsins vísar sérstaklega til 3. mgr. 21. gr. reglugerðarinnar. ESA og framkvæmdastjórnin halda því hins vegar fram að 2. mgr. 21. gr. hafi þýðingu fyrir úrlausn þessa máls. EFTA-dómstóllinn bendir á að það sé landsdómstólsins að meta hvor þessara málsgreina eigi við um málið sem rekið er fyrir landsdómstólnum.

27 Í 2. mgr. 21. gr. reglugerðarinnar er kveðið á um að í EES-ríki, þar sem gert er ráð fyrir því í löggjöfinni að bætur í peningum séu reiknaðar út eftir meðaltekjum eða á grundvelli meðaliðgjalda, skuli þar til bær stofnun eingöngu ákvarða meðaltekjur eða grundvöll meðaliðgjalda með hliðsjón af tekjum sem greiddar voru eða þeim iðgjaldagrundvelli sem beitt er á þeim tímabilum sem hlutaðeigandi hefur lokið samkvæmt fyrrgreindri löggjöf. Samkvæmt 3. mgr. 21. gr. á hið sama við í tilvikum þar sem bætur í peningum eru reiknaðar út eftir viðmiðunartekjum.

28 Í 4. mgr. 21. gr. reglugerðarinnar segir að ákvæði 2. og 3. mgr. gildi einnig, að breyttu breytanda, í þeim tilvikum þegar mælt er fyrir um sérstakt viðmiðunartímabil í löggjöf, sem þar til bær stofnun starfar eftir, sem í umræddum tilvikum samsvara, að hluta til eða í heild, tímabili sem hlutaðeigandi einstaklingur hefur lokið í samræmi við löggjöf annars EES-ríkis, eins eða fleiri.

29 Óháð því hvort útreikningur bóta í peningum ákvarðist af 2. eða 3. mgr. 21. gr. reglugerðarinnar, er slíkur útreikningur tengdur við tekjur greiddar á innlendum vinnumarkaði (samanber dóm í *Bergström*, C-257/10, EU:C:2011:839, 49. mgr.). Útreikning bóta í peningum ber því ekki að miða við tekjur sem aflað er í öðrum EES-ríkjum.

30 Það samrýmist þó ekki 2. og 3. mgr. 21. gr. reglugerðarinnar að miða við engar tekjur vegna starfstímabils launþega í öðru EES-ríki. Markmið reglugerðarinnar er að samhæfa almannatryggingakerfi EES-ríkjanna svo tryggt sé að réttur fólks til frjálsrar farar sé virkur. Þar af leiðandi stefnir reglugerðin að því að koma í veg fyrir að launþegi sem hefur nýtt rétt sinn til frjálsrar farar og starfað í fleiri en einu EES-ríki, njóti lakari kjara en launþegi sem aðeins hefur starfað í einu EES-ríki, nema hlutlæg rök séu fyrir því. Réttur fólks til frjálsrar farar væri skertur ef ríkisborgari EES-ríkis væri verr settur í heimaríki sínu fyrir það eitt að hafa nýtt sér þann rétt (samanber dóm í *Bundesagentur für Arbeit*, C-29/19, EU:C:2020:36, 33. og 34. mgr. og dómaframkvæmd sem vitnað er til).

31 Túlka verður 21. gr. reglugerðarinnar með hliðsjón af 29. gr. EES-samningsins (sjá mál E-8/20 *Ákæruvaldið gegn N*, dómur frá 5. maí 2021, 46. mgr. og dómaframkvæmd sem vitnað er til). 29. gr. EES-samningsins miðar sérstaklega að því að komið sé í veg fyrir að farandlaunþegar missi rétt til almannatryggingabóta eða að fjárhæð slíkra bóta skerðist vegna þess að þeir hafi nýtt rétt sinn til frjálsrar farar (samanber dóm í *Bosmann*, C-352/06, EU:C:2008:290, 29. mgr). Reglugerðin var innleidd til að koma 29. gr. EES-samningins í framkvæmd og styðja við frjálsa för launþega.

32 Skyldan til að koma í veg fyrir að farandlaunþegar sem nýtt hafa rétt sinn til frjálsrar farar séu verr settir, þýðir þó ekki að 2. og 3. mgr. 21. gr. reglugerðarinnar, sem heimila ekki að tekið sé tillit til tekna sem aflað hefur verið í öðru EES-ríki við útreikning bóta í peningum, teljist andstæðar markmiðum 29. gr. EES-samningsins. Sú skylda felur aðeins í sér að bæturnar fyrir farandlaunþega skuli vera hinar sömu og þær hefðu verið ef viðkomandi hefði ekki neytt réttar síns til frjálsrar farar (samanber dóm í *Nemec*, C-205/05, EU:C:2006:705, 41. mgr.).

33 Þar af leiðandi er þess krafist samkvæmt 2. og 3. mgr. 21. gr. reglugerðarinnar, með hliðsjón af markmiðum 29. gr. EES-samningsins, að hin þar til bæra stofnun skuli reikna viðmiðunartekjur farandlaunþega, vegna starfstímabils í öðru EES-ríki, út frá áætluðum tekjum launþega í EES-ríki stofnunarinnar, sem er í sambærilegum aðstæðum og farandlaunþeginn og með sambærilega starfsreynslu og hæfi og farandlaunþeginn (samanber dóm í *Bergström*, sem vísað er til hér að framan, 52. mgr.).

34 Samkvæmt beiðninni, er útreikningur fæðingarorlofsgreiðslna í máli því sem hér er til umfjöllunar miðaður við tólf mánaða samfellt tímabil sem lýkur sex mánuðum fyrir fæðingarmánuð barns. Aldrei skal þó miða við færri en fjóra mánuði við útreikning á meðaltali heildarlauna. Sex mánaða tímabilið fyrir fæðingu á aðeins við um ávinnslu fæðingarorlofsréttar. Útreikningur fjárhæðar fæðingarorlofsgreiðslna er því aðskilinn frá mati á því hvort fæðingarorlofsréttur sé til staðar. Í máli því sem hér er til umfjöllunar hafði tekna stefnanda, á hinu tólf mánaða viðmiðunartímabili útreikningsins, verið aflað í Danmörku. Einu tekjurnar sem stefnandi hafði aflað á Íslandi féllu innan sex mánaða tímabilsins sem rétturinn til fæðingarorlofs miðast við. Útreikningsreglur íslenskra laga leiða til þess að stefnandi fengi aðeins lágmarksgreiðslu fæðingarorlofs, líkt og ef hún hefði verið án atvinnutekna á tólf mánaða viðmiðunartímabilinu.

35 Í aðstæðum líkt og þeim sem eru til staðar í málinu sem er til meðferðar hjá landsdómstólnum, er þess krafist, samkvæmt 2. og 3. mgr. 21. gr. reglugerðarinnar, að útreikningur á viðmiðunartekjum farandlaunþega, líkt og stefnanda, taki mið af tekjum launþega á Íslandi, í sambærilegum aðstæðum og með sambærilega starfsreynslu og hæfi og farandlaunþeginn sem um ræðir. Af beiðninni má ráða að stefnandi hafi verið launþegi á Íslandi í um það bil sex mánuði fyrir barnsburð. Þótt það sé landsdómstólsins að meta, bendir EFTA-dómstóllinn á að þær tekjur sem stefnandi aflaði á því tímabili kunni, við fyrstu sýn, líklega að veita vísbendingu um sambærilegar tekjur við beitingu ákvæða 2. og 3. mgr. 21. gr. reglugerðarinnar.

36 Með hliðsjón af framansögðu telur EFTA-dómstóllinn að svara verði spurningunni sem til hans var beint, með þeim hætti, að 6. gr. reglugerðarinnar, ásamt 2. og 3. mgr. 21. gr. hennar, áskilji ekki að þar til bær stofnun EES-ríkis skuli reikna bótafjárhæð, í máli líkt og því sem er til meðferðar hjá landsdómstólnum, á grundvelli tekna sem aflað var í öðru EES-ríki. Samkvæmt 2. og 3. mgr. 21. gr., með hliðsjón af markmiði 29. gr. EES-samningsins, skal þó miða fjárhæð bóta, líkt og þeirra sem um ræðir í málinu sem er til meðferðar hjá landsdómstólnum, sem veittar eru farandlaunþega sem aðeins aflaði tekna í öðru EES-ríki á því tímabili sem miðað er við samkvæmt landslögum, við tekjur launþega með sambærilega starfsreynslu og hæfi og sem gegnir svipuðu starfi í því EES-ríki þar sem sótt er um bætur.

IV Málskostnaður

37 Þar sem um er að ræða mál sem er hluti af málarekstri fyrir landsdómstólnum kemur það í hlut þess dómstóls að kveða á um kostnað málsaðila. Aðrir, sem lagt hafa fram athugasemdir til EFTA-dómstólsins, skulu bera sinn málskostnað, hver fyrir sitt leyti.

Með vísan til framangreindra forsendna lætur,

DÓMSTÓLLINN

uppi svohljóðandi ráðgefandi álit um spurninguna sem Héraðsdómur Reykjavíkur vísaði til dómstólsins:

> **6. gr. og 2. og 3. mgr. 21. gr. reglugerðar (EB) nr. 883/2004 um samræmingu almannatryggingakerfa áskilja ekki að þar til bær stofnun EES-ríkis skuli reikna bótafjárhæð, í máli líkt og því sem er til meðferðar hjá landsdómstólnum, á grundvelli tekna sem aflað var í öðru EES-ríki. Samkvæmt 2. og 3. mgr. 21. gr. reglugerðar (EB) nr. 883/2004, með hliðsjón af markmiði 29. gr. EES-samningsins, skal þó miða fjárhæð bóta, líkt og þeirra sem um ræðir í málinu sem er til meðferðar hjá landsdómstólnum, sem veittar eru farandlaunþega sem aðeins aflaði tekna í öðru EES-ríki á því tímabili sem miðað er við samkvæmt landslögum, við tekjur launþega með sambærilega starfsreynslu og hæfi og sem gegnir svipuðu starfi í því EES-ríki þar sem sótt er um bætur.**

Páll Hreinsson Per Christiansen Bernd Hammermann

Kveðið upp í heyranda hljóði í Lúxemborg 29. júlí 2022.

Ólafur Jóhannes Einarsson
Dómritari

Páll Hreinsson
Forseti