

LØNNBEGREPET I EU-RETTLIGE REGULERINGER

**En analyse av omfang, funksjoner og forskjeller, herunder
forholdet til norske gjennomføringsregler**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 204
Leveringsfrist: 16.01.2012

Til sammen 37 587 ord

16.01.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Rettskildematerialet og metode	2
1.3	Avhandlingens oppbygning	4
<u>2</u>	<u>EU-RETTLIGE REGULERINGER OG BEGREPSBRUK</u>	<u>6</u>
2.1	Innledning	6
2.2	«Pay» - et gjentatt begrep i primærretten	7
2.2.1	«Pay» og likelønn i funksjonsmåtetraktaten	7
2.2.2	«Pay» som ledd i avgrensning av Unionens kompetanse	13
2.2.3	Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter – stadfesting av likelønnsprinsippet	22
2.3	«Pay» i sekundærlovgivningen	25
2.3.1	Introduksjon	25
2.3.2	EUs likebehandlingsdirektiver - «pay» i tre ulike sammenhenger	26
2.3.3	Utstasjoneringsdirektivet og «minimum rates of pay»	35
2.3.4	Retten til betalt ferie etter arbeidstidsdirektivet	38
2.3.5	Insolvensdirektivet og garanti for «pay»	41
2.3.6	«Pay» for innleide arbeidstakere i medhold av vikarbyrådirektivet	44
2.4	Er det noen sammenheng mellom «pay» i de ulike reguleringene?	46
2.5	«Remuneration» - et tilsvarende begrep som «pay»?	47
2.5.1	«Remuneration» i reguleringer som også anvender «pay»	47
2.5.2	«Remuneration» som eneste begrep i direktivet om informasjon om arbeidsavtalen og yrkeskvalifikasjonsdirektivet	51
2.5.3	Forordningene om koordinering av trygdeordninger og fri bevegelighet for arbeidstakere gjør også bruk av «remuneration» alene	53
2.5.4	Foreløpige observasjoner av «remuneration» i egenskap av «lønnsbegrep»	54

2.6	Andre begreper vedrørende betaling av arbeidstakere	54
2.6.1	«Wage(s)»	54
2.6.2	«Salary»	57
2.6.3	«Consideration»	58
2.6.4	«Income»	59
2.6.5	«Allowances» og «benefits»	60
2.7	Oppsummering og veien videre	62
3	<u>«LØNNBEGREPET» I EU-RET TEN FRA ET INNHOLDSPERSPEKTIV</u>	64
3.1	Innledning	64
3.2	Hvor langt rekker definisjonen i traktatens likelønnsregel når «lønnsbegrepet» i sekundærlovgivningen skal fastlegges?	65
3.2.1	EU-domstolens tilnærming i saker om likelønn	65
3.2.2	Reguleringer om likebehandling med hensyn til lønn, men ikke likelønn	69
3.2.3	Situasjonen i saker som angår andre rettigheter enn likebehandling	74
3.2.4	Konklusjon	79
3.3	Lønnskomponenter	80
3.3.1	Innledning	80
3.3.2	Distinksjonen mellom «pay» og «social security»	80
3.3.3	Eksempler på typer av ytelser som har blitt ansett som «pay» etter likelønnsbestemmelsen i funksjonsmåtetraktaten	86
3.3.4	Lønnskomponenter og minstelønn - et tilfelle fra utstasjoneringdirektivet	89
3.3.5	Finnes en «hard kjerne»?	90
3.4	Har EU-reglens (ulike) funksjon og formål betydning for «lønnsbegrepet»?	92
3.5	«Lønnsbegrepet» og enhetlig innhold – realitet eller et ideal?	93
4	<u>KORT OM FORHOLDET MELLOM DEN EU-RETTLIGE FORSTÅE LSEN OG NORSKE GJENNOMFØRINGSREGLER PÅ NOEN UTVALGTE OMRÅDER</u>	94
4.1	Innledning	94
4.2	Regler som benytter begrepet «lønn»	95
4.2.1	Innledning	95
4.2.2	Arbeidsmiljølovens bestemmelser om «lønn»	95

4.2.3	Allmenngjøringsloven og forskrift om utsendte arbeidstakere	99
4.2.4	Lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrift	100
4.2.5	«Lønn» og norske regler om likestilling/diskriminering	101
4.2.6	Den norske lønnsgarantiordningen	104
4.3	Andre begreper i det norske regelverket	106
4.4	Forståelsen av «lønn» i norsk rett - ulikhet eller samsvar med EU?	107
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>108</u>
5.1	Sammenfatning og konklusjoner	108
5.2	Normative betraktninger	109
<u>KILDELISTE</u>		<u>111</u>

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Fri bevegelse for arbeidstakere utgjør en av de «fire friheter» i det indre marked.¹ EU-rettens regler på arbeidsrettens område spenner over mange og ulike temafelt. En rekke av reglene har det til felles at betaling til arbeidstakere i en eller annen sammenheng er et tema. Disse reglene er i alt vesentlig gjennomført i Norge som følge av EØS-avtalen. De norske gjennomføringsreglene bruker begreper som lønn, vederlag, arbeidsvederlag og lignende. I EU-reguleringene er begrepsbruken langt mer mangfoldig. Her møter vi termer som «pay», «wages», «remuneration» med flere. Foreløpig kan vi referere til disse kategoriene med et felles uttrykk, «lønnsbegrepet». Men da er det sentralt å understreke at det ikke finnes en felles EU-rettslig definisjon av hva som menes med «pay» eller andre lignende begreper som vi gjerne oversetter med lønn. De fleste reguleringer – med et par unntak – gir heller ikke noen avgrenset definisjon av lønnsbegrep(er) som benyttes.

Dette er utgangspunktet for avhandlingens tema. Problemstillingen er i første omgang hvorvidt «lønnsbegrepet» i EU-arbeidsretten har et enhetlig innhold, eller om det er forskjeller i ulike sammenhenger. Et spørsmål vil da være om valget av terminologi og forståelsen av innholdet i de ulike bestemmelsene, har en sammenheng med reglenes funksjon² i hvert enkelt regelverk og hvilke formål de skal ivareta. En neste problemstilling er om forståelsen av «lønnsbegrepet» i EU reflekteres i de norske reglene som gjennomfører de aktuelle EU-rettslige regelverk.

Problemstillingene har betydning både for arbeidstakere og arbeidsgivere samt for staten. For arbeidstakere og arbeidsgivere er det naturligvis viktig å være klar over hva

¹ Se Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsmåte avsnitt IV, kapittel 1.

² Med funksjon mener jeg den oppgave eller virkning en regel har. Funksjonen er som regel sammenfallende med regelens formål, men trenger ikke være det.

som skal regnes som lønn eller arbeidsvederlag. I praksis er det kanskje likegyldig for en arbeidstaker hvilket navn man setter på betalingen, så lenge det økonomiske resultatet er det samme. Men problemet oppstår hvis det viser seg at et lønnsbegrep i en EU-regulering ikke gir arbeidstakeren krav på en økonomisk ytelse han hadde regnet med. Eller det kan hende at arbeidsgiver blir forpliktet til å betale mer enn vedkommende på bakgrunn av reguleringen hadde forutsatt. Dette kan for eksempel være tilfellet når en tjenesteyter, i egenskap av arbeidsgiver, midlertidig sender arbeidstaker(e) til et annet land for å utføre arbeid (utstasjonering).

Videre kan spørsmålet om noe regnes som lønn, ha implikasjoner for andre ytelser og/eller rettigheter en arbeidstaker måtte være berettiget til, i sitt hjemland eller i kraft av EU-retten. I mange lands offentlige trygdesystemer er for eksempel rett til pensjon – nærmere bestemt rett til en pensjon man kan leve av – avhengig av at man har hatt arbeid med pensjonsgivende inntekt.³ Lønn er naturligvis av vesentlig betydning for blant annet pensjonsutregningen. En klar forståelse av lønnsbegrepet skaper således forutberegnelighet for begge parter i et arbeidsavtaleforhold.

For staten er det også viktig med klarhet der staten på en eller annen måte skal dekke lønnskrav, så som gjennom lønnsgarantiordningene som insolvensdirektivet foreskriver at medlemsstatene i EU må opprette.⁴ Dessuten er klarhet også viktig med tanke på forutberegnelighet og rettssikkerhet ved søksmål, fordi reglene ofte forplikter staten til å legge til rette for at arbeidstakere kan forfølge sine rettigheter i det nasjonale rettssystemet.

1.2 Rettskildematerialet og metode

«Lønnsbegrepet» forekommer i mange forskjellige EU-regelverk, både i primærretten – traktatene – og i sekundærlovgivningen. Rettskildematerialet er således rikholdig. Det finnes videre en omfattende internasjonal litteratur om EU-rett generelt og europeisk arbeidsrett spesielt. Avhandlingens tema og problemstilling er likevel i liten grad tatt

³ Jf. for norsk retts vedkommende lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven) kap. 3, særlig § 3-8 vedrørende tilleggspensjon.

⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/94/EF av 22. oktober 2008 om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens.

opp i den aktuelle litteraturen. De fleste forfattere behandler de sentrale EU-reguleringer på arbeidsrettens område, uten å sette spesielt fokus på begreper og deres innhold. I den grad lønnsbegreper diskuteres, skjer det overfladisk i tilknytning til enkeltreguleringer, og uten et tverrgående perspektiv. Det siste gjelder med ett unntak. Artikkel 157 i Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte (TFEU eller funksjonsmåtetraktaten) om likelønn er viet atskillig plass hos mange forfattere, herunder innholdet i begrepet «pay».⁵ Viktigste er derfor først og fremst de autoritative EU-reguleringene, men relevant litteratur tas i betraktning der den har en naturlig plass.

Når man skal arbeide med EU-lovgivning, er et særegent kjennetegn at reglene finnes på mange offisielle språk.⁶ EU-domstolen har i sin praksis fremholdt at man ved tolkningen av regelverk i prinsippet må ta i betraktning alle språkversjoner av reguleringene.⁷ Av praktiske grunner må jeg i denne fremstillingen likevel gjøre et valg. Hovedfokus i avhandlingen rettes mot å analysere lønnsbegrepene i autentiske engelske språkversjoner av traktater, forordninger og direktiver fordi det er i disse begrepsvariasjonene synes å være størst. Eksempelvis brukes «pay» hyppig i engelske versjoner av traktater og direktiver, men det forekommer også andre lignende betegnelser når det gjelder betaling for arbeid. Der forståelsen av de engelske uttrykkene er tvetydig eller usikker, vil jeg se hen til andre språkversjoner for å bringe klarhet i meningsinnholdet, fortrinnsvis danske. For enkelhets skyld gjengis reguleringenes navn og titler på norsk.

⁵ Funksjonsmåtetrakten er dagens utgave av den opprinnelige traktaten undertegnet i Roma i 1957. Romatraktaten har opp igjennom årene blitt endret en rekke ganger, herunder både de materielle bestemmelser og traktatens formelle navn. Inntil Lisboatraktatens ikrafttredelse 1. desember 2009 het den Traktaten om opprettelse av det Europeiske Fellesskap (EF-traktaten). Med denne revisjonen ble navnet endret til Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsmåte. Traktaten forkortes TEUF og TFEU på henholdsvis dansk og engelsk. I denne fremstillingen benyttes det engelske TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union).

⁶ Per august 2011 er det 23 offisielle språk i EU. Disse er: bulgarsk, tsjekkisk, dansk, nederlandsk, engelsk, estisk, finsk, fransk, tysk, gresk, ungarsk, irsk, italiensk, latvisk, litauisk, maltesisk, polsk, portugisisk, rumensk, slovakisk, slovensk, spansk og svensk. Se nærmere: http://ec.europa.eu/education/languages/languages-of-europe/doc135_en.htm.

⁷ Sak C-283/81, *Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mot Sundhedsministeriet*, Saml. 1982 s. 3415 (avsnitt 18-20). Jf. også Sejersted (2011) s. 44-45.

Det er grunn til å minne om et alminnelig prinsipp ved tolkning av norske rettsregler, nemlig at selv om ett og samme begrep er benyttet i flere rettskilder, kan man ikke uten videre legge til grunn at *innholdet* i begrepet samsvarer. Dette prinsippet gjør seg særlig gjeldende ved EU-retten som, i kraft av autonome tolkningsprinsipper, skal fortolkes og anvendes selvstendig og løsrevet fra ulike nasjonale rettssystemer, med mindre det uttrykkelig henvises til medlemsstatenes rett.⁸ Når man står overfor mange begreper som tilsynelatende gir uttrykk for det samme, eller for den saks skyld ved overlappende begreper, er det desto viktigere å ha et bevisst forhold til dette.⁹ Derfor må begrepsbruken bringes på det rene før man kan danne seg en oppfatning av innholdet.

I analysen av lønnsbegrepets innhold er, ved siden av bestemmelsenes ordlyd, rettspraksis fra EU-domstolen og for så vidt EFTA-domstolen en helt avgjørende rettskilde. EU-domstolen spesielt, har i flere saker behandlet spørsmål om hvordan lønnsbegreper i forskjellige unionsregler skal forstås. I forlengelsen av dette er et viktig poeng at flere av reguleringene som undersøkes i denne avhandlingen, er kodifiserte eller nye utgaver av eldre reguleringer med det samme eller tilnærmet det samme formål. Av den grunn er det ikke alltid tilgang på relevant praksis om de nye reguleringene. Som regel er det imidlertid tilstrekkelig med rettspraksis fra EU-domstolen i tilknytning til de eldre reguleringene. Eldre rettspraksis fra EU-domstolen vil derfor benyttes i drøftelsene, med mindre endringene i reguleringene er av en slik art at det ikke lar seg gjøre.

Tilnærmingen til de norske gjennomføringsreglene tar utgangspunkt i lov- og forskriftstekstene, som på alminnelig måte kan suppleres med forarbeider og rettspraksis. Som det vil fremgå, står lovens ordlyd helt sentralt i drøftelsene.

1.3 Avhandlingens oppbygning

I avhandlingens kapittel 2 introduseres de sentrale EU-rettslige regler som anvender «lønnsbegrepet» i en eller annen form. Hensikten er å klarlegge terminologien og gi en oversikt over regelverkene. Begrepsavklaringen skal danne grunnlaget for kapittel 3,

⁸ Nielsen (2006) s. 30.

⁹ Slik også Sørensen og Nielsen (2010) s. 37.

hvor det nærmere materielle innholdet av «lønnsbegrepet» og sammenhenger mellom reglene diskuteres. I denne delen rettes oppmerksomheten også mot EU-reglernes formål og spørsmålet om hvilken betydning de ulike reglernes og begrepenes funksjon har for eventuelle likheter eller forskjeller i innhold. Temaet for kapittel 4 er hvorvidt den EU-rettslige forståelsen av «lønnsbegrepet» i de ulike sammenhengene gjenspeiles i de norske gjennomføringsreglene. Her vil jeg redegjøre for et utvalg relevante norske arbeidsrettslige regler i den hensikt å undersøke om det er samsvar eller forskjeller i forhold til de EU-rettslige reguleringene, og videre om eventuelle avvik kan korrigeres uten lovgivningstiltak. På bakgrunn av drøftelsene i de foregående kapitlene vil jeg sammenfatte avhandlingens funn og konklusjoner i kapittel 5. De avsluttende bemerkningene vil søke å besvare i hvilken grad det er mulig å snakke om et enhetlig lønnsbegrep.

2 EU-rettslige reguleringer og begrepsbruk

2.1 Innledning

Formålet med dette kapittelet er å presentere rettskildematerialet for å klarlegge begrepsbruk og terminologi. Det er først når begrepsbruken er på det rene, at man får et grunnlag for en diskusjon av lønnsbegrepets innhold i alminnelighet. En undersøkelse av engelske språkversjoner av traktatene og flere direktiver fra EU, viser at det forekommer opptil elleve ulike termer (mer eller mindre treffende) for det vi tenker på som lønn. Alle termene er imidlertid ikke like aktuelle og relevante med tanke på betaling til arbeidstakere. De viktigste begrepene i denne sammenheng er «pay», «remuneration», «wage(s)», «salary», «income», «consideration», «allowances» og «benefit(s)», hvorav noen er hyppigere brukt enn andre. Den vanligste engelske betegnelsen i reguleringene er «pay». I så måte er det naturlig å ta utgangspunkt i de reguleringer som bruker «pay», før andre begreper introduseres. Det må bemerkes at flere av begrepene tidvis forekommer om hverandre i en og samme regulering, til og med i samme artikkel. Begrepet «pay» forekommer to steder i funksjonsmåtetraktaten og finnes videre spredt rundt omkring i sekundærlovgivningen. Den mest nærliggende oversettelsen til norsk er «lønn».¹⁰

I drøftelsene videre brukes «pay» og «lønn» som likeverdige begreper. Fremstillingen i det følgende er systematisert slik at de hyppigst forekommende begrepene behandles hver for seg sammen med de reguleringene de opptrer i. Som følge av «rangforholdet» mellom rettskildene behandles traktatbestemmelsene først og sekundærlovgivningen deretter.

¹⁰ Det samme er tilfellet på dansk. Når det i danske versjoner av eksempelvis domstolens avgjørelser står «begrebet løn» oversettes dette til engelsk med «concept of pay». Se for eksempel sak C-147/08 *Jürgen Römer mot Freie und Hansestadt Hamburg*, Saml. 2011 s. 0000.

2.2 «Pay» - et gjentatt begrep i primærretten

2.2.1 «Pay» og likelønn i funksjonsmåtetraktaten

Begrepet «pay» forekommer i TFEU art. 157, som er inspirert av ILOs likelønnskonvensjon no. 100 av 1951 artikkel 1 a).¹¹ Ved siden av Traktaten om den europeiske union (TEU eller unionstraktaten) er TFEU en av to traktater som utgjør EUs rettsgrunnlag. Funksjonsmåtetraktaten gir regler om det meste som angår EU-samarbeidet, herunder kompetanseregler og materielle bestemmelser som hjemler den forholdsvis omfattende sekundærlovgivningen. Artikkel 157 er plassert i traktatens kapittel 10 (Title X) om «Social Policy» og tilsvarende den tidligere art. 119 i Romatraktaten, senere flyttet til art. 141 med revisjonen som fulgte av Amsterdamtraktaten. Formålet med art. 157 er å sikre prinsippet om lik lønn for arbeid av lik verdi mellom menn og kvinner. Bestemmelsen lyder i nr. 1 og 2:

«Each Member State shall ensure that the principle of equal pay for male and female workers for equal work or work of equal value is applied.

For the purpose of this Article, ‘pay’ means the ordinary basic or minimum wage or salary and any other consideration, whether in cash or in kind, which the worker receives directly or indirectly, in respect of his employment, from his employer» (mine understrekinger).

Ordlyden i definisjonen er nøyaktig den samme som i Romatraktaten fra 1957. Den er blitt bevart gjennom alle senere revisjoner, slik at EU-domstolens rettspraksis i tilknytning til de eldre bestemmelsene er like relevant for dagens art. 157.

Det er særlig to forhold ved bestemmelsen som peker seg ut. For det første gir den selv en vidtfavnende definisjon av hva som menes med «pay». For det andre dreier det seg om en likelønnsregel, hvis funksjon er likebehandling av *kjønn* med hensyn til «pay». Etter bestemmelsens ordlyd er rekkevidden av definisjonen begrenset til art. 157 selv. Presiseringen «[f]or the purpose of this Article», jf. nr. 2 første setning, innebærer med

¹¹ Den internasjonale arbeidsorganisasjonen ILO («International Labour Organization») C100 Equal Remuneration Convention 1951. Se også Barnard 2006 s. 52.

andre ord at definisjonen er forbeholdt situasjoner om likelønn mellom menn og kvinner. Forståelsen av «pay» i art. 157 har imidlertid vist seg å ha større nedslagsfelt enn ordlyden i utgangspunktet tilsier. Dette er et spørsmål om bestemmelsens rekkevidde, som drøftes senere i avhandlingen.¹² Inntil videre er det innholdet i «pay» som er diskusjonstemaet.

I ordbøker defineres pay som «money that is due for work done».¹³ «Pay» i TFEU art. 157 handler langt på vei om det samme – betaling en arbeidstaker mottar fra sin arbeidsgiver. Men i motsetning til den alminnelige forståelsen forutsetter ikke traktatens definisjon at det faktisk har blitt utført noe arbeid, jf. art. 157 nr. 2. Definisjonen konsentrerer seg om eksistensen av et arbeidsforhold. En betaling er altså «pay» i bestemmelsens forstand hvis den erlegges av arbeidsgiver «in respect of ... employment». EU-domstolen har fremholdt at dette er det avgjørende kriterium («decisive criterion»)¹⁴ Som følge av dette omfatter definisjonen videre alle arbeidsavtaler, uavhengig av hvordan avlønninger skjer. Ettersom det ikke stilles krav om at det må ha vært utført arbeid, kvalifiserer både resultatbasert betaling og betaling for å stille arbeidskraft til disposisjon til å være «pay» etter TFEU art. 157 nr. 2.¹⁵

Artikkel 157 nr. 2 fremhever «ordinary basic or minimum wage or salary» og «any other consideration» som to hovedkomponenter i det som skal anses som «pay». Slik bestemmelsen er formulert er begge komponentene hver for seg tilstrekkelige til å utgjøre «pay». En annen sak er at et arbeidsforhold i praksis ofte konstituerer rett til flere typer ytelser, slik at definisjonen i art. 157 nr. 2 av den grunn søker å dekke «alle». Fra et begrepsorientert perspektiv er det uansett påfallende at «wage», «salary» og «consideration» opptrer i en og samme artikkel og setning som «pay». Isolert sett er samtlige begreper egnet som uttrykk for å betegne betaling for arbeid, noe som gir

¹² Se nærmere kap. 3 nedenfor.

¹³ Se særlig Oxford Dictionaries Online: <http://oxforddictionaries.com/> ved søk på ordet «pay».

¹⁴ Sak C-366/99 *Joseph Griesmar mot Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation*, Saml. 2001 s. I-9383 (avsnitt 28). Se også Barnard (2006) s. 342.

¹⁵ Arbeidsavtaler kan regulere betaling av lønn til arbeidstakeren på forskjellige måter. I norsk rett snakker vi eksempelvis om tidslønn eller prestasjonslønn. Se Jakhelln (2006) s. 326 og Storeng (2011) s. 187.

likelønsregelen karakter av å være et begrepskompleks uten særlig utdypning. Den gir ikke selv noen holdepunkter for å anta noe om hva som ligger i «wage», «salary» og «consideration». Men når disse benyttes som ledd i å definere hva som menes med «pay», kan uttrykksmåten tyde på at «wage», «salary» og «consideration» er snevrere begreper enn «pay». Sistnevnte blir dermed et samlebegrep bestående av «wage» eller «salary» og den allsidige ytelsen «consideration».

Til sammenligning har EØS-avtalen en bestemmelse i artikkel 69 som korresponderer med og er avledet av TFEU art. 157. EØS-avtalen art. 69 er i likhet med sin «storebror» en likelønsregel, og den har i all hovedsak tilsvarende ordlyd. Den lyder i nr. 1:

«Hver avtalepart skal gjennomføre prinsippet om lik lønn til kvinnelige og mannlige arbeidstagere for samme arbeid og sørge for at dette prinsipp opprettholdes.

Ved lønn skal i denne artikkel forstås den alminnelige grunnlønn eller minstelønn og all annen godtgjøring som arbeidsgiveren på grunn av arbeidsforholdet direkte eller indirekte betaler arbeidstageren i penger eller i naturalia» (mine understrekninger).

Som det fremgår opererer art. 69 med to hovedkomponenter i sin definisjon av lønn. Holdt opp mot funksjonsmåte-traktaten viser bestemmelsen at den mest nærliggende oversettelsen av «pay» er lønn. Men i tillegg viser den at «wage» og «salary», som i art. 157 nr. 2 er atskilte begreper og tilsynelatende noe annet enn «pay», på norsk i stedet forstås som lønn (henholdsvis grunnlønn eller minstelønn). «Consideration» er på sin side oversatt med «godtgjøring». Når TFEU og EØS-avtalen sammenlignes på denne måten, ser vi at det norske begrepet «lønn» tilsynelatende ikke er et like vidt begrep som «pay». I EØS-avtalen defineres lønn ved hjelp av «lønn». Det er ikke tilfellet for TFEU art. 157 nr. 2. Forskjellen understreker viktigheten av å avklare begrepsmangfoldet i traktatbestemmelsen. Fokus under dette punktet er imidlertid «pay», og en nærmere drøftelse av «wages», «salary» og «consideration» foretas i punkt 2.6.

Den ene hovedkomponenten i «pay» i art. 157 nr. 2 – «ordinary basic or minimum wage or salary» (grunnlønn eller minstelønn) – er for så vidt en forutberegnelig ytelse som

sjelden skaper problemer. Ofte er den forhåndsfastsatt på time-, dag-, uke-, måned- eller årsbasis. Mer interessant er den andre komponenten, «any other consideration», som kommer i tillegg, og som i prinsippet kan omfatte alle typer ytelser som betales til en arbeidstaker i egenskap av nettopp å være arbeidstaker. Det er dette uttrykket som gir definisjonen preg av å være altomfattende. Artikkel 157 gir ikke noen eksempler på hva slags ytelser som er ment å falle innenfor begrepet, men det gis anvisning på noen kriterier som ytelsens karakter skal bestemmes på grunnlag av. Eksistensen av et arbeidsforhold er som nevnt en forutsetning. Ellers spiller det ingen rolle om betalingen gjøres opp i penger (kontanter) eller naturalgoder.

En kan spørre seg om det faktisk at en betaling rent praktisk ikke gjøres opp av arbeidsgiver, men for eksempel av en ekstern tredjepart på vegne av arbeidsgiver, fratrukket betalingen karakteren av «pay» fordi den da ikke kommer fra arbeidsgiver («from his employer»). Da definisjonen innbefatter både direkte og indirekte betaling, er den mest nærliggende forståelse at tillegget om arbeidsgiver som pliktsubjekt ikke har noen selvstendig betydning. Dette bekreftes i sak C-262/88 *Barber* der EU-domstolen fremholdt at utbetalinger fra en yrkesmessig alderspensjonsordning opprettet som et type fond var «pay», selv om ordningen var administrert av tillitsmenn som teknisk sett var uavhengig av arbeidsgiveren.¹⁶ Domstolen understreket at art. 157 (da art. 119) også omfattet *indirekte* betaling.¹⁷ I relasjon til bestemmelsens personelle anvendelsesområde er det videre fastslått at selvstendig næringsdrivende som utgangspunkt faller utenfor idet disse ikke omfattes av begrepet «worker».¹⁸

Artikkel 157 har opp gjennom årene vært gjenstand for tolkning i en omfattende rettspraksis fra EU-domstolen. Sakene varierer mellom tvister om hvorvidt noe utgjør diskriminering i bestemmelsens forstand, og uenighet om en type ytelse faller innenfor eller utenfor dens definisjon av «pay». Det er den sistnevnte kategori som er relevant

¹⁶ Sak C-262/88 *Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group*, Saml. 1990 s. I-1889.

¹⁷ *Ibid.* avsnitt 28-29.

¹⁸ Sak C-256/01 *Debra Allonby mot Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional og Secretary of State for Education and Employment*, Saml. 2004 s. I-873 (avsnitt 68). Se også Barnard (2006) s. 340

for denne fremstillingen, og listen over ytelser som dekkes av likelønnsregelen har med tiden blitt lang. I flere saker har domstolen utfylt og presisert traktatens definisjon. I relasjon til uttrykket «any other consideration» er det uttalt:

« ... as the Court has consistently held, the concept of pay within the meaning of Article 119 of the Treaty comprises any consideration, whether in cash or in kind, whether immediate or future, provided that the worker receives it, albeit indirectly, in respect of his employment from his employer, and irrespective of whether the worker receives it under a contract of employment, by virtue of legislative provisions or on a voluntary basis» (mine understrekinger).¹⁹

EU-domstolen har med dette bygget ut definisjonen til å være «tidsnøytral» i den forstand at også fremtidige betalinger er omfattet, så sant de andre vilkårene er oppfylt. Videre er grunnlaget for betalingen ikke bare begrenset til en arbeidsavtale, men omfatter også betaling som følge av lovbestemmelser samt frivillige betalinger som ikke hviler på noen forpliktelse. Vilkårene i definisjonen alene vitner om at arten av ytelser som kan være «any other consideration» etter TFEU art. 157 nr. 2, og dermed «pay», er ytterst forskjellig.²⁰ Det lar seg ikke gjøre å oppregne en uttømmende liste over slike ytelser. Ettersom variasjonen mellom medlemsstatenes arbeidsrettslige systemer er stor, har det heller ingen verdi i seg selv. I sammenheng med definisjonen kan likevel nevnes noen eksempler til illustrasjon. Sykepenger, feriepenger, yrkesbestemt pensjon, bonusutbetalinger, ytelser som følge av at en arbeidstaker blir overflødig i virksomheten, svangerskapsytelser, tillegg for ubekvem arbeidstid, overtidsbetaling, mv. er ytelser som har blitt ansett for å være «pay» i medhold av EU-domstolens praksis.²¹ I et spesielt tilfelle er det videre fastslått at innrømmelse av en

¹⁹ Sak C-457/93 *Kuratorium für Dialyse og Nierentransplantation e.V. mot Johanna Lewark*, Saml. 1996 s. I-243 (avsnitt 21). Saken gjaldt indirekte diskriminering og tolkning av direktiv 75/117/EEC, som i dag er avløst av direktiv 2006/54/EF. Se videre sak C-262/88 *Barber* (avsnitt 12 og 20) og sak C-80/70 *Gabrielle Defrenne mot Belgian State*, Saml. 1971 s. 445 (*Defrenne I*, avsnitt 6).

²⁰ Jf. nærmere kapittel 3, punkt 3.3.3 nedenfor.

²¹ Barnard (2006) s. 342 med henvisning til et rikt utvalg av avgjørelser.

skattefordel i form av skattelette ikke omfattes av art. 157.²² En slik fordel tilstås av staten og er ikke betalt av arbeidsgiver eller en tredjemann på vegne av arbeidsgiver. Bakgrunnen for saken var italienske skatteregler om gunstig behandling av fratredelsesgodtgjørelser ved frivillig fratreden. Aldersgrensene for å oppnå fordelene var imidlertid ulike for kvinner og menn, henholdsvis 50 og 55 år, og et av spørsmålene var om dette ble rammet av traktatens likelønnsregel. Betalinger som kan være «pay», behandles nærmere i kapittel 3, særlig punkt 3.3.3 nedenfor.

Som ledd i å plassere EU-domstolens syn på art. 157 i en bredere kontekst må det pekes på at EU-domstolen i sak C-43/75 *Defrenne II* fastslo at art. 157 (den gang art. 119) forfølger et dobbelt formål.²³ For det første ivaretar den et økonomisk formål, nærmere bestemt hensynet til å unngå konkurransevridning i det indre marked. For det andre ivaretar bestemmelsen et sosialt formål og ønsket om å forbedre arbeids- og levevilkårene til Unionens borgere. Dette tatt i betraktning uttalte domstolen videre at traktatens likelønnsbestemmelse har direkte virkning²⁴ i medlemsstatene, også slik at den kan påberopes direkte mot private arbeidsgivere.²⁵ I en nyere avgjørelse, sak C-50/96 *Schröder*, fremhever domstolen betraktningene fra *Defrenne II*, men går et skritt lenger når den uttaler:

«... the economic aim pursued by Article 119 of the Treaty, namely the elimination of distortions of competition between undertakings established in different Member States, is secondary to the social aim pursued by the same provision, which constitutes the expression of a fundamental human right».²⁶

²² Sak C-207/04 *Paolo Vergani mot Agenzia delle Entrate, Ufficio di Arona*, Saml. 2005 s. I-7453 (avsnitt 23). Selv om skattelette falt utenfor, er saken for øvrig et eksempel på at mange og nokså ulike typer av ytelser kan tenkes henført under TFEU art. 157.

²³ Sak C-43/75 *Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Saml. 1976 s. 455 (*Defrenne II*, avsnitt 8-11).

²⁴ De alminnelige vilkår for direkte virkning er at EU-regelen er klar, presis og ubetinget, jf. Neergaard og Nielsen (2010) s. 218 og Sejersted (2011) s. 78.

²⁵ Sak C-43/75 *Defrenne II* (avsnitt 40) og sak C-157/86 *Mary Murphy and others mot An Bord Telecom Eireann*, Saml. 1988 s. 673 (avsnitt 7 og 11).

²⁶ Sak C-50/96 *Deutsche Telekom AG mot Lilli Schröder*, Saml. 2000 s. I-743 (avsnitt 57, se også avsnitt 53-55).

Med «fundamental human right» sikter domstolen til retten til ikke å bli diskriminert på grunnlag av kjønn, slik den selv uttalte i avgjørelsen *Defrenne III*.²⁷ Domstolens vektlegging av bestemmelsens «sosiale formål» har sannsynligvis bidratt til å gi art. 157 nr. 2 et enda større nedslagsfelt enn den vide ordlyden allerede legger opp til. Men det må understrekes at disse uttalelsene har blitt til med utgangspunkt i likelønnsområdet. Det er et tolknings spørsmål hvorvidt, og eventuelt i hvilken grad, de kan overføres til andre områder hvor «pay» er et tema.

2.2.2 «Pay» som ledd i avgrensning av Unionens kompetanse

Ved siden av art. 157 finner vi «pay» i unntaksregelen i TFEU art. 153 nr. 5. Artikkel 153 regner i nr. 1, bokstav a-k, opp områder der «the Union shall support and complement the activities of the Member States». Blant de områder EU kan engasjere seg på, er arbeidsvilkår (bokstav b), trygdeordninger og beskyttelse av arbeidstakere i den forbindelse (bokstav c) og likebehandling av menn og kvinner i arbeidslivet (bokstav i) mv. For å engasjere seg på disse områdene har Europarlamentet og Rådet fått tildelt kompetanse til å vedta direktiver og iverksette tiltak i nr. 2. Gjennomføringen av eventuelle direktiver kan i en viss utstrekning overlates til arbeidslivets parter i medhold av art. 153 nr. 3. Dessuten fastsetter nr. 4 at bestemmelser vedtatt i overensstemmelse med art. 153, ikke skal røre ved medlemsstatenes rett til å fastlegge grunnleggende prinsipper i deres trygdeordninger eller i vesentlig grad påvirke den økonomiske balansen i disse. Etter nr. 4 skal videre vedtatte bestemmelser ikke være til hinder for at medlemsstatene praktiserer en høyere grad av beskyttelse så lenge dette er forenlig med traktatene. Fra dette gjør nr. 5 så et unntak når den fastsetter at:

«[t]he provisions of this Article shall not apply to pay, the right of association, the right to strike or the right to impose lock-outs» (min understreking).

Innledningsvis nevnte jeg at selv om samme uttrykk forekommer i flere reguleringer, kan dette ikke tas til inntekt for at det nødvendigvis skal forstås på samme måte. Spørsmålet er om «pay» i art. 153 nr. 5 skal forstås på samme måte som «pay» i art.

²⁷ Sak C-149/77 *Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Saml. 1978 s. 1365 (*Defrenne III*, avsnitt 26 og 27).

157, eller om det her menes noe annet. Det er da grunn til å understreke at i art. 153 nr. 5 har begrepet en helt annen funksjon. Mens art. 157 gjør bruk av «pay» i en likebehandlingskontekst, tjener begrepet i art. 153 nr. 5 til å avgrense EUs «lovgivningskompetanse». Som det fremgår av sitatet, er «pay» et anliggende hvor Unionen likevel ikke skal ha kompetanse, i alle fall ikke i medhold av art. 153, ettersom art. 153 nr. 5 ekskluderer anvendelsen av reglene i nr. 1-4.

Det alminnelige utgangspunktet for EUs kompetanse er prinsippet om medlemsstatenes kompetansetildeling.²⁸ Det innebærer at Unionen kun skal handle innenfor rammene av den myndighet som medlemsstatene har tildelt den i traktatene. Kompetansen skal benyttes med sikte på å oppfylle målene som er fastsatt i traktatene, jf. TEU art. 5 nr. 2. Funksjonsmåtetraktaten artikkel 153 kan i så måte kategoriseres som en spesiell kompetansebestemmelse. Den skal bidra til å oppfylle de sosialpolitiske målene i formålsbestemmelsen art. 151.²⁹ Ordlyden i art. 153 nr. 1, som viser til formålene i art. 151, indikerer med uttrykket «support and complement» at kompetansen er delt mellom EU og medlemsstatene.³⁰ Til tross for Unionens ellers vide fullmakter, har en altså avgrenset dens kompetanse mot «pay». Da er det naturligvis av stor betydning *hva* kompetansen eller mangel på sådan omfatter. Sagt med andre ord, hva «pay» omfatter.

Formuleringen i TFEU art. 153 nr. 1 tyder nærmest på at initiativet til å handle på det sosialpolitiske området skal ligge hos medlemsstatene. Hvordan kompetansen er fordelt mellom EU og medlemsstatene, er imidlertid mindre viktig.³¹ Det sentrale er at EU kan initiere tiltak på de fleste sosialpolitiske områder, men ikke når det gjelder «pay».

²⁸ Se for eksempel Neergaard og Nielsen (2010) s.103.

²⁹ I TFEU art. 151 nr. 1 heter det at «the Union and the Member States... shall have as their objectives the promotion of employment, improved living and working conditions, so as to make possible their harmonisation while the improvement is being maintained, proper social protection, dialogue between management and labour, the development of human resources with a view to lasting high employment and the combating of exclusion».

³⁰ Ordlyden er identisk med forløperen i EF-traktatens artikkel 137 nr. 5.

³¹ For de generelle bestemmelsene om EUs og medlemsstatenes kompetanse, se TFEU art. 2-6.

Bestemmelsen selv gir ikke ytterligere veiledning for spørsmålet. Som jeg antydte ovenfor, er definisjonen av «pay» i art. 157 nr. 2 svært vid. Dersom man forutsetter en vid forståelse av «pay» i art. 153 nr. 5, slik ordlyden for så vidt tillater, innebærer det at EU ikke har anledning til å vedta sekundærlovgivning med hensyn til «pay» i det hele tatt. I den forbindelse er det et poeng at TFEU art. 153 nr. 5, i likhet med definisjonen i art. 157, begrenser rekkevidden av unntaket til bestemmelsen selv. Passusen «[t]he provisions of this Article shall not apply to pay...», refererer til art. 153 nr. 1-4, slik at det er disse som i utgangspunktet ikke skal gjelde for «pay». En mulig forståelse er dermed at EU har kompetanse vedrørende «pay», men ikke etter art. 153. Dette må legges til grunn, ettersom det ikke er tvilsomt at EU har kompetanse til å vedta arbeidsrettslige eller sosialrettslige regler om betaling av arbeidstakere. Direktivene som behandles i avhandlingen er tydelige eksempler på at slike faktisk er gitt. Spørsmålet er hva unntaket for «pay» har å si for områdene oppregnet i nr. 1-4, hvor EU har kompetanse til å handle.

Ryan antar at «...the exclusion of ‘pay’ ...presumably prevents reliance upon ‘working conditions’ in order to legislate on deductions from wages and minimum wages».³² Det betyr at «working conditions» i TFEU art. 153 nr. 1 bokstav b ikke omfatter «pay». Eller for så vidt at «pay» ikke anses som et arbeidsvilkår når det gjelder kompetanse, slik at man ikke kan gå omveien for likevel å vedta lovgivning om «pay». Distinksjonen medfører at EU har kompetanse til å handle når det gjelder arbeidsvilkår, men ikke når det kommer til «pay». Dermed varierer Unionens kompetanse ikke bare med hvilket område innenfor sosialpolitikk man er på (hvorvidt det er oppregnet eller ikke, jf. nr. 1-4), men også innenfor samme område. Konsekvensen er bemerkelsesverdig, siden assosiasjonen mellom arbeidsvilkår og lønn, i alle fall på norsk, er nokså nærliggende for de fleste.

En kunne tenke seg et argument mot at «pay» i TFEU art. 153 nr. 5 skulle unnta «pay» i sin helhet, basert på at TFEU art. 157 regulerer rett til nettopp (lik) lønn mellom menn og kvinner. Bestemmelsene står dessuten plassert i samme kapittel. Likelønnsregelen gir imidlertid ikke noen veiledning om hvordan «pay» i art. 153 nr. skal fastlegges. Det har sammenheng med at hjemmelen

³² Ryan (1997) s. 312.

for likelønn finnes i traktaten selv og art. 157 har direkte virkning i medlemsstatene.³³ Det er noe annet enn kompetanse til å vedta sekundærlovgivning, hvilket er det art. 153 nr. 5 regulerer. Viktig er det også at kompetanseunntaket for «pay» først kom inn med en sosialprotokoll («Social Policy Agreement») inntatt som vedlegg til Traktaten om den Europeiske Union i 1992. Protokollen ble så innført slik den var med revisjonen som fulgte av Amsterdamtraktaten i 1997.³⁴

Funksjonsmåtetraktaten art. 157 om likelønn har imidlertid vært gjeldende i og med Romatrakten fra 1957.

At TFEU art. 153 ikke kan brukes til å vedta lovgivning om «pay», er en mulig forståelse, men ikke den eneste. Det kan også tenkes at kompetansen omfatter noe vedrørende «pay», men ikke noe annet. Med hensyn til fastleggelsen av «pay» i TFEU art. 153 nr. 5 er det to andre observasjoner som må nevnes. For det første fastsetter art. 153 nr. 4 første setning i hovedsak at bestemmelser gitt i medhold av nr. 1-3 ikke skal påvirke medlemsstatenes mulighet til å fastlegge grunnleggende prinsipper for deres sosiale sikringsordninger («social security systems») og ikke i vesentlig grad berøre ordningenes økonomiske balanse. Det innebærer ikke at EU må avstå fra å blande seg inn i slike ordninger overhodet, bare at medlemsstatene står fritt til å forme rammeverket med grunnleggende prinsipper. Derimot gjelder ikke det samme for «pay». Sett på denne måten bidrar artikkel 153 nr. 4 sammenholdt med unntaket i nr. 5 til en oppfatning om at «pay» i denne bestemmelsen kanskje kan avgrenses mot sosiale sikringsordninger (trygdeordninger). For det andre gir en sammenligning med den danske språkversjonen av bestemmelsen en pekepinn. Der benyttes begrepet «lønforhold» på samme sted som den engelske nevner «pay». Det danske begrepet «lønforhold», som på norsk kan oversettes med lønnsforhold, antyder at det er tale om fastsettelse av lønn. I så tilfelle er en mulig forklaring på unntaket at lønnsfastsettelse og lønnsnivå er et nasjonalt anliggende som ikke best kan reguleres på fellesskapsnivå, jf. subsidiaritetsprinsippet i TEU art. 5. Da betyr «pay» i art. 153 nr. 5 *fastsettelse* av lønn, og ikke alt vedrørende lønn i alminnelighet.

³³ Se s. 12 ovenfor og sak C-43/75 *Defrenne II* (sitert ovenfor).

³⁴ Ryan (1997) s. 308.

Kommisjonen uttalte i 1989 at: «In the Commissions view, wage-setting is a matter for the Member States and the two sides of industry alone.»³⁵ Videre har den anført subsidiaritetsprinsippet og «the principle of the diversity of national systems, cultures and practices» som hovedbegrunnelser for å unnta «pay» fra kompetansebestemmelsene i traktaten.³⁶ Lenge har det ikke vært noe sikkert grunnlag for å besvare spørsmålet om TFEU art. 153 nr. 5 innebærer at kompetansen vedrørende «pay» er utelukket som sådan, eller om det gjenstår noe avhengig av om begrepet forstås vidt eller snevert. Betragtningene hittil gir til en viss grad støtte for at «pay» må forstås som et snevrere begrep i TFEU art 153 nr. 5 enn i art. 157. Selv om enkelte forfattere har tatt til orde for en snever tolkning av «pay» i art. 153 nr. 5, mener andre at oppfatningen er tvilsom.³⁷ Med to forholdsvis nye og sentrale avgjørelser fra EU-domstolen, har forståelsen av kompetansesranken i TFEU art. 153 nr. 5 med hensyn til «pay» nå fått en viktig avklaring.

Sak C-307/05 *Del Cerro Alonso* fra 2007 gjaldt direktiv 1999/70/EF om rammeavtalen vedrørende tidsbegrenset ansettelse og påstått diskriminering av midlertidig ansatte i forhold til faste ansatte.³⁸ Uenigheten gjaldt et ansiennitetstillegg (lønnskomponent), og det sentrale spørsmålet i saken var om lønn falt inn under uttrykket «arbeidsvilkår» i direktivets art. 4 nr. 1. Domstolen konstaterte at direktivets generelle formål er å sikre likebehandling av de to stillingskategoriene, og fastslo at et slikt likebehandlingsprinsipp ikke kan tolkes restriktivt. Derfor måtte prinsippet om ikke-diskriminering i direktiv 1999/70/EF også omfatte lønn. EU-domstolen kom videre med uttalelser om hvordan «pay» i EF-traktaten art. 137 nr. 5 (TFEU art. 153 nr. 5) skal forstås. Domstolen tok utgangspunkt i at TFEU art. 153 nr. 5 gjør unntak fra de vide

³⁵ KOM (89) 568 s. 14-15. Meddelelse fra Kommisjonen om dens handlingsprogram for gjennomføringen av Fellesskapscharteret om arbeidstakeres grunnleggende sosiale rettigheter av 1989.

³⁶ KOM (89) 568 s. 4 og Ryan (1997). s. 307 med henvisning til KOM (91) 511 s. 5. Kommisjonsdokumentet fra 1991 er den første rapporten om gjennomføringen av Fellesskapscharteret om arbeidstakeres grunnleggende sosiale rettigheter av 1989.

³⁷ Se Ryan (1997) s. 311-312 med henvisning til Bercusson som argumenterer for en snever forståelse. En snever forståelse vil for øvrig innebære at EUs kompetanse med hensyn til «pay» utvides.

³⁸ Sak C-307/05 *Yolanda Del Cerro Alonso mot Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*, Saml. 2007 s. I-7109.

bestemmelsene i nr. 1-4, og la særlig vekt på at en slik kompetanseavgrensning ikke måtte innskrenke rekkevidden av de andre bestemmelsene i TFEU art. 153, eller de sosialpolitiske formålene i art. 151. Det eneste virkemiddelet for dette var at «... matters reserved by that paragraph must be interpreted strictly».³⁹ Med disse betraktningene stadfestet domstolen oppfatningen jeg introduserte ovenfor – at «pay» i art. 153 nr. 5 må fortolkes snevert og strengt. Deretter poengterte domstolen:

«More particularly, the exception relating to 'pay' set out in Article 137(5) EC is explained by the fact that fixing the level of wages falls within the contractual freedom of the social partners at a national level and within the relevant competence of Member States. In those circumstances, in the present state of Community law, it was considered appropriate to exclude determination of the level of wages from harmonisation under Article 136 EC et seq.

The 'pay' exception cannot, however, be extended to any question involving any sort of link with pay; otherwise some of the areas referred to in Article 137(1) EC would be deprived of much of their substance.

It follows that the derogation in Article 137(5) EC does not prevent a fixed-term worker from seeking, on the grounds of the principle of non-discrimination, the benefit of a condition of employment reserved only for permanent workers, even though the application of that principle leads to the payment of a pay differential.»⁴⁰

Som det fremgår av sitatet, forklarer domstolen unntaket for «pay» i art. 153 nr. 5 med at *lønnsfastsettelse og lønnsnivå* faller inn under medlemsstatenes kompetanse og arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet (på kollektivt nivå).⁴¹ Av den grunn ble lønnsnivå unntatt fra harmonisering. Det innebar imidlertid ikke at man ekskluderte alle fremtidige initiativer fra Unionen vedrørende lønn. Unntaket for «pay» kan følgelig ikke strekkes så langt at det omfatter ethvert spørsmål om lønn eller lønnsforhold – da ville kompetansereglene i resten av art. 153 miste mye sin betydning. EU-domstolen

³⁹ Sak C-307/05 *Del Cerro Alonso* (avsnitt 37-39). Slik også Bercusson (2009) s. 144, note 45.

⁴⁰ Sak C-307/05 *Del Cerro Alonso* (avsnitt 40-42).

⁴¹ Se også Evju (2007) s. 4.

konkluderte med at en lønnskomponent, slik som ansiennitetstillegg i saken, er et «arbeidsvilkår» etter direktiv 1999/70/EF art. 4 nr. 1. I medhold av ikke-diskrimineringsprinsippet kommer slike lønnskomponenter således inn under TFEU art. 153 nr. 1 bokstav b, og ikke nr. 5.⁴² Det følger av domstolens konklusjon i denne saken at med «pay» menes *lønnsnivå* og *lønnsfastsettelse*. Det er dette som er unntatt fra EUs kompetanse.

Innledningsvis under dette punktet nevnte jeg at begrepet «pay» i TFEU art. 153 har som funksjon å avgrense EUs lovgivningskompetanse. Med *Alonso* kan funksjonen presiseres. «Pay» i art. 153 forbeholder fastsettelsen av lønn og lønnsnivået til medlemsstatene og arbeidslivets parter («social partners»), men fratrar ikke EU generell kompetanse til å involvere seg i lønsspørsmål. Unionens «handlingsrom» er imidlertid ikke presist avgrenset.

Alonso-avgjørelsen er fulgt opp et år senere i sak C- 268/06 *Impact*.⁴³ Spørsmålet var i stor grad det samme, hvorvidt uttrykket «employment conditions» i rammeavtalen i direktiv 1999/70/EF omfattet lønn og pensjoner. Retten viste til at ordlyden ikke gir noen veiledning for spørsmålet, slik at kontekst og formål ble trukket inn som tolkningsmomenter i drøftelsen. I flere EU-reguleringer, herunder direktiv 2000/43/EF og 2000/78/EF, er det uttrykkelig fastsatt om uttrykket «employment and working conditions» omfatter «pay» eller ikke.⁴⁴ EU-domstolen pekte på at det faktum at en slik klargjøring ikke fantes i direktiv 1999/70/EF, ikke kunne tas til inntekt for at ytelsene per antitese falt utenfor rammeavtalen. Med henvisning til *Alonso* rettet domstolen blikket mot art. 137 nr. 5 (TFEU art. 153 nr. 5) og gjentok uttalelser som i innhold svarer til de som er sitert ovenfor.⁴⁵ Samtidig formulerte den klarere hva unntaket for «pay» i art. 153 nr. 5 er ment å dekke:

⁴² Sak C-307/05 *Del Cerro Alonso* (sitert ovenfor) avsnitt 47 og Evju (2007) s. 4.

⁴³ Sak C-268/06 *Impact* mot *Minister for Agriculture and Food and Others*, Saml. 2008 s. I-2483.

⁴⁴ Se direktivene art. 3 nr. 1 bokstav c.

⁴⁵ Sak C-268/06 *Impact* (sitert ovenfor) avsnitt 114 og 122-123.

«... that exception must therefore be interpreted as covering measures – such as the equivalence of all or some of the constituent parts of pay and/or the level of pay in the Member States, or the setting of a minimum guaranteed Community wage – which amount to direct interference by Community law in the determination of pay within the Community.»⁴⁶

På den annen side ble det nok en gang presisert at:

«However, while it is true...that the establishment of the level of the various constituent parts of the pay of a worker falls outside the competence of the Community legislature and is unquestionably still a matter for the competent bodies in the various Member States, those bodies must nevertheless exercise their competence consistently with Community law ... in the areas in which the Community does not have competence» (min understreking).⁴⁷

Uttalelsene må ikke misforstås med tanke på det domstolen skriver om lønnskomponenter («constituent parts of pay»). Det sies ikke at EU likevel har kompetanse til å regulere lønnsnivå. Poenget er snarere diskrimineringsrelatert – at det ikke må finne sted diskriminering mellom to kategorier arbeidstakere som etter fellesskapsrettslige regler skal behandles likt – i denne saken midlertidig og fast ansatte. Som vi så ovenfor om art. 157, er menn og kvinner en annen sammenlignbar likebehandlingskategori. Retten understreket at nasjonale myndigheter, fortrinnsvis nasjonale domstoler, må anvende prinsippet om ikke-diskriminering både når de tar stilling til hva som inngår i «pay» og hvilket nivå «pay» har. I avsnitt 130 uttales det:

«It follows that, in establishing both the constituent parts of pay and the level of those constituent parts, the national competent bodies must apply to fixed-term workers the principle of non-discrimination as laid down in Clause 4 of the framework agreement.»

Riktignok har uttalelsene tilknytning til direktivet og rammeavtalen det vedrører. Men de er likevel egnet til generalisering fordi ikke-diskrimineringsprinsippet er et

⁴⁶ Sak C-268/06 *Impact* (sisert ovenfor) avsnitt 124.

⁴⁷ *Ibid.* avsnitt 129.

«principle of Community social law which cannot be interpreted restrictively».⁴⁸ Man kan således si at domstolen med sin praksis bidrar til å sikre nettopp dette prinsippet, i stedet for å bidra til å utvide EUs kompetanse til å omfatte regulering av lønnsfastsettelse, *nivået* på enkeltkomponenter eller nivået på det samlede vederlaget til en arbeidstaker. EU-domstolens konklusjon i *Impact* var at uttrykket «employment conditions», slik det brukes i rammeavtalen i direktivet, omfatter både lønn («pay») og pensjoner.

Ut fra det jeg har sagt om kompetansebestemmelsen i art. 153 nr. 5 innledningsvis, hvordan kan så EU-domstolens argumentasjon og konklusjon i disse to sakene plasseres i et bredere perspektiv? For det første stadfester domstolen at «pay» har den funksjon at begrepet avgrenser EUs kompetanse mot fastsettelse av lønn og lønnsnivå og ikke alle forhold vedrørende «pay». Det må med andre ord legges til grunn en snever fortolkning av begrepet. Denne avklaringen har en side til det som ofte betegnes som «negativ integrasjon» i EU-retten.⁴⁹ Uttrykket brukes litt forenklet sagt om tilfeller der eksisterende regler setter rammer på områder der EU ikke har positiv lovgivningskompetanse.⁵⁰ At Unionen mangler kompetanse på et felt, innebærer således ikke at statene har ubegrenset frihet. EU-domstolens tolkning av rekkevidden av TFEU art. 153 nr. 5 i *Alonso* og *Impact* kan betraktes på denne måten. Andre EU-regler, i dette tilfellet art. 153 nr. 1-4, ville blitt fratatt mye av sitt innhold («deprived of much of their substance») dersom det legges til grunn en vidtfavnende tolkning av unntaket for «pay».⁵¹

⁴⁸ Sak C-268/06 *Impact* (sitert ovenfor) avsnitt 114.

⁴⁹ «Negativ integrasjon» forekommer på tvers av områder i EU-samarbeidet. Se for eksempel Evju (2011) s. 293-296, som behandler «negativ integrasjon» i relasjon til streikerett/lock-out, utstasjoneringsdirektivet og avgjørelsen i sak C-341/05 *Laval un Partneri Ltd* mot *Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan* og *Svenska Elektrikerförbundet*, Saml. 2007 s. I-11767.

⁵⁰ Når kompetanse foreligger og EU vedtar harmoniserende lovgivning, tales det gjerne om «positiv integrasjon». Dashwood (2011) s. 412-413 skriver om dette og «negativ integrasjon» i tilknytning til fri flyt av varer.

⁵¹ Sak C-268/06 *Impact* (sitert ovenfor) avsnitt 125.

For det andre er avgjørelsene en påminnelse om at en bør være forsiktig med systemslutninger, som eksempelvis at «pay» er noe annet enn «working conditions» fordi uttrykkene er plassert på forskjellige steder i samme artikkel, eller basert på at det ikke uttrykkelig er foreskrevet at «pay» skal inngå i «working conditions» eller «employment conditions». I *Impact* satte EU-domstolen fokus på følgene av en slik tilnærming:

«As submitted by both Impact and the Commission, to interpret Clause 4 of the framework agreement as categorically excluding from the term ‘employment conditions’ for the purposes of that clause financial conditions such as those relating to remuneration and pensions, effectively reduces – contrary to the objective attributed to that clause – the scope of the protection against discrimination for the workers concerned by introducing a distinction based on the nature of the employment conditions, which the wording of that clause does not in any way suggest» (min understreking).⁵²

Økonomiske betingelser kan altså ikke holdes utenfor art. 4 i direktiv 1999/70/EF. Det ville medføre at man introduserte et skille mellom slike (økonomiske vilkår) og andre arbeidsvilkår, alene basert på karakteren av vilkåret. Følgen av et slikt skille er igjen at man uthuler den beskyttelsen ikke-diskrimineringsprinsippet sikrer arbeidstakere. Det, bemerket domstolen, kan ikke på noen måte utledes av ordlyden i direktivet. I tråd med konklusjonen i *Alonso* og det siterte avsnitt fra *Impact*, må det samme gjelde forholdet mellom «pay» og «working conditions» i TFEU art. 153.

2.2.3 Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter – stadfesting av likelønnsprinsippet

Den Europeiske Unions charter om grunnleggende rettigheter (Charteret) ble vedtatt samtidig med endringene som fulgte av Nicetraktaten fra 2001. Det inneholder de viktigste materielle og prosessuelle rettigheter sikret i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), Europarådets sosialpakt av 1961 og Felleskapscharteret om grunnleggende sosiale rettigheter for arbeidstakere fra 1989

⁵² Sak C-268/06 *Impact* (sitert ovenfor), avsnitt 115.

(mer om de to sistnevnte i punkt 2.3).⁵³ Artikkel 23 står i kapittel 3 (Title III) som har overskriften «Equality». Bestemmelsen er i likhet med TFEU art. 157 en likebehandlingsregel, men har et større nedslagsfelt:

«Equality between women and men must be ensured in all areas, including employment, work and pay» (mine understrekninger).

Påbudet referer seg til likebehandling mellom kvinner og menn. Bestemmelsen er dessuten generell i sin utforming – likebehandling av kjønn skal sikres på alle områder av samfunnslivet. Den skiller seg fra funksjonsmåtetraktatens art. 157 på to måter. For det første ved at den ikke er begrenset til arbeidslivsområdet, selv om den uttrykkelig nevner arbeid og lønn. At de tydeliggjøres på denne måten, gir imidlertid en indikasjon på at likebehandling i arbeidssammenheng er et prioritert område. For det andre står kvinner først i denne bestemmelsen. Hvorvidt det er et resultat av en bevisst overveielse, er ikke godt å si. Fra avhandlingens perspektiv er det spørsmålet om hva «pay» betyr, som dukker opp på nytt. Charteret gir ikke noen holdepunkter til klargjøring.

Slik «pay» står i bestemmelsen, synes begrepet å ha samme funksjon som likelønnsbestemmelsen i funksjonsmåtetraktaten – likebehandling av menn og kvinner med hensyn til lønn. Charteret benytter imidlertid ikke ordet «equal» i direkte tilknytning til «pay», men sammenhengen mellom dem fremgår klart når bestemmelsen ses under ett. Grunntanken er altså den samme her. Innebærer dette at man kan gå til definisjonen av «pay» i art. 157 for å forstå det samme begrepet i Charteret? I fravær av annen veiledning kan en slik fremgangsmåte være nærliggende. Mangel på klar henvisning tilsier imidlertid tilbakeholdenhet. Svaret bør heller søkes i Charterets rettslige status i EU-lovgivningen som et hele.

I fortalen annet avsnitt fremheves det at unionssamarbeidet bygger på demokrati- og rettsstatsprinsippet, med universielle verdier som menneskets verdighet, frihet, likhet og solidaritet. Charterets formål er å stadfeste og styrke de grunnleggende rettighetene for

⁵³ Barnard (2006) s. 28.

Unionens borgere ved å bidra til ytterligere synliggjøring av disse, i tillegg til plassen traktatene og sekundærlovgivningen tildeler dem. Før Lisboatraktatens ikrafttredelse var Charteret ikke ansett som rettslig bindende, men mer som en høytidelig proklamasjon.⁵⁴ I teorien ble det hevdet at Charteret hadde en soft law-status,⁵⁵ selv om en rekke generaladvokater, Førsteinstansretten, Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) og nasjonale domstoler mer eller mindre hyppig viste til det.⁵⁶ Noen forfattere hevder at generaladvokatene var de første til å vise til Charteret.⁵⁷ I og med Lisboatraktatens ikrafttredelse ble dets rettskildemessige status anerkjent og klargjort med en henvisning direkte i TEU art. 6 nr. 1. Traktatbestemmelsen fastsetter nå at Charteret har samme rettslige verdi som traktatene, og betydningen som et rettslig bindende dokument har økt.

Selv med denne klargjøringen kan det spørres hvilken selvstendig verdi Charteret egentlig har eller vil få i fremtiden ved siden av traktatene. Reguleringsene har selv bestemmelser om forholdet mellom dem. I unionstraktaten art. 6 står det at « [t]he provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties». Artikkel 51 nr. 2 i Charteret uttrykker noe tilsvarende med: «The Charter does not extend the field of application of Union law beyond the powers of the Union or establish any new power or task for the Union, or modify powers and tasks as defined in the Treaties.» I art. 52 nr. 2 bestemmes det videre: «Rights recognised by this Charter for which provision is made in the Treaties shall be exercised under the conditions and within the limits defined by those Treaties.» Bestemmelsene kan gi inntrykk av at Charteret innehar en slags sekundær stilling i forhold til traktatene hva gjelder direkte anvendelse, selv om det like fullt er rettslig bindende. Det taler igjen for at Charterets bestemmelser kanskje ikke i seg selv er ment å håndheves for en

⁵⁴ Barnard (2010) s. 421, se note 29.

⁵⁵ Bjørst (2005) s. 99. Uttrykket «soft law» slik det brukes i internasjonal rett, er ikke alltid et entydig begrep. Der det enkelte ganger forbeholdes ikke-bindende normer, brukes det andre ganger om bindende regler med en «svakere rettslig styrke» enn andre formelt vedtatte rettsregler («hard law»). I EU-sammenheng hender det også at det brukes om ikke-bindende resolusjoner, handlingsprogrammer og chartere. Se om formål soft-law kan tjene i Watson (2009) s. 33-34.

⁵⁶ Slik også Barnard (2006) s. 31.

⁵⁷ Neergaard og Nielsen (2010) s. 202.

domstol, men heller som underliggende grunnlag for lovgivningen som effektuerer rettighetene og prinsippene fastsatt i det. Men EU-domstolen har i den senere tid begynt å fremheve Charteret i sine avgjørelser.⁵⁸ Fra september til november 2011 er det vist til det i hele 7 ulike saker.⁵⁹ Det er likevel usikkert om Charteret, til tross for EU-domstolens mer aktive forhold til det, har fått økt selvstendig rettslig betydning. Inntrykket av domstolens praksis hittil er at Charteret ikke øver direkte innvirkning på konklusjonen. Oppfatningen kan dog raskt endre seg.

For denne fremstillingens vedkommende har det etter mitt syn lite for seg å undersøke «pay» slik det benyttes i Charteret isolert sett, uten å først undersøke enkeltbestemmelser i resten av EU-lovgivningen som bygger på og konkretiserer det i likebehandlingsammenheng. Dersom forståelsen i andre reguleringer ikke skaper noen problemer, har forståelsen av «pay» i Charteret underordnet betydning. Det kan kanskje likevel sies å ha egenverdi at likelønnsprinsippet omtales spesielt i Charteret.

2.3 «Pay» i sekundærlovgivningen

2.3.1 Introduksjon

Funksjonsmåtetraktaten benytter «pay» i likelønnsammenheng og i relasjon til kompetanse. Begrepet er imidlertid også ofte brukt i sekundærlovgivningen, fortrinnsvis i direktivene. Noen av disse har likebehandling som primærformål. For eksempel er likebehandlingsdirektiv 2006/54/EF vedtatt med hjemmel i TFEU art. 157 nr. 3, og deler av direktivet viderefører og utvikler likelønnsprinsippet mellom kjønn fastsatt i

⁵⁸ Se for eksempel sak C- 555/07 *Seda Küçükdeveci mot Swedex GmbH & Co. KG.*, Saml. 2010 side I-365 (avsnitt 22).

⁵⁹ Se sak C-447/09 *Reinhard Prigge and Others mot Deutsche Lufthansa AG.*, Saml. 2011 s. 0000, forente saker C-483/09 og C-1/10 *Criminal proceedings against Magatte Gueye (C-483/09) and Valentín Salmerón Sánchez (C-1/10)*, Saml. 2011 s. 0000, sak C-155/10 *Williams and Others mot British Airways plc*, Saml. 2011 s.0000, forente saker C-244/10 og C-245/10 *Mesopotamia Broadcast A/S METV (C-244/10) and Roj TV A/S (C-245/10) mot Bundesrepublik Deutschland*, Saml. 2011 s. 0000, forente saker C-297/10 og C-298/10 *Sabine Hennigs (C-297/10) mot Eisenbahn-Bundesamt og Land Berlin (C-298/10) mot Alexander Mai*, Saml. 2011 s. 0000, sak C-405/10 *Criminal proceedings against Özlem Garenfeld*, Saml. 2011 s. 0000 og sak C-256/11 *Murat Dereci and Others mot Bundesministerium für Inneres*, Saml. 2011 s. 0000.

TFEU art. 157.⁶⁰ Likebehandling, blant annet med hensyn til «pay» er videre et sentralt formål i rasediskrimineringsdirektivet og ikke-diskrimineringsdirektivet.⁶¹ Disse bygger imidlertid på et annet hjemmelsgrunnlag enn TFEU art. 157. Også i direktiver som i utgangspunktet regulerer andre forhold enn likebehandling, er «pay» et begrep. Direktivene utgjør det store flertall av reguleringer og under dette punktet behandles de nevnte og noen flere direktiver. Siktemålet er å se på begrepets funksjon, og kartlegge sammenhenger mellom reguleringene.

2.3.2 EUs likebehandlingsdirektiver - «pay» i tre ulike sammenhenger

Som vi har sett i både TFEU art. 157 og Charteret art. 23, er likebehandling av menn og kvinner en sentral agenda i arbeidsrettslige reguleringer fra EU. Det sentrale direktiv med samme formål er samledirektiv 2006/54/EF om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrkesdeltagelse (likebehandlingsdirektivet). Direktivet er en kodifisering og utvikling av en rekke sentrale likebehandlingsdirektiver fra tiden før dets tilblivelse. Den konsoliderte teksten reflekterer samtidig relevant rettspraksis frem til vedtagelsen, jf. fortalen punkt. 1.⁶² Likebehandlingsdirektivet regulerer først og fremst *likebehandling* av og *like muligheter* for menn og kvinner på flere områder innenfor arbeid og yrkesdeltagelse. Reglene gjelder en lang rekke forhold av betydning i arbeidsrettslige sammenhenger, herunder «pay», men direktivet bringer ingen vesentlige nyheter inn i det rettslige rammeverket vedrørende lønn.⁶³ Det dreier seg altså om mer enn prinsippet om lik lønn, men direktivet er ikke ment å gjelde generelt på samfunnslivet i sin helhet,

⁶⁰ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve (likebehandlingsdirektivet – omarbeiding, norsk tittel).

⁶¹ Rådsdirektiv 2000/43/EF av 29. juni 2000 om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av alle uansett rase eller etnisk opprinnelse og Rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse (yrke) og erhverv.

⁶² Likebehandlingsdirektivet er konsolidert med fire tidligere direktiver om likebehandling av kjønn samt endringsdirektiver til disse. De opprinnelige direktivene er: likelønnsdirektiv 75/117/EØF, likebehandlingsdirektiv 76/207/EØF, direktiv 86/378/EØF om likebehandling med hensyn til sosiale sikrings- og trygdeordninger og bevisbyrdedirektiv 97/80/EF, jf. Annex 1, Part A i konsolideringsdirektivet. De nevnte direktivene ble opphevet med 2006/54/EF fra og med 15. august 2009, jf. dets art. 34.

⁶³ Steiner og Woods (2009) s. 608.

jf. dets tittel og art. 1. Direktivet gjør bruk av begrepet «pay» i flere bestemmelser, hvor fire er spesielt interessante.⁶⁴ Artikkel 1 uttrykker at formålet er å sikre prinsippet om likebehandling mellom menn og kvinner, og fastsetter at prinsippet skal gjelde i forhold til blant annet «working conditions, including pay», jf. bokstav b.

Bestemmelsen følges opp av art. 2 nr. 1 bokstav (e) som definerer «pay» for direktivets vedkommende. Definisjonen svarer fullt ut til den som er gitt i art. 157 nr. 2⁶⁵ og direktivet er som nevnt vedtatt med hjemmel i EF-traktaten art. 141 nr. 3 (tilsvarende TFEU art. 157 nr. 3 idag), altså samme artikkel. I fortalen punkt 8 heter det at likelønnsprinsippet i traktaten «...constitutes an important aspect of the principle of equal treatment between men and women and an essential and indispensable part of the *acquis communautaire*⁶⁶, including the case-law of the Court concerning sex discrimination. It is therefore appropriate to make further provision for its implementation». Direktivet er altså en forlengelse og konkretisering av traktatbestemmelsen, i alle fall hva gjelder bestemmelser om lønn. En forskjell er likevel at direktivet sett under ett ikke er begrenset til lønn. Men begrepet «pay» har samme funksjon i direktivet som i traktaten – likebehandling av kjønn i relasjon til lønn. De karakteristika jeg har fremhevet i tilknytning til art. 157 er dermed overførbare til «pay» i likebehandlingsdirektivet.

⁶⁴ En bestemmelse som ikke behandles nærmere her er art. 21 hvor medlemsstatene oppmuntres til å iverksette tiltak som fremmer sosial dialog mellom arbeidslivets parter. Som ledd i dette skal det legges til rette for at arbeidsgivere regelmessig gir informasjon til arbeidstakere/deres representanter om likebehandling av kjønn på arbeidsplassen, derunder om «pay» og «pay differentials». Videre nevnes begrepet «pay» stadig i direktivets fortale.

⁶⁵ Den eneste forskjellen er at arbeidstakerbegrepet («worker») er gjort kjønnsnøytralt med tillegget «her» ved siden av «his». Tilføyelsen av pronomenet «her» (hennes) i definisjonen fungerer som et virkemiddel for å understreke formålet.

⁶⁶ «Acquis communautaire» betyr oversatt "det vi sammen er blitt enige om". Uttrykket betegner den samlede mengden av prinsipper, lover, praksis, plikter og målsettinger innenfor Den europeiske union. I hovedsak innebærer dette alle traktatene, all lovgivning fram til dags dato, alle dommer fra EF-domstolen, samt alle felles handlinger og bestemmelser innenfor det felles utenriks- og sikkerhetspolitiske området og i det politi- og strafferettslige samarbeidet. Definisjonen er hentet fra:
http://www.europaveien.no/index.php?option=com_content&task=view&id=686&Itemid=9.

Traktatens likelønnsprinsipp var tidligere fastsatt i likelønnsdirektivet (75/117/EØF). Med vedtagelsen av likebehandlingsdirektivet ble direktivet fra 1975 som nevnt opphevet, og prinsippet videreført i art. 4 i det nye likebehandlingsdirektivet. Selv med revisjonen korresponderer art. 4 i hovedsak med de relevante bestemmelser i likelønnsdirektivet.⁶⁷ Artikkel 4 er plassert i direktivets kapittel 1 med overskriften «Equal pay» og første avsnitt lyder:

«For the same work or for work to which equal value is attributed, direct and indirect discrimination on grounds of sex with regard to all aspects and conditions of remuneration shall be eliminated.»

En første forskjell er begrepsbruken i art. 4. Første ledd benytter begrepet «remuneration» som diskrimineringsparameter, mens det både i overskriften og i annet ledd står (equal) «pay». Denne inkonsekvensen drøftes i punkt 2.5.1 nedenfor. Men også en annen forskjell peker seg ut. Selv om innholdet i art. 4 i det alt vesentlige svarer til traktaten, er formidlingsformen annerledes. Artikkel 4 er formulert som et diskrimineringsforbud, og ikke et påbud om å sikre lik lønn. Regelen fastsetter forbud mot direkte og indirekte diskriminering på grunnlag av kjønn i relasjon til lønn, under forutsetning av at det dreier seg om likt arbeid eller arbeid av lik verdi. Når art. 4 på denne måten uttrykkelig forbyr direkte og indirekte diskriminering, kan man kanskje si at art. 4 i likebehandlingsdirektivet er en mer slagkraftig regel. I tillegg har den overskriften «Prohibition of discrimination». Traktatens likelønnsregel er ikke like klar på dette, selv det i nr. 2 står «Equal pay without discrimination based on sex means...». Artikkel 4 fremstår dessuten som mer presis og moderne fordi ordlyden tar høyde for rettspraksis fra EU-domstolen om likelønnsregelen i traktaten.⁶⁸ Nyansene til tross, det er likevel ikke tvilsomt at art. 4 er nært forbundet med, og avledet av TFEU art. 157.

Det kan spørres om likebehandling og (ikke-)diskriminering er to sider av samme sak, og om det kun handler om valg av positiv eller negativ betegnelse. Ofte brukes begrepene slik. I engelskspråklig litteratur skiller det imidlertid mellom likhet («equality») og likebehandling («equal treatment»). Det hevdes at «equality» og «non-discrimination» betyr det samme ut fra en

⁶⁷ Jf. KOM (2004) 279 endelig utgave s. 7 og 24.

⁶⁸ Se kap. 3 nedenfor om rettspraksis i tilknytning til TFEU art. 157.

semantisk tilnærming. Dersom man velger «equal treatment» som den korresponderende positive betegnelsen til «non-discrimination», hevdes det videre at førstnevnte rettslig sett ikke alltid fører til reell likhet («equality»). Videre er det diskusjon knyttet til valg av betegnelse og rettslige virkemidler i forhold til de mål man ønsker å oppnå.⁶⁹ I de EU-rettslige reguleringer jeg har undersøkt her, synes ikke diskrimineringsforbud eller likebehandlingspåbud å være gjort til gjenstand for slike overveielser i vesentlig grad. Begrepene forekommer om hverandre, likevel slik at direktivene stort sett holder seg til den positive formen «equal treatment».

Under dette punktet er det «pay» som er det sentrale og forbindelsen til traktaten blir ytterligere forsterket i likebehandlingsdirektivets art. 14, som også har overskriften «Prohibition of discrimination». Bestemmelsen viderefører (sammen med art. 15 og 16) det vesentlige av direktiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår.⁷⁰ Artikkel 14 i likebehandlingsdirektiv 2006/54/EF er et mer omfattende forbud mot kjønnsdiskriminering enn art. 4. Det er ikke begrenset til lønn men gir samtidig vern mot diskriminering i forhold til «employment and working conditions, including dismissals, as well as pay as provided for in Article 141 of the Treaty» (min understreking), jf. bokstav c. I likhet med art. 1 bokstav b er «pay» gjort likeverdig med «(employment and) working conditions» i relasjon til diskriminering. Bestemmelsen inneholder også en direkte henvisning til EF-traktaten art. 141 (TFEU art. 157) og lar med det innholdet i «pay», slik det brukes i direktivet, korrespondere med traktatens begrep. Kommisjonen understreket for øvrig i sitt endrede forslag til likebehandlingsdirektivet at «there are no different notions of pay in this Directive and in the EC Treaty and ...therefore the recast will not imply any changes to the principle of equal pay...».⁷¹ Henvisningen i art. 14 underbygger det som er sagt om forbindelsen mellom traktaten og direktivet. Dermed er det klart at art. 1, 2, 4 og 14 i likebehandlingsdirektivet, bruker «pay» i betydningen betaling for arbeid og at uttrykket må forstås på samme måte som i TFEU art. 157.

⁶⁹ Schiek (2007) s. 26 flg. med videre henvisninger.

⁷⁰ KOM (2004) 279 endelig utgave s. 18 og 27. Se også note 62 ovenfor.

⁷¹ KOM (2005) 380 endelig utgave s. 8.

Observasjonene av likebehandlingsdirektivet reiser likevel noen spørsmål. For det første om forholdet mellom likelønn i art. 4 og generell likebehandling i art. 14. Er det egentlig nødvendig med særskilt regulering av «equal pay» når det generelle diskrimineringsforbudet også omhandler «pay»? Intuitivt ser art. 14 ut til å konsumere likelønnsregelen i direktivet art. 4. At likelønn og likebehandling med hensyn til lønn mellom menn og kvinner er regulert i to ulike bestemmelser i likebehandlingsdirektivet har imidlertid en historisk forklaring. Før likebehandlingsdirektivet fra 2006 ble vedtatt, var likebehandling av menn og kvinner i relasjon til lønn, og likebehandling i relasjon til andre arbeidsvilkår enn lønn, regulert av to ulike direktiver. Det var som nevnt ovenfor, henholdsvis direktiv 75/117/EØF og direktiv 76/207/EØF. Et tilbakevendende spørsmål har vært om «pay» er en del av «working/employment conditions». EU-domstolen har i relasjon til direktiv 76/207/EØF om likebehandling av menn og kvinner fremholdt at «pay» ikke var omfattet av begrepet «working conditions» slik det stod i direktivet, men i stedet regulert av likelønnsdirektiv 75/117/EØF.⁷² Prinsippet om likelønn har imidlertid hatt traktatforankring siden EU-samarbeidets begynnelse, hvilket har resultert i en betydelig mengde rettspraksis som bidrag til fortolkningen. Med kodifiseringen ble likelønn og likebehandling samlet i et direktiv, men i to separate bestemmelser.

Barnard stiller spørsmål om ikke vedtagelsen av direktiv 2006/54/EF ytterligere utvisker distinksjonen mellom «pay» og andre ansettelsesvilkår, fordi begge nå er samlet under ett og samme diskrimineringsforbud.⁷³ Og videre om «the equal treatment and the equal pay regimes have become merged, despite the Court's careful attempts to distinguish their different fields of application».⁷⁴ Barnard legger dog til grunn at verken fortalen til likebehandlingsdirektivet, eller forarbeidene tyder på at meningen var

⁷² Jf. Sak C-268/06 *Impact* (sisert ovenfor) avsnitt 117. Se også sak C-342/93 *Joan Gillespie m. fl. mot Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board og Southern Health and Social Services Board*, Saml. 1996 s. I-475 (avsnitt 24), sak C-313/02 *Nicole Wippel mot Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, Saml. 2004 s. I-9483 (avsnitt 29 til 33) og sak C-191/03 *North Western Health Board mot Margaret McKenna*, Saml. 2005 s. I-7631 (avsnitt 30).

⁷³ Barnard (2006) s. 344 som også bruker EU-domstolens romslige syn på definisjonen av «pay» som grunnlag for spørsmålet. Ytelser som med tiden har blitt inkludert i «pay», behandles i kap. 3.

⁷⁴ Barnard (2006) s. 394.

å forene likebehandling og likelønn mellom menn og kvinner. Bakgrunnen er først og fremst at likebehandlingsreglene gir adgang til å gjøre unntak, hvilket likelønnsprinsippet ikke gir adgang til.⁷⁵ Barnard antar videre at «the equal pay legislation appears to go beyond the non-discrimination model», blant annet under henvisning til at formålet med likelønnsprinsippet har vært å eliminere underbetaling i kvinnedominerte yrker.⁷⁶ Rettspraksis etter at Barnards bok kom ut, synes ikke å ha avklart dette slik at spørsmålet fortsatt er åpent.

For avhandlingens formål er det uansett forståelsen av «pay» som er det interessante. Med henvisningen i art. 14, er det klart at «pay» i TFEU art. 157 og likebehandlingsdirektivet er sammenfallende. Det gjelder desto mer når definisjonen i direktivets art. 2 nr. 1 bokstav e er identisk. At art. 4 benytter «remuneration», ser ikke ut til å ha noen betydning all den tid bestemmelsen i realiteten regulerer akkurat det som TFEU art. 157. Det er heller en indikasjon på at begrepet sidestilles med «pay».

I tillegg til direktiv 2006/54/EF, finnes to andre aktuelle direktiver med likebehandling som primærformål. Det er direktiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uansett rase eller etnisk opprinnelse (rasediskrimineringsdirektivet) og direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til arbeid og yrkesdeltagelse (ikke-diskrimineringsdirektivet). Som titlene indikerer skiller disse direktivene seg fra likebehandlingsdirektivet ved at likebehandlingen skal omfatte helt andre faktorer enn kjønn. Det dreier seg om andre likebehandlingsgrunnlag. Men de gjør like fullt bruk av «pay», og begrepet har en likebehandlingsfunksjon. Dertil kommer at de har et annet rettsgrunnlag i EF-traktaten, art. 13 (TFEU art. 19). Artikkel 19 står i TFEU del 2 om ikke-diskriminering og unionsborgerskap og er en hjemmelsbestemmelse som rekker videre enn art. 157 nr. 3.⁷⁷

⁷⁵ For eksempel kan medlemsstatene gjøre unntak etter art. 14 nr. 2 i likebehandlingsdirektivet.

⁷⁶ Barnard (2006) s. 358.

⁷⁷ Ordlyden i EF-traktaten art. 13 er i det vesentlige ført videre i TFEU art. 19 som lyder: «Without prejudice to the other provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.»

Artikkel 157 nr. 3 begrenser seg til insentiver knyttet til å sikre prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i arbeidslivet, herunder likelønnsprinsippet. Om denne forskjellen har noen betydning, gjenstår å se. Ikke-diskrimineringsdirektivet er et rammedirektiv som er ment å motvirke diskriminering (motsetningsvis fremme likebehandling) på grunnlag av religion eller tro, funksjonshemming, alder eller seksuell orientering hva gjelder arbeid og yrkesdeltagelse. Rasediskrimineringsdirektivet er på sin side mer generelt avfattet. Dets virkeområde omfatter også andre områder i tillegg til arbeidslivet, slik som eksempelvis utdanning, sosial beskyttelse, tilgang til varer og tjenester som er tilgjengelige for allmenheten, m.m. Med andre ord kan man si at mens rammedirektivet har vide diskrimineringsforbud og snevert virkeområde (arbeidslivet), er tilfellet motsatt for rasediskrimineringsdirektivet som har snevre diskrimineringsforbud (rase/etnisk opprinnelse) og et vidt anvendelsesområde, jf. art. 1 i begge direktiver.

Direktiv 2000/43/EF og 2000/78/EF er to av tre direktiver som per i dag utgjør EUs sekundærlovgivning på diskriminerings-/likebehandlingsområdet. Det tredje, som danner «diskrimineringspakken» er direktiv 2004/113/EF om likebehandling av menn og kvinner ved adgang til og levering av varer og tjenester (behandles ikke i denne fremstillingen). Kommisjonen fremmet 2. juli 2008 forslag til et nytt rådsdirektiv om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uansett religion eller tro, funksjonshemming, alder eller seksuell orientering.⁷⁸ Formålet er å gjennomføre det nevnte likebehandlingsprinsippet også *utenfor* arbeidsmarkedet og det er meningen at forslaget skal supplere de allerede eksisterende direktiver. Per 13. januar 2012 er direktivet ikke vedtatt i EU.⁷⁹

Begrepet «pay» forekommer i en bestemmelse i både ikke-diskrimineringsdirektivet og i rasediskrimineringsdirektivet. Artikkelnr. er det samme og det gjelder for alle praktiske formål også ordlyden. I denne sammenheng er det derfor tilstrekkelig å sitere artikkel 3 nr. 1 om anvendelsesområde («Scope») i ikke-diskrimineringsdirektivet, som bestemmer at:

⁷⁸ KOM (2008) 426 endelig utgave.

⁷⁹ Neste steg er vedtak i Rådet, se nærmere om prosessen på:
http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=197196.

«Within the limits of the areas of competence conferred on the Community, this Directive shall apply to all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies, in relation to:

...

(c) employment and working conditions, including dismissals and pay;

...» (min understreking).

I motsetning til TFEU art. 157 nr. 2 og likebehandlingsdirektivet gis det her ikke noen definisjon av hva som nærmere bestemt menes med «pay». Direktivene gir heller ikke andre klargjørende holdepunkter for å anta noe om hvordan «pay» er å forstå. Men art. 3 nr. 1 sammen med bokstav c forteller i alle fall at direktivene finner anvendelse på «pay», og at begrepet samtidig er ansett å være en del av «employment og working conditions». Som følge av at direktivene er relativt nye, finnes heller ingen relevant rettspraksis fra EU-domstolen.

Spørsmålet er dermed om «pay» i ikke-diskrimineringsdirektivet og rasediskrimineringsdirektivet kan fastlegges på samme måte som i direktiv 2006/54/EF – altså i samsvar med TFEU art. 157. For et bekreftende svar taler at funksjonen «pay» har er den samme selv om det teknisk sett benyttes i ulike reguleringer. Det er likebehandling i relasjon til «pay» som er det sentrale. Selv om likebehandling av kjønn er noe annet, er det de samme underliggende hensyn som gjør seg gjeldende. Det synes derfor ikke å være noen grunn til å oppstille et skille med hensyn til forståelsen av «pay» basert på at likebehandlingsgrunnlagene er ulike.

Dessuten gir fortalen til ikke-diskrimineringsdirektivet punkt 13 en interessant pekepinn. Der står det at direktivet ikke skal gjelde:

«social security and social protection schemes whose benefits are not treated as income within the meaning given to that term for the purpose of applying Article 141 of the EC Treaty» (min understreking).

Det er bemerkelsesverdig at det vises til artikkel 141 (idag TFEU art. 157) med uttrykket «income», når definisjonen i bestemmelsen tar for seg innholdet i begrepet «pay». Formålet med henvisningen er riktignok å foreta en negativ avgrensning av ytelser som ikke skal omfattes av direktivet. Men det faktum at det uttrykkelig vises til traktatens likelønnsregel, sammenholdt med at «pay» forekommer i en eneste bestemmelse i direktivet uten selvstendig definisjon, underbygger oppfatningen om at EU-lovgiver antagelig har ment at «pay» i ikke-diskrimineringsdirektivet kan fastlegges med utgangspunkt i eller fullt ut i samsvar med traktaten. Rasediskrimineringsdirektivet inneholder ikke noe lignende, men det tematiske forholdet til ikke-diskrimineringsdirektivet og nærheten i tid hva angår vedtagelse, taler for at oppfatningen kan gjøres gjeldende også for dette direktivet. Noen sikker løsning på spørsmålet om «pay» i rasediskrimineringsdirektivet og ikke-diskrimineringsdirektivet kan forstås på tilsvarende måte som i TFEU art. 157 og likebehandlingsdirektiv 2006/54/EF, finnes ikke. Det er dog et viktig argument at Kommisjonen i tilknytning til vedtagelsen av likebehandlingsdirektiv 2006/54/EF uttalte:

«Legislation ensuring equal treatment between men and women in the area of employment and occupation adopted under and/or covered by Article 141 EC should, for all areas covered, use the same concepts as those used in the legislation adopted recently such as Directive 2002/73/EC amending Directive 76/207/EEC, as well as in similar legislation adopted under Article 13 EC, to combat discrimination on grounds other than sex, insofar as the latter also concerns the area of employment, in order to ensure legal and political coherence between pieces of legislation, which have similar objectives.»⁸⁰

Rasediskrimineringsdirektivet og ikke-diskrimineringsdirektivet er vedtatt med hjemmel i nettopp EF-traktaten art. 13 (TFEU art. 19) og handler om å motvirke diskriminering på andre grunnlag enn kjønn. Som Kommisjonen treffende bemerker – reguleringene bør benytte de samme begreper når formålet er likt, uavhengig av om diskrimineringsgrunnlagene er ulike. Viktig er det også at samtlige direktiver jeg har behandlet under dette punktet, i tråd med uttalelsen, gjelder for arbeidslivet.

⁸⁰ KOM (2004) 279 endelig utgave s. 22.

2.3.3 Utstasjoneringsdirektivet og «minimum rates of pay»

Direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (utstasjoneringsdirektivet)⁸¹ har en aktuell bestemmelse om «pay». Direktivets formål er å samordne medlemsstatenes lovgivning med hensyn til å fastsette kjerneregler for minimumsvern av arbeidstakere som midlertidig og i arbeidsøyemed sendes til et annet land (vertsstaten). Reglene er adressert til og skal overholdes av arbeidsgivere som yter tjenester i staten arbeidstakeren sendes til, men det er medlemsstatenes ansvar å påse at dette skjer. Utstasjoneringsdirektivet balanserer hensynet til fri bevegelighet for tjenester med hensynet til respekt for arbeidstakeres rettigheter. Ikke sjelden assosieres motvirkning av «sosial dumping» med utstasjoneringsdirektivet.⁸² I artikkel 3 nr. 1 med overskriften «Terms and conditions of employment» heter det:

«Member States shall ensure that, whatever the law applicable to the employment relationship, the undertakings referred to in Article 1 (1) guarantee workers posted to their territory the terms and conditions of employment covering the following matters which, in the Member State where the work is carried out, are laid down:

- by law, regulation or administrative provision, and/or
- by collective agreements or arbitration awards which have been declared universally applicable within the meaning of paragraph 8, insofar as they concern the activities referred to in the Annex: ...» (min understreking).⁸³

⁸¹ Direktivet blir kalt både utstasjoneringsdirektivet (i dansk språkversjon) og utsendingsdirektivet (i norsk oversettelse). Her brukes utstasjoneringsdirektivet.

⁸² På samme måte har mange relatert EU-domstolens avgjørelse i sak C-113/89 *Rush Portuguesa Lda* mot *Office national d'immigration*, Saml. 1990 s. I-1417, som en direkte forløper til direktivet. Evju (2010) s. 154 flg. behandler direktivet fra tiden før det ble vedtatt og utviklingen frem til i dag. I artikkelen går Evju inn på at direktivets forhistorie er lenger og mer kompleks enn bare avgjørelsen i *Rush*.

⁸³ Artikkel 3 nr. 1 er samtidig en lovvalgsregel ved at den utpeker vertsstatens regler som gjeldende på de områder den selv lister opp uavhengig av «whatever ...law applicable to the employment relationship». Siden direktivet er et minimumsdirektiv, gjelder dette med den reservasjon at vertsstatens regler er gunstigere for arbeidstakeren enn de regler som ellers regulerer arbeidsforbeholdet. Ellers vil arbeidskontraktens lovvalg gå foran, jf. artikkel 3 nr. 7. Se også fortalen punkt 6-11.

I de følgende bokstavene a) til g) angir art. 3 nr. 1 på hvilke områder utstasjonerte arbeidstakere skal sikres verstslandets vilkår. Den relevante her er bokstav c) hvor det heter:

«the minimum rates of pay, including overtime rates; this point does not apply to supplementary occupational retirement pension schemes» (min understreking).

Vi ser at også utstasjoneringdirektivet benytter begrepet «pay», dog i en annen form. Direktivet skal sikre minimum «pay», og vi har altså å gjøre med en angivelse av nivå på de utstasjonerte arbeidstakernes beskyttelse. Medlemsstatene skal påse at tjenesteytere som utstasjonerer arbeidstakere til deres territorium, sikrer disse minstelønn, inkludert overtidsbetaling. I annet avsnitt sies det mer om hvordan minimum «pay» er å forstå:

«For the purposes of this Directive, the concept of minimum rates of pay referred to in paragraph 1 (c) is defined by the national law and/or practice of the Member State to whose territory the worker is posted».

Det er overlatt til den aktuelle medlemsstat selv å definere hva som skal inngå i «minimum rates of pay» gjennom lovgivning eller praksis. Direktivet legger på denne måten opp til at det finnes like mange minstelønnsbegrep som medlemsstater og arbeidsrettssystemer. Det gjøres ingen kobling til definisjoner i andre EU-reguleringer, for eksempel til TFEU art. 157. Henvisningen til minstelønn skaper en utfordring for medlemsstater i EU som ikke har minstelønnsregulering. For eksempel fastsetter ikke svensk lovgivning noen minstelønn som nevnt i direktivet. Skal minstelønn da bety alminnelig lønn i vertsstaten for den type arbeid den utstasjonerte arbeidstakeren er satt til å gjøre?⁸⁴ Artikkel 3 nr. 7 annet avsnitt gir i alle fall noe veiledning:

⁸⁴ Blant annet dette spørsmålet var oppe i sak C-341/05 *Laval*. Heller ikke i Norge er det en nasjonalt fastsatt minstelønn. I Norge skjer lønnsdannelsen først og fremst gjennom tariffavtaler mellom fagforeninger og arbeidsgivere/arbeidsgiverforeninger for bestemte områder og sektorer, mens lovgivningen som bakgrunnsrett fastsetter et minstevern av rettigheter. Se om dette i Storeng (2011) s. 188.

«Allowances specific to the posting shall be considered to be part of the minimum wage, unless they are paid in reimbursement of expenditure actually incurred on account of the posting, such as expenditure on travel, board and lodging.»

Bestemmelsen fastsetter at ytelser som gjelder spesielt for utstasjoneringen, skal betraktes som en del av minstelønnen, med mindre det er tale om godtgjørelser som tilbakebetales for faktisk påløpte utgifter som følge av utstasjoneringen. Som eksempel på det siste nevnes reiseutgifter, kost og losji. Ellers så vi i art. 3 nr. 1 bokstav c at supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger ikke inngår i minstelønnen etter utstasjoneringsdirektivet. Slike ordninger er i stedet regulert av forordning 883/2004 (se punkt 2.5.3 nedenfor). Det betyr at utstasjoneringsdirektivets minstelønnsbegrep i utgangspunktet omfatter utsendingsspesifikke ytelser som eksempelvis tillegg for arbeid langt fra hjemmet, mens supplerende pensjonsordninger som følge av arbeidsavtalen ikke medregnes.

I direktivet har begrepet «(minimum rates of) pay» en vernefunksjon med intensjon om å sikre utstasjonerte arbeidstakere en minstelønn som ivaretar deres rettigheter og motvirker sosial dumping. Det korresponderer med et av direktivets formål. De to andre er «promotion of transnational provision of services» og «fair competition» mellom tjenesteytere etablert i forskjellige medlemsstater.⁸⁵ I tilknytning til formålene har et sentralt spørsmål vært hva slags krav vertsstaten kan stille til utenlandske tjenesteytere og nivået på slike.⁸⁶ EU-domstolen har i sin praksis uttalt at listen over områder i art. 3 nr. 1 er uttømmende i den forstand at vertsstaten ikke kan kreve at en tjenesteyter på vertsstatens territorium sikrer sine arbeidstakere *bedre* beskyttelse enn det som følger av minimumsreglene i direktivet.⁸⁷ Ettersom «... the concept of minimum rates of pay» i

⁸⁵ Se fortalen punkt 5.

⁸⁶ Evju (2010) s. 169-170.

⁸⁷ Se sak C-319/06 *Commission of the European Communities mot Grand Duchy of Luxembourg*, Saml. 2008 s. I-4323 (avsnitt 26) hvor EU-domstolen uttrykker dette klart. Det samme fulgte for så vidt også av sak C-341/05 *Laval* fra året før og sak C-346/06 *Dirk Ruffert mot Land Niedersachsen*, Saml. 2008 s. I-1989 fra samme år. Avgrensningen av direktivets formål på dette punkt har en side mot reglene om fri bevegelighet av tjenester og hva som utgjør en restriksjon. For utstasjoneringsdirektivet innebærer det at vertstaten ikke kan sikre utstasjonerte arbeidstakere bedre arbeids- og ansettelsesvilkår enn det som følger av direktivets ufravikelige regler om

utstasjoneringdirektivet defineres av medlemsstatenes nasjonale rett, jf. art. 3 nr. 1 annet avsnitt, er det følgelig det nasjonale minimum på de områder direktivet dekker som skal sikres de utstasjonerte arbeidstakerne.⁸⁸ Noen av domstolens avgjørelser diskuteres senere i avhandlingen, og som det vil fremgå, er minstelønn ikke det samme som vanlig lønn.⁸⁹ Domstolens føringer innebærer at vertsstaten som utgangspunkt ikke kan pålegge utenlandske tjenesteytere slike byrder som gjør konkurransen med tjenesteytere etablert i vertsstaten ufordelaktig, selv om hensikten er å «overoppfylle» forpliktelsene etter direktivet og dermed gi arbeidstakere høy grad av beskyttelse. Minimum eller minstelønn er således viktige stikkord i denne forbindelse.

2.3.4 Retten til betalt ferie etter arbeidstidsdirektivet

Direktiv 2003/88/EF om visse aspekter i forbindelse med tilretteleggelse av arbeidstiden (arbeidstidsdirektivet) er relevant fordi det fastsetter retten til betalt årlig ferie i art. 7 («annual leave»). Bestemmelsen lyder:

«Member States shall take the measures necessary to ensure that every worker is entitled to paid annual leave of at least four weeks in accordance with the conditions for entitlement to, and granting of, such leave laid down by national legislation and/or practice.

The minimum period of paid annual leave may not be replaced by an allowance in lieu, except where the employment relationship is terminated» (min understreking).

I uttrykket «paid annual leave» brukes «pay» i en litt annen (og bøyd) form enn i de andre reguleringene, men også her har vi like fullt å gjøre med betaling til arbeidstakere. I dette tilfellet er det betaling for ferie det er tale om. Uttrykket «paid annual leave» har som funksjon å sikre arbeidstakere en rettighet (betalt årlig ferie),

minimumsbeskyttelse på de opplistede områder. Beskyttelsesgraden som kan kreves av transnasjonale arbeidsgivere med hensyn til områdene listet opp i utstasjoneringdirektivet art. 3 nr. 1 første ledd, reguleres uttrykkelig av direktivet selv, jf. særlig *Laval* avsnitt 80 og *Rüffert* avsnitt 33.

⁸⁸ Se Evju (2010) s. 171 og 172.

⁸⁹ Se kap. 3, punkt 3.3.3 nedenfor.

uansett kjønn og stilling. Et tilsvarende uttrykk benyttes i Charteret art. 31 nr. 2 hvor det er nedfelt at enhver arbeidstaker har rett til «an annual period of paid leave». I likhet med Charteret, gir direktivets artikkel 7 ingen holdepunkter for å anta noe om omfanget av feriebetalingen.

Forståelsen av direktivbestemmelsen var oppe i en avgjørelse fra EU-domstolen av 15. september 2011, sak C-155/10 *Williams*.⁹⁰ Saken gjaldt uenighet om størrelsen på feriebetalingen til piloter ansatt i British Airways med hensyn til hvilke komponenter som skulle inngå (pilotenes lønn var sammensatt av tre ulike komponenter). EU-domstolen bemerket innledningsvis nettopp det faktum at art. 7 i arbeidstidsdirektivet ikke gir noen veiledning om omfanget av feriebetalingen, men fremholdt samtidig at:

«...[t]he case-law, however, points out that it follows from the very wording of Article 7(1) – a provision from which that directive allows no derogation – that every worker is entitled to paid annual leave of at least four weeks and that that right to paid annual leave must be regarded as a particularly important principle of Community social law.»⁹¹

Bestemmelsens karakter av grunnprinsipp i EU-retten som det ikke kan gjøres unntak fra, ser ut til å være utgangspunktet for domstolens tolkning. I den videre drøftelsen, og med henvisning til tidligere praksis, uttalte domstolen:

«the expression ‘paid annual leave’ in Article 7(1) of Directive 2003/88 means that, for the duration of ‘annual leave’ within the meaning of that directive, remuneration must be maintained and that, in other words, workers must receive their normal remuneration for that period of rest» (mine understreking).⁹²

Det klare utgangspunktet er altså at arbeidstakeren skal opprettholde sin vanlige lønn i ferieperioden, det vil si et beløp tilsvarende det som ville vært utbetalt om vedkommende hadde vært i en arbeidsperiode. Domstolen fremhevet videre at dette

⁹⁰ Sak C-155/10 *Williams m.fl. mot British Airways plc*, Saml. 2011 s. 00000.

⁹¹ *Ibid.* avsnitt 17.

⁹² *Ibid.* avsnitt 19.

utgangspunktet om normal lønn står like fast selv om fastsettelsen av en arbeidstakers alminnelige lønn skjer i medhold av bestemmelser og praksis styrt av lovgivningen i medlemsstatene. Ubetinget gjelder dette imidlertid ikke, og domstolen presiserte beregningen med noen generelle kriterier for hva som skal utgjøre feriebetaling kontra lønn under arbeid:

«Accordingly, any inconvenient aspect which is linked intrinsically to the performance of the tasks which the worker is required to carry out under his contract of employment and in respect of which a monetary amount is provided which is included in the calculation of the worker's total remuneration, such as, in the case of airline pilots, the time spent flying, must necessarily be taken into account for the purposes of the amount to which the worker is entitled during his annual leave.

By contrast, the components of the worker's total remuneration which are intended exclusively to cover occasional or ancillary costs arising at the time of performance of the tasks which the worker is required to carry out under his contract of employment, such as costs connected with the time that pilots have to spend away from base, need not be taken into account in the calculation of the payment to be made during annual leave.»⁹³

Domstolen går konkret til verks for å bestemme hva som skal inngå i ferielønnen og ikke. Feriebetalingen skal ikke alltid være lik den lønn arbeidstakeren mottar når det faktisk utføres arbeid. For de tilfeller der en arbeidstakers lønn består av flere komponenter oppstiller domstolen et slags tilknytningskrav. Til det som skal regnes med til beregningen av feriebetalingen hører de ytelser av arbeidstakerens lønn som er direkte knyttet til utførelsen av arbeidsoppgaver vedkommende er satt til å utføre. Det som ikke skal medregnes er ytelser (komponenter) som har en fjernere tilknytning til arbeidsoppgavene eller som har karakter av kostnadsrefusjon. Kostnadsrefusjon er ikke lønn og kan derfor heller ikke danne grunnlag for ferielønn. Med andre ord, når det ikke utføres noe arbeid, påløper det heller ikke kostnader.

⁹³ Sak C-155/10 *Williams* (sitert ovenfor), avsnitt 23-25.

EU-domstolens betraktninger i *Williams* er veiledende. Omfanget av retten til feriebetaling, og dermed størrelsen på beløpet, må fortsatt bestemmes konkret i hvert enkelt tilfelle på bakgrunn av slike kriterier som domstolen stilte opp. Sammenligningsgrunnlaget er arbeidstakerens normale lønn under arbeid.⁹⁴ Et sentralt hensyn i vurderingen er imidlertid at arbeidstakerens grunnleggende rett til betalt ferie ikke skal kunne uthules som følge av økonomisk usikkerhet. Arbeidsgiver skal heller ikke kunne spekulere i hvorvidt arbeidstaker vil ta ferie eller ikke. Arbeidstidsdirektivet er, i likhet med en rekke andre direktiver, et minimumsdirektiv, jf. art. 1 og art. 15. EU-retten er således ikke til hinder for at en arbeidstaker gis ferielønn som fullt ut korresponderer med og inkluderer alle komponenter tilsvarende den lønn arbeidstakeren har under arbeid. Faktum i *Williams*-saken er for øvrig et godt eksempel på det jeg nevnte i avhandlingens innledning om betydningen av problemstillingen. Begge parter i arbeidsforholdet hadde et uttalt behov for klargjøring av hvordan ferielønn skal beregnes, noe direktivet selv ikke gir.

2.3.5 Insolvensdirektivet og garanti for «pay»

På et ganske annet område møter vi «pay» i direktiv 2008/94/EF om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens (insolvensdirektivet). Direktivet avløser et tidligere direktiv og et endringsdirektiv om det samme.⁹⁵ I de arbeidsrettslige reguleringene jeg har behandlet til nå, har viktige hensyn vært eksempelvis likebehandling, sosial dumping, passende hvileperioder og ferie med betaling for å sikre realitet i en slik avkobling osv.

Insolvensreguleringen har en viss tilknytning til slike hensyn ved at direktivet fremmer et sosialt formål, og vern av arbeidstakere står sentralt, jf. fortalen punkt 3 samt art. 4 nr. 3. På et annet punkt skiller direktivet seg ut fordi det regulerer en risikooverføring fra arbeidstakeren til (medlems)staten i hensikt å garantere arbeidstakerens

⁹⁴ Sammenligningen og beregningen av ferielønn gjøres på grunnlag av et gjennomsnitt over en representativ referanseperiode, jf. *Williams* avsnitt 26.

⁹⁵ Rådskdirektiv 80/987/EØF av 20. oktober 1980 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens (insolvensdirektivet) endret ved Europaparlaments- og rådskdirektiv 2002/74/EF av 23. september 2002 om endring av rådskdirektiv 80/987/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens.

arbeidsvederlag og livsgrunnlag dersom arbeidsgiveren blir insolvent. Poenget er at arbeidstakere ikke skal bli skadelidende, og direktivet retter seg primært til medlemsstatene som pliktsubjekt ovenfor arbeidstakere. Plikten omfatter i første rekke opprettelse av en garantiinstitusjon. Slik sett fører direktivet med seg rettsvirkninger som rekker ut over forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Men «pay» har en funksjon også her, for vern av arbeidstakere og deres utestående lønnskrav. I likhet med de fleste arbeidsrettslige direktivene dreier insolvensdirektivet seg om minimumsbeskyttelse, og medlemsstatene står fritt til å sikre arbeidstakere bedre vilkår. Som ledd i å trygge arbeidstakere og deres vederlagskrav fastsetter art. 3 at:

«Member States shall take the measures necessary to ensure that guarantee institutions guarantee, subject to Article 4, payment of employees' outstanding claims resulting from contracts of employment or employment relationships, including, where provided for by national law, severance pay on termination of employment relationships. The claims taken over by the guarantee institution shall be the outstanding pay claims relating to a period prior to and/or, as applicable, after a given date determined by the Member States» (mine understrekinger).

Direktivet fastsetter at lønnsgarantien dekker arbeidstakerens «pay claims» under forutsetning av at kravet springer ut av en arbeidsavtale eller eksistensen av et arbeidsforhold. I art. 2 nr. 2 første ledd henvises det til nasjonale rettssystemer og definisjonene i disse for den nærmere fastleggelsen av «pay» (og enkelte andre grunnbegreper). Direktivet skal altså ikke røre ved de nasjonale definisjoner, selv om innholdet i «pay» som kjent kan variere stort fra land til land. Artikkel 4 gir dessuten medlemsstatene mulighet til å begrense garantien i tid i forhold til det som følger av den vide formuleringen i art. 3. Begrensningen kan likevel ikke gi seg utslag i kortere dekning enn minst 3 måneders lønn. Etter art. 4 nr. 3 kan det også settes et tak på betalingsplikten, men taket must «not fall below a level which is socially compatible with the social objective of this Directive». EU-domstolen har i flere saker fremhevet at art. 4 må underlegges en streng og restriktiv fortolkning i tråd med direktivets sosiale

formål – å garantere for minimumsbeskyttelse til arbeidstakere hos arbeidsgivere i en insolvenssituasjon.⁹⁶

Fratredelsesgodtgjørelser ved opphør av arbeidsforhold (evt. «fallskjermer») regnes etter direktivet som «pay», men dekkes bare under garantiordningen dersom nasjonal rett hjemler denne type ytelser, jf. art. 3 nr. 1. Det inkluderer også erstatning for usaklig oppsigelse.⁹⁷ Potensielt kan arbeidsgivers bidrag til nasjonale lovbestemte sosiale sikringsordninger (trygdeordninger), supplerende yrkesmessige pensjonsordninger eller supplerende yrkespensjonsordninger som gjelder på tvers av yrker ved siden av de lovbestemte, også utgjøre «pay claims». Det gjelder likevel ikke dersom medlemsstaten har fastsatt at direktivets art. 3, 4 og 5 ikke skal ha anvendelse. Men så lenge obligatoriske bidrag til slike ordninger har blitt trukket fra arbeidstakerens lønn, skal arbeidstakerens rett til ytelser fra lovbestemte sikringsordninger ikke påvirkes av arbeidsgivers betalingsforsømmelse, jf. art. 7. I forlengelsen av dette anerkjenner insolvensdirektivet at personer som har sluttet i en insolvent virksomhet, kan ha interesser knyttet til denne. Artikkel 8 pålegger derfor medlemsstatene å iverksette nødvendige tiltak for å ivareta umiddelbare eller potensielle rettigheter til alderspensjon, herunder etterlatteytelser i medhold av ordninger som nevnt ovenfor. De bestemmelsene jeg har trukket frem her viser at «pay claims» etter insolvensdirektivet kan omfatte mange ulike krav en arbeidstaker måtte ha.

Medlemsstatene er overlatt et relativt vidt skjønn og valgmuligheter med hensyn til utformingen av garantiordninger og institusjoner. Den viktigste reservasjon er at kravet må ha tilknytning til et arbeidsforhold. Selv om det kan settes et kvantitativt tak på garantiutbetalingen, må medlemsstaten likevel sørge for å betale alle utestående krav innenfor taket som eventuelt er satt. Det betyr at krav som allerede er dekket utenom

⁹⁶ Se senest sak C-435/10 *J.C. van Ardenen mot Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekering*, Saml. 2011 s. 0000 (avsnitt 34).

⁹⁷ Se sak C-520/03 *José Vicente Olaso Valero mot Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, Saml. 2004 s. I-12065 (avsnitt 32) hvor domstolen viser til endringsdirektivet. Ordlyden i dette og dagens insolvensdirektiv er lik. Se også sak C-442/00 *Ángel Rodríguez Caballero mot Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, Saml. 2002 s. I-11915 (avsnitt 40). Resultatet ble det samme her fordi spansk rett ga rett til ytelser ved usaklig oppsigelse, selv om det opprinnelige direktivet 80/987/EF ikke uttrykkelig hjemlet «severance pay».

den statlige garantiordningen, eksempelvis delbetaling fra konkursbo, ikke kan brukes til å redusere taket for gjenstående krav.⁹⁸ At utformingen av en garantiinstitusjon etter insolvensdirektivet i så stor grad er overlatt til hver medlemsstat, gjør i midlertid at «lønnsbegrepet» her, kan variere mer enn i andre reguleringer.

2.3.6 «Pay» for innleide arbeidstakere i medhold av vikarbyrådirektivet

I kontrast til flere av direktivene jeg har undersøkt som har en forløper, er direktiv 2008/104/EF om arbeidsleie/vikararbeid (vikarbyrådirektivet, eller bemannings(byrå)direktivet) en nyvinning i EU-sammenheng. Direktivet har et treleddet formål fastsatt i art. 2. Her holder det å nevne det som handler om å etablere et harmonisert og unionsrettslig rammeverk for beskyttelse av arbeidstakere som etter avtale med vikarbyråer utfører vikar- eller midlertidig arbeid. Det kan vanskelig gjøres uten regulering av arbeidsvilkår som lønn mv., slik at begrepet «pay» også anvendes her. Dets funksjon er i første rekke vern av vikararbeidere (utleiearbeidere), gjennom bl.a. et likebehandlingskrav, til forskjell fra likebehandling av kjønn, funksjonshemmede, personer av ulik etnisk opprinnelse osv. Likebehandlingsprinsippet er nedfelt i direktivet art. 5, jf. art. 2, og går ut på at vikarer skal behandles som om de hadde vært ansatt direkte av den arbeidsgiveren de leies ut til (innleier) for samme arbeid. Først og fremst skal likebehandling omfatte grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår. Disse defineres slik i art. 3 nr.1 bokstav f:

«"basic working and employment conditions" means working and employment conditions laid down by legislation, regulations, administrative provisions, collective agreements and/or other binding general provisions in force in the user undertaking relating to:

- (i) the duration of working time, overtime, breaks, rest periods, night work, holidays and public holidays;
- (ii) pay» (min understreking).

⁹⁸ Forente saker C-19/01, C-50/01 og C-84/01: *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) mot Alberto Barsotti and Others (C-19/01)*, *Milena Castellani mot Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) (C-50/01)* og *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) mot Anna Maria Venturi (C-84/01)*, saml. 2004 s. I-2005 (avsnitt 36).

Begrepet «pay» står alene i underpunkt (ii), men anses i denne bestemmelsens forstand som et grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår. Nummer 2 i samme artikkel gir nærmere veiledning når det fastsettes at « [t]his Directive shall be without prejudice to national law as regards the definition of pay, contract of employment, employment relationship or worker» (min understrekning). På nytt ser vi at et direktiv ikke skal røre ved nasjonal lovgivning, og definisjonen av «pay» er overlatt til medlemsstatenes sedvanlige lønnsbegrep. Imidlertid gis det uttrykk for et samspill mellom vikarbyrådirektivet og det nasjonale lønnsbegrep vedrørende rett til ytelser som springer ut av arbeidsforholdet, men som har grunnlag i andre forhold enn den rene utførelsen av arbeid. I art. 5 nr. 4 annet avsnitt, annen setning heter det:⁹⁹

«In particular, Member States shall specify, in application of Article 3(2), whether occupational social security schemes, including pension, sick pay or financial participation schemes are included in the basic working and employment conditions referred to in paragraph 1.»

Alle ytelsene som er nevnt i bestemmelsen, *kan*, men behøver ikke være inkludert i den nasjonale lønnsdefinisjonen. Klassifiseringen nasjonalt er dermed også avgjørende for om slike ytelser er «pay» etter direktivet, selv om det i og for seg er klart forutsatt at de skal være det. Dette er en interessant interaksjon mellom to rettssystemer.

I høringsnotatet for gjennomføring av vikarbyrådirektivet i norsk rett påpeker departementet treffende om det norske lønnsbegrepets omfang etter direktivet at: «[e]t utgangspunkt er at lønnsbegrepet må føre til at formålet med direktivet, og likebehandlingsprinsippet, kan realiseres. Det innebærer at lønnsbegrepet må være så omfattende at det fører til reell likebehandling».¹⁰⁰ Uttalelsen er riktignok forbeholdt

⁹⁹ Artikkel 5 nr. 2 gir rom for unntak fra likebehandling med hensyn til «pay» for vikararbeidere som i kraft av en fast arbeidsavtale med et vikarbyrå mottar betaling i perioder mellom oppdrag, såkalt «garantilønn». Denne bestemmelsen omtales ikke videre.

¹⁰⁰ Høringsnotat fra Arbeidsdepartementet av 10. september 2010 om konsekvenser av vikarbyrådirektivet (for norsk rett) s. 28. Den 12. desember 2011 sendte departementet for øvrig ut en tillegghøring vedrørende vikarbyrådirektivet med forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterleveres. Fristen for innsendelse av høringsuttalelser til denne høringen er satt til 30. januar 2012. Begge høringsnotatene kan leses på departementets nettsider:

norsk rett, men reell likebehandling er nettopp en viktig faktor i en bredere diskusjon av «pay». Foreløpig er det likevel tilstrekkelig å konstatere at vikarbyrådirektivets lønnsbegrep «pay» fastlegges i samsvar med nasjonal rett.

2.4 Er det noen sammenheng mellom «pay» i de ulike reguleringene?

Drøftelsen av «pay» viser at begrepet opptrer som et lønnsbegrep i mange ulike reguleringer. Det dreier seg om bestemmelser om EUs kompetanse, regler som skal sikre likebehandling av menn og kvinner, likebehandling med hensyn til rase, religion, funksjonshemming m.v., regulering av insolvenssituasjoner, utstasjonering og mer. Denne oppsummeringen vitner om bredden i de funksjoner begrepet «pay» har. Da sier det seg selv at man ikke kan gå ut fra at det nødvendigvis menes det samme med begrepet i alle sammenhenger. Det har presentasjonen så langt demonstrert, men noen sammenhenger er det likevel nyttig å peke på. Av samtlige reguleringer er det kun to som uttrykkelig definerer «pay», det er TFEU art. 157 og likebehandlingsdirektivet (2006/54/EF) art. 2 nr. 1 bokstav e. Direktivet er nært forbundet med traktatbestemmelsen. Dessuten kan det hevdes at også rasediskrimineringsdirektivet og ikke-diskrimineringsdirektivet har en nær forbindelse med traktaten når det gjelder begrepet «pay». Videre har vi sett at «pay» kan forstås som et svært vidt begrep i en traktatbestemmelse, snevrere i en annen, og til og med som et minstelønnsbegrep, jf. utstasjoneringsdirektivet. Det er med andre ord flere «grader» av «pay». Blant de reguleringer som ikke definerer begrepet, er det tre direktiver som henviser til definisjonen i nasjonale rettssystemer for den nærmere fastleggelsen. Det kan potensielt innebære at unionsrettslige regler gjennomføres på nokså ulike måter, hvilket er en uunngåelig konsekvens av at det arbeidsrettslige området i EU kun er gjort til gjenstand for minimumsharmonisering. Men at samme teknikk med henvisning til nasjonal rett velges i flere direktiver, kan i seg selv være en form for enhetlig anvendelse av lønnsbegrepet. Slike sammenhenger som her er introdusert følges i det følgende med tanke på andre begreper som forekommer i EU-rettslige reguleringer.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoeringer/hoeringsdok/2010/horing---vikarbyradirektivet.html?id=613948> og

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoeringer/hoeringsdok/2011/horing--forslag-til-tiltak-for-a-sikre-a/horingsbrev.html?id=666371>.

2.5 «Remuneration» - et tilsvarende begrep som «pay»?

2.5.1 «Remuneration» i reguleringer som også anvender «pay»

«Remuneration» er et annet og ofte brukt lønnsbegrep i EU-reguleringer. I Oxford Dictionary er det definert som: «money paid for work or a service»¹⁰¹. Den språklige likheten til «pay» er tydelig – definisjonen er tilnærmet identisk (se pkt. 2.2.1 ovenfor). Men den går litt videre idet også betaling for tjenester faller inn under begrepet, slik at vi har å gjøre med et begrep som språklig sett dekker både betaling av tjenester og betaling av arbeidstakere. Også rettslig sett brukes begrepet på denne måten.¹⁰² I denne avhandlingen er det imidlertid vederlag for arbeid som står i fokus, og spørsmålet under dette punktet er om det ved bruk av «remuneration» er ment det samme eller noe annet enn det vi til nå har sett med «pay». Er valget av et annet uttrykk bevisst eller ubevisst? Inntrykket er at «remuneration» i flere reguleringer brukes som et synonym til «pay».

Et første eksempel er ILO-konvensjon no. 100, som jeg i introduksjonen til «pay» i pkt. 2.2.1, viste til som en underliggende inspirasjonskilde til likelønnsregelen i TFEU art. 157. Likelønnskonvensjonen benytter begrepet «remuneration» og ikke «pay». Til tross for at «lønnsbegrepet» er ulikt i sin form, er innholdet i definisjonen av begge for alle praktiske formål sammenfallende.¹⁰³ Ulik terminologi kan skyldes at termene har samme betydning både rent språklig og rettslig sett.

Et neste eksempel finnes i traktaten selv, nærmere bestemt i art. 45 nr. 2 som handler om fri bevegelse av arbeidstakere og forbud mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. Bestemmelsen lyder:

¹⁰¹ Oxford Dictionaries Online: <http://oxforddictionaries.com/> ved søk på ordet «remuneration».

¹⁰² Se TFEU art. 57, som i definisjonen av begrepet «services» (tjenester), bruker «remuneration» som det avgjørende kriterium.

¹⁰³ ILO C100 Equal Remuneration Convention 1951 art. 1 bokstav a) lyder: «the term remuneration includes the ordinary, basic or minimum wage or salary and any additional emoluments whatsoever payable directly or indirectly, whether in cash or in kind, by the employer to the worker and arising out of the worker's employment;...». Bokstav b) fastsetter «equal remuneration for men and women workers for work of equal value».

«Such freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment» (min understreking).

Forbudet er direkte begrunnet i en av de «fire friheter» og er således generelt. Men funksjonen «remuneration» har er langt på vei sammenlignbar med «pay» i TFEU art. 157. Det dreier seg om likebehandling med hensyn til lønn. Imidlertid er *grunnlaget* forskjellig idet art. 45 skal sikre likebehandling uavhengig av *nasjonalitet*, ikke kjønn. Videre kan det ut fra formuleringen legges til grunn at traktaten i relasjon til fri bevegelighet for arbeidstakere anser «remuneration» som et arbeids- og ansettelsesvilkår. Det fremgår av «and other conditions of work...». Men det gis ingen definisjon av hva som skal inngå i «remuneration», eller hvordan begrepet for øvrig skal fastlegges. Den danske språkversjonen av traktaten bruker uttrykket «aflønning» på samme plass. Assosiasjonen til det norske begrepet lønn er åpenbar. Uttrykket «remuneration» finnes også andre steder i funksjonsmåtetrakten, jf. art. 243 og 286 nr. 7. Av disse fremgår at Rådet er ansvarlig for å fastsette betaling (salaries, allowances and pensions) til innehavere av høyere stillinger i EUs organer, herunder «any payment to be made instead of remuneration» (min understreking). I den danske versjonen av bestemmelsene finner man igjen begrepene «lønninger» og «vederlag».

Når disse tre bestemmelsene ses i sammenheng med traktatbestemmelser som anvender «pay», bekreftes inntrykket av at det innad i traktaten er inkonsekvent terminologi når det gjelder betegnelse på betaling for arbeid. Det er imidlertid ikke holdepunkter for å anta at det er ment noe annet. Lite trolig er det også at meningen skulle være å etablere ulike «nivåer» for likebehandling med hensyn til arbeidsvederlag av nasjonaliteter i det indre marked og av kjønn. Det samme kan hevdes i forhold til andre ikke-diskrimineringskategorier. Reglene om Rådets fastsettelse av salær til enkelte arbeidstakergrupper i EUs organer har for så vidt ikke et særlig formål, men de røkker heller ikke ved denne oppfatningen. De er snarere med på å støtte inntrykket av at «pay» like gjerne kunne vært brukt. Alt dette leder til å tro at nettopp variasjonen i terminologi er den eneste forskjellen.

I flere av reguleringene jeg har tatt opp under diskusjonen av «pay», kan det spores en lignende tendens. Det kanskje klareste tilfellet er likebehandlingsdirektivet 2006/54/EF art. 4, som er direktivets likelønnsregel (se punkt 2.3.2 ovenfor). Første avsnitt i bestemmelsen lyder:

«For the same work or for work to which equal value is attributed, direct and indirect discrimination on grounds of sex with regard to all aspects and conditions of remuneration shall be eliminated» (min understrekning).

I den danske direktivteksten heter det på sin side at det er diskriminering med hensyn til alle «lønelementer og lønvilkår» som skal avskaffes. I innhold er det ikke lett å se forskjeller av betydning mellom denne bestemmelsen og TFEU art. 157. Og tar man i tillegg i betraktning at art. 4 er en videreføring av det eldre likelønnsdirektiv 75/117/EØF, blir bildet enda litt klarere.¹⁰⁴ Der ble prinsippet om «equal pay» og forbud mot diskriminering i art. 1 definert ved hjelp av «all aspects and conditions of remuneration», altså samme formulering. Samtidig var det tatt inn en uttrykkelig henvisning til traktaten. Denne er ikke tatt med i art. 4 i det omarbeidede direktivet fra 2006, men overskriften til bestemmelsen er som nevnt «Equal pay». Dessuten definerer direktivet «pay» særskilt, derimot ikke uttrykket «remuneration». Slike systembetraktninger avslører inkonsekvens og kan tyde på at når det i likebehandlingssammenheng tales om «remuneration», så tilsiktes et meningsinnhold som i det alt vesentlige samsvarer med «pay».

Også ikke-diskrimineringsdirektivet (2000/78/EF) bærer preg av at begrepene synes å tilsvare hverandre. Bestemmelsen i direktivets art. 6 nr. 1 regulerer medlemsstatenes adgang til å gjøre unntak fra likebehandling som følge av alder. I bokstav a nevnes fastsettelse av «... employment and occupation, including dismissal and remuneration conditions» (min understreking) som et område hvor ulik behandling kan være berettiget. En nesten tilsvarende formulering står i art. 3 nr. 1 bokstav c, med «pay» som

¹⁰⁴ Artikkel 1 i likelønnsdirektivet lød: «The principle of equal pay for men and women outlined in Article 119 of the Treaty, hereinafter called "principle of equal pay", means, for the same work or for work to which equal value is attributed, the elimination of all discrimination on grounds of sex with regard to all aspects and conditions of remuneration.»

angivelse av hva det ikke skal forskjellsbehandles på. Med andre ord regulerer ikke-diskrimineringsdirektivet hva likebehandling skal sikres i forhold til, og hva det kan gjøres unntak fra, med tilsvarende formuleringer, men med ulike termer. Det er vanskelig å se en materiell begrunnelse eller en materiell forskjell i dette. Kanskje er det tilfeldig, kanskje er det bare et ønske om språklig variasjon som ligger bak.

Insolvensdirektivet 2008/94/EF er det siste i rekken av «pay»-direktiver som i tillegg benytter «remuneration» som lønnsbegrep. Artikkel 4 åpner for at medlemsstatene kan innføre ansvarsbegrensning under lønnsgarantiordningen, likevel slik at «the remuneration of the last three months of the employment relationship» (min undertreking) uansett må dekkes, jf. artikkel nr. 2. Og videre, i medhold av art. 7, skal arbeidstakeres rett til ytelser fra lovbestemte trygdeordninger ikke påvirkes av arbeidsgiverens manglende betaling av obligatoriske bidrag når «employees' contributions have been deducted at source from the remuneration paid» (min understreking). Som redegjort for ovenfor er det i første rekke «pay claims» som er gjenstand for dekning etter direktivet. Riktignok er ikke insolvensdirektivet en likebehandlingsregulering. Men formålet med disse bestemmelsene, og forbindelsen mellom dem innad, bidrar til at oppfatningen om «remuneration» som synonym til «pay» kanskje kan overføres til andre typer reguleringer. Det engelske språket synes i det hele tatt å ha større bredde i valgmuligheter når det gjelder begreper som dekker det samme. Men like fullt er det fruktbart å undersøke de reguleringer som kun gjør bruk av begrepet «remuneration», for å klarlegge hvor langt synspunktet kan generaliseres.

For fullstendighetens skyld kan nevnes Europarådets Sosial Charter, vedtatt i 1961 og revidert i 1996 (Den europeiske sosialpakten). Charteret er et naturlig supplement til den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og garanterer sosiale og økonomiske (menneske)rettigheter. Allerede i fortalen del I, nr. 4 statuerer Charteret at «[a]ll workers have the right to a fair remuneration sufficient for a decent standard of living for themselves and their families» (min understreking). Dette konkretiseres så i etterfølgende bestemmelser, jf. art. 4, art. 19 og art. 20. I artikkel 4 med overskriften «The right to a fair remuneration» finnes nok et eksempel på at uttrykket «remuneration» anvendes i samme bestemmelse som «pay» («...the right of men and women workes to equal pay...», jf. henholdsvis nr. 1 og 3. Det er ikke så lett så se at uttrykksforskjellen skulle ha noen betydning. Begge uttrykkene har karakter av lønn og sikter til (lønns)nivå. Den europeiske sosialpakten er riktignok ikke en EU-regulering, men unionens anerkjennelse av den ved

henvisning blant annet i fortalen til TEU understreker dens viktighet. Kort kan også nevnes EUs Felleskapscharter om grunnleggende sosiale rettigheter for arbeidstakere av 1989, som er en politisk programerklæring, ikke et rettslig bindende dokument. Felleskapscharteret var foranlediget av en lengre prosess med oppmerksomhet rundt de sosiale konsekvensene av et europeisk indre marked, og er videre utbygget i dagens bindende charter om grunnleggende rettigheter (jf. punkt 2.2.2 ovenfor). Under overskriften «Employment and remuneration» fremheves i art. 5 at «[a]ll employment shall be fairly remunerated». Dessuten fastslår art. 16 at prinsippet om likebehandling av menn og kvinner må sikres når det gjelder «...remuneration...». Inntrykket av ubevisst, eller utbytbar, begrepsbruk underbygges av at det i charterets fortale står «equal pay». Reguleringenes betydning understrekes ved at det henvises til både EUs og Europarådets charter i en rekke andre reguleringer, herunder særlig TFEU art. 151 og i fortalen til TEU. Også i praksis fra EU-domstolen er reguleringene fremhevet.¹⁰⁵

2.5.2 «Remuneration» som eneste begrep i direktivet om informasjon om arbeidsavtalen og yrkeskvalifikasjonsdirektivet

Direktiv 91/533/EØF om arbeidsgiverens plikt til å informere arbeidstakeren om vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet (arbeidsinformasjonsdirektivet) krever at en arbeidsgiver informerer arbeidstakernes representanter om «... the essential aspects ...», jf. art. 2 nr. 1. I en lang liste av forhold som utgjør vesentlige sider ved arbeidsavtaler og arbeidsforhold, står det i art. 2 nr. 2 bokstav h:

«the initial basic amount, the other component elements and the frequency of payment of the remuneration to which the employee is entitled;...»

Bestemmelsen indikerer at uttrykket «remuneration» er et samleuttrykk for arbeidsvederlag som består av flere elementer. Foruten opprinnelig grunnlønn omfatter det andre komponenter som utgjør samlet lønn som partene har blitt enige om. Det skal også opplyses om hyppigheten av utbetalinger til arbeidstakeren. Dersom arbeidstakeren må arbeide i et annet land enn det som i utgangspunktet er arbeidsstaten, skal det i tillegg opplyses om blant annet «the currency to be used for the payment of remuneration», jf. art. 4 nr. 1 bokstav b.

¹⁰⁵ Se sak C-149/77 *Defrenne III* (avsnitt 28), sak C-341/05 *Laval* (avsnitt 90-91) og sak C-438/05 *International Transport Workers' Federation/Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP/OÜ Viking Line Eesti*, Saml. 2007 s. I-10779 (avsnitt 43-44).

Sammenlignet med definisjonen av «pay» i TFEU art. 157 synes begrepet «remuneration» i arbeidsinformasjonsdirektivet å være noe snevrere. Her ser vi ikke noe tillegg som «any other consideration», som gir begrepet en altomfattende form. På den annen side kan «other component elements» i direktivets bestemmelse i prinsippet omfatte det meste partene måtte ønske innenfor rammene av nasjonal rett og EU-retten. Siden anvendelse av begrepet i realiteten ikke tjener noen annen funksjon enn som angivelse av at informasjon om størrelsen av vederlaget skal formidles til arbeidstakernes representanter, knytter det seg ikke like stor interesse til hva som konkret kan innfortolkes i «remuneration». Formål som likebehandling eller sikring av krav ved konkurs og lignende gjenfinnes ikke i arbeidsinformasjonsdirektivet. Poenget er heller at direktivet gjør bruk av «remuneration» med betydelige likheter til noen av reguleringene som anvender «pay». Det taler for forskjell i uttrykk, og men ikke i innhold.

Det siste direktivet jeg behandler, er direktiv 2005/36/EF om godkjenning av faglige kvalifikasjoner på tvers av landegrenser (yrkeskvalifikasjonsdirektivet). Direktivet kommer til anvendelse for alle statsborgere i en EØS-stat som ønsker å praktisere et regulert yrke i en annen EØS-stat (vertsstaten) enn der de har yrkeskvalifisert seg (hjemstaten/annen EØS oppholdsstat). Formålet er å innføre et mer enhetlig, åpent og fleksibelt regime for godkjenning av yrkeskvalifikasjoner.¹⁰⁶ «Remuneration» anvendes først som ledd i definisjonen prøvetid («adaption period»), hvorefter en yrkesutøvers status i vertsstaten blant annet med hensyn til «... remuneration ...» bestemmes av kompetente myndigheter i denne staten i overensstemmelse med EU-retten, jf. art. 3 nr. 1 bokstav g annet ledd. Videre skal spesialistutdanning innenfor medisin være gjenstand for «appropriate remuneration» etter art. 25 nr. 3. De korresponderende danske bestemmelsene bruker «løn» og «aflønnes». Med det som fremgår av disse bestemmelsene, er det ikke lett å ta stilling til direktivets lønnsbegrep, særlig ikke hva som er passende «remuneration». Det kan imidlertid bemerkes at uttrykket er det eneste som forekommer om vederlag for yrkesutøvere etter direktivet. I kombinasjon med henvisningen til «applicable community law» i de nevnte deler av art. 3 kan det derfor

¹⁰⁶ Jf. Kunnskapsdepartementets EØS-notat vedrørende direktivet av 08.12.2005:

<http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2005/des/direktiv-om-godkjenning-av-yrkeskvalifik.html?id=532754>

antas at det ikke er tilsiktet forskjeller av betydning i forhold til andre «lønnsbegreper», herunder «pay».

2.5.3 Forordningene om koordinering av trygdeordninger og fri bevegelighet for arbeidstakere gjør også bruk av «remuneration» alene

Direktiver er, som det har fremgått, den dominerende reguleringstypen innenfor EU-rettslig arbeidsrett. Det er imidlertid gitt to forordninger som har interesse i denne sammenheng. Forordning (EF) 883/2004 (trygdeforordningen)¹⁰⁷ gjelder koordinering av medlemsstatenes trygdeordninger, mens forordning (EU) 492/2011¹⁰⁸ regulerer fri bevegelighet for arbeidstakere innenfor Unionen. Begge avløser tidligere forordninger med samme formål.¹⁰⁹ Begrepet «remuneration» kommer klarest til uttrykk i forordning (EU) 492/2011, jf. fortalen punkt 2 og art. 7. I denne reguleringen er det forbud mot diskriminering på grunnlag av *nasjonalitet* som er det sentrale, og «remuneration» har en funksjon som ledd i å sikre dette. Det vesentlige med art. 7 er at en arbeidstaker («worker») som er borger av en medlemsstat, ikke må behandles forskjellig fra

¹⁰⁷ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av sosiale sikringsordninger (min omskrivning til norsk) som avløser Rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 av 14. juni 1971 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet.

¹⁰⁸ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 492/2011 av 5. april 2011 om fri bevegelighet for arbeidstakere innen Unionen (min omskrivning til norsk) som avløser Rådsforordning (EØF) nr. 1612/68 av 15. oktober 1968 om fri bevegelighet for arbeidstakere innen Fellesskapet.

¹⁰⁹ Per 13. januar 2012 er det diskrepans mellom EU og EØS når det gjelder hvilke regelsett som kommer til anvendelse. De nye forordningene gjelder i EU, og opphever de tidligere. I EØS fortsetter de eldre å gjelde inntil de nye blir innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i lovgivningen. Forordning (EF) 883/2004 ble tatt inn i avtalen med EØS-komiteens beslutning nr. 76/2011 av 1. juli 2011, men beslutningen trer ikke i kraft før forfatningsrettslige krav er oppfylt i Island og Liechtenstein. Den vil ikke medføre materielle endringer i det norske forskriftsregelverket. Se nærmere i departementets EØS-notat: <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2006/okt/ny-trygdeforordning.html?id=525446>. Forordning (EU) 492/2011 trådte i kraft i EU 16. juni 2011, men er per 13. januar 2012 ikke innlemmet i EØS-avtalen. Den vurderes imidlertid som EØS-relevant og akseptabel. Forordningen vil medføre enkelte terminologiske endringer i EØS-arbeidstakerloven, men ingen materielle. Se departementets EØS-notat: <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2011/nov/fri-bevegelse-av-arbeidskraft-i-medlemsl.html?id=667614>.

nasjonale arbeidstakere i en annen medlemsstat med tanke på: «... any conditions of employment and work, in particular as regards remuneration, dismissal ...» (min understreking). Nasjonalitet skal være uten betydning hva angår «aflønning», jf. begrepsbruken i den danske språkversjonen av forordningen. I den norske oversettelsen av den tidligere forordning (EØF) 1612/68 art. 7 er det «lønn» som er anvendt. I trygdeforordningen art. 11 er det gitt regler om hvilket lands rett som skal legges til grunn for personer som er omfattet av forordningen. Bakgrunnen er at en person kun skal være underlagt lovgivningen i en medlemsstat. I den forbindelse anses den som betaler «remuneration», som arbeidsgiver etter forordningen.

Verken i forordningen om fri bevegelighet for arbeidstakere eller trygdeforordningen er det gitt noen nærmere forklaring av uttrykket. Men slik det finnes brukt, er det liten tvil om at uttrykket er ment å dekke betaling av arbeidstakere for deres arbeid. Forordningene bidrar ikke til noen endret oppfatning av forholdet mellom begrepene «remuneration» og «pay», som synonymmer.

2.5.4 Foreløpige observasjoner av «remuneration» i egenskap av «lønnsbegrep»

Av de reguleringer som anvender «remuneration» som begrep, er inntrykket at det etter alt å dømme er tale om tilsvarende begrep som «pay», verken videre eller snevrere. «Remuneration» brukes som ekvivalent med «pay», selv om det relativt sett forekommer sjeldnere.

2.6 Andre begreper vedrørende betaling av arbeidstakere

2.6.1 «Wage(s)»

Som fremstillingen så langt har vist, er lønnsbegrepene «pay» og «remuneration» i klart flertall i EU-reguleringer. Under drøftelsen av TFEU art. 157 antok jeg at «wage» slik det brukes i den bestemmelsen, er et snevrere begrep enn «pay», jf. punkt 2.2.1 ovenfor. Spørsmålet her er om det finnes andre holdepunkter for hvordan «wage» er å forstå. Da må flere av de allerede presenterte reguleringene tas opp igjen. Det må imidlertid bemerkes at «wage», i motsetning til «pay», ikke defineres i noen av disse. Utgangspunktet må derfor være ordlyden, kontekst og systembetraktninger.

I engelske ordbøker defineres «wage» som «a fixed regular payment earned for work or services¹¹⁰, typically paid on a daily or weekly basis». ¹¹¹ Legger vi til grunn den språklige definisjonen, fører det til samme forståelse av «wage» som en lønnskomponent i motsetning til et samlebegrep for alle komponenter. Uttrykket referer til et grunnbeløp – et minimum eller annet beløp fastsatt på dags- eller ukesbasis. I prinsippet kan vederlaget også være fastsatt på timebasis eller som fastlønn for et gitt arbeid. Det en arbeidstaker får utbetalt i slutten av en måned, kan typisk være noe mer hvis andre ytelser skal legges til. Dette stemmer godt overens med antagelsene av «wage» i TFEU art. 157 og de andre reguleringene, selv om en slik teknisk forståelse av uttrykket «wage» ikke kommer til syne i disse.

I definisjonen av «pay» i likebehandlingsdirektivet (2006/54/EF) art. 2 nr. 1 bokstav e og TFEU art. 157, synes begrepet «wage» som nevnt å være en bestanddel av «pay». Eller rettere sagt, det utgjør en komponent av «pay». I fortalen til likebehandlingsdirektivet brukes «wage» på en litt annen måte. Fortalens punkt 11 og 38 omtaler «gender-based wage differentials» og «wage discrimination». Uttrykkene sikter til lønnsforskjeller og lønnsdiskriminering mellom kjønn. Holdt opp mot hvordan «wage» anvendes i art. 2 (som et snevete begrep enn «pay»), kan uttrykkene i fortalen lede tankene mot at en diskusjon om lønnsforskjeller kun dreier seg om enkeltkomponenter, og ikke en sammenligning av størrelsen en arbeidstakers samlede lønn («pay»). Dette bør man likevel ikke legge for mye i. Det er mer sannsynlig at det er tale om ureflektert begrepsbruk. Og uansett er det likheten mellom likebehandlingsdirektivet og traktaten som er det viktigste. Disse reguleringene bruker «wage» i en rettslig bindende bestemmelse, og i kontekst der begrepet må anses som mindre omfattende enn «pay».

I utstasjonsdirektivet (96/71/EF) ser det derimot ut som at «wage» forekommer som et synonym til «pay». Artikkel 3 nr. 1 bokstav c omhandler «minimum rates of

¹¹⁰ Jf. note 102 ovenfor om at TFEU art. 57 benytter «remuneration» som det avgjørende kriterium i fastleggelsen av hva som er «services». Den språklige definisjonen av «wage» ser ut til å åpne for at «services» (tjenester) også kan ytes mot «wage».

¹¹¹ Oxford Dictionaries Online: <http://oxforddictionaries.com/> og <http://www.businessdictionary.com/> ved søk på ordet «wage».

pay», mens art. 3 nr. 7 fastsetter at «[a]llowances specific to the posting shall be considered to be part of the minimum wage ...». Den danske språkversjonen taler om «mindstelønn» i begge bestemmelse. Den tyske og franske teksten er også konsekvent, med henholdsvis «mindestlohn» og «salaire».¹¹² Altså er det bare den engelske versjonen som varierer terminologien. De andre språkversjonene og hensynet til sammenheng i direktivets bestemmelser gjør det klart at art. 3 nr. 7 viser tilbake til art. 3 nr. 1 bokstav c og det begrepet om minstelønn som omtales der. Forbindelsen mellom bestemmelsene tyder dermed på at «minimum... pay» og «minimum wage ...» er ment å tilsvare hverandre i utstasjoningsdirektivet. Dette trenger imidlertid ikke være noe stort poeng sett i forhold til «wage» slik uttrykket brukes i traktaten og likebehandlingsdirektivet.

Også i fellesskapscharteret om sosiale rettigheter fra 1989 finner vi «wage» under «Employment and remuneration» i art. 5. Hovedbestemmelsen fastsetter at arbeid «... shall be fairly remunerated». Som ledd i dette («to this effect») skal arbeidstakere sikres en «equitable wage».¹¹³ Sammenhengen mellom «remuneration» og «wage» styrker etter min mening forståelsen av «wage» som *en del* av enten «pay» eller «remuneration» slik det brukes i de reguleringer jeg har behandlet, med unntak av utstasjoningsdirektivet. Lignende bestemmelser er å finne i Europarådets sosialcharter (sosialpakten), uten at de rører ved oppfatningen, jf. for eksempel art. 4 nr. 5 og art. 7 nr. 5.

Drøftelsen viser at det ikke kan utelukkes tilfeller der «wage(s)» faktisk er ment å uttrykke det samme som for eksempel «pay». Sagt med andre ord, tilfeller der «wage» er ment å være et like omfattende, og ikke snevrere begrep enn «pay» eller «remuneration», jf. det som er sagt ovenfor om det engelske språkets variasjonsmuligheter med hensyn til uttrykksmåter og eventuell ubevissthet knyttet til dette. Det finnes eksempler på at til og med EU-domstolen blander sammen «wage» og «pay» uten noen ettertanke.¹¹⁴ Men slik funksjonsmåtetraktaten og

¹¹² Direktivet er inntatt i EØS-avtalen og gjennomført i Norge. I norsk oversettelse er minstelønn det gjennomgående begrepet.

¹¹³ Se mer om dette i Barnard (2006) s. 610 flg.

¹¹⁴ Se for eksempel sak C-198/98 *G. Everson and T.J. Barrass mot Secretary of State for Trade and Industry and Bell Lines Ltd.*, Saml. 1999 s. I-8903 som gjaldt det opphevede insolvensdirektiv 80/987/EØF. I avsnitt 17 gjengir EU-domstolen et av de forelagte spørsmål som gjeldende «wage claims» når direktivets art. 3 opprinnelig handlet om «claims...relating to pay...».

likebehandlingsdirektivet gjør bruk av «wage» i definisjonen av «pay», er det mye som taler for de slutninger jeg har trukket. Det gjenstår å se om det egentlig har noen betydning å operere med «wage» som et eget lønnsbegrep ved siden av «pay» og «remuneration».

2.6.2 «Salary»

Et annet lønnsbegrep som gjerne brukes alternativt eller likestilt med «wage», er «salary». Definisjonen av «pay» både i TFEU art. 157 og i likebehandlingsdirektivet art. 2 nr. 1 bokstav e er eksempler på det. Ut over disse forekommer ikke «salary» så hyppig som de andre begrepene vi har sett på til nå. Det gis heller ikke noen selvstendig definisjon av begrepet i EU-reguleringer. Men kontekstuell synes også «salary» å innta samme stilling som «wage» - som et mindre omfattende lønnsbegrep som inngår som en del av et annet begrep, i denne sammenheng «pay». En ordboksdefinisjon av «salary» er:

«a fixed regular payment, typically paid on a monthly basis but often expressed as an annual sum, made by an employer to an employee, especially a professional or white-collar worker.»¹¹⁵

En annen formulering lyder:

«Agreed-upon and regular compensation for employment that may be paid in any frequency but, in common practice, is paid on monthly and not on hourly, daily, weekly, or piece-work basis.»¹¹⁶

Holdt opp mot «wage» synes «salary» å være forbeholdt grunnlønn fastsatt på måneds- eller årsbasis. I norske-engelske ordbøker oversettes ordet med månedslønn. Uansett hvordan man rent teknisk ser på dette, settes ikke begrepets karakter av «delbegrep» på prøve. Dermed er «salary» et uttrykk for den motytelsen en arbeidstaker mottar for den rene arbeidsutførelsen. Andre ytelser som måtte oppstå i tilknytning til arbeidsforholdet, faller utenfor, men kan være inkludert i de mer omfattende lønnsbegrepene «pay» og «remuneration». Forbeholdet om at det i enkelttilfeller kan være sammenfall mellom avtalt grunnlønn og terminbeløp (jf. rett ovenfor om «wage» i punkt 2.6.2), gjør seg for

¹¹⁵ Oxford Dictionaries Online: <http://oxforddictionaries.com/> ved søk på ordet «salary».

¹¹⁶ Se: <http://www.businessdictionary.com/> ved søk på ordet.

så vidt gjeldende også dersom «salary» er det anvendte begrep, men utgangspunktet etter de relevante reguleringene må være at det tilhører kategorien «snevreste lønnsbegrep».

2.6.3 «Consideration»

«Consideration» er et begrep med flere betydninger, hvor flesteparten er ikke-økonomiske. I TFEU art. 157 og likebehandlingsdirektivet (2006/54/EF) art. 2 nr. 1 bokstav e utgjør det imidlertid et viktig ledd i definisjonen av «pay» Som nevnt tidligere er det uttrykket «any other consideration» som gir definisjonen en altomfattende karakter. På samme tid gjør det begrepet «consideration» til en type «restbegrep» som omfatter ytelser med tilknytning til et arbeidsforhold som ikke er «ordinary basic or minimum wage or salary» («den almindelige grund- eller minimumsløn»). Det er på denne måten «consideration» forekommer i de aktuelle EU-reguleringene. Som det fremgår av sammenhengen, er det også her tale om et snevreste begrep – en «pay»-komponent. Likevel er det relativt sett en omfattende komponent. Ordbøkene forklarer «consideration» som «a payment or reward», og i en kontraktsrettslig betydning «anything given or promised or forborne by one party in exchange for the promise or undertaking of another».¹¹⁷ Vi ser at det er en nær forbindelse mellom den rettslige bruken og den språklige definisjonen. Ytelser som kan utgjøre «consideration», er betalinger som følge av en arbeidsavtale. Den danske versjonen av reguleringene oversetter uttrykket med «ydelse(r)». Kapittel 2 i likebehandlingsdirektivet om likebehandling i relasjon til yrkebaserte pensjons- og trygdeordninger har en bestemmelse i art. 7 nr. 1 om hva kapitlet gjelder. Bokstav b lyder:

« occupational social security schemes which provide for other social benefits, in cash or in kind, and in particular survivors' benefits and family allowances, if such benefits constitute a consideration paid by the employer to the worker by reason of the latter's employment».

¹¹⁷ Oxford Dictionaries Online: <http://oxforddictionaries.com/> ved søk på ordet «consideration».

Selv om det ikke gis noen særskilt definisjon av begrepet «consideration», er sitatet med på å vise bredden i ytelser som kan inngå i det. Tilknytning mellom betalingen og arbeidsforholdet synes å være et viktig kjennetegn. «Consideration» behandles nærmere i kapittel 3.

2.6.4 «Income»

Begrepet «income» er et velkjent engelsk uttrykk for de fleste, som oftest oversatt med inntekt på norsk.¹¹⁸ Det brukes gjerne som et vidt samlebegrep på en persons inntjening i en gitt periode, uavhengig av «kilde». I alminnelighet er ikke «income» begrenset til å betegne kun arbeidsinntekter. Etter Oxforddefinisjonen omfatter det «money received, especially on a regular basis, for work or through investments».¹¹⁹ Også avkastning av investeringer kan altså være «income». I EU-arbeidsrettsreguleringer støter vi på uttrykket nå og da, men det har ikke en fremtredende plass som lønnsbegrep i regler av betydning for arbeidstakere. Under drøftelsen av diskrimineringsdirektivene var jeg så vidt inne på «income» i fortalen til ikke-diskrimineringsdirektivet punkt 13. Der står det at direktivet ikke skal gjelde «social security and social protection schemes whose benefits are not treated as income within the meaning given to that term for the purpose of applying Article 141 of the EC Treaty» (min understreking). I henvisningen til artikkel 141 (idag TFEU art. 157) er det begrepet «income» som er valgt, mens traktatbestemmelsen handler om «pay». Det kan ikke forstås på annen måte enn at selv Rådet bygger på at det ikke er noen vesensforskjell mellom «income» og «pay», i alle fall når det gjelder ytelser arbeidstakere mottar for arbeid. Begrepet «income» gjenfinnes videre i spredte bestemmelser i trygdeforordningen (EF) 883/2004, uten at det angis hvordan begrepet skal forstås.

Et annet eksempel finner vi i gjennomføringsforordningen til trygdeforordningen art. 14 nr. 8, som angir kriterier i avgjørelsen av hvilket lands rett som skal anvendes på

¹¹⁸ Begrepet oversettes til «indtægt(er)» på dansk, jf. for eksempel fortalen til forordning (EF) 883/2004 punkt 9.

¹¹⁹ Oxford Dictionaries Online: <http://oxforddictionaries.com/> ved søk på ordet «income».

personer som har utøvet virksomhet eller arbeid i mer enn to medlemsstater.¹²⁰ I denne bestemmelsen synes «income» å være forbeholdt selvstendig næringsdrivende, mens begrepet «remuneration» brukes i relasjon til arbeidstakere, jf. bokstav a og b. Det trenger imidlertid ikke bety at det er noen motsetning mellom disse, og heller ikke til «pay».

Begrepet «income» er i seg selv et vidt begrep og kan kanskje være enda mer omfattende enn «pay». I EU-rettslige reguleringer hører det dessuten til sjeldenhetene at «income» brukes som betegnelse i regler som direkte angår arbeidstakeres lønn, slik som flesteparten av de reglene jeg har presentert til nå. For denne avhandlingens formål er det etter min mening tilstrekkelig å legge til grunn at «income» og «pay» innebærer det samme.

2.6.5 «Allowances» og «benefits»

«Allowances» og «benefit» er de siste i rekken av relevante lønnsbegreper i EU-reguleringer. I ordbøkene defineres «allowance(s)» som «a sum of money paid regularly to a person to meet needs or expenses», mens «benefit» forklares som «a payment made by the state or an insurance scheme to someone entitled to receive it».¹²¹ Oversatt til norsk er det kanskje mest naturlig å se på «benefit» som en (økonomisk)fordel, gode eller trygd. «Allowance(s)» er på sin side en godtgjørelse eller et økonomisk bidrag. Det er tydelig at begrepene til dels overlapper hverandre.¹²² Reguleringene gir ikke noen nærmere forklaring på hva som menes. Men de språklige definisjonene kan sies å være dekkende for hvordan uttrykkene forekommer i funksjonsmåtetraktaten og forordningene om koordinering av trygdeordninger og fri bevegelse for arbeidstakere, så vel som i direktiver. Inntrykket er at «benefit» som

¹²⁰ Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 987/2009 av 16. september 2009 om fastsettelse av nærmere regler for gjennomføring av forordning (EF) nr. 883/2004 om samordning av trygdeordninger.

¹²¹ Oxford Dictionaries Online: <http://oxforddictionaries.com/> ved søk på uttrykkene.

¹²² «Benefit» er i tillegg et begrep som like gjerne kan ha en ikke-økonomisk betydning, som for eksempel når man taler om «benefit» som å «dra nytte av», «gagne», «gevinst» osv. Det er imidlertid «benefit» som en økonomisk ytelse til til en arbeidstaker som er det sentrale i denne sammenheng.

oftest betegner ytelser fra trygdeordninger, lovfestede som yrkesbaserte, mens «allowance(s)» er et mer diffust begrep som kan omfatte mangeartede ytelser.

Fortalen til ikke-diskrimineringsdirektivet (2000/78/EF) punkt 13 nevner for eksempel «social security and social protection schemes whose benefits are not treated as income» (min understreking). Likebehandlingsdirektivet (2006/54/EF) har en bestemmelse som anvender begge begrepene.

I tilknytning til «occupational social security schemes» lister direktivet opp «survivors' benefits and family allowances», jf. art. 7 nr. 1 bokstav b. I trygdeforordningen (883/2004) art. 3 om anvendelsesområde angis en lang liste over ytelser som kan utbetales i medhold av trygdelovgivningen i et land. Her nevnes ytelser som «unemployment benefits», «old-age benefits», «survivor's benefits», «invalidity benefits» m.v., jf. bokstavene a-j. Et annet eksempel kan hentes fra den tidligere nevnte bestemmelsen i utstasjoneringdirektivet (96/71/EF) art. 3 nr. 7 annet avsnitt, hvor det heter at «allowances specific to the posting shall be considered to be part of the minimum wage ...». Den danske versjonen av samme bestemmelse benytter «ydelser». Utstasjoneringdirektiver skiller seg litt fra likebehandlingsdirektivene fordi det eksplisitt fastsetter at ytelser som ikke er betalt som refusjon for kostnader, skal regnes med til minstelønnen. Det vil si at visse typer «allowances» etter direktivet kan være lønn.

Eksempelene viser at «allowance(s)» og «benefit» kan anta mange former. Prinsipielt sett er imidlertid både «benefit» og «allowance» noe annet enn «pay» eller «remuneration». Det kan variere hvorvidt de inkluderes i eller ekskluderes fra «pay» eller «remuneration», slik at de som utgangspunkt derfor må holdes atskilt. Eksempelene viser også at begrepene tilsynelatende er forbeholdt brukt om andre ytelseskategorier enn den fastsatte lønn en arbeidstaker mottar fra arbeidsgiver for avtalt arbeid. De betegner mer «indirekte» ytelser som kan være aktuelle i arbeidsforhold.

Også i flere instrumenter kan det hentes eksempler på dette. Europarådets sosialpakt art. 7 bestemmer for eksempel at med sikte på å sikre effektiv utøvelse av barns og unge personers rett til beskyttelse, forplikter partene seg «to recognise the right of young workers and apprentices to a fair

wage or other appropriate allowances», jf. nr. 5. I fellesskapscharteret fra 1989 art. 10 heter det at enhver arbeidstaker i Unionen skal «... enjoy an adequate level of social security benefits». Artikkel 34 i charteret om grunnleggende rettigheter følger opp med: «[t]he Union recognises and respects the entitlement to social security benefits and social services providing protection in cases such as maternity, illness, industrial accidents, dependency or old age, and in the case of loss of employment, in accordance with the rules laid down by Union law and national laws and practices».

2.7 Oppsummering og veien videre

Som vi har sett er det en uensartet bruk av begreper som betegnelse på betaling til arbeidstakere i de EU-rettslige reglene. Formålet med fremstillingen så langt har vært å bringe klarhet i og plassere begrepene i forhold til hverandre. Det foreløpige resultatet kan sammenfattes med at noen uttrykk synes å være samlebegreper, mens andre har karakter av å være bestanddeler (komponenter). Atter andre synes å være brukt som synonymmer. Det betyr at det ikke er mulig å snakke om ett «lønnsbegrep». Alene variasjonen i terminologi innebærer dette. Mangfoldet i terminologi er heller ikke avhjulpet med en enhetlig definisjon. Drøftelsene har imidlertid avdekket at ordvalget ikke nødvendigvis har avgjørende betydning for forståelsen av *innholdet* i lønnsbegrepet. Forholdet mellom «pay» og «remuneration» kan trekkes frem som eksempel på dette.

Noe av forklaringen kan være at det engelske språket har såpass store variasjonsmuligheter i forhold til andre, herunder det norske. Hos oss er lønn, tidvis vederlag, det klart mest anvendte begrep (se kap. 4 nedenfor). Det samme kan sies om dansk – et nærliggende språk til norsk. Sammenligninger underveis har vist at den variasjonen i terminologi som vi finner i engelske språkversjoner, ikke gjenfinnes i danske språkversjoner av de samme EU-reguleringene. De danske versjonene holder seg stort sett til «løn» eller «aflønning». Hvilken betydning det har at det ene eller andre uttrykket er brukt – om det dermed er tilsiktet meningsforskjeller – er ikke enkelt å besvare. En oppfatning er likevel at man ikke skal legge for mye i selve uttrykket som er valgt. Til illustrasjon gjengis en uttalelse fra EU-domstolen i en sak vedrørende utstasjoneringdirektivet. Behovet for språklig variasjon fører noen ganger til et sammensurium av termer om det samme:

«The parties to the present case are, however, in disagreement as to the method to be applied for the purpose of comparing the minimum rate of pay due under the German provisions and the remuneration actually paid by employers established in other Member States to their posted employees. The question that arises is therefore as to which allowances and supplements a Member State must take into account, as component elements of the minimum wage, when it checks whether that wage has been correctly paid» (mine understrekinger).¹²³

Siktemålet med kapittel 3 er å utvikle dette videre ved å analysere et utvalg av reglene i samspill med de linjer som er trukket opp i EU-domstolens praksis. Fokuset flyttes i større grad fra det formelle (og begrepsorienterte) til det materielle. Når jeg har valgt å gjøre et utvalg, har det sammenheng med hensynet til gjentakelser og dobbeltbehandling. Det har lite for seg å behandle alle termer og uttrykk på nytt med tanke på innhold. I praksis er det noen sett av regler som har vært gjenstand for tvister i EU-domstolen. Først og fremst er det «lønnsbegrepet» i disse som er interessant. Drøftelsene foran har gitt indikasjoner på hva noen av begrepene omfatter, herunder særlig «pay». I det følgende vil jeg belyse dette nærmere med konkrete eksempler.

¹²³ Sak C-341/02 *Commission of the European Communities mot Federal Republic of Germany*, Saml. 2005 s. I-2733 (avsnitt 27). Se også avsnitt 24-26.

3 «Lønnsbegrepet» i EU-retten fra et innholdsperspektiv

3.1 Innledning

Kapittel 2 har vist at vi møter «pay» og andre «lønnsbegreper» på mange ulike områder, og at det er forskjeller i ulike sammenhenger. Særlig gjelder dette med hensyn til terminologi, men også på det innholdsmessige plan har vi sett noen variasjoner. Dette skal forfølges videre her. For avhandlingens problemstilling – hvorvidt «lønnsbegrepet» har et enhetlig innhold i EU-arbeidsrettslige reguleringer – er TFEU art. 157 nr. 2 i realiteten det eneste mer eller mindre sikre grunnlag for hvordan «lønnsbegrepet» skal forstås.¹²⁴ Definisjonen der er knyttet til begrepet «pay», men det er overlatt til rettspraksis å klargjøre det nærmere innholdet. Formålet med dette kapittelet er for det første å se på EU-domstolens tilnærming til definisjonen av «pay» i art. 157 nr. 2 i likelønnsaker, både der traktatbestemmelsen påberopes direkte og der det er tale om å tolke lønnsbegreper i sekundærlovgivningen (punkt 3.2.1). For det andre vil jeg undersøke hvilken betydning art. 157 kan ha for forståelsen og anvendelsen av lønnsbegreper i reguleringer som regulerer likebehandling i forhold til lønn, men ikke lik lønn for likt arbeid (punkt 3.2.2). Spørsmålet er særlig aktuelt for rasediskrimineringsdirektivet og ikke-diskrimineringsdirektivet. Disse inneholder ingen selvstendig definisjon av «pay», og dertil er likebehandlingsgrunnlagene andre enn kjønn. For det tredje vil jeg se på om, og i tilfelle hvor langt, traktatens definisjon spiller en rolle når lønnsbegreper skal fastlegges i reguleringer som har andre formål en likebehandling (punkt 3.2.3).

I punkt 3.3 presenteres dessuten typer av ytelser – lønnskompener – domstolen har ansett for å utgjøre lønn etter traktatbestemmelsen. Det gis samtidig et eksempel fra

¹²⁴ Likelønnsdirektivet 75/117/EØF inneholdt ikke noen definisjon av «pay» i motsetning til dagens omarbeidede likestillingsdirektiv 2006/54/EF. Siden direktiv 2006/54/EF er så nytt av dato, er det lite rettspraksis knyttet til det. Uansett er definisjonene likelydende. Derfor behandles kun traktatdefinisjonen i TFEU art. 157.

utstasjoneringdirektivet. Endelig vil jeg diskutere om eventuelle likheter og forskjeller i forståelse mellom reguleringene, har sammenheng med reglens – og «lønnsbegrepenes» - funksjon, og dertil underliggende hensyn.

Som det fremgår av TFEU art. 157 nr. 1, skal medlemsstatene sikre prinsippet om lik lønn for arbeid av lik verdi mellom menn og kvinner. Det er grunn til å understreke temaet for denne avhandlingen *ikke* er å sammenligne hva som er lik lønn for likt arbeid, eller når lønnen er lik. Temaet her er bare å se på hva som ligger i «pay» isolert sett når begrepet brukes om betaling til arbeidstakere (beregningen av «lønn»/«pay») i enkeltreguleringer.

3.2 Hvor langt rekker definisjonen i traktatens likelønnsregel når «lønnsbegrepet» i sekundærlovgivningen skal fastlegges?

3.2.1 EU-domstolens tilnærming i saker om likelønn

Rettspraksis fra EU-domstolen viser at definisjonen av «pay» i funksjonsmåtetraktaten art. 157 om likelønn ofte er utgangspunktet når «lønnsbegrepet» skal tolkes og fastlegges i sekundærlovgivningen. Først og fremst er det tale om direktiver som er avledet av bestemmelsen selv, med likelønn, alternativt likebehandling, som et overordnet formål.¹²⁵ En forklaring på denne praksisen er at traktaten som rettskilde står over direktivene. Fransson hevder i den forbindelse at «[g]enerelt kan sãgas att när rãttsfrãgan har kunnat omfattas av artikel 119 (141) har domstolen inten i någon hãgre grad kommenterat det av kãranden åberopade direktivet».¹²⁶ Sak C-457/93 *Lewark* er ett av mange eksempler på at EU-domstolen har trukket inn art. 157 i sine resonnementer og presisert definisjonen. Saken gjaldt tolkningen av det opphevede likelønnsdirektivet 75/117/EØF og traktatens likelønnsregel (da art. 119). En deltidsansatt påsto seg diskriminert med hensyn til «pay» som følge av manglende betaling for kursdeltagelse utenfor ordinær arbeidstid. Domstolen uttalte om likelønnsbestemmelsen:

¹²⁵ I dag er det først og fremst tale om det omarbeidede likebehandlingsdirektivet 2006/54/EF, jf. punkt 2.3.2.

¹²⁶ Fransson (2000) s. 236 i tilknytning til direktiv 75/117/EØF og direktiv 76/207/EØF.

«... as the Court has consistently held, the concept of pay within the meaning of Article 119 of the Treaty comprises any consideration, whether in cash or in kind, whether immediate or future, provided that the worker receives it, albeit indirectly, in respect of his employment from his employer, and irrespective of whether the worker receives it under a contract of employment, by virtue of legislative provisions or on a voluntary basis ...».¹²⁷

På bakgrunn av domstolens romslige forståelse av art. 119 (nå TFEU art. 157) ble den aktuelle betalingen i saken ansett for å være omfattet av bestemmelsen og utgjorde dermed «pay». EU-domstolen fokuserer i sitatet på at «... the concept of pay within the meaning of Article 119 of the Treaty comprises any consideration ...» (min understreking). Fremgangsmåten stemmer godt overens med det jeg antydte under punkt 2.2.1 om at det er komponenten «any other consideration» i TFEU art. 157 nr. 2 som oftest gir opphav til tvister. Det er sjelden tvil om en arbeidstakers «ordinary basic or minimum wage or salary» (grunnlønn eller minstelønn), eller størrelsen på denne. Men nettopp dette har som konsekvens at domstolens praksis ikke gir svar på forholdet mellom «wage» og «salary» holdt opp mot «pay». Drøftelsene i kapittel 2 har avdekket det vesentlige om betydningen av de fleste begrepene og forholdet mellom dem i de ulike reguleringene. I forlengelsen av dette kan sies at når problemstillingen ikke prøves for retten, er det i seg selv en indikasjon på det ikke er nødvendig å avklare hvert enkelt begrep som anvendes om «lønn» for å kunne snakke om «lønnsbegrepet i EU». Hva angår «wage» og «salary», står vi da igjen med det som følger av språklig og systemrettet tolkning om at «wage» og «salary» er tilsvarende begreper, men snevrere enn «pay». Dermed er det for avhandlingens formål – innholdet i «lønnsbegrepet» – tilstrekkelig å konsentrere seg om «pay».

Tilnærmet likelydende formulering som den siterte uttalelsen fra EU-domstolen går igjen i flere saker, både fra tiden før og fra tiden etter *Lewark*. Blant mange eksempler kan nevnes *Rinner-Kühn*, *Barber*, *Bötel*, *Høj Pedersen* og *McKenna*.¹²⁸

¹²⁷ Sak C-457/93 *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V.* mot *Johanna Lewark*, Saml. 1996 s. I-243 (avsnitt 21). Jf. også punkt 2.2.1 ovenfor.

¹²⁸ Se sakene: C-171/88 *Ingrid Rinner-Kühn* mot *FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, Saml. 1989 s. 274 (avsnitt 7), C-262-88 *Barber* (avsnitt 12), sak C-360/90

Felles for alle sakene er at tvisten på en eller annen måte har reist spørsmål om tolkningen av likelønnsregler, herunder særlig direktiv 75/117/EØF om lik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere. Til dels har også likebehandlingsdirektivet 76/207/EØF vært berørt. Sakene har bidratt til at arten av ytelser som kan være «pay» gradvis har blitt mer omfattende. En oversikt over *hvilke* typer ytelser som omfattes av «lønnsbegrepet» (lønnskomponenter), gis i punkt 3.3.1 nedenfor. Men allerede her kan vi konstatere den relativt store betydningen funksjonsmåtetraktatens likelønnsregel har når det gjelder innholdet i begrepet «pay». Først og fremst er TFEU art. 157 et klart utgangspunkt når «pay» i likebehandlingsdirektivet (2006/54/EF) skal fastlegges, fordi deler av direktivet er en forlengelse av nettopp denne bestemmelsen.¹²⁹ Dessuten er direktivets art. 4 for alle praktiske formål en tilsvarende regel, selv om ordlyden er noe annerledes formulert. Artikkel 14 er på sin side en regel om likebehandling av menn og kvinner, herunder i relasjon til lønn, og omtales nedenfor i punkt 3.2.2.

Funksjonsmåtetraktaten art. 157 fastsetter retten til lik *lønn* mellom menn og kvinner. Bestemmelsen gir ikke et generelt prinsipp om likebehandling av menn og kvinner som kan anvendes også på andre arbeidsvilkår enn lønn.¹³⁰ Domstolens metode i saker om lønn går ofte først ut på å konstatere om en omtvistet ytelse faller inn under virkeområdet til art. 157 nr. 2 – altså om spørsmålet gjelder likelønn mellom kjønn eller ikke. Når dette først er avklart, gir svaret på hvorvidt en ytelse er «pay» i bestemmelsens forstand, seg selv. Bestemmelsens anvendelse på lønn, og ikke likebehandling i relasjon til andre arbeidsvilkår, ble fastslått i sak C-149/77 *Defrenne III*. Saken gjaldt et vilkår i arbeidskontrakten til en tidligere flyvertinne, som gikk ut på at arbeidsforholdet skulle opphøre ved fylte 40 år mot at flyvertinnen mottok en sluttgodtgjørelse. En slik klausul fantes ikke i arbeidskontrakten til de mannlige

Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin mot *Bötel*, Saml. 1992 s. I-3589 (avsnitt 12), sak C-66/96 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Berit Høj Pedersen* mot *Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger and Dansk Tandlægeforening and Kristelig Funktionær-Organisation v Dansk Handel & Service*, Saml. 1998 s. I-7327 (avsnitt 32) og sak C-191/03 *North Western Health Board* mot *Margaret McKenna*, Saml. 2005 s. I-7631 (avsnitt 29).

¹²⁹ Steiner og Woods (2009) s. 615.

¹³⁰ Se for eksempel Nielsen (2003) s. 366 og Barnard (2006) s. 511, dog i sammenheng med pensjonsalder.

arbeidstakerne, og flyvertinnen påstod seg diskriminert i strid med likelønnsregelen. Imidlertid gjaldt den påståtte diskrimineringen andre ansettelses- og arbeidsvilkår enn lønn. EU-domstolen uttalte følgende om likelønnsregelens rekkevidde:

«In contrast to the provisions of articles 117 and 118, which are essentially in the nature of a programme, art. 119, which is limited to the question of pay discrimination between men and women workers, constitutes a special rule, whose application is linked to precise factors.

In these circumstances it is impossible to extend the scope of that article to elements of the employment relationship other than those expressly referred to.

In particular, the fact that the fixing of certain conditions of employment — such as a special age-limit — may have pecuniary consequences is not sufficient to bring such conditions within the field of application of Article 119, which is based on the close connection which exists between the nature of the services provided and the amount of remuneration.

That is *a fortiori* true since the touchstone which forms the basis of Article 119 — that is, the comparable nature of the services provided by workers of either sex — is a factor as regards which all workers are *ex hypothesi* on an equal footing, whereas in many respects an assessment of the other conditions of employment and working conditions involves factors connected with the sex of the workers, taking into account considerations affecting the special position of women in the work process »¹³¹

Domstolens avgrensning av anvendelsesområdet for TFEU art. 157 til kun å omfatte «pay», og ikke andre arbeidsvilkår, er ikke fraveket eller forsøkt fraveket senere.¹³²

¹³¹ Sak C-149/77 *Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Saml. 1978 s. 1365 (*Defrenne III* avsnitt 19-22).

¹³² Blant annet er poenget med at regelen er basert på presise faktorer, samt at økonomiske konsekvenser for arbeidstakeren ikke er nok til at art. 157 finner anvendelse, gjentatt. Se for eksempel sak C-313/02 *Nicole Wippel mot Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG.*, saml. 2004 s. I-9483.

Begrunnelsen for at likelønn må behandles ulikt fra likebehandling ellers, er imidlertid interessant og vil bli tatt opp igjen nedenfor.

3.2.2 Reguleringer om likebehandling med hensyn til lønn, men ikke likelønn
Avgrensningen av TFEU art. 157 til likelønn medfører at det oppstår et eget spørsmål i relasjon til direktivene 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av alle uansett rase eller etnisk opprinnelse og 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse (yrke) og erverv (jf. punkt 2.3.2 ovenfor). Direktivene regulerer likebehandling, men på grunnlag av andre faktorer enn kjønn. I tillegg gjør de som nevnt bruk av begrepet «pay» i art. 3 nr. 1 bokstav c. Kan TFEU art. 157 nr. 2 være et utgangspunkt også når «pay» i disse direktivene skal fastlegges?

Rettspraksis fra EU-domstolen berører ikke forholdet mellom disse direktivene og TFEU art. 157. Det er også ellers få saker hvor direktivenes «pay»-begrep har blitt tolket.¹³³ I sin begrunnelse i *Defrenne III* peker domstolen for det første på at art. 119 (nå TFEU art. 157) etter sin ordlyd er begrenset til lønnsdiskriminering og slik sett er en spesiell regel hvis anvendelse er basert på presise faktorer. Det er den nære forbindelsen mellom utført arbeid og størrelsen på betalingen for dette som utgjør grunnlaget for sammenligning. Domstolen uttaler videre at i bestemmelsens forstand er utført arbeid, enten det er av en mann eller en kvinne, i prinsippet en objektiv faktor hvor alle arbeidstakere stiller på like fot. Når det er tale om andre ansettelses- og arbeidsvilkår enn lønn, kan kjønnsesifikke faktorer ofte spille en rolle for bedømmelsen. Lønn er på sin side en konkret størrelse som enkelt kan måles mot arbeid.

Når domstolens argumentasjon skal plasseres i forhold til rasediskrimineringsdirektivet og ikke-diskrimineringsdirektivet, er formålet med direktivene av sentral betydning. De to direktivene og likebehandlingsdirektivet har ulik rettslig forankring.

Likebehandlingsdirektivet er som nevnt hjemlet i TFEU art. 157 nr. 3, som inngår i traktatens kap. 10 om sosialpolitikk. De to andre direktivene er vedtatt med hjemmel i

¹³³ Oppfatningen om rettspraksis bekreftes av Steiner og Woods (2009) s. 607, som nøyer seg med å gi en kortfattet presentasjon av direktiv 2000/43/EF og 2000/78/EF begrunnet i nettopp sparsom praksis (s. 649-653).

EF-traktatens art. 13 (nå TFEU art. 19), som ble tilføyd ved Amsterdamtraktaten. Bestemmelsen utvidet EUs «diskrimineringsfokus» til å omfatte andre diskrimineringsformer enn bare kjønn.¹³⁴ Både rasediskrimineringsdirektivet og rammedirektivet har som formål «to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds of ... with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment» (art. 1; min understreking). Hovedformålet er med andre ord å sikre prinsippet om likebehandling ved å bekjempe diskriminering i forhold til diskrimineringsgrunnene rase, etnisk, opprinnelse, religion/tro, alder, funksjonshemming og seksuell legning. Med sikte på dette gjelder direktivene alle personer hva angår «employment and working conditions, including dismissals and pay», jf. art. 3 nr. 1 bokstav c i begge direktiver.

Når det gjelder hjemmelsbestemmelsene, overlapper TFEU art. 19 og art. 157 nr. 3 hverandre delvis, men art. 19 har et bredere formål og er slik sett en videre hjemmelsbestemmelse.¹³⁵ I likhet med TFEU art. 157 nr. 3 gir den også hjemmel til å vedta regler om kjønnsdiskriminering.¹³⁶ Når det gjelder *formål*, er forskjellen mellom de to direktivene og traktatens likelønnsregel derimot ikke så stor – i alle fall ikke slik at den bør påvirke forståelsen av «pay». Alle reguleringene har som mål at to grupper av personer skal behandles likt, selv om de objektivt sett er ulike. De hensyn som ligger bak en romslig forståelse av «pay» når det gjelder likebehandling av menn og kvinner, gjør seg like sterkt gjeldende når er tale om likebehandling av spesielle persongrupper. For så vidt er det ikke grunn til annet enn å la forståelsen av «pay» i TFEU art. 157 være utgangspunktet også for oppfatningen av «pay» i rasediskrimineringsdirektivet og ikke-diskrimineringsdirektivet. Til støtte for dette kan anføres flere grunner

For det første er det et argument i seg at det er tale om samme begrep - «pay» - i betydningen betaling til arbeidstakere. Funksjonsmåtetraktaten art. 157 gir riktignok en

¹³⁴ Schiek og Lawson (2011) s. 12-13.

¹³⁵ Funksjonsmåtetraktatens art. 19 er et generelt diskrimineringsforbud. Artikkel 157 nr. 3 er på sin side begrenset til «matters of employment and occupation».

¹³⁶ For fullstendighets skyld nevnes fanebestemmelsen i TFEU art. 8 hvor det heter at «[i]n all its activities, the Union shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women». Det samme fremgår av TEU art. 3, blant mange andre formål.

«positiv» regel som skal fremme likhet, mens direktivene gir en «negativ» regel som skal forby diskriminering. Hvilket «fortegn» som er valgt, bør likevel ikke være utslagsgivende. Dertil er det i EU-retten heller ikke konsekvent holdning til betegnelsene «equality» og «discrimination».¹³⁷ For det andre – og viktigere – er den funksjonelle likheten stor mellom traktaten og likebehandlingsdirektiv 2006/54/EF på den ene siden og direktiv 2000/43/EF og direktiv 2000/78/EF på den andre. I alle tilfeller dreier det seg om likebehandling av ulike persongrupper. Selv om rasediskrimineringsdirektivet og ikke-diskrimineringsdirektivet ikke fastsetter en rett til *lik* lønn, er det sentrale at en person ikke skal behandles dårligere med tanke på lønn fordi han eller hun skiller seg ut i forhold til andre. EU-domstolens resonnement i *Defrenne III* er heller ikke til hinder for å forene traktatdefinisjonen med «pay» i direktivene. Hovedinnvendingen er i tilfelle at direktivene ikke eksplisitt nevner arbeid og lønn i sammenheng med hverandre, og dermed vanskeliggjør sammenligning. Etter min mening skaper ikke dette altfor store vanskeligheter. Både rasediskrimineringsdirektivet og ikke-diskrimineringsdirektivet gjelder på arbeidslivsområdet, og det er som regel i den forbindelse spørsmålet om «pay» kommer opp. Da kan man se på hvilken lønn to arbeidstakere har og bruke denne som sammenligningsfaktor for å vurdere om det har funnet sted forskjellsbehandling og eventuelt på hvilket *grunnlag* (rase, funksjonshemming mv.).

EU-domstolens avgjørelse i *Defrenne III* og etterfølgende rettspraksis, er heller ikke til hinder for å la forståelsen av «pay» i TFEU art. 157 være utgangspunktet for oppfatningen av «pay» i likebehandlingsdirektivene. Der kom domstolen som nevnt til at TFEU art. 157 er begrenset til tilfeller som dreier seg om «pay», og ikke er anvendelig på andre arbeidsvilkår. Klargjøringen av likelønnsregelens virkeområde utgjør ikke noe hinder for å gi traktatbestemmelsen anvendelse når det er tale om å tolke rasediskrimineringsdirektivet og ikke-diskrimineringsdirektivet art. 3 nr. bokstav c om «pay». De dreier seg jo nettopp om lønn. Forskjellen er imidlertid at direktivene ikke på samme måte som i traktatbestemmelsen oppstiller et sammenligningskriterium – nemlig likt arbeid. Det er dette EU-domstolen sikter til når den taler om «precise factors» og «close conne[ct]ion which exists between the nature of the services provided and the

¹³⁷ Jf. petitavsnitt under punkt 2.3.2 om likebehandlingsdirektivene.

amount of remuneration» (se sitat s. 68 ovenfor). Det faktum at det er utviklet omfattende regler, prinsipper og rettspraksis i tilknytning til området for lik lønn mellom kjønn, har først og fremst sammenheng med at likelønn tradisjonelt har vært et prioritetsområde innen EU. I dag synes det ikke uten videre å være noen grunn til å behandle likelønn mellom kjønn vesentlig annerledes enn lønnsdiskriminering på grunnlag av andre forhold.

Et praktisk eksempel på at EU-domstolen faktisk tar i betraktning traktatens likelønnsregel, kan hentes fra en ny avgjørelse i sak C-147/08 *Jürgen Römer* fra 10. mai 2011. Et av spørsmålene i saken gjaldt anvendelsesområdet og rekkevidden av direktiv 2000/78/EF. Bakgrunnen var uenighet om størrelsen på pensjonen til en mann som ikke var gift, men som hadde inngått et registrert partnerskap i Tyskland. Han påstod seg diskriminert i strid med ikke-diskrimineringsdirektivet. Domstolens drøftelse av direktivets anvendelsesområde resulterte i følgende uttalelse:¹³⁸

«In that respect, it is sufficient to point out that the Court has held that the scope of Directive 2000/78 must be understood, in the light of Article 3(1)(c) and Article 3(3) read in conjunction with recital 13 in the preamble to the Directive, as excluding social security or social protection schemes, the benefits of which are not equivalent to ‘pay’ within the meaning given to that term for the application of Article 157 TFEU, and payments of any kind made by the State with the aim of providing access to employment or maintaining employment.

Accordingly, Article 3(3) of Directive 2000/78 cannot be interpreted as meaning that a supplementary retirement pension paid by a public scheme and constituting pay within the meaning of Article 157 TFEU falls outside the scope of the Directive.

As regards, next, recital 22 in the preamble to Directive 2000/78, under which ‘[the] Directive is without prejudice to national laws on marital status and the benefits dependent thereon’, it need only be recalled that the Court has already ruled on the scope of that recital, at paragraphs 58 to 60 of its judgment in *Maruko*.

¹³⁸ C-147/08 *Jürgen Römer mot Freie und Hansestadt Hamburg*, Saml. 2011 I- 0000.

According to that judgment, since a supplementary retirement pension such as that at issue in the main proceedings has been identified as ‘pay’, within the meaning of Article 157 TFEU, and it falls within the scope of Directive 2000/78, recital 22 cannot affect the application of the Directive». ¹³⁹

Römer er hittil det eneste eksemplet på tolkning av art. 3 nr. 1 bokstav c i ikke-diskrimineringsdirektivet. ¹⁴⁰ Som sitatet viser, tok EU-domstolen utgangspunkt i TFEU art. 157 blant annet med henvisning til direktivets fortale. Domstolen forutsatte at den omtvistede ytelsen – supplerende alderspensjon – utgjorde «pay» etter TFEU art. 157 fordi dette fremgikk av foreleggelsesavgjørelsen fra den tyske domstolen. ¹⁴¹ Når det først var på det rene at den omtvistede supplerende alderspensjonen utgjorde «pay» etter TFEU art. 157, falt den innenfor anvendelsesområdet til ikke-diskrimineringsdirektivet.

Formålet med sitatene fra dommen er å vise samspillet mellom regler som egentlig dekker hvert sitt felt. Etter min mening er avgjørelsen også et argument for at man kan forstå *begrepet* «pay» på samme måte, selv om reglene er ment for ulike tilfeller. Riktignok var spørsmålet i de siterte delene av avgjørelsen hvorvidt direktivet i det hele tatt var anvendelig, men domstolens resonnement er overførbart til avhandlingens problemstilling. Domstolens metode ved tolkning av direktivet stemmer godt overens med det jeg har antatt om metoden i likelønnssaker (se punkt 3.2.1 ovenfor). Når noe er «pay» etter TFEU art. 157, er det «pay» også i direktivenes forstand. Hvilken regulering som finner anvendelse, avgjøres av sakens faktum. Rasediskrimineringsdirektivet har ennå ikke gitt opphav til noen sak der «pay»-begrepet har vært gjenstand for tolkning,

¹³⁹ Sak C-147/08 *Jürgen Römer* (sitert ovenfor) avsnitt 32-35.

¹⁴⁰ Det er ellers ingen rettspraksis knyttet til art. 3 nr. 1 bokstav c om «pay» i rasediskrimineringsdirektiv 2000/43/EF eller art. 14 i likebehandlingsdirektivet (2006/54/EF). I to saker har art. 14 vært gjenstand for anmodning om forhåndsuttalelse, hvorav EU-domstolen i den ene avgjorde saken uten å gå inn på bestemmelsen, mens den andre ser ut til å være trukket tilbake (se henholdsvis sak C-486/08 *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols mot Land Tirol*, Saml. 2010 s. I-3527 og sak C-547/09 *Pensionsversicherungsanstalt mot Andrea Schwab*, EUT C 232 av 6.8.2011, s. 23–23).

¹⁴¹ Hvorvidt pensjonen var «pay» er drøftet mer inngående i Generaladvokat Jääskinens forslag til avgjørelse i *Römer*-saken, jf. sak C-147/08. Generaladvokaten konkluderte med at pensjonen var «pay» etter en vurdering av sakens sider og EU-domstolens praksis i tilknytning til TFEU art. 157 (da EF-traktaten art. 141).

men direktivet har en så nær forbindelse til ikke-diskrimineringsdirektivet at de samme forhold gjør seg gjeldende.

På bakgrunn av dette må det kunne legges til grunn at TFEU art. 157 har vesentlig betydning for omfanget av begrepet «pay» i direktiv 2000/43/EF og 2000/78/EF. Oppfatningen harmonerer også godt med Nielsens syn, når hun skriver:

«I de seneste år er der vedtaget en ny bølge af ligestillingsdirektiver, der også omfatter en række nye beskyttelseskriterier. ... Ved regulering af ligestilling med hensyn til andre kriterier end køn trækkes der i meget høj grad på erfaringerne vedrørende kønsligestilling, men der sker også en påvirkning den anden vej, således at kønsligestillingsreglerne justeres i lyset af ligestillingsregler vedrørende andre beskyttelseskriterier end køn.»¹⁴²

3.2.3 Situasjonen i saker som angår andre rettigheter enn likebehandling

Vi har sett at det legges til grunn en vid praktisering av «pay» i likelønnsammenheng. På bakgrunn av betraktninger om funksjon og formål, likebehandlingsdirektivene og til dels rettspraksis er det samme langt på vei tilfellet også i likebehandlingssammenheng. At domstolen ofte har grepet tilbake til definisjonen i TFEU art. 157 når den har stått ovenfor slike reguleringer med tolkning av «lønnsbegrepet», er derfor ikke overraskende. Avhandlingen har belyst at arbeidsrettslige reguleringer fra EU omhandler mer enn likebehandling og likelønn, selv om disse relativt sett utgjør en stor del. Direktivene om insolvens (2008/94/EF) og arbeidstid (2003/88/EF) kan nevnes som eksempler på regelverk med andre formål. Da er det ikke gitt at forståelsen av sammenhengen mellom TFEU art. 157 og likelønns- og likebehandlingsreguleringene uten videre kan generaliseres til disse, særlig når det tas i betraktning at «lønnsbegrepet» har andre funksjoner.

I reguleringer om likebehandling og lønn har den brede inkluderingen av ytelser sammenheng med det grunnleggende hensyn at arbeidstakere ikke skal behandles på en ugunstig måte i forhold til andre arbeidstakere. Menn og kvinner skal for eksempel

¹⁴² Nielsen (2006) s. 303.

motta samme betaling for samme eller tilsvarende arbeid, og personer med funksjonshemming skal stilles på lik linje med andre mv. EU-domstolen har i den forbindelse uttalt at «[t]he application of the principle of equal pay must be ensured in respect of each element of remuneration [i TFEU art. 157 (da art. 119)] and not only on the basis of a comprehensive assessment of the consideration paid to workers».¹⁴³ I utstasjoneringdirektivet er det til sammenligning andre hensyn som er mer fremtredende, eksempelvis å forene «... a climate of fair competition and measures guaranteeing respect for the rights of workers».¹⁴⁴ Det innebærer at formålet ikke nødvendigvis er å sikre utstasjonerte arbeidstakere de samme vilkår som nasjonale arbeidstakere får, men like mye å sette et tak på medlemsstatenes adgang til å pålegge utenlandske tjenesteytere tyngre byrder enn ivaretagelse av de sosiale formål tilsier. Markedshensyn veies mot hensynet til respekt for arbeidstakeres rettigheter, for så vidt sammenlignbart med EU-domstolens syn på TFEU art. 157 og bestemmelsens doble formål.

Spørsmålet er følgelig om EU-domstolen – i mangel av en enhetlig og konkret definisjon – holder seg til traktatbestemmelsen også når den tar stilling til «lønnsbegrepet» i reguleringer med andre formål enn likebehandling.

Som jeg så vidt har vært inne på, finnes det ikke så mange tilfeller hvor problemstillingen om hva «lønnsbegrepet» i slike reguleringer betyr, har kommet opp for domstolen. En undersøkelse av EU-domstolens praksis i tilknytning til direktiver behandlet i kapittel 2, og som her kan plasseres i kategorien «andre formål enn likebehandling», bekrefter dette. For så vidt er det ikke sikker støtte i rettskildene for å anta at domstolen vil ta utgangspunkt i traktatbestemmelsen når man beveger seg bort fra likelønns- og likebehandlingsområdet. Det er likevel relevant å stille spørsmålet, særlig foranlediget av en uttalelse fra Generaladvokat Trstenjak i sak C-155/10 *Williams* fra 15. september 2011.¹⁴⁵ Saken gjaldt forståelsen av uttrykket «paid annual

¹⁴³ Jf. sak C-262/88 *Douglas Harvey Barber* mot *Guardian Royal Exchange Assurance Group*, saml. 1990 s. I-01889 (avsnitt 35).

¹⁴⁴ Jf. direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting fortalen punkt. 5.

¹⁴⁵ Dommen er behandlet ovenfor i punkt 2.3.4.

leave» i arbeidstidsdirektivet (2003/88/EF) og tvistespørsmålet var hvor mye piloter ansatt i British Airways hadde rett til å få utbetalt i feriepenger. Generaladvokaten oppsummerte rettstilstanden på en god måte i sitt forlag til avgjørelse:

« It is true that there is no definition of the term ‘pay’ either in the Working Time Directives or in Directive 2000/79. EU law does, however, provide a sufficiently clear definition in Article 141(2) EC, and the Court itself has relied on that definition when interpreting directives which – like Directive 93/104 itself, inter alia at issue here – were adopted on the legal basis of Article 118a EC. Moreover, that definition is consistent with the standards of international employment law, its drafting history making it clear that it is based on Article 1(a) of ILO Convention No 100. Against that background, it seems to me that the definitions provided by primary law may also be relied on in this case for the purpose of interpreting Directive 2000/79.»¹⁴⁶

Generaladvokaten fremhever i sitatet at EU-retten gir en tilfredsstillende og klar definisjon av begrepet «pay» i EF-traktaten art. 141 nr. 2 (nå TFEU art. 157 nr. 2). Siden arbeidstidsdirektivet – i likhet med flesteparten av direktivene jeg behandler i avhandlingen – ikke gir en egen definisjon, antar hun at det bør være tilfredsstillende med en henvisning til definisjonen av «pay» i primærretten. Oppfatningen forankres i at EU-domstolen har holdt seg til definisjonen, og særlig i at definisjonen er i tråd med internasjonal arbeidsrett, her ILOs likelønnskonsensjon. Etter å ha fastslått dette fortsetter hun med at «[i]t is thus necessary to consider which payments must be regarded as being components of remuneration in accordance with that definition».¹⁴⁷ Generaladvokatens syn er altså at ytelsens «karakter av lønn» må bedømmes på bakgrunn av TFEU art. 157, selv om det er «pay» i arbeidstidsdirektivet som skal tolkes. Like interessant er en etterfølgende bemerkning hvor hun uttaler:

«... By and large, that provision has been interpreted extensively in the Court’s case-law. For that reason, the meaning of pay as defined in Article 141(2) EC may, in certain circumstances, extend far beyond a national definition of pay. (69) The remunerative nature of any payment must be determined by individual examination.

¹⁴⁶ Generaladvokat Trstenjaks forslag til avgjørelse i sak C-155/10 *Williams* (avsnitt 69).

¹⁴⁷ *Ibid.* (avsnitt 70).

However, before I examine the remunerative nature of the individual components of the pay at issue, I should like to make brief reference to the need to adhere to the broad interpretation previously given to the meaning of pay in EU law. It is, after all, precisely in cases such as this, in which the remuneration consists of several components, that there is a risk that an excessively narrow interpretation will give the employer an incentive to declare that individual components do not form part of the remuneration and/or even to fragment the remuneration further in order to pay as little as possible by way of holiday pay. However, the effect of such a practice would be to deter the worker from taking paid annual leave and, therefore, to frustrate the recuperative function of that leave.»¹⁴⁸

De delene av Generaladvokatens forslag jeg har sitert, er ikke nærmere kommentert i selve dommen. Da er spørsmålet hvilken rettskildemessig verdi uttalelsen har generelt, og for avhandlingens problemstilling spesielt. Det er i alle fall klart at forslagene ikke er bindende for domstolen, kun rådgivende. Ellers er det delte meninger i litteraturen om den generelle statusen til generaladvokatens innstillinger i saker. Enkelte forfattere antar at verdien er «tvilsom».¹⁴⁹ Andre fokuserer på forslagenes kvalitet og uttaler at de både er «useful as means of ascertaining the reasoning behind the Court's decision», og «may still be invoked as persuasive authority in a subsequent case», selv om de ikke følges.¹⁵⁰ Et kjennetegn ved de fleste innstillingene er uansett at de på en grundig og oversiktlig måte sammenfatter rettstilstanden på et område. Dessuten anses generaladvokatene å ha høy faglig kompetanse. Slik sett utgjør forslagene verdifulle bidrag til forståelse av EU-retten.¹⁵¹ Det må også understrekes at domstolens avgjørelser ikke alltid er enkle å forstå basert på kun dommen selv. Begrunnelsene er ofte inspirert av forslaget fra generaladvokatene, uten at disse nødvendigvis fremheves i dommen. Det innebærer ikke at det dermed er motsetning mellom forslaget til avgjørelse og selve domsresultatet.

¹⁴⁸ Generaladvokat Trstenjaks forslag til avgjørelse i sak C-155/10 *Williams* avsnitt 71-72.

¹⁴⁹ Neergaard og Nielsen (2010) s. 158.

¹⁵⁰ Steiner og Woods (2009) s. 45.

¹⁵¹ Sejersted (2011) s. 135 og 236.

For problemstillingen i dette kapittelet – i hvilken grad TFEU art. 157 er veiledende for andre reguleringer – har Generaladvokat Trstenjaks drøftelse og resonnement etter min mening betydelig verdi på selvstendig grunnlag. Jeg har ikke funnet andre eksempler i rettspraksis på at spørsmålet er reist og drøftet på en så tydelig måte. Og *Williams*-saken ligger svært nær i tid. Selv om uttalelsen direkte gjelder arbeidstidsdirektivet, har den overføringsverdi til andre reguleringer utenfor likelønns- og likebehandlingsområdet, herunder insolvensdirektivet. I den forbindelse er særlig forklaringen på hvorfor «lønnsbegrepet» i EU-retten må fortolkes vidt av stor betydning. Generaladvokaten legger stor vekt på det som kan leses som en indirekte henvisning til reglens effektivitet. For arbeidstidsdirektivets vedkommende er det tale om å motvirke risikoen for at arbeidsgivere får et incentiv til å spekulere på bakgrunn av hvordan arbeidstakeres lønn er sammensatt. Dersom den samlede lønnen i utgangspunktet består av flere komponenter, hvilket den ofte gjør, kan arbeidsgivere enkelt hevde at en eller annen komponent ikke egentlig utgjør lønn, men en annen form for ytelse. På denne måten kan arbeidsgivere søke å minimere sin betalingsforpliktelse, fordi EU-reguleringen knytter arbeidstakerens rettighet til begrepet «pay». Dette vil igjen uthule beskyttelsen EU-reglene gir arbeidstakerne.

Disse hensynene har stor vekt også for reguleringer som insolvensdirektivet, vikarbyrådirektivet og arbeidsinformasjonsdirektivet. På arbeidsrettsområdet sikrer direktivene *minimumsbeskyttelse* for arbeidstakere. Som ledd i nå dette målet på ulike felt må det etableres mekanismer som vanskeliggjør omgåelse. En bred tolkning av «lønnsbegrepet» er en slik mekanisme. Det må imidlertid foretas en konkret avveining i hvert enkelt tilfelle, slik at arbeidstakerbeskyttelsen ikke får «forrang» i forhold til andre viktige hensyn i det indre marked. Generaladvokat Trstenjak er inne på dette i sin redegjørelse når hun uttaler at «[t]he remunerative nature of any payment must be determined by individual examination». Det er ikke i alle sammenhenger at EU-domstolens vide fortolkning av «lønnsbegrepet» kan legges til grunn. Heller ikke er det meningen. Poenget er heller at når felleskapsretten ikke gir definisjoner av hyppig anvendte begreper i sekundærlovgivningen, så er det få betenkeligheter forbundet med å søke veiledning i en etablert definisjon.

I forhold til utstasjoneringdirektivet oppstår likevel et særskilt spørsmål fordi «lønnsbegrepet» der har en begrensning til et minimum. Det følger direkte av ordlyden at en like vid tolkning av «pay» ikke lar seg forsvare. Hvorvidt det har som konsekvens at TFEU art. 157 har en annen stilling i forhold til utstasjoneringdirektivet, er vanskelig å gi et sikkert svar på. Det er jo riktignok tale om «pay» også her, selv om direktivet opererer med et mindre romslig «pay»-begrep. På den annen side hviler direktivet på andre hensyn, herunder markedshensyn, i tillegg til å sikre beskyttelse av arbeidstakere.

I forlengelsen av det som er sagt under dette punktet, må tilføyes at Generaladvokatens fremgangsmåte i *Williams*-saken ikke kommer så tydelig fram i domstolens avgjørelser. Det vises sjelden uttrykkelig til TFEU art. 157. Men det hender at likebehandling trekkes frem som et fundamentalt hensyn, også ved tolkningen av «lønnsbegrepet» i reguleringer som ikke har dette som hovedformål.¹⁵² Om det ikke «formelt» kan spores at likelønnsbestemmelsen er veiledende, så synes de underliggende resonnementene fra domstolen å indikere dette. Med unntak av Generaladvokat Trstenjaks drøftelse i forslaget til avgjørelse i *Williams*-saken har jeg imidlertid ikke funnet annen støtte i rettskildene som kan bidra til opplyse spørsmålet i større grad. Løsningen er derfor ikke åpenbar, men mye taler for at TFEU art. 157 – i fravær av særskilte definisjoner – bør kunne legges til grunn som et utgangspunkt ved tolkningen av «lønnsbegrepet» i reguleringer utenfor likelønns- og likebehandlingsområdet.

3.2.4 Konklusjon

Redegjørelsen viser at definisjonen i TFEU art. 157 nr. 2 er et selvsagt utgangspunkt når «lønnsbegreper» i likelønnsreguleringer skal tolkes. Det har formodningen for seg at samme tilnærming følges eller vil bli fulgt av EU-domstolen i forhold til reguleringer om likebehandling med hensyn til lønn, selv om eksemplene fra rettspraksis ikke er så klare på dette området. *Jürgen Römer* er likevel betegnende. Hva gjelder reguleringer

¹⁵² Se f.eks sak C-442/00 *Ángel Rodríguez Caballero mot Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, Saml. 2002 s. I-11915 som gjaldt tolkningen av det gamle insolvensdirektivet (80/987/EØF). I avsnitt 32 trekker EU-domstolen likebehandlingsprinsippet i tilknytning til spørsmål om EU-retten stilte krav til spansk rett når det gjelder fastleggelse av begrepet «pay», jf. avsnitt 29. Som nevnt tidligere griper ikke insolvensdirektivet inn i medlemsstatenes nasjonale definisjoner av «pay».

som har andre (primær)formål enn disse, er det indikasjoner i rettskildematerialet på at likelønnsregelen kan være veiledende også i disse tilfellene. Konklusjonen er likevel mer usikker for reguleringer utenfor likelønns- og likebehandlingsområdet.

3.3 Lønnskomponenter

3.3.1 Innledning

En arbeidstakers lønn er sammensatt, og består gjerne av flere deler – også kalt lønnskomponenter. Fastsettelsen av slik lønn, er en sak mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, og hører slik sett til arbeidslivets parter i hver enkelt medlemsstat. Også staten kan involvere seg ved å vedta regler om minstelønn i lov, forskrift eller lignende.¹⁵³ Som vi har sett gjør direktivene ofte en henvisning til nasjonal rett både når det gjelder fastsettelse av hva som skal være «pay», og hvor høy den skal være (nivået). Mangfoldet av de typer av ytelser som kvalifiserer til å være «pay», er derfor stort og varierer fra land til land. I en fremstilling som denne har det lite for seg å gå inn på og diskutere alle typer av ytelser som kan være «pay» etter den ene eller andre reguleringen. Til det er rettskildematerialet for omfangsrikt, og verdien er i beste fall tvilsom. Formålet i det følgende er å peke på visse grunntrekk sammen med eksempler på betalinger til arbeidstakere som har vært ansett å falle innenfor og eller utenfor begrepet «pay» etter TFEU art. 157. Jeg vil også nevne noen eksempler fra rettspraksis vedrørende utstasjoneringdirektivet, fordi direktivet i alle fall på én måte skiller seg ut i forhold både til traktatregelen og andre reguleringer. Selv om også det omtaler «pay», er det tale om «minimum rates of pay», altså minstelønn.

3.3.2 Distinksjonen mellom «pay» og «social security»

Et viktig grunntrekk i forståelsen av hva som går inn under TFEU art. 157, er skillet mellom «social security» (trygdeordninger) og «pay». Først og fremst gjelder dette spørsmålet om pensjoner er «pay» etter TFEU art. 157. I den forbindelse er grunnlaget for slike pensjonsordninger et viktig moment. Pensjoner inndeles i to kategorier – de yrkesbestemte og de lovbestemte. På engelsk kalles de henholdsvis «occupational» og «statutory». Det forekommer også «blandingsformer» av disse. Sak C-80/70 *Defrenne I*

¹⁵³ Jf. for så vidt punkt 2.2.2 om art. 153 nr. 5 og at EUs kompetanse til å ta initiativer som vedrører «pay», ikke er avskåret selv om fastsettelse av lønn og lønnsnivå hører til medlemsstatene og arbeidslivets parter.

var et tidlig eksempel på at EU-domstolen avgrenset begrepet «pay» i TFEU art. 157 (den gang art. 119) mot de rent statlige og lovbestemte pensjonsordninger.¹⁵⁴

Domstolen uttalte at:

«Although consideration in the nature of social security benefits is not therefore in principle alien to the concept of pay, there cannot be brought within this concept, as defined in Article 119, social security schemes or benefits, in particular retirement pensions, directly governed by legislation without any element of agreement within the undertaking or the occupational branch concerned, which are obligatorily applicable to general categories of workers.

These schemes assure for the workers the benefit of a legal scheme, the financing of which workers, employers and possibly the public authorities contribute in a measure determined less by the employment relationship between the employer and the worker than by considerations of social policy.

Accordingly, the part due from the employers in the financing of such schemes does not constitute a direct or indirect payment to the worker. Moreover the worker will normally receive the benefits legally prescribed not by reason of the employer's contribution but solely because the worker fulfils the legal conditions for the grant of benefits.

These are likewise characteristics of special schemes which, within the framework of the general system of social security established by legislation, relate in particular to certain categories of workers» (mine understrekinger og kursiveringer).¹⁵⁵

Her trekker domstolen frem tre kriterier for å avgjøre om en pensjonsordning er «statutory» eller «occupational». De samme kriteriene avgjør om ordningen eller ytelser fra sådan kan inkluderes i begrepet «pay». I *Defrenne I* var det tale om alderspensjon, og domstolen pekte på at pensjonen 1) var direkte regulert i lov, 2) ikke hadde noe

¹⁵⁴ Fransson(2000) s. 218-219 og Bjørst (2005) s. 57.

¹⁵⁵ Sak C-80/70 *Gabrielle Defrenne* mot *Belgian State*, Saml. 1971 s. 445 (*Defrenne I*, avsnitt 7-11).

avtaleforankring mellom arbeidsgiver og arbeidstakere (evt. deres representanter) i virksomheten, og 3) var obligatorisk gjeldende for en generell gruppe arbeidstakere. Når det var tilfellet, oppfylte ikke alderspensjonen vilkårene for hva som kan være «pay» etter ordlyden i TFEU art. 157. Domstolen fokuserer på hva som er bærebjelken i en pensjonsordning – selve ansettelsesforholdet eller sosialpolitiske og trygderettslige overveielser. Dersom hovedvekten ligger på det siste, er synspunktet at ytelsen ikke er betalt på grunnlag av arbeidsforholdet («in respect of employment»). Videre trekker domstolen frem finansiering som et eget moment. Ordninger som i stor grad er finansiert av arbeidsgivere, eventuelt i fellesskap med arbeidstakere, har større tilknytning til arbeidsforholdet enn de som er opprettet ved lov og involverer staten i stor grad. For de rent statlige kreves det ofte ikke annet enn at visse lovbestemte vilkår er oppfylt, og arbeidsgivers bidrag til ordningen er dermed ikke en forutsetning for om arbeidstakeren får ytelser fra ordningen.

I *Defrenne I* holdt domstolen samtidig muligheten åpen for at ytelser som har karakter av trygd, likevel kan være «pay». Femten år senere kom domstolen til at «occupational pensions» var «pay» i *Bilka*.¹⁵⁶ Saken gjaldt spørsmål om utelukkelse av deltidsansatte fra bedriftens supplerende yrkespensjonsordning var i strid med art. 119 (TFEU art. 157). Den yrkesbestemte pensjonsordningen i saken var riktignok etablert i tråd med bestemmelser i tysk lovgivning, men den var basert på en avtale mellom arbeidsgiveren og arbeidstakerne. Videre var pensjonsordningen inntatt som en integrert del av ansettelsesavtalen og finansiert av arbeidsgiveren alene. Det ga den en kontraktsmessig natur.¹⁵⁷ Dessuten ble det vist til at pensjonen kom i tillegg til eventuelle lovbestemte trygdeytelser («social benefits») arbeidstakere måtte være berettiget til.¹⁵⁸ Pensjonsordningens supplerende karakter er likevel ikke noe stort poeng siden såkalte «contracted-out» pensjoner også er omfattet av «pay» i TFEU art. 157.

¹⁵⁶ Sak C-170/84 *Bilka Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz*, Saml. 1986 s. 1607.

¹⁵⁷ *Ibid.* (avsnitt 20-21).

¹⁵⁸ Pensjonens karakter av supplement til offentlig pensjon kan sammenlignes med norsk rett og lov 21. desember 2005 nr. 124 om obligatorisk tjenstepensjon (OTP-loven) som fastsetter visse arbeidsgiveres plikt til å innføre pensjonsordning for sine ansatte. Reglene er forskjellig for offentlig og privat sektor, og OTP-loven er en av flere reguleringer. Felles for tjenstepensjonsordningene er at de supplerer den alminnelige pensjonen i medhold av Folketrygden.

Det følger av den velkjente avgjørelsen *Barber*.¹⁵⁹ Slike pensjonsordninger innebærer i korthet at en erstatter fremtidig statlig pensjon med en tilsvarende ordning opprettet av arbeidsgiver. På den måten «kontraherer» man seg ut av den inntektsbaserte delen av en statlig pensjonsordning, eksempelvis den delen som danner grunnlag for tilleggspensjon. Dette var tilfellet i *Barber*, og domstolen uttalte at:

« unlike the benefits awarded by national statutory social security schemes, a pension paid under a contracted-out scheme constitutes consideration paid by the employer to the worker in respect of his employment and consequently falls within the scope of Article 119 [TFEU art. 157) of the Treaty. »¹⁶⁰

Begrunnelsen for domstolens standpunkt var i hovedsak at 1) pensjonsordningen bygget på avtale i virksomheten, 2) den var fullfinansiert av arbeidsgiver eller i fellesskap med arbeidstakerne uten offentlige bidrag overhodet, 3) ordningen var ikke obligatorisk gjeldende for alminnelige grupper av arbeidstakere, og 4) det ikke var avgjørende at ordningen delvis trådte i stedet for lovbestemt pensjon. Substituttbetraktningen hadde ikke betydning fordi pensjonen økonomisk sett var sammenlignbar med supplerende yrkespensjoner (som i *Bilka* ble ansett å være «pay»). Avgjørelsen i *Barber* møtte kritikk i ettertid, blant annet fordi den nære forbindelsen mellom lovbestemt og yrkesbestemte pensjoner ikke ble tatt hensyn til i tilstrekkelig grad ettersom bare de siste var «pay». ¹⁶¹ I *Moroni* bekreftet EU-domstolen at betraktningene fra *Barber* ikke var begrenset til «contracted-out (occupational) pension schemes», men like fullt kunne anvendes på «supplementary pension schemes». ¹⁶²

Synspunktene fra *Defrenne I*, *Bilka* og *Barber* er fulgt opp og utviklet videre i etterfølgende rettspraksis. I de forente sakene C-4/02 og C-5/02 *Schönheit* formulerer EU-domstolen tre sentrale kriterier til veiledning for å bedømme om en pensjon er «occupational», og dermed «pay», eller «statutory» og ikke «pay»:

¹⁵⁹ Sak C-262/88 *Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group*, Saml. 1990 s. I-01889.

¹⁶⁰ *Ibid.* avsnitt 28.

¹⁶¹ Se Craig og de Búrca (2008) s. 904.

¹⁶² Sak C-110/91 *Michael Moroni mot Collo GmbH*, Saml. 1993 s. I-6591 (særlig avsnitt 17).

«In that regard, it is appropriate to bear in mind that, in order to ascertain whether a retirement pension falls within the scope of Article 119 of the Treaty and, with effect from 1 May 1999, within that of Article 141(1) and (2) EC, the only possible decisive criterion is whether the pension is paid to the worker by reason of the employment relationship between him and his former employer, that is to say the criterion of employment based on the wording of the abovementioned provisions.

Admittedly, the employment criterion cannot be regarded as exclusive, since pensions paid by statutory social security schemes may reflect, wholly or in part, pay in respect of work. Such pensions do not constitute "pay" for the purposes of Article 119 of the Treaty or Article 141 EC.

However, considerations of social policy, of State organisation, of ethics, or even the budgetary concerns which influenced or may have influenced the establishment of a scheme by the national legislature cannot prevail if the pension concerns only a particular category of workers, if it is directly related to the period of service completed and if its amount is calculated by reference to the public servant's final salary. The pension paid by the public employer is in that case entirely comparable to that paid by a private employer to his former employees» (mine understrekinger).¹⁶³

Kriteriene er de samme som har gått igjen med tilnærmet likelydende formulering i *Beune*¹⁶⁴, *Evrenopoulos*¹⁶⁵, og *Maruko*¹⁶⁶, i tiden før og etter *Schönheit*.¹⁶⁷ Vi ser at arbeidsforholdet er det sentrale, men ikke det eneste kriterium («criterion of employment»). Disse sakene gjaldt lovfestede pensjonsordninger hos arbeidsgivere i offentlig sektor, som ble hevdet å være «statutory». Det er antakelig bakgrunnen for

¹⁶³ Forente saker C-4/02 og C-5/02 *Hilde Schönheit mot Stadt Frankfurt am Main (C-4/02)* og *Silvia Becker mot Land Hessen (C-5/02)*, Saml. 2003 s. I-12575 (avsnitt 56-58).

¹⁶⁴ Sak C-7/93 *Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds mot G. A. Beune*, Saml. 1994 s. I-4471 (avsnitt 44-45).

¹⁶⁵ Sak C-147/95 *Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) mot Efthimios Evrenopoulos*, Saml. 1997 s. I-2057 (avsnitt 19-21).

¹⁶⁶ Sak C-267/06 *Tadao Maruko mot Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Saml. 2008 s. I-1757 (avsnitt 46-48).

¹⁶⁷ Se for så vidt også Sak C-268/06 *Impact mot Minister for Agriculture and Food m.fl.*, Saml. 2008 s. I-2483 (avsnitt 131).

domstolens uttalelse om at når kriteriene er oppfylt, er pensjonen sammenlignbar med den som betales av private arbeidsgivere. Den pensjonen som stort sett betales av private arbeidsgivere, er «occupational pension», som etter domstolens praksis er «pay». Og i en slik kontekst er også arbeidsgivere som er offentlige organer, stilt på lik linje med private arbeidsgiver.

Til tross for en betydelig mengde saker har skillet mellom pensjoner som utgjør «pay», og de som ikke gjør det, stadig blitt utvannet siden *Defrenne I*. Vel og merke gjelder dette de lovbestemte trygdeordninger, idet de yrkesbestemte i medhold av EU-domstolens praksis er kategorisert som «pay». Steiner og Woods' beskriver rettstilstanden på en dekkende måte når de skriver:

«...the only statutory social-security schemes which appear now to fall outside Article 141 [art. 157] are statutory social-security pension schemes provided for workers in general as a matter of social policy and funded from the public purse. The precise ambit of the statutory social schemes outside Article 141 [art. 157] is, despite numerous cases on this issue, still unclear».¹⁶⁸

Distinksjonen mellom «pay» og trygdeordninger/pensjoner er viktig fordi ytelsene reguleres av ulike regelsett.¹⁶⁹ For lovbestemte trygdeordninger er det direktiv 79/7/EØF om gradvis gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner i trygdespørsmål som gjelder.¹⁷⁰ Er ytelsen å anse som «pay» – altså en ytelse som er avledet direkte av arbeidsforholdet – dekkes den av TFEU art. 157. «Occupational social security» reguleres på sin side både av direktiv 2006/54/EF art. 7 og faller innenfor virkeområdet til TFEU art. 157. Craig og de Búrca sammenfatter disse forskjellene etter at likebehandlingsdirektiv 2006/54/EF ble vedtatt slik:

«... the distinction between pay and social security gave rise to considerable confusion. Similarly, the distinction between equal pay and equal treatment in conditions of work,

¹⁶⁸ Steiner og Woods (2009) s. 613.

¹⁶⁹ Craig og de Búrca (2008) s. 898.

¹⁷⁰ Rådsdirektiv 79/7/EØF av 19. desember 1978 om gradvis gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner i trygdespørsmål.

as well as between the latter and equal treatment in social security, has not always been clear. Following the adoption of Directive 2006/54, however, which seeks to unify the legal principles governing equal pay, occupational social security, and equal treatment in other employment conditions, the most relevant distinction for the future is between these three on the one hand, and state social security on the other.»¹⁷¹

3.3.3 Eksempler på typer av ytelser som har blitt ansett som «pay» etter likelønnsbestemmelsen i funksjonsmåtetraktaten¹⁷²

Forholdet mellom pensjoner/pensjonsordninger og «pay» har, som fremstillingen ovenfor har vist, vært oppe til behandling i svært mange saker.

Ved siden av disse har en lang rekke andre saker brakt klarhet i hvilke ytelser som kan sies å være «pay». Med henvisning til domstolens praksis er spørsmålet om hva som utgjør «pay» i den forstand TFEU art. 157 benytter begrepet, behandlet av en lang rekke forfattere innen EU-rettslig litteratur. Blant annet svenske¹⁷³ og danske,¹⁷⁴ som engelske¹⁷⁵ fremstillinger går inn på dette. Selv om omfanget varierer, er det et karakteristisk trekk ved litteraturen at mange av de samme avgjørelsene går igjen hos forfatterne.¹⁷⁶

Steiner og Woods uttaler treffende: «[i]f the concept of pay is generously defined in Article 141 [TFEU art. 157], it has been even more generously construed».¹⁷⁷ Det passer godt med EU-domstolens grunnsyn om lønn – at «all employer-based payments constitute pay».¹⁷⁸ Det er ikke avgjørende at ytelsen er betalt til arbeidstakeren etter at

¹⁷¹ Craig og de Búrca (2008) s. 919.

¹⁷² Fremstillingen under dette punktet bygger hovedsakelig på et utvalg av den rettspraksis som er diskutert i litteraturen vist til i note 173-176. Av metodiske og rettskildemessige grunner viser jeg likevel direkte til avgjørelsene.

¹⁷³ Fransson (2000) s. 218-223.

¹⁷⁴ Bjørst (2005) s. 37 og s. 57 og Nielsen (2006) s. 327, begge i kortfattet form.

¹⁷⁵ Barnard (2006) s. 341-344.

¹⁷⁶ Av engelskspråklig litteratur kan det videre vises til: Steiner og Woods (2009) s. 611-615, McColgan (2005) s. 420 flg., herunder særlig s. 423, Craig og De Búrca (2008) s. 897 flg., Blanpain (2008) s. 514-528, Landau og Beigbeder (2008) s. 81-88 og Nielsen (2000) s. 199-209.

¹⁷⁷ Steiner og Woods (2009) s. 611.

¹⁷⁸ Barnard (2006) s. 342.

arbeidsforholdet er avsluttet. Domstolens presisering av traktatdefinisjonen innbefatter også aktuelle eller fremtidige betalinger (se s.11 og 64-65 ovenfor). Med henvisning til dette er fratredelsesgodtgjørelser omfattet av «pay»¹⁷⁹ Slike ytelser er sett på som en form for utsatt lønn, som arbeidstakeren har rett til som følge av arbeidsforholdet.

Sak C-171/88 *Rinner-Kühn* gjaldt spørsmål om sykepenger utbetalt til en tysk arbeidstaker i kraft av lov, var omfattet av likelønnsregelen i traktaten. Domstolen uttalte at «... the continued payment of wages to an employee in the event of illness falls within the concept of "pay" within the meaning of Article 119 of the Treaty».¹⁸⁰ At retten til sykepenger var lovfestet, hadde ingen betydning i saken. Det spesielle var imidlertid at selv om sykepengene ble betalt av arbeidsgiveren, så ble store deler av betalingen refundert av staten. Domstolens klassifisering av betalingen som «pay» gjør at det blir vanskelig å sondre mellom «pay» og «social-security benefits».¹⁸¹ Men resultatet står fast, sykepenger er altså «pay» etter TFEU art. 157. Det samme er erstatning for usaklig/uberettiget oppsigelse («unfair dismissal compensation»), jf. sak C-167/97 *Seymour- Smith*.¹⁸² Domstolen fremhevet at erstatningen skulle tilsvare det arbeidstakerne (det var to saksøkere) ville fått om de ikke hadde blitt oppsagt, og at den derfor var betalt «by reason of his employment, which would have continued but for the unfair dismissal». Videre er både etterlatteytelser, nærmere bestemt etterlattepensjon fra en yrkesbestemt pensjonsordning («survivor benefits»), «pay». Begrunnelsen er ganske enkelt at:

«...[e]ntitlement to such a benefit is a consideration deriving from the survivor's spouse's membership of the scheme, the pension being vested in the survivor by reason of the employment relationship between the employer and the

¹⁷⁹ Sak C-33/89 *Maria Kowalska mot Freie und Hansestadt Hamburg*, Saml. 1990 s. I-2591 (avsnitt 9).

¹⁸⁰ Sak C-171/88 *Ingrid Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, Saml. 1989 s. 2743 (avsnitt 7).

¹⁸¹ Se Craig og de Búrca (2008) s. 899.

¹⁸² Sak C-167/97 *Regina mot Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith og Laura Perez*, Saml. 1999 s. I-623 (avsnitt 26-28).

survivor' s spouse and being paid to him or her by reason of the spouse' s employment». ¹⁸³

I en sak der overgangsytelser («bridging pensions») ble ansett å være «pay», uttalte EU-domstolen at «...[c]onsideration classified as pay specifically includes consideration paid by the employer under a contract of employment whose purpose is to ensure that workers receive income even where, in certain cases specified by the legislature, they are not performing any work provided for in their contracts of employment» ¹⁸⁴. Vi ser at domstolen fremholder eksistensen av et arbeidsforhold, og ikke nødvendigvis utført arbeid, som den essensielle faktor i «pay»-definisjonen. ¹⁸⁵ Også svangerskapsytelser («maternity benefits»), fastsatt i lov eller tariffavtale, faller innenfor kategorien «pay» etter TFEU art. 157. ¹⁸⁶ Det er kanskje ikke overraskende at frivillige tilleggsbetalinger fra arbeidsgiver, som eksempelvis bonus på slutten av året, også er «pay». ¹⁸⁷ Barnard antar at «...presumably, would shift premia, overtime and all forms of merit and performance pay constitute 'pay' within Art. 141 [TFEU art. 157]». ¹⁸⁸ Det samme er tilfellet når det gjelder tillegg for ubekvem arbeidstid («inconvenient hours supplement») ¹⁸⁹. Det kan også nevnes at betaling av godtgjørelser til arbeidstakere som deltar på kurs for etterutdanning til ulike stillingsfunksjoner, er «pay», selv om arbeidsgivers forpliktelse springer ut av lovgivning og ikke avtalen med arbeidstakerne.

¹⁸³ Sak 109/91 *Gerardus Cornelis Ten Oever* mot *Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*, Saml. 1993 s. I-4879 (avsnitt 13).

¹⁸⁴ Sak 19/02 *Viktor Hlozek* mot *Roche Austria Gesellschaft mbH*, Saml. 2004 s. I-11491 (avsnitt 39-40 og 51).

¹⁸⁵ Se punkt 2.2.1 på s. 8 ovenfor.

¹⁸⁶ Sak 342/93 *Joan Gillespie m. fl.* mot *Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board og Southern Health and Social Services Board*, Saml. 1996 s. I-475 og sak C-218/98 *Oumar Dabo Abdoulaye m.fl.* mot *Régie nationale des usines Renault SA*, Saml. 1999 side I-5723 (avsnitt 14).

¹⁸⁷ Se for eksempel sak C-281/97 *Andrea Krüger* mot *Kreiskrankenhaus Ebersberg*, Saml. 1999 side I-5127.

¹⁸⁸ Barnard (2006) s. 342, note 31. Se også sak C-285/02 *Edeltraud Elsner-Lakeberg* mot *Land Nordrhein-Westfalen*, Saml. 2004 s. I-5861.

¹⁸⁹ Sak C-236/98 *Jämställdhetsombudsmannen* mot *Örebro läns landsting*, Saml. 2000 s. I-2189 (avsnitt 42).

Definisjonen i TFEU art. 157 dekker som kjent også betalinger «by virtue of legislative provisions», så lenge de har tilknytning til et arbeidsforhold.¹⁹⁰

Slik fremstillingen viser, har EU-domstolen lagt til grunn en svært vid tolkning av «pay» i TFEU art. 157. Variasjonen i ulike typer ytelser som inngår i begrepet, er stor. Jeg har kun behandlet et utvalg av avgjørelsene, det finnes mange flere. Dessuten er det antakelig rom for å inkludere enda flere dersom en betaling oppfyller vilkårene fastsatt i likelønnsbestemmelsen. EU-domstolens praksis er dekkende for de ytelsestyper som har vært tvistetema, men de generelle synspunktene i avgjørelsene fra domstolen må kunne sies å gi god veiledning også med hensyn til andre betalinger i arbeidsforhold.

3.3.4 Lønnskomponenter og minstelønn - et tilfelle fra utstasjoneringdirektivet

Der rettspraksis om lønnskomponenter som faller innenfor «pay» etter TFEU art. 157 er overveldende, kan ikke det samme sies om «lønnsbegrepet» for flestparten av de andre reguleringene jeg har behandlet. I tilknytning til direktivene er det få relevante saker som på tilsvarende måte går inn på om typer av ytelser (lønnskomponenter) omfattes av «lønnsbegrepet» i disse. Imidlertid er det grunn til å trekke frem en ny sak fra EFTA-domstolen om utstasjoneringdirektivet.¹⁹¹

Kjernen i saken var hvilke krav statene kan stille til utenlandske tjenesteytere vedrørende arbeids- og ansettelsesvilkår for utstasjonerte arbeidstakere. EFTAs overvåkningsorgan ESA brakte saken inn for EFTA-domstolen blant annet fordi islandske regler krevde at utenlandske foretak som sendte arbeidere midlertidig til Island, skulle betale vanlig lønn ved sykefravær. Plikten til å betale vanlig lønn ved sykefravær påhviler islandske arbeidsgivere i henhold til allment gyldige tariffavtaler. Etter ESAs syn var dette var i strid med Islands forpliktelser etter direktivet fordi betaling ved sykefravær ikke kunne anses som en «constituent element of "minimum rates of pay"», jf. utstasjoneringdirektivet art. 3 nr. 1 bokstav c. Det var EFTA-

¹⁹⁰ Se i denne forbindelse sak C-360/90 *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. mot Monika Bötzel*, Saml. 1992 s. I-3589, C-278/93 *Edith Freers og Hannelore Speckmann mot Deutsche Bundespost*, Saml. 1996 s. I-1165 og C-457/93 *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. mot Johanna Lewark*, Saml. 1996 s. I-243.

¹⁹¹ Sak E-12/10 *EFTAs overvåkningsorgan mot Island*. Dommen er tilgjengelig i fulltekst på www.eftacourt.int.

domstolen enig i. Under henvisning til EU-domstolens rettspraksis på området¹⁹² uttalte EFTA-domstolen at direktivet selv fastsetter beskyttelsesnivået («degree of protection») for utstasjonerte arbeidstakere ved å gi en *uttømmende liste* over krav som tjenesteytere må rette seg etter, jf. art. 3 nr. 1. Selv om «minimum rates of pay» i utgangspunktet skal fastlegges etter nasjonal rett, er ikke statens skjønnsmyndighet med hensyn til å definere minstelønn ubegrenset. I de islandske reglene var sykelønnen verken satt til en fast minimumskompensasjon eller beregnet på grunnlag av minstelønnen. Den tilsvarte arbeidstakernes vanlige lønn. På bakgrunn av dette kom EFTA-domstolen til at sykelønnen ikke kunne anses for å falle innenfor begrepet «minimum rates of pay». Som på samme måte som EU-domstolens avgjørelse i *Laval og Luxembourg*¹⁹³ har også EFTA-domstolens avgjørelse i denne saken til følge at utstasjoneringsdirektivet er å betrakte som både et minimumsdirektiv og maksimumsdirektiv. Utstasjonerte arbeidstakere kan verken sikres mer eller mindre enn det som følger av direktivet.

For avhandlingens formål kan det altså legges til grunn at sykepenger tilsvarende en arbeidstakers normale lønn ikke omfattes av begrepet «minimum rates of pay» etter utstasjoneringsdirektivet.

3.3.5 Finnes en «hard kjerne»?

Spørsmålet om det finnes en «hard kjerne» av lønnskomponenter som går igjen i ulike reguleringer, er relevant men vanskelig å besvare, særlig fordi kildematerialet ikke gir tilstrekkelig veiledning med hensyn til «lønnsbegrepet» i sekundærlovgivningen. Basert på den praksis jeg har behandlet i de to foregående punktene og ordlyden i noen av direktivene, kan det i alle fall gjøres noen observasjoner.

Overtidsbetaling inngår i «minimum rates of pay» etter utstasjoneringsdirektivet, jf. ordlyden i art. 3 nr. 1 bokstav c. Presumptivt omfattes betaling for overtid også i «pay» etter TFEU art. 157 (se s. 88 ovenfor). På samme tid er det en forskjell. Sykepenger

¹⁹² Se særlig sak C-341/05 *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan og Svenska Elektrikerförbundet*, Saml. 2007 s. I-11767 og C-319/06 *Commission of the European Communities mot Grand Duchy of Luxembourg*, Saml. 2008 s. I-4323. Jf. sak C-346/06 *Dirk Ruffert mot Land Niedersachsen*, Saml. 2008 s. I-1989.

¹⁹³ Se note 192.

omfattes av traktatbestemmelsen (se s. 87 ovenfor), men slik faktum var i saken mellom ESA og Island, ble konklusjonen at sykkelønn ikke inngår i minstelønn etter utstasjoneringsdirektivet. Her må man imidlertid være oppmerksom på EFTA-domstolens begrunnelse for resultatet, hvor domstolen blant annet viste til beregningen av sykkelønnen. Det kan tenkes at konklusjonen fort kunne blitt en annen, for eksempel dersom sykkelønnsutbetalingen hadde vært basert på minstelønn. Mellom de samme reguleringene er det forskjell også med hensyn til «supplementary occupational retirement pension schemes»¹⁹⁴, som uttrykkelig er unntatt fra utstasjoneringsdirektivet art. 3 nr. 1, men omfattet av TFEU art. 157.

Hva gjelder direktiv 2006/54/EF, så er det klart at «lønnsbegrepet» der korresponderer fullt ut med TFEU art. 157, slik at lønnskomponenter som faller innenfor «pay» i traktatbestemmelsen, også omfattes av «pay» i direktivet. Legger vi til grunn den nære forbindelsen mellom disse reguleringene og direktiv 2000/43/EF og 2000/78/EF, har det formodningen for seg at de samme lønnskomponentene også inngår i de to sistnevnte direktivene. Det må imidlertid understrekes at problemstillingen ikke er avklart i praksis, eller diskutert i litteraturen på samme måte som her.

I arbeidstidsdirektivet (2003/88/EF) møter vi termen «paid annual» leave, altså betalt ferie. I *Bötel* ble feriepenger ansett for å være «pay» etter TFEU art. 157.¹⁹⁵ Erstatning for usaklig oppsigelse («unfair dismissal compensation») er «pay» etter TFEU art. 157 (se s. 84 ovenfor). Insolvensdirektivets garanti for dekning av «pay claims» omfatter slik erstatning, jf. EU-domstolens avgjørelse i *Caballero*.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Den norske oversettelsen av utstasjoneringsdirektivet bruker uttrykket «supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger» i art. 3 nr. 1 bokstav c.

¹⁹⁵ Sak C-360/90 *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. mot Monika Bötel*, Saml. 1992 s. I-3589.

¹⁹⁶ Sak C-442/00 *Ángel Rodríguez Caballero mot Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, Saml. 2002 s. I-11915. At erstatning for usaklig oppsigelse er «pay claims» fremgår indirekte, i det den spanske garantiordningen dekket slike ytelser, men kun hvis det var fastslått ved rettslig avgjørelse at oppsigelsen var usaklig. Sakens kjerne var nettopp det siste, da erstatning for usaklig oppsigelse innrømmet ved forlik ikke ble dekket.

Men siden insolvensdirektivets «pay»-begrep er overlatt til medlemsstatene å definere, er antydningen noe upålitelig fordi det kan variere fra land til land hva «pay» omfatter.¹⁹⁷

Disse eksemplene illustrerer noen forbindelser mellom reguleringene, men gir ikke et håndfast svar. Hvis det i det hele tatt finnes en «hard kjerne» – samme lønnskomponent omfattes av «lønnsbegrepet» i flere reguleringer – så må det sies være slike ytelser som er de mest alminnelige ytelser i arbeidsforhold. Det vil i tilfelle inkludere overtidsbetaling, ferielønn og sykepenger, slik sammenligningen her har vist. Skal man forsøke å generalisere på denne måten, må det være tillatelig å se på utstasjoneringsdirektivet som en spesiell regulering med hensyn til sykepenger. EFTA-domstolen anså sykepenger for å falle utenfor direktivet, men resultatet kunne som nevnt også vært et annet. Uavhengig av hvor langt disse betraktningen rekker, er det liten tvil om at når man snakker om lønn i EU-retten, kommer man ikke utenom TFEU art. 157. Kanskje kan man driste seg til å si at TFEU art. 157 – med unntak av utstasjoneringsdirektivet – gir et godt bilde av hva som kan inngå i «lønnsbegrepet» i EU-rettslige reguleringer. I alle fall må vi kunne bygge på det inntil det foreligger klagende holdepunkter i EU-lovgivningen eller i rettspraksis fra EU-domstolen.

3.4 Har EU-reglens (ulike) funksjon og formål betydning for «lønnsbegrepet»?

Underveis i kapittel 2 har jeg pekt på funksjonen «lønnsbegrepet» i ulike reguleringer har. Det dreier seg eksempelvis om likebehandling i TFEU art. 157, direktiv 2006/54/EF, 2000/43/EF og 2000/78/EF, til beskyttelse av arbeidstakere og deres krav i insolvensdirektivet. En helt annen funksjon finner vi i TFEU art. 153 (5), hvor «pay» avgrensar EUs kompetanse. Funksjonen kan således ha betydning for hvordan «pay» og andre tilsvarende eller ikke-tilsvarende begreper fastlegges. Derfor beror innholdet i «lønnsbegrepet» på de underliggende hensyn som bærer reguleringene, og det konkrete formålet med dem. Selv om det kan spores visse likheter, er det også forskjeller. Kapittel 3 har delvis illustrert hvordan funksjonen kan øve innflytelse på omfanget av

¹⁹⁷ Se sak C-520/03 *José Vicente Ojano Valero mot Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, Saml. 2004 s. I-12065.

«lønnsbegrepet». Inndelingen i punkt 3.2 viser samtidig funksjonelle likheter, og jeg har argumentert for at den funksjonelle likheten bør få utslag for forståelsen av innholdet. På denne bakgrunn er det etter mitt syn lite kontroversielt å hevde at likheter og ulikheter mellom reguleringer, kan forklares med henvisning til «lønnsbegrepets» funksjon.

3.5 «Lønnsbegrepet» og enhetlig innhold – realitet eller et ideal?

Drøftelsene har vist at «lønnsbegrepet» i EU-rettslige reguleringer neppe kan sies å være enhetlig, verken med hensyn til begrepsbruk eller med hensyn til innhold. På samme tid er ikke avvikene nødvendigvis så betydelige. I en fremstilling som denne, med begrensede rammer, er det likevel vanskelig å trekke fullt ut tilfredsstillende konklusjoner. Hvorvidt det lar seg gjøre, og er ønskelig, å harmonisere lovgivningen på lønnsområdet i større grad enn det som er gjort, er et åpent spørsmål.

4 Kort om forholdet mellom den EU-rettslige forståelsen og norske gjennomføringsregler på noen utvalgte områder

4.1 Innledning

EØS-avtalen art. 69, som svarer til TFEU art. 157, og de direktivene jeg har behandlet foran, er gjennomført i norsk rett i en rekke forskjellige regelsett. Som nevnt allerede innledningsvis bruker de norske gjennomføringsreglene begreper som «lønn», «vederlag», «arbeidsvederlag» og lignende. Problemstillingen i det følgende er da om forståelsene av «lønnbegrepet» i EU reflekteres i de norske reglene som gjennomfører de aktuelle EU-rettslige regelverkene.¹⁹⁸

Direktivene har forskjellige formål; det samme kan sies om de norske reglene. Arbeids- og sosialdepartementets uttalelse i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) til den nye arbeidsmiljøloven tegner et godt bilde av utfordringen med å samordne to regelsett som har ulike rettstradisjoner:

«EU legger i sin lovgivingsteknikk stor vekt på å beskrive formålet bak aktuelle regler eller regelsett. I fortalen til EU-direktivene gis gjerne en omfattende beskrivelse av direktivenes mål og hensikt. Når direktivene gjennomføres i nasjonal rett, må dette gjøres på en måte som sikrer at formålet som ligger til grunn for direktivene blir ivaretatt. *Fortolkning av EØS-relevante bestemmelser i arbeidsmiljøloven, og i en ny lov, skal derfor ikke gjøres bare i lys av lovens eget formål, men også i pakt med formålene som ligger til grunn for de aktuelle direktivtekster*» (s. 68; min kursivering).

Uttalelsen om at fortolkningen av norske lover skal skje i samsvar med de bakenforliggende EU/EØS-kildene ved siden av lovens eget formål, kan sies å ha

¹⁹⁸ Å undersøke samtlige norske regler som er avledet av EU-reguleringene jeg har behandlet i kapittel 2, vil føre for langt. Derfor diskuteres et utvalg av de viktigste med hovedfokus på begrepsbruk. Hva som utgjør lønn etter den ene eller andre bestemmelsen (sml. kap. 3), går jeg ikke nærmere inn på.

generell rekkevidde. Den har ikke minst gyldighet i det følgende hvor det nettopp er et mål å se på den norske forståelsen og oversettelsen av EU-rettslige regler om lønn. Hittil har jeg brukt begrepet lønn uten videre. Det er unektelig det mest anvendte uttrykket i dagligtalen, men er det gjennomgående i rettsreglene?

4.2 Regler som benytter begrepet «lønn»

4.2.1 Innledning

Under dette punktet redegjøres det for norske regler hvor det hyppigst forekommende begrepet er lønn. Reglens EU-rettslige forankring og implementeringen vil også bli omtalt. Fremstillingen er systematisert slik at regelverkene omtales hver for seg i punkt 4.2.2 til 4.2.6.

4.2.2 Arbeidsmiljølovens bestemmelser om «lønn»

Arbeidsmiljøloven (aml.) er den viktigste loven innen den individuelle arbeidsrett og har flere bestemmelser hvor lønn opptrer som begrep, enten direkte eller indirekte. Av de mest relevante regler som berører spørsmål knyttet til lønn, er det nok å nevne § 4-1 (2) om lønssystemer, § 10-6 (11) om godtgjørelse for overtid, § 13-2 (1) bokstav c om diskriminering knyttet til lønns- og arbeidsvilkår, § 14-6 (1) bokstav i om minimumskrav til innhold i en arbeidsavtale og § 17-1 (2) om hvilke krav domstolen kan behandle i et søksmål om rettigheter og plikter etter loven. Begrepet lønn har ulik funksjon i bestemmelsene. Som eksempel kan nevnes at når § 10-6 (11) benytter «lønn», er det for å angi hva beregning av overtidstillegg skal ta utgangspunkt i, nemlig den lønn arbeidstakeren ville tjent i vanlig arbeidstid. Annerledes er det med § 13-2 (1) bokstav c, jf. § 13-1, hvor «lønns- og arbeidsvilkår» danner en målestokk for å fastslå eventuell diskriminering.

Funksjonell variasjon til tross, en klar definisjon av begrepet lønn gir arbeidsmiljøloven ikke. I alle fall ikke på tilsvarende måte som likelønnsbestemmelsen i EØS-avtalen art. 69. Etter § 14-5 er det et krav om at det skal inngås skriftlig arbeidsavtale i alle arbeidsforhold. Dette utdypes i § 14-6 (1). Den relevante her er bokstav i, som foreskriver at ved siden av andre opplysninger om forhold av vesentlig betydning i arbeidsforholdet, skal arbeidsavtalen inneholde:

«den gjeldende eller avtalte lønn ved arbeidsforholdets begynnelse, eventuelle tillegg og andre godtgjøringer som ikke inngår i lønnen, for eksempel pensjonsinnbetalinger og kost- eller nattgodtgjørelse, utbetalingsmåte og tidspunkt for lønnsutbetaling.»

Selv om § 14-6 (1) bokstav i ikke definerer lønn, peker bestemmelsen på noen typiske ytelser som gjerne inngår i sådan. Det er heller ikke helt klart hva som menes med uttrykket «gjeldende lønn» ved siden av «avtalte lønn». Både § 14-5 og § 14-6 (1) bokstav i har sin opprinnelse i direktiv 91/533/EØF om arbeidsgiverens plikt til å underrette arbeidstageren om vilkårene for arbeidskontrakten eller ansettelsesforholdet.¹⁹⁹ I forarbeidene heter det at «[i] utformingen av forslaget har departementet lagt vekt på en viss forenkling av direktivteksten for å få et klarest mulig og godt fungerende regelverk».²⁰⁰ Det sies imidlertid ingen ting om hvorfor man valgte formuleringen med «den gjeldende eller avtalte lønn», til tross for at den norske oversettelsen av direktivet benytter uttrykket «begynnergrunnlønnen og de øvrige elementer som utgjør lønnen...». Når bestemmelsen leses under ett, kan det se ut som «gjeldende ... lønn» er ment som en henvisning til tariffavtalene. Uansett kan vi konstatere at loven i hovedsak nøyer seg med å regulere krav til opplysninger vedrørende lønn, og samtidig understreke at lønn er av vesentlig betydning i arbeidsforholdet. Det er således et samspill mellom loven og en individuell arbeidsavtale, likevel slik at lønnsfastsettelse er en oppgave for arbeidsavtalepartene.²⁰¹

Ved sammenligning av aml. § 14-6 (1) bokstav i og uttrykket i den norske direktivoversettelsen oppdager man et annet bemerkelsesverdig trekk ved lønnsbestemmelsene. Mens lovens utgangspunkt er at «tillegg og andre godtgjøringer» ikke inngår i den «den gjeldende eller avtalte» lønnen, gjør direktivoversettelsen det motsatte når den *inkluderer* «øvrige elementer som utgjør lønnen» i «begynnergrunnlønnen». Til forskjell fra loven, gir direktivoversettelsen imidlertid ikke

¹⁹⁹ Direktivet er behandlet ovenfor i punkt 2.5.2 på s. 51 flg.

²⁰⁰ Ot.prp. nr. 78 (1993-94) om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet som følge av EØS-avtalen og en tilleggsavtale til EØS-avtalen s. 8.

²⁰¹ Se note 84 på s. 36 om at det ikke finnes en minstelønsregulering i lov, og videre om lønnsfastsettelse i Norge.

eksempler på ytelser som kan utgjøre slike «øvrige elementer». Hvor mye dette betyr, eller hva forskjellen har å si for forståelsen av begrepet lønn, er det ikke godt å si noe om. Det man kan merke seg er at både EU-reguleringen (dog i norsk oversettelse) og loven opererer med en sontring mellom det som kalles lønn på den ene siden og godtgjørelser/godtgjøringer, tillegg og andre elementer på den andre siden. Sondringen viser seg uavhengig av om de sistnevnte omfattes eller utelates fra lønn i hvert enkelt tilfelle.

Ved siden av § 14-6, er også andre bestemmelser om lønn i arbeidsmiljøloven avledet av ulike EU-direktiver. Det gjelder kapittel 13 om vern mot diskriminering og særlig § 13-2 (1) bokstav c om lønns- og arbeidsvilkår. Innholdet i paragrafen er en videreføring av kapittel X A i arbeidsmiljøloven av 1977 som ble endret for å tilfredsstille kravene i direktiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet (ikke-diskrimineringsdirektivet).²⁰² I arbeidet med videreføringen til ny arbeidsmiljølov ble det bestemt å ta inn direktiv 97/81/EF om deltidsarbeid og direktiv 99/70/EF om midlertidig ansettelse i hensikt å forhindre diskriminering av deltidsarbeidere og midlertidig ansatte.²⁰³ Gjennomføringen kommer til uttrykk i i lovens kapittel 13 om vern mot diskriminering, nærmere bestemt i aml. § 13-1 (3) som fastsetter at diskrimineringskapittelet gjelder tilsvarende ved diskriminering av disse arbeidstakergruppene.

Rammeavtalene som er inntatt i direktivene inneholder generalklausuler som skal sikre et ikke-diskrimineringsprinsipp, og ikke konkrete spesifiseringer av hvilke sider ved et arbeidsforhold som omfattes.²⁰⁴ Arbeidsmiljøloven på sin side gir i § 13-2 (1) bokstavene a-d en ikke-uttømmende liste med eksempler på hva som er gjenstand for diskrimineringsforbudet, der lønns- og arbeidsvilkår eksplisitt er nevnt i bokstav c. Når alle reglene i lovens kapittel med § 13-1 (3) finner tilsvarende anvendelse på deltids- og midlertidig ansatte, innebærer det at den norske gjennomføringen har resultert i klarere

²⁰² Se om endringene i arbeidsmiljøloven 1977 på grunnlag av direktivet i Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 12-14 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 193 flg. og s. 325 flg. om videreføringen til den nye arbeidsmiljøloven.

²⁰³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 197

²⁰⁴ *Ibid.*

og mer forutberegnelige regler enn de bakenforliggende direktivene. I likhet med disse, er lønnsbegrepets funksjon (uttrykt med «lønns- og arbeidsvilkår») også i denne bestemmelsen å forhindre diskriminering. Endringene som ble gjort i den gamle loven med direktiv 2000/78/EF, videreføringen i den nye og gjennomføringen av to nye diskrimineringsdirektiver hadde videre som positiv virkning at dagens arbeidsmiljølov ble dekkende også for det senere vedtatte direktiv 2006/54/EF om likebehandling av kvinner og menn i arbeid og yrkesdeltagelse (likebehandlingsdirektivet).²⁰⁵ Direktivet er inntatt i EØS-avtalen, men nødvendiggjorde ingen store endringer i det norske regelverket på området. Også likestillingsloven var sentral da likebehandlingsdirektivet ble innført i norsk rett. Dette behandles i punkt 4.2.5 nedenfor.

I forbindelse med at vikarbyrådirektivet (2008/104/EF) ble vedtatt i EU, sendte Arbeidsdepartementet 10. september 2010 direktivet ut på høring med sikte på gjennomføring i norsk rett. Den 12. desember 2011 ble det sendt ut en tillegghøring.²⁰⁶ I høringsnotatet til den første høringen ble det for å gjennomføre direktivet foreslått en ny bestemmelse i aml. § 14-12 a samt nye punkter i lov om statens tjenestemenn m.m. av 4. mars 1983 nr. 3 § 3A.²⁰⁷ I den relevante delen av høringsforslaget til arbeidsmiljøloven heter det at:

«[v]ed utleie av arbeidstaker fra virksomhet som har til formål å drive utleie skal arbeidstaker minst sikres de vilkår som fremkommer av lov, forskrift, tariffavtale eller andre bindende generelle bestemmelser som gjelder hos innleier, og som ville kommet til anvendelse dersom arbeidstaker hadde vært ansatt hos innleier til utførelse av samme arbeid, når det gjelder [...] - f) [l]ønn».

I bokstav a-e nevnes en rekke andre vilkår, mens lønn altså står i bokstav f. Etter høringsrunden er saken fortsatt under behandling hos departementet per 13. januar 2012

²⁰⁵ Direktiv 2006/54/EF er som nevnt i kap. 2 et samledirektiv som kodifiserer alle tidligere direktiver om likestilling, med noen materielle endringer.

²⁰⁶ Jf. note 100 på s. 45 ovenfor. Forslagene i tillegghøringen har ikke interesse i denne sammenheng, og behandles derfor ikke. Det kan likevel kort nevnes at det blant annet er foreslått innført en ny § 14-12 b i arbeidsmiljøloven om opplysningsplikt og ny § 2-2 første ledd bokstav om arbeidstid mv.

²⁰⁷ Høringsnotatet og notatet til tillegghøringen kan leses på departementets hjemmesider.

og direktivet er foreløpig ikke inntatt i EØS-avtalen. Implementeringsfristen var 5. desember 2011. Dersom vikarbyrådirektivet gjennomføres i norsk rett i tråd med høringsforslaget, ser vi at lønn er det valgte begrep, i likhet med de regler som hittil er presentert. Lønnsbegrepet i forslaget er imidlertid ikke utdypet nærmere, og det finnes ikke noen sontring mellom lønn og andre ytelser. Den foreslåtte regelens formål er å sikre innleide (minst) de samme vilkår som sammenlignbare fast ansatte i en bedrift (innleier), blant annet når det gjelder lønn. Slik sett kan forslagens lønnsbegrep sies å ha en slags likebehandlingsfunksjon, idet innleide arbeidstakere skal behandles som om de hadde vært ansatt. Det siktes med andre ord til en likebehandling av «interne» og «eksterne» arbeidstakere.

4.2.3 Allmenngjøringsloven og forskrift om utsendte arbeidstakere

Uttrykkene «lønn» og «lønns- og arbeidsvilkår» går dessuten igjen på to andre områder. For det første i forskrift av 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere (utsendingsforskriften), vedtatt med hjemmel i aml.§ 1-7 (4), og videre i lov om allmenngjøring av tariffavtaler (allmenngjøringsloven).²⁰⁸ Bestemmelsen i aml. § 1-7 (4) tilsvarer blant annet kapittel XII B i arbeidsmiljøloven av 1977,²⁰⁹ som ble innført for å gjennomføre utstasjoneringdirektivet (96/71/EF).²¹⁰ I arbeidsmiljøloven 2005 ble kapittelet i stedet flyttet til forskrift som ble gjort gjeldende for flere lover som er relevante for direktivet. Allmenngjøringsloven, som gjentatte ganger bruker uttrykket «lønns- og arbeidsvilkår», ble også endret for å harmonere med arbeidsmiljøloven da direktivet ble gjennomført.

Utsstasjoneringdirektivet fastsetter en kjerne av verneregler som skal gjelde for utstasjonerte arbeidstakere. Blant disse er minstelønn – ”minimum rates of pay” – men dette gjelder bare så langt vertsstaten har tvingende minstelønnsregler. Direktivets krav er i utgangspunktet gjennomført i norsk rett gjennom forskriften gitt i medhold av

²⁰⁸ Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.

²⁰⁹ Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) om endringer i arbeidsmiljøloven 1977 og allmenngjøringsloven s. 1-4 og 20 flg. og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) til ny arbeidsmiljølov s. 78-79 og 82-83.

²¹⁰ Direktivet blir kalt både utstasjoneringdirektivet (i dansk språkversjon) og utsendingsdirektivet (i norsk oversettelse). Her brukes utstasjoneringdirektivet.

arbeidsmiljølovens § 1–7.²¹¹ Forskriften har ikke selv bestemmelser om lønn, men henviser til eventuelle forskrifter fastsatt i medhold av allmenngjøringsloven. Allmenngjøringsloven har et lignende formål som direktivet og forskriften – å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har, og å hindre konkurransevridning til ulempe for det norske arbeidsmarkedet, jf. § 1. Som ledd i dette foreskriver loven at landsomfattende tariffavtaler kan gjøres allment gjeldende for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, jf. §§ 2, 5 og 6. I praksis er minstelønn det viktigste, men ikke det eneste, vilkåret som fastsettes i slike vedtak.

Det er blitt reist tvil om allmenngjøringsforskriften for verftsindustrien på noen punkter går for langt i forhold til hva som er tillatelig etter ustasjoneringsdirektivet og EØS-avtalens tjenestefrihetsregler. I en sak om dette som verserer for norske domstoler har Borgarting lagmannsrett 2. februar 2011 anmodet EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse vedrørende tre spørsmål. Et av disse knytter seg til ulike tillegg til arbeidstakernes grunnlønn. Muntlig høring ble avholdt 12. oktober 2011, men saken er per 13. januar 2012 ikke avgjort.²¹²

4.2.4 Lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrift

Uttrykket «lønns- og arbeidsvilkår» gjenfinnes også i lov om offentlige anskaffelser § 11 a som stiller til krav til at statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal ta inn klausuler i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter.²¹³ Klausulene skal «sikre lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke». Det er også gitt regler i forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, jf. §§ 1, 5 og 6. Likesom allmenngjøringsloven, har også disse regelverkene vernet mot «sosial dumping» som formål. Verken loven om offentlige anskaffelser eller den tilhørende forskriften utdyper imidlertid uttrykket «lønns- og arbeidsvilkår».

²¹¹ Forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere, i kraft fra 1. januar 2006. Forskriften avløste da kap. X A i arbeidsmiljøloven av 1977.

²¹² Sak E-2/11 *STX Norway Offshore AS m.fl. mot Staten v/Tariffnemnda*.

²¹³ Lov 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser.

4.2.5 «Lønn» og norske regler om likestilling/diskriminering

Likestillingsloven har et bredt virkeområde og gjelder, til forskjell fra mange av de hittil presenterte regelverk, generelt på de fleste samfunnsområder.²¹⁴ Loven omtaler «lønn» i § 5 som har overskriften «[L]ik lønn for arbeid av lik verdi» og sikter til forholdet mellom menn og kvinner. Hva som er arbeid av lik verdi, og når lønnen er lik, er ikke tema her. Det er to andre forhold ved likestillingslovens bruk av begrepet lønn som er interessante.

For det første kan det sies at lønnsbegrepet i likestillingsloven har en «likebehandlingsfunksjon», på tilsvarende vis som i reglene om vikarbyråansatte. Lønn er parameteren for å fastslå om menn og kvinner i en gitt situasjon faktisk behandles likt. Dernest er det et særpreg ved likestillingsloven at den som en av få lover definerer hva som menes med lønn. I fjerde ledd heter det: «[m]ed lønn menes det alminnelige arbeidsvederlag samt alle andre tillegg eller fordeler eller andre goder som ytes av arbeidsgiveren».

Likestillingslovens definisjon er imidlertid av en annen art enn definisjonene i de andre arbeidsrettslige reglene fordi den inkluderer flere komponenter i lønnsbegrepet. Ordlyden i § 5 fjerde ledd peker i retning av at likestillingslovens lønnsbegrep dermed er videre enn det i aml. § 14-6 (1) bokstav i og lønnsgarantiloven § 1 (2). I utgangspunktet defineres lønn som (alminnelig) arbeidsvederlag, men «alle andre tillegg eller fordeler eller andre goder» inngår i det som utgjør lønn. Lønnsbegrepet i likestillingsloven består således av «alminnelig arbeidsvederlag og andre tillegg eller fordeler eller goder». Selv om førsteinntrykket er at lønn og arbeidsvederlag er ekvivalente størrelser, omfatter selve lønnsdefinisjonen altså mer enn dette.

I de opprinnelige forarbeidene hvor loven ble foreslått første gang heter det at:

« [d]efinisjonen i § 5 annet ledd av hva som menes med lønn, skiller ikke mellom grunnlønn og de forskjellige tillegg. Det gjør heller ingen forskjell enten lønnen er tariff-festet eller ikke. Lønnsbegrepet omfatter ikke bare det som betales i penger, men

²¹⁴ Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).

også det som ytes i naturalia, som f.eks. fribilletter ved NSB, rabattordninger for de ansatte o.l. Det er særlig i de høyere inntektsklasser at det av forskjellige skattemessige grunner i en viss utstrekning er blitt vanlig å betale i form av fri bil, rimelig boliglån osv. Det er klart at dette må reknes som lønn i forhold til reglene om lik lønn. Lønnsbegrepet omfatter ikke bare slike individuelle goder som nevnt ovenfor, men også fellesgoder som f.eks. fri kantine. Med lønn menes videre det arbeidsgiveren betaler arbeidstakeren, ikke det han får utbetalt etter skattetrekk osv. Det avgjørende er heller ikke hva den enkelte arbeidstaker koster arbeidsgiveren».²¹⁵

Det spesielle med lønnsregelen i likestillingsloven er at det på den tiden da loven ble til, ikke eksisterte noen forpliktelser for Norge fra EU-hold. EØS-avtalen trådte først i kraft 1. januar 1994. Likestillingslovens definisjon av lønnsbegrepet er derfor ikke avledet av EU-rettslige regler. Antakelig er den inspirert av ILOs konvensjon no. 100 om likelønn som Norge ratifiserte 24. september 1959. Likestillingsloven § 5 fjerde ledd er imidlertid ikke like presis som konvensjonens definisjon. Den sier ikke uttrykkelig at direkte og indirekte betalinger, i kontanter eller naturalgoder, omfattes så lenge de har tilknytning til et arbeidsforhold. Lønnsdefinisjonen i likestillingsloven er ikke senere endret som følge av at nye EU/EØS-reguleringer har kommet til, enda likestillingsloven ellers har gjennomgått revisjoner som følge av dette. Den seneste endringen i loven kom da endringsdirektiv 2002/73/EF ble vedtatt i EU.²¹⁶ Direktivet endret det eldre direktiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår (likestillingsdirektivet). I dag er disse sammen med de andre direktivene på likebehandlingsområdet avløst av et nytt likebehandlingsdirektiv 2006/54/EF.²¹⁷ Som nevnt under punkt 4.2.2 nødvendiggjorde det nye likebehandlingsdirektivet ingen store endringer i de norske reglene. Det skyldtes nettopp tilpasningene direktivet fra 2002 førte med seg.

²¹⁵ Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) s. 58

²¹⁶ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 13 flg.

²¹⁷ Det nye direktivet er et samledirektiv, og sammenslår likebehandlingsdirektivet (76/207/EØF), likelønnsdirektivet (75/117/EØF), direktivet om yrkesbaserte trygdeordninger (86/378/EØF), bevisbyrdedirektivet (97/80/EF) samt alle endringsdirektiver. Alle sammenslåingsdirektivene var før vedtagelsestidspunktet for det nye direktivet allerede en del av EØS-avtalen.

Diskrimineringsvernet i norsk rett er delt mellom flere lover og de viktigste ved siden av likestillingsloven, er den generelle diskrimineringsloven²¹⁸ og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven som gjelder nedsatt funksjonsevne.²¹⁹

Likestillingsloven, diskrimineringsloven, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, arbeidsmiljøloven, «boliglovene» (eierseksjonsloven, husleieavtaleloven, bustadoppføringsloven og borettslagslova) og i siste ledd straffeloven danner lovgivningspakken som skal sikre mot diskriminering i norsk rett. Lovene håndheves av egne organer hjemlet i diskrimineringsombudsloven – Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Ulempen med dagens løsning er at bestemmelsene er spredt rundt i flere lover. I NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern* foreslås å samle alle bestemmelsene i en helt ny diskrimineringslov. Diskrimineringslovutvalgets rapport er per 13. januar 2012 under behandling i Barne-, Likestillings- og Inkluderingsdepartementet etter at høringen ble avsluttet 30.12.2009. Statsråd Audun Lysbakken har imidlertid uttalt at det ikke vil bli fremmet forslag om en ny samlet lov slik utvalget foreslo, men heller at likestillingsloven, diskrimineringsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven videreføres, i tillegg til at vi får en ny lov mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.²²⁰

Diskrimineringslovenes stort sett sammenfallende formål kan oppsummeres slik: å fremme likestilling (og likeverd) og sikre like muligheter og rettigheter (til samfunnsdeltakelse for alle). Begrepet lønn forekommer i diskrimineringsreglene, men i en mer nøytral og passiv form. Med det mener jeg at lønnsbegrepet ikke synes å ha noen klar funksjon på samme måte som i andre regelsett, og det er få holdepunkter for å anta noe om innholdet. Diskrimineringsloven fra 2005 § 1 nevner som formål å hindre diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn. Et poeng i tilknytning til det som er sagt om lønnsbegrepets (manglende) funksjon i diskrimineringsreglene er at eventuelle forskjeller i lønn ofte er

²¹⁸ Lov 3.juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

²¹⁹ Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

²²⁰ Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet tar sikte på å legge frem en lovproposisjon i 2012/2013 med forslag til en ny lov og endringer i gjeldende lover. Se departementets hjemmesider: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/aktuelt/nyheter/2011/arbeidet-med-ny-diskrimineringslovgivnin.html?id=653933>.

resultatet av diskriminering på grunnlag av forhold som § 1 nevner, og ikke fordi lønn i seg selv utgjør et diskrimineringsgrunnlag. Lønn nevnes ikke særskilt i noen av lovene, men uttrykket «lønns- og arbeidsvilkår» dukker opp i bestemmelsen om aktivitetsplikt for arbeidsgivere i privat sektor, jf. § 3a i diskrimineringsloven og i tilsvarende § 3 i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Lovene sier ikke noe nærmere om innholdet i uttrykket. Diskrimineringsloven implementerer direktiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse i norsk.²²¹

Verken direktiv 2000/43/EF eller direktiv 2000/78/EF, som er nevnt ovenfor i forbindelse med arbeidsmiljøloven, ble ansett å være EØS-relevante da de kom, fordi de er vedtatt med hjemmel i EF-traktatens art. 13 (nå TEUF art. 19) som ikke har en parallell i EØS-avtalen. Direktivene utgjorde derfor ingen forpliktelse og ble heller aldri innlemmet i EØS-avtalen fordi Island og Liechtenstein reservert seg. Departementet gikk etter hensiktmessighetsbetraktninger likevel inn for å gjennomføre²²² de nødvendige endringer i norsk rett på tradisjonelt vis.

4.2.6 Den norske lønnsgarantiordningen

Gjennomgåelsen til nå viser at arbeidsmiljølovens terminologi er konsekvent i bruk av begrepet lønn for å betegne betaling for arbeid. Ved siden av arbeidsmiljøloven møter vi begrepet lønn i lønnsgarantiloven av 14. desember 1973 §§ 1 og 2. Sjømannsloven har tilsvarende regler for sjømenn i § 32 (4) og § 33 A bokstav c om diskriminering med hensyn til lønns- og arbeidsvilkår. Det er i tillegg utarbeidet mer detaljerte forskrifter til begge lover. For enkelhets skyld behandles kun lønnsgarantiloven her.

Etter at Norge tiltrådte EØS-avtalen, ble loven endret kort tid etter årtusenskiftet for å oppfylle kravene som fulgte direktiv 80/987/EØF om beskyttelse av arbeidstakere i tilfelle arbeidsgiverens konkurs.²²³ I dag er det nevnte insolvensdirektiv opphevet og i sin helhet erstattet av det nye insolvensdirektivet 2008/94/EF, som ved innlemmelsen i

²²¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 10 og 36.

²²² Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 14 og Ot.prp.nr.33 (2004-2005) s. 10 og 36. Se også <http://europalov.no/rettsakt/anti-diskrimineringsdirektivet/id-1344> for en oppdatert oversikt.

²²³ Ot.prp. nr. 53 (2001-2002) s. 1. Bakgrunnen var at den norske lovgivningen på enkelte punkter gikk for langt i å unnta visse grupper av personer fra lønnsdekning. Sammen med lønnsgarantiloven ble også dekningsloven § 9-3 (1) endret. Bestemmelsen lister opp hvilke krav som har prioritet og som skal dekkes før andre fordringer. «[L]ønn eller annet arbeidsvederlag», som det står i bestemmelsen, er gitt slik fortrinnsrett.

EØS- avtalen ikke nødvendiggjorde ytterligere endringer i den norske lønnsgarantiordningen.

Direktiv 80/987/EØF ble endret med direktiv 2002/74 EF (endringsdirektivet) og det norske regelverket ble på nytt justert i år 2005²²⁴. Det var tilpasningene den gang som førte til at det ikke var nødvendig med ytterligere endringer da endringsdirektivet ble erstattet med dagens insolvensdirektiv 2008/94²²⁵, bortsett fra oppdatering av henvisninger²²⁶ i lovgivningen. Det norske regelverket om lønnsgaranti, har altså vært gjeldende før EØS-avtalen ble undertegnet, men har gjennomgått noen justeringer i etterkant. For oversiktens skyld nevnes at den norske lønnsgarantiordningen i dag omfatter lønnsgarantiloven samt bestemmelser i dekningsloven og sjømannsloven. I tillegg er det gitt forskrift 28. oktober 1998 nr. 999 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v og forskrift 18. februar 2005 nr. 146 om garanti for arbeidsvederlag og hjemreise for arbeidstakere på skip registrert i norsk internasjonalt skipsregister (som ikke er omfattet av norske trykdeordninger).

Lønnsgarantilovens formål fremgår av § 1 hvor det står at staten innestår for betaling av (arbeidstakeres) krav på lønn som ikke dekkes på grunn av konkursåpning hos arbeidsgiveren. Statsgarantien «omfatter forfalte krav på *lønn* og *annet vederlag for arbeid* i tjenesteforhold, herunder feriepenger, krav på arbeidsgiver for pensjon og *tapt arbeidsvederlag*, samt mulige renter og kostnader ved inndrivning av slike krav» (mine kursiveringer), jf. annet ledd. Som det fremgår av sitatet, oppstilles en sontring i lovbestemmelsen mellom «lønn» og «annet vederlag for arbeid». Eksempler på annet vederlag for arbeid er feriepenger, pensjonskrav og tapt arbeidsvederlag. En lignende sontring så vi i arbeidsmiljøloven § 14-6 (1) bokstav i hvor «tillegg og andre godtgjøringer» nevnes utenom lønn.

Ved å holde lønnsgarantilovens og arbeidsmiljølovens bestemmelser opp mot hverandre, ser vi at «lønnsdefinisjonene» har atskillig til felles, til tross for at lovene bygger på forskjellige hensyn og ivaretar formål som ikke nødvendigvis er

²²⁴ Ot.prp. nr. 3 (2005-2006), jf. Ot.prp. nr. 107 (2004-2005) s. 1 og 3.

²²⁵ Offisiell norsk oversettelse av det nye direktivet foreligger ikke, men det eldre direktiv 80/987/EØF og endringsdirektivet 2002/74/EF, som begge er kodifisert i det nye direktiv 2008/94, er oversatt til norsk.

²²⁶ Se regjeringens EØS-notat: <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2009/apr/insolvensdirektivet.html?id=564641>.

sammenfallende. For det første omtaler begge bestemmelser lønn som noe eget. For det andre er det klare likhetstrekk i omtalen av det som ikke er lønn, men kalles «tillegg», «andre godtgjøringer» og «annet arbeidsvederlag». Som eksempler på tillegg og andre godtgjøringer nevner aml. § 14-6 (1) bokstav i pensjon og kost- og nattgodtgjørelse, mens lønnsgarantiloven § 1 (2) kategoriserer pensjon, feriepenger og tapt arbeidsvederlag som «annet arbeidsvederlag». Sammenligningen gir gode holdepunkter for å anta hva lønn *ikke* er. Det kan på denne bakgrunn oppstilles en foreløpig negativ definisjon, der lønn verken er tillegg, godtgjøringer og annet arbeidsvederlag, herunder ytelser som pensjon, kost- og nattgodtgjørelse, feriepenger og tapt arbeidsvederlag.

Drøftelsen understreker at det kan spores sammenhenger selv om to ulike lover med ulike bestemmelser benytter begrepet «lønn» på funksjonelt forskjellig vis. I arbeidsmiljøloven § 14-6 (1) bokstav i er funksjonen å ivareta kravene til innholdet i en arbeidsavtale. Lønnsgarantilovens lønnsbegrep har på sin side som funksjon å angi hva som dekkes under lønnsgarantiordningen hvis arbeidsgiveren går konkurs, altså å sikre enkelte kravstyper (herunder lønnskrav). Selv om de funksjonelle variasjoner i anvendelsen av lønnsbegrepet er tydelige, er det vesentlige at det samme begrepet «lønn» likevel har likheter og noenlunde samsvar med hensyn til innhold.

4.3 Andre begreper i det norske regelverket

Vi har sett at de aller fleste arbeidsrettslige regler anvender «lønn» som begrep. Det finnes imidlertid enkelte andre begreper som assosieres med lønn, spredt rundt i regelverket. I eksempelvis lønnsgarantiloven § 1 annet ledd støter man på «vederlag for arbeid» og «arbeidsvederlag» i en og samme bestemmelse. Ligestillingsloven benytter også «arbeidsvederlag». Når disse begrepene benyttes, er det likevel tilnærmet alltid i tilknytning til lønn. Vederlag defineres gjerne i ordbøkene som en yttelse som gis til gjengjeld for en annen.²²⁷ Lønn er nettopp en yttelse til gjengjeld for arbeid. Bruk av andre begreper i lovverket enn lønn synes derfor å innta en rolle som «definisjonsbegrep», og ikke en selvstendig rolle som erstatning for anvendelse av lønn.

²²⁷ Blant annet ordnett.no (nettutgaven) ved søk på ordet vederlag.

4.4 Forståelsen av «lønn» i norsk rett - ulikhet eller samsvar med EU?

Som fremstillingen i kapittel 4 har vist, er begrepsbruken på norsk langt mindre variert enn tilfellet er for EU-reglene på engelsk. Begrepet lønn er det klart mest anvendte i det regelverket, og forekommer i et betydelig antall rettsregler og rettskilder med ulike funksjoner. I tre ulike typer regelsett er lønn også definert. På bakgrunn av drøftelse av definisjonene i aml. § 14-6 (1) bokstav i, lønnsgarantiloven § 1 (2) og likestillingsloven § 5 kan det se ut som at lønn i en sammenheng er «alminnelig arbeidsvederlag og andre tillegg eller fordeler eller goder», mens det i en annen sammenheng ikke er tillegg, godtgjøringer og annet arbeidsvederlag, herunder ytelser som pensjon, kost- og nattgodtgjørelse, feriepenger og tapt arbeidsvederlag. En rimelig antagelse er at dette skyldes funksjonelle forskjeller. Slike forskjeller finner vi imidlertid også i EU.

Etter min oppfatning harmonerer de norske gjennomføringsreglene godt med EU-reglene de er avledet av. Det kan også nevnes at Norge en rekke ganger har blitt kåret til ”det beste landet i klassen” når det gjelder gjennomføring av EU-direktiver vedrørende det indre marked, senest bekreftet med ESAs halvårlige resultattavle som måler hvor raskt EU- og EØS/EFTA- landene gjør dette.²²⁸ Norges gjennomføringsunderskudd var 0,2 prosent - det laveste noensinne - uten at det i seg selv sier noe om «kvaliteten» på gjennomføringen. De EU-reguleringer som behandlet i denne avhandlingen, må likevel sies å være gjennomført på en adekvat måte.²²⁹

²²⁸ Resultatet ble offentliggjort 23. mars 2011. Se nærmere på ESAs nettsider:

<http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/internal-market/nr/1411>

²²⁹ Det bemerkes at det konkrete innholdet i lønn, nærmere bestemt hvilke typer av ytelser som inngår i begrepet, ikke har vært temaet i kap. 4. Konklusjonen er derfor ikke basert på dette.

5 Avslutning

5.1 Sammenfatning og konklusjoner

Utgangspunktet for avhandlingen har vært mangfoldet av EU-regler og begreper om lønn. Dette har gitt opphav til hovedproblemstillingen, hvorvidt «lønnsbegrepet» i EU-rettslige reguleringer har et enhetlig innhold. Fremstillingen har imidlertid vist at «lønnsbegrepet» *ikke* er enhetlig. Det er ikke mulig å snakke om ett «lønnsbegrep», dels fordi terminologien er forskjellig, og dels fordi ulike reguleringer inkluderer ulike ytelser i «lønnsbegrepet». Den terminologiske variasjonen er imidlertid karakteristisk for de engelske språkversjonene av reguleringene. Som det har fremgått enkelte steder underveis, har andre språkversjoner (danske, og for så vidt tyske og franske) ikke nødvendigvis så store variasjoner i terminologien. Engelske versjoner av reguleringene bærer preg av språkets mangfold. Innholdsmessig sett uttrykkes ofte det samme, jf. for eksempel forholdet mellom «pay» og «remuneration». Det er en viktig påminnelse når emnet ses under ett, og oppklaring av språkbruken har stor verdi i seg selv.

«Lønnsbegrepet» kan heller ikke sies å være enhetlig med hensyn til innhold. Det er forskjeller i ulike sammenhenger ved at samme term ikke nødvendigvis omfatter det samme i en regulering som i en annen. Forskjellene har bakgrunn i reglens og lønnsbegrepets funksjon i hvert tilfelle, det vil si hvilke rettighetsposisjoner og hensyn det skal ivareta. Det er likevel vanskelig å se at valget av terminologi har en sammenheng med funksjonen, for eksempel ved at et uttrykk er (bevisst) valgt ut fra hvilket område man befinner seg på (likebehandling, insolvens mv.). Når det gjelder forholdet mellom funksjonen og lønnsbegrepets omfang (for eksempel hvilke komponenter som inngår), er sammenhengen klarere. Den vide forståelsen av «pay» som er lagt til grunn i funksjonsmåtetraktaten art. 157 nr. 2, og fulgt opp i likebehandlingsdirektivet, lar seg ikke gjennomføre for «lønnsbegrepet» i alle reguleringer.

Traktatens likelønnsregel, med sin definisjon av «pay», har dog en vesentlig plass i EU-arbeidsrettslige reguleringer. Etter min oppfatning har bestemmelsen rekkevidde ut over likelønnsområdet, men det er vanskelig å gi et sikkert svar på hvor langt.

De norske reglene jeg har behandlet, synes å være i tråd med EU-reglene med hensyn til lønnsbegrepets omfang i de enkelte reguleringene.

5.2 Normative betraktninger

I et arbeid som dette er det ikke mulig å dekke alle sider ved et så omfattende tema som den problemstillingen jeg har drøftet. Men avhandlingen kan gi et grunnlag å bygge videre på. Avhandlingen viser at EU-lovgiver, eventuelt EU-domstolen, med fordel kan presisere «lønnsbegrepet» i alle de direktivene, for så vidt også forordningene, jeg har behandlet. Det ville gi større forutberegnelighet både for rettsanvendere og for private parter. Per i dag er det bare funksjonsmåtetrakaten og direktiv 2006/54/EF som gir en definisjon av begrepet «pay». I de andre regelverkene er begrepene ikke definert i det hele tatt. Tatt i betraktning den dominerende stillingen TFEU art. 157 har på lønnsområdet, ville det være tjenlig om det ble klargjort hvorvidt denne bestemmelsen er veiledende eller ikke.

På den annen side er det å gi en generell definisjon av lønn for alle EU-arbeidsrettslige reguleringer kanskje en vanskelig oppgave. Kan hende lar det seg ikke gjøre som følge av funksjonelle forskjeller. En annen innfallsvinkel gir Ryan, som argumenterer i relasjon til kompetanseunntaket i TFEU art. 153 nr. 5 for at faktorer som «divergence of productivity levels, wage rates and living standards» i de ulike EU-land gjør at EU ikke bør avstå fra enhver innblanding i lønsspørsmål. Han foreslår for eksempel at det kunne være en mulighet å innføre minstelønn for hvert enkelt land.²³⁰ Desto mer kan det sies at alternativene er enklere og mer realistiske når det gjelder *klargjøring* av «lønnsbegrepet» i ulike reguleringer.

²³⁰ Ryan (1997) s. 321.

Uansett, arbeidsrettsområdet er dynamisk, og det samme kan sies om problemene knyttet til lønnsbegrepene. Ved avslutningen av dette arbeidet er det innkommet tre anmodninger om forhåndsuttalelse til EU-domstolen som dreier som om spørsmål knyttet til lønn.²³¹ Det ligger dermed til rette for fortsatt arbeid på det feltet jeg har behandlet.

²³¹ C-385/11 *Isabel Elbal Moreno mot Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) and Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, EUT C 290 av 1.10.2011, s. 3–4 (anmodning om prejudisiell avgjørelse om uttrykket «employment conditions» i direktiv 97/81/EF), sak C-398/11 *Thomas Hogan, Jonh Burns, John Dooley, Alfred Ryan, Michael Cunningham, Michael Dooley, Denis Hayes, Marion Walsh, Joan Power og Walter Walsh mot Minister for Social and Family Affairs og Attorney General*, EUT C 290 av 1.10.2011, s. 5–5 (anmodning om prejudisiell avgjørelse om insolvensdirektivet) og for så vidt sak C-427/11 *Margaret Kenny m.fl. mot Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance og Commissioner of An Garda Síochána*, EUT C 311 av 22.10.2011, s. 25–25 (anmodning om prejudisiell avgjørelse vedrørende lønnsdiskriminering).

Kildeliste

Traktater, konvensjoner og andre internasjonale avtaler

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992.
ILO C100	International Labour Organization C100 Equal Remuneration Convention 1951.
Rettighetscharteret	Den Europeiske Unions charter om grunnleggende rettigheter, utgave av 30. mars 2010.
Romatraktaten	Traktaten om opprettelse av Det Europeiske Økonomiske Fellesskap (EØF-1957).
Felleskapscharteret	Felleskapscharter om arbeidstakeres grunnleggende sosiale rettigheter av 1989 (Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers - EU-dokument). http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Conventions%20internationales/Community_Charter_of_the_Fundamental_Social_Rights_of_Workers.pdf
Sosialpakten	Europarådets sosialpakt/sosialcharteret av 1961 (European Social Charter – revised). http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=163&CM=8&CL=ENG
TEU	Traktaten om Den Europeiske Union, utgave av 30.mars 2010 (konsolidert versjon).
TFEU	Traktaten om Den Europeiske Unions funksjonsmåte, utgave av 30. mars 2010 (konsolidert versjon).

Forordninger

- Forordning 1612/68 Rådets forordning nr. 1612/68/EØF av 15. oktober 1968 om fri bevegelighet for arbeidstakere innen Fellesskapet.
- Forordning 1408/71 Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 av 14. juni 1971 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet.
- Forordning 883/2004 Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om samordning av trygdeordninger.
- Forordning 987/2009 Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 987/2009 av 16. september 2009 om fastsettelse av nærmere regler for gjennomføring av forordning (EF) nr. 883/2004 om samordning av trygdeordninger.
- Forordning 492/2011 Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 492/2011 av 5. april 2011 om fri bevegelighet for arbeidstakere innenfor Unionen.

Direktiver

- Direktiv 75/117/EØF Rådsdirektiv av 10. februar 1975 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om gjennomføring av prinsippet om lik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere [Likelønnsdirektivet] – OPPHEVET.
- Direktiv 76/207/EØF Rådsdirektiv av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår [Likestillingsdirektivet] – OPPHEVET.
- Direktiv 79/7/EØF Rådsdirektiv av 19. desember 1978 om gradvis gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner i trygdespørsmål.

- Direktiv 80/987/EØF Rådskonferansen av 20. oktober 1980 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens (insolvensdirektivet) – OPPHEVET.
- Direktiv 86/378/EØF Rådskonferansen av 24. juli 1986 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner i yrkesbaserte trygdeordninger - OPPHEVET.
- Direktiv 91/533/EØF Rådskonferansen av 14. oktober 1991 om arbeidsgiverens plikt til å informere arbeidstakeren om vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet.
- Direktiv 96/71/EF Europaparlaments- og rådskonferansen 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (utsendingsdirektivet).
- Direktiv 97/80/EF Rådskonferansen av 15. desember 1997 om bevisbyrden i saker om diskriminering på grunn av kjønn – OPPHEVET.
- Direktiv 97/81/EF Rådskonferansen 97/81/EF av 15. desember 1997 om rammeavtalen om deltidsarbeid inngått mellom UNICE, CEEP og EFF (deltidsdirektivet).
- Direktiv 1999/70/EF Rådskonferansen 1999/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse inngått mellom EFF, UNICE og CEEP.
- Direktiv 2000/43/EF Rådskonferansen 2000/43/EF av 29. juni 2000 om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av alle uansett rase eller etnisk opprinnelse.
- Direktiv 2000/78/EF Rådskonferansen 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse (yrke) og erhverv.
- Direktiv 2002/73/EF Europaparlaments- og rådskonferansen 2002/73/EF av 23. september 2002 om endring av rådskonferansen 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår.

- Direktiv 2002/74/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/74/EF av 23. september 2002 om endring av rådsdirektiv 80/987/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens.
- Direktiv 2003/88/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF av 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilretteleggelse av arbeidstiden (arbeidstidsdirektivet).
- Direktiv 2004/113/EF Rådsdirektiv 2004/113/EF av 13. desember 2004 om gjennomføring av prinsippet om lik handsaming av kvinner og menn når det gjeld tilgang til og levering av varer og tenester.
- Direktiv 2005/36/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/36/EF av 7. september 2005 om anerkjennelse av yrkesmessige kvalifikasjoner (yrkeskvalifikasjonsdirektivet).
- Direktiv 2006/54/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve (likebehandlingsdirektivet – omarbeiding, norsk tittel).
- Direktiv 2008/94/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/94/EF av 22. oktober 2008 om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens (insolvensdirektivet - kodifisert utgave).
- Direktiv 2008/104/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF 19. november 2008 direktiv 2008/104/EF om vikararbeid/arbeidsleie (vikarbyrådirektivet).

Rettspraksis fra EU-domstolen

- C-80/70 Gabrielle Defrenne mot Belgian State, Saml. 1971 s. 445 (Defrenne I)
- C- 43/75 Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Saml. 1976 s. 455 (Defrenne II).
- C- 149/77 Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Saml. 1978 s. 1365 (Defrenne III).

- C-69/80 Susan Jane Worringham and Margaret Humphreys mot Lloyds Bank Limited, Saml. 1981s. 767.
- C-12/81 Eileen Garland mot British Rail Engineering Limited, Saml. 1982 s. 359.
- C-238/81 Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA mot Ministry of Health, Saml. 1982 s. 3415.
- C-23/83 W.G.M. Liefing and others mot Directie van het Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam and others, Saml. 1984 s. 3225.
- C-170/84 Bilka - Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz, Saml. 1986 s. 1607.
- C-157/86 Mary Murphy and others mot An Bord Telecom Eireann, Saml. 1988 s. 673.
- C- 171/88 Ingrid Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG, Saml. 1989 s. 274.
- C- 262/88 Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group, Saml. 1990 s. I-1889.
- C-33/89 Maria Kowalska mot Freie und Hansestadt Hamburg, Saml. 1990 s. I-2591.
- C-113/89 Rush Portuguesa Ld^a mot Office national d'immigration, Saml. 1990 s. I-1417.
- C-360/90 Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin mot Boetel, Saml. 1992 s. I-3589.
- Sak 109/91 Gerardus Cornelis Ten Oever mot Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf, Saml. 1993 s. I-4879
- C-110/91 Michael Moroni mot Collo GmbH, Saml. 1993 s. I-6591.
- C-7/93 Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds mot G. A. Beune., Saml. 1994 s. I-4471.
- C-278/93 Edith Freers og Hannelore Speckmann mot Deutsche Bundespost, Saml. 1996 s. I-1165.
- C-342/93 Joan Gillespie m. fl. mot Northern Health and Social Services Boards, Department og Health and Social Services, Eastern

- Health and Social Services Board og Southern Health and Social Services Board, Saml. 1996 s. I-475.
- C- 457/93 Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. mot Johanna Lewark, Saml. 1996 s. I-243.
- C-147/95 Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) mot Efthimios Evrenopoulos, Saml. 1997 s. I-2057.
- C-243/95 Kathleen Hill and Ann Stapleton mot The Revenue Commissioners and Department of Finance, Saml. 1998 s. I-03739.
- C- 50/96 Deutsche Telekom AG mot Lilli Schröder, Saml. 2000 s. I-743.
- C- 66/96 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Berit Høj Pedersen mot Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger and Dansk Tandlægeforening and Kristelig Funktionær-Organisation v Dansk Handel & Service, Saml. 1998 s. I-7327.
- C-167/97 Regina mot Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez, Saml. 1999 s. I-623.
- C-281/97 Andrea Krüger mot Kreiskrankenhaus Ebersberg, Saml. 1999 side I-5127.
- C-198/98 G. Everson and T.J. Barrass mot Secretary of State for Trade and Industry and Bell Lines Ltd., Saml. 1999 s. I-08903.
- C-218/98 Oumar Dabo Abdoulaye and Others mot Régie nationale des usines Renault SA, Saml. 1999 s. I-5723.
- Sak C-236/98 Jämställdhetsombudsmannen mot Örebro läns landsting, Saml. 2000 s. I-2189
- C- 366/99 Joseph Griesmar mot Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation, Saml. 2001 s. I- 9383.
- C-442/00 Ángel Rodríguez Caballero mot Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), Saml. 2002 s. I-11915.

- C-19/01, C-50/01
og C-84/01 Forente saker: Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) mot Alberto Barsotti and Others (C-19/01), Milena Castellani mot Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) (C-50/01) and Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) mot Anna Maria Venturi (C-84/01), Saml. 2004 s. I-2005.
- C-256/01 Debra Allonby mot Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional og Secretary of State for Education and Employment, Saml. 2004 s. I-873.
- C-4/02 og C-5/02 Forente saker: Hilde Schönheit mot Stadt Frankfurt am Main (C-4/02) and Silvia Becker mot Land Hessen (C-5/02), Saml. 2003 s. I-12575.
- C-19/02 Viktor Hlozek mot Roche Austria Gesellschaft mbH, Saml. 2004 s. I-11491.
- C-285/02 Edeltraud Elsner-Lakeberg mot Land Nordrhein-Westfalen, Saml. 2004 s. I-5861.
- C-313/02 Nicole Wippel mot Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG., Saml. 2004 s. I-9483.
- C-341/02 Commission of the European Communities mot Federal Republic of Germany, Saml. 2005 s. I-2733.
- C- 191/03 North Western Health Board mot Margaret McKenna, Saml. 2005 s. I-7631.
- C-520/03 José Vicente Olaso Valero mot Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), Saml. 2004 s. I-12065.
- C-207/04 Paolo Vergani mot Agenzia delle Entrate, Ufficio di Arona, Saml. 2005 s. I-7453.
- C-307/05 Yolanda Del Cerro Alonso mot Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, Saml. 2007 s. I-7109.
- C-341/05 Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet, Saml. 2007 s. I-11767.

- C-438/05 International Transport Workers' Federation/Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP/OÜ Viking Line Eesti, Saml. 2007 s. I-10779.
- C-267/06 Tadao Maruko mot Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, Saml. 2008 s. I-1757.
- C-268/06 Impact mot Minister for Agriculture and Food m.fl., Saml. 2008 s. I-2483.
- C-319/06 Commission of the European Communities mot Grand Duchy of Luxemburg, Saml. 2008 s. I-4323.
- C-346/06 Dirk Ruffert mot Land Niedersachsen, Saml. 2008 s. I-1989.
- C-555/07 Seda Küçükdeveci mot Swedex GmbH & Co. KG, Saml. 2010 s. I- 365.
- C- 147/08 Jürgen Römer mot Freie und Hansestadt Hamburg, EUT C 194 av 2.7.2011 s. 2–3/ Saml. 2011 s. 0000.
- C-486/08 Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols mot Land Tirol, Saml. 2010 s. I-3527.
- C-447/09 Reinhard Prigge and Others mot Deutsche Lufthansa AG., Saml. 2011 s. 0000.
- C-547/09 Pensionsversicherungsanstalt mot Andrea Schwab, EUT C 232 av 6.8.2011, s. 23–23.
- C-483/09 og
C-1/10 Forente saker: Criminal proceedings against Magatte Gueye (C-483/09) and Valentín Salmerón Sánchez (C-1/10), Saml. 2011 s. 0000.
- C- 155/10 Williams and Others mot British Airways plc, Saml. 2011 s.0000.
- C-244/10 og
C-245/10 Forente saker: Mesopotamia Broadcast A/S METV (C-244/10) and Roj TV A/S (C-245/10) mot Bundesrepublik Deutschland, Saml. 2011 s. 0000.

- C-297/10 og
C-298/10 Forente saker: Sabine Hennigs (C-297/10) mot Eisenbahn-Bundesamt og Land Berlin (C-298/10) mot Alexander Mai, Saml. 2011 s. 0000.
- C-405/10 Criminal proceedings against Özlem Garenfeld, Saml. 2011 s. 0000.
- C-435/10 J.C. van Ardennen mot Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, Saml. 2011 s. 0000.
- C-256/11 Murat Dereci and Others mot Bundesministerium für Inneres, Saml. 2011 s. 0000.
- C-385/11 Isabel Elbal Moreno mot Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) and Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), EUT C 290 av 1.10.2011, s. 3–4 (anmodning om prejudisiell avgjørelse).
- C-398/11 Thomas Hogan, Jonh Burns, John Dooley, Alfred Ryan, Michael Cunningham, Michael Dooley, Denis Hayes, Marion Walsh, Joan Power og Walter Walsh mot Minister for Social and Family Affairs og Attorney General, EUT C 290 av 1.10.2011, s. 5–5 (anmodning om prejudisiell avgjørelse).
- C-427/11 Margaret Kenny m.fl. mot Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance og Commissioner of An Garda Síochána, EUT C 311 af 22.10.2011, s. 25–25 (anmodning om prejudisiell avgjørelse).

Generaladvokatens forslag til avgjørelser

- C-147/08 Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Jääskinen av 15. juli 2010, Jürgen Römer mot Freie und Hansestadt Hamburg, Saml. 2011 s. 0000.
- C- 155/10 Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Trstenjak av 16. juni 2011, Williams and Others mot British Airways plc, Saml. 2011 s.0000.

Andre EU-dokumenter

- KOM (89) 568 Meddelelse fra Kommisjonen om dens handlingsprogram for gjennomføringen av Fellesskapscharteret om arbeidstakeres grunnleggende sosiale rettigheter av 1989. (Fulltekst ikke tilgjengelig på EUR-LEX, men engelsk versjon kan lastes ned fra: http://aei.pitt.edu/1345/1/Social_charter_COM_89_568.pdf)
- KOM (91) 511 Første rapport fra Kommisjonen om gjennomføringen av Fellesskapscharteret om arbeidstakeres grunnleggende sosiale rettigheter av 1989.
- KOM (2004) 279 Forslag til Europa-Parlamentets og rådets direktiv om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og arbeidsavtaleforhold (endelig utgave).
- KOM (2005) 380 Endret forslag til Europa-Parlamentets og rådets direktiv om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og arbeidsavtaleforhold (endelig utgave). Forelagt av Kommisjonen i henhold til EF-traktatens artikkel 250, nr. 2)
- KOM (2008) 426 Forslag til Rådets direktiv om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av alle uansett religion eller tro, handicap, alder eller seksuell orientering - endelig utgave (dog benyttet i engelsk språkversjon).

Rettspraksis fra EFTA-domstolen

- E-12/10 EFTA Surveillance Authority (ESA) mot Island, dom av 28. juni 2011.
- E-2/11 STX Norway Offshore AS m.fl. mot Staten v/Tariffnemnda, uavgjort per 13.12.2012.

Litteratur

- Barnard (2006) Catherine Barnard, EC Employment Law, Third Edition, Oxford University Press 2006.
- Barnard (2010) Catherine Barnard, The Substantive Law of The EU, The Four Freedoms, Third Edition, Oxford University Press 2010.
- Bercusson (2009) Brian Bercusson, European Labour Law, Second Edition, Cambridge University Press 2009.
- Bjørst (2005) Byrial R.Bjørst, Ligeløn for job af samme værdi, 1. udgave, Jurist- og økonomiforbundets Forlag, København 2005.
- Blanpain (2008) Roger Blanpain, European Labour Law, Eleventh revised edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008.
- Craig og de Búrca (2008) Paul Craig og Gráinne de Búrca, EU Law – Text, Cases and Materials, Fourth Edition, Oxford University Press, New York 2008.
- Dashwood(2011) Allan Dashwood, Michael Dougan, Barry Rodger, Eleanor Spaventa og Derrick Wyatt, Wyatt and Dashwood's European Union Law, Sixth Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2011.
- Evju (2007) Stein Evju, Nytt i privatretten, Nr. 4/2007 – 9. årgang.
- Evju (2010) Stein Evju, Revisiting the Posted Workers Directive: Conflict of Laws and Laws in Contrast, The Cambridge Yearbook of European Legal Studies (redigert av Barnard og Odudu), Volume 12, 2009-2010, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2010.
- Evju (2011) Stein Evju, Implementing EU Law on Services: National Diversity and the Human Rights Dilemma, Arbeidsrett og arbeidsliv, Bind 5, Hefte 2, Norsk Arbeidsrettslig Forening, Oslo 2011.

- Fransson (2000) Susanne Fransson, Lönediskriminering – En arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskilnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag, Iustus Förlag, Uppsala 2000.
- Jakhelln (2006) Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, N.W. DAMM & SØN, 1. opplag, 4. utgave, Oslo 2006.
- Landau og Beigbeder (2008) Eve C. Landau og Yves Beigbeder, From ILO Standards to EU Law – The Case of Equality between Men and Women at work, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2008.
- McColgan (2005) Aileen McColgan, Discrimination Law – Text, Cases and Materials, Second Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2005.
- Neergaard og Nielsen (2010) Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, EU-ret, 6. reviderede udgave, 1. oplag, Thomson Reuters Professional, København 2010.
- Nielsen (2000) Ruth Nielsen, European Labour Law, 1. Edition, DJØF Publishing, Copenhagen 2000.
- Nielsen (2003) Ruth Nielsen, EUropeisk Arbejdsrett, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2003.
- Nielsen (2006) Ruth Nielsen, EU arbejdsrett, 4. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København 2006.
- Ryan (1997) Bernard Ryan, Pay, Trade Union Rights and European Community Law, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Volume 13/4, 305-325, Kluwer Law International 1997.
- Schiek (2007) Dagmar Schiek, Lisa Waddington og Mark Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007.

- Schiek og Lawson (2011) Dagmar Schiek og Anna Lawson, European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality – Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination, Ashgate Publishing, Farnham 2011.
- Sejersted (2011) Fredrik Sejersted ... [et al.], EØS-rett, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2011.
- Steiner og Woods (2009) Josephine Steiner og Lorna Woods, EU Law, 10th Edition, Oxford University Press, New York 2009.
- Storeng (2011) Nils H.Storeng, Tom H. Beck, og Arve Due Lund, Arbeidslivets spilleregler, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2011.
- Sørensen og Nielsen (2010) Karsten Ensig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-retten – forkortet udgave, 2. utgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2010.
- Watson (2009) Philippa Watson, EU Social and Employment Law – Policy and Practice in an Enlarged Europe, Oxford University Press, New York 2009.

Lover

- Allmenngjøringsloven Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.
- Arbeidsmiljøloven Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.
- Arbeidsmiljøloven Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. - OPPHEVET.
- Dekningsloven Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett.
- Diskrimineringsloven Lov 3.juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.
- Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.

Folketrygdloven	Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd.
Likestillingsloven	Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).
Lønnsgarantiloven	Lov 14. desember 1973 nr 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v.
Offentlige anskaffelser	Lov 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser.
OTP-loven	Lov 21. desember 2005 nr. 124 om obligatorisk tjenestepensjon.
Sjømannsloven	Lov 30. mai 1975 nr.18, Sjømannslov (rettet tittel, se Lovdata).
Tjenestemannsloven	Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.

Forskrifter

Forskrift 28.oktober 1998 nr. 999 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v. (FOR-1998-10-28- 999).

Forskrift 18. februar 2005 nr. 146 om garanti for arbeidsvederlag og hjemreise for arbeidstakere på skip registrert i norsk internasjonalt skipsregister (FOR-2005-02-18-146).

Forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere (FOR-2005-12-16-1566).

Forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter (FOR 2008-02-08 nr 112).

Norsk rettspraksis

Oslo tingretts dom av 29.01.2010 (saksnr. 09-050176TVI-OTIR/06) – STX Norway Offshore AS mfl. mot Staten v/ Tariffnemnda (anket til Borgarting lagmannsrett, saksnr. 10-060176ASD-BORG/03 som anmodet EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse, se sak E-2/11)

Offentlige dokumenter (forarbeider og lignende)

- NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern - Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK.
- Ot.prp.nr.33 (1974-1975) Lov om likestilling mellom kjønnene.
- Ot.prp.nr.78 (1993-1994) Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljøer sikkerhetsområdet som følge av EØS-avtalen og en tilleggsavtale til EØS-avtalen.
- Ot.prp.nr.13 (1999-2000) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeiderværn og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) og lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven).
- Ot.prp. nr. 53 (2001-2002) Om lov om endringer i lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v. m.m.
- Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeiderværn og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.
- Ot.prp. nr. 33(2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).
- Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov).
- Ot.prp. nr. 49(2004–2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.(arbeidsmiljøloven).
- Ot.prp. nr. 107 (2004-2005) Om lov om endring i lov 14. desember 1973 nr 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v. og lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

- Ot.prp. nr. 3 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v. og lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).
- Høring 10. september 2010 Arbeidsdepartementet - Høringsnotat om konsekvenser av vikarbyrådirektivet.
- Høring 12. desember 2011 Arbeidsdepartementet - Tilleggshøring vedrørende vikarbyrådirektivet med forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterlevs.

Internettsider

<http://ordnett.no/>

<http://oxforddictionaries.com/>

<http://www.businessdictionary.com/>

http://ec.europa.eu/education/languages/languages-of-europe/doc135_en.htm

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Minimum_wage_statistics

http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=197196.

<http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/internal-market/nr/1411>

www.eftacourt.int

<http://europolov.no/rettsakt/anti-diskrimineringsdirektivet/id-1344>

http://www.europaveien.no/index.php?option=com_content&task=view&id=686&Itemid=9

<http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2010/apr/ikke-diskrimineringsdirektivet.html?id=603601>

<http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2009/apr/insolvensdirektivet.html?id=564641>

http://www.regjeringen.no/upload/AD/publikasjoner/hoeringer/2010/AMS/vikarbyraadirektivet/Horingsnotat_Horing_om_konsekvenser_av_vikarbyraadirektivet.pdf

<http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2006/okt/ny-trygdeforordning.html?id=525446>

<http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2005/des/direktiv-om-godkjenning-av-yrkeskvalifik.html?id=532754>

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoeringer/hoeringsdok/2011/horing--forslag-til-tiltak-for-a-sikre-a/horingsbrev.html?id=666371>

<http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2011/nov/fri-bevegelse-av-arbeidskraft-i-medlemsl.html?id=667614>

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/aktuelt/nyheter/2011/arbeidet-med-ny-diskrimineringslovgivnin.html?id=653933>.

Annet

EØS-komiteens beslutning nr. 76/2011 av 1. juli 2011 om endring av EØS-avtalens vedlegg VI (Trygd) og protokoll 37. Se: <http://europalov.no/files/jcd/2011/eos-2011-076.pdf>.

