



RETTSMØTERAPPORT

I sak E-8/00

- revidert *

ANMODNING til Domstolen om rådgivende uttalelse i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Arbeidsretten i saken for denne domstol mellom

**Landsorganisasjonen i Norge
med Norsk Kommuneforbund**

støttet av

Kommunalansattes Fellesorganisasjon

og

Kommunenes Sentralforbund

Hamarøy kommune og Tysfjord kommune

Steigen kommune og Hitra kommune

Tana kommune

Kvam kommune, Kvinnherad kommune, Lørenskog kommune, Os kommune, Vikna kommune og Volda kommune

om tolkningen av EØS-avtalens artikkel 53 og 54.

I. Introduksjon

1. Ved en beslutning datert 27 september 2000, registrert ved domstolen 2 oktober 2000, anmodet Arbeidsretten om en rådgivende uttalelse i en sak innbrakt for denne mellom saksøkerne Landsorganisasjonen i Norge, (heretter

* Endringer i oversikten over saksøkte og i avsnittene 1, 53, 86, og 217.

"LO"), med Norsk kommuneforbund, (heretter "NKF"), støttet av Kommunalansattes Fellesorganisasjon, (heretter "KFO") som hjelpeintervenient, mot de saksøkte: (1) Kommunenes Sentralforbund, (heretter "KS"); (2-3) Hamarøy kommune og Tysfjord kommune; (4-5) Steigen kommune og Hitra kommune; (6-7) Alta kommune og Tana kommune; (8-13) Kvam kommune, Kvinnherad kommune, Lørenskog kommune, Os kommune, Vikna kommune og Volda kommune (heretter i fellesskap "saksøkte"). Ved et brev av 27 september 2001 informerte Arbeidsrettens formann EFTA-domstolen om at Akademikernes Fellesorganisasjon har trukket sin intervensjonserklæring i saken. Ved et nytt brev datert 11 oktober 2001, informerte Arbeidsretten EFTA-domstolens justissekretær om at Alta kommune ikke lenger er part i saken.

2. Saken for Arbeidsretten gjelder hovedtariffavtalen for kommuner, m.v. for tariffperioden 1. mai 1998 - 30. april, (heretter omtalt som "hovedtariffavtalen" eller ved forkortelsen "HTA") mellom, på den ene siden ulike organer som representerer kommunalt ansatte, og på den andre siden, organer som representerer kommunene, og de enkelte kommuner som arbeidsgivere. Det er blant annet påstått av de saksøkte at visse bestemmelser i hovedtariffavtalen om pensjonsforhold er uforenlige med artikkel 53 og 54 EØS.

II. Rettslig bakgrunn

EØS-retten

3. Spørsmålene som er stilt til domstolen gjelder tolkningen av artikkel 53 og artikkel 54 EØS.

4. Artikkel 53 EØS lyder:

"1. Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt, særlig slike som består i

a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,

b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,

c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,

d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,

e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.

2. Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne artikkel, skal ikke ha noen rettsvirkning.

3. Det kan imidlertid erklæres at bestemmelsene i nr 1 ikke skal anvendes på

– avtaler eller grupper av avtaler mellom foretak,

– beslutninger eller grupper av beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak, og

– samordnet opptreden eller grupper av slik opptreden,

som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller

b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder."

5. Artikkel 54 EØS lyder:

"Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling innen det territorium som er omfattet av denne avtale, eller i en vesentlig del av det, skal være forbudt og uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning den kan påvirke handelen mellom avtalepartene.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,

b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,

c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,

d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden."

Nasjonale bestemmelser - hovedtariffavtalen

6. De relevante bestemmelser fra HTA slik denne saken er forelagt EFTA domstolen finnes i dens kapittel 2. De lyder som følger:

"2.0 Definisjon

Med tjenstepensjonsordning menes den pensjon en arbeidstaker har rett til i samsvar med denne tariffavtale og tilsvarende de til enhver tid gjeldende vedtekter for Felles Kommunal Pensjonsordning i KLP.

2.1 Tjenstepensjonsordning

Fra 01.01.97 skal alle arbeidsgivere ha opprettet pensjonsordning for sine tilsatte som tilfredsstillende følgende krav:

2.1.1 Pensjonsordningen skal omfatte alle fast tilsatte med en arbeidstid som tilsvarer minst 14 timer per uke. Midlertidig tilsatte skal omfattes etter 6 måneders sammenhengende tilsetting, forutsatt at arbeidstiden tilsvarer minst 14 timer per uke.

Pensjonsordningen skal fra 01.01.99 omfatte alle tilsatte med en gjennomsnittlig arbeidstid som tilsvarer minstekravet.

2.1.2 Pensjonsordningen skal garantere medlemmene en samlet alders-/uførepensjon på minst 66 % av pensjonsgrunnlaget ved full opptjening. Pensjonsordningen skal også gi rett til ektefelle- og barnepensjon.

Pensjonsopptjeningen skal skje lineært, dvs. at man skal opptjene like store deler av full pensjon for hvert år man er medlem. Kravet til full opptjening settes til 30 år. For de som fratrer med oppsatt pensjon settes kravet til full opptjening til maksimalt 40 år.

Pensjonsgrunnlaget beregnes i samsvar med pkt. 2.1.7, jf. 2.3.

2.1.3 Fastsettelse av aldersgrenser og regler om rett til å ta ut alderspensjon før nådd aldersgrense skal følge de samme prinsipper som gjelder i Statens Pensjonskasse. Tariffpartene foretar nødvendige tilpasninger til kommunal sektor.

2.1.4 Pensjonene skal reguleres i samsvar med reguleringen av folketrygdens grunnbeløp. Det samme gjelder pensjonsgrunnlaget for de som fratrer før de har rett til pensjon.

2.1.5 Pensjonsrettighetene skal være omfattet av overføringsavtale med Statens Pensjonskasse og øvrige kommunale pensjonsordninger, slik at samlet pensjon regnes som om den var opptjent i den ordning man sist er medlem av.

2.1.6 Pensjonsrettighetene, herunder lineært beregnede og regulerte oppsatte pensjonsrettigheter, skal for alle ytelsers vedkommende være forsikringsmessig

dekket i et forsikringsselskap eller en pensjonskasse basert på forsikringsprodukter som er tatt til etterretning av Kredittilsynet.

2.1.7 Pensjonsgrunnlaget fastsettes ut fra fast lønn og pensjonsgivende tillegg. Det tas ikke hensyn til lønn inklusive tillegg som overstiger 12 G.

2.1.8 Ved skifte av selskap/pensjonskasse skal dette drøftes med de tillitsvalgte, jf. flytteforskriften kapittel 3. Referat fra drøftingene skal følge saken fram til avgjørelsen i kommunestyret/fylkestinget/styret.

Før behandling i besluttede organ knyttet til eventuelt skifte av selskap kan begynnes, skal aktuelle tilbud på ny tjenstepensjonsordning forelegges for Pensjonsutvalgets tariffparter, som skal godkjenne om de ulike pensjonsforsikringsproduktene tilfredsstillende de forannevnte tariffkravene.

Tjenstepensjonsordningen må i tillegg være basert på et finansieringssystem som er kjønnsnøytralt og som ikke virker utstøtende på eldre arbeidstakere.

Før saken kan avgjøres av kommunestyret/fylkestinget/styret, må godkjenning av Statens Pensjonskasse foreligge, knyttet til opptak i overføringsavtalen, og pensjonsordningen må være tatt til etterretning av Kredittilsynet, jf. pkt. 2.1.5 og 2.1.6."

7. Etter en revisjon våren 2000, ble bestemmelsene ovenfor endret på vesentlige punkter, hvoretter bestemmelsene 2.1.6 - 2.1.8 lyder som følger:

"2.1.6 Pensjonsrettighetene, herunder lineært beregnede og regulerte oppsatte pensjonsrettigheter, skal for alle ytelsers vedkommende være forsikringsmessig dekket i et forsikringsselskap eller en pensjonskasse. Dersom KS' medlemmer ikke har, eller kan ha full forsikringsdekning for pensjonsforpliktelsene, står kommunen/fylkeskommunen ansvarlig for eventuelle differanseytelser som selvsurandør.

2.1.7 Pensjonsgrunnlaget fastsettes ut fra fast lønn og pensjonsgivende tillegg. Det tas ikke hensyn til lønn inklusive tillegg som overstiger 12 G.

2.1.8 Ved skifte av selskap/pensjonskasse skal dette drøftes med de tillitsvalgte, jf. flytteforskriften kapittel 3. Drøftingsplikten inntreer tidligst mulig og senest før oppsigelse er vedtatt og levert dagens leverandør av tjenstepensjonsforsikring.

Tjenstepensjonsordningen skal være basert på et finansieringssystem som er kjønnsnøytralt og som ikke virker utstøtende på eldre arbeidstakere.

Det opprettes en faggruppe med rådgivende funksjon, bestående av

1 representant oppnevnt av Forhandlingssammenslutningene,

1 representant oppnevnt av KS og

I nøytral leder oppnevnt av pensjonsutvalgets tariffparter. Eventuell tvist om oppnevningen avgjøres etter Hovedavtalen § 4, punkt 4-1, tredje ledd.

Faggruppen skal avgi begrunnet uttalelse til pensjonsutvalgets tariffparter om de innhentede tilbud på nye pensjonsprodukter er i samsvar med forsikringsvirksomhetsloven, forsikringsavtaleloven, at alle risiki og ytelser jfr. punkt 2.1.6, har forsikringsmessig dekning i selskapet og om produktet oppfyller tariffavtalens øvrige krav. Eventuelle vurderinger fra pensjonsutvalgets tariffparter oversendes kommunen/fylkeskommunen sammen med faggruppens uttalelse.

Før saken kan avgjøres av kommunestyret/fylkestinget skal søknad om godkjenning inn under overføringsavtalen mellom offentlige pensjonskasser være sendt til Statens Pensjonskasse og uttalelse fra tillitsvalgte som representerer de aktive arbeidstakere som er omfattet av pensjonsordningen, skal følge saken frem til endelig avgjørelse i kommunestyret/fylkestinget."

III. Faktum og prosedyre

Prosedyre og tvistesporsmål

8. Som nevnt ovenfor, gjelder saken for Arbeidsretten visse bestemmelser i HTA om pensjonsordninger. De relevante bestemmelser er gjengitt ovenfor. Saken gjelder hvorvidt de saksøkte kommunene kommune brøt de ovennevnte bestemmelsene i HTA kapittel 2, særlig punkt 2.1.8, da de flyttet tjenestepensjonsforsikringene fra en tilbyder, Kommunal Landspensjonskasse, (heretter "KLP"), til andre forsikringsselskaper. Videre gjelder tvisten også spørsmål om rettsvirkninger av slike eventuelle brudd.

9. LO/NKF gjør gjeldende at kommunene ved flytting av sine tjenestepensjonsforsikringer har brutt flere av de bestemmelser i HTA som kommunene er bundet av. De saksøkte kommunene påstår seg frifunnet. De har blant annet anført at flere av de bestemmelsene i HTA som saksøkerne har påberopt, ikke er rettslig bindende fordi de strider mot artikkel 53 og 54 EØS, jf lov av 27 november 1992 nr 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

Kommunene og deres status som arbeidsgivere

10. Kommunene og fylkeskommunene i Norge er etablerte og regulerte av lov av 25 september 1992 nr 107 om kommuner og fylkeskommuner, (heretter "kommuneloven"). I kommunal sektor er det totalt sett omlag 550 000 arbeidstakere. Av disse er ca 100 000 lærere, som er kommunalt ansatte, men

som omfattes av tariffavtaler med staten. I kommunal sektor for øvrig er det således ca 450 000 arbeidstakere. Av disse er omlag 430 000 ansatt i kommunene, herav ca 60 000 i Oslo. Tallene foran er anslag som er basert på tilgjengelige statistiske kilder med referanse til arbeidsmarkedssituasjonen pr utgangen av 1998/primò 1999.

11. Hovedsaksøkte, KS, er en medlems- og interesseorganisasjon, og er også en arbeidsgiverforening. Samtlige kommuner og fylkeskommuner er i dag medlemmer av KS, og alle er tilknyttet KS' arbeidsgivervirksomhet. Oslo kommune er imidlertid fritatt fra å følge KS' tariffområde. Som arbeidsgiverforening har KS således 434 kommuner og 18 fylkeskommuner som medlemmer. Disse har til sammen ca 370 000 ansatte (eksklusive lærere). Av disse faller noen - som endel vikarer, ekstrahjelpere og - utenfor anvendelsesområdet for hovedtariffavtalene for kommuner, og det er usikkert hvor mange som for øvrig omfattes av deres bestemmelser om tjenstepensjon.

12. KS som arbeidsgiverforening kan inngå tariffavtaler med bindende virkning for sine medlemmer. For kommuner og fylkeskommuner er det etter kommunelovens §28 adgang til å overdra slik avtalekompetanse til "en sammenslutning av kommuner og fylkeskommuner". Dette er gjennomført av alle de kommuner/fylkeskommuner som er tilsluttet KS' arbeidsgivervirksomhet. Avtalekompetansen for KS følger videre, også for "bedriftsmedlemmer", av medlemskapet i KS og organisasjonens vedtekter.

Fagforeninger

13. Det er i alt 39 "forbund" eller "fagforbund" som representerer arbeidstakere i kommunal sektor i Norge. Ved forhandlinger med KS om opprettelse og revisjon av tariffavtaler er de 39 forbundene representert gjennom sine "forhandlingssammenslutninger". Den formelle inngåelse av tariffavtaler skjer i alminnelighet direkte mellom KS og det enkelte forbund.

14. Formelt sett foreligger derfor ikke bare én hovedtariffavtale for kommunene, men flere hovedtariffavtaler, med vedkommende forbund som part på arbeidstakersiden i den enkelte, og KS som part på arbeidsgiversiden i alle. For tariffperioden 1998-2000 var det i alt 39 hovedtariffavtaler for arbeidstakere i kommuner og fylkeskommuner. I praksis er imidlertid disse hovedtariffavtalene innholdsmessig like så langt det har noen betydning her. I det følgende omtales de for enkelhets skyld som HTA, om ikke annet fremgår av sammenhengen. HTA omfatter i hovedsak alle arbeidstakere som er ansatt i kommuner og fylkeskommuner. For visse typer virksomhet og bedriftsmedlemmer har imidlertid KS særskilte tariffavtaler som inneholder avvikende regulering på enkelte punkter, blant annet om pensjonsforhold. De nærmere detaljene er ikke av betydning her.

Tariffavtaler som rettslige instrumenter

15. Som tariffavtale regnes etter den norske lov av 5 mai 1927 nr 1 om arbeidstvister, (heretter "arbeidstvistloven"), en avtale om "arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold". Den må være inngått mellom en arbeidsgiver eller en arbeidsgiverforening på den ene side, og en "fagforening" på den annen side, jf lovens § 1 nr 8. Etter norsk rett er en tariffavtale en rettslig bindende og gjensidig forpliktende avtale. For det første er en tariffavtale, som avtale, bindende og forpliktende for tariffpartene. Dernest er en tariffavtale også bindende for tariffpartenes medlemmer. De enkelte arbeidsgivere (som her kommunene) og de enkelte arbeidstakere som er ansatt hos de berørte arbeidsgivere, og som er medlemmer av de avtalesluttende organisasjoner (tariffpartene), er rettslig bundet av tariffavtalen. Videre binder tariffavtalen bare de arbeidsgivere og arbeidstakere som er medlemmer av vedkommende organisasjoner. Etter norsk rett har en tariffavtale således ikke noen generell gyldighet ("allmenngyldighet", eller "erga omnes"-virkning). I norsk rett er det heller ingen lovbestemmelser av betydning for saken her som gir offentlige myndigheter adgang til å fastsette at en tariffavtale skal gjøres "allmenngyldig" og forpliktende for alle arbeidsgivere (eller arbeidstakere) i en bransje, sektor el. Hvem som er rettslig bundet eller har rettigheter i henhold en tariffavtale, beror på tariffavtalen og medlemskapet i de avtalesluttende organisasjoner.

16. Videre må det nevnes at tariffpartene råder over tariffavtalen på den måten at de kan modifisere den, selv i kontraktperiodens løp. Avtalepartene har også et fortolkningsmonopol, i den forstand at dersom partene er enige om en viss forståelse av en bestemmelse, skal som alminnelig regel denne forståelsen av bestemmelsen legges til grunn. Partenes felles forståelse er også bindende for deres medlemmer, på samme måte som tariffavtalen selv.

Det norske pensjonssystemet

17. Det norske pensjonssystemet kan kort sies å ha tre hovedtyper av ordninger: a) Folketrygdens pensjonsytelser, som er lovbaserte pensjonsytelser i henhold til lov om folketrygd av 28 februar 1997 nr 19 (folketrygdloven); b) kollektive "tjenestepensjonsordninger" for supplerende pensjon i tillegg til folketrygdens ytelser (jf avsnitt 27 flg nedenfor) og c) individuelle pensjons- og livsforsikringsavtaler, som kan tegnes på frivillig basis. I den foreliggende saken vurderes bare kollektive "tjenestepensjonsordninger" for supplerende pensjon.

18. Supplerende tjenestepensjonsordninger er karakterisert ved at de er knyttet til arbeid og at de er kollektive. Slike ordninger kan være basert på lov og være forpliktende; ellers er de, prinsipielt sett, frivillige. Slike pensjonsordninger finnes både i offentlig sektor - herunder i kommunesektoren - og i privat sektor. Et felles trekk for alle tjenestepensjonsordninger er at de er "ytelsesbaserte". Ordningenes innhold, omfang mv er ellers forskjellige.

19. Samtlige kommuner og fylkeskommuner har i dag tjenstepensjonsordninger. Adgangen til å etablere eller tilslutte seg tjenstepensjonsordninger følger uttrykkelig av kommunelovens § 24 nr 4. Siktemålet med denne bestemmelsen var først og fremst å gi et klarere hjemmelsgrunnlag for statlig regulering, kontroll og tilsyn med kommunale tjenstepensjonsordninger. Kommunelovens § 24 nr 4 annet punktum hjemler adgang for Kongen til å gi nærmere bestemmelser om materielle rammer for kommunale tjenstepensjonsordninger, deres innhold og omfang. De foreliggende regler står i forskrift av 22 april 1997 nr 374 om pensjonsordninger for kommunalt eller fylkeskommunalt ansatte. Forskriften av 1997 fastsetter i hovedsak at:

- pensjonsytelsene i kommunale pensjonsordninger ikke må være høyere enn i Statens Pensjonskasse (§ 2 første ledd),
- aldersgrenser ikke må være lavere enn for tilsvarende stillinger i staten (§ 2 annet ledd), og
- som utgangspunkt skal alle ansatte i kommunen/fylkeskommunen være omfattet; pensjonsordningen kan imidlertid ha alminnelige vilkår som begrenser medlemskap i ordningen på grunnlag av arbeidsforholdets omfang, tjenestetid, oa (§ 3).

20. En kommune kan organisere sin tjenstepensjonsordning på ulike måter: Gjennom en egen pensjonskasse, gjennom deltagelse i en felles pensjonskasse, eller gjennom et livsforsikringsselskap. De til sammen 453 kommuner og fylkeskommuner hadde pr november 1998 organisert sine tjenstepensjonsordninger slik:

- 21 kommuner/fylkeskommuner hadde egne pensjonskasser;
- 422 kommuner/fylkeskommuner var tilsluttet "Felles kommunal pensjonsordning" (heretter "FKP") i KLP;
- 10 kommuner hadde kollektive pensjonsforsikringsavtaler i andre forsikringsselskaper enn KLP. Ut fra tallene foran var 93 % (422 av 453) av kommunene tilsluttet FKP pr 1 januar 1998. Kommunene er forskjellige i størrelse og antall ansatte. Det er anslått at tjenstepensjonsordninger er dekket i KLP for ca 65 % av alle kommunalt ansatte; anslaget og grunnlaget for det er imidlertid usikkert.

21. KLP er et privat gjensidig livsforsikringsselskap. KLP fikk fra 1 januar 1974 konsesjon til å drive blant annet kollektiv pensjonsforsikring etter den dagjeldende forsikringsselskapslov. Konsesjonen er senere fornyet etter lov nr 39 av 10 juni 1988 om forsikringsvirksomhet (heretter "forsikringsvirksomhetsloven"), senest i 1998. KLPs medlemmer (selskapsdeltakerne) er forsikringstakerne, dvs de arbeidsgivere som har tegnet forsikringsavtale med selskapet. KLP kan ha andre medlemmer enn kommuner/fylkeskommuner, men med visse begrensninger. I KLPs vedtekter § 1-3 annet ledd, som er en del av konsesjonsvilkårene, heter det:

"Andelen forsikringstakere som ikke er kommuner, fylkeskommuner, foretak, selvstendige virksomheter, institusjoner eller organisasjoner der kommuner eller fylkeskommuner har en majoritetsinteresse skal være begrenset slik at de til sammen ikke kan ha en premiereserve som utgjør mer enn 10 prosent av de totale premiereserver i selskapet. Med majoritetsinteresser menes mer enn 50 prosent av både eierandelene og stemmerettighetene, eller tilsvarende interesse i forhold til virksomhetens, institusjonens eller organisasjonens formål."

22. KLPs hovedprodukt er kollektiv pensjonsforsikring, som den viktigste og mest omfattende ordningen. Videre kan kommuner og fylkeskommuner være medlemmer av KLP, uavhengig av om de er tilknyttet FKP. Pr september 1999 var alle 453 kommuner og fylkeskommuner medlemmer i KLP. På samme tidspunkt hadde KLP ca 2 150 andre medlemmer ("bedriftsmedlemmer"). Deres andel av årlige premieinnbetalinger utgjorde ca 14,5 % av et samlet premievolum på omlag 5 milliarder NOK.

23. KLPs høyeste myndighet er generalforsamlingen (vedtektenes § 3-8, vedtektene av 1999 § 3-2). Etter vedtektene av 1999 skal generalforsamlingen bestå av representanter for selskapets medlemmer, valgt i 19 valgkretser. Kommunene/fylkeskommunene utgjør 18 valgkretser, og "bedriftsmedlemmene" utgjør én valgkrets. Den enkelte valgkrets "velger fra 4 til 17 representanter avhengig av det samlede premievolum i selskapets pensjonsordninger som betales av valgkretsens medlemmer", jf vedtektene av 1999 §§ 3-2 og 3-3.

24. Det er inngått flere "samarbeidsavtaler" mellom KLP og KS. To av disse er relevante for denne saken: En av 14 desember 1994, som senere er erstattet av en avtale av 30 august 1999. Begge avtalene har bestemmelser om regelmessig kontakt mellom KS og KLP, rett for KLP blant annet til å delta i visse møter og arrangementer i KS, utveksling av informasjon og ytelser (herunder vederlag for markedsføring av KLPs produkter). Avtalen fra 1999 er mer detaljert enn den fra 1994.

25. Finansdepartementet har gitt KLP dispensasjon fra enkelte av forsikringsvirksomhetslovens bestemmelser, herunder fra lovens § 7-6 om premier. Som gjensidig livsforsikringsselskap kan KLP, i henhold til forsikringsvirksomhetslovens § 4-8 og selskapets vedtekter, foreta "etterutligning" av premie - med hvilket her forstås at "alle forsikringstakere innbetaler ytterligere premie når det i ettertid viser seg at det er betalt for lite premie på forskudd, og premieberegningssystemet forutsetter at reguleringer, bruttogaranti mv. skal være forsikret", jf Kredittilsynets brev av 16 desember 1998 til Statens Pensjonskasse.

26. KLP har inngått overføringsavtale med Statens Pensjonskasse. Gjennom denne overføringsavtalen er forsikringstakere med tjenstepensjonsordninger i KLP, tilsluttet "overføringssystemet".

27. FKP er en tjenstepensjonsforsikringsordning i KLP. Den ble etablert 1 januar 1974, samtidig som KLP ble etablert som selvstendig forsikringsselskap,

og er regulert av egne vedtekter. FKP har vært gjenstand for endringer gjennom årene. De relevante vedtekter er fra 1 januar 1999, hvis ikke annet er sagt eller fremgår av sammenhengen.

28. FKP er en felles kollektiv pensjonsforsikringsordning. Vedtektenes § 1-2 om "avtale om tilslutning" lyder som følger:

"Kommuner, fylkeskommuner samt foretak, selvstendige virksomheter, institusjoner eller organisasjoner der kommuner eller fylkeskommuner har en majoritetsinteresse kan inngå avtale med KLP om medlemskap og om tilslutning til Felles kommunal pensjonsordning."

29. FKP er undergitt forskrift av 22 april 1975 nr 1 om pensjonsordninger for kommunalt og fylkeskommunalt ansatte og lov av 6 juli 1957 nr 26 om samordning av pensjons- og trygdeytelser (samordningsloven), og inngår i "overføringssystemet".

30. Forsåvidt gjelder ytelser svarer FKP i hovedsak til tjenstepensjonsordningen etter pensjonskasseloven (i Statens Pensjonskasse), jf her FKP-vedtektenes § 1-1 annet punktum. FKP er således en "bruttoordning" og omfatter de samme ytelser som Statens Pensjonskasse, med samme pensjonsdekning og regler om opptjeningstid.

31. Finansieringen av FKP er basert på et forsikringsteknisk system med forhåndsinnbetaling av premie. Premien består av arbeidsgivers andel og "medlemsinnskudd", jf FKP-vedtektenes § 12-1. "Medlemsinnskudd" dekkes av de arbeidstakere som omfattes, med 2 % av lønn. Øvrig premie skal dekkes av de arbeidsgivere som er med i FKP.

Bestemmelsene i HTA om flytting av pensjonsordninger

32. De relevante bestemmelsene er å finne i HTA punkt 2.1.8 som er gjengitt ovenfor. Disse bestemmelsene gir visse vilkår som må oppfylles i tilfelle flytting, og videre visse prosessuelle krav som må være oppfylt. De saksøkte hevder blant annet at disse bestemmelsene ikke er forenlige med artikkel 53 og 54 EØS.

33. Arbeidsrettens anmodning om en rådgivende uttalelse inneholder en mer detaljert beskrivelse av kommunesektoren i Norge og det norske pensjonssystemet. Videre er det en beskrivelse av hvordan de enkelte bestemmelsene i tariffavtalen forstås av partene i tillegg til beskrivelse av de omstridte punkter. For den foreliggende saks formål er det ikke nødvendig og gjengi dette videre her.

IV. Spørsmål

34. Følgende spørsmål er forelagt EFTA-domstolen:

Om virkeområdet for EØS art. 53

1a Medfører en tariffavtale i alminnelighet bindende rettsvirkninger innbyrdes mellom de deltagende medlemmene på arbeidsgiversiden som kan regnes som "avtale mellom foretak" etter EØS art. 53?

1b Innebærer en arbeidsgiverorganisasjons inngåelse av en tariffavtale en "beslutning truffet av sammenslutninger av foretak" etter EØS art. 53?

1c Er en kommune et "foretak" etter EØS art. 53 når den i egenskap av arbeidsgiver blir bundet av en tariffavtale uten å være part i den?

2a Kan en tariffavtalebestemmelse som har andre formål enn å forbedre lønns- og arbeidsvilkår, omfattes av EØS art. 53?

2b Hvis svaret på spørsmål 2a er bekreftende: Hvilke vilkår må i så fall være oppfylt?

3 Er tariffavtalebestemmelser om kollektive tjenstepensjonsordninger, slik som bestemmelsene i hovedtariffavtalen for kommuner m.v. for perioden 1998-2000 pkt. 2.1.8 annet, tredje og fjerde ledd, omfattet av virkeområdet for EØS art. 53?

Om forbudsbestemmelsen i EØS art. 53

4 Er et tariffavtlevilkår som går ut på at en kollektiv tjenstepensjonsordning skal være basert på et kjønnsnøytralt finansieringssystem, og som bare kan oppfylles av én leverandør, forenlig med EØS art. 53?

5a Er en tariffavtalebestemmelse om at et tilbud fra et forsikringsselskap til en arbeidsgiver om tjenstepensjonsordning må godkjennes av representanter for tariffavtalens parter, forenlig med EØS art. 53?

5b Hvis svaret på spørsmål 5a er bekreftende: Vil bedømmelsen være annerledes dersom godkjennelse bare kan skje ved enstemmighet mellom partene?

6 Er en tariffavtalebestemmelse som innebærer at det er et vilkår for flytting av en tjenstepensjonsordning, at det nye

–

forsikringsproduktet må være stilltiende eller uttrykkelig akseptert av et offentlig organ, forenlig med EØS art. 53?

7a Er tariffavtalebestemmelser som innebærer at skifte av leverandør av tjenstepensjonsordning er betinget av at arbeidsgiveren, før beslutning om skifte kan treffes, har inngått en egen avtale om gjensidig overføring av pensjonsordninger gjennom godkjenning av det offentlige organ som administrerer overføringsordningen, forenlig med EØS art. 53?

7b Hvis svaret på spørsmål 7a er bekreftende: Vil bedømmelsen være annerledes dersom opptak i overføringsavtalen ikke kan finne sted før det er truffet beslutning om skifte?

8 Kan summen av bestemmelser i en tariffavtale, slik som bestemmelsene i hovedtariffavtalen for kommuner m.v. for perioden 1998-2000 pkt. 2.1.8 annet, tredje og fjerde ledd, bedømmes som stridende mot EØS art. 53 selv om ingen av bestemmelsene isolert sett rammes av forbudet der?

Om forståelsen av EØS art. 54

9 Kan en sammenslutning av kommuner, som er en interesse- og arbeidsgiverorganisasjon slik som Kommunenes Sentralforbund, ved fremforhandling av tariffavtaler anses som et "foretak" etter EØS art. 54?

10 Kan et foretak, forutsatt at det har "dominerende stilling", uten hinder av EØS art. 54 avtale eller praktisere slike vilkår for skifte av leverandør av tjenstepensjonsordninger som er fastsatt i hovedtariffavtalen for kommuner m.v. for perioden 1998-2000 pkt. 2.1.8 annet, tredje og fjerde ledd.

V. Skriftlige saksfremstillinger

35. I medhold av Vedtektene for EFTA-domstolen artikkel 20 og Rettergangsordningen artikkel 97 er skriftlige saksfremstillinger mottatt fra:

- Saksøker, Landsorganisasjonen i Norge, representert ved advokatene Atle Sønsteli Johansen og Håkon Angell, med Norsk Kommuneforbund, representert ved advokat Geir Høin;
- intervenienten, Kommunalansattes Fellesorganisasjon, representert ved advokat Vegard Veggeland;

- saksøkte, Kommunenes Sentralforbund, representert ved advokatene Per Kristian Knutsen og Astrid Merethe Svele;
- saksøkte, Hamarøy kommune og Tysfjord kommune, representert ved advokatene Haakon Blaauw og Dag Steinfeld;
- saksøkte, Hitra kommune og Steigen kommune, representert ved advokatene Siri Teigum og Svein Aage Valen;
- saksøkte, Tana kommune, representert ved advokatene Tarjei Thorkildsen, Kari B. Andersen og Jan Magne Langseth;
- saksøkte, Kvam kommune, Kvinnherad kommune, Lørenskog kommune, Os kommune, Vikna kommune og Volda kommune representert ved advokatene Wilhelm Matheson og Jan Fougner;
- Den norske regjering, representert ved Marianne Djupesland, rådgiver, Utenriksdepartementet, som partsrepresentant;
- Den islandske regjering, representert ved Dr. Magnús Kjartan Hannesson, juridisk rådgiver, Utenriksdepartementet, som partsrepresentant;
- Den svenske regjering, representert ved Anders Kruse, som partsrepresentant;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Per Andreas Bjørgan, saksbehandler, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivsaker, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Anthony Whelan og Wouter Wils, ansatt i Rettsavdelingen, som partsrepresentanter.

Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Norsk Kommuneforbund (NKF)

36. Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Norsk Kommuneforbund (NKF), anfører at; a) tariffavtaler mellom arbeidslivets parter faller utenfor virkeområdet for artikkel 53 og 54 EØS, b) når tariffpartene fremforhandler slike avtaler er de ikke "foretak" i relasjon til artikkel 53 og 54 EØS, c) HTA ikke begrenser kommunenes adgang til å etablere pensjonsfond eller velge pensjonsleverandør, d) at det ikke foreligger noe "misbruk" i relasjon til artikkel 54 EØS.

37. Som subsidiær anførsel, for det tilfelle at EFTA-domstolen finner at tariffavtaler om pensjon faller inn under konkurransereglene, gjør LO/NKF gjeldende at artikkel 53 og 54 EØS må prøves opp mot, og eventuelt underordnes, organisasjons- og forhandlingsretten slik den er nedfelt i en rekke

internasjonale konvensjoner. LO/NKF oppfordrer EFTA-domstolen til å følge rettspraksis fra De europeiske fellesskaps domstol på dette området, som etter deres oppfatning er i samsvar med disse konvensjonene.

38. I forhold til den første anførselen hevder LO/NKF at De europeiske fellesskaps domstols dommer i *Albany*¹, *Brentjens*² og *Drijvende Bokken*³, og de senere dommene i *van der Woude*⁴ og *Pavlov*⁵, alle støtter påstanden om at tariffavtaler faller utenfor virkeområdet for artikkel 53 og 54 EØS. I disse dommene sondret De europeiske fellesskaps domstol mellom konkurranseregulering og arbeidsrettens sfære, basert på en vurdering av tariffavtalers karakter og formål.

39. Avtalens "karakter" er et spørsmål om avtalen er inngått som en tariffavtale og har vært gjenstand for kollektive forhandlinger. Dette innebærer i praksis en prøving av om avtalen er et resultat av forhandlinger mellom arbeidslivets organisasjoner, se *Albany* avsnitt 61-62, *Brentjens*' avsnitt 58-59, *Drijvende Bokken* avsnitt 48-49, *van der Woude* avsnitt 23-34 og *Pavlov* avsnitt 67-68.

40. Å fastslå en tariffavtales "formål" innebærer en prøving av om den materielle gjenstand for tariffavtalen kan knyttes til arbeidsvilkårene. I *Albany*, slo De europeiske fellesskaps domstol fast at formålet med tariffavtaler om tilleggspensjon er å forbedre arbeidstakernes arbeidsforhold, se *Albany* avsnitt 63-64, *Brentjens*' avsnitt 60-61, *Drijvende Bokken* avsnitt 50-51.

41. Både "karakteren og formålet" er således en prøving av objektivt konstaterbare forhold. Hvordan partene i arbeidslivet velger å administrere eller organisere slike ytelser har i dommene ikke hatt betydning for immuniteten fra konkurransereglene og har dermed heller ikke gjenstand for prøving av De europeiske fellesskaps domstol. Det er derfor uten betydning om arbeidslivets organisasjoner velger å opprette en egen ordning for å administrere en forsikringsordning, eller overlater dette til kommersielle aktører. Om arbeidslivets organisasjoner overlater til en bestemt utpekt kommersiell aktør å administrere ordningen, uten å delta selv, er også uten betydning for tariffavtalens immunitet fra konkurransereglene.

¹ Sak C-67/96 *Albany International BV* mot *Stichting Bedrijfspensjoenfond Textielindustrie* [1999] ECR I-5751 (heretter "*Albany*").

² Forenede saker C-115/97, C-116/97 og C-117/97 *Brentjens' Handelonderneming BV* mot *Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen* [1999] ECR I-6025 (heretter "*Brentjens*").

³ Sak C-219/97 *Drijvende Bokken* mot *Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven* [1999] ECR I-6121 (heretter "*Drijvende Bokken*").

⁴ Sak C-222/98 *Hendrik van der Woude* mot *Stichting Beatrixoord* [2000] ECR I-7111 (heretter "*van der Woude*").

⁵ Forente saker C-180/98 til C-184/98 *Pavlov med flere* mot *Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* [2000] ECR I-6451 (heretter "*Pavlov*").

42. LO/NKF hevder videre at denne tilnærmingen fra De europeiske fellesskaps domstols side er i tråd med rettssituasjonen i de enkelte medlemsstatene og med europeiske tradisjoner generelt, såvel som med oppfatninger uttrykt i juridisk teori.

43. LO/NKF går dernest videre til spørsmålet om HTA består "Albany-testen".

44. LO/NKF uttaler at når det gjelder avtalens "karakter" fremgår det av anmodningen at HTA er fremforhandlet mellom KS som arbeidsgiverforening på den ene side og fire forskjellige forhandlingssammenslutninger på den andre side. Disse forhandlingssammenslutningene omfatter 39 fagforbund som representerer arbeidstakere i kommunal sektor. Opplysningene gitt i Arbeidsrettens anmodning til EFTA-domstolen er derfor tilstrekkelige til å fastslå at avtalen etter sin "karakter" ikke er omfattet av konkurransereglene.

45. Tariffavtalens "formål" er en prøving av om den materielle gjenstand for tariffavtalen kan knyttes til arbeidsvilkårene. HTA omhandler i likhet med situasjonen i *Albany*, *Brentjens'*, og *Drijvende Bokken*, tilleggspensjon. I mangel av tariffavtale eller annen ordning må kostnadene ved eventuell tilleggspensjon i sin helhet bæres av de kommunale arbeidstakere. Det at pensjonsrettighetene er nedfelt i tariffavtale trykker ordningen ved at den ikke ensidig kan endres av arbeidsgiver, men kan forsvares ved arbeidskamp. Kollektive avtaler om tilleggspensjon har, som fastslått i *Albany*, *Brentjens'* og *Drijvende Bokken*, til formål å forbedre arbeidstakernes arbeidsvilkår. Etter sin "karakter og formål" er HTA dermed ikke omfattet av konkurransereglene.

46. Basert på det hovedsynspunkt at HTA ikke er omfattet av konkurransereglene, hevder LO/NKF at det ikke er nødvendig for EFTA-domstolen å gå inn i den detaljerte spørsmålsstillingen fra Arbeidsretten. For det tilfelle at EFTA-domstolen likevel skulle finne det nødvendig å besvare alle spørsmål gir LO/NKF noen korte merknader til HTAs regulering av pensjonsordningen.

47. Dernest drøfter LO/NKF kommunenes innsigelser til de enkelte bestemmelser i HTA. Disse innsigelsene angår både materielle forhold, slik som et kjønns- og aldersnøytralt finansieringssystem, og saksbehandlingsregler i tilfelle skifte av pensjonsordning.

48. Til spørsmål 4 om kjønns- og aldersnøytralt finansieringssystem, hevder LO/NKF at tariffpartene er enige om at pensjonsordningens finansieringssystem gir uttrykk for tungtveiende personalpolitiske hensyn, hvis formål er å hindre at arbeidsgiverne får et økonomisk motiv for å rekruttere menn fremfor kvinner og yngre arbeidstakere fremfor eldre. Disse hensynene kan bare realiseres ved at premien utlignes over et stort kollektiv av kommuner, og denne forståelse ligger til grunn for Arbeidsrettens spørsmål nr 4 til EFTA-domstolen.

49. Dersom kommunene skulle gis adgang til å inngå pensjonsavtaler med private livselskap, uten at ovennevnte utligning foretas, kan dette medføre at særlig kommuner med "gode" risiki (overvekt av unge menn) vil forlate kollektivet. Partenes sosialpolitiske målsettinger om å hindre ekskludering av kvinner og eldre arbeidstakere, og dermed pensjonsordningens solidariske karakter, vil på den måten undergraves, jf *Albany* avsnitt 108 - 111.

50. Til spørsmål 5 om Pensjonsutvalgets tariffparter peker LO/NKF på at bestemmelsen inngår som et nødvendig element i sikringen av at den aktuelle pensjonsordning oppfyller de materielle vilkår i tariffavtalen, og bidrar dermed til å beskytte arbeidstakernes pensjonsrettigheter. Bestemmelsen gir ikke tariffpartene - enkeltvis eller samlet - noen diskresjonær kompetanse til å nekte skifte. Saklig uenighet knyttet til forståelsen av tariffkravene må imidlertid søkes løst på vanlig måte gjennom partenes tvisteløsninger og eventuelt Arbeidsretten, og kan ikke anses som konkurransebegrensende atferd.

51. Spørsmål 6 angår Kredittilsynets rolle, og betydningen av formuleringen "tatt til etterretning". LO/NKF bemerker for det første at Kredittilsynet skriftlig har underrettet tariffpartene når de ikke lenger har hatt innsigelser til produktmeldingene. Dernest bemerker de at HTA gir regler om et komplisert pensjonsforsikringsprodukt og at de private livselskapene i flere omganger har måttet endre sine pensjonsprodukter for å tilfredsstille vilkårene. Kontroll av produktene har derfor vist seg å være høyst nødvendig. På samme måte som private innkjøpere må arbeidslivets organisasjoner selv stå fritt til både å spesifisere sine produktkrav og bestemme hvilke produkter de vil benytte uavhengig av om produktene kan markedsføres eller lovlig omsettes.

52. Til spørsmålene 7a og 7b hevder LO/NKF at Statens Pensjonskasse meddelte i tariffperioden at man ikke var villig til å behandle søknader om opptak i overføringsavtalen før det er truffet endelig vedtak om skifte av pensjonsordning i kommunestyret/fylkestinget. Pensjonsutvalgets tariffparter har ansett HTA punkt 2.1.8, fjerde ledd som oppfylt dersom det er søkt om godkjenning før behandling i beslutende organ. Dessuten hadde ingen av de saksøkte kommuner i nærværende sak søkt om opptak i overføringsavtalen før skiftet fant sted.

53. LO/NKF vender seg dernest til spørsmål 9 og 10. De påpeker at inngåelse av HTA ikke er omfattet av artikkel 54 EØS. Dersom man aksepterer at tariffavtaler ikke faller under virkeområdet for artikkel 53 EØS, kan ikke et foretaks opptreden ved å inngå eller praktisere bestemmelsene i tariffavtalen utgjøre et misbruk etter artikkel 54 EØS, uavhengig av om KS/KLP anses som foretak eller ikke. Skal det foreligge et misbruk må det derfor foreligge noe annet og mer enn en opptreden i samsvar med tariffavtalens bestemmelser, for eksempel ved at flyttereglene praktiseres vilkårlig eller ved "utilbørlig" forskjellsbehandling. Dersom "utilbørlig" tolkes på en annen måte, vil artikkel 54 EØS undergrave tariffavtalens immunitet fullstendig.

54. LO/NKF gjør subsidiært gjeldende at det må vises stor varsomhet ved anvendelsen av kriteriet "utilbørlig" når opptreden er i samsvar med en tariffavtale, (jf også avsnitt 38 i generaladvokat Fennelys uttalelse i *van der Woude*). Uenighet om kommunene har tegnet et forsikringsprodukt i samsvar med tariffavtalens krav må løses på vanlig måte for nasjonale domstoler. Det foreligger ikke noe grunnlag for å anta at pensjonsordningen har foranlediget KLP til å misbruke sin dominerende stilling eller levere ytelser som ikke svarer til arbeidstakernes behov, (se *van der Woude* avsnitt 30).

55. Som ytterligere argument til støtte for tariffavtalers immunitet mot EØS-avtalens konkurranseregler hevder LO/NKF at argumentene om den sosiale dimensjon og støtten til de prinsipper og grunnleggende rettigheter for arbeidstakere som er nedfelt i det sosiale charter av 9 desember 1989 gjelder tilsvarende under EØS-avtalen via en egen erklæring vedlagt EØS-avtalens sluttakt.⁶ Charterets artikkel 12 understreker at arbeidslivets organisasjoner har rett til å forhandle om kollektive overenskomster etter de regler som gjelder etter nasjonal lovgivning.

56. Hensynet til rettsenhet og felles regler innenfor EU og EØS understreker videre betydningen av de grunnleggende hensyn og De europeiske fellesskaps domstols rettspraksis for den foreliggende saken. LO/NKF hevder at det ikke foreligger noe i denne saken som gir grunn til å fravike De europeiske fellesskaps domstols rettspraksis.

57. LO/NKF vender seg dernest igjen til spørsmålet om hvorvidt LO og KS kan anses som foretak i relasjon til artikkel 53 og 54 EØS. De hevder at selv om EFTA-domstolen kommer til at tariffavtaler om pensjon og sykeforsikring er omfattet av konkurransereglene, kan LO/NKF og de øvrige arbeidstakerorganisasjonene ikke anses som foretak i relasjon til artikkel 53 og 54 EØS. Ingenting i De europeiske fellesskaps domstols rettspraksis støtter en slik tilnærming. De anfører videre at selv om EFTA-domstolen skulle mene at kommunene og KS er foretak i henhold til artikkel 53 og 54 EØS, opptrer tariffpartene uansett ikke som foretak ved inngåelsen av tariffavtaler om pensjon.

58. LO/NKF anfører subsidiært at det ikke foreligger noen konkurransebegrensning i henhold til artikkel 53 og 54 EØS. Tariffavtalen legger bindinger på kommunene når det gjelder hvilke krav pensjonsproduktet må oppfylle. På grunn av produktspesifikasjonene i HTA står kommunene ikke fritt til å tegne et hvilket som helst produkt. Konkurransereglene er derimot ikke til hinder for at kommunene kan forplikte seg i en "pool-ordning" med andre kommuner i stedet for å tegne pensjonsavtaler med utenforstående private selskap. Følgelig representerer ikke HTA noen ulovlig konkurransebegrensning selv om det skulle være slik at de tariffbundne kommuner som følge av produktkravene ikke kan velge andre ordninger enn den felleskommunale pensjonsordning i KLP. Til

⁶ Erklæring fra EFTA-statenes regjeringer om grunnleggende sosiale rettigheter for arbeidstakere.

støtte for dette synet henvises det til generaladvokatens uttalelse i *Albany* avsnitt 286.

59. LO/NKF legger til at i denne saken har myndighetene ikke på noe vis almenngjort ordningen. Omkostningene ved tjenestepensjon for kommunene er uansett såvidt indirekte og marginale i forhold til prisen på kommunale tjenester at det ikke foreligger noen målbar konkurransebegrensning mellom kommunene, se *Pavlov* avsnitt 95 - 97. Det er heller ikke organisasjonstvang og kommunene står fritt til å melde seg ut av KS. LO/NKF fastholder endelig at den kjønns- og aldersnøytrale finansieringsordning som er etablert i den felleskommunale pensjonsordning per i dag er den eneste ordning som er i samsvar med likebehandlingsdirektivet, (rådsdirektiv 76/207 EØF 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), og likelønnsdirektivet (rådsdirektiv 96/97 EØF av 20 desember 1996 om endring av direktiv 86/378/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner i yrkesbaserte trykdeordninger).

60. Til slutt henviser LO/NKF til De europeiske fellesskaps domstols dommer i lys av internasjonale konvensjoner om organisasjons- og forhandlingsrett. En særlig henvisning er gjort til den europeiske sosialpakt av 16 oktober 1961, den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 11, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 22, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og ILO konvensjonene 87 og 98. Det hevdes at anvendelse av konkurransereglene på tariffavtaler vil kunne lede til et inngrep i organisasjonenes frie forhandlingsrett. Det kan ikke være slik at EØS-avtalen er ment å gripe inn i konstitusjonelle tradisjoner og eldre folkerettslige forpliktelser. I samme retning kan heller ikke EFTA-domstolen tolke artikkel 53 og 54 EØS på en slik måte at partenes organisasjons- og forhandlingsrett blir begrenset i forhold til det som følger av nasjonal rett og traktater.

61. LO/NKF foreslår Arbeidsrettens spørsmål besvart slik:

"1. Tariffavtalebestemmelser om kollektive tjenestepensjonsordninger, slik som bestemmelsene i hovedtariffavtalen for kommuner m.v. for perioden 1998-2000 pkt. 2.1.8 annet, tredje og fjerde ledd er ikke omfattet av virkeområdet for EØS art. 53.

2. En sammenslutning av kommuner, som er en interesse- og arbeidsgiverorganisasjon slik som Kommunenes Sentralforbund kan, selv om det identifiseres med et foretak som har "dominerende stilling", uten hinder av EØS art. 53 og 54 avtale eller praktisere slike vilkår for skifte av leverandør av tjenestepensjonsordninger som er fastsatt i hovedtariffavtalen for kommuner m.v. for perioden 1998-2000 punkt 2.1.8 annet, tredje og fjerde ledd."

Kommunalansattes fellesorganisasjon

62. Synspunktene til KFO, uttrykt i deres skriftlige saksfremstillinger, samsvarer med anførselene fra LO/NKF som gjengitt ovenfor.

63. Med hensyn til anvendelse av artikkel 53 og 54 EØS anfører KFO at spørsmålene stillet i anmodningen må besvares benektende, på grunnlag av en rekke avgjørelser fra De europeiske fellesskaps domstol vedrørende de korresponderende og likelydende bestemmelser i EF-traktatens artikkel 81 (tidligere EF-traktatens artikkel 85) og artikkel 82 (tidligere EF-traktatens artikkel 86). Sakene er *Albany*, *Brentjens'*, *Drijvende Bokken*, *Pavlov*, *Van der Woude*.

64. KFO gjør gjeldende at HTA faller utenfor virkeområdet for artikkel 53 EØS fordi det ikke foreligger avtale eller beslutning mellom foretak. Det henvises til De europeiske fellesskaps domstols dom i *Becu*⁷, avsnittene 27 og 28.

65. Subsidiært anfører KFO at virksomheten til KS uansett bare består i å representere den enkelte kommune ved kollektive forhandlinger, og at sammenslutningens virksomhet derfor ikke i noe fall kan karakteriseres som selvstendig økonomisk aktivitet slik at foretaksbegrepet kan anses oppfylt for organisasjonens vedkommende.

66. Under henvisning til *Albany* avsnittene 62 og 64 hevder KFO at uavhengig av om de generelle personelle unntaksgrunner kommer til anvendelse, kan ikke bestemmelser som handler om arbeidstakernes tjenestepensjonsordning falle inn under virkeområdet for artikkel 53 EØS. KFO påpeker at den norske tariffavtaleordningen er avtalebasert og dette innebærer at den enkelte kommunale arbeidsgiver når som helst kan melde seg ut av arbeidsgiverorganisasjonen. Kommunen vil dermed heller ikke lenger være bundet av den kollektive avtalen. KFO anfører at friheten til de norske kommunene som er bundet av den kollektive avtalen, ikke er begrenset på annen måte enn det som følger av den enkelte kommunes egne disposisjoner i forhold til medlemskapet i sin egen arbeidsgiverorganisasjon. Begrensningene er derfor både mindre og de har et annet grunnlag (autonomi), enn de lovpålagte begrensninger som de nederlandske bedriftene innen tekstil (*Albany*), byggevarer (*Brentjens'*) og havne- og transport (*Drijvende Bokken*) måtte tåle. Avgivelse av avtalekompetanse er en forutsetning for at arbeidslivets organisasjoner skal kunne inngå kollektive avtaler.

67. KFO anfører at det ikke er nødvendig for EFTA-domstolen å besvare andre spørsmål enn Arbeidsrettens spørsmål nr 3 i tilknytning til artikkel 53 EØS, som foreslås besvart slik:

⁷ Sak C-22/98 *Becu med flere* [1999] ECR I-5665.

-

"Tariffbestemmelser om kollektive pensjonsordninger, slik som bestemmelsene i hovedtariffavtalen for kommuner m.v for perioden 1998-2000 pkt. 2.1.8 annet, tredje og fjerde ledd er ikke omfattet av virkeområdet for EØS artikkel 53."

68. KFO vender seg så til spørsmål 10 om artikkel 54 EØS. KFO hevder at spørsmålet forutsetter identifikasjon mellom Kommunenes Sentralforbund og KLP ved inngåelsen og praktiseringen av HTA. KFO påpeker at EFTA-domstolen ikke er bedt om å ta stilling til spørsmålet om de to institusjonene kan identifiseres, og at det ikke er stilt spørsmål eller gitt opplysninger som gir grunnlag for en vurdering av KLPs opptreden løsrevet fra kollektivavtalen.

69. KFO anfører videre at en eventuell identifikasjon mellom kommunenes gjensidige forsikringsselskap (KLP) og kommunenes arbeidsgiverorganisasjon (KS) ikke kan endre den kollektive avtalens karakter eller formål. Avtalen er uansett sluttet innenfor rammen av kollektive forhandlinger med en samlet arbeidstakerside som nødvendige avtaleparter. Videre vises det til at praktiseringen av pensjonsbestemmelsene er lagt til et eget organ - Pensjonsutvalgets tariffparter.

70. KFO viser også til drøftelsen av bestemmelsens innhold mv i relasjon til artikkel 53 EØS, og anfører at når en tariffavtale om pensjonsforhold faller utenfor virkeområdet for artikkel 53 EØS, kan heller ikke inngåelsen av avtalen omfattes av artikkel 54 EØS. Dessuten, spørsmålet om bestemmelsene som ble inngått i 1998 må vurderes slik at de har til virkning å favorisere KLPs tilbud, det vil si den felles kommunale pensjonsordningen (FKP), må anses irrelevant.

71. Det er uttrykkelig fastslått i *Albany*, i avsnitt 56, og *Van der Woude*, i avsnitt 26, at konkurransereglene ikke skal anvendes slik at de hindrer arbeidslivets parter fra å komme frem til ønskede ordninger innenfor rammen av kollektive forhandlinger.

72. KFO anfører at når reglene i HTA har et lovlig konkurranserettslig innhold, vil også praktiseringen av de samme regler måtte være lovlig. I henhold til HTA punkt 2.1.8 annet ledd utøver Pensjonsutvalgets tariffparter et rettslig bundet skjønn ved avgjørelsen av om skifte av selskap skal tillates eller ikke. Det er således ikke adgang til diskresjonær praktisering hvor andre hensyn enn tariffavtalens egne bestemmelser kan tas i betraktning.

73. KFO foreslår at spørsmålene 9 og 10 samlet besvares slik:

"En sammenslutning av kommuner, som er en interesse- og arbeidsgiverorganisasjon slik som Kommunenes Sentralforbund kan, selv om organisasjonen identifiseres med kommunenes eget gjensidige forsikringsselskap, og forutsatt at organisasjonen har dominerende stilling, uten hinder av EØS art. 54 avtale eller praktisere slike vilkår for skifte av leverandør av tjenestepensjonsordninger som er fastsatt i hovedtariffavtalen for kommuner m.v. for perioden 1998-2000 pkt. 2.1.8 annet, tredje og fjerde ledd."

Kommunenes Sentralforbund

74. KS hevder at den omstridte bestemmelsen i HTA ikke er i strid med hverken artikkel 53 eller 54 EØS. Det mener at disse bestemmelsene kommer til anvendelse på reguleringen av tjenstepensjonsordninger, det vil si lønns- og arbeidsvilkårene, og således faller utenfor virkeområdet for artikkel 53 EØS. KS anfører også at vilkårene i artikkel 53 og 54 EØS ikke i noe tilfelle er oppfylt, verken hva gjelder bestemmelsenes virkeområde eller vilkårene for forbud etter bestemmelsen.

75. KS henviser til rettspraksis fra De europeiske fellesskaps domstol særlig *van der Woude* og *Albany*. KS anfører at de omstridte tariffbestemmelser i HTA kapittel 2, punkt 2.1 fyller vilkårene om "karakter og formål" som er oppstilt i disse dommene.

76. Hva gjelder "karakteren" til de omtvistede bestemmelsene, anfører KS at de er tariffbestemmelser som er inngått i form av tariffavtale og er resultatet av kollektive forhandlinger mellom en arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner. Dette oppfylder kravet til "karakter" som De europeiske fellesskaps domstol oppstiller i sin rettspraksis. I tillegg oppfylder formålet med bestemmelsene i HTA kapittel 2 punkt 2.1 kravet til "formål", igjen slik som De europeiske fellesskaps domstol oppstiller i sin rettspraksis. Bestemmelsene i HTA kapittel 2 punkt 2.1, herunder flyttebestemmelsene, fremmer alle former for sosial trygghet; bestemmelsenes formål er å forbedre lønns- og arbeidsvilkår. Bestemmelsene er opprettet for å gi arbeidstakerne en tilfredsstillende økonomisk sikkerhet ved overgang fra et yrkesaktivt liv til pensjonisttilværelse. Bestemmelsene sikrer at arbeidstakernes tjenstepensjon er den samme uavhengig hvem som er pensjonsforsikringsleverandør.

77. I lys av det ovennevnte finner KS at det ikke er noe grunnlag for å besvare spørsmål 2 a og 2 b fordi de er av hypotetisk karakter. Se EFTA-domstolens dom i *Wilhelmsen*⁸ avsnitt 40.

78. KS hevder at for at artikkel 53 EØS skal komme til anvendelse må begge partene i avtalen anses som foretak artikkelens forstand, et vilkår som ikke er oppfylt i denne saken. KS er en arbeidsgiverorganisasjon for kommunale myndigheter. Den forhandler lønns- og arbeidsvilkårene på vegne av sine medlemmer, på samme måte som LO/NKF forhandler lønns- og arbeidsvilkårene for sine medlemmer. KS må således vurderes på tilsvarende måte som LO/NKF. KS viser i den forbindelse til generaladvokat Jacobs uttalelser i avsnitt 216 av hans uttalelse i *Albany*, og hevder at verken LO/NKF eller KS er "foretak" etter artikkel 53 EØS.

⁸ Sak E-6/96 *Tore Wilhelmsen mot Oslo kommune* [1997] EFTA Court Report 53.

79. Videre hevder KS at de saksøkte kommunene ikke kan anses som foretak fordi de utøver offentlig myndighet, som er deres hovedoppgave. Dette støttes blant annet ved henvisning til dommen i *Cali & Figli*,⁹ avsnitt 23-25.

80. KS gjør gjeldende at kommunene uansett ikke kan anses som foretak fordi de tariffavtalevilkår som KS fremforhandler på vegne av sine medlemmer direkte eller indirekte gjelder lønns- og arbeidsvilkår og har immunitet fra konkurransereglene, jf blant annet *Albany* avsnitt 59. Det følger klart av arbeidstvistloven §1 nr 8 at tariffavtaler er avtaler om "arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold." Uttrykket "arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold" må tolkes vidt. Både etter norsk rettspraksis og i rettsteori omfatter uttrykket bestemmelser som direkte, så vel som indirekte, gjelder lønns- og arbeidsvilkår eller andre arbeidsforhold. Det må således legges til grunn at pensjonsbestemmelsene i HTA kapittel 2 punkt 2.1, herunder flyttebestemmelsene, faller innenfor uttrykket "arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold". HTA kapittel 2 om pensjonsspørsmål er klart bestemmelser som faller inn under arbeidstvistlovens karakterisering av det materielle innholdet i en tariffavtale. KS viser også generelt til tariffavtalers rettslige karakter etter norsk rett, og hevder at kommunene derfor ikke kan anses som foretak etter artikkel 53 EØS.

81. Hvis EFTA-domstolen likevel skulle komme til at kommunene er foretak, anfører KS at HTA kapittel 2 punkt 2.1 ikke innebærer en avtale kommunene imellom, og at vilkåret om "avtale mellom foretak" i artikkel 53 EØS etter dette ikke er oppfylt, og at bestemmelsene i HTA kapittel 2 punkt 2.1 faller utenfor virkeområdet for artikkel 53 EØS.

82. KS foreslår følgende svar på spørsmål 1a og 1c:

"Spørsmål 1a:

En tariffavtale medfører i alminnelighet ikke bindende rettsvirkninger innbyrdes mellom de deltagende medlemmene på arbeidsgiversiden som kan regnes som "avtale mellom foretak" etter EØS art. 53.

Spørsmål 1c:

En kommune er ikke et "foretak" etter EØS art. 53 når den i egenskap av arbeidsgiver blir bundet av en tariffavtale uten å være part i den."

83. KS anfører videre at en avtale mellom to avtaleparter som i den foreliggende saken ikke faller inn under vilkåret "beslutning truffet av sammenslutninger av foretak". Det hevdes at bare de beslutninger som gjøres på egenhånd omfattes av dette vilkåret, slik som en sammenslutnings vedtekter og interne regler. HTA er ingen slik ensidig beslutning fattet av KS.

⁹ Sak C-343/95 *Cali & Figli* mot *SEPG* [1997] ECR I-1547.

84. KS foreslår følgende svar på spørsmål 1b og 3:

"Spørsmål 1b:

En arbeidsgiverorganisasjons inngåelse av en tariffavtale er ikke en "beslutning truffet av sammenslutninger av foretak" etter EØS art. 53.

Spørsmål 3:

Tariffavtalebestemmelser om kollektive tjenstepensjonsordninger, slik som bestemmelsene i hovedtariffavtalen for kommuner m.v. for perioden 1998-2000 pkt. 2.1.8, annet, tredje og fjerde ledd, er ikke omfattet av virkeområdet for EØS art. 53."

85. KS anfører også at ved en eventuell konflikt mellom konkurransehensyn og sosialpolitiske hensyn følger det av De europeiske fellesskaps domstols rettspraksis at de sosialpolitiske hensyn må gå foran konkurransehensyn.

86. Dersom EFTA-domstolen beslutter å foreta en vurdering av hvorvidt bestemmelsene hindrer eller vrir konkurransen, anfører KS at de ikke gjør det fordi HTAs bestemmelser om tjenstepensjonsordning gjør det mulig for arbeidstakerne å sikres en tjenstepensjon utover de pensjonsordninger som ellers tilbys i markedet. Alternativet til dagens ordning ville vært å legge ordningen til et fond og at fondet lot en enkelt pensjonsforsikringsleverandør administrere ordningen.

87. KS anfører videre at HTA kapittel 2 punkt 2.1.8 tredje ledd om kjønns- og aldersnøytralitet er forenlig med artikkel 53 EØS, dersom KS' forståelse av tariffbestemmelsen legges til grunn. Vilkåret kan være oppfylt av KLP og andre forsikringsselskaper, da tariffavtalen ikke oppstiller noen krav til kollektivets størrelse. Det ikke er noe i veien for at slik utjevning mellom kjønn og alder kan foretas innenfor en enkelt kommune, så vel som flere kommuner imellom. Det avgjørende er at finansieringssystemet har flere arbeidstakere det kan utjevnes imellom, og for en kommune er dette alltid tilfelle. Private livselskap har da også den alminnelige praksis at utjevning kan skje innen en enkelt kommune.

88. Dersom EFTA-domstolen, under den forutsetning at pensjonsbestemmelsene i HTA kapittel 2 punkt 2.1 omfattes av virkeområdet for artikkel 53 EØS, likevel legger til grunn LO/NKFs tolkning av HTA kapittel 2 punkt 2.1.8 tredje ledd om at det må et større kollektiv av flere kommuner til for å oppfylle kravet om kjønnsnøytralt finansieringssystem, gjøres det gjeldende at en slik tolkning vil kunne være i strid med artikkel 53 EØS hvis følgen er at bare én leverandør gis mulighet rent faktisk til å oppfylle kravet i HTA kapittel 2 punkt 2.1.8 tredje ledd.

89. KS foreslår følgende svar på spørsmål 4:

–

"Et tariffavtalevilkår som går ut på at en kollektiv tjenstepensjonsordning skal være basert på et kjønnsnøytralt finansieringssystem, og som bare kan oppfylles av en leverandør, kan være i strid med EØS art. 53."

90. Til vilkåret om at forsikringsproduktet må være godkjent av Pensjonsutvalgets tariffparter gjør KS gjeldende at dette er en kontroll som skal sikre at arbeidstakernes tjenstepensjoner er de samme selv om pensjonsforsikringsleverandøren skiftes ut. I den grad Pensjonsutvalgets tariffparter ikke godkjenner pensjonsproduktet må pensjonsforsikringsleverandøren endre produktet slik at kravene til tjenstepensjonen i HTA kapittel 2 oppfylles. En slik godkjenningsordning, medfører ingen konkurransevridning eller konkurransehindring og er således forenlig med artikkel 53 EØS.

91. KS foreslår følgende svar på spørsmål 5:

"En tariffbestemmelse om at et tilbud fra et forsikringsselskap til en arbeidsgiver om tjenstepensjonsordning må godkjennes av representanter for tariffavtalens parter, er forenlig med EØS art. 53."

92. Til vilkåret om at forsikringsproduktet må være tatt til etterretning av Kredittilsynet hevder KS at bestemmelsen ikke *de facto* medfører forhåndskontroll av nye forsikringsprodukter, men kun er gitt for å sikre at arbeidstakernes tjenstepensjon er den samme, uavhengig av om det skjer et skifte av pensjonsforsikringsleverandør. Siden tariffpartene har begrensede muligheter til selv å foreta kompliserte forsikringstekniske vurderinger, har de et legitimt behov for å få slik bistand fra Kredittilsynet. I den grad Kredittilsynet ikke tar ordningene til etterretning, er det fordi ordningene ikke er i samsvar med de krav som Kredittilsynet skal kontrollere, og ordningene må da endres. Dette har ingenting med innelåsningsmekanismer å gjøre, men viser kun at sikringsordningen fungerer etter sin hensikt, som er å ivareta at arbeidstakernes pensjonsordning er den samme uavhengig av hvem som er pensjonsforsikringsleverandør, se til sammenligning *Albany* avsnitt 23. Følgelig har bestemmelsen ikke noen konkurransebegrensende virkning og er heller ikke konkurransehindrende.

93. KS foreslår følgende svar på spørsmål 6:

"En tariffbestemmelse som innebærer at det er et vilkår for flytting av en tjenstepensjonsordning, at det nye produktet må være stilltiende eller uttrykkelig akseptert av et offentlig organ, er forenlig med EØS art. 53."

94. Angående vilkåret om at før saken kan avgjøres må godkjenning av Statens Pensjonskasse knyttet til opptak i overføringsavtalen foreligge, gjør KS gjeldende at dette kravet er gitt for å sikre at arbeidstakerne ved et eventuelt arbeidsgiverskifte til ny arbeidsgiver som er tilsluttet Statens Pensjonskasse, får med seg sin opparbeidede HTA pensjon, og derved kan deres pensjonsopptjening fortsette som om de hele tiden hadde vært omfattet av en og samme ordning. Det

foregår en forholdsvis omfattende overgang av arbeidstakere innenfor og mellom kommuner/fylkeskommuner og staten. Det er følgelig sosiale hensyn som ligger bak bestemmelsen, samt at bestemmelsen medfører sikring av det sosiale godet, tjenstepensjon. På dette grunnlaget anfører KS at HTA kapittel 2 punkt 2.1.8 fjerde ledd er forenlig med artikkel 53 EØS og at godkjenningsordningen følgelig ikke medfører noen konkurransevridding eller konkurransehindring. Det er ut fra de ovennevnte faktiske forhold ikke nødvendig å besvare spørsmål 7b som er forelagt EFTA-domstolen.

95. KS foreslår følgende svar på spørsmål 7a:

"Tariffavtalebestemmelser som innebærer at skifte av leverandør av tjenstepensjonsordning er betinget av at arbeidsgiveren, før beslutning om skifte kan treffes, har inngått en egen avtale om gjensidig overføring av pensjonsordninger gjennom godkjenning av det offentlige organ som administrerer overføringsordningen, er forenlig med EØS art. 53."

96. De saksøkte kommunene har hevdet at summen av HTAs innelåsningsmekanismer må anses som konkurransevriddende og ulovlige. KS svarer på dette argumentet ved å anføre at når de enkelte bestemmelser i HTA kapittel 2 punkt 2.1 er forenlige med artikkel 53 EØS, kan ikke summen av bestemmelsene bedømmes som konkurransevriddende eller ulovlige.

97. KS foreslår følgende svar på spørsmål 8:

"Summen av bestemmelser i en tariffavtale, slik som bestemmelsene i hovedtariffavtalen for kommuner m.v. for perioden 1998-2000 pkt. 2.1.8 annet, tredje og fjerde ledd, kan ikke bedømmes som stridende mot EØS art. 53 når ingen av bestemmelsene isolert sett rammes av forbudet der."

98. KS anfører dernest at artikkel 54 EØS ikke kommer til anvendelse, fordi vilkårene for å anvende artikkel 54 EØS ikke er oppfylt, verken hva gjelder virkeområdet (*ratione personae*) eller forbudsbestemmelsen (*ratione materiae*).

99. Det er argumentert med at artikkel 54 EØS kommer til anvendelse fordi KS på grunn av sin organrettslige identitet med KLP må identifiseres med KLP. KS avviser dette, og fastholder at KLP og KS er to helt selvstendige, forskjellige og atskilte rettssubjekter, og at det således ikke er grunnlag for å identifisere KS med KLP og å anse de to rettssubjektene som ett og samme foretak etter artikkel 54 EØS. At styret i KS tidligere utgjorde generalforsamlingen i KLP, medfører selvfølgelig ikke at KS kan identifiseres med KLP og anses som ett og samme foretak. Dessuten er KLP og KS sine arbeidsoppgaver og interesser også grunnleggende forskjellige, og noen identifikasjon foreligger derfor verken faktisk eller reelt, og medlemsmassen til henholdsvis KLP og KS er ulikt sammensatt.

100. KS foreslår følgende svar på spørsmål 9:

-

"En sammenslutning av kommuner, som er en interesse- og arbeidsgiverorganisasjon slik som KS, kan ved fremforhandling av tariffavtaler ikke anses som et "foretak" etter EØS art. 54."

101. Skulle EFTA-domstolen legge til grunn at HTA kapittel 2 punkt 2.1.8 annet og fjerde ledd omfattes av virkeområdet for artikkel 54 EØS, vil KS anføre at HTA kapittel 2 punkt 2.1.8 annet og fjerde ledd, ikke omfattes av forbudsbestemmelsen i artikkel 54 EØS.

102. KS anfører at det ikke er noen "utilbørlig[] utnyttelse av [] dominerende stilling" etter artikkel 54 EØS. Å innta og praktisere de aktuelle bestemmelsene i HTA, innebærer ingen utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Disse bestemmelsene, som er avtalt etter kollektive forhandlinger og basert på sosiale hensyn innebærer ikke på noen måte misbruk av dominerende stilling i henhold til artikkel 54 EØS. Videre støtter ikke rettspraksis fra De europeiske fellesskaps domstol den påstand de saksøkte kommunene har fremsatt.

103. KS gjør også gjeldende at HTAs tjenstepensjonsordning er av en slik art at den er forenlig med artikkel 54 EØS. Når det av blant annet av *Pavlov* avsnitt 118 følger at det ikke er misbruk av dominerende stilling å gi et organ enerett til å administrere en tilleggspensjonsordning, må i hvert fall tilsvarende legges til grunn for en ordning som åpner for skifte av pensjonsforsikringsleverandører.

104. KS foreslår følgende svar på spørsmål 10:

"Et foretak, forutsatt at det har "dominerende stilling", kan uten hinder av EØS art. 54 avtale eller praktisere slike vilkår for skifte av leverandør av tjenstepensjonsordninger som er fastsatt i hovedtariffavtalen for kommuner m.v. for perioden 1998-2000 pkt. 2.1.8 annet, [...] og fjerde ledd."

Hamarøy kommune og Tysfjord kommune

105. Hamarøy og Tysfjord Kommune slutter seg til, og gjør gjeldende, de samme faktiske og rettslige anførsler som fremkommer i den skriftlige saksfremstillingen inngitt på vegne Kvam Kommune, Kvinnherad Kommune, Lørenskog Kommune, Os Kommune, Vikna Kommune og Volda Kommune i fellesskap, men med enkelte tilleggsbemerkninger.

106. Hamarøy kommune og Tysfjord kommune begynner med å påpeke at KLP ble utskilt fra Norsk Kollektiv Pensjonskasse ("NKP") med virkning fra 1 januar 1974. Det gjenværende NKP ble senere fusjonert med Hygea og det fusjonerte selskap er det nåværende Vital Forsikring ASA ("Vital") der de saksøkte kommuner Hamarøy og Tysfjord er forsikret.

107. Utskillelsen av KLP fra NKP ikke medførte at alle de forsikrede kommuner forlot NKP, nå Vital. Blant annet Tromsø kommune ble værende igjen. I forståelse med Kredittilsynet, og etter forutgående kontakt mellom Vital

og de berørte departement, tiltrådte Tromsø kommune overføringsavtalen med virkning fra 1 januar 1991. I dette ligger følgende: (i) Forsikringsytelsene overfor Tromsø kommunes ansatte er de samme som tilbys av KLP og (ii) de ytelser som ikke er "forsikringsbare" må dekkes gjennom "engangspremie", det vil si at forsikringstakeren (kommunen) selv garanterer for denne dekningen på samme måte som en kommune som er forsikret i KLP må dekke eventuelle egenkapitalinnskudd. LO eller NKF har aldri hevdet at Tromsø kommune ikke oppfyller vilkårene i HTA. Det er akkurat det samme produkt som ytes til Hamarøy og Tysfjord kommuner som ytes til Tromsø kommune og - som nevnt - ingen har hatt noe å innvende til. Kommunene har således ytterst store problemer med å forstå saksøkernes begrunnelse for søksmålet, herunder også den "sikringsmekanisme" saksøkerne hevder at HTAs prosedyre for flytting skal ivareta. De ser denne først og fremst mer som et forsøk på å beskytte KLP fra konkurranse.

108. Hamarøy kommune og Tysfjord kommune bemerker videre at utskillelsen av KLP fra NKP ikke medførte noen reell konkurranse i vanlig forstand på markedet for kollektiv pensjonsforsikring. Markedet var frem til slutten av 1980-årene tvert imot preget av mangel på konkurranse. Denne situasjonen var blant de forhold som ble tatt opp av regjeringen og som førte til at utredningsarbeid ble igangsatt for å skape konkurranse. Flytteretten ble et sentralt moment for å fremtvinge slik konkurranse. Dette støttes ved en henvisning til norsk lovgivning og lovforarbeider om flytting av pensjonsrettigheter.

109. Hamarøy kommune og Tysfjord kommune anfører at til tross for norske myndigheters forsøk på å stimulere konkurransen i markedet for pensjoner, tar saksøkernes praktisering av HTA sikte på å eliminere flytteretten for såvidt gjelder KLP. Kommunene har notert at saksøkerne er opptatt av å hevde at HTA sikrer flytteretten. Prosedyrereglene praktiseres imidlertid slik av saksøkerne at flytting blir umulig. Dette er utførlig beskrevet i innlegget inngitt fra de øvrige saksøkte kommuner Kvam Kommune, Kvinnherad Kommune, Lørenskog Kommune, Os Kommune, Vikna Kommune og Volda Kommune i fellesskap.

110. Hamarøy kommune og Tysfjord kommune anfører videre at forsikringsproduktet som kommunene har gjennom Vital er det samme som KLP tilbyr. Premieberegningen foretas i begge tilfelle etter en lineær modell slik forskriftene fastsetter, og ekskluderer derfor ikke eldre arbeidstakere i Vitals produkt mere enn i KLPs produkt. Til punktet om kjønnsnøytralitet anføres det at man ikke kan slutte at KLPs premiefastsettelse er mer "kjønnsnøytral" enn de øvriges.

111. De legger til at HTA ikke er formulert slik at det ville være "solidarisk" å beregne en gjennomsnittspremie på KLPs forsikringsbestand som tilsvarer 60% av kommuneansatte, og som ikke nødvendigvis utgjør noe "landsgjennomsnitt", mens det ville være "usolidarisk" å beregne premien som et gjennomsnitt for en mindre bestand. Poenget i forhold til *Albany*-testen må være at de kommuneansatte både innenfor og utenfor KLP oppnår de samme ytelser og at

saksøkerne ikke kan påvise noe grunnlag for å hevde at det er nødvendig å operere med et så stort kollektiv som 60% for at alle kommuneansatte skal oppnå den forutsatte forsikringsdekning. Saksøkerne erkjenner tydeligvis at det ikke er nødvendig med større kollektiv enn det hver enkelt kommune representerer for at forsikringsdekningen av de kommuneansatte skal kunne oppnås; det er bare flytteprosessen fra KLP som angripes.

112. Hamarøy kommune og Tysfjord kommune konkluderer med at den innelåsningsmekanisme som praktiseres i forhold til de kommuner som er forsikret i KLP er ikke nødvendig for at den fellesordning (kollektiv pensjonsforsikring) som er forutsatt i HTA skal kunne oppnås og fungere godt. HTA, slik den praktiseres av saksøkerne, stenger således for konkurranse i strid med artikkel 53 og 54 EØS, jf generaladvokatens uttalelse avsnitt 272-274 i *Albany*.

113. Hamarøy kommune og Tysfjord kommune ber om at Arbeidsrettens spørsmål må besvares som foreslått i den skriftlige saksfremstilling inngitt fra de øvrige saksøkte kommuner Kvam Kommune, Kvinnherad Kommune, Lørenskog Kommune, Os Kommune, Vikna Kommune og Volda Kommune i fellesskap.

Hitra kommune og Steigen kommune

114. Hitra kommune og Steigen kommune begynner med å nevne at de i 1998 flyttet sine pensjonsforsikringsavtaler for ansatte fra KLP til Gjensidige Nor Spareforsikring.

115. Hitra kommune og Steigen kommune gjør gjeldende at den avtaleforståelse og praktisering av HTAs bestemmelser som saksøkerne hevder hindrer enhver konkurranse innenfor det kommunale tjenestepensjonsmarkedet. Følgelig er saksøkernes forståelse av hovedtariffavtalens bestemmelser i strid med EØS-avtalen og derfor lovstridige.

116. Hitra kommune og Steigen kommune tiltrer den saksfremstilling, de anfører og forslag til svar inngitt fra de øvrige saksøkte kommuner Kvam Kommune, Kvinnherad Kommune, Lørenskog Kommune, Os Kommune, Vikna Kommune og Volda Kommune i fellesskap, og begrenser seg følgelig til å supplere på visse punkter.

117. Hitra kommune og Steigen kommune gjør gjeldende at flyttereglene i HTA 1998 - 2000 er av en slik karakter at de vilkår som De europeiske fellesskaps domstol har oppstilt for å godta konkurransebegrensende tariffbestemmelser i henhold til artikkel 86 i EF-traktaten ikke er oppfylt. De gjør gjeldende at HTAs flyttebestemmelser ikke har et rent sosialpolitisk, men også et konkurransebegrensende formål og at flyttebestemmelsernes konkurransebegrensende elementer ikke er nødvendige for å ivareta deres eventuelle sosialpolitiske formål.

118. De anfører videre at alle vilkår for anvendelse av artikkel 53 EØS er oppfylt. Ordningen har som formål og virkning å begrense konkurransen om tilbud av kommunale tjenstepensjoner, og påvirker merkbart konkurransen og handelen i en vesentlig del av EØS.

119. Angående relevansen av De europeiske fellesskaps domstols rettspraksis, mener Hitra kommune og Steigen kommune at denne rettspraksis ikke løser de konkurranserettslige spørsmål i denne saken. Dette fordi saksforholdet i disse sakene er forskjellig på vesentlige punkter fra forholdene i denne saken. Videre er det sentrale kriteriet De europeiske fellesskaps domstol oppstiller hvorvidt avtalen forfølger sosialpolitiske målsettinger. De omstridte bestemmelsene i HTA tjener ingen slike formål.

120. Til de enkelte vilkårene i HTAs flytteregler anfører Hitra kommune og Steigen kommune at tariffvilkåret om at pensjonsordningen må være tatt til etterretning av Kredittilsynet er i strid med forsikringsvirksomhetslovens bestemmelser. Etter de endringer som ble gjort i forsikringsvirksomhetsloven i 1994 kunne et krav om forhåndsgodkjennelse av premier eller andre sider ved tjenstepensjonsproduktet ikke lenger opprettholdes. Lovendringene var begrunnet i Norges forpliktelser i henhold til EØS-avtalen og således et ledd i tilretteleggelse for konkurranse fra også utenlandske leverandører. At tariffkravet om at pensjonsprodukter skal være tatt til etterretning av Kredittilsynet ikke forfølger et nødvendig sosialpolitisk formål bekreftes også ved at partene ikke opprettholdt vilkåret ved inngåelse av ny hovedtariffavtale for perioden 2000 - 2002.

121. Hitra kommune og Steigen kommune anfører også at kravet om tilslutning til overføringsavtalen og godkjenning av Statens Pensjonskasse er i strid med artikkel 53 EØS. Tariffvilkåret om at tjenstepensjonsordningen skal være knyttet til opptak i overføringsavtalen innebærer at det må inngås en omfattende avtale mellom den aktuelle kommune og Statens Pensjonskasse. Det er vanskelig å forestille seg at en slik avtale kan inngås før kommunen har bestemt seg for tjenstepensjonsleverandør. Avtalen mellom den aktuelle kommune og Statens Pensjonskasse er basert på de konkrete vilkår i pensjonsforsikringsavtalen som inngås mellom kommunen og tjenstepensjonsleverandøren. Det fremgår klart av det ovennevnte at et krav om godkjennelse om opptak i overføringsavtalen før beslutning om skifte har funnet sted, er sterkt konkurransebegrensende. Tariffvilkåret kan ikke anses å være nødvendig for å ivareta et sosialpolitisk formål og må derfor vike for konkurransebestemmelsenes alminnelige virkeområde.

122. Til vilkåret om kjønnsnøytralitet anfører Hitra kommune og Steigen kommune at dersom saksøkernes standpunkt legges til grunn, utelukker det konkurranse innenfor det kommunale tjenstepensjonsmarkedet i Norge. Kravet om at pensjonsordningen skal være basert på et kjønnsnøytralt finansieringssystem har ingen beskyttelsesverdig sosialpolitisk målsetting. Fire aspekter understrekes; (i) hovedtariffpartene er sterkt uenige i forståelsen av

tariffbestemmelsen og tariffpartene har således ingen felles oppfatning av et slik konkret beskyttelsesverdig formål; (ii) den reelle betydning av fastsettelse av premiestørrelsen basert på beregning innenfor den enkelte kommune kontra et landsgjennomsnitt, vil for den alt overveiende del av kommunene utgjøre en ikke signifikant forskjell; (iii) det foreligger øvrig nasjonal lovgivning som sikrer mot diskriminering av kjønn ved ansettelser, og som således sikrer håndhevelse av at det ikke tas usaklige hensyn til eventuelle kjønnsrelaterte premieforskjeller i tjenstepensjonsordningen ved ansettelse; (iv) tariffvilkåret kan derfor ikke anses å være nødvendig for forfølgelsen av et sosialpolitisk formål og må derfor vike for konkurransebestemmelsenes alminnelige virkeområde.

123. Hitra kommune og Steigen kommune vender seg dernest til kravet om at aktuelle tilbud på ny tjenstepensjonsordning skal forelegges for og godkjennes av Pensjonsutvalgets tariffparter før behandling i kommunens besluttede organ. Det er gjort gjeldende for den nasjonale domstol at tariffvilkåret rettsstridig begrenser konkurransen i tjenstepensjonsmarkedet i offentlig sektor. Det er av denne grunn ønskelig å få EFTA-domstolens rådgivende uttalelse knyttet til lovligheten av å inngå tariffavtaler med bestemmelser av den art og med den virkning HTA 1998-2000 pkt. 2.1.8, annet ledd etter kommunens oppfatning har.

124. Måten Pensjonsutvalgets tariffparter behandlet Hitra kommunes og Steigen kommunes søknader på viser at i realiteten har de omstridte vilkårene til virkning å begrense konkurransen uten å ivareta noe beskyttelsesverdig sosialpolitisk formål. Det er således ingen grunn til å unnta dem fra EØS-konkurranserettens virkeområde. Alle forhold Pensjonsutvalgets tariffparter skal vurdere i henhold til tariffavtalen ivaretas tilstrekkelig gjennom avtaler og øvrig lovgivning. Det er under enhver omstendighet ikke nødvendig å opprettholde et krav om forhåndsgodkjennelse i Pensjonsutvalgets tariffparter.

125. Hitra kommune og Steigen kommune gjør gjeldende at artikkel 53 EØS kommer til anvendelse på ordningen, i det alle vilkår for anvendelse av artikkel 53 EØS nr 1 er oppfylt. Ordningen har som formål og virkning å begrense konkurransen om tilbud av kommunale tjenstepensjoner, og påvirker merkbart konkurransen og handelen i en vesentlig del av EØS.

126. Hitra kommune og Steigen kommune drøfter også hvorvidt avtalepartenes inngåelse og praktisering av HTAs flytteregler representerer en utilbørlig utnyttelse av foretaket/foretakenes dominerende stilling innen det territorium som er omfattet av avtalen, i henhold til artikkel 54 EØS. I denne forbindelse anfører de at KS og KLP må identifiseres med hverandre. De fastholder at KLP og KS i EØS-avtalens forstand representerer et foretak som har utnyttet sin dominerende stilling på utilbørlig måte ved etablering og praktisering av flytteregler i en hovedtariffavtale som i praksis umuliggjør konkurranse. Slik manglende konkurranse og manglende reell flytterett favoriserer KLP som den dominerende markedsaktør. Når det gjelder ytterligere bemerkninger angående artikkel 54 vises det til det skriftlige innlegg inngitt på vegne av de øvrige

saksøkte kommuner Kvam Kommune, Kvinnherad Kommune, Lørenskog Kommune, Os Kommune, Vikna Kommune og Volda Kommune i fellesskap.

Tana kommune

127. Med hensyn til sakens faktiske bakgrunn viser Tana kommune til anmodningen om en rådgivende uttalelse og til den skriftlige saksfremstilling inngitt fra de øvrige saksøkte kommuner Kvam Kommune, Kvinnherad Kommune, Lørenskog Kommune, Os Kommune, Vikna Kommune og Volda Kommune i fellesskap. Saksfremstillingen fra Tana kommune søker således å beskrive de særlige forhold som gjelder for Tana kommune og videre å poengtere visse nøkkelspørsmål.

128. I desember 1998 kom Tana kommune og representanter for de ansatte til enighet om at kommunen skulle vurdere flytting av deres pensjonsordning fra KLP hvis de mottok et bedre tilbud i samsvar med de materielle bestemmelsene i HTA kapittel 2. I henhold til prosedyrereglene i HTA punkt 2.1.8, ba kommunen formelt om godkjenning av flytting av den kommunale pensjonsordningen fra KLP til det private forsikringselskapet VÅR. Søknaden om godkjenning ble avslått av Pensjonsutvalgets tariffparter på det grunnlag at Kredittilsynet ikke hadde tatt produktet "til etterretning", selv om Kredittilsynet så tidlig som i 1997 hadde vurdert og godkjent de aktuelle pensjonsforsikringsproduktene.

129. Tana kommune poengterer imidlertid at Kredittilsynets rutiner for godkjenning av forsikringsprodukter er endret etter ikrafttredden av EØS-avtalen og sekundærlovgivning om forsikringselskaper og forsikringsprodukter, slik at tidligere nasjonale forhåndsgodkjenningsrutiner ikke lenger eksisterte. Godkjenningssystemet som det er vist til i HTA punkt 2.1.6 og 2.1.8 er derfor ikke-eksisterende og ville uansett vært ulovlig.

130. Basert på forsikringen fra VÅR om at den tilbudte ordningen tilfredsstilte alle de materielle bestemmelsene i HTA kapittel 2, besluttet kommunestyret i Tana kommune den 29 desember 1998 å flytte sine pensjonsordninger fra KLP til VÅR.

131. Det er Tana kommunes oppfatning at Pensjonsutvalgets tariffparter ikke hadde noen rettmessige grunner for å nekte flytting fra KLP til VÅR. Tana kommune anfører videre at flytting av pensjonsordninger i realiteten blokkeres av Pensjonsutvalgets tariffparter, selv om alle oppnåelige vilkår for flytting er oppfylte. Det vises til at etter at HTA for 1998-2000 trådte i kraft har ikke Pensjonsutvalgets tariffparter gitt ett eneste samtykke til flytting.

132. Tana kommune peker også på at flere kommuner i Norge allerede driver sine egne pensjonsordninger fullt ut i tråd med HTA. Dette er ikke omstridt og viser at formålet med de objektive kravene i HTA kan ivaretas av andre forsikringsforetak enn KLP.

133. Angående spørsmålene i anmodningen om en rådgivende uttalelse, anfører Tana kommune at den måten HTA nå praktiseres på er i strid med artikkel 53 og 54 EØS, på grunn av partenes opptreden i relasjon til flytting av pensjonsordninger fra KLP.

134. Tana kommunes hovedanførsel er at HTA slik den praktiseres, uunngåelig fører til et misbruk av dominerende stilling på utilbørlig måte i strid med artikkel 54 EØS. I tillegg leder HTA uunngåelig til en samordnet opptreden mellom KLP og de kommunene som er parter til HTA.

135. Tana kommune påpeker en rekke forhold, som den mener må drøftes for at EFTA-domstolen skal kunne gi en riktig rådgivende uttalelse. For det første må de atferdsmessige spørsmålene undersøkes for å kunne gi en tolkning som gjør det mulig for den nasjonale domstolen å få en korrekt forståelse av EØS-konkurransereglene før den avsier sin dom. Derneft må det fastslås at de aktuelle partene er foretak etter EØS-konkurranseretten. For det tredje, ettersom *Albany*-saken går ganske langt i retning av å unnta pensjonsordninger fra virkeområdet for konkurransereglene i EF-traktaten, må det sondres mellom den foreliggende saken og *Albany*-saken.

136. Spørsmålene behandles i motsatt rekkefølge, og Tana kommune begynner med å drøfte forskjellen mellom den foreliggende saken og *Albany*-saken, og understreker to poenger. For det første er faktum i *Albany* nokså forskjellig. *Albany* angikk en bransjespesifikk pensjonsordning. Til sammenligning er i den foreliggende saken pensjonsordningene for hele kommunesektoren dekket av HTA. Denne sontringen er relevant siden flytting fra ett forsikringsforetak til et annet ville innebære full flytting av alle overdragerens ansatte fra en pensjonsordning til en annen. En slik flytting kan ikke i seg selv undergrave pensjonsordningens sosiale målsetning, ved at bare en viss gruppe velhavende enkeltarbeidstakere flyttes, mens andre arbeidstakere som er "mindre fordelaktige" for ordningen etterlates.

137. Derneft er det etablert rettspraksis fra De europeiske fellesskaps domstol at en tariffavtale som søker å oppfylle sosialpolitiske målsetninger faller utenfor virkeområdet - *ratione materiae* - for konkurransereglene. Derfor ligger det som regel til de nasjonale domstoler å bedømme etter nasjonal rett hvordan tariffavtalens forskjellige bestemmelser skal tolkes. Imidlertid slo *Albany* også fast at tariffavtaler, eller foretaks adferd, kan gå utover hva som er nødvendig for å oppnå tariffavtalens målsetninger eller falle helt utenfor virkeområdet for tariffavtalen. I slike saker vil man være innenfor virkeområdet for EØS-konkurransereglene.

138. Tana kommune hevder videre at det systemet som er fastlagt i HTA uunngåelig fører til samordnet opptreden mellom kommunene som eiere og deltagere i KLP, og som parter til HTA gjennom deres deltagelse i KS og vedtaksprosedyrene under HTA, jf særlig HTA punkt 2.1.8. Systemet leder også uunngåelig til misbruk av dominerende stilling i strid med artikkel 54 EØS. Det

er for eksempel slik at kommunene ikke kjenner begrunnelsen for Pensjonsutvalgets tariffparters vedtak og dets forhandlinger. I lys av dette og under hensyntagen til KLPs eierstruktur, er det vanskelig å akseptere at beslutninger, samordnet opptreden eller annen opptreden fra kommunene, KLP eller KS som innskrenker konkurransen, kan være utelukket fra virkeområdet for artikkel 53 og 54 EØS.

139. Til spørsmålet om "foretak" anfører Tana kommune at KS og KLP er foretak etter EØS-konkurransereglene. De europeiske fellesskaps domstol har konsekvent lagt til grunn at foretaksbegrepet omfatter enhver enhet som driver økonomisk aktivitet, uansett rettslig status og finansieringsform. Kommuner som driver økonomisk aktivitet faller ikke utenfor denne definisjonen. Arbeidsgivere er dermed foretak når de deltar i tarifforhandlinger. Det følger derav at kommunene og KS (som arbeidsgiverforening) er sammenslutning av foretak. Dette er tilstrekkelig til å trekke den konklusjon at konkurransereglene kan komme til anvendelse.

140. Tana kommune påpeker at det ikke kan utelukkes at det er omstendigheter hvor fagforbunds aktivitet eller opptreden kan føre til den konklusjon at forbundet er et foretak. Når fagforbund opptrer utenfor rammen av å være representant for arbeidstakerne i tariffavtaler og deltar i økonomisk aktivitet, slik De europeiske fellesskaps domstol har definert det, kommer konkurransereglene til anvendelse også for fagforbund.

141. Til spørsmålet om misbruk av dominerende stilling anfører Tana kommune at det er ikke tvil om at KLP har en dominerende stilling i det norske markedet for kommunal pensjonsforsikring. Det understrekes at foretak som er gitt en *de facto* enerett til å operere i et gitt marked dermed har en dominerende stilling. Det henvises også til Kommisjonen for De europeiske fellesskaps vurdering i *International Group of P&I Clubs*¹⁰, og XXIXth Report on Competition Policy 1999¹¹.

142. Tana kommune påpeker videre at i lys av de rettslige rammene for tolkningen av artikkel 54 EØS har HTAs nåværende ordning som virkning å hindre opprettholdelse av det konkurransenivå som fortsatt eksisterer i markedet, eller vekst i denne konkurransen. Det legges til grunn at de konkrete grunner som ble gitt av Pensjonsutvalgets tariffparter for avslaget på flytting av Tana kommunes pensjonsordning ikke var objektivt begrunnet. Nektingen av flytting på det grunnlag at pensjonsordningen ikke var basert på et pensjonsprodukt tatt "til etterretning" av Kredittilsynet, var med andre ord ikke objektivt begrunnet, og kunne heller ikke være det, jf HTA punkt 2.1.6 og 2.1.8. Også dette er et vilkår som ikke kan etterleves etter ikrafttreden av EØS-avtalen og det tredje

¹⁰ [1999] OJ L125.

¹¹ Sec (2000) 720 Final.

livsforsikringsdirektivet¹². Slike vilkår må nødvendigvis derfor under alle omstendigheter være uforholdsmessige og ulovlige. Hvis motivasjonen bak Pensjonsutvalgets tariffparters nektelse av flytting av pensjonsordningen til et annet forsikringsforetak ikke kan begrunnes objektivt sett etter HTAs bestemmelser, fanges nektelsen av artikkel 54 EØS, og av samme grunn utgjør de uunngåelig et ulovlig misbruk av en dominerende markedsstilling.

143. Tana kommune legger til at markedsstrukturen for pensjonsforsikringsordninger også utgjør et "strukturelt misbruk" i strid med artikkel 54 EØS, jf *Europemballage og Continental Can mot Kommisjonen*¹³. Det følger av denne dommen at enhver kommersiell praksis som er til skade for opprettholdelse av en effektiv konkurransestruktur er forbudt etter artikkel 82 EF og tilsvarende etter artikkel 54 EØS. Konkurransen i markedet for pensjonsforsikringstjenester i kommunesektoren er begrenset på grunn av markedsstrukturen som resultat av kommunenes rolle som eiere av KLP og som parter i HTA, og av deltagelsen i blant annet Pensjonsutvalgets tariffparter. Opprettholdelsen av en effektiv konkurransestruktur er derfor umuliggjort.

144. Det henvises også til *BAT og Reynolds mot Kommisjonen*¹⁴. Tana kommune anfører at det ikke kan utelukkes at det innbyrdes forholdet som er beskrevet ovenfor i det minste har en viss innflytelse på kommunenes frihet til å velge forsikringstilbydere for deres pensjonsordninger, og at arrangementet begrenser konkurransen i markedet for slike forsikringstjenester.¹⁵

145. Hvis EFTA-domstolen finner at artikkel 54 EØS ikke kommer til anvendelse på de markedsstrukturer, hevder Tana kommune at vedtaksprosedyrene under HTA nødvendigvis fører til samordnet opptreden mellom de kommunene som deltar i KS og KLP, ettersom de har kontrollerende interesse i begge foretak. Kommunenes, KS' og KLPs organisasjonsstruktur og vedtaksprosesser resulterer uunngåelig i samarbeid. Systemet er således i strid med artikkel 53 EØS.

146. Avslutningsvis anfører Tana kommune at virkningen og praktiseringen av vedtaksprosedyrene i HTA for flytting til andre forsikringstilbydere for kommunene er i strid med artikkel 53 og 54 EØS, og at spørsmålene stilt av

¹² Rådets direktiv 92/96/EØF av 10. november 1992 om samordning av lover og forskrifter om direkte livsforsikring og om endring av direktiv 79/267/EØF og 90/619/EØF (tredje livsforsikringsdirektiv).

¹³ Sak 6/72 *Europemballage og Continental Can Company Inc. mot Kommisjonen* [1973] ECR 215.

¹⁴ Forente saker 146 og 152/84 *BAT og Reynolds mot Kommisjonen* [1986] ECR 1899.

¹⁵ Det henvises videre til kommisjonens XXXIXth Report on Competition 1999, premiss 57 hvor det uttrykkes at den: « (.) takes the view that such [abusive] practices, which undermine competition, are particularly dangerous when they are carried out by undertakings with the power to shield themselves from competitive pressure and eliminate their competitors without significant damage to themselves or to block market access by new entrants to a significant degree.»

Arbeidsretten i dens anmodning om en rådgivende uttalelse bør besvares på en måte som reflekterer dette.

Kvam Kommune, Kvinnherad Kommune, Lørenskog Kommune, Os Kommune, Vikna Kommune og Volda Kommune

147. For å lette referansen vil de nevnte kommunene heretter omtales som "kommunene". Kommunene flyttet med virkning fra 1 januar 1999 sine tjenestepensjonsforsikringer fra KLP til forsikringsselskapet Storebrand. De seks kommunenes samlede netto pensjonskostnader i Storebrand i 1999 var ca NOK 32,5 millioner. Til sammenligning er de tilsvarende simulerte kostnader ved et fortsatt kundeforhold i KLP beregnet til ca NOK 62,2 millioner i 1999. Gjennom flyttingen oppnådde kommunene med andre ord en beregnet samlet besparelse i sine netto pensjonskostnader dette året på ca NOK 29,7 millioner.

148. Kommunene hevder at det er tre hovedspørsmål som er sentrale i saken slik den står for EFTA-domstolen.

149. Det første grunnleggende spørsmålet er om HTAs regler for flytting av kommunale pensjonsordninger er omfattet av virkeområdet for EØS-avtalens konkurranseregler. Det andre hovedspørsmålet er om de øvrige vilkår for anvendelse av artikkel 53 EØS er oppfylt. Kommunene gjør gjeldende at samtlige av disse vilkårene er oppfylt. Det tredje hovedspørsmålet er om inngåelsen av HTAs flytteregler representerer en utilbørlig utnyttelse av dominerende markedsstilling som rammes av forbudet i artikkel 54 EØS.

150. Kommunene anfører at HTAs omtvistede bestemmelser må sees som en reaksjon på den skjerpede konkurransesituasjonen i det norske pensjonsmarkedet. De påpeker at det i 1980 ble inngått en såkalt "reassuranseavtale" mellom selskapene Norske Folk gjensidig livsforsikringsselskap (en av forløperne til dagens Storebrand) og KLP. Formålet med avtalen var å oppnå en deling av de to selskaperens samlede andel av det norske forsikringsmarkedet, og da slik at forsikringskunder innen offentlig sektor ble kanalisert til KLP. Privatkunder ble på sin side kanalisert til Norske Folk. På den tid avtalen ble inngått hadde omlag 120 kommuner sine pensjonsforsikringsavtaler med Norske Folk. Disse forsikringsavtalene ble, med enkelte unntak, overført til KLP i løpet av 1980-tallet. Markedsføringsfremstøt fra ulike forsikringsselskaper førte til at mange kommuner vurderte spørsmålet om skifte av pensjonsordning, og dette utgjorde en trussel mot KLPs posisjon. Kommunene påpeker at HTAs prosedyreregler, som er av største viktighet for KLPs markedsposisjon, ble til i et møte hos KLP, der KLPs øverste ledelse deltok, og at tariffavtalepartene her ikke bare tok hensyn til eventuelle egne interesser, men også til en utvalgt leverandørs kommersielle interesser.

151. Kommunene hevder også at selv om de omstridte flyttereglene i HTA i prinsippet tillater flytting av pensjonsordninger til andre pensjonstilbydere,

tillater LO/NKF i realiteten ikke slik flytting i det hele tatt. Til nå har alle forespørsler om slik flytting blitt avslått. Det er bare KLP som etter LO/NKF sitt syn tilfredsstiller vilkårene for alders- og kjønnsnøytralt finansieringssystem, noe som gjør flytteretten illusorisk. Derfor er de avtalte flyttereglene i HTA punkt 2.1.8 selvmotsigende; partene har avtalefestet at det skal være adgang til å flytte pensjonsforsikringer til og fra de ulike pensjonsforsikringsleverandører og pensjonskasser, mens det samtidig er avtalt mekanismer som låser kommunene inne til en bestemt leverandør i markedet. Saksøkerne motarbeider i realiteten en reell flytterett for kommunene.

152. Til spørsmålet om artikkel 53 EØS kommer til anvendelse på de omstridte flyttereglene, peker kommunene på at dommen i *Albany* må forstås slik at bare tariffavtaler som har sosialpolitiske målsetninger, som kan forbedre lønns- og arbeidsforhold, bør falle utenfor virkeområdet for EØS-konkurransereglene. Vilkaene for flytting fastsatt i de omstridte bestemmelsene i HTA må vurderes i lys av dette. Dersom et vilkår er uegnet for å nå et ellers beskyttelsesverdig formål, er det ingen grunn til å unnta det fra virkeområdet for konkurransereglene. Videre dersom vilkåret er egnet for å nå formålet, er det også nødvendig, på grunnlag av forholdsmessighetsprinsippet, å vurdere om det er forholdsmessig. Dette prinsippet må også gjelde ved bedømmelsen av om et konkurransebegrensende vilkår er nødvendig for den sosiale beskyttelsen, eller om samme beskyttelsesgrad kunne vært oppnådd ved mindre omfattende tiltak.

153. Kommunene hevder at De europeiske fellesskaps domstol i *Albany* faktisk foretok en konkret vurdering av de enkelte avtalevilkår, med det formål å bedømme hvorvidt de aktuelle tariffbestemmelsene i saken virkelig var egnede og forholdsmessige i forhold til de sosialpolitiske mål de tilstrebet. De hevder at dommen viser at lovligheten av fondets enerett ble begrunnet i at det ellers kunne bli umulig for fondet å oppfylle sine oppgaver. Med andre ord var eneretten et nødvendig redskap (egnet og forholdsmessig) for at fondet skulle kunne oppfylle sin sosialpolitiske målsetning; nemlig å sikre alle arbeidstakere innenfor bransjen et visst pensjonsnivå.

154. Kommunene påpeker at det ikke følger av *Albany* at obligatoriske forsikringsordninger uten videre er tillatt. Man kan derfor ikke slutte fra det mer til mindre og hevde at ettersom tvungne forsikringsordninger ble akseptert i *Albany*, må tilslutningsordninger som inneholder en "svakere" konkurransebegrensning være tillatt i Norge. Kjernespørsmålet er hva som begrunnet rettmessigheten av den nederlandske ordningen, og *Albany*-saken løser derfor ikke den foreliggende saken. Man må derfor foreta en konkret vurdering av om de flyttebestemmelsene i HTA som kommunene mener er konkurransebegrensende, faller innenfor konkurransereglenes virkeområde.

155. Kommunene fortsetter med å vise at de individuelle vilkårene i de omstridte flyttebestemmelsene i HTA faktisk påvirker konkurransen i markedet for kommunale tjenstepensjonsordninger, fordi de begrenser konkurransen mellom forsikringsselskapene. Vurderingen av den konkurransebegrensende

effekt må foretas i nettopp dette markedet, slik også avsnitt 249 i generaladvokatens uttalelse i *Albany*. HTA inneholder tvingende regler for de tariffbundne kommuner. Kommunene kan *de facto* ikke velge noe annet forsikringsselskap enn KLP som leverandør av sine tjenstepensjonsforsikringer. Den kontraheringsfrihet kommunene i utgangspunktet har som forsikringstakere, er med andre ord fratatt dem gjennom HTA. Virkningene av dette er at forsikringsselskapene stenges ute fra det potensielle markedet for kommunale tjenstepensjonsforsikringer.

156. Kommunene anfører at begrensningen i HTA ikke har noe beskyttelsesverdig sosialpolitisk formål, og derfor faller de inn under EØS-avtalens konkurranseregler. De er hverken egnede til å oppnå disse formålene eller forholdsmessige, fordi formålet kan oppnås med mindre inngripende midler.

157. Kommunene går så over til å behandle vilkåret om at produktene må være "tatt til etterretning av Kredittilsynet". Først hevder de at uttrykket "tatt [produktet] til etterretning" er en fremmed beskrivelse av de oppgaver tilsynet er tillagt etter norsk rett. Like fullt har tariffpartene gjennom HTA basert kommunenes rett til å bytte forsikringsleverandør på en forutsetning om en forutgående saksbehandling i tilsynet. Korrespondanse mellom KS og Kredittilsynet på den ene siden og Pensjonsutvalgets tariffparter og kommunene på den annen, viser at vilkåret er ment å sikre ikke bare at det foreligger bekreftelse av at produktet er meldt til Kredittilsynet i henhold til forsikringsvirksomhetslovens regler, men også at tilsynets vurdering av produktet er skjedd uten kommentarer. Videre henvises det til korrespondanse fra Kredittilsynet hvor det påpekes at tilsynet ikke tar produkter som har blitt innmeldt på lovlig måte til etterretning, siden det vil utgjøre et krav om forhåndsgodkjenning som er ulovlig og begrenser konkurransen. Dette støttes videre ved henvisning til forarbeidene til de endringer som ble gjort til forsikringsvirksomhetslovens §7-6 i lys av det tredje livsforsikringsdirektivet ved gjennomføringen av EØS-avtalen. Konkurransetilsynet har ved sin behandling av dette avtalevilkåret etter konkurranseloven, lov av 11 juni 1993 nr 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet, §3-10, konkludert med at HTA punkt 2.1.8 fjerde ledd, jf punkt 2.1.6 om at forsikringsproduktene må være "tatt til etterretning" før kommunene kan skifte forsikringsleverandør, er konkurransebegrensende.

158. Kommunene hevder videre at det omstridte vilkåret ikke ivaretar noe beskyttelsesverdig sosialpolitisk formål som kan tjene til begrunnelse. Først, som nevnt ovenfor kontrollerer ikke Kredittilsynet forsikringsproduktet, siden slik forhåndskontroll er forbudt etter norsk rett. Dernest viser det forhold at norsk rett ikke krever etterkontroll at denne regelen ikke har noe med beskyttelse av sosialpolitiske målsetninger å gjøre. For det tredje har Konkurransetilsynet fastslått at vilkåret "tatt til etterretning" ikke i seg selv medfører kvalitetskontroll. For det fjerde har dette vilkåret blitt fjernet, og er ikke lenger å finne i HTA for 2000 - 2002.

159. Kommunene hevder at det ovenstående viser at tariffvilkåret i HTA punkt 2.1.8 fjerde ledd, jf punkt 2.1.6 om at produktene må være "tatt til etterretning" av Kredittilsynet medfører en konkurransebegrensning i markedet for kommunale tjenstepensjonsforsikringer, samtidig som vilkåret ikke har noen slik beskyttelsesverdig sosialpolitisk målsetning som innebærer at det faller utenfor virkeområdet for artikkel 53 EØS.

160. Kommunene vender seg så til kravet om kjønnsnøytralitet. Det anføres at de ulike forståelser angående punkt 2.8.1 om alders- og kjønnsnøytralitet ikke er tema for EFTA-domstolen. Det eneste spørsmålet for EFTA-domstolen er om saksøkernes forståelse av at den krever at kjønnsmessige forskjeller skal utlignes over en stor gruppe (landsgjennomsnitt), er forenlig med EØS-avtalen. Kommunene mener at det er det ikke.

161. Kommunene anfører at dette kravet utgjør en konkurransebegrensning i markedet for kommunale tjenstepensjonsordninger, og at vilkåret ikke forfølger noen slik beskyttelsesverdig sosialpolitisk målsetning som innebærer at det faller utenfor virkeområdet for artikkel 53 EØS.

162. De fortsetter med å hevde at dersom den forståelsen LO/NKF fremmer aksepteres, kan det pr definisjon bare etableres ett forsikringskollektiv som kan utligne premien over en landsomfattende forsikringsbestand. Nye markedsdeltagere vil aldri kunne oppfylle vilkårene tolket slik. Dette vilkåret har en klar konkurransebegrensende virkning ved at den stenger andre selskaper ute fra konkurransen. Man kan til og med si at det faktisk ikke bare begrenser konkurransen, men fjerner konkurransen fullstendig i markedet for kommunale tjenstepensjonsordninger.

163. Kommunene drøfter så hvordan kravet til kjønns- og aldersnøytralitet, slik LO/NKF tolker kravet, av flere grunner ikke har noen beskyttelsesverdig sosialpolitisk målsetning. For det første taler partenes enighet om at kravet til kjønns- og aldersnøytralitet først utløses ved skifte av pensjonsordning mot at tariffvilkåret har noen beskyttelsesverdig sosialpolitisk målsetning. Dersom formålet med vilkåret faktisk hadde vært å legge til rette for at flere kvinner og eldre arbeidstakere skulle komme i arbeid, og at disse arbeidstakergruppene ikke skulle bli diskriminert i forbindelse med kommunale ansettelser, skulle nøytralitetskravet ha blitt stilt til enhver løpende pensjonsforsikringsordning. Et krav om kjønns- og aldersnøytralitet som kun kommer til anvendelse når en kommune vil skifte forsikringsleverandør, får et vilkårlig nedslagsfelt, og er i sin form lite egnet til å sikre noen sosialpolitisk gevinst. Dette viser også at det reelle formålet med kravet til kjønns- og aldersnøytralitet er å hindre flytting fra KLP ettersom det ikke finnes andre selskaper som kan oppfylle kravet.

164. Kommunene gjør dernest gjeldende at partenes protokollerte uenighet om forståelsen av tariffvilkåret om kjønns- og aldersnøytralitet i seg selv taler mot at det ligger noen beskyttelsesverdig sosialpolitisk målsetning i LO/NKF sin forståelse av kravet, jf *Albany* avsnitt 59.

165. Det henvises for det tredje til det syn uttrykt av KS selv at premieutjevning over et landsgjennomsnitt har minimal betydning for premienivået i den enkelte kommune. Den konkurransebegrensning som ligger i LO/NKF sin avtaleforståelse er med andre ord ikke forholdsmessig, idet gevinsten ved tiltaket knapt er synlig og en tilsvarende effekt kan nås gjennom kommunenes avtaleforståelse. Dette støtter kommunenes oppfatning av at det ikke ligger noen beskyttelsesverdig sosialpolitisk målsetning i LO/NKF sin forståelse av punkt 2.1.8 tredje ledd.

166. Kommunene vender seg dernest til kravet til opptak i overføringsavtalen med Statens Pensjonskasse før beslutning om skifte av pensjonsforsikringsleverandør kan treffes, jf HTA punkt 2.1.8 fjerde ledd, og anfører igjen at dette vilkåret begrenser konkurransen etter artikkel 53 EØS, og at den ikke tjener noe beskyttelsesverdig sosialpolitisk formål.

167. De påpeker at den saksbehandlingstid som tariffkravet utløser, forsinker flytteprosessen vesentlig og innebærer etter sin art en begrensning av konkurransen. Dersom det legges til grunn at Statens Pensjonskasse ikke under noen omstendighet vil innvilge opptak i avtalen før den kommunale beslutningen om skifte av leverandør er fattet, vil en tariffmessig opptreden fra kommunenes side fullstendig utelukke konkurranse på tjenestepensjonsmarkedet.

168. De hevder videre at dette vilkåret ikke kan begrunnes ved henvisning til beskyttelsesverdige sosialpolitiske formål. Skjerpingen av HTAs prosedyreregler på dette punkt viser at kravet om at opptak skal ha funnet sted før flytting vedtas, ikke kan begrunnes i noen beskyttelsesverdig sosialpolitisk målsetning. De kommuneansattes materielle rettstilling har alltid blitt ivarettatt, uansett om kommunene først har søkt om opptak i overføringsavtalen på et senere tidspunkt enn det HTA forutsetter. Dette viser at formålet med regelen kun har vært å vanskeliggjøre flytting. I tillegg er vilkåret i den form det hadde i HTA 1998-2000 ikke videreført i HTA 2000-2002. Dette tyder på at det neppe forelå beskyttelsesverdige sosialpolitiske målsetninger.

169. Kommunene vender seg så til vilkåret vedrørende godkjenning fra Pensjonsutvalgets tariffparter. De påstår at dette vilkåret begrenser konkurransen og ikke tjener noe sosialt formål som bringer det utenom virkeområdet for artikkel 53 EØS.

170. HTAs parter har fastslått at formålet med dette vilkåret var å bistå kommunene i å trygge kvaliteten på de pensjonsordningene de vurderte å flytte til. Vilåret har imidlertid ikke blitt anvendt på denne måten, som Pensjonsutvalgets tariffparters praksis viser. I virkeligheten har Pensjonsutvalgets tariffparter akseptert flytting mellom private selskaper, selv om tariffvilkårene etter sin ordlyd ikke er oppfylt, samtidig som man i tilsvarende saker om flytting fra KLP til et privat selskap, nekter godkjenning.

171. Kommunene hevder at denne vilkårlige saksbehandlingen er mulig på bakgrunn av at de overordnede tariffparter i henhold til protokoll av 22 desember 1998 ble enige om at utvalget "Pensjonsutvalgets tariffparter" skal være sammensatt av én representant for KS og én representant fra hver av de fire forhandlingssammenslutningene på arbeidstakersiden. Sammensetningen av utvalget styres med andre ord av organisasjonsmessig tilknytning og ikke av krav til særskilt kompetanse på pensjonsforsikringsområdet. Det finnes heller ingen retningslinjer for utvalgets saksbehandling og avstemninger. Videre påpekes det at det ikke er noen krav til at utvalgets beslutninger skal grunngis. Mangelen på slike saksbehandlingsregler har ført til at det verserer et eget søksmål for Arbeidsretten om hvordan Pensjonsutvalgets tariffparter skal vareta sine oppgaver. Kommunene påpeker at dette viser at de omstridte vilkårene begrenser konkurransen etter artikkel 53 EØS.

172. Kommunene anfører videre at vilkårligheten i behandlingen av søknader om flytting avhengig av om det flyttes fra KLP eller ikke viser at det ikke er noen sosialpolitiske formål som må ivaretas på denne måten. De hevder at Pensjonsutvalgets tariffparter i realiteten ikke tilbyr noen kvalitetskontroll, og peker på det forhold at vilkåret ikke ble opprettholdt i den nye HTA for 2000 - 2002.

173. Dernest diskuterer kommunene betydningen av norske myndigheters holdning til konkurranse i det kommunale tjenestepensjonsmarkedet. De anfører at dette er relevant for vurderingen av hvorvidt den omstridte bestemmelsen i HTA skal nyte immunitet mot konkurransereglene. Det gis en gjennomgang av den foreliggende norske lovgivning og dens bakgrunn. De anfører at det følger av forsikringslovens forarbeider at bakgrunnen for den lovbestemte flytteretten var et ønske om å sikre konkurransen mellom forsikringsselskapene. De norske myndighetene har gjentatte ganger uttalt at prinsippet om fri konkurranse også skal gjelde på tjenestepensjonsmarkedet, og at HTAs bestemmelser burde endres.

174. Kommunene vender seg så til de øvrige vilkår for anvendelse av artikkel 53 EØS. "Foretaksbegrepet" drøftes. Det anføres at organisasjonene i arbeidslivet opptrer som foretak når de gjennom sitt avtaleverk bestemmer hvem som skal være leverandør av tariffbestemte tjenester, og således blir forbundet med markedsdeltagerne på en slik måte at konkurransen begrenses i et produktmarked. Derfor opptrer LO og KS som foretak når de i tariffavtalesammenheng forfølger en kommersiell aktørs klare økonomiske interesser. HTAs flyttebestemmelser representerer derfor en avtale mellom foretak etter artikkel 53 EØS.

175. Kommunene anfører at de kommunene som er bundet av tariffavtalen uansett må anses som foretak. Dermed må enhver beslutning av en sammenslutning av disse foretakene, i dette tilfellet KS, anses som en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak. Til støtte for dette vises det til tre forhold.

176. For det første er de tariffbundne kommunene foretak etter artikkel 53 EØS. Kommunene er uenige i LO/NKF sitt argument om at det er tilstrekkelig at utøvelsen av offentlig myndighet er deres hovedaktivitet, for at de skal falle utenfor konkurransereglens virkeområde. De peker på rettspraksis fra De europeiske fellesskaps domstol,¹⁶ som viser at det ikke er spørsmål om noen helhetsbedømmelse ut fra hvilken del av kommunens virksomhet som har størst omfang ("myndighetsdelen" contra "den økonomiske virksomhetsdelen"). En slik "helhetsbedømmelse" ville i så fall innebære at det offentliges deltagelse i økonomiske aktiviteter gjennom blant annet kjøp og salg av varer og tjenester faller utenfor virkeområdet for konkurransereglene.

177. For det andre anfører de at kommunen ikke utøver offentlig myndighet når den som arbeidsgiver blir bundet av en tariffavtale. En kommune utfører ikke sine oppgaver i den sammenheng som offentlig myndighet, men på grunnlag av privatrettslig autonomi som arbeidsgiver. Spørsmålet etter dette blir om en kommune utøver virksomhet av økonomisk natur når den i egenskap av arbeidsgiver blir bundet av en tariffavtale.

178. For det tredje anfører de at kommunen er foretak når den som arbeidsgiver blir bundet av en tariffavtale. Det sentrale er her klassifiseringen av kommunen i funksjonen som arbeidsgiver i tariffavtalesammenheng. Arbeidsgiverfunksjonens økonomiske natur blir særlig klar når man tar i betraktning den virkning de fremforhandlede tariffvilkårene har på kommuneøkonomien.

179. Kommunene vender seg så kort til betydningen av generaladvokatens uttalelser i *SAT Fluggesellschaft v Eurocontrol*¹⁷ om at bare aktiviteter som i prinsippet kan utføres av private med profittformål er av økonomisk natur. Dersom en gitt kommunal aktivitet rimeligvis kan utøves av private foretak med målsetting om fortjeneste, vil denne aktiviteten gjøre kommunen til et foretak i konkurranserettslig forstand i relasjon til aktiviteten. Kommunene hevder at det kommunale arbeidsgiveransvaret ikke kan overlates til private, men funksjonen som arbeidsgiver i forhandlingssammenheng kan i prinsippet utføres av andre mot vederlag. Man overlater for eksempel til advokater, konsulenter og rådgivere å gjennomføre forhandlingene mot betaling innenfor gitt rammer.

180. Videre er kommunene i alle tilfelle av den oppfatning at det foreligger en avtale mellom foretak etter artikkel 53 EØS. HTA skaper ikke bare rett og plikt mellom de overordnede tariffparter, men også plikter innbyrdes i forholdet mellom medlemmene i avtalekollektivene på hver side. Tariffavtalen innebærer med andre ord en forpliktelse mellom kommunene til å overholde avtalens materielle og prosessuelle krav til skifte av leverandør av pensjonsforsikringer.

¹⁶ Sak C-41/90 *Höfner og Elser* mot *Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979; sak C-55/96 *Job Centre Coop arl.* [1997] ECR I-7119; sak C-179/90 *Merc* [1991] ECR I-5889; sak 30/87 *Corine Bodson* [1988] ECR 2479; sak C-343/95 *Cali* [1997] ECR I-1547; sak 118/85 *Kommisjonen mot Italia* [1987] ECR 2599.

¹⁷ Sak C-364/92 *SAT Fluggesellschaft v Eurocontrol* [1994] ECR I-43.

Dette er tilstrekkelig til at man har å gjøre med en avtale mellom foretak etter artikkel 53 EØS. Dette støttes ved henvisning til praksis fra De europeiske fellesskaps domstol.¹⁸

181. Kommunene peker på at HTA gir forpliktelser for den enkelte kommune overfor de øvrige medlemskommunene i KS og henviser blant annet til norsk rett. På dette grunnlaget trekker kommunene den slutning at det ikke kan være tvilsomt at hovedtariffavtalen i kommunal sektor mellom LO og KS ikke bare skaper rett og plikt mellom de overordnede tariffparter, men at den også skaper avtalemessige forpliktelser innbyrdes i forholdet mellom medlemmene i avtalekollektivet på arbeidsgiversiden. Anvendt på vår sak innebærer tariffavtalen med andre ord en forpliktelse mellom kommunene til å overholde avtalens materielle og prosessuelle krav til skifte av leverandør av pensjonsforsikringer. Dette er tilstrekkelig til at man har å gjøre med en "avtale mellom foretak" etter artikkel 53 EØS. Dette synet støttes videre ved en henvisning til generaladvokatens drøftelse i *Albany*.

182. Kommunene påpeker videre at i *Albany* drøftet generaladvokaten hvorvidt det konkurransebegrensende samarbeidet der hadde karakter av avtale eller annen form for samordning. Kommunene anfører at EFTA-domstolen må gjøre det samme i vår sak; dersom EFTA-domstolen skulle være i tvil om hvorvidt tariffavtalens vilkår representerer en avtale mellom foretak, må vilkårene under enhver omstendighet omfattes av alternativet "samordnet opptreden" i artikkel 53 EØS.

183. Kommunene hevder videre at flyttebestemmelsene i alle tilfelle er en beslutning av en sammenslutning av foretak etter artikkel 53 EØS.

184. Dernest behandler kommunene spørsmålet om vilkåret om påvirkning av handelen mellom avtalepartene er oppfylt. Ett av vilkårene for at artikkel 53 EØS skal komme til anvendelse er at handelen over grensene må påvirkes. I henhold til rettspraksis fra De europeiske fellesskaps domstol er det tilstrekkelig å påvise at handelen potensielt kan påvirkes, direkte eller indirekte. Med hensyn til hva som skal til for at kriteriet skal anses oppfylt, vises det til De europeiske fellesskaps domstols saker *Consten og Grundig mot Kommisjonen*¹⁹, hvor domstolen uttalte at hvorvidt en avtale kan påvirke handelen vil bero på om avtalen kan utgjøre en trussel, direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, for den frie handelen mellom medlemsstatene, på en måte som kan hindre oppnåelsen av formålet med det felles marked mellom statene. Videre henvises

¹⁸ Sak 28/77 *Tepea v Kommisjonen* [1978] ECR 1391, premiss 41; og sak 107/82 *AEG v Kommisjonen* [1983] ECR I-3151, premiss 38; Sak 41/69 *ACF Chemiefarma v Kommisjonen* [1970] ECR 661, premiss 112; og forente saker 209-215 og 218/78 *Landewyck v Kommisjonen* [1980] ECR 3125.

¹⁹ Forenede saker 56/64 og 58/64 *Consten og Grundig mot Kommisjonen* [1966] ECR 299. Se også sak 56/65 *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235, sak 322/81 *Michelin mot Kommisjonen* [1983] ECR 3461 premiss 104, og sak 42/84 *Remia mot Kommisjonen* [1985] ECR 2545 premiss 22.

det til Kommisjonens beslutning i *Carlsberg*²⁰. I denne saken var en betydelig kjøper forpliktet til kun å kjøpe fra én leverandør. Denne forpliktelsen førte til at importen ble redusert, og følgelig at samhandelskriteriet var oppfylt.

185. Kommunene hevder at denne illustrasjonen får anvendelse på de omstridte bestemmelsene i HTA. Kommunene utgjør samlet en betydelig kjøper. HTAs flytteregler fører til at kommunene låses inne i et avtaleforhold med én leverandør av pensjonsforsikringer, nemlig KLP. Resultatet er at importen av pensjonsforsikringstjenester reduseres. Selv om man skulle komme til at kommunene ikke er fullstendig låst til KLP, innebærer flytteprosedyrene under enhver omstendighet at systemet gis en betydelig treghet som påvirker handelen.

186. Kommunene legger til at det tredje livsforsikringsdirektiv forutsetter normal, grenseoverskridende handel med forsikringsprodukter. Ingen forsikringskategorier er unntatt fra dette utgangspunktet. Selv om situasjonen i Norge er slik at kommunale pensjonsforsikringer faktisk ikke kjøpes og selges over landegrensene i dag, foreligger det under enhver omstendighet en potensiell påvirkning på handelen ut fra livsforsikringsdirektivets forutsetning. I den grad HTAs flytteregler konserverer KLPs markedsposisjon i Norge og hindrer konkurranse fra andre selskaper, vil de også ha betydning for EØS-handelen med kommunale tjenestepensjonsordninger.

187. Kommunene konkluderer med at det er på det rene at handelen med kommunale tjenestepensjonsforsikringsprodukter svekkes ved etterlevelse av HTAs flytteregler, og at dette skyldes innelåsningen til KLP.

188. Kommunene anfører videre at merkbarhetskriteriet er oppfylt. De omtvistede flyttebestemmelsene i HTA har merkbar påvirkning på konkurransen og handelen ettersom samtlige kommuner og fylkeskommuner - med unntak av Oslo - er bundet av dette avtaleverket. KLPs andel av markedet for kommunale tjenestepensjonsforsikringer utgjør om lag 90% av kommunene og mer enn 60% av de kommunalt ansatte. De hevder at bindingene som er etablert til en leverandør med en slik betydelig markedsandel, påvirker konkurransen på merkbar måte i traktatens og EØS-avtalens forstand.

189. Kommunene vender seg så til artikkel 54 EØS. De hevder at vedtagelsen av flyttebestemmelsene er et misbruk av dominerende stilling i denne artikkelens forstand. Under henvisning til tidligere argumenter anfører kommunene at LO og KS må anses som foretak når de i tariffavtalesammenheng forfølger økonomiske formål som ligger utenfor deres eget virksomhetsområde, og som regulerer konkurransen i et tredjemarked. Den posisjonen KS derved får som foretak burde i seg selv være av betydning i relasjon til artikkel 54 EØS. Denne artikkelen krever imidlertid at foretaket må ha utnyttet sin dominerende stilling. Man må følgelig også kunne etablere at KS er dominerende i markedet for kommunale

²⁰ Kommisjonens vedtak i *Carlsberg*, OJ [1984] L 207/26

tjenestepensjonsforsikringer for at artikkel 54 skal komme til anvendelse. En slik stilling krever at man kan identifisere KS med KLP.

190. Kommunene påberoper seg flere forhold for å vise at KS og KLP kan identifiseres med hverandre. For det første henviser de til det forhold at styret i KS er KLPs generalforsamling. Videre må KS og KLP identifiseres gjennom hele den tidsperiode som er aktuell i vår sak. Det er på det rene at KS ved sin fullstendige kontroll over KLPs generalforsamling forvaltet KLP helt fra inngåelsen av HTA 1998-2000 og frem til årsskiftet 1999/2000. I tillegg til den organrettslige identitet, skal det ha vært særlig tette økonomiske bånd mellom de to virksomhetene. Disse båndene viser hvordan - og hvorfor - KS favoriserer KLP som selskap og hegner om dette i konkurransen med andre forsikringsselskapene. Det er også ellers en betydelig interaksjon mellom de to virksomhetene som sementerer den rettslige identifikasjonen mellom KS og KLP. I tillegg har det i en årrekke eksistert en såkalt "markedsføringsavtale" eller "samarbeidsavtale" mellom KS og KLP. Når HTA 1998-2000 ble fremforhandlet og inngått gjaldt det en avtale som ble signert 14 desember 1994. Den avtalen innebar blant annet rettigheter for KLP hva gjaldt deltakelse og markedsføring på KS-arrangementer som landsting, landsråd, konferanser og fylkesvise samlinger for ordførere og rådmenn. Den inneholdt også bestemmelser om at tillitsvalgte og ansatte i KS hadde plikt til aktivt å støtte markedsføringen av KLP. Avtalen hadde også bestemmelser om gjensidig støtte i enkeltsaker, utveksling av informasjon, samt en klausul om låneytelser til KS' virksomheter. Samarbeidsavtalen forutsatte også en årlig godtgjørelse fra KLP til KS på 2,5 millioner kroner, et beløp som senere ble indeksregulert. Avtalen ble fornyet den 30 august 1999. Til slutt henvises det til KLPs medvirkning under tarifforhandlingene og KLPs deltakelse under møter med Pensjonsutvalgets tariffparter.

191. Kommunene trekker den slutning at de tette organisatoriske og økonomiske bånd mellom KS og KLP begrunner kommunenes syn om at det på tidspunktet for fremforhandling og inngåelse av HTA 1998-2000 eksisterte organrettslig identitet mellom KS og KLP, og at disse båndene i det minste besto frem til 1 januar 2000, da de nye vedtektene for KS trådte i kraft. Kommunene hevder at det ikke kan være tvilsomt at KS må anses å drive ervervsvirksomhet gjennom sin sterke styring av KLP og aktive hegning om KLPs interesser, blant annet ved å bringe KLP direkte inn i organisasjonens arbeidsgivervirksomhet under tarifforhandlingene våren 1998. KS må, som part i HTA, etter dette utvilsomt være omfattet av foretaksbegrepet i artikkel 54 EØS.

192. Kommunene fortsetter så med å drøfte de enkelte vilkårene for at artikkel 54 EØS kommer til anvendelse.

193. Først anfører de at KLPs markedsposisjon er den avgjørende faktor for om vilkåret om dominerende stilling er oppfylt. Vurderingen må starte med forestillingen om at produktgruppen pensjonsforsikring for kommunale arbeidstakere utgjør det relevante produktmarked i den foreliggende saken.

Videre må det, i lys av at det foreløpig ikke synes aktuelt å kjøpe kollektiv pensjonsforsikring fra andre enn tilbydere etablert i Norge, legges til grunn at Norge utgjør det relevante geografiske markedet. I spørsmålet om dominans i det relevante marked, kan det ikke være tvilsomt at KLP med 90 prosent av kommunene og vel 60 prosent av de kommunalt ansatte i sin pensjonsordning er markedets dominerende aktør. De kommunene som er tilsluttet KLP har til sammen en tilsvarende dominerende stilling som kjøper i det samme markedet.

194. Kommunene gjør videre gjeldende at KS/KLP har utnyttet sin dominerende stilling på utilbørlig måte ved å innta HTAs innelåsende mekanismer i forbindelse med flytting av kommunale pensjonsordninger. Denne innelåsningsmekanismen i HTAs flytteregler i punkt 2.1.8 kan etter ovenstående ikke rettferdiggjøres i konkurranserettslig forstand, og representerer derfor en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling som rammes av artikkel 54 EØS.

195. Kommunene foreslår følgende svar på spørsmålene 2a og 2b:

"En arbeidstaker- og/eller arbeidsgiverorganisasjon opptrer som "foretak" etter EØS art. 53 når den i en kollektiv avtale (tariffavtale) treffer bestemmelser som ikke er egnet til å forbedre "conditions of work and employment" for de ansatte, men som først og fremst har som formål og virkning å begrense forsikringsselskapers muligheter til å tilby tariffbestemte kollektive tjenstepensjonsordninger til de tariffbundne parter."

196. Kommunene foreslår følgende svar på spørsmål 1c:

"En kommune opptrer som "foretak" etter EØS art. 53 når den i egenskap av arbeidsgiver blir bundet av en tariffavtale."

197. Kommunene foreslår følgende svar på spørsmål 1a:

"De rettslige forpliktelser som måtte oppstå mellom de tariffbundne medlemmene på arbeidsgiversiden som følge av en tariffavtale inngått mellom overordnede tariffparter, må anses som en "avtale" etter EØS art. 53."

198. Kommunene foreslår følgende svar på spørsmål 1b:

"En arbeidsgiverorganisasjons inngåelse av en tariffavtale kan anses som en "beslutning truffet av sammenslutning(er) av foretak" etter EØS art. 53."

199. Kommunene er av den oppfatning av det ikke er noen grunn til å besvare spørsmål 3 separat.

200. Kommunene foreslår følgende svar på spørsmål 4:

"Bestemmelser i en tariffavtale som krever at en kollektiv tjenstepensjonsordning skal være basert på et kjønnsnøytralt finansieringssystem, og som bare kan oppfylles av én leverandør, er uforenlig med EØS art. 53 dersom bestemmelsene ikke er egnet til å forbedre "conditions

of work and employment" for de ansatte, men først og fremst har som formål og virkning å begrense forsikringsselskapers muligheter til å tilby tariffbestemte kollektive tjenestepensjonsordninger til de tariffbundne parter."

201. Kommunene foreslår følgende svar på spørsmål 5a:

"Bestemmelser i en tariffavtale som krever at et tilbud fra et forsikringsselskap til en arbeidsgiver om tjenestepensjonsordning må godkjennes av representanter for tariffavtalens parter, er uforenlig med EØS art. 53 dersom bestemmelsene ikke er egnet til å forbedre "conditions of work and employment" for de ansatte, men først og fremst har som formål og virkning å begrense forsikringsselskapers muligheter til å tilby tariffbestemte kollektive tjenestepensjonsordninger til de tariffbundne parter."

202. Kommunene er av den oppfatning av det ikke er noen grunn til å besvare spørsmål 5b.

203. Kommunene foreslår følgende svar på spørsmål 6:

"Bestemmelse i en tariffavtale som krever at et forsikringsprodukt må være stilltiende eller uttrykkelig akseptert av det stedlige forsikringstilsyn før man lovlig kan skifte pensjonsforsikringsordning, er uforenlig med EØS art. 53 dersom bestemmelsen ikke er egnet til å forbedre "conditions of work and employment" for de ansatte, men først og fremst har som formål og virkning å begrense forsikringsselskapers muligheter til å tilby tariffbestemte kollektive tjenestepensjonsordninger til de tariffbundne parter."

204. Kommunene foreslår følgende svar på spørsmål 7a:

"Bestemmelser i en tariffavtale som krever at arbeidsgiveren, før beslutning kan treffes om skifte av leverandør av tjenestepensjonsforsikring, har inngått en egen avtale om gjensidig overføring av pensjonsordninger gjennom godkjenning av det offentlige organ som administrerer overføringsordningen, er uforenlig med EØS art. 53 dersom bestemmelsen ikke er egnet til å forbedre "conditions of work and employment" for de ansatte, men først og fremst har som formål og virkning å begrense forsikringsselskapers muligheter til å tilby tariffbestemte kollektive tjenestepensjonsordninger til de tariffbundne parter."

205. Kommunene foreslår følgende svar på spørsmål 7b:

"Bestemmelser i en tariffavtale som krever at arbeidsgiveren, før beslutning kan treffes om skifte av leverandør av tjenestepensjonsforsikring, har inngått en egen avtale om gjensidig overføring av pensjonsordninger gjennom godkjenning av det offentlige organ som administrerer overføringsordningen, er uforenlig med EØS art. 53 dersom slik avtale ikke kan inngås før det er truffet beslutning om skifte."

206. Kommunene foreslår følgende svar på spørsmål 8:

"Summen av bestemmelser i en tariffavtale kan være i strid med EØS art. 53 selv om ingen av bestemmelsene isolert sett rammes av forbudet der, dersom bestemmelsene til sammen har som formål og virkning å begrense forsikringsselskapers muligheter til å tilby tariffbestemte kollektive tjenstepensjonsordninger til de tariffbundne parter."

207. Kommunene foreslår følgende svar på spørsmål 9:

"En interesse- og arbeidsgiverorganisasjon slik som Kommunenes Sentralforbund, opptrer ved fremforhandling av tariffavtaler som "foretak" etter EØS art. 54 når organisasjonen i forhandlingene søker å ivareta interessene til et foretak som organisasjonen eier, styrer eller har et nært økonomisk og organisatorisk samarbeid med."

208. Kommunene foreslår følgende svar på spørsmål 10:

"Et foretak som har en dominerende stilling i markedet for kommunale tjenstepensjonsforsikringer, kan ikke uten hinder av EØS art. 54 avtale eller praktisere vilkår for skifte av leverandør av slike ordninger på en måte som gjør at flytting fra foretaket blir vanskelig eller helt umulig, med mindre begrensningene er påkrevet for å kunne opprettholde forsikringsordningen og foretakets ordning er nødvendig for å forbedre "conditions of work og employment" for de forsikrede."

Den islandske regjering

209. Den islandske regjering begrenser sine bemerkninger til spørsmålene 1 til 3. Det henvises til *Albany, Brentjens' og Drijvende Bokken*. I disse sakene kom De europeiske fellesskaps domstol til at bestemmelsene i en tariffavtale som sikter på å bedre arbeids- og ansettelsesvilkårene for arbeidstakerne må etter sin karakter og formål falle utenfor virkeområdet for (nå) artikkel 81 nr 1 i EF-traktaten.

210. På grunnlag av denne rettspraksis anfører Den islandske regjering det følgende; (i) det er en betingelse for unntak fra virkeområdet for artikkel 81 EF at avtalen er inngått som en tariffavtale; (ii) partene må være arbeidsgivere (sammenslutninger av arbeidsgivere) på den ene siden, og forbund av arbeidstakere, på den annen, som ved tarifforhandlinger seg i mellom søker å bedre arbeidsvilkårene; (iii) tariffavtalens innhold må gjelde bedring av arbeidsforholdene for de ansatte; (iv) arbeidsgivernes bidrag til pensjonsordningene må bedømmes som en form for vederlag til arbeidstakerne i vid forstand; (v) uttrykket "vilkår" må forstås svært vidt, og må omfatte alle økonomiske krav, herunder alle former for vederlag som arbeidstakeren får rett til ved sitt arbeid, såvel som ikkeøkonomiske ytelser som arbeidstakeren kan motta fra arbeidsgiveren deres på grunnlag av tariffavtalen; (vi) uansett artikkel 81 EF må arbeidstakerne ha rett til å opprette og drive institusjoner, eller sette i gang annen virksomhet for å virkeliggjøre målsetningen om å bedre

–

arbeidsvilkårene i samsvar med tariffavtalenes bestemmelser, i en hvilken som helst form disse måtte ta; (vii) Den islandske regjering slutter seg til det syn som uttales av Landsorganisasjonen i Norge og Kommunenes Sentralforbund.

211. Den islandske regjeringen foreslår følgende svar på spørsmålene 1 til 3:

"1a: På grunn av sin karakter og formål, faller tariffavtaler utenfor virkeområdet for artikkel 53 i EØS-avtalen. Følgelig er ikke tariffavtaler "avtale mellom foretak" etter artikkel 53 i EØS-avtalen.

1b: Med henvisning til svaret gitt til det første spørsmålet, er tariffavtaler ikke "beslutning truffet av sammenslutninger av foretak" etter artikkel 53 i EØS-avtalen, selv om de er inngått av en arbeidsgiverorganisasjon på arbeidsgiversiden.

1c: Enheten eller sektoren en arbeidsgiver driver i er ikke relevant i forhold til artikkel 53 i EØS-avtalen.

2a: Bare rent unntaksvis kan en bestemmelse i en tariffavtale falle inn under virkeområdet for artikkel 53 i EØS-avtalen.

2b: Det er ikke mulig å definere særlige regler for å besvare dette spørsmålet. Imidlertid, dersom en bestemmelse i en tariffavtale, som må være sluttet i god tro og angå kjernespørsmål for tarifforhandlinger, slik som lønns- og arbeidsforhold, er uegnet eller uforholdsmessig i forhold til hva som er nødvendig for å ivareta tariffavtalens formål og karakter, og bestemmelsen direkte påvirker forholdet mellom en arbeidsgiver og en tredje part, kan den, i unntakstilfelle, falle inn under virkeområdet for artikkel 53 i EØS-avtalen.

3: Tariffavtalebestemmelser om tjenestepensjonsordninger, slik som omtvistet i hovedsaken, er del av bestemmelser om godtgjørelse av arbeidstakere, og faller således utenfor virkeområdet for artikkel 53 nr 1 i EØS-avtalen. Dette gjelder også de bestemmelser som tjener til å sikre avtalepartenes kontroll over pensjonsordningene eller etterprøve om arbeidstakerne som er dekket av tariffavtalen er tilstrekkelig dekket dersom de vedkommende kommunene søker andre forsikrere."

Den norske regjering

212. Den norske regjering understreker viktigheten av EØS-konkurransereglene, men peker samtidig på at konkurransereglene nødvendigvis må balanseres mot andre like viktige mål, som de som ivaretas gjennom tariffavtaler.

213. Den norske regjering er av den oppfatning at det er avgjørende å sikre friheten for arbeidslivets parter til å inngå tariffavtale. Denne friheten er i en viss utstrekning begrenset ved lov, men det er viktig at tariffavtalenes formål, å regulere lønns- og andre arbeidsvilkår, ikke settes i fare av konkurransereglene hverken i nasjonal rett eller i EØS-avtalen. De sosialt aksepterte målsetninger i

arbeidsretten ville ikke kunne oppnås dersom tariffavtaler om lønns- og arbeidsvilkår skulle kunne anses som værende i strid med artikkel 53 nr 1 EØS.

214. Den norske regjering viser til De europeiske fellesskaps domstols dommer i *Albany, Brentjens', Drijvende Bokken, Pavlov og van der Woude*, som behandlet forholdet mellom tariffavtaler og artikkel 81 EF. Det anføres at denne rettspraksisen angir tre elementer som må foreligge for at en avtale skal kunne unntas fra virkeområdet for artikkel 81 nr 1 EF: (i) avtalen må være inngått som en tariffavtale; (ii) avtalen må være resultat av kollektive forhandlinger mellom arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner, og (iii) avtalen må bidra til å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkårene.

215. Den norske regjering anfører at den ovennevnte rettspraksis fra De europeiske fellesskaps domstol er relevant for å besvare spørsmålene i den foreliggende sak, og at det ikke er noen grunner, for eksempel knyttet til EØS-avtalens egenart, som tilsier at virkeområdet for artikkel 53 nr 1 EØS med hensyn til tariffavtaler i denne sammenheng skulle være annerledes enn i forhold til artikkel 81 nr 1 EF.

216. Den norske regjering trekker den slutning at avtaler som er inngått i form av tariffavtale som er resultat av kollektive forhandlinger mellom arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner, og som bidrar til å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkårene, faller utenfor virkeområdet for artikkel 53 nr 1 EØS. På grunnlag av denne konklusjonen anser Den norske regjering det unødvendig med en videre gjennomgang av spørsmålene som er stillet av Arbeidsretten.

217. Den norske regjering går så over til å drøfte formålet med rådgivende uttalelser. Den påpeker at rådgivende uttalelser er et instrument for samarbeid mellom nasjonale domstoler og EFTA-domstolen med det formål å formidle de nødvendige EØS-rettslige elementer til de nasjonale domstoler for at de skal kunne avgjøre saker som verserer for dem,²¹ og at det fremgår klart av artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (Overvåknings- og domstolsavtalen) at EFTA-domstolen bare har kompetanse til å uttale seg om tolkningen av EØS-avtalen. Det er imidlertid opp til den nasjonale domstolen å anvende de relevante bestemmelsene i EØS-avtalen på de faktiske forhold i saken i sin dom på nasjonalt nivå. Dersom EFTA-domstolen ønsker å besvare spørsmålene i nærværende sak i detalj, er Den norske regjering av den oppfatning at det vil gå utover en ren tolkning av EØS-avtalen. Den norske regjering foreslår, i tillegg til å påpeke at avtaler som er inngått i form av en tariffavtale, og som er resultatet av tarifforhandlinger mellom arbeidsgiver- og arbeidstagerorganisasjoner, faller utenfor virkeområdet for artikkel 53 nr 1 EØS, at EFTA-domstolen burde avstå fra å besvare spørsmålene som er stillet den av Arbeidsretten, på grunn av manglende kompetanse.

²¹ Sak E-5/96 *Ullensaker kommune med flere mot Nille AS* [1997] EFTA Court Report 30, premiss 12.

Den svenske regjering

218. Den svenske regjering begynner med å peke på at De europeiske fellesskaps domstol i flere saker har slått fast at tariffavtaler nyter konkurranserettslig immunitet, jf blant annet *Albany*, *Drijvende Bokken* og *Brentjens*'. Den svenske regjering anfører at dette prinsippet også kommer til anvendelse på artikkel 53 nr 1 EØS. Særlige egenskaper ved EØS-avtalen begrunner ikke en annerledes tolkning.

219. Den svenske regjering peker på at de avtaler saken gjelder ble inngått som en tariffavtale, og er resultatet av kollektive forhandlinger mellom arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner. Videre tar opprettelsen av en obligatorisk tjenstepensjonsordning, slik som den i den foreliggende saken, som tar sikte på å sikre et visst pensjonsnivå for alle arbeidstakerne, klart sikte på å forbedre arbeidstakernes lønn. De enkelte bestemmelsene som det er henvist til i Arbeidsrettens spørsmål nr 4 til 7b endrer ikke selv, eller i sammenheng med hverandre, det generelle formål med avtalen. Derfor faller avtalene utenfor virkeområdet for artikkel 53 nr 1 EØS.

220. Når det gjelder artikkel 54 EØS hevder Den svenske regjering at avtalen, hverken i sin helhet eller dens enkeltheter, etter sin karakter og innhold kan sies å innebære et misbruk av dominerende stilling. Bestemmelsene i den foreliggende avtalen er også mindre vidtrekkende enn de ordningene som ble vurdert i for eksempel *Albany* og *van der Woude*. Fordi avtalen ikke gir noe enkeltforetak eksklusive rettigheter til å forvalte pensjonsordningene, slik tilfellet var i *Albany* og *van der Woude*, kan ikke avtalen i seg selv sees å medføre en utnyttelse av en dominerende stilling på utilbørlig måte. Derfor kan ikke avtalen sies å være i strid med EØS-avtalen.

EFTAs overvåkningsorgan

221. EFTAs overvåkningsorgan peker på at spørsmål som de i den foreliggende saken har vært gjenstand for avgjørelser av De europeiske fellesskaps domstol. Det følger av disse avgjørelsene at tariffavtaler som har som sitt formål å bedre ansettelses- og arbeidsforhold ved sin karakter og formål faller utenfor virkeområdet for artikkel 81 EF, som er innholdsmessig identisk med artikkel 53 EØS. Det følger av dette at pensjonsfond tillagt oppgaven å gjennomføre disse oppgavene ikke overtrer konkurransebestemmelsene.

222. EFTAs overvåkningsorgan gir en analyse av den relevante rettspraksis fra De europeiske fellesskaps domstol, det vil si *Albany*, *Drijvende Bokken* og *Brentjens*'. Det anføres at denne rettspraksis er direkte relevant for tolkningen av de korresponderende bestemmelsene i EØS-avtalen.

223. EFTAs overvåkningsorgan peker på at HTA ble inngått som en tariffavtale og er resultat av kollektive forhandlinger mellom arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner. Den etablerer rett til tilleggspensjonsytelser, og pensjonsordninger må tilfredsstillende en rekke krav som tar sikte på å sikre arbeidstakeren et visst pensjonsnivå. Bestemmelsene søker dermed å bedre arbeidstakerens arbeidsforhold, nærmere bestemt deres godtgjørelse. Etter *Albany* og de beslektede saker faller slike bestemmelser utenfor konkurransereglens virkeområde.

224. Hva angår bestemmelsene i HTA punkt 2.1.8 om fremgangsmåte og godkjenning for skifte av selskap/pensjonskasse, og mellomkomst av Statens Pensjonskasse og Kredittilsynet, anfører EFTAs overvåkningsorgan at det fremgår at slike bestemmelser etter sin karakter og formål søker å sikre arbeidstakernes rettigheter etter tariffavtalen og således faller utenfor virkeområdet for artikkel 53 EØS.

225. Vedrørende kravene i punkt 2.1.8 om at pensjonsordningen må være basert på et finansieringssystem som er kjønnsnøytralt og ikke virker ekskluderende på eldre arbeidstakere, peker EFTAs overvåkningsorgan på at partenes formål er å hindre kommunale arbeidsgivere fra å få et økonomisk motiv for å rekruttere yngre menn fremfor eldre personer. Selv om bestemmelsen ikke direkte søker å bedre arbeidstakernes lønn, er det dens uttalte formål å sikre eldre kvinnelige arbeidstakere fra å bli ekskludert fra deltagelse i arbeidslivet. Etter EFTAs overvåkningsorgans syn kan en bestemmelse med dette formål sies å føre til forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkårene.

226. Mot denne bakgrunn anfører EFTAs overvåkningsorgan at karakteren og formålet til pensjonsbestemmelsen i HTA faller utenfor virkeområdet for artikkel 53 EØS. Tariffavtalebestemmelser om kollektive tjenestepensjonsordninger, slik som bestemmelsene i HTA punkt 2.1.8 annet, tredje og fjerde ledd faller utenfor virkeområdet for artikkel 53 EØS.

227. Til spørsmålet om mulig misbruk av dominerende stilling anfører EFTAs overvåkningsorgan først at det bør være rimelig klart at KLP er å anse som et "foretak" etter artikkel 54 EØS . Videre kan det ikke være rimelig tvil om at KLP har en dominerende stilling innen det relevante produkt- og geografiske marked. To ytterligere vilkår må imidlertid være oppfylt for å etablere et brudd på artikkel 54 EØS. For det første at foretaket har utnyttet sin dominerende stilling på utilbørlig måte og dernest at misbruket må påvirke handelen mellom avtalepartene. EFTAs overvåkningsorgan hevder at det faktum som er presentert i saken gir ikke anledning til noen konklusjon med hensyn til hvorvidt dette siste vilkåret er oppfylt.

228. EFTAs overvåkningsorgan anfører at bestemmelsene i punkt 2.1.8 kan ha som virkning å binde kommunene til ett selskap som har dominerende stilling. Dette kan utgjøre et misbruk etter artikkel 54 EØS, hvis bindingen går utover det som er nødvendig for å oppnå bestemmelsenes formål. Imidlertid gir ikke

anmodningen faktagrunnlag nok til å foreta en slik vurdering. Det må derfor bli opp til den nasjonale domstol å gjøre de nødvendige faktavurderinger.

229. EFTAs overvåkningsorgan foreslår følgende svar på spørsmålene:

"Tariffavtalebestemmelser om kollektive tjenestepensjonsordninger, slik som bestemmelsene i hovedtariffavtalen for kommuner m.v. for perioden 1998-2000 punkt 2.1.8 annet, tredje og fjerde ledd faller utenfor virkeområdet for EØS-avtalens artikkel 53.

Slike bestemmelser kan medføre at kommunene bindes til ett selskap som har en dominerende stilling. Dersom bindingen går utover det som er nødvendig for at bestemmelsen skal nå sitt formål, og ikke kan begrunnes i andre forhold, kan det foreligge misbruk i forhold til EØS-avtalens artikkel 54. Det er opp til den nasjonale domstol å gjøre de nødvendige faktavurderinger."

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

230. Kommisjonen for De europeiske fellesskap foreslår at Domstolen først bør vurdere spørsmål 3, og viser til rettspraksis fra De europeiske fellesskaps domstol hvor det er slått fast at avtaler inngått i kollektive forhandlinger mellom arbeidslivets parter som søker å realisere sosialpolitiske formål, på grunn av sin karakter og formål må anses å falle utenfor virkeområde for artikkel 81 nr 1 EF. Denne tilnærmingen fra De europeiske fellesskaps domstol er basert på forpliktelsen etter EF-traktaten til å føre både konkurransepolitikk og sosialpolitikk. Det første er uttrykt i ordlyden i artikkel 81 nr 1 og nr 2 EF, så vel som i beskrivelsen av Fellesskapets aktiviteter i artikkel 3 nr 1 bokstav g EF. Sosialpolitikken er på den annen side nedfelt i generelle formuleringer ved henvisningene i artikkel 2 EF og 3 nr 1 bokstav j EF.

231. Kommisjonen for De europeiske fellesskap bemerker at ordlydene i artikkel 81 EF og artikkel 53 EØS er identiske. Mens bestemmelsene om sosialpolitikk i EØS-avtalen er mindre vidtgående enn dem i EF-traktaten, er avtalepartenes intensjoner på dette området reflektert i fortalet, artikkel 1 nr 2, 67 og 71. Kommisjonen for De europeiske fellesskap anfører at EØS-avtalens sosialpolitiske målsetninger ville bli satt alvorlig i fare hvis artikkel 53 EØS ikke skulle forstås i sammenheng med avtalen i sin helhet. Dette ville innebære at artikkel 53 nr 1 EØS forstås i samsvar med den tolkningen De europeiske fellesskaps domstol ga av artikkel 81 nr 1 EF i *Albany* og de beslektede saker.

232. Kommisjonen for De europeiske fellesskap peker på at faktum i den foreliggende saken skiller seg fra det i *Albany* og de beslektede saker på flere måter, men konkluderer med at ingen av disse forskjellene burde føre til et materielt forskjellig utfall i den foreliggende sak. Som i *Albany*-sakene var HTA inngått i kollektive forhandlinger mellom på den ene side KS, som representerte kommunale arbeidsgivere, og på den andre side flere arbeidstakerorganisasjoner. Videre, ved å kreve at arbeidsgiverne etablerer tjenestepensjonsordninger, søker

HTA generelt å sikre alle arbeidstakere innen kommunesektoren et vist pensjonsnivå, det vil si minst 66% av sluttlønn, og den bidrar således til en forbedring av et av arbeidstakernes arbeidsvilkår, nemlig deres godtgjørelse.

233. Så snart det generelle vilkåret er oppfylt, det vil si at de omtvistede tariffbestemmelsene er ment å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkårene, må partene til avtalen ha en rimelig frihet til å fastlegge organiseringen av den pensjonsordningen det dreier seg om i detalj. Disse enkelte bestemmelser burde derfor etterprøves samlet i motsetning til en detaljert vurdering enkeltvis, under hensyn til de sosiale partenes autonomi, for å sikre at ingen gjennomføringsbestemmelser (som er potensielt konkurransebegrensende) er uforenlige med, eller unødvendige for å nå den alminnelige målsetningen om å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkårene. Dette er en oppgave for den nasjonale domstolen, særlig i den foreliggende saken, på grunn av de mange usikkerhetene om tolkningen av HTA. Kommisjonen antyder en viss veiledning for hvordan en slik analyse bør gjennomføres.

234. Kommisjonen for De europeiske fellesskap peker først på at tolkningen av punkt 2.1.8., tredje ledd, om kjønnsnøytralt finansieringssystem er en del av saken mellom KS og LO/NKF, som Kommisjonen ikke kan uttale seg om. Den uttaler bare at uansett hvilken tolkning som velges synes kravet om kjønnsnøytral finansiering, kombinert med kravet om at ordningen ikke virker ekskluderende på arbeidstakere, klart å være skapt for å bedre arbeids- og ansettelsesvilkårene, ved å hindre arbeidsgivere fra å ha et økonomisk motiv for å rekruttere yngre menn fremfor kvinner og eldre personer, og dermed likestille mulighetene for alle medlemmer av arbeidsstyrken. Kommisjonen for De europeiske fellesskap hevder videre under henvisning til *Albany*-rettspraksisen at selv om kravet om kjønnsnøytral finansiering i praksis førte til at KLP ble satt i en faktisk monopolstilling, ville ikke dette innebære en mer inngripende konkurransebegrensning enn det som var omhandlet i tidligere rettspraksis fra De europeiske fellesskaps domstol. Videre ville det ikke medføre at den omstridte bestemmelsen var unødvendig for, eller uforenlig med det ønskede sosialpolitiske formålet, nemlig å sikre likhet mellom kjønnene på arbeidsplassen, som nødvendiggjorde et slikt monopol. Derfor burde HTA punkt 2.1.8 tredje ledd anses å falle utenfor virkeområdet for artikkel 53 nr 1 EØS.

235. Kommisjonen for De europeiske fellesskap bemerker at punkt 2.1.8, fjerde ledd inneholder to materielle krav. Det første om en overføringsavtale med Statens Pensjonskasse, jf HTA 2.1.5 og 2.1.6, og det andre om at Kredittilsynet må ta til etterretning den ordning en kommune ønsker å tilknytte seg. Til det første vilkåret bemerker Kommisjonen for De europeiske fellesskap at formålet med slike avtaler er å sikre at arbeidstakere som har vært omfattet av flere offentlige pensjonsordninger, får pensjon som om de hele tiden har vært omfattet av en og samme ordning. Det er et vilkår som er ment å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkårene, da det tar sikte på beskyttelse av de stadig opptjente pensjonsrettighetene for arbeidstakere som har arbeidet i mer enn ett offentlig organ i sin karriere. Tilsvarende mener Kommisjonen for De europeiske

felleskap at det andre kravet tar sikte på å gjelde også for den nye ordningen, et vilkår som allerede gjelder i henhold til HTA punkt 2.1.6, for kommunenes allerede eksisterende ordninger. Dette bidrar til forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkårene, ved at det styrker arbeidstakernes garanti for at de ytelsene de er forespeilet etter ordningen faktisk blir utbetalt. Kredittilsynets overvåkende rolle er også tilsynelatende forenlig med dette formålet, da det gir en tilleggsgaranti for at sikringen av pensjonsytelsene er tilstrekkelig. Punkt 2.1.8, annet ledd gjelder videre den prosedyre som må følges for at et skifte av tilknytning skal kunne skje. Etter Kommisjonen for De europeiske fellesskaps syn er det logisk og i samsvar med de sosiale partenes autonomi til å forhandle, inngå og gjennomføre tariffavtaler om forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkårene, at partene tar del i overvåkningen av gjennomføringen av slike avtaler.

236. Med henvisning til *Albany* og de beslektede saker, bemerker Kommisjonen for De europeiske fellesskap at det må tillates at et fond selv tar stilling til unntak, uten at det er nødvendig at unntaksadgangen nødvendigvis tillegges et særskilt organ, dersom beslutningene om nekting er gjenstand for rettslig prøving, og dersom fondet, i dette tilfellet Pensjonsutvalgets tariffparter ikke anvender HTAs innholdsmessige vilkår på en vilkårlig måte. For at slike bestemmelser skal falle utenfor virkeområdet for artikkel 53 nr 1 EØS, må det være adgang til rettslig prøving av påstander om at partene til HTA bruker sin adgang til å etterprøve overholdelsen av enten de alminnelige kravene i punkt 2.1.1 til 2.1.7, eller de særlige flyttereglene i punkt 2.1.8 for andre formål enn å oppnå de sosiale målsetninger som ligger i disse kravene. Selv om partene dermed måtte godkjenne alle ordninger eller skifte av ordninger ved enstemmighet, og selv om de saksøkte kommunene hadde rett i påstanden om at det er en grunnleggende interessesammenfall mellom KS og KLP, som fører til at KLP får vetorett over godkjenning av andre ordninger, skulle muligheten for objektiv rettslig prøving hindre enhver konkurransebegrensning innenfor virkeområdet for artikkel 53 nr 1 EØS. Hovedsøksmålet for den nasjonale domstolen tyder på at den påkrevde mulighet til rettslig prøving foreligger.

237. Kommisjonen for De europeiske fellesskap foreslår avslutningsvis at Domstolen besvarer det tredje spørsmålet som er forelagt den av den nasjonale domstolen med at bestemmelsene i HTA punkt 2.1.8, andre, tredje og fjerde ledd synes å falle utenfor virkeområdet for EØS-avtalens artikkel 53 nr 1. Som følge av dette er det ikke nødvendig å besvare spørsmål 1 og 2, eller spørsmål 4 til 7; i alle tilfelle er de siste spørsmål i betydelig utstrekning blitt behandlet implisitt. Kommisjonen legger til, for i korthet å besvare spørsmål 8, at den ikke kan se noen grunn til at de omstridte bestemmelsene samlet skulle falle innenfor virkeområdet for artikkel 53 nr 1 EØS, hvis bestemmelsene enkeltvis ikke gjør det. Det er ingen åpenbar kumulativ virkning som kunne være uforenlig med eller unødvendig for å søke å nå de sosialpolitiske målsetningene i HTA kapittel 2.

238. I forhold til artikkel 54 EØS foreslår Kommisjonen at Domstolen først vender seg til spørsmål 10. Dersom dette spørsmålet besvares bekreftende er det ikke nødvendig å besvare spørsmål 9.

239. Det er allerede hevdet av Kommisjonen for De europeiske fellesskap at alle de omstridte bestemmelsene i HTA ikke faller innenfor virkeområdet for artikkel 53 nr 1 EØS, fordi de gjelder målet om forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkårene. Dersom imidlertid et foretak som innehar en dominerende stilling avledet fra en tariffavtale innlot seg på misbruk som ikke er relatert til å søke å nå avtalens sosialpolitiske målsetninger, ville det fortsatt omfattes av henholdsvis artikkel 82 EF og artikkel 54 EØS. Avslutningsvis anfører Kommisjonen for De europeiske fellesskap at Domstolen bør besvare det tiende spørsmål som er forelagt den av den nasjonale domstolen med at bestemmelsen i HTA punkt 2.1, andre, tredje og fjerde ledd faller utenfor virkeområdet for artikkel 54 EØS.

Thór Vilhjálmsson
Saksforberedende dommer