

# Adgangen til å tariffregulere tjenstepensjon – grensedragning mellom kollektiv arbeidsrett og konkurranserett

Liten masteroppgave i rettsvitenskap  
ved Universitetet i Bergen  
Det juridiske fakultet  
Våren 2010

Kandidatnummer: 172783  
Antall ord: 14 490  
Veileder: Tine Eidsvaag

## Innholdsfortegnelse

1. Innledning .....	4
1.1 Problemformulering .....	4
1.2 Presisering av avhandlingens tema .....	5
1.3 Avhandlingens aktualitet .....	6
1.4 Definisjoner og begrepsavklaringer .....	6
1.5 Avgrensning av oppgaven.....	7
1.6 Videre fremstilling .....	8
2. ”Arbeidskraft er ingen vare” – legislative hensyn og oversikt over rettskildebildet .8	8
2.1 Ulike legislative hensyn i konkurranserett og kollektiv arbeidsrett.....	8
2.2 Plassering av emnet i et større perspektiv.....	10
2.2.1 Oversikt over rettskildebildet.....	10
2.2.2 Oversikt over rettsstilstanden på tilgrensende rettsområder.....	13
3. Noen utgangspunkter om adgangen til å tariffregulere tjenestepensjon.....	15
3.1 Faktum i de tre parallelle sakene i Albany m. fl.....	15
3.2 EU-domstolen i Albany m.fl om unntaket fra konkurransereglens anvendelsesområde .....	17
3.3 Unntaketets nærmere rekkevidde.....	18
3.3.1 Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i Albany m.fl .....	18
3.3.2 Konkurransbegrensende virkninger på tredjemarkeder .....	20
4. Tariffavtaler der innholdet i selve pensjonsytelsen ikke er regulert .....	20
4.1 Har også disse tariffavtalene sosialpolitiske formål om å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår?.....	20
4.2 EU-domstolens avgjørelse i van der Woude-dommen .....	21
4.3 EU-domstolen innrømmer arbeidsmarkedspartene avtalefrihet .....	22
4.4 Er EU-domstolens argumentasjon fulgt opp i nyere praksis fra domstolen?.....	23
5. KLP-saken - EFTA-domstolens rådgivende uttalelse og Arbeidsrettens endelige avgjørelse .....	25
5.1 Formålet med en analyse av uttalelsen og den endelige avgjørelsen.....	25
5.2 Kort om saksforholdet i KLP-saken .....	25
5.3 EFTA-domstolens rådgivende uttalelse.....	26
5.3.1 Vurderingsmomenter for å fastlegge tariffavtalens formål.....	26
5.3.2 Krav om reell forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår?.....	28
5.4 Oppstiller EU-domstolen i nyere praksis et vilkår om reell forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår? .....	28
5.5 Arbeidsrettens endelige avgjørelse .....	30
5.5.1 Arbeidsrettens uttalelser om vurderingsmomenter for å fastlegge tariffavtalens formål.....	30
5.5.2 Arbeidsrettens uttalelser om reell forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår .....	31
6. Særlige begrensninger for tariffregulering av tjenestepensjon i offentlig sektor ....	32
6.1 Sak C-271/08 – bakgrunnen for søksmålet og tvistens kjerne.....	32
6.2 Generaladvokat Trstenjak sitt forslag til avgjørelse i sak C-271/08.....	33
6.2.1 Hvilke virkninger vil det ha dersom EU-domstolen følger generaladvokatens subsidiære forslag til avgjørelse? .....	35
6.2.1.1 For offentlige arbeidsgivere i Tyskland? .....	35
6.2.1.2 For offentlige arbeidsgivere i Norge? .....	35

6.3 Kritikk av generaladvokatens subsidiære forslag til avgjørelse .....	37
6.3.1 Fare for at arbeids- og ansettelsesvilkår blir ”alvorlig svekket”? .....	37
6.3.2 ”De sententia ferenda”- vurdering – konkret råd til EU-domstolen om hvordan den bør dømme i sak C-271/08.....	40
7. Avsluttende refleksjoner .....	41
7.1 Oppsummering av rettstilstanden og avsluttende tanker .....	41
Kilder .....	42

# 1. Innledning

## 1.1 Problemformulering

I konkurranseloven (forkortet: krrl) § 10 første ledd er det oppstilt forbud mot samarbeid som har til ”formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen”. Den klare hovedregelen i norsk konkurranserett er følgelig at alle former for konkurransebegrensende samarbeid vil være i strid med konkurranselovgivningen.

I krrl § 3 første ledd er det imidlertid angitt at konkurranseloven ikke gjelder for ”arbeids- og ansettelsesvilkår”. Begrunnelsen for unntaket er at det på arbeidsmarkedets område gjør seg gjeldende særlige sosiale hensyn om beskyttelse av arbeidstakere, som kan bli tilsidesatt dersom konkurransereguleringen skulle komme til anvendelse. I medhold av denne bestemmelsen har Arbeidsretten lagt til grunn at det gjelder et visst unntak fra konkurransereglene for tariffavtaler, som i sin natur er konkurransebegrensende. Som følge av de særlige sosiale hensyn som gjør seg gjeldende på arbeidsmarkedets område er det også i rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen innfortolket et unntak fra konkurransereglenes anvendelsesområde for tariffavtaler.<sup>1</sup>

Temaet for avhandlingen er hvor vidtgående unntaket fra konkurransereglenes anvendelsesområde er for tariffavtaler som forplikter norske arbeidsgivere eller arbeidsgiverforeninger å sikre arbeidstakere supplerende tjenestepensjonsytelser levert av en bestemt pensjonsleverandør.

Rekkevidden av unntaket vil også bli vurdert i forhold til tariffavtaler der tilslutning til en bestemt pensjonsleverandør ikke er obligatorisk, men der tjenestepensjonsordningen er organisert slik at arbeidsgiver har et sterkt incentiv å tegne tjenestepensjonsavtale med en utpekt pensjonsleverandør.

Avhandlingen vil også ta for seg i hvilken grad regelverket om offentlige anskaffelser eventuelt vil sette ytterligere begrensninger for offentlige arbeidsgiveres adgang til å regulere tjenestepensjon i tariffavtaler.

Formålet med avhandlingen er å presentere gjeldende norsk rett, sett på bakgrunn av Norges EØS-rettslige forpliktelser, hva angår adgangen til å regulere tjenestepensjon i tariffavtaler.

---

<sup>1</sup> Sak C-67/96, Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Sml. 1999 s. I-5751. Sak C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken BV mot Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, Sml. 1999 s. I-6121. Forente saker C-115/97-C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, Sml. 1999 s. I-6025. Sak E-8/00, Landsorganisasjonen i Norge m.fl mot Kommunenes sentralforbund m.fl, REC 2002 s. 114

## 1.2 Presisering av avhandlingens tema

Det norske pensjonssystemet kan inndeles i tre hovedkategorier.<sup>2</sup> Den første er folketrygdens alderspensjon og uføreytelser som er en offentlig ordning som tilkommer alle. Disse ytelsene er regulert i folketrygdloven. Den andre gruppen er tjenstepensjonsordninger som kjennetegnes ved at de er arbeidsrelaterte. Tjenstepensjon fungerer som et supplement til alderspensjon, uførepensjon, barnpensjon og pensjons- og overgangsstønad til gjenlevende ektefelle.<sup>3</sup> Den tredje er de individuelle pensjonsordninger.<sup>4</sup>

I avhandlingen er det kun pensjoner som faller inn under den andre gruppen som tas opp til vurdering. Disse pensjonsordningene er tilknyttet arbeidstakers arbeid, og kan tilkomme arbeidstakere både i den offentlige sektor, så vel som i den private.<sup>5</sup>

I lov om obligatorisk tjenstepensjon § 2 første ledd er det slått fast at foretak som oppfyller de angitte vilkår i § 1 første ledd, skal ha pensjonsordning som ”sikrer arbeidstakere i foretaket alderspensjon” i samsvar med kravene i loven. Det er kun alderspensjon loven pålegger foretakene å etablere, og i tillegg fremkommer det av § 1 tredje ledd at loven ikke gjelder for foretak som har pensjonsordning ”i henhold til lov eller tariffavtale for statlig eller kommunalt ansatte.”

I den statlige sektor blir tjenstepensjonsytelser levert av Statens Pensjonskasse. Statens Pensjonskasse er regulert i pensjonskasseloven som blant annet fastslår at tjenstepensjonsordningen innebærer at arbeidstakere innbetaler 2 % av lønnen i pensjonsinnskudd.<sup>6</sup> For statsansatte er tilslutning til Statens Pensjonskasse obligatorisk.<sup>7</sup> For fristilte foretak kan arbeidsgiver velge å slutte seg til Statens Pensjonskasse.<sup>8</sup>

I kommunal sektor blir tjenstepensjonsytelser hovedsaklig levert av Kommunal Landspensjonskasse (forkortet: KLP).<sup>9</sup> Av Norges 430 kommuner og 19 fylkeskommuner har 332 av dem pensjonsavtale i KLP.<sup>10</sup> De resterende får sine kollektive tjenstepensjonsordninger levert av forskjellige forsikringsselskaper og enkelte kommuner har egne pensjonskasser.<sup>11</sup>

I statlig sektor er tjenstepensjonsordningene lovfestet, mens pensjonsordningene i den kommunale sektor i stor grad er tariffregulert.<sup>12</sup> I privat sektor er tjenstepensjonsordningene hovedsaklig regulert i individuelle arbeidsavtaler og kun

---

<sup>2</sup> NOU 2009: 13 s. 21

<sup>3</sup> Se note 2

<sup>4</sup> Se note 2

<sup>5</sup> NOU 2009: 13 s. 46

<sup>6</sup> Pensjonskasseloven § 16 første punktum

<sup>7</sup> NOU 2009: 13 s. 26

<sup>8</sup> Se note 7

<sup>9</sup> NOU 2009: 13 s. 26 og Graver, Konkurranseregler og valg av leverandør av kollektive tjenstepensjoner, s. 92

<sup>10</sup> Opplysninger fra KLP på <http://www.klp.no/web/klpno.nsf/pages/omklp.html>

<sup>11</sup> Se note 7

<sup>12</sup> Se note 7

sjelden i tariffavtaler.<sup>13</sup> Som følge av dette er det særlig kommunale arbeidsgiveres adgang til å tariffregulere tjenstepensjon som er aktuelt for denne avhandlingen.

### **1.3 Avhandlingens aktualitet**

Som nevnt i avhandlingens punkt 1.1 har Arbeidsretten lagt til grunn at det gjelder et unntak fra konkurransereglens anvendelsesområde for tariffavtaler om tjenstepensjon. Videre har EU-domstolen og EFTA-domstolen innfortolket et visst immunitetsvern for tariffavtaler om tjenstepensjon i forhold til EU- og EØS-rettens konkurransebestemmelser. Disse avgjørelsene gir imidlertid ikke presise retningslinjer, og derfor er det grunn til å drøfte unntakets nærmere utstrekning.

EU-kommisjonens søksmål 24. juni 2008 mot Tyskland vitner også om at den nærmere utstrekningen av unntakets rekkevidde i forhold til offentlige arbeidsgivere ikke er endelig fastlagt.<sup>14</sup> EU-kommisjonen har anlagt sak mot Tyskland med påstand om brudd på det tidligere anskaffelsesdirektivet<sup>15</sup> så vel som det någjeldende anskaffelsesdirektivet<sup>16</sup> da kommunale myndigheter har inngått avtaler med pensjonsleverandører uten å følge anbudsplikten i de nevnte direktiv. EU-domstolen har foreløpig ikke avsagt dom i saken, men saksanleggelsen viser at adgangen til å tariffregulere tjenstepensjon ikke er endelig fastlagt og følgelig egner seg for rettslig undersøkelse.

### **1.4 Definisjoner og begrepsavklaringer**

I avhandlingen anvendes definisjonen av tariffavtale som følger av arbeidstvistloven (forkortet: arbtvl) § 1 nr. 8. Her fremkommer det at en tariffavtale er ”en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold.”

En tariffavtale er rettslig bindende for alle parter i tariffavtalen, altså for arbeidstakerorganisasjonen på den ene siden og for den enkelte arbeidsgiver (hvis denne er part,) eller arbeidsgiverforeningen på den andre siden.

I tillegg vil tariffavtalen også være rettslig bindende for medlemmene i organisasjonene som utgjør de overordnede tariffpartene. Vi kan ut fra dette forstå at alle arbeidsgivere som er medlemmer av en arbeidsgiverforening som står som part i en tariffavtale, er rettslig bundet av tariffavtalen. Tilsvarende vil også alle arbeidstakere hos de arbeidsgivere som er bundet av tariffavtalen og er organisert i arbeidstakerorganisasjonen som er overordnet part i tariffavtalen, være bundet av tariffavtalens bestemmelser.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> NOU 2009: 13 s. 46

<sup>14</sup> Sak C-271/08, Kommisjonen mot Tyskland

<sup>15</sup> Direktiv 92/50/EØF av 18. juni 1992

<sup>16</sup> Direktiv 2004/18/EF av 31. mars 2004

<sup>17</sup> Fougner m.fl, Kollektiv arbeidsrett, s. 229-231 om tariffbundethet. Se i tillegg ARD 2000 s. 207 premiss 18

At en tariffavtale er rettslig bindende innebærer at de overordnede tariffpartene samt deres medlemmer ikke har adgang til å inngå arbeidsavtaler i strid med tariffavtalens bestemmelser. Dette ufravikelighetsprinsippet har kommet til uttrykk i arbtvl § 3 nr. 3 der det heter at bestemmelser motstridende med tariffavtalen er ”ugyldig”. Kun dersom tariffavtalen eksplisitt hjemler adgang til å inngå arbeidsavtaler på andre vilkår enn de tariffavtalen fastslår, vil en avvikende arbeidsavtale være gyldig.

En tariffavtale er ikke rettslig bindende for arbeidstakere som ikke er organisert i en arbeidstakerorganisasjon. Men, arbeidstakerorganisasjonen kan allikevel kreve at arbeidsgiver er forpliktet til å etterleve tariffavtalens bestemmelser også i forhold til de uorganiserte arbeidstakerne.<sup>18</sup> Arbeidstakerorganisasjonene vil følgelig også kunne gripe inn dersom arbeidsgiver betaler en uorganisert dårligere enn tarifflønn.

Begrepene arbeidstaker, arbeidsgiver, arbeidsgiverforening og arbeidstakerorganisasjon/fagforening følger gjengse arbeidsrettslige definisjoner, jfr. arbeidsmiljøloven § 1-8 første og andre ledd og arbtvl § 1 nr. 3-4.

Videre benyttes benevnelsen ”Albany m.fl” når det siktes til de tre parallelle avgjørelsene fra EU-domstolen.<sup>19</sup> Dersom det kun siktes til sak C-67/96 benyttes betegnelsen ”Albany-dommen.”

## **1.5 Avgrensning av oppgaven**

Hovedproblemstillingen i avhandlingen er hvilken adgang norske arbeidsgivere har til å regulere tjenestepensjon i tariffavtaler. Problemstillingen favner meget vidt, og det oppstår følgelig behov for visse avgrensninger.

Selv om domstolene i et konkret tilfelle kommer frem til at bestemmelser i en tariffavtale om tjenestepensjon ikke er unntatt fra konkurransereglene anvendelsesområde, er det ikke dermed gitt at bestemmelsene i tariffavtalen er i strid med konkurransereglene.

I krrl § 10 første ledd er det oppstilt en rekke vilkår som må innfris for at det skal foreligge et konkurransebegrensende samarbeid i strid med konkurransereguleringen. Første ledd opplyster tre alternative samarbeidsformer. Det må enten foreligge en ”avtale mellom foretak”, en ”beslutning truffet av sammenslutninger av foretak” eller en ”form for samordnet opptreden”. Om en arbeidstakerorganisasjon er å anse som et foretak er et uavklart spørsmål som det ikke innenfor avhandlingens rammer er anledning til å drøfte.

Av krrl § 10 første ledd fremkommer det videre at det konkurransebegrensende samarbeidet må ha til ”formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen”. I praksis fra EU-domstolen er det innfortolket et vilkår om at konkurransen må begrenses merkbart.<sup>20</sup> Hva som nærmere skal til for å oppfylle

<sup>18</sup> ARD 1922 s. 50. I denne avgjørelsen ble det slått fast at Norsk Matros og Fyrbøterunion kunne kreve at arbeidsgiver fulgte tariffsatsene også overfor de uorganiserte arbeidstakerne

<sup>19</sup> Sak C-67/96, Sak C-219/97, Forente saker C-115/97-C-117/97

<sup>20</sup> Sak 5/69, Völk mot Vervaecke, Sml.1969 s. 69

merkbarhetsvilkåret er en interessant problemstilling som faller utenfor rammene for denne avhandling.

Tilsvarende vil heller ikke vilkårene som oppstilles i krrl § 11 om et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av dominerende stilling bli tatt opp til vurdering.

Det vil følgelig kun bli drøftet i hvilken grad tariffavtaler om tjenestepensjon faller utenfor konkurranselovgivningen, og ikke om bestemmelsene i krrl §§ 10 og 11 medfører at tariffavtalen er ugyldig dersom den er omfattet av konkurranselovgivningen.

Videre vil avhandlingen kun ta for seg tjenestepensjonsordninger regulert i *tariffavtaler*. Av den grunn faller en analyse av EU-domstolens avgjørelse i Pavel Pavlov-dommen utenfor avhandlingen, da denne saken dreide seg om tjenestepensjon vedtatt ensidig av en organisasjon for spesialleger.<sup>21</sup>

## **1.6 Videre fremstilling**

I avhandlingens punkt 2 plasseres emnet i et større perspektiv gjennom en presentasjon av sentrale legislative hensyn og at det gis en oversikt over rettskildebildet. I punkt 3 skisseres noen utgangspunkter om adgangen til å tariffregulere tjenestepensjon. Punkt 4 omhandler tariffavtaler som utpeker bestemte pensjonsleverandører uten at innholdet i selve tjenestepensjonen er regulert. I punkt 5 sees det hen til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse samt Arbeidsrettens endelige avgjørelse i KLP-saken. I punkt 6 vurderes om det foreligger særlige begrensninger for tariffregulering av tjenestepensjon i offentlige sektor. Avslutningsvis gis i punkt 7 en kort oversikt over rettstilstanden og det fremlegges noen avsluttende refleksjoner.

## **2. "Arbeidskraft er ingen vare" – legislative hensyn og oversikt over rettskildebildet**

### **2.1 Ulike legislative hensyn i konkurranserett og kollektiv arbeidsrett**

Konkurranserett og kollektiv arbeidsrett ivaretar ulike legislative hensyn. Disse hensynene må avveies mot hverandre i vurderingen av hvor omfattende adgangen til å tariffregulere tjenestepensjon er.

Det grunnleggende legislative hensynet i konkurranserett er hensynet til verdiskapning gjennom en effektiv ressursbruk. Grunntanken i konkurranserett er at effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser oppnås ved forbud mot konkurransebegrensende samarbeid, jfr. krrl § 1. Med andre ord er det sentrale

---

<sup>21</sup> Forente saker C-180/98- C-184/98, Pavel Pavlov m.fl mot Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Sml. 2000 s. I-6451



formålet med konkurranseregelverket å sørge for effektiv ressursbruk for å øke menneskenes velstand.<sup>22</sup>

Også regelverket om offentlige anskaffelser er basert på hensynet til verdiskapning gjennom en effektiv ressursutnyttelse, jfr. lov om offentlige anskaffelser (forkortet: offanskl) § 1. I likhet med konkurranseregelverket legger også regelverket om offentlige anskaffelser opp til at verdiskapning mest effektivt oppnås ved konkurranse, jfr. offanskl § 5 andre ledd.

Et annet grunnleggende hensyn i konkurranseregelverket og regelverket om offentlige anskaffelser er likebehandlingsprinsippet. Dette hensynet kommer særlig til uttrykk i offanskl § 1 som eksplisitt fastslår at offentlige anskaffelser skal være basert på "likebehandling". Hensynet til likebehandling innebærer at hele anbudsprosessen skal gjennomføres på en slik måte at det legges til rette for at flest mulig leverandører får anledning til å konkurrere på de samme premisser.<sup>23</sup> Likebehandlingsprinsippet innebærer også at oppdragsgiver ikke må "diskriminere mellom leverandører på grunnlag av nasjonalitet", jfr. offanskl § 5 fjerde ledd litra a).

I den kollektive arbeidsretten er imidlertid andre legislative hensyn tungtveiende. Tariffavtaler som fastsetter minstelønn vil per definisjon være konkurransebegrensende da de hindrer selgere av arbeidskraft i å selge seg for lavere lønn enn tariffavtalen fastslår. Spørsmålet blir dermed hvilke særlige legislative hensyn som gjør seg gjeldende på arbeidsmarkedets område og begrunner at tariffavtaler ikke bedømmes som ugyldige konkurransebegrensende kartellavtaler.

At arbeidsmarkedet står i en særstilling kommer til uttrykk allerede i ILOs Philadelphia-erklæring fra 1944. Her ble det uttrykt et slagord om at "labour is not a commodity", eller som vi ville si på norsk: "arbeidskraft er ingen vare".

Begrunnelsen for at en har sett det som sentralt å ha særregler for avtaler om prisen på arbeidskraft, er at det på arbeidsmarkedets område er nødvendig å sikre et visst beskyttelsesnivå for arbeidstaker. Bakgrunnen for det særskilte behovet for arbeidstakerbeskyttelse er maktubalansen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Det er på det rene at det eksisterer en faktisk maktubalanse mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som følge av ressursulikhet. Dette gjelder særlig der staten står som arbeidsgiver. I tillegg til den faktiske maktubalansen, er det også en rettslig ubalanse mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Den rettslige ubalansen kommer særlig til uttrykk gjennom arbeidsgivers styringsrett som innebærer en rett til å "organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet".<sup>24</sup> Maktubalansen nødvendiggjør mekanismer som hindrer at arbeidstaker konkurrerer med lav lønn og dårlige arbeids- og ansettelsesvilkår.

Arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet, herunder adgangen til å inngå tariffavtaler, er ansett som en slik sikkerhetsmekanisme, dertil en svært gunstig. Når arbeidstaker

<sup>22</sup> Per Norberg, Arbetsrätt och konkurrensrätt. En normativ studie av motsättningen mellan marknadsrättslige värden och sociala värden, s. 259

<sup>23</sup> Se offanskl § 5 første ledd samt Mona Søyland, Gyldendal Rettsdata, Norsk lovkommentar, note nr. 3 til § 1 i lov om offentlige anskaffelser

<sup>24</sup> Jfr. Rt. 2000 s. 1602 på s. 1609

opptrer gjennom sin arbeidstakerorganisasjon utjevnes styrkeforholdet mellom den individuelle arbeidstaker og arbeidsgiver.<sup>25</sup> Dersom minstelønn og andre sentrale arbeids- og ansettelsesvilkår ikke ble regulert i tariffavtaler eller lov, ville arbeidstaker i prinsippet stå overfor valget mellom å akseptere arbeidsgivers betingelser eller å forlate arbeidet.<sup>26</sup> Dette ville kunne resultere i en uheldig lavlønnskonkurranse som igjen kunne komme til å svekke arbeidstakers arbeids- og ansettelsesvilkår betraktelig. Tariffavtaler vil dermed begrense arbeidsgivers styringsrett hva angår lønnsnivå og andre sentrale arbeids- og ansettelsesvilkår.

Arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet, herunder regulering av arbeids- og ansettelsesvilkår i tariffavtaler, sikrer dermed sosial trygghet for arbeidstaker. Begrunnelsen for å gi arbeidsmarkedets parter adgang til å regulere lønns- og arbeidsvilkår i tariffavtaler, er dermed at denne form for konkurransebegrensende kartellavtaler hindrer sosial nød og følgelig anses samfunnsmessig nyttige.<sup>27</sup> Dette står i motsetning til kartellavtaler utenfor arbeidsmarkedets område som utelukkende vil virke negativt i forhold til konkurranseregelverkets målsetning om at effektiv anvendelse av samfunnets ressurser oppnås ved fri konkurranse.<sup>28</sup>

De særskilte sosiale hensynene som gjør seg gjeldende på arbeidsmarkedets område er følgelig begrunnelsen for at arbeidskraft, i konkurranserettslig sammenheng, ikke er å anse som en vare eller tjeneste, og at det aksepteres konkurransebegrensende avtaler på arbeidsmarkedets område i motsetningen til andre markeder.

I vurderingen om hvor omfattende adgangen til å tariffregulere tjenstepensjon er, må det foretas en avveining mellom behovet for å sikre sosial trygghet gjennom arbeidsmarkedspartenes handlefrihet contra formålet om å oppnå en mest mulig effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser gjennom en fri konkurranse.<sup>29</sup>

## **2.2 Plassering av emnet i et større perspektiv**

### **2.2.1 Oversikt over rettskildebildet**

Som nevnt i avhandlingens punkt 1.1, oppstiller konkurranseloven § 10 første ledd et forbud mot konkurransebegrensende samarbeid. Tilsvarende forbud er angitt i artikkel 101 nr. 1 TFEU<sup>30</sup> og artikkel 53 nr. 1 EØS.<sup>31</sup> Her fremkommer det at alle former for samarbeid som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innenfor henholdsvis ”det indre marked” i EU og for EØS-avtalens del ”innen det territorium som er omfattet av denne avtale,” er forbudt.

---

<sup>25</sup> Norberg s. 269

<sup>26</sup> Se note 25

<sup>27</sup> Norberg s. 271-272

<sup>28</sup> Kolstad og Ryssdal s. 38

<sup>29</sup> Sak E-8/00 premiss 37 og Graver s. 94

<sup>30</sup> Konsolidert utgave av Traktaten om den europeiske unions funksjonsområde

<sup>31</sup> Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

I krrl § 3 er det imidlertid angitt generelle unntak fra konkurranselovens anvendelsesområde. Det fremkommer av første ledd at loven ikke gjelder for ”arbeids- og ansettelsesvilkår.”

Problemstillingen blir hvorvidt tariffavtaler om supplerende tjenestepensjon er å anse som ”arbeids- og ansettelsesvilkår”.

En naturlig forståelse av ”arbeids- og ansettelsesvilkår” trekker i retning av at pensjonsregulering omfattes av unntaksbestemmelsen siden pensjon kan betraktes som en utvidet del av arbeidstakers lønn. At pensjonsregulering omfattes av ”arbeids- og ansettelsesvilkår” fremkommer også av forarbeidene til konkurranseloven der ”pensjonsordninger” nevnes som et eksempel på hva uttrykket ”arbeidsvilkår” omfatter.<sup>32</sup>

I de samme forarbeidene er det imidlertid også fastslått at de norske konkurransebestemmelsene må anvendes i samsvar med praksis fra henholdsvis EU- og EFTA-domstolen når det gjelder vurderingen av bestemmelser i kollektive arbeidsavtaler.<sup>33</sup>

Tilsvarende unntak for ”arbeids- og ansettelsesvilkår” som oppstilles i krrl § 3 første ledd følger ikke direkte av TFEU eller EØS. Likevel er det på det rene at et visst konkurranserettslig immunitetsvern for kollektive avtaler om supplerende tjenestepensjon er innfortolket i avgjørelser fra EU- og EFTA-domstolen.<sup>34</sup>

I EØS-konkurranseloven (forkortet: EØS-krrl) § 7 første ledd er det fastslått at norske konkurransemyndigheter og domstoler må anvende art. 53 og 54 EØS parallelt med krrl §§ 10 og 11 dersom det konkurransebegrensende samarbeidet ”påvirke[r] samhandelen mellom EØS-statene”. Terskelen for å oppfylle samhandelskriteriet er lav. Det er tilstrekkelig at det i et medlemsland anvendes konkurransebegrensninger som utelukker foretak i andre medlemsstater fra markedet.<sup>35</sup> Da tariffavtaler som utpeker nasjonale pensjonsleverandører utelukker foretak i andre medlemsstater, må de norske konkurransemyndigheter og domstoler i disse sakene anvende EØS-avtalens konkurranseregler parallelt med de interne norske reglene.

I EØS-krrl § 7 andre ledd er det gitt regler for samordning av EØS-rettens konkurranseregler og de interne norske bestemmelsene. Bestemmelsen fastslår at anvendelsen av norsk konkurranselovgivning ikke må medføre forbud mot samarbeid som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ”ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3.”

---

<sup>32</sup> Ot.prp.nr.6(2003-2004) s. 34

<sup>33</sup> Ot.prp.nr.6(2003-2004) s. 221-222

<sup>34</sup> Sak C-67/96, Sak C-219/97, Forente saker C-115/97-C-117/97, samt Sak E-8/00

<sup>35</sup> Kolstad og Ryssdal s. 30

Dette innebærer at de norske konkurranseforbudene ikke kan anvendes på en slik måte at de i større grad enn rettspraksis tilknyttet artikkel 53 EØS, forbyr ulike former for konkurransebegrensende samarbeid.<sup>36</sup>

EØS-avtalen setter følgelig begrensninger for hvor restriktivt forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i § 10 er dersom samhandelskriteriet er oppfylt. EØS-avtalen vil dermed sette begrensninger for i hvilken utstrekning det i intern norsk konkurranseret er adgang til å sensurere tariffavtaler om supplerende tjenstepensjon.

Vi kan av dette forstå at praksis fra EFTA-domstolen må tillegges vesentlig vekt for å ta stilling til hvilken adgang norske arbeidsgivere har til å regulere tjenstepensjon i tariffavtaler.

Da EFTA-domstolen er forpliktet til å følge praksis fra EU-domstolen fra før 1. mai 1992 og ta ”tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom relevante rettsavgjørelser” etter dette tidspunkt, vil også rettspraksis fra EU-domstolen være relevant for å ta stilling til norsk rett på dette punkt.<sup>37</sup>

Det skal også drøftes hvorvidt regelverket om offentlige anskaffelser setter ytterligere begrensninger for offentlige arbeidsgivers adgang til å inngå slike tariffavtaler.<sup>38</sup>

Offentlige anskaffelser er i intern norsk rett regulert i lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrift om offentlige anskaffelser.<sup>39</sup> Forskriften gjennomfører anskaffelsesdirektivet som ble vedtatt innenfor EU i mars 2004.<sup>40</sup>

Praksis fra EU-domstolen om eventuelle ytterligere begrensninger anskaffelsesdirektivet medfører for offentlig arbeidsgivers adgang til å tariffregulere tjenstepensjon, vil derfor kunne få betydning for norske kommuners adgang til å inngå tariffavtaler om tjenstepensjon uten å sette dette ut på anbud.

I avhandlingens punkt 6.2.1.2 vil det bli vurdert om en bestemmelse om ”frys” av de ansattes pensjonsforhold inntatt i tariffavtalen mellom Spekter og helseforetakene må tilsidesettes dersom EU-domstolen i sak C-271/08 konkluderer med at tyske kommunale myndigheter har brutt anbudsplikten. Det blir også tatt stilling til om vilkårene for skifte av pensjonsleverandør i Hovedtariffavtalen KS for perioden 1. mai 2008 til 30. april 2010 vil stå seg.

---

<sup>36</sup> Harald Evensen og Eivind Sæveraas(red), Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer, s. 99 og Kolstad og Ryssdal, s. 35

<sup>37</sup> Jfr. art. 6 EØS og Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol art. 3 nr.2. Se også Ot.prp.nr.6(2003-2004) s.68 gis det uttrykk for at ”rettspraksis fra EU- og EØS-retten må veie tungt som rettskilde ved anvendelse av de norske forbudsbestemmelsene.”

<sup>38</sup> Denne problemstillingen har blitt særlig aktuell som følge av kommisjonens søksmål mot Tyskland i sak C-271/08

<sup>39</sup> FOR-2006-04-07-402.

<sup>40</sup> Direktiv 2004/18/EF

## 2.2.2 Oversikt over rettstilstanden på tilgrensende rettsområder

EU-domstolens avgjørelser i Albany m.fl. 21. september 1999 er de første sakene som har vært oppe for EU-domstolen som direkte angår problematikken rundt anvendelse av EU-rettens konkurransebestemmelser på tariffavtaler.<sup>41</sup>

Grensedragningen mellom kollektiv arbeidsrett og konkurranserett kan imidlertid komme opp også på andre måter enn direkte i forhold til EU og EØS-rettens konkurranseregler og regelverket om offentlige anskaffelser.

I eldre praksis ble EU-domstolen gjerne stilt overfor spørsmålet om enerettigheter i forhold til arbeidsmarkedet og i tillegg har domstolen i en rekke likelønnsaker avveid sosiale hensyn i arbeidsretten mot konkurransehensyn.<sup>42</sup>

Adgangen til å utpeke bestemte pensjonsleverandører i tariffavtaler kan også komme i konflikt med grunnleggende prinsipper om fri flyt av tjenester og kapital samt fri etableringsadgang i henholdsvis EU og EØS.<sup>43</sup> Det gjelder, både i EU og EØS-samarbeidet, en klar hovedregel om forbud mot restriksjoner i den frie flyt av tjenester og kapital samt i den frie etableringsadgang.

Tariffavtaler som pålegger arbeidsgiver å få pensjon levert av en utpekt nasjonal leverandør, vil utelukke utenlandske leverandører av tjenestepensjon og dermed hindre at markedsbarrierene innenfor EU og EØS-fellesskapet brytes ned. I EU-rettslig terminologi vil tariffavtaler som utpeker pensjonsleverandører derfor kunne være en restriksjon for fri bevegelse av tjenester og fri etableringsadgang, da avtalene utelukker leverandører av tjenestepensjon med hjemsted i en annen medlemsstat.<sup>44</sup>

Det er imidlertid i rettspraksis fra EU-domstolen oppstilt en lære om såkalte tvingende allmenne hensyn som kan begrunne unntak fra forbudet mot restriksjoner i den frie flyt av tjenester. EU-domstolen oppsummerer læren godt i Wolf og Müller-dommen.<sup>45</sup> I premiss 34 uttales det at restriksjoner kan være legitime dersom de kan begrunnes med "tvingende almene hensyn" så fremt disse hensyn ikke "tilgodeses" i tjenesteyters hjemland, forutsatt at bestemmelsene er "egnete til at sikre virkeliggjørelsen af det formål, de forfølger" og at de ikke går utover det som er "nødvendig" for å oppfylle formålet.

For at restriksjoner i tjenestefriheten skal være legitime, må de følgelig være begrunnet i et tvingende allment hensyn. Restriksjonen må videre være egnet for å nå

<sup>41</sup> Fougner m.fl. s. 159 og Ruth Nielsen, Skæringsfeltet mellom kollektive overenskomster og konkurranceretten – arbeidsrettlige perspektiver, s. 11-12

<sup>42</sup> Ruth Nielsen, Kollektive overenskomster og konkurranceretten, Juridiske afhandlinger meddelelser M.M, s. 29

<sup>43</sup> I EU er prinsippene om fri flyt av tjenester, kapital og personer samt fri etableringsadgang omhandlet i avsnitt IV TFEU. Det fremkommer av artikkel 1 andre ledd litra c) og d) EØS at det også innen EØS er fri flyt av tjenester og kapital. Nærmere bestemmelser om fri bevegelse for personer, tjenester og kapital samt fri etableringsadgang er gitt i del III EØS.

<sup>44</sup> Sak C-76/90, Manfred Säger mod Dennemeyer & Co. Ltd, Sml. 1991 s. I-4221 premiss 12

<sup>45</sup> Sak C-60/03, Wolff & Müller GmbH & Co. KG mod José Filipe Pereira Félix, Sml. 2004, s. I-9553

dette tvingende formålet, hensynene må ikke allerede være tilstrekkelig ivaretatt i bestemmelser i tjenesteyters opprinnelsesland, og restriksjon må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. I tillegg oppstilles det et vilkår om at restriksjonen må overholde likebehandlingsprinsippet.<sup>46</sup>

I rettspraksis fra EU-domstolen, blant annet i Finalarte-dommen, er det lagt til grunn at beskyttelse av arbeidstakere er et slikt tvingende allment hensyn som kan legitimere restriksjoner.<sup>47</sup>

Dette illustrerer at EU-domstolen, også i forhold til dette tilgrensende rettsområde, har anerkjent at hensynet til et effektivt fungerende marked og en best mulig utnyttelse av samfunnets ressurser ikke gjør seg gjeldende med særlig tyngde på arbeidsmarkedets område. Dette viser seg også ved at EU-domstolen i flere saker har lagt til grunn at minstelønnsordninger er begrunnet i et tvingende allment hensyn om beskyttelse av arbeidstakere, og dermed er å anse som en legitim restriksjon i tjenestefriheten.<sup>48</sup>

I tillegg har EU-domstolen i nyere praksis måttet veie arbeidstakerorganisasjoners adgang til å gå til arbeidskamp opp mot utenlandske selskapers etablerings- og tjenestefrihet. Avgjørelsene som særlig illustrerer denne problematikken er Viking Line og Laval-dommene.<sup>49</sup> EU-domstolen anerkjente i disse avgjørelsene retten til arbeidskamp som en grunnleggende rettighet, men la likevel til grunn at denne rettigheten må balanseres mot utenlandske foretaks etableringsfrihet.

Reglene om tjeneste- og etableringsfrihet bygger, på tilsvarende måte som konkurranseregelverket, på den grunnleggende tanke om at det oppnås effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser ved at hindringer i konkurranse over landegrensene motarbeides. Også her er følgelig verdiskapning gjennom effektiv ressursbruk et tungtveiende legislativt hensyn. Siden reglene om tjeneste- og etableringsfrihet i stor grad bygger på de samme legislative hensyn som konkurransereglene, kan det være naturlig å se hen til avgjørelser fra EU-domstolen der grensedragningen mellom arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet og tjeneste- og etableringsfriheten er blitt satt på spissen. Begrunnelsen for at det har blitt akseptert begrensninger i tjeneste- og etableringsfriheten er sammenfallende med begrunnelsen for at konkurranseregelverket ikke gjelder for arbeids- og ansettelsesvilkår. Det avgjørende er nemlig i begge tilfeller de særlige sosiale hensyn som gjør seg gjeldende på arbeidsmarkedet.

EU-domstolen har imidlertid uttalt at det ikke er noen automatikk i at avtaler som faller utenfor regelverket om fri flyt av tjenester, også faller utenfor

---

<sup>46</sup> Kjetil Stensvik, Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelighet for tjenester, s. 9

<sup>47</sup> Sak C-49/98, Finalarte Sociedade de Construção Civil Ld, Sml. 2001 s. 1-7831

<sup>48</sup> Illustrerende er sak C-165/98, Straffesak mot André Mazzoleni og Inter Surveillance Assistance SARL, Sml. 2001 s. I-2198 og Sak C-341/02, Kommisjonen mot Forbundsrepublikken Tyskland, Sml. 2005 s. I-2733

<sup>49</sup> Sak C-438/05, International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti, Sml. 2007 s. I-10779 og Sak C-341/05, Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan og Svenska Elektrikerförbundet, Sml. 2007 s. I-11767

konkurranseregelverkets anvendelsesområde, og vice versa.<sup>50</sup> Som følge av dette må det foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av om det er rettskildemessig grunnlag for å trekke paralleller fra rettspraksis på dette tilgrensende rettsområdet.

Sentralt er det likevel at EU-domstolen i disse sakene har anerkjent at arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet, herunder retten til å iverksette kollektive kampskritt, er en grunnleggende rettighet.<sup>51</sup> Arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet er også fremhevet i EUs eget charter om grunnleggende rettigheter.<sup>52</sup> I art. 28 er det lagt til grunn at arbeidsgiver og arbeidsgiverforeninger har ”rett til at forhandle og inngå kollektive overenskomster [...]”. I art. 6 nr. 1 TEU<sup>53</sup> fastslås at rettighetene i charteret har samme trinnhøyde som traktatene. Videre fremkommer det art. 6 nr. 3 TEU at de grunnleggende rettigheter i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen<sup>54</sup> (forkortet: EMK) ”udgør generelle prinsipper i EU-retten”. I art. 11 EMK er forsamlings- og foreningsfrihet statuert som en grunnleggende rettighet. I nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (forkortet: EMD) er det fastslått at det er i strid med art. 11 EMK å nekte kommunalt ansatte å danne fagforening. I tillegg la EMD til grunn at art. 11 gav den aktuelle fagforening rett til å forhandle kollektivt og inngå rettslig bindende tariffavtale.<sup>55</sup>

Vurderingen av hvor omfattende adgangen til å tariffregulere tjenstepensjon er, vil i realiteten være en avveining mellom en rettstilstand som tar avgjørende hensyn til arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet, contra en rettstilstand hvor tariffavtaler underlegges en nøye overprøvelse formål og virkning.

De nevnte saker illustrerer at grensedragningen mellom konkurranserett og kollektiv arbeidsrett har vært, og vil i fremtiden fortsatt være, en interessekonflikt som reiser spennende grensedragnings spørsmål.

### **3. Noen utgangspunkter om adgangen til å tariffregulere tjenstepensjon**

#### ***3.1 Faktum i de tre parallelle sakene i Albany m. fl***

Spørsmålet om anvendelse av konkurransereglene på tariffavtaler om tjenstepensjon var oppe for EU-domstolen i de tre parallelle sakene i Albany m. fl. Avgjørelsene er tilnærmet identiske da alle tre var prejudisielle saker der EU-domstolen av nederlandske domstoler ble bedt om å ta stilling til forenligheten mellom obligatoriske tariffregulerte tjenstepensjoner og EU-rettens konkurranseregler.

<sup>50</sup> Sak C-438/05, premiss 53 og Sak C-519/04, David Meca-Medina og Igor Majcen mot Kommisjonen, Sml.2006 s. I-6991 premiss 31

<sup>51</sup> Sak C-341/05, premiss 91 og sak C-438/05 premiss 44

<sup>52</sup> EUs Charter om grunnleggende rettigheter ble vedtatt 7. desember 2000 og er senere tilpasset 12. desember 2007. Charteret med tilhørende bemerkninger er publisert i EU-Tidende 2007 C 303

<sup>53</sup> Konsolidert utgave av traktaten om den europeiske union

<sup>54</sup> Den europeiske menneskerettskonvensjon, inntatt i lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

<sup>55</sup> Sak 34503/97, Demir og Baykara mot Tyrkia, dom avsagt 12. november 2008

I tariffavtalene var både innholdet i pensjonsytelsene samt hvem som skulle forvalte pensjonsinnskuddene regulert. Nedenfor vil det bli gitt en kort oversikt over faktum i avgjørelsene.

I Albany-dommen var sakens parter det nederlandske selskapet Albany International BV (forkortet: "Albany") mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (forkortet: "fondet"). Albany hadde sitt virke i tekstilbransjen, og i denne bransjen var det opprettet en tariffavtale som gjorde tilknytning til en bestemt pensjonsleverandør obligatorisk for alle ansatte. Albany fant ikke den tariffavtalte pensjonsordningen tilstrekkelig, og inngikk en avtale med et forsikringselskap om tilleggspensjonsordning for sine ansatte. Tilleggsavtalen sikret de ansatte en pensjon utgjørende 70% av deres sluttlønn etter 40 års ansettelse.

I etterkant ble imidlertid den obligatoriske pensjonsordningen endret, slik at alle arbeidstakere som var bundet av tariffavtalen hadde krav på tilsvarende ordning som Albany hadde sikret for sine ansatte. Albany ba om fritak fra den obligatoriske tilslutning til tariffavtalens utpekte pensjonsleverandør. Forespørselen om fritak ble avslått, og Albany gikk til sak med påstand om at obligatorisk tilslutning var i strid med dagjeldende artikkel 85 første ledd EF,<sup>56</sup> tilsvarende artikkel 101 nr. 1 TFEU.<sup>57</sup>

Albany hevdet at tariffavtalen ville begrense konkurransen på to måter. For det første innebar avtalen at virksomheter omfattet av tariffavtalen ble forhindret i å inngå avtaler med andre pensjonsleverandører. For det andre utelukket tariffavtalen andre forsikringselskaper, som leverandører av pensjonsordninger, fra en vesentlig del av pensjonsforsikringsmarkedet.<sup>58</sup>

EU-domstolen konkluderte imidlertid med at tariffavtalen om supplerende tjenestepensjon ikke var i strid med konkurransereglene. Det var heller ikke i strid med konkurransereglene ved tariffavtale å opprette et pensjonsfond som skulle administrere tilleggspensjonsordningen, og deretter be offentlige myndigheter om å gjøre tilslutning til dette pensjonsfondet obligatorisk gjennom lov.

I Drijvende Bokken-dommen<sup>59</sup> drev Maatschappij Drijvende Bokken BV (forkortet: "Drijvende Bokken") med utleie av flytekraner. Flytekranene ble ofte utleid sammen med slepebåter og ble blant annet benyttet innenfor offshoreindustrien, men også i den kjemiske industri.<sup>60</sup>

For havnevirksomheter var det ved tariffavtale opprettet et pensjonsfond som var gjort obligatorisk for alle ansatte av offentlige myndigheter ved lov. Drijvende Bokken hadde sluttet seg til et annet pensjonsfond fordi selskapet mente at deres virksomhet ikke var å anse som en havnevirksomhet.

Drijvende Bokken anførte, tilsvarende Albany i Albany-dommen, at en obligatorisk tilslutning var i strid med blant annet dagjeldende artikkel 85 første ledd EF,

---

<sup>56</sup> Traktat om opprettelse av det europeiske fellesskap, 25. mars 1957

<sup>57</sup> Sak C-67/96 premiss 47

<sup>58</sup> Sak C-67/96 premiss 48

<sup>59</sup> Sak C-219/97

<sup>60</sup> Sak C-219/97 premiss 27



tilsvarende artikkel 101 nr. 1 TFEU. Domstolen la imidlertid til grunn at dagjeldende artikkel 85 EF ikke var til hinder for opprettelse av obligatorisk tjenstepensjon i tariffavtale.<sup>61</sup>

I Brentjens-dommen<sup>62</sup> ble det i 1958 opprettet et pensjonsfond som ble gjort obligatorisk for arbeidstakere mellom 23 og 64 år innen virksomheter som drev utelukkende eller hovedsaklig med engrosshandel med bygge- og andre beslektede varer.<sup>63</sup>

Brentjens` Handelsovernemning BV (forkortet: "Brentjens") mente at et annet forsikringsselskap enn det obligatoriske fondet kunne tilby en mer fordelaktig pensjon, og ba derfor om fritak fra den obligatoriske tilslutningen. Brentjens ble ikke innvilget fritak, og det oppstod derfor tvist mellom Brentjens og fondet om ordningen var i strid med EU-rettens konkurranseregler. EU-domstolen kom frem til samme konklusjon som i Albany- og Drijvende Bokken-dommene.

### **3.2 EU-domstolen i Albany m.fl om unntaket fra konkurransereglens anvendelsesområde**

Siden unntaket for "arbeids- og ansettelsesvilkår" i krrl § 3 skal være i overensstemmelse med praksis fra EU-domstolen vil det bli tatt stilling til i hvilken grad domstolen i Albany m.fl har innfortolket et unntak fra konkurransereglens anvendelsesområde for tariffavtaler om tjenstepensjon.

EU-domstolen la i dommene til grunn at tariffavtaler nødvendigvis innebærer visse "konkurrencebegrensende virkninger."<sup>64</sup> EU-domstolen uttalte likevel at "[d]e sosialpolitiske målsætninger" som forfølges med slike avtaler "ville imidlertid blive bragt alvorligt i fare" dersom arbeidsmarkedets parter var underlagt den tidligere artikkel 85 EF, tilsvarende någjeldende artikkel 101 nr.1 TFEU, i forbindelse med deres felles bestrebelse på å finne "egnede foranstaltninger til at forbedre beskæftigelses- og arbeidsvilkårene".<sup>65</sup>

Som følge av dette uttalte domstolen at det følger av en "formålsbestemt og sammenhengende fortolkning af traktatens bestemmelser som helhed" at tariffavtaler med sosialpolitiske målsetninger, som følge av "deres karakter og formål" må anses for å falle utenfor forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.<sup>66</sup>

I det følgende vil det bli vurdert hvilke "socialpolitiske målsætninger" som kan legitimere unntak fra konkurransereglens anvendelsesområde.

EU-domstolen fant i Albany m.fl at en obligatorisk pensjonsordning som administreres av et bestemt pensjonsfond er en ordning som "i sin helhed" sikter mot

<sup>61</sup> Sak C-219/97, domstolens konklusjon, punkt 2

<sup>62</sup> Forente saker C-115/97-C-117/97

<sup>63</sup> Forente saker C-115/97-C-117/97 premiss 25

<sup>64</sup> Sak C-67/96 premiss 59

<sup>65</sup> Premiss 59

<sup>66</sup> Premiss 60

å sikre alle arbeidstakere innenfor bransjen et visst pensjonsnivå. Domstolen la til grunn at avtalen bidrar ”direkte til en forbedring af et af arbejdstagernes arbejdsvilkår, nemlig deres løn”.<sup>67</sup> Domstolen anså følgelig forbedring av arbeidstakernes arbeidsvilkår som et sosialpolitisk formål som kunne legitimere unntak fra konkurransereglens anvendelsesområde.

Formålet med tariffavtalen må dermed være å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår.<sup>68</sup> Dersom tariffavtalen ikke har som formål å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår, vil den falle inn under konkurransereglens anvendelsesområde.

Likevel er det på det rene at tariffavtaler kun unntaksvis ikke har som formål å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår. Som følge av dette er det i dag naturlig å legge til grunn at den klare hovedregelen er at tariffavtaler om tjenstepensjon faller utenfor konkurransereglens anvendelsesområde.<sup>69</sup>

### **3.3 Unntakets nærmere rekkevidde**

#### **3.3.1 Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i Albany m.fl**

I lys av generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i Albany m.fl.<sup>70</sup> er det grunn til å problematisere nærmere hvor vidtgående unntaket fra konkurransereglens anvendelsesområde er for tariffavtaler som gjør tilslutning til leverandør av tjenstepensjon obligatorisk.

Generaladvokatene bistår EU-domstolen, men dømmer ikke i sakene. I stedet kommer generaladvokatene med ”begrundede forslag til avgjørelse” jfr. artikkel 252 andre ledd TFEU. Generaladvokatens forslag til avgjørelse er ikke bindende, og det varierer i hvilken grad domstolen velger å følge generaladvokatens forslag.<sup>71</sup>

Under gis først en fremstilling av generaladvokatens forslag til unntakets utstrekning. Deretter vurderes det i hvilken grad EU-domstolen har fulgt generaladvokatens forslag til avgjørelse.

Generaladvokaten uttalte i sitt forslag til avgjørelse i Albany m.fl at overenskomsten kunne oppfattes som bestående av tre ulike deler.<sup>72</sup>

For det første at arbeidsgivere for hver enkelt arbeidstaker i de omfattede bransjer skulle innbetale et pensjonsbidrag utgjørende et bestemt beløp.<sup>73</sup>

<sup>67</sup> Premiss 63

<sup>68</sup> Fougner m.fl s. 165

<sup>69</sup> Graver s. 94 og Niklas Bruun og Jari Hellsten, Collective Agreement and Competition in the EU, The report of the COLOM-project, s. 42-43

<sup>70</sup> Forente forslag til avgjørelse fra generaladvokat Jacobs fremsatt 28. januar 1999, Sml. 1999 s. I-5751

<sup>71</sup> Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen, Olav Kolstad, EØS-rett, 2. utgave, s. 131

<sup>72</sup> Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i Albany m.fl premiss 197

For det andre, opprettelse av pensjonsordningen som de innbetalte pensjonsbidragene inngikk i, som skulle administreres av representanter fra arbeidsgiver og fagforeningene i fellesskap.<sup>74</sup>

For det tredje anmodning til den kompetente myndighet om allmenngjøring av tariffavtalen som medførte at ordningen ble obligatorisk for alle virksomheter i bransjen. Allmenngjøringen innebar at også arbeidsgivere som ikke var part i den inngåtte tariffavtalen, men som drev i vedkommende bransje, ble omfattet av avtalen og dermed den obligatoriske pensjonsordningen.<sup>75</sup>

Generaladvokaten konkluderte med at den første delavtalen utgjorde ”en del af arbejdstagernes løn” og at slike tariffavtaler om pensjonsbidrag ”ikke [berører] tredjemand direkte”.<sup>76</sup> Ut fra dette la han til grunn at den første delavtalen falt inn under unntaket fra konkurransereglens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid.

Når det gjelder de to siste delavtalene, altså at det ble opprettet en pensjonsordning som skulle administreres av representanter fra arbeidsgiver- og arbeidstakersiden i fellesskap samt at arbeidsmarkedets parter kunne anmode myndighetene om å gjøre tilslutning obligatorisk for samtlige virksomheter i bransjen, uttalte imidlertid generaladvokaten at det er ”vanskeligere” å vite ”hvordan man skal forholde sig til” disse.<sup>77</sup>

Han falt imidlertid ned på at disse delavtalene ikke bare gjaldt elementer i ”kollektive forhandlinger om arbeidsforholdet” men ”berører direkte arbeidsgivernes forhold til tredjemand” og dermed falt utenfor unntakets rekkevidde.<sup>78</sup>

Uttalelsen trekker i retning av at det er vesentlige begrensninger i utstrekningen av unntaket for ”arbeids- og ansettelsesvilkår” dersom tariffavtalen også virker konkurransebegrensende overfor tredjemenn på markeder utenfor arbeidsmarkedet. Dette støttes også av at generaladvokaten uttalte at kun tariffavtaler som regulerer sentrale temaer for kollektive forhandlinger slik som lønn og arbeidsvilkår er unntatt fra konkurransereglens anvendelsesområde, og ikke tariffavtaler som ”direkte berører andre markeder eller tredjemand”.<sup>79</sup>

I det følgende blir det vurdert i hvilken grad EU-domstolen har fulgt generaladvokatens forslag til avgjørelse hva angår de konkurransebegrensende virkninger på tredjemarkeder.

---

<sup>73</sup> Premiss 197

<sup>74</sup> Premiss 197

<sup>75</sup> Graver s. 99

<sup>76</sup> Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i Albany m.fl premiss 198

<sup>77</sup> Premiss 199

<sup>78</sup> Premiss 199

<sup>79</sup> Premiss 194

### 3.3.2 Konkurransbegrensende virkninger på tredjemarkeder

EU-domstolen uttalte ikke på tilsvarende måte som generaladvokaten at det er nødvendig å dele tariffavtalen inn i tre delavtaler for å ta stilling til hvor omfattende unntaket for ”arbeids- og ansettelsesvilkår” er. I stedet la domstolen til grunn at det måtte foretas en ”formålsbestemt og sammenhengende fortolkning af traktatens bestemmelser som helhed”.<sup>80</sup>

Domstolen uttalte at den obligatoriske pensjonsordningen ”i sin helhed” sikret alle arbeidstakere innenfor bransjen et visst pensjonsnivå, og dermed bidro ”direkte til en forbedring af et af arbejdstagernes arbejdsvilkår, nemlig deres løn”.<sup>81</sup>

Spørsmålet blir hva EU-domstolen la i at ordningen ”i sin helhed” sikret alle arbeidstakerne innenfor bransjen et visst pensjonsnivå. Uttalelsen trekker i retning av at domstolen mener at det må foretas en helhetstenkning i forhold til hele pensjonsordningen. I Albany m.fl regulerte tariffavtalene innholdet i pensjonsytelsen i tillegg til hvordan pensjonen skulle administreres, herunder at tilslutning til pensjonsfondene var gjort obligatorisk av myndighetene ved lov.

Til tross for at tariffavtalene i Albany m.fl ville virke konkurransbegrensende også på forsikrings- og pensjonsmarkedet, var domstolen av den oppfatning at tariffavtalene falt utenfor konkurransereglens anvendelsesområde.

Ut fra dette er det naturlig å slutte at i de tilfeller der tariffavtalen regulerer innholdet i pensjonsytelsen, er det også adgang for arbeidsmarkedets parter å bestemme at representanter fra arbeidsgiver- og arbeidstakersiden i fellesskap administrerer pensjonsinnskuddene og at tilslutning gjøres obligatorisk ved lov. I disse tilfellene begrenses altså ikke unntaket fra konkurransereglens anvendelsesområde selv om ordningen også virker konkurransbegrensende på markeder utenfor arbeidsmarkedet.<sup>82</sup>

## 4. Tariffavtaler der innholdet i selve pensjonsytelsen ikke er regulert

### 4.1 Har også disse tariffavtalene sosialpolitiske formål om å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår?

Et spørsmål som reiser seg er om det ut fra EU-domstolens avgjørelse i Albany m. fl må legges til grunn at det kun er i tilfeller der tariffavtalen regulerer *innholdet* i pensjonsytelsen at partene har adgang til å anmode om at tilslutning til et

<sup>80</sup> Sak C-67/96 premiss 60

<sup>81</sup> Sak C-67/96 premiss 63 og avhandlingens punkt 3.2

<sup>82</sup> Slik konkluderer også Graver på s. 100. Graver henviser imidlertid til Norberg som synes å legge motsatt konklusjon til grunn. På s. 291 fremkommer det at Norbergs ”bedömning är att EG-domstolen gillade generaladvokatens domsförslag och att de riktlinjer han drar upp prima-facie kan användas i gränsdragningstvister mellan konkurrensrätten och arbetsrätten”

pensjonsfond, som administreres av representanter fra arbeidsgiver- og arbeidstakersiden, skal gjøres obligatorisk av myndighetene ved lov.<sup>83</sup>

I den nevnte praksis fra EU-domstolen er det fastslått at tariffavtalen må ha som underliggende formål å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår. Det er ikke tvil om at tariffavtaler som regulerer innholdet i selve pensjonsytelsen har et slikt siktemål. At også en ren regulering av hvem som skal forvalte pensjonsinnskuddene har som formål å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår, synes imidlertid mer tvilsomt all den tid tariffavtalen ikke har slike underliggende bestemmelser med klare målsetninger om å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår.

EU-domstolen ytret seg ikke i Albany m.fl om tariffavtaler der innholdet i tjenestepensjonsordningen ikke er regulert. Domstolens uttalelse om at pensjonsordningen ”i sin helhet” sikrer arbeidstakerne et visst pensjonsnivå er heller ikke så entydig at den ubetinget gir grunnlag for en antitetisk tolkning.<sup>84</sup> Som følge av dette gir EU-domstolen i Albany m.fl ikke avklaring i forhold til den aktuelle problemstillingen.

Spørsmålet blir om EU-domstolen i andre avgjørelser gir veiledning om hvorvidt tariffavtaler som ikke regulerer innholdet i pensjonsytelsen også kan ha sosialpolitiske formål om å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår.

#### **4.2 EU-domstolens avgjørelse i van der Woude-dommen**

Spørsmålet om unntaket fra konkurransereglenes anvendelsesområde må begrenses i de tilfeller der tariffavtalen kun regulerer valg av leverandør, var oppe for EU-domstolen i van der Woude-dommen.<sup>85</sup>

Tvisten gjaldt riktignok ikke pensjonsytelser, men supplerende sykeforsikring. Parter i tvisten var Hendrik van der Woude, som var sjef for den tekniske tjenesten hos fondet Stichting Beatrixoord (forkortet ”fondet”), og ”fondet”.

I tariffavtalen var det bestemt at sykeforsikringen skulle administreres av firmaet IZZ og dette firmaet hadde i henhold til tariffavtalen overlatt forsikringsvirksomheten til firmaet VGZ, som er et gjensidig ikke-kommersielt forsikringsselskap.

van der Woude var ikke forpliktet til å benytte VGZ som forsikringsleverandør, men dersom han valgte å benytte en annen forsikringsleverandør, ville han ikke ha fordel av arbeidsgiverens bidrag på 50% av premien.

Ordningen var dermed organisert slik at van der Woude hadde et sterkt incentiv til å binde seg til en bestemt leverandør av sykeforsikring, samtidig som innholdet i selve ytelsen ikke var regulert i tariffavtalen. van der Woude reiste sak for nederlandske domstoler med påstand om at arbeidsgiver pliktet å gi bidrag også dersom han valgte

<sup>83</sup> Jfr. Graver s. 98-100 der han vurderer om det har noen betydning om partene utelukkende tar sikte på valget av pensjonsleverandør

<sup>84</sup> Se Graver s. 99 der det uttales at det ikke er holdepunkter i dommene for ”å anta at dette bare gjelder der nivået og leverandøren tariffestes samtidig”

<sup>85</sup> Sak C-222/98, Hendrik van der Woude mot Stichting Beatrixoord, Sml. 2000 s. I-7111

en annen forsikringsleverandør. Tvisten dreide seg følgelig ikke om innholdet i selve sykeforsikringen, men kun om arbeidstakers frihet til å velge en annen sykeforsikringsleverandør.<sup>86</sup>

Selv om avgjørelsen dreide seg om valg av sykeforsikringsleverandør, og ikke tjenestepensjonsleverandør, har avgjørelsen overføringsverdi til avhandlingens problemstilling. Domstolen uttalte nemlig at formålet med avtalen var å ”bidrage[r] til at forbedre arbeidstagerne arbeidsvilkår” ikke kun ved å sikre arbeidstakerne nødvendige midler til sykdomsutgifter, men også ved å redusere de omkostninger, ”som arbeidstagerne – i mangel af en kollektiv overenskomst- selv skulle have båret”.<sup>87</sup>

EU-domstolen vektlegger følgelig ikke at tariffavtalen omhandlet sykeforsikring og ikke tjenestepensjon. Domstolen tillegger det heller ikke betydning at tilslutning til en bestemt pensjonsleverandør ikke var gjort obligatorisk av myndighetene ved lov. Også denne tariffavtalen hadde sosialpolitiske målsetninger om forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår og EU-domstolens argumentasjon vil følgelig ha overføringsverdi til avhandlingens problemstilling.

### **4.3 EU-domstolen innrømmer arbeidsmarkedspartene avtalefrihet**

EU-domstolen la til grunn at overdragelsen av forsikringsvirksomheten fra IZZ til VGZ, som er et ikke-kommersielt forsikringselskap, ikke medførte noen forskjell i forhold til anvendelsen av unntaket fra konkurransereglens anvendelsesområde. Dette begrunnet domstolen med at det ”ville være en urimelig innskrenkning af aftalefriheten for arbeidsmarkedets parter” når de inngår avtaler vedrørende arbeidsvilkårene, at de ikke kunne ”blive enige om at oprette et særskilt organ for at sætte aftalen i værk, og at dette organ kan inddrage en anden forsikringsgiver”.<sup>88</sup> Deretter konkluderte domstolen med at tariffavtalen etter sin karakter og sitt formål ikke falt inn under artikkel 85 EF, tilsvarende någjeldende artikkel 101 nr. 1 TFEU.<sup>89</sup>

Domstolen skiller følgelig ikke mellom tariffavtaler, som både regulerer innholdet i selve pensjonsytelsen og valget av pensjonsleverandør, og tariffavtaler der kun det sistnevnte er regulert. Videre tillegger heller ikke domstolen det betydning at forsikringsvirksomheten ble administrert av et ikke-kommersielt forsikringselskap i stedet for representanter fra arbeidsgiver- og arbeidstakersiden.

Konklusjonen blir dermed at regulering av pensjonsleverandør, uten at innholdet i den supplerende pensjonsordningen er en del av tariffavtalen, også ivaretar sosialpolitiske formål og faller innenfor unntaket for arbeids- og ansettelsesvilkår.<sup>90</sup> Domstolen begrunner dette med at arbeidsmarkedets parter innrømmes en viss avtalefrihet.

<sup>86</sup> Graver s. 99-100 der samme fortolkning av avgjørelsen legges til grunn

<sup>87</sup> Sak C-222/98 premiss 25

<sup>88</sup> Premiss 26

<sup>89</sup> Premiss 27

<sup>90</sup> Graver s. 100 der samme konklusjon legges til grunn

Avgjørelsen er godt i overensstemmelse med at arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet, herunder adgangen til å inngå tariffavtaler, er en grunnleggende rettighet som er anerkjent både i EUs eget charter om grunnleggende rettigheter samt i EMK.<sup>91</sup>

#### **4.4 Er EU-domstolens argumentasjon fulgt opp i nyere praksis fra domstolen?**

Også i nyere praksis, der grensedragningen mellom kollektiv arbeidsrett og etablerings- og tjenestefrihet er blitt satt på spissen, har arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet som utgangspunkt blitt anerkjent av EU-domstolen.

Særlig relevant i denne sammenheng er Laval-dommen.<sup>92</sup> Et latvisk selskap, Laval, hadde vunnet en anbudskonkurranse om oppføring av en skole i Sverige, basert på latvisk lønn. En svensk fagforening krevde at Laval skulle følge svensk tariffavtale for å sikre de utstasjonerte latviske arbeidstakerne lønns- og arbeidsvilkår som svenske arbeidstakere var sikret gjennom tariffavtalen. For å tvinge det latviske selskapet til å følge tariffavtalens bestemmelser ble det iverksatt blokade og sympatiaksjoner. Laval nektet å undertegne tariffavtalen, da det ikke var mulig for selskapet å få kjennskap til de lønnsforpliktelse som ville påhvile dem ved undertegning.<sup>93</sup> Som følge av arbeidskampiltakene gikk Laval konkurs, og de krevde erstatning fra den svenske fagforeningen på grunn av det store tapet de led.

Den EU-rettslige problemstillingen var hvorvidt arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet, herunder adgangen til å iverksette kollektive kampskritt, var å anse som et uberettiget inngrep i den frie utveksling av tjenesteytelser.

EU-domstolen la til grunn at arbeidskamp var å anse som en restriksjon i den frie utveksling av tjenester, og at tiltakene følgelig kun kunne iverksettes dersom vilkårene i læren om de tvingende allmenne hensyn var oppfylt.<sup>94</sup>

Når det gjelder avtalefriheten uttalte domstolen at utstasjoneringsdirektivet<sup>95</sup> ikke tar sikte på å harmonisere nasjonale reglers innhold, og at fastlegging av dette innhold følgelig var overlatt til nasjonale myndigheter under overholdelse av traktaten og de alminnelige fellesskapsrettslige prinsipper.<sup>96</sup> I utgangspunktet synes dermed domstolen å anerkjenne at nasjonale myndigheter i høy grad står fritt til å fastlegge hvilket beskyttelsesnivå for arbeidstakere som skal gjelde.<sup>97</sup>

En anerkjennelse av at nasjonale myndigheter i det vesentlige står fritt til å fastlegge hvilket beskyttelsesnivå som skal gjelde, innebærer indirekte at

<sup>91</sup> Jfr. avhandlingens punkt 2.2.2

<sup>92</sup> Sak C-341/05

<sup>93</sup> Sak C-341/05 premiss 36

<sup>94</sup> Se avhandlingens punkt 2.2.2 for en fremstilling av vilkårene i læren om de tvingende allmenne hensyn

<sup>95</sup> Direktiv 96/71/EF av 16. desember 1996

<sup>96</sup> Sak C-341/05 premiss 60 og 68

<sup>97</sup> Jfr. Stein Evju, Utstasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv, s. 9

arbeidsmarkedspartene avtalefrihet blir anerkjent av EU-domstolen. Grunnen til dette er at arbeids- og ansettelsesvilkår i stor grad er tariffregulert.

Utgangspunktet om at arbeidsmarkedspartene har stor grad av avtalefrihet, innskrenkes imidlertid ved at domstolen legger til grunn at det kun er minstestandarden som er angitt i utstasjoneringdirektivet som kan gjøres gjeldende overfor de utenlandske utstasjonerte arbeidstakere, selv om lønns- og arbeidsvilkår er høyere for nasjonale arbeidstakere.<sup>98</sup> I det konkrete tilfellet ble arbeidskamptiltakene ansett klart uttillatelige da det ble krevd arbeids- og ansettelsesvilkår som var høyere enn minstevilkårene fastsatt i utstasjoneringdirektivet og også høyere enn minstevilkårene fastsatt i nasjonal svensk lovgivning.<sup>99</sup> I tillegg ble det krevd arbeidsvilkår som lå utenfor rammen av utstasjoneringdirektivet.

EU-domstolen gir i Laval-dommen arbeidsmarkedets parter stor avtalefrihet hva gjelder reguleringen av beskyttelsesnivå for nasjonale arbeidstakere.<sup>100</sup> Men, når det gjelder utenlandske utstasjonerte arbeidstakere er avtalefriheten vesentlig begrenset. Domstolen la til grunn at enkeltarbeidsgivere ikke kunne fastsette et minstelønnsregime som gikk utover de minstevilkår som var oppstilt i utstasjoneringdirektivet, og i tillegg; hvis det skulle fastsettes et minstenivå måtte det gjøres ved allmenngjort tariffavtale, og ikke ved arbeidskamptiltak. Hensynet til arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet var følgelig ikke tilstrekkelig tungtveiende til å slå igjennom i denne saken. En slik innskrenkning av arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet, kan synes problematisk i forhold til arbeidstakervernet.<sup>101</sup>

Selv om EU-domstolen legger opp til en begrensning av arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet når det gjelder hvilke minstestandarder som kan kreves fulgt overfor utenlandske tjenesteytere, er det ikke rettskildemessig grunnlag for å tolke dette i retning av at arbeidsmarkedets parter ikke har adgang til å utpeke ikke-kommersielle forsikringsselskaper som pensjonsleverandør i tariffavtale. Som påpekt i avhandlingens punkt 2.2.2 må det foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av om det er rettskildemessig holdepunkter for å trekke paralleller fra praksis på tilgrensende rettsområder. I lys av de klare uttalelsene i van der Woude-dommen foreligger ikke holdepunkter for å innskrenke arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet hva gjelder adgangen til i tariffavtale å utpeke ikke-kommersielle forsikringsselskaper som pensjonsleverandør. I samme retning trekker det også at EU-domstolen i Laval-dommen tross alt gav arbeidsmarkedspartene avtalefrihet hva angår beskyttelsesnivået for nasjonale arbeidstakere.

Som følge av at de norske konkurransereglene må tolkes slik at de er i overensstemmelse med praksis fra EU-domstolen, har også norske arbeidsgivere adgang til å utpeke ikke-kommersielle pensjonsleverandører i tariffavtaler.<sup>102</sup>

Nedenfor, i avhandlingens punkt 6, blir det imidlertid drøftet om det ligger i luften en endring i denne rettsstilstanden for offentlige arbeidsgivere.

<sup>98</sup> Sak C-341/05 premiss 80 og Evju s. 9

<sup>99</sup> Sak C-341/05 premiss 111 og Evju s. 15

<sup>100</sup> Evju s. 9

<sup>101</sup> Denne problematikken behandles nærmere under avhandlingens punkt 6.3.1

<sup>102</sup> Jfr. avhandlingens punkt 2.2.1 med videre henvisning til Ot.prp.nr.6(2003-2004) s. 68



## **5. KLP-saken - EFTA-domstolens rådgivende uttalelse og Arbeidsrettens endelige avgjørelse**

### **5.1 Formålet med en analyse av uttalelsen og den endelige avgjørelsen**

Da formålet med avhandlingen er å presentere gjeldende norsk rett, sett på bakgrunn av Norges EØS-rettslige forpliktelser, hva angår adgangen til å regulere supplerende tjenestepensjon i tariffavtaler, er det nødvendig å se hen til praksis fra EFTA-domstolen og Arbeidsretten.

EU-domstolen var i Albany m.fl relativt knapp når det kommer til vurderingsmomenter som kan tillegges vekt for å fastlegge om formålet med en tariffavtale er å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår.

I det følgende vil det vurderes om henholdsvis EFTA-domstolen og Arbeidsretten i større grad angir hvilke vurderingsmomenter som får betydning for å fastlegge om det grunnleggende vilkåret om at formålet med tariffavtalen må være å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår, er oppfylt.

### **5.2 Kort om saksforholdet i KLP-saken**

Den eneste norske saken som direkte har omhandlet spørsmålet om konkurransereglens anvendelse på tariffavtaler, er KLP-saken, som ble avsagt av Arbeidsretten i 2002.<sup>103</sup> Partene i tvisten var på den ene siden Kommunenes Sentralforbund (forkortet: KS) og elleve kommuner og på den andre Landsorganisasjonen i Norge (forkortet: LO) og Norsk Kommuneforbund (forkortet: NKF).

Spørsmålet i tvisten var hvorvidt kommunene hadde begått tariffbrudd ved at de hadde flyttet tjenestepensjonsordningene fra Kommunal Landspensjonskasse (forkortet: KLP) til ulike private forsikringsselskap. Søksmålet bygde på bestemmelser i hovedtariffavtalen for kommuner m.v mellom på den ene siden KS og på den andre siden LO og NKF for perioden 1. mai 1998 til 30. april 2000 (forkortet: HTA).<sup>104</sup>

LO og NKF anførte at de elleve kommunene hadde brutt bestemmelser i HTA da de overførte sine tjenestepensjonsordninger fra KLP til ulike private forsikringsselskap. De nedla påstand om at kommunene pliktet å gjenopprette forholdet til KLP eller på annen måte sørge for at de påstått tariffstridige forholdene opphørte.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> ARD 2002 s. 90

<sup>104</sup> KLP-saken premiss 1

<sup>105</sup> Premiss 4

Kommunene påstod seg frikjent på alle punkter. Det er særlig kommunenes subsidiære anførsel som er relevant i forhold til avhandlingens tema. På subsidiært grunnlag anførte kommunene at flere av bestemmelsene som LO og NKF påstod at kommunene hadde brutt, uansett ikke kunne være gyldige fordi de var i motstrid med artikkel 53 og 54 EØS.<sup>106</sup>

Tilslutning til KLP, som er et privat gjensidig livsforsikringsselskap eid av KLPs medlemmer, var ikke gjort obligatorisk. Imidlertid inneholdt HTA en rekke vilkår som måtte være oppfylt for at kommunene skulle ha adgang til å flytte sin pensjonsordning fra KLP til en annen pensjonsleverandør.

Flytting av pensjonsordningen var med andre ord gjort praktisk vanskelig, og av den grunn anførte kommunene at ordningen var i strid med artikkel 53 og 54 EØS. Arbeidsretten gav imidlertid ikke kommunene medhold i denne anførselen, og kommunene ble dømt for tariffbrudd da flere av vilkårene for lovlig skifte av pensjonsleverandør ikke var oppfylt.

Under saksforberedelsen fremmet Arbeidsretten anmodning til EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse angående forståelsen av artikkel 53 og 54 EØS.<sup>107</sup>

### **5.3 EFTA-domstolens rådgivende uttalelse**

#### **5.3.1 Vurderingsmomenter for å fastlegge tariffavtalens formål**

Før det kan drøftes om EFTA-domstolen angir vurderingsmomenter for å fastslå om tariffavtalen har til formål å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår, må det tas stilling til om artikkel 53 EØS skal tolkes tilsvarende som artikkel 81 EF hva gjelder det konkurranserettslige immunitetsvernet oppstilt i Albany m.fl. Med andre ord om EØS-retten har en tilsvarende sosialpolitisk målsetning som EU-retten.<sup>108</sup>

Etter å ha henvist til formålet om lik fortolkning og anvendelse av bestemmelser i EØS-avtalen som samsvarer med bestemmelser i EF-traktaten la EFTA-domstolen til grunn at kriteriene oppstilt av EU-domstolen for å vurdere rekkevidden av unntaket måtte "anvendes på tilsvarende måte ved vurderingen av anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS".<sup>109</sup> EFTA-domstolen påpekte imidlertid at faktiske forskjeller i de enkelte saker vil kunne medføre at det er grunnlag for sonndring.<sup>110</sup> EØS-retten har følgelig en tilsvarende sosialpolitisk målsetning som EU-retten, og tolkningen av artikkel 53 EØS skal skje på bakgrunn av kriteriene EU-domstolen oppstilte i Albany m.fl for EU-rettens konkurranseregler.

---

<sup>106</sup> Premiss 4

<sup>107</sup> Beslutning om anmodning er inntatt i ARD 1999 s. 186. Hjemmelen for EFTA-stater til å be EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse angående forståelsen og tolkningen av EØS-avtalen er domstolloven § 51a med videre henvisning til ODA artikkel 34

<sup>108</sup> Sak E-8/00 premiss 38

<sup>109</sup> Premiss 44

<sup>110</sup> Premiss 45

EFTA-domstolen uttalte at for å fastlegge om formålet med tariffavtalen var å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår, måtte det sees hen til tariffavtalens ”form og innhold” både for ”avtalen og dens enkeltbestemmelser” samt under hvilke ”omstendigheter avtalen ble fremforhandlet”.<sup>111</sup>

Videre fremhevet domstolen blant annet ”[p]artenes bonafides”, altså partenes gode tro, ved ”inngåelsen og praktiseringen” av tariffavtalen.<sup>112</sup> Det er følgelig ikke tilstrekkelig at tariffavtalen tilsynelatende har forbedring av arbeidstakernes arbeidsvederlag som formål, dersom måten bestemmelsene praktiseres på viser at formålet egentlig er et annet. EFTA-domstolen ser følgelig ut til å trekke inn måten bestemmelsene praktiseres på, som et moment for å fastlegge avtalens reelle formål. Årsaken til at EFTA-domstolen forsøker å forankre dette i en formålsvurdering er trolig at de føler seg forpliktet til å ta hensyn til EU-domstolens formuleringer i Albany m.fl. I Albany m.fl. uttalte EU-domstolen kun at det må foretas en vurdering av formål og domstolen var forøvrig taus hva angår betydningen av bestemmelsenes praktiske virkning.

Videre la EFTA-domstolen til grunn at det ikke i seg selv er tilstrekkelig at tariffavtalen ut fra disse vurderingsmomentene har som hovedformål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. Dersom ”enkelbestemmelser i tariffavtalen kan anses å ha andre formål” vil disse kunne falle inn under anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS.<sup>113</sup>

I Albany m.fl. uttalte EU-domstolen kun at tariffavtalen ”i sin helhet” hadde som formål å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår, og domstolen gav følgelig ikke retningslinjer hva angår enkeltbestemmelser som forfølger andre formål. Uttalelsen om at formålet med tariffavtalen i sin ”helhet” var å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår kan imidlertid være en indikasjon på at det skal foretas en samlet vurdering, og at det ikke nødvendigvis er adgang til å sensurere enkeltbestemmelser.

EFTA-domstolens presisering synes imidlertid å være i overensstemmelse med begrunnelsen for at det oppstilles et unntak for arbeids- og ansettelsesvilkår. Begrunnelsen for unntaket er, som tidligere nevnt, at de sosialpolitiske hensyn som ivaretas ved tariffavtaler kan bli alvorlig svekket dersom tariffavtalen underlegges en konkurranserettslig vurdering.<sup>114</sup> Dersom formålet med enkeltbestemmelser likevel ikke er å bidra til en slik forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkårene, oppstår naturligvis heller ikke behovet for immunitetsvern. Av den grunn er det hensiktsmessig at det foretas en separat vurdering av formålet med hver bestemmelse i den aktuelle tariffavtalen. EFTA-domstolens argumentasjon står av denne grunn ikke i motstrid med Albany m.fl. Dette til tross for at EU-domstolen ikke eksplisitt uttalte seg om enkeltbestemmelser som forfølger andre formål.

Likevel er det viktig å presisere at også EFTA-domstolen, selv om den ikke sier det eksplisitt, synes å være av den oppfatning at ved vurderingen av hvorvidt

---

<sup>111</sup> Premiss 52

<sup>112</sup> Premiss

<sup>113</sup> Premiss 51

<sup>114</sup> Sak C-67/96 premiss 59

enkeltbestemmelser har som formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår, er det adgang til å ta i betraktning det overordnede formål med tariffavtalen.<sup>115</sup>

### 5.3.2 Krav om reell forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår?

EFTA-domstolen uttalte videre i sin rådgivende uttalelse at bestemmelser som forfølger formål som ligger utenfor området for forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår, eller ”som i praksis ikke virker slik at det fører til forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår” kan falle innenfor anvendelsesområde for artikkel 53 EØS.<sup>116</sup>

EFTA-domstolen er dermed av den oppfatning at det ikke er tilstrekkelig at nasjonale domstoler ut fra vurderingsmomentene skissert under punkt 5.3.1 finner at formålet med tariffavtalen og dens enkelte bestemmelser er å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår. I tillegg må det vurderes om bestemmelsene faktisk medfører en forbedring av arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår.<sup>117</sup>

EU-domstolen oppstiller ikke i Albany m.fl like direkte som EFTA-domstolen at bestemmelsene i tariffavtalen faktisk må innebære en reell forbedring av arbeidstakernes arbeidsvilkår. EU-domstolen uttalte kun at pensjonsordningen ”bidrager [...] direkte til en forbedring af et af arbejdstagernes arbejdsvilkår”.<sup>118</sup> I uttalelsen ligger det implisitt at EU-domstolen mente at tariffavtalen i det konkrete tilfellet faktisk førte til forbedring av arbeidstakernes arbeidsvilkår. Likevel fremstår det som usikkert ut fra votumet om dette er et ubetinget vilkår for at tariffavtaler kan unntas fra konkurransereglens anvendelsesområde.

Nedenfor vurderes om det i praksis fra EU-retten hva angår grensedragningen mellom kollektiv arbeidsrett og etablerings- og tjenestefrihet er oppstilt et vilkår om reell forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår.

### 5.4 Oppstiller EU-domstolen i nyere praksis et vilkår om reell forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår?

EU-domstolen synes å oppstille et vilkår om reell forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår i saker der grensedragningen mellom kollektiv arbeidsrett og tjenestefrihet er blitt satt på spissen.

I Finalarte, som dreide seg om allmenngjorte bestemmelser i tariffavtaler som gav utstasjonerte byggearbeidere krav på flere feriedager og høyere feriegodtgjørelse, uttalte EU-domstolen at nasjonale domstoler må ta stilling til om bestemmelsene ”objektivt set fremmer beskyttelsen af udstationerede arbejdstagere”.<sup>119</sup> Videre ble det

<sup>115</sup> Slik tolker også Arbeidsretten EFTA-domstolens premisser jfr. KLP-saken premiss 660 og avhandlingens punkt 5.5.1

<sup>116</sup> Sak E-8/00 premiss 59

<sup>117</sup> Fougner m.fl, s. 167

<sup>118</sup> Sak C-67/96 premiss 63

<sup>119</sup> Sak C-49/98 premiss 41

presisert at det i denne forbindelse må undersøkes om bestemmelsene ”yder de berørte arbeidstagere en egentlig fordel, som væsentlig bidrager til deres sociale beskyttelse”.<sup>120</sup>

Også i Laval-dommen,<sup>121</sup> legger EU-domstolen til grunn at det gjelder et vilkår om at restriksjonene må føre til faktisk forbedring av arbeidstakernes arbeidsvilkår.

Dette støttes igjen av EU-domstolens avgjørelse i Viking Line-dommen.<sup>122</sup> Her ble EU-domstolen stilt overfor spørsmålet om kollektive kampskritt iverksatt av finske arbeidstakere mot egen arbeidsgiver for å hindre at rederiet Viking Line flagget ut en rute til Estland, som lønner arbeidstakere lavere enn i Finland, var i strid med tjenestefriheten. EU-domstolen uttalte, tilsvarende som i Laval-dommen, at arbeidskampiltak er å anse som en restriksjon som kun kan legitimeres dersom vilkårene i læren om tvingende allmenne hensyn er oppfylt, herunder at restriksjonen må være ”egnet til at sikre gjennomførelsen af det pågældende mål”.<sup>123</sup> EU-domstolen formulerer følgende vilkåret om praktisk virkning som et krav om at virkemidlene må være egnede for å gjennomføre tariffavtalens formål.

Begrunnelsen for at det oppstilles et vilkår om faktisk forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår på området for etablerings- og tjenestefriheten er at restriksjoner ikke er nødvendige dersom de likevel ikke medfører noen forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår. Det legislative hensynet om sosial beskyttelse, i form av vern av arbeidstakere, gjør seg med andre ord ikke gjeldende dersom restriksjonene likevel ikke medfører at arbeidstakernes arbeidsvilkår forbedres. Dette nødvendighetsvilkåret kommer klart til uttrykk i Viking Line-dommen der EU-domstolen uttalte at den egnede restriksjonen ikke må gå lenger enn ”hva der er nødvendig” for å oppnå det legitime formålet.<sup>124</sup>

På tilsvarende måte vil det heller ikke være nødvendig med et unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid dersom tariffavtaler, eller deres enkeltbestemmelser, i praksis ikke fungerer slik at arbeidstakerne får bedre arbeids- og ansettelsesvilkår. Heller ikke her er det berettiget å oppstille begrensninger i konkurranserettens anvendelsesområde som går lenger enn det som er nødvendig. Å oppstille et vilkår om faktisk virkning er derfor også i overensstemmelse med begrunnelsen for at tariffavtaler faller utenfor konkurransereglens anvendelsesområde.

Etter dette legges det til grunn at det i EU- og EØS-konkurranseretten oppstilles et vilkår om at tariffavtalen og dens enkeltbestemmelser også må ha som faktisk virkning at arbeids- og ansettelsesvilkår forbedres. I dette ligger at tariffpartene har bevisbyrden for at tiltakene er egnede for å nå det legitime formålet om forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår.

---

<sup>120</sup> Sak C-49/98 premiss 42

<sup>121</sup> Sak C-341/05

<sup>122</sup> Sak C-438/05

<sup>123</sup> Sak C-438/05 premiss 75

<sup>124</sup> Premiss 75

## 5.5 Arbeidsrettens endelige avgjørelse

### 5.5.1 Arbeidsrettens uttalelser om vurderingsmomenter for å fastlegge tariffavtalens formål

Arbeidsretten tok eksplisitt stilling til hvilken plikt den hadde til å vektlegge den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen. I samsvar med førstvoterendes bemerkninger i Finanger I dommen<sup>125</sup> la Arbeidsretten til grunn at ”den har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad EFTA-domstolens uttalelse skal legges til grunn for Arbeidsrettens avgjørelse, likevel slik at denne uttalelsen må tillegges vesentlig vekt.”<sup>126</sup>

Arbeidsretten synes i det fulle å slutte seg til EFTA-domstolens uttalelser om vurderingsmomenter for å fastlegge en tariffavtales formål. Den viser med henvisning til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse til at ”partenes « bona fides » - eller « gode tro » - ved inngåelsen og praktiseringen av tariffavtalen må tas i betraktning ved fastsettelsen av dens formål.”<sup>127</sup>

Videre presiserte Arbeidsretten at to sentrale spørsmål i en bredt anlagt formålstest er ”hvilke *egentlige formål og underliggende forutsetninger om avtaleforståelsen* tariffavtalens parter og deres forhandlere må antas å ha bygd på i forbindelse med vedtakelsen” av tariffavtalen eller den tariffavtalebestemmelsen som er gjenstand for prøving.<sup>128</sup>

Ut fra dette la Arbeidsretten, tilsvarende EFTA-domstolen, til grunn at det er ”det *reelle* formålet – og ikke det *tilsynelatende* formålet som kan utledes av ordlyden og andre ytre, objektive omstendigheter – som er avgjørende for spørsmålet om en tariffavtalebestemmelse omfattes av virkeområdet for EØS art. 53.”<sup>129</sup>

Norske arbeidsmarkedsparter må dermed overveie vurderingsmomentene oppstilt av EFTA-domstolen i den rådgivende uttalelsen, når de regulerer tjenstepensjon i tariffavtaler.

Også når det gjelder enkeltbestemmelser som forfølger andre formål enn å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår, la Arbeidsretten seg på linje med EFTA-domstolen. Arbeidsretten uttalte at det under henvisning til EFTA-domstolens premiss 51 legges til grunn at ”enkeltestemmelser i en tariffavtale kan omfattes av virkeområdet for EØS art. 53, selv om tariffavtalen som sådan i utgangspunktet faller utenfor.”<sup>130</sup>

Norske arbeidsmarkedsparter må derfor være påpasselige med at alle enkeltbestemmelser i tariffavtaler som kan virke konkurransebegrensende må ha som formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. Hvis dette ikke er tilfelle, vil

<sup>125</sup> Rt. 2000 s. 1811

<sup>126</sup> KLP-saken premiss 656

<sup>127</sup> Premiss 663

<sup>128</sup> Premiss 663

<sup>129</sup> Premiss 663

<sup>130</sup> Premiss 659

enkeltbestemmelser kunne rammes av krrl § 10 og EØS art. 53 som oppstiller forbud mot konkurransebegrensende samarbeid.

Arbeidsretten viste imidlertid til EFTA-domstolens premiss 49-51 og påpekte at disse må forstås slik at det også ved prøvning av enkeltbestemmelser i en tariffavtale er adgang til å se hen til det ”overordnede formål ved den tariffavtalen de inngår som en del av.”<sup>131</sup>

Arbeidsrettens avgjørelse er etter dette fullt ut sammenfallende med EFTA-domstolens rådgivende uttalelse hva angår vurderingsmomenter som får betydning for å fastslå formålet med tariffavtalen samt dens enkeltbestemmelser.

### **5.5.2 Arbeidsrettens uttalelser om reell forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår**

Arbeidsretten legger ikke like uttrykkelig som EFTA-domstolen til grunn at det oppstilles et vilkår om at tariffavtalebestemmelsene må føre til en faktisk forbedring av arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår.

Arbeidsretten uttalte at ”virkningene av avtalebestemmelsene i praksis kan være av betydning for avgjørelsen av om de forfølger det formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår”.<sup>132</sup> Arbeidsretten synes følgelig å anse virkningene av bestemmelsene som et vurderingsmoment for å fastslå tariffavtalens formål.

Til tross for dette synes ikke Arbeidsretten i sin argumentasjon å ta avstand fra EFTA-domstolens rådgivende uttalelse der det er lagt til grunn at bestemmelsene må ha til virkning å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår. Arbeidsretten uttalte nemlig at bestemmelsene som fastslår en kjønns- og aldersnøytral premieberegningmodell vil fjerne arbeidsgivers økonomiske incitament og dermed er et ”egnet virkemiddel” for å motvirke diskriminering på grunn av kjønn og alder.<sup>133</sup> Denne uttalelsen viser at Arbeidsretten, tilsvarende EFTA-domstolen, legger til grunn at vilkåret om praktisk virkning er at krav om at virkemidlene må være egnede for å gjennomføre tariffavtalens formål.

Etter dette legges det til grunn at det i norsk konkurranserett, tilsvarende EU- og EØS-konkurranseretten, foreligger et vilkår om at bestemmelsene i en tariffavtale vedrørende supplerende tjenestepensjon må være et egnet virkemiddel for forbedring av arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår for at tariffavtalebestemmelsene skal være unntatt fra konkurransereglens anvendelsesområde.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> Premiss 660

<sup>132</sup> Premiss 689

<sup>133</sup> Premiss 691 og 694

<sup>134</sup> Fougner m.fl s.167 legger også til grunn at konkurransereglene kan komme til anvendelse dersom ”den aktuelle avtalemekanismen beviselig er virkningsløs i forhold til formålet om forbedring”

## 6. Særlige begrensninger for tariffregulering av tjenestepensjon i offentlig sektor

### 6.1 Sak C-271/08 – bakgrunnen for søksmålet og tvistens kjerne

I den nevnte praksis fra EU-domstolen, EFTA-domstolen samt den norske Arbeidsretten oppstilles det ikke noe skille mellom henholdsvis offentlige og private arbeidsgiveres adgang til å regulere tjenestepensjon i tariffavtaler.

I lys av EU-kommisjonens søksmål mot Tyskland 24. juni 2008 er det imidlertid grunn til å drøfte om det ligger en endring i luften i forhold til denne sammenfallende adgangen for private og offentlige arbeidsgivere til å tariffregulere tjenestepensjon.

EU-kommisjonen har reist søksmål mot Tyskland med påstand om brudd på direktiv om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige tjenesteytelsesavtaler ("det tidligere anskaffelsesdirektivet")<sup>135</sup> frem til 31. januar 2006 og fra 1. februar 2006, brudd på direktiv om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter ("anskaffelsesdirektivet").<sup>136</sup>

Kommisjonen anfører at det er i strid med direktivene at kommunale myndigheter og virksomheter i Tyskland har inngått avtaler med pensjonsleverandører om tjenestepensjon i tariffavtaler, uten å sette dette ut på anbud i hele EU-fellesskapet.

I § 6 i den aktuelle tariffavtalen er det slått fast at det er opp til arbeidsgiver å plassere pengene i en av avtalens opplistede pensjonskasser eller kommunale forsikringsselskap, etter at arbeidstakeren skriftlig har anmodet arbeidsgiver om ombytting av lønn til pensjonsrettigheter, jfr. § 5.<sup>137</sup> Arbeidsgiver har etter tariffavtalen valgt mellom å plassere pengene i Tysklands største offentlige bank- og forsikringsselskap, "Sparkassen-Finanzgruppe", eller i de opplistede kommunale forsikringsselskap og pensjonskasser.

Den tyske regjeringen anfører at regelverket om offentlige anskaffelser ikke kommer til anvendelse i det foreliggende tilfellet. Regjeringen viser til unntaket fra konkurransereglens anvendelsesområde for tariffavtaler om tjenestepensjon i Albany m.fl samt van der Woude-dommen, og den hevder at tilsvarende unntak må gjelde ved konflikt med regelverket om offentlige anskaffelser.

<sup>135</sup> Direktiv 92/50/EØF

<sup>136</sup> Direktiv 2004/18/EF. Se Kommisjonens stevning (EUT) [EUT C 223 af 30.08.2008, s.27](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32008C0223) publisert på <http://curia.europa.eu>

<sup>137</sup> Det danske beskæftigelsesministeriets notat vedrørende avgivelse av intervensjonsinnlegg i sak C-271/08 Kommisjonen mot Tyskland av 21. Oktober 2008. Publisert på: [http://www.euo.dk/dokumenter/efdomstolen/domme/anlaeggelse/2008/C271\\_08/](http://www.euo.dk/dokumenter/efdomstolen/domme/anlaeggelse/2008/C271_08/), punkt 2. Sagens baggrund



Regjeringen er videre av den oppfatning at ombytting av lønn til pensjon er å anse som en bestanddel av en arbeidsavtale.<sup>138</sup> I anskaffelsesdirektivet artikkel 16 litra e) fremkommer det at direktivet ikke kommer til anvendelse på offentlige tjenesteytelseskontrakter om ”arbejdsaftaler”.

Kommisjonen hevder, på sin side, at det er tale om tjenesteytelser vedrørende forsikrings- og pensjonsfond. Den anser kommunen som en ordregivende myndighet i en offentlig gjensidig bebyrdende avtale som faller inn under direktivets anvendelsesområde.<sup>139</sup>

Danmark og Sverige har avgitt intervensjonsinnlegg til støtte for Tyskland som følge av at pensjonssystemene i disse landene inneholder en del likheter med det tyske systemet. EU-domstolen har foreløpig ikke avsagt dom i saken, men generaladvokat Trstenjak fremmet forslag til avgjørelse 14. april 2010.<sup>140</sup>

## **6.2 Generaladvokat Trstenjak sitt forslag til avgjørelse i sak C-271/08**

Generaladvokaten uttalte i sitt forslag til avgjørelse i sak C-271/08 at anskaffelsesdirektivene er vedtatt på bakgrunn av reglene i EU om fri etableringsrett og frihet til å yte tjenester over landegrensene. Dersom EU-domstolen finner at den frie etableringsretten og friheten til å yte tjenester over landegrensene må vike for adgangen til å tariffregulere tjenstepensjon, vil dette etter generaladvokatens oppfatning medføre at tariffavtalen også nødvendigvis er unntatt fra anvendelsesområdet til direktivene om offentlige anskaffelse.<sup>141</sup>

I sitt forslag til avgjørelse legger ikke generaladvokaten seg på linje med den tyske regjering hva gjelder anførselen om at unntaket fra konkurransereglens anvendelsesområde for tariffavtaler som er oppstilt i Albany m.fl kommer tilsvarende til anvendelse for regelverket om offentlige anskaffelser.<sup>142</sup>

Generaladvokaten uttaler at unntaket som er oppstilt i Albany m.fl skal tolkes strengt, og at et unntak fra konkurransereglene, ikke nødvendigvis medfører at tariffavtalen ikke kan rammes av reglene om fri etableringsrett og her underforstått også regelverket om offentlige anskaffelser.<sup>143</sup> I stedet foreslår generaladvokaten at spørsmålet må løses i lys av at kollektive forhandlinger er en grunnleggende rettighet.<sup>144</sup> Med andre ord en vurdering tilsvarende EU-domstolens argumentasjon i Viking Line og Laval-dommene. Som følge av dette mener generaladvokaten at den aktuelle tariffavtalen i utgangspunktet omfattes av reglene om fri etableringsrett og fri

<sup>138</sup> Notat om intervensjonsinnlegg, punkt 2. Sagens baggrund

<sup>139</sup> Kommisjonens stevning, Søgsmålsgrunde og væsentligste argumenter

<sup>140</sup> Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Trstenjak fremsatt 14. april 2010. Publisert på <http://curia.europa.eu>

<sup>141</sup> Generaladvokat Trstenjaks forslag til avgjørelse i sak C-271/08 premiss 47

<sup>142</sup> Premiss 53

<sup>143</sup> Premiss 65

<sup>144</sup> Premiss 68

tjenesteyting. Derfor vil tariffavtalen også rammes av regelverket om offentlige anskaffelser, forutsett at vilkårene i direktivene er oppfylt.<sup>145</sup>

Generaladvokaten legger til grunn at kommunene har opptrådt som offentlige myndigheter i direktivenes forstand.<sup>146</sup> Videre er hun også av den oppfatning at tariffavtalen er å anse som en tjenesteytelseskontrakt, og at unntaket i anskaffelsesdirektivet artikkel 16 litra e) for ”arbejdsaftaler” ikke kommer til anvendelse i det foreliggende tilfelle.<sup>147</sup>

I direktivene er det imidlertid fastslått at visse terskelverdier må være overskredet for at anbudsplikt skal inntre. Det er kommisjonen som har bevisbyrden for at de aktuelle terskelverdier er overskredet. Etter generaladvokatens oppfatning har ikke kommisjonen i tilstrekkelig grad oppfylt sin bevisbyrde.<sup>148</sup> Som følge av dette fremmer hun prinsipalt forslag om at søksmålet avvises.

Generaladvokat Trstenjak fortsetter imidlertid drøftelsen subsidiært, under forutsetning om at kommisjonen har oppfylt sin bevisbyrde hva angår overtredelse av terskelverdiene. Generaladvokaten legger til grunn at den aktuelle tariffavtalen § 6 som opplyster pensjonskasser og kommunale forsikringsselskap, er i motstrid med anskaffelsesdirektivene som krever at tjenesteytelseskontrakter skal ut på anbud i hele EU-fellesskapet.<sup>149</sup>

Hun foreslår at motstriden løses med grunnlag i læren om tvingende allmenne hensyn som er lagt til grunn av EU-domstolen blant annet Viking Line og Laval-dommene. Hun uttaler at det ikke er mulig å oppstille noe hierarkisk forhold mellom den grunnleggende retten til kollektiv forhandling og fri etablerings- og tjenesteytelsesadgang. I stedet anfører hun at målet i hver enkelt sak må være å oppnå en rimelig balanse.<sup>150</sup>

I den konkrete vurderingen legger hun til grunn at det vil være fullt ut mulig å avtale ombygging av lønn til pensjonsrettigheter på en måte som i større grad vil samsvare med fellesskapsrettens grunnleggende prinsipper om fri etablerings- og tjenestefrihet.<sup>151</sup> Hun mener at opplistingen av pensjonskassene og de kommunale forsikringsselskaper i § 6 ikke var nødvendig for at den grunnleggende rettigheten til kollektive forhandlinger skulle være ivarettatt.<sup>152</sup> Generaladvokatens argumentasjon innebærer følgelig at offentlige arbeidsgivere i stedet er henvist til å stille konkrete krav til premieberegningen. Forutsetningen er likevel at de kravene som stilles til tilbydernes premieberegning er i overensstemmelse med vilkårene i læren om de tvingende allmenne hensyn.<sup>153</sup>

---

<sup>145</sup> Premiss 85

<sup>146</sup> Premiss 107

<sup>147</sup> Premiss 141

<sup>148</sup> Premiss 174

<sup>149</sup> Premiss 176

<sup>150</sup> Premiss 188

<sup>151</sup> Premiss 213

<sup>152</sup> Premiss 227

<sup>153</sup> I avhandlingens punkt 6.3.1 tas det stilling til om dette medfører en fare for svekkede arbeids- og ansettelsesvilkår

Generaladvokaten konkluderer subsidiært med at restriksjonen er uforholdsmessig og at det foreligger et brudd på tjenestefriheten og herunder brudd på anskaffelsesdirektivene.<sup>154</sup>

## **6.2.1 Hvilke virkninger vil det ha dersom EU-domstolen følger generaladvokatens subsidiære forslag til avgjørelse?**

### **6.2.1.1 For offentlige arbeidsgivere i Tyskland?**

I realiteten innebærer generaladvokatens argumentasjon at i de tilfeller der kommisjonen har oppfylt sin bevisbyrde, hva gjelder overskridelse av terskelverdier, har ikke tyske offentlige arbeidsgivere adgang til å utpeke bestemte pensjonskasser eller kommunale forsikringsselskaper som leverandører av tjenestepensjon i tariffavtaler.

Generaladvokaten uttaler ikke noe om hva som skal til for at tariffavtalen ikke skal anses som et uforholdsmessig inngrep i de grunnleggende friheter, men det er naturlig å slutte ut fra hennes argumentasjon at også andre pensjonsleverandører i Tyskland enn de opplistede, samt pensjonsleverandører fra andre land i EU-fellesskapet skal stilles likt. I realiteten synes derfor generaladvokaten subsidiært å foreslå at alle pensjonsleverandører skal stille på lik linje, altså slik som en anbudsprosedyre i prinsippet legger opp til. Generaladvokatens forslag til avgjørelse innebærer at tyske offentlige arbeidsgivere ikke har adgang til å utpeke pensjonsleverandører, men i stedet er henvist til å stille krav til tilbyderne.

### **6.2.1.2 For offentlige arbeidsgivere i Norge?**

I Norge er anskaffelsesdirektivet som ble vedtatt innenfor EU i mars 2004 gjennomført ved forskrift om offentlige anskaffelser som igjen supplerer offanskl.<sup>155</sup> EU-domstolens avgjørelser hva angår tolkningen og forståelsen av anskaffelsesdirektivet kan følgelig få betydning for det norske anskaffelsesregelverket.

Generaladvokaten synes, i sitt forslag til avgjørelse, ikke å legge vekt på hvordan pensjonssystemet er organisert i Tyskland. At det er visse forskjeller mellom det tyske og norske pensjonssystemet tilsier derfor ikke at adgangen for offentlige arbeidsgivere i Norge til å utpeke bestemte pensjonsleverandører i tariffavtaler er videre enn i Tyskland.

Dersom EU-domstolen velger å følge den subsidiære argumentasjonen til generaladvokaten til det fulle, kan følgelig virkningen bli at norske offentlige arbeidsgivere ikke lenger har adgang til å utpeke pensjonsleverandører i tariffavtale. Det er imidlertid vesentlig å påpeke at dette selvfølgelig vil avhenge av hvor presist EU-domstolen formulerer seg i premissene.

---

<sup>154</sup> Premiss 234

<sup>155</sup> Jfr. avhandlingens punkt 2.2.1

En bestemmelse det er aktuelt å vurdere om det er problematisk å opprettholde dersom EU-domstolen følger generaladvokatens subsidiære forslag til avgjørelse, er ”frysklausulen” inntatt i punkt 9 i del A1 (sosiale bestemmelser) til tariffavtalen mellom Spekter og helseforetakene.<sup>156</sup> Bestemmelsen, som er en del av tariffavtalen, fastslår at under arbeid med revisjon av tjenstepensjonsordningen er ”partene enige om å videreføre eksisterende pensjonsordninger for de ansatte [...]”.

Før det tas stilling til hvorvidt bestemmelsen er problematisk i forhold til generaladvokatens subsidiære forslag til avgjørelse, er det nødvendig å drøfte hva det innebærer at partene er enige om å ”videreføre eksisterende pensjonsordninger”.

Begrepet ”pensjonsordninger” er vidt, noe som taler for at partene har forpliktet seg til opprettholde pensjonsordningens materielle innhold, så vel som pensjonsleverandøren.

I ARD 2005 s. 130 oppstod det tvist mellom LO Stat, med Fagforbundet, og arbeidsgiverforeningen NAVO om forståelsen av en lignende ”frysklausul”. Bestemmelsen fastslo at arbeidet med revisjon av pensjonsordningen skulle gjennomføres under forutsetning av ”en frys av de ansattes pensjonsforhold, med mindre partene [var] enige om annet”. Arbeidsretten uttalte at NAVO hadde erkjent at bestemmelsen innebar en forpliktelse for helseforetakene til ikke å endre pensjonsordningenes materielle innhold og i tillegg ”til ikke å skifte pensjonsleverandør [...]”.<sup>157</sup>

Bestemmelsen inntatt i den någjeldende tariffavtalen mellom Spekter og helseforetakene er lignende, noe som taler for at også denne bestemmelsen innebærer at tariffmotparten på arbeidstakersiden må samtykke for at arbeidsgiver skal ha anledning til å skifte pensjonsleverandør. Dette kommer til syne ved at bestemmelsen fastslår at eksisterende pensjonsordninger skal videreføres med mindre ”partene” har avtalt en annen pensjonsordning.

Arbeidsrettens dom i ARD 2009 s. 11 innebærer ikke en endring i den tolkning av bestemmelsen som er lagt til grunn ovenfor. Parter i tvisten var LO Stat, med Fagforbundet, mot arbeidsgiverforeningen Spekter og Vestre Viken Helseforetak. Partene var blitt enige om at enkelte sykehus i Helse Sør-Øst midlertidig skulle opprette en egen pensjonskasse og ikke lenger være tilknyttet Buskerud fylkeskommunale pensjonskasse. I etterkant oppstod det imidlertid tvist mellom partene om en ”frysklausul” i en protokoll av 16. april 2008 var til hinder for at den nye pensjonskassen, Vestre Viken Pensjonskasse, utkontraherte driften av pensjonskassen til ulike eksterne oppdragstakere. Arbeidsretten tok ikke stilling til innholdet i ”frysklausulen” eller den tolkning som ble lagt til grunn i ARD 2005 s. 130, ettersom bestemmelsen selv tok forbehold om at partene kan bli ”enige om noe annet”.<sup>158</sup> Uenigheten dreide seg, etter Arbeidsrettens syn, kun om hvorvidt det mellom partene forelå en forutsetning om at driften av pensjonskassen

<sup>156</sup> Tariffavtalen mellom Spekter og helseforetakene og tilhørende del A1 (sosiale bestemmelser) er publisert på [http://www.spekter.no/modules/module\\_123/proxy.asp?D=2&C=543&I=3419&tabmid=579&mid=579a633](http://www.spekter.no/modules/module_123/proxy.asp?D=2&C=543&I=3419&tabmid=579&mid=579a633)

<sup>157</sup> ARD 2005 s. 130 premiss 65

<sup>158</sup> ARD 2009 s. 11 premiss 49

ikke skulle utkontraheres til eksterne oppdragstakere. Arbeidsretten konkluderte med at en slik forutsetning ikke forelå, og at opprettelsen av Vestre Viken Pensjonskasse ikke var tariffstridig.

Da bestemmelsen i tariffavtalen mellom Spekter og helseforetakene utelukker andre norske og utenlandske leverandører av pensjonsytelser, vil bestemmelsen i henhold til generaladvokatens subsidiære argumentasjon i sak C-271/08, innebære et uforholdsmessig inngrep i den frie flyt av tjenester.<sup>159</sup> Hensynet til arbeidsmarkedets avtalefrihet er, ifølge generaladvokatens subsidiære forslag til avgjørelse, ikke tilstrekkelig tungtveiende til å begrunne et slikt inngrep i etablerings- og tjenestefriheten.

Dersom EU-domstolen velger å følge generaladvokatens subsidiære forslag til avgjørelse, vil følgelig ikke bestemmelsen om frys av de ansattes pensjonsforhold stå seg.

En bestemmelse som forutsetningsvis vil stå seg, er punkt 2.1.8 i Hovedtariffavtalen KS for perioden 1. mai 2008 til 30. april 2010. Her oppstilles det to vilkår for skifte av pensjonsleverandør. For det første må skifte drøftes med de tillitsvalgte, og for det andre må premieberegningen være basert på et finansieringssystem som er kjønnsnøytralt og som ikke virker utstøtende på eldre arbeidstakere. Bestemmelsen innebærer følgelig ikke at det kreves samtykke fra tariffmotparten på arbeidstakersiden for skifte av pensjonsleverandør. EU-domstolen vil trolig ikke anse vilkår om premieberegning basert på kjønns- og aldersnøytrale finansieringsprinsipper og drøftelsesplikt som et uforholdsmessig inngrep i tjenestefriheten.

### **6.3 Kritikk av generaladvokatens subsidiære forslag til avgjørelse**

#### **6.3.1 Fare for at arbeids- og ansettelsesvilkår blir "alvorlig svekket"?**

Formålet med avhandlingens punkt 6.3 er å foreta en "de sententia ferenda"-vurdering, altså å gi råd til EU-domstolen om hvordan den bør dømme i sak C-271/08. Først vil det bli drøftet om generaladvokatens subsidiære forslag til avgjørelse innebærer fare for at arbeids- og ansettelsesvilkår kan bli svekket. Deretter gis et konkret forslag til EU-domstolen om hvordan den bør dømme i sak C-271/08.

I Albany m.fl la EU-domstolen, med bred penn, til grunn at begrunnelsen for oppstillingen av et unntak fra konkurransereglene anvendelsesområde for tariffavtaler om tjenstepensjon er at arbeidstakers arbeids- og ansettelsesvilkår kan "blive bragt alvorlig i fare" dersom de skulle underlegges forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.<sup>160</sup>

<sup>159</sup> Generaladvokat Trstenjaks forslag til avgjørelse i sak C-271/08 premiss 227

<sup>160</sup> Sak C-67/96 premiss 59

At regelverket om offentlige anskaffelser i stor grad bygger på de samme økonomiske effektivitetsbetraktninger som konkurranseregleverket, trekker i retning av at Albany m.fl i utgangspunktet også bør være avgjørende i forhold til anskaffelsesdirektivene.

Spørsmålet blir imidlertid om det i regelverket for offentlige anskaffelser er adgang til å vektlegge sosiale hensyn, slik at arbeidstakerne likevel ikke risikerer å få svekkede arbeids- og ansettelsesvilkår ved at kontraktene settes ut på anbud i hele EU-fellesskapet. Dette beror på hvilke kriterier som kan vektlegges i vurderingen av tildeling av kontrakt.

I anskaffelsesdirektivet artikkel 53 nr. 1 litra a) og b) fremkommer det at tildeling skal skje enten på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, eller utelukkende den laveste pris. I artikkel 26 første punktum er det imidlertid lagt til grunn at ordregivende myndigheter kan fastsette særlige betingelser angående kontraktens utførelse, hvis disse er ”forenlige med fællesskabsretten” og de er ”nævnt i udbudsbekendtgørelsen”. I andre punktum presiseres at betingelsene kan handle om ”sociale hensyn”.

En kan av dette forstå at det er en viss adgang til å vektlegge sosiale hensyn ved offentlige anskaffelser under forutsetning av at de betingelser som stilles er ”forenlige med fællesskabsretten”. Sistnevnte vilkår sikter blant annet til at læren om de tvingende allmenne hensyn må overholdes.

At det er adgang til å legge vekt på arbeidstakerbeskyttelse ved tildeling av kontrakt er også lagt til grunn av EU-domstolen i Beentjes-dommen<sup>161</sup> og i sak C-225/98.<sup>162</sup> I disse sakene fant EU-domstolen at de ordregivende myndigheter hadde adgang til å legge vekt på henholdsvis en betingelse om ansettelse av langtids arbeidsledige og muligheten for benytte lokal arbeidskraft som tiltak for å bekjempe den lokale arbeidsledighet. EU-domstolen oppstilte imidlertid som forutsetning i begge avgjørelsene at betingelsene måtte være ”i overensstemmelse med alle de grunnleggende prinsipper i fællesskabsretten, herunder navnlig prinsippet om forbud mot forskelsbehandling”.<sup>163</sup>

At det kan tas sosiale hensyn ved tildeling av kontrakt, taler i utgangspunktet for at det ikke er nødvendig at unntaket i Albany m.fl kommer til anvendelse for å oppnå tilstrekkelig arbeidstakervern.

Spørsmålet blir imidlertid om arbeidstakerbeskyttelsen blir tilstrekkelig ivaretatt når de krav arbeidsgiver kan stille til tilbyderne må være i overensstemmelse med læren om de tvingende allmenne hensyn.

Arbeidstakervernet avhenger ut fra generaladvokatens argumentasjon fullstendig av i hvilken grad EU-domstolen finner at de aktuelle restriksjoner er nødvendige. Offentlige arbeidsgivere vil stadig ha adgang til å stille krav til tilbyderne, men kravene som stilles må overholde vilkårene i læren om de tvingende allmenne hensyn. Arbeidsmarkedsparterne fratas dermed den frihet de har til selv å bestemme innholdet i

<sup>161</sup> Sak 31/87, Gebroeders Beentjes BV mot den nederlandske stat, Sml. 1988 s. 4635

<sup>162</sup> Sak C-225/98, Kommisjonen mot den franske republikk, Sml. 2000 s. I-7445

<sup>163</sup> Sak C-225/98 premiss 50

tariffavtalene, for på den måten å oppnå en balansert avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Med andre ord innebærer generaladvokatens forslag at den avtalefrihet arbeidsmarkedets parter ble gitt i van der Woude-dommen i det vesentlige fravikes for offentlige arbeidsgivere.

Generaladvokatens subsidiære forslag til avgjørelse innebærer at nivået for arbeidstakervern i stor grad legges i EU-domstolens hender. Generaladvokaten legger likevel opp til at nasjonalstatene skal ha en viss frihet til å fastslå hvilke vernnivåer som skal gjelde. Dette kommer til uttrykk ved at generaladvokaten uttaler at EU-domstolen skal være tilbakeholden i prøvingen av om restriksjonene er nødvendige.<sup>164</sup> Dette er også i overensstemmelse med Pensjonskassedirektivet<sup>165</sup> art. 9 nr. 3 der det fremkommer at en medlemsstat kan tilføye andre krav til vilkårene for å drive virksomhet på dens territorium ”med sikte på å beskytte medlemmers og pensjonsmottakeres interesser i tilstrekkelig grad.”

I lys av generaladvokatens videre argumentasjon er det imidlertid grunn til å stille spørsmålstegn ved hvor mye som blir igjen av nasjonalstatenes frihet ettersom tariffavtalen vil være en uforholdsmessig restriksjon dersom det etter EU-domstolens syn er mulig å avtale ordninger som i større grad er i overensstemmelse med etablerings- og tjenestefriheten.<sup>166</sup>

Generaladvokatens argumentasjon innebærer i realiteten en forrang for markedsfrihetene fremfor den grunnleggende retten til kollektiv forhandling. Om generaladvokatens forslag til avgjørelse vil innebære en svekkelse av arbeidstakerbeskyttelsen avhenger dermed av hvilket vernnivå domstolen velger å legge seg på.

Nok et argument som trekker i retning av at arbeidstakervernet kan bli svekket dersom generaladvokatens subsidiære forslag til avgjørelse følges, er at et skille mellom offentlige og private arbeidsgiveres adgang til å tariffregulere tjenstepensjon kan være problematisk for arbeidstaker som vil skifte stilling fra offentlig til privat sektor, eller omvendt.

Danske myndigheter anfører i sitt intervensjonsinnlegg i sak C-271/08 at en oppdeling mellom offentlig og privat sektor kan medføre en svekkelse av arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår. Dette begrunnes med at en oppdeling av pensjonssystemene vil medføre at det ”ikke lenger vil være mulig at opretholde tværgående pensjonskasser” og at en oppdeling av arbeidsmarkedet kan medføre at en ”række af de solidariske elementer risikerer at falde bort”.<sup>167</sup>

En oppdeling mellom tjenstepensjon i offentlig- og privatsektor kan medføre at det blir vanskelig eller umulig for arbeidstakere som skifter fra offentlig til privat sektor, eller omvendt, å fortsatt være tilsluttet den samme tjenstepensjonsordningen. At arbeidstakerne blir tvunget til å skifte pensjonsleverandør vil kunne medføre at pensjonsvilkårene blir dårligere.

<sup>164</sup> Generaladvokat Trstenjaks forslag til avgjørelse i sak C-271/08 premiss 211

<sup>165</sup> Direktiv 2003/41/EF av 3. juni 2003

<sup>166</sup> Generaladvokat Trstenjaks forslag til avgjørelse i sak C-271/08 premiss 212

<sup>167</sup> Notat om intervensjonsinnlegg, punkt 4. Sagens betydning for Danmark

Etter dette er det grunn til å sette spørsmålstegn ved om arbeidstakerbeskyttelsen blir tilstrekkelig ivaretatt når offentlige arbeidsgiveres adgang til å tariffregulere tjenstepensjon må underlegges de begrensninger som følger av læren om tvingende allmenne hensyn. Generaladvokatens subsidiære argumentasjon synes følgelig å kunne medføre fare for svekkede arbeids- og ansettelsesvilkår.

### **6.3.2 "De sententia ferenda"- vurdering – konkret råd til EU-domstolen om hvordan den bør dømme i sak C-271/08**

Som følge av at en dom i samsvar med generaladvokatens subsidiære forslag til avgjørelse kan medføre fare for svekkede arbeids- og ansettelsesvilkår, alt ettersom hvilke restriksjoner EU-domstolen anser nødvendige, bør EU-domstolen i stedet oppstille samme unntak for tariffregulering i forhold til offentlige anbud, som er oppstilt i konkurranseregelverket.

Som tidligere nevnt, oppstilles det som vilkår for at unntaket skal komme til anvendelse at tariffavtalen, samt dens enkelte bestemmelser, må ha som formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. I tillegg er det et vilkår at tariffavtalen og enkeltbestemmelsene er egnet til å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. Det må følgelig foretas en inngående vurdering av om disse vilkårene er oppfylt, før det kan konkluderes med at en tariffavtale om tjenstepensjon faller utenfor konkurransereglens anvendelsesområde.

At disse vilkårene må være oppfylt for at unntaket skal gjøre seg gjeldende, medfører at det ikke vil skje noen urimelig tilsidesettelse av den grunnleggende retten til fri etablering og fri tjenesteytelse på tvers av landegrensene. Tvert imot vil en slik løsning etter min vurdering innebære en "rimelig balanse mellom de to juridiske standpunkter".<sup>168</sup>

En avgjørelse fra EU-domstolen i samsvar med dette forslaget til avgjørelse, vil også være i bedre overensstemmelse med at arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet, herunder adgangen til å inngå tariffavtaler, er en grunnleggende rettighet som er fremhevet både i EUs eget charter om grunnleggende rettigheter samt i EMK.<sup>169</sup> Sentralt i denne sammenheng er det også at charteret om de grunnleggende rettigheter ved ikrafttredelsen av TEU og TFEU 1. desember 2009 gikk fra "soft-law" til å traktatnivå.<sup>170</sup> En slik traktatfesting av de grunnleggende rettigheter trekker i retning av at de nye traktatene i større grad pålegger EU å ta hensyn til menneskerettighetene og EMDs avgjørelser. En avgjørelse i samsvar med dette forslaget til avgjørelse vil være bedre i overensstemmelse med Demir og Baykara-dommen, der EMD uttalte at retten til kollektiv forhandling med arbeidsgiver var blitt en del av retten til å "danne og slutte seg til fagforeninger" etter art. 11 EMK.<sup>171</sup>

<sup>168</sup> Se Generaladvokat Trstenjaks forslag til avgjørelse i sak C-271/08 premiss 188 der hun uttaler at målet er å "søke en rimelig balanse mellom de to juridiske standpunkter"

<sup>169</sup> Jfr. avhandlingens punkt 2.2.2

<sup>170</sup> Jfr. art. 6 nr. 1 TEU og Ruth Nielsen, Udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser- Viking-, Laval- og Rüffert-sagerne, s. 63

<sup>171</sup> Sak 34503/97, Demir og Baykara mot Tyrkia, avsagt 12. november 2008



## **7. Avsluttende refleksjoner**

### ***7.1 Oppsummering av rettstilstanden og avsluttende tanker***

Det er ingen tvil om at norske arbeidsgivere i dag har adgang til å regulere supplerende tjenestepensjon i tariffavtale. Det er imidlertid på det rene at visse grunnleggende vilkår må være oppfylt. For det første må tariffavtalen og dens enkeltbestemmelser ha som formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår, og for det andre må bestemmelsene også være egnet til å forbedre arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår.

I lys av de nyere avgjørelsene fra EU-domstolen hva grensedragningen mellom kollektiv arbeidsrett og tjenestefrihet angår, synes imidlertid vinden å blåse i retning av markedsfrihetenes forrang. Dersom ikke EU-domstolen legger seg på et rimelig beskyttelsesnivå, kan dette være problematisk for arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår.

Dersom EU-domstolen velger å følge generaladvokatens subsidiære forslag til avgjørelse i sak C-271/08, vil dette innebære at offentlige arbeidsgivere i EU-landene ikke lenger har adgang til å utpeke pensjonsleverandører i tariffavtale. Hvilke virkninger dette eventuelt vil få for norske offentlige arbeidsgivere, avhenger av hvordan EU-domstolen velger å formulere seg i de konkrete premisser. Dette gjenstår å se.

EU-domstolen har fortsatt ikke avsagt dom i sak C-271/08, og har følgelig mulighet til å endre vindretningen i favør av arbeidstakernes interesser. Etter min mening vil et tilsvarende unntak som fra konkurransereglene anvendelsesområde, for reglene om offentlige anskaffelser føre til en rimelig rettstilstand. En slik løsning vil sikre arbeidsmarkedspartene avtalefrihet, og likevel hindrer de ovenfor nevnte vilkårene at markedsreglene på urimelig måte tilsidesettes.

## Kilder

### Lover:

<b>Domstolloven:</b>	Lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5
<b>Arbeidstvistloven/arbtlv:</b>	Lov om arbeidstvister av 5. mai 1927 nr. 1
<b>Pensjonskasseloven:</b>	Lov om Statens Pensjonskasse av 28. juli 1949 nr. 26
<b>EØS-loven:</b>	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27. november 1992 nr. 109
<b>Folketrygdloven:</b>	Lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19
<b>Menneskerettsloven:</b>	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30
<b>Lov om offentlige anskaffelser/offanskl:</b>	Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69
<b>EØS-konkurranseloven/ EØS-krri:</b>	Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. av 5. mars 2004 nr. 11
<b>Konkurranseloven/krri:</b>	Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5. mars 2004 nr. 12
<b>Arbeidsmiljøloven:</b>	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62
<b>Lov om obligatorisk tjenstepensjon:</b>	Lov om obligatorisk tjenstepensjon av 21. desember 2005 nr. 124

### Forskrifter:

<b>Forskrift om offentlige Anskaffelser/ FOR-2006-04-07-402</b>	Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006
---	---

**Lovforarbeider:****Odelstingsproposisjon:**

Ot.prp.nr.6 (2003-2004)

**Norges offentlige utredninger:**

NOU 2009: 13. Brede pensjonsordninger

**Avgjørelse fra Høyesterett:**

Rt.2000 s.1811/Finanger I dommen

Rt.2000 s.1602

**Avgjørelser fra Arbeidsretten:**

ARD 1922 s. 50

ARD 1999 s. 186

ARD 2000 s. 207

ARD 2002 s. 90/KLP-saken

ARD 2005 s. 130

ARD 2009 s. 11

**Traktater:**

- EMK:** Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950. Inn tatt i lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
- EF:** Traktat om opprettelse av det europeiske fellesskap av 25. mars 1957
- EØS:** Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Inn tatt i Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 27. november 1992 nr. 109

**ODA:** Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol. Inn tatt i Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27. november 1992 nr.109

**EUs Charter:** EUs charter om grunnleggende rettigheter av 7. desember 2000. Senere tilpasset 12. desember 2007. Charteret med tilhørende bemerkninger er publisert i EU-Tidende 2007 C 303

**TFEU:** Konsolidert utgave av traktaten om den Europeiske Unions funksjonsområde, EU-Tidende nr. C. 115, av 9. mai 2008

**TEU:** Konsolidert utgave av traktaten om den Europeiske Union, EU-Tidende nr. C. 115, av 9. mai 2008

### Direktiv:

**Det tidligere anskaffelsesdirektivet:** Rådets direktiv 92/50/EØF av 18. juni 1992 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige tjenesteytelsesavtaler

**Utstasjoneringsdirektivet:** Europa-parlamentets og Rådets direktiv nr. 1996/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting

**Pensjonskassedirektivet:** Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2003/41/EF av 3. juni 2003 om virksomhet i og tilsyn med tjenstepensjonsforetak

**Anskaffelsesdirektivet:** Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter

**Avgjørelser fra EU-domstolen:**

(Sortert etter publiseringsstidspunkt)

Sak 5/69, Völk mot Vervaecke, Sml.1969 s. 69

*Beentjes-dommen:*

Sak 31/87, Gebroeders Beentjes BV mot den nederlandske stat, Sml. 1988 s. 4635

Sak C-76/90, Manfred Säger mod Dennemeyer & Co. Ltd, Sml. 1991 s. I-4221

*Albany m.fl:*

- Sak C-67/96, Albany mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie,
- De forente saker C-115-117/97, Brentjens` Handelsovernemning mot Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen og
- Sak C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken mot Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer-en Havenbedrijven

*Albany-dommen:*

Sak C-67/96, Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Sml. 1999 s. I-5751

*Drijvende Bokken-dommen:*

Sak C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken BV mod Stichting Pensioensfonds voor de Vervoer – en Havenbedrijven, Sml. 1999 s. I-6121

*Brentjens-dommen:*

Forente saker C-115/97-C-117/97, Brentjens`Handelsovernemning BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, Sml. 1999 s. I-6025

*Pavel Pavlov-dommen:*

Forente saker C-180/98-C-184/98, Pavel Pavlov m.fl mot Stichting Pensionenfonds Medische Specialisten, Sml. 2000 s. I-6451

*Sak C-225/98:*

Kommisjonen mot den franske republikk, Sml. 2000 s. I-7445

*van der Woude-dommen:*

Sak C-222/98, Hendrik van der Woude mot Stichting Beatrixoord, Sml. 2000 s. I-7111

*Finalarte-dommen:*

Sak C-49/98, Finalarte Sociedade de Construção Civil Ld, Sml. 2001 s. I-7831

Sak C-165/98, Straffesak mot André Mazzoleni og Inter Surveillance Assistance SARL, Sml. 2001 s. I-2198,

*Wolf og Müller-dommen:*

Sak C-60/03, Wolff & Müller GmbH & Co. KG mod José Filipe Pereira Félix, Sml. 2004, s. I-9553

Sak C-341/02, Kommisjonen mot Forbundsrepublikken Tyskland, Sml. 2005 s. I-2733

Sak C-519/04, David Meca-Medina og Igor Majcen mot Kommisjonen, Sml.2006 s. I-6991

*Viking Line-dommen:*

Sak C-438/05, International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti, Sml. 2007 s. I-10779

*Laval-dommen:*

Sak C-341/05, Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan og Svenska Elektrikerförbundet, Sml. 2007 s. I-11767

*Sak C-271/08:*

Kommisjonen mot Tyskland (EU-domstolen har ikke avsagt dom)

### **Rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen:**

*EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i KLP-saken:*

Sak E-8/00, Landsorganisasjonen i Norge m.fl. mot Kommunenes Sentralforbund m.fl., REC 2002 s. 114

### **Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol:**

Sak 34503/97, Demir og Baykara mot Tyrkia, avsagt 12. november 2008

### **Generaladvokaters forslag til avgjørelse:**

*Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i Albany m.fl.:*

Forente forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Jacobs fremsatt 28. januar 1999. Sak C-67/96, Forente saker C-115/97 – C-117/97, Sak C-219/97, Sml. 1999 s. I-5751

*Generaladvokat Trstenjaks forslag til avgjørelse i sak C-271/08:*

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Trstenjak fremsatt 14. april 2010.

Publisert på <http://curia.europa.eu>

### **Litteratur:**

(sortert etter utgivelsestidspunkt)

#### **Norsk litteratur:**

*Fougner m.fl.:*

Jan Fougner, Trond Sundet, Johan Kr. Øydegard, Marit B. Frogner, Mette Jenssen, Merte Bårdsen, Bjørn Jacobsen, Kollektiv arbeidsrett, Universitetsforlaget 2004

Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen, Olav Kolstad, EØS-rett, 2. utgave, Universitetsforlaget 2005

*Graver:*

Hans Petter Graver, ”Konkurranseregler og valg av leverandør av kollektive tjenestepensjoner”, *Arbeidsrett/2005/nr. 2* s. 92-111

*Kolstad og Ryssdal:*

Olav Kolstad og Anders Ryssdal, *Norsk konkurranserett, Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*, Universitetsforlaget Oslo 2006

*Stenvik:*

Kjetil Stenvik, Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelse for tjenester, publisert i *Arbeidsrett/2007/nr. 01*

*Evju:*

Stein Evju, Utstasjonering og sosial dumping - et skandinavisk perspektiv, publisert i *Arbeidsrett/2008/nr. 01*

Mona Søyland, *Gyldendal Rettsdata, Norsk lovkommentar til lov om offentlige anskaffelser*

*Evensen og Sæveraas(red):*

Harald Evensen og Eivind Sæveraas(red), *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, Gyldendal akademisk, Oslo 2009

**Utenlandsk litteratur:**

(sortert etter utgivelsestidspunkt)

Niklas Bruun og Jari Hellsten, *Collective Agreement and Competition in the EU, The report of the COLOM-project*, DJØF Publishing Copenhagen 2001

Ruth Nielsen, Kollektive overenskomster og konkurreretten, *Juridiske afhandlinger meddelelser M.M, Ugeskrift for retsvæsen Afdeling B 2001 Afdeling B*, Forlaget Thomson

*Norberg:*

Per Norberg, *Arbetsrätt och konkurrensrätt. En normativ studie av motsättningen mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden*, Juristförlaget i Lund 2002

Ruth Nielsen, Skæringsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurreretten – arbejdsretlige perspektiver, publisert i rapport fra Nordisk Ministerråd, København 2002, ANP 2002:706

Ruth Nielsen, Udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser- Viking-, Laval- og Ruffert-sagerne, publisert i *Arbeidsrett/2008/nr. 02*

**Kilder fra Internett:**

Informasjon om KLP på: <http://www.klp.no/web/klpno.nsf/pages/omklp.html>  
(side besøkt 19.05.10)

*Kommisjonens stevning:*

Kommisjonens stevning i sak C-271/08: [EUT C 223 af 30.08.2008, s.27](http://eur-lex.europa.eu/juris/ces/docgen.do?docid=32323) publisert på <http://curia.europa.eu>  
(side besøkt 19.05.10)

*Notat om intervensjonsinnlegg:*

Det danske beskæftigelsesministeriets notat vedrørende avgivelse av intervensjonsinnlegg i sak C-271/08 Kommisjonen mot Tyskland av 21. oktober 2008 er publisert på:

[http://www.euo.dk/dokumenter/efdomstolen/domme/anlaeggelse/2008/C271\\_08/](http://www.euo.dk/dokumenter/efdomstolen/domme/anlaeggelse/2008/C271_08/)  
(side besøkt 19.05.10)

Tariffavtalen mellom Spekter og helseforetakene og tilhørende del A1 (sosiale bestemmelser) er publisert på:

[http://www.spekter.no/modules/module\\_123/proxy.asp?D=2&C=543&I=3419&tabmid=579&mid=579a633](http://www.spekter.no/modules/module_123/proxy.asp?D=2&C=543&I=3419&tabmid=579&mid=579a633)  
(side besøkt 19.05.10)