

Konkurranseregler og valg av leverandør av kollektive tjenstepensjoner¹

AV PROFESSOR HANS PETTER GRAVER

Spørsmålet i denne artikkelen er om konkurransereglene åpner eller stenger for at arbeidstakerne gjennom tariffavtale eller på annen måte bestemmer hvem som skal stå som pensjonsleverandør av kollektive tjenstepensjoner. Analysen bygger på en hypotese om at det bør være uproblematisk sett fra konkurransereglene om partene i arbeidslivet peker ut en aktør som skal dekke de avtalte tjenstepensjoner fullt ut som en enerett, og denne aktøren ikke i tillegg tilbyr pensjonstjenester på kommersielle vilkår til andre. Dersom flere aktører gis rett til å konkurrere om å tilby de avtalefestede pensjonene, eller den aktør som gis rett til å levere disse i tillegg er en kommersiell aktør i markedet, vil lovligheten av å gi en aktør en særstilling være avhengig av måten konkurransen påvirkes på. Så lenge ikke en av partene i tillegg opptre som en tilbyder i pensjonsmarkedet generelt, vil heller ikke dette være problematisk. Artikkelen gir en oversikt over rettstilstanden i skjæringsfeltet mellom konkurranseretten og den kollektive arbeidsrett.

HANS PETTER GRAVER er født 1955, ble cand. jur. 1980, dr. juris 1986 og har siden 1993 vært professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo. Han er tilknyttet Institutt for privatrett, og foreleser bl.a. i forvaltningsrett.

Innledning

Kollektive tjenstepensjoner har stor betydning for det totale pensjonssystemet i Norge. Flertallet av dagens arbeidstakere er medlemmer i en supplerende pensjonsordning gjennom et arbeidsforhold. Pensjonskommisjonen regner med at pensjoner i arbeidsforhold vil spille en enda større rolle i framtiden.

Pensjonsforsikring utover ytelsene fra Folketrygden organiseres i Norge hovedsakelig gjennom livsforsikringselskaper og pensjonskasser. I offentlig sektor har pensjonsytelsene vært levert av Statens pensjonskasse og KLP. Utviklingen går i retning av et fritt marked for levering av kollektive tjenstepensjoner også i offentlig sektor. I 2003 ble forsikringsvirksomhetsloven endret for å åpne for økt konkurranse på likt grunnlag i markedet for offentlige tjenstepensjoner.

¹ Artikkelen bygger på en betenkning skrevet for Fagforbundet.

En viktig utfordring for partene i arbeidslivet er hvordan bevare partenes innflytelse over innholdet av pensjonsordningene hvor de offentlige reguleringer åpner for fri konkurranse. Slik innflytelse kan være viktig både i forhold til utforming av ordningens solidariske elementer i premieberegning og dekning, kostnader og markedsføring og i forvaltning av kapitalen i forhold til bl.a. etiske krav.

Det må være nokså klart at det materielle innholdet av en tjenstepensjonsordning hører til kjernen av arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår. Et mer åpent spørsmål er om spørsmålet om hvem det er som skal stå som pensjonsleverandør kan sies å komme i samme stilling. Det jeg skal ta opp i denne artikkelen er i hvilken utstrekning konkurransereglene åpner eller stenger for at arbeidstakerne gjennom tariffavtale eller på annen måte bestemmer hvem som skal stå som pensjonsleverandør.² Sagt på en annen måte, må oppdraget som pensjonsleverandør tildeles etter fri konkurranse på kommersielle vilkår, eller kan partene bestemme hvem som skal stå som pensjonsleverandør i tariffavtale eller på annen måte? Jeg vil også se på om konkurransereglene er til hinder for at tiltak for å sikre kontroll over pensjonsleverandøren etableres ensidig av arbeidstakerne, uten at det inngår som del av en tariffavtale med arbeidsgiverorganisasjonene.

I forhold til konkurransereglene har partene i arbeidslivet en særstilling sammenlignet med andre aktører i markedet. Dette fremgår av den vekt EF-traktaten legger på den sosiale dialog og tariffriheten, samt fast praksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen.³ Det fremgår av denne rettspraksis at avtaler som inngås i forbindelse med kollektive forhandlinger mellom arbeidsmarkedets parter med sosialpolitiske målsetninger faller utenfor traktatens artikkel 81.⁴ Dette gjelder til tross for at de med nødvendighet har visse konkurransebegrensende virkninger, dels ved at de begrenser konkurransen mellom arbeidsgiverne og dels at de begrenser tredjeparters tilgang til et marked. Denne rettspraksis er utviklet i tilknytning til tariffbestemmelser og lover om almengjøring av tariffbestemmelser som dreier seg nettopp om tjenstepensjoner og andre ytelser enn lønn, som for eksempel sykeforsikring. Dommene bygger på at rettigheter til slike ytelser direkte utgjør del av arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår.

Forholdet mellom kollektive avtaler i arbeidslivet og EUs konkurranseregler har et-

2 Med konkurransereglene mener jeg først og fremst konkurransereglene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og konkurranseloven §§ 10 og 11. Jeg ser ingen grunn til å skille mellom disse regelsettene i denne sammenheng, da de norske reglene må tolkes på bakgrunn av de fellesskapsrettslige kilder, se nærmere Hans Petter Graver, Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11, Lov og Rett 2004 s. 340-359.

3 Se fra EF-retten Albany, sak C-67/96, Saml. 1999 I, s. 5751, Brentjens', forenede saker C-115/97, C-116/97 og C-117/97, Saml. 1999 I, s. 6025, Drijvende Bokken, sak C-219/97, Saml. 1999 I, s. 6121 og van der Woude, sak C-222/98, Saml. 2000 I, s. 7111. For EØS se EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i KLP-saken sak E-8/00 og Arbeidsrettens dom i sak nr. 7/1999 ARD 2002 s. 90.

4 Se f.eks. Whish, Competition Law 4. utg., London 2001 s. 71 og Fejø, EU-Konkurrenseret almindelig del 3. utg. København 2003 s. 66-68.

ter hvert fått en omfattende behandling i litteraturen. Fra det nordiske litteraturen kan nevnes Niklas Bruun og Jari Hellsten, *Collective Agreements and Competition Law in the EU*, København 2002, Per Nordberg, *Arbetsrätt och konkurrensrätt*, Lund 2002, Eva Edwardsson, *Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar*, Uppsala 2003 og rapporten fra Nordisk ministerråd, *Skjæringsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten*, ANP 2002:706. Spørsmålet er også behandlet i den generelle konkurranserettslige litteraturen, se for eksempel Richard Whish, *Competition Law* 4. utg., London 2001s. 71 og Jens Fejø, *EU-Konkurrenceret* almindelig del 3. utg. København 2003 s. 66-68 og i arbeidsrettslitteraturen, se for eksempel Jan Fougner m.fl., *Kollektiv arbeidsrett*, Oslo 2004 s. 157-181.

Det eksisterer et visst spenningsforhold mellom regler som forbyr konkurransebegrensende avtaler og regler som tillater og stimulerer til kollektive avtaler i arbeidslivet. Siden konkurransereglens formål er å fremme konkurranse mellom økonomiske aktører er det ikke noe hensyn som tilsier at reglene skal begrense adgangen til kollektiv oppreden mellom arbeidstakere. De sosiale hensyn som ligger til grunn for arbeidstakernes rett til å organisere seg og forhandle kollektivt, tilsier tvert imot at konkurransereglens virkeområde begrenses slik at de ikke kommer i veien for gjennomføringen av kollektive rettigheter i og i tilknytning til arbeidsmarkedet. Derfor har man da også i alle land som har forbud mot konkurransebegrensende avtaler ulike typer av ordninger som begrenser konkurransereglens virkeområde.⁵ Det klare utgangspunktet både de lege lata og de lege ferenda i de fleste land er at konkurransereglene ikke legger begrensninger på virksomheten i arbeidsmarkedet. Det er bare unntaksvis at konkurransereglene vil kunne komme til anvendelse på slik virksomhet.

Derfor blir det misvisende når det i Fougner m.fl. uttales med henvisning til Evju at «den eneste sikre konklusjonen som kan trekkes på grunnlag av EF-domstolens rettspraksis, er at konkurransereglene etter omstendighetene kan få anvendelse på tariffavtaler».⁶ Tvert imot er det klare utgangspunktet, også for EF-domstolen, at konkurransereglene ikke begrenser partenes oppreden i arbeidsmarkedet, herunder inngåelsen av tariffavtaler.

Hypotese

Når en ikke-kommersiell aktør tilbyr sine tjenester til andre eller får dekket sine behov fra en annen aktør, foreligger en situasjon hvor markedsretten, dvs. de regler som gjelder markedet og kommersielle aktører kan komme til anvendelse. Det kan i denne sammenheng være tale om konkurransereglene og EØS-avtalens friheter. Dersom disse reglene kommer til anvendelse, vil det innebære at utvekslingen av ytelser som utgangspunkt må skje på kommersielle vilkår åpent for konkurranse. Dette følger av forbudet i konkurransereglene mot avtaler som begrenser konkurransen og av ikke-diskrimineringsprinsippet bak EØS-frihetene. En konsekvens av anvendelse av reglene er at aktørene begrenses i

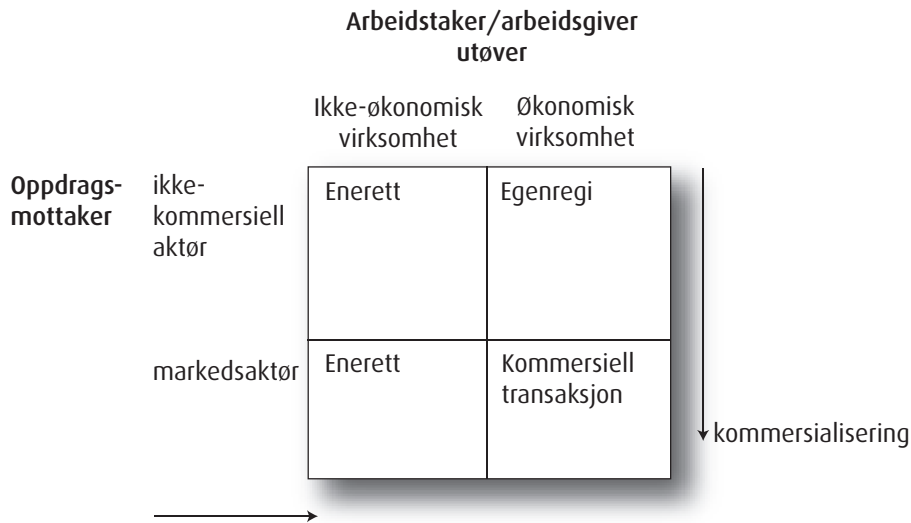
5 Se den komparative og historiske gjennomgangen hos Per Nordberg, *Arbetsrätt och konkurrensrätt*, Lund 2002.

6 Se Jan Fougner m.fl., *Kollektiv arbeidsrett*, Oslo 2004 s. 162.

muligheten til å legge vekt på andre forhold enn kommersielle ved valget av den som skal få oppdraget om å levere varer eller tjenester.

Det er likevel ikke slik at markedsrettens regler alltid gjelder der aktører utveksler varer eller tjenester. Prinsipielt sett bør det i utgangspunktet være opp til en aktør om den vil gå til markedet for å dekke sine behov eller dekke dem på andre måter f.eks. gjennom et samarbeid med andre ikke-kommersielle aktører.

Konkurranse og marked kan foreligge på begge sider av forholdet mellom en aktør som oppdragsgiver og en aktør som står for leveranse av varer eller tjenester. Det kan med andre ord foreligge konkurranse om oppdragene fra partene i en tariffavtale eller de pensjonsgivere som får oppdragene kan være konkurranseutsatt eller begge deler. Skjematisk kan dette fremstilles slik:



På bestillersiden kan forholdet være slik at hele behovet dekkes gjennom egenproduksjon eller produksjon som skjer i en eller annen form for samarbeid med andre. Forholdet kan imidlertid også være slik at deler av behovet dekkes gjennom anskaffelse fra andre, kommersielle aktører. Hvis bestillerne dekker *hele* sitt behov enten gjennom egenproduksjon eller et ikke-kommersielt samarbeid, kan vi si at den som leverer ytelsen har monopol eller enerett på å foreta de leveranser som bestilleren har behov for å få dekket utenfor sine egne organisasjoner. I mangel av en slik enerett foreligger det konkurranse om leveransene til bestilleren. På oppdragstakersiden kan forholdet være den at hele dennes virksomhet er innrettet på å dekke behovet til de andre aktørene i samarbeidet. Men forholdet kan også være slik at oppdragstakeren i tillegg har deler av sin omsetning innrettet mot markedet. Oppdragstakeren er i en slik situasjon konkurranseutsatt ved at den er avhengig av kommersielle oppdrag i tillegg til oppdragene fra de samarbeidende aktørene.

Et siktemål med artikkelen er å teste holdbarheten av en hypotese om at markedsreglene bør komme til anvendelse i alle tilfeller der oppdragene og oppdragsmottakerne er konkurranseutsatt, men ikke der aktørene ikke går ut i markedet for å dekke sine behov og der de aktører som brukes for å stå for leveransene ikke omsetter til andre enn de samarbeidende aktører. Hvor det foreligger konkurranse langs den ene eller andre dimensjonen bør spørsmål om bruk av markedsreglene være avhengig av en vurdering av på hvilken måte konkurransen i markedet påvirkes.⁷

Begrunnelsen for at dette er en rimelig hypotese er at konkurranse er et virkemiddel som skal sikre nøytralitet i markedet og samtidig fremme en mest mulig effektiv ressursbruk. Konkurranse er imidlertid ikke noe mål i seg selv og konkurransehensyn bør derfor ikke stenge for en organisering av oppgaver som private eller offentlige aktører finner hensiktsmessig.

Ut fra en slik hypotese burde det være uproblematisk sett fra konkurransereglene om partene i arbeidslivet peker ut en aktør som skal dekke de avtalte tjenestepensjoner fullt ut som en enerett, og denne aktøren ikke i tillegg tilbyr pensjonstjenester på kommersielle vilkår til andre. Dersom flere aktører gis rett til å konkurrere om å tilby de avtalefestede pensjonene, eller den aktør som gis rett til å levere disse i tillegg er en kommersiell aktør i markedet, vil lovligheten av å gi en aktør en særstilling være avhengig av måten konkurransen påvirkes på. Jeg vil i det følgende gjennom en gjennomgang av konkurransereglene se i hvilken utstrekning en slik hypotese holder stikk som beskrivelse og vurdering av rettstilstanden på dette området.

Spørsmålet om det er i strid med konkurransereglene å stimulere til at arbeidsgiverne tegner pensjonsavtale med en utpekt leverandør

Det har som nevnt ovenfor vært en rekke saker oppe om forholdet mellom konkurransereglene og tariffbestemmelser om kollektive tjenestepensjoner. I forhold til problemstillingen i denne artikkelen, er det ikke utformingen av arbeidstakernes pensjonsrettigheter som er spørsmålet. Spørsmålet dreier seg om opprettelse av en pensjonsleverandør og regulering av betingelsene som tilbys de arbeidsgiverne som inngår avtale om å sikre pensjonsforpliktelsene i en ordning opprettet eller utpekt av arbeidstakerne. Selv om spørsmålene om utforming av pensjonsrettigheter og valg av pensjonsleverandør kan fremstå som to forskjellige problemstillinger, er det grunn til å fremheve at det er nær sammenheng mellom dem. En tariffavtale kan åpne for forskjellige løsninger med hensyn til oppfyllelsen av forpliktelsene, og utforming av avtalen med den aktuelle leverandøren vil derfor ha stor betydning for produktutformingen. Kontroll med pensjonsleverandøren for dermed blant annet å påvirke både de vilkår den tilbyr, og de

7 Se min artikkel Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid, TfR 2005 (under utgivelse) for en anvendelse av hypotesen i forhold til et annet område av markedsretten, nærmere bestemt hvor langt et interkommunalt samarbeid kan finne sted uten at oppdragene fra de samarbeidende kommunene behandles etter reglene om offentlige anskaffelser.

avtaler som inngås med arbeidsgiverne vil derfor i praksis direkte påvirke arbeidstakerens pensjonsforhold.

Et sentralt element i mange av de tariffavtaler som har vært oppe for EF-domstolen har vært at de ikke bare har regulert innhold og nivå av selve retten til pensjon, men også at de har regulert den leverandør som skal administrere og levere pensjonen. De fleste ordninger som har vært forelagt EF-domstolen har hatt den karakter at de har vært obligatoriske. En sentral problemstilling har vært om arbeidslivets parter opptrer i strid med konkurransereglene når de tariffester en ordning som de ber om blir gjort obligatorisk for alle ved at staten bruker en kompetanse til almenngjøring, og om staten opptrer i strid med sine forpliktelser ved å foreta en almenngjøring. Det kan for vurderingen ikke spille noen rolle om det obligatoriske elementet knytter seg til en almenngjøring, eller til en lovfestet plikt til å følge bestemmelsene i en tariffavtale slik som i vår arbeidstvistlov § 3. En tariffesting av at tjenestepensjonene skal dekkes ved medlemskap av en bestemt leverandør vil derfor helt klart gå klar av konkurransereglene. Det samme må gjelde enten partene bestemmer at de selv skal forvalte pensjonsordningen sammen, eller de oppretter et eget selskap som skal utføre denne oppgaven.⁸

Dersom leverandøren gjøres valgfri for arbeidsgiverne, men at det legges inn et insentiv til å tegne pensjon hos en bestemt leverandør for eksempel ved at arbeidstakerandelen i så fall økes hvor avtale tegnes med en bestemt leverandør, vil det foreligge en variasjon i faktum i forhold til mange av de tidligere avgjørelsene til EF-domstolen. I stedet for at den favoriserte leverandøren gjøres obligatorisk, gis den et fortrinn i konkurransen med andre leverandører, uten at det gis en enerett. I konkurranserettslig terminologi kan man spørre om det har noen betydning hvorvidt den posisjon en leverandør tildeles i tariffavtalen ikke utgjør en enerett men en særrett i forhold til andre pensjonsleverandører. Ut fra den hypotese som er fremsatt innledningsvis vil det forhold at ordningen ikke er obligatorisk innebære at det avgjørende må være måten konkurransen påvirkes på.

I de tre første dommene om tjenestepensjoner, inngikk det forhold at leverandørene var obligatoriske som ledd i EF-domstolens resonnement, hvor det sies:

«Hvad angår formålet med den i hovedsagen omhandlede aftale bemærkes, at den inden for en bestemt branche opretter en tilfølgspensionsordning, der administreres af en pensionsfond, hvortil tilslutning kan gøres obligatorisk. En sådan ordning sigter i sin helhed mod at sikre alle arbejdstagerne inden for branchen et vist pensionsniveau, og den bidrager således direkte til en forbedring af et af arbejdstagernes arbejdsvilkår, nemlig deres løn.»⁹

Vi ser at det avgjørende i dette avsnittet er partenes siktemål og det forhold at avtalen bidrar til å forbedre et av arbeidstakernes arbeidsvilkår, og ikke det forhold i seg selv at leverandøren kan gjøres obligatorisk. Dersom en insentivordning hvor arbeidsgiverne

8 Se i samme retning Eva Edwardsson, Konkurrenslagen och konkurransbegränsande offentliga regleringar, Uppsala 2003 s. 260-261.

9 I dette tilfellet sitert fra Drijvende Bokken avsnitt 50.

oppfordres til å dekke pensjonsforpliktelsene hos en spesiell leverandør kan sies å bidra til en forbedring av pensjonsordningen, vil tilfellet falle inn under den situasjon som EF-domstolen har tatt stilling til.

I van der Woude gjaldt spørsmålet ikke pensjon, men sykeforsikring. EF-domstolen slo kort fast at dette ikke utgjorde noen relevant forskjell i forhold til anvendelsen av konkurransereglene. En annen forskjell var imidlertid at tariffavtalen ikke gjorde tilknytning til en bestemt leverandør obligatorisk, men arbeidsgiverandelen av premien var gjort betinget av at arbeidstakeren tegnet sykeforsikring i den leverandør som var utpekt i tariffavtalen. Retten problematiserer imidlertid ikke det forhold at tilknytning til den bestemte leverandøren ikke er obligatorisk. Den går heller ikke inn på noen vurdering av om det å favorisere en leverandør på bekostning av andre potensielle forsikringsgivere er et nødvendig element i å fremme arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår, men sier tvert imot rett ut at arbeidsmarkedets parter, «*når de indgår aftaler om forhold vedrørende arbeidsvilkårene, likeledes skal kunne blive enige om at oprette et særskilt organ for at sætte aftalen i værk, og at dette organ kan inddrage en anden forsikringsgiver*».¹⁰

Arbeidsrettens dom i KLP-saken og EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i samme sak bekrefter også at det ikke er avgjørende om pensjonsordningen er obligatorisk. De tariffbestemmelser som var oppe til avgjørelse i denne saken, ga ikke KLP en enerett til å levere kommunale tjenestepensjoner. Det var riktignok uenighet mellom partene om de flytteregler som fantes i tariffavtalen måtte ses som reelle skranker for andre pensjonsgivere dersom de ble tolket slik arbeidstakerne hevdet. Verken Arbeidsretten eller EFTA-domstolen bygger imidlertid sine resonneringer på at KLP reelt sett var gitt en enerett. Arbeidsretten kom tvert imot til at kommunene i tariffmessig henseende hadde en valgfrihet i spørsmålet om hvem som skal stå som pensjonsleverandør. Når det gjelder den konkurranserettslige vurderingen bygger Arbeidsretten, i tilslutning til EFTA-domstolen, på at det må foretas en helhetsvurdering for å avgjøre om en bestemmelse i en tariffavtale sikter mot og bidrar til å fremme arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår.¹¹

På denne bakgrunn må det være opplagt at det ikke er nødvendig at tilknytning til en bestemt pensjonsleverandør skal være obligatorisk for at en tariffestet ordning skal falle utenfor konkurransereglenes virkeområde. Det må være opp til partene ikke bare å definere pensjonsnivået, men også å avgjøre om det skal etableres en egen ordning til å levere pensjonene og om tilknytning til denne ordningen skal være obligatorisk.

Spørsmålet om det har noen betydning om partene utelukkende tar sikte på valget av pensjonsleverandør

I de sakene om pensjonsordninger som har vært oppe for EF-domstolen har det dreid seg om situasjoner hvor partene har tariffestet selve pensjonsrettighetene og pensjonsleverandøren samtidig. I Drijvende Bokken besto for eksempel endringen i at pensjons-

10 van der Woude avsnitt 26.

11 Arbeidsrettens dom i sak nr. 7/1999, avsnitt 656-666.

ordningen ble utvidet fra å omfatte mannlige havnearbeidere i Rotterdam til å omfatte havnearbeidere generelt. I Albany besto endringen i at tilleggspensjonen ble utvidet fra å være en flat pensjon for alle uavhengig av inntekt til å bli en ordning som dekket 70% av sluttlønnen etter 40 års ansettelse. EF-domstolen har imidlertid akseptert at en tariffavtale kan omfatte andre ting enn selve pensjonsforpliktelsen og dermed pensjonsnivået. Som nevnt ovenfor har EF-domstolen akseptert at tariffesting av selve den leverandør som skal levere og administrere pensjonsrettighetene inngår i unntaket for avtaler som fremmer sosialpolitiske mål. Det er ikke holdepunkter i dommene for å anta at dette bare gjelder der nivået og leverandøren tariffestes samtidig. Riktignok sier ikke EF-domstolen noe uttrykkelig om dette spørsmålet. En viss veiledning finner vi likevel i det forhold at domstolen sier at ordningen «i sin helhet» sikter mot å sikre arbeidstakerne et visst pensjonsnivå.

Det blir enda tydeligere at det er legitimt at partene som selvstendig tema regulerer hvordan ordningen skal administreres og kontrolleres om man sammenholder domstolens avgjørelse med Generaladvokat Jacobs' uttalelse. Generaladvokaten påpekte at de angjeldede tariffavtaler kunne splittes opp i tre delavtaler; pensjonsytelsen, opprettelsen av en pensjonsordning og anmodning om almengjøring av tariffavtalen slik at den ble bindende også for arbeidsgivere som ikke var part i den. Han mente at bare den første delen kunne gå klar av artikkel 81, mens de to andre elementene ikke var unntatt fordi avtalene direkte berørte «*arbejdsgivernes forhold til tredjemand*». ¹² Domstolen lot på sin side alle elementene ved tariffavtalene være unntatt fra artikkel 81, dvs. også det elementet som gikk på opprettelsen av en egen pensjonsleverandør som de innbetalte bidrag i henhold til tariffavtalen skulle inngå i. ¹³

I forbindelse med vurderingen i forhold til artikkel 82 ble det dessuten i Drijvende Bokken hevdet fra bedriftens side at de sosiale målsettingene kunne nås ved en forpliktelse for arbeidsgiverne til å sikre de ansatte en minimal pensjon, uten å binde dem i valget mellom å opprette et eget fond for vedkommende virksomhet, slutte seg til en pensjonsleverandør eller henvende seg til et forsikringssselskap. ¹⁴ EF-domstolen la imidlertid vekt på at de særlige forpliktelsene partene hadde lagt på leverandøren i form av solidaritetskrav ville hindre den i konkurransen med kommersielle aktører, og at en konkurransebegrensning derfor var berettiget i forhold til artikkel 82.

Saksforholdet i van der Woude gjaldt direkte spørsmålet om friheten til å velge forsi-

12 Forslag til avgjørelser fra generaladvokat Jacobs fremsatt den 28. januar 1999 i Albany, Brentjens og Drijvende Bokken, Saml. 1999 s. I-05751 avsnitt 197-199.

13 Det har i teorien vært hevdet at man ikke uten videre ut fra det EF-domstolen sier kan slutte seg til at den tar avstand fra generaladvokatens oppfatning om at tariffavtaler ikke nyter immunitet hvis de berører forholdet til tredjemann, se Per Nordberg, *Arbetsrätt och konkurrensrätt*, Lund 2002 s. 291-292. Norberg mener at man gjør lurt i å anta at generaladvokatens oppfatning vil bli lagt til grunn «*om man står inför ett nytt rättsfall*». Et slikt nytt rettsfall som Nordberg ikke berører i denne sammenheng fikk vi i van der Woude. Se for øvrig også Fejø, *EU-Konkurrenseret almindelig del 3*. utg. København 2003 s. 68.

14 Se Drijvende Bokken avsnitt 89.

kringselskap og ikke innholdet av selve ytelsen. EF-domstolen kom som nevnt ovenfor til at spørsmålet om valg av et bestemt organ til å sette i verk tariffavtalens krav måtte ligge innenfor partenes avtalefrihet i forhold til artikkel 81.

Generaladvokat Fennelly, som også gikk inn for en slik løsning, gikk nærmere inn på en begrunnelse for hvorfor partene må ha en slik frihet, idet han fremhevet at å utelukke spørsmålet om valg av pensjonsgiver som betingelse for arbeidsgiverens bidrag til sykeforsikringen «*ville nødvendigvis innskrenke arbeidsgiver- og arbeidstagerorganisationernes frihed til at søge at nå frem til konsensus om arbejdsvilkår gennem sådanne aftaler. Begrænsningen ville endvidere undergrave den solidaritet, der er indbygget i kollektive forhandlinger.*» Han fortsatte videre med å si at:

«Det er i denne forbindelse bemærkelsesværdigt, at Domstolen, da den i Albany-dommene fastlagde rækkevidden af undtagelsen fra forbuddet i traktatens artikel 85, ikke, i hvert fald ikke udtrykkeligt, godtog det tredje kriterium, der blev foreslået af generaladvokat Jacobs, nemlig at den pågældende kollektive overenskomst »ikke direkte må berøre (...) forholdet mellem arbejdsgiverne og tredjemand, såsom kunder, leverandører, konkurrerende arbejdsgivere eller forbrugere.«¹⁵

Det må på denne bakgrunn være klart at spørsmålet om etablering av en egen ordning som skal stå som pensjonsleverandør må anses på selvstendig grunnlag å falle inn under partenes frihet til å avtale ordninger til forbedring av arbeidstakernes lønns- og arbeidsforhold. Partenes frihet til å utforme ordningen er ikke avledet av en frihet til å fastsette pensjonsrettighetens materielle innhold. Siden pensjonsrettighetene får sitt nærmere innhold gjennom pensjonsleverandørens vilkår og avtaler innenfor de vide rammer tariffavtalen gir er det uansett vanskelig å skille skarpt mellom disse elementene.

Forholdet til de fire friheter

Reglene om de fire friheter, bl.a. artikkel 36 om tjenester og artikkel 40 om kapital, er rettet til avtalepartene (i EU medlemsstatene) og forbyr dem å legge restriksjoner på utøvelsen av frihetene i form av begrensninger på grenseoverskridende virksomhet, forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet eller nasjonale ordninger som mulighetene til å opptre over landegrensene. Selv om reglene direkte retter seg mot avtalepartene, fremgår det av EF-domstolens praksis at private aktører til en viss grad også er underlagt dem.¹⁶ En fagforening og en arbeidsgiverorganisasjon vil etter dette være underlagt forbudet mot å legge restriksjoner på arbeidskraftens frie bevegelighet, og muligens også de andre friheter.

15 Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Fennelly fremsatt den 11. mai 2000 i sak C-222/98 Saml. 2000 s. I-07111 avsnitt 32.

16 Se for eksempel sak C-415/93 Bosman, Saml. 1995 s. I-04921 hvor domstolen avgjorde at forbudet mot å legge restriksjoner på arbeidstakers fri bevegelse også retter seg mot private sammenslutninger og foreninger.

I likhet med konkurransereglene, må også reglene om de fire friheter avveies mot og harmoniseres med bestemmelsene i EF-traktaten artikkel 136 flg. om opprettelse av en sosial- og arbeidsmarkedspolitikk og om den sosiale dialog. Det må derfor foretas en avgrensning mot partenes tariffrihet, slik at reglene om fri bevegelse ikke hindrer partene i arbeidsmarkedet å forfølge og regulere sine legitime mål. Dette fremgår riktignok ikke uttrykkelig av noen rettspraksis fra EF-domstolen. Indirekte kan man likevel slutte fra avgjørelsene om forholdet til konkurransereglene. Den avgrensning som EF-domstolen foretar mellom tilsynelatende motstridende bestemmelser på traktatnivå reiser prinsipielt sett ikke annerledes spørsmål når konkurransereglene erstattes med reglene om de fire friheter. I tillegg kommer hensynet til konsekvens i systemet. Lite ville være vunnet ved å si at partene uhindret kan legge restriksjoner på konkurransen for eksempel i forsikringsmarkedet dersom man senere skulle legge til grunn at de samme restriksjoner var i strid med reglene om frie kapitalbevegelser.

Partene har da også i praksis stor frihet i utformingen av tjenestepensjoner i forhold til de fire friheter. Tilstanden i dag er stort sett den at medlemsstatene ikke tillater sine arbeidsgivere eller sine pensjonsleverandører å tilby eller etterspørre tjenestepensjoner over landegrensene. Som Europa-kommisjonen formulerer det:

«I mangel af enhver samordning på EU-plan er arbejdsmarkedsorienterede pensionskasser de eneste større finansielle institutioner, der er ude af stand til at udbyde deres tjenester i andre medlemsstater end deres egen på lige fod med banker, forsikringselskaber og investerings selskaber.»¹⁷

Prinsipielt sett er leveranse av pensjonstjenester og forvaltnings- og investeringstjenester til pensjonsordninger underlagt de fire friheter og særlig da kapital- og tjenestereglene. Med unntak av tjenestepensjonsordninger som ikke ytes gjennom forsikringselskaper er tjenestepensjonsordninger likevel ikke omfattet av livsforsikringsdirektivet, se art. 3 nr. 3.¹⁸ Sekundærreglene bygger med andre ord på at virksomheten til tjenestepensjonsordninger kan utgjøre et eget marked atskilt fra forsikringsmarkedet. Dette følges opp i det nye direktivet om tilsyn med arbeidsmarkedsrelaterte pensjonsordninger (pensjonskassedirektivet) som trer i kraft i 2005.¹⁹ Tilsynsreglene i dette direktivet skal også komme til anvendelse på de arbeidsmarkedsrelaterte pensjonsaktiviteter til livsforsikringselskapene.

Så lenge pensjonskassedirektivet ennå ikke er trådt i kraft er det bare de generelle regler i traktaten som kommer til anvendelse. Disse forbyr restriksjoner som ikke kan

17 Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om arbeidsmarkedsorienterte pensjonskassers aktiviteter KOM/2000/0507 endelig udg. *EF-Tidende nr. C 096 E 27/03/2001 s. 0136 - 0144.*

18 Se Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/83/EF 5. november 2002 om livsforsikring. Forvaltning av kollektive pensjonsmidler er derimot omfattet av direktivet såfremt den skjer med grunnlag i kontrakt og er omfattet av det generelle offentlige tilsyn med forsikringsvirksomhet. Se for øvrig EF-domstolens sak C-238/94 José García e.a. mot Mutuelle de prévoyance sociale d'Aquitaine e.a Saml. 1996 s. I-01673 om forholdet mellom harmoniserte finansielle tjenester og sosiale sikringsordninger.

19 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/41/EF 3. juni 2003 om arbeidsmarkedsrelaterte pensjonskassers aktiviteter og tilsynet hermed.

begrunnes i almene hensyn.²⁰ Siden det ikke finnes harmonisert lovgivning, vil den enkelte medlemsstats regulering av spørsmål knyttet til premier, dekningsgrad, koordinering med trygden og andre pensjonsordninger mv. ofte begrunne oppdeling i nasjonale markeder. Det samme må være tilfelle med tariffestede krav begrunnet i de forhold som har vært vurdert i forhold til EF-traktatens artikkel 82. Det er derfor rimelig å legge til grunn at slike forhold som kan begrunne konkurransebegrensninger i forhold til konkurransereglene, også kan begrunne restriksjoner på friheten til grenseoverskridende tjenester eller kapitalbevegelser. Dette fremgår også av pensjonskassedirektivet. Her bestemmer artikkel 20 om grenseoverskridende virksomhet, at tillatelse til å tilby eller tegne tjenestepensjoner over landegrensene gis med forbehold av den nasjonale sosial- og arbeidsmarkedslovgivning om tilretteleggelse av pensjonsordninger, herunder obligatorisk medlemskap og resultatene av kollektive overenskomster. Det fremgår også av forhistorien til direktivet at det ikke tar sikte på å gripe inn i de nasjonale pensjonsordningene.²¹ Vi ser også at direktivet skiller mellom obligatoriske ordninger og tariffestede ordninger, og at en tariffestet ordning ikke nødvendigvis behøver å være obligatorisk utover sitt område for at den skal kunne forsvares som en lovlig konkurransebegrensning eller restriksjon.

Konklusjonen må bli at selv om begrensninger partene i arbeidslivet måtte avtale i forhold til mulighetene til å etterspørre eller tilby tjenestepensjoner, må slike begrensninger falle utenfor restriksjonsforbudene i de fire friheter. I denne forbindelse må man likevel ta det vanlige forbeholdet at ordningene ikke direkte må forskjellsbehandle på grunnlag av nasjonalitet. Dette får bare betydning der valg av pensjonsleverandør ikke er gjort obligatorisk i ordningen.

Er svarene avhengig av at begrensningene skjer i tariffavtale inngått mellom arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner?

Forholdet er som vi har sett at verken konkurransereglene eller de fire friheter kan være til hinder for at partene i tariffavtale oppretter en egen pensjonsordning atskilt fra forsikringsmarkedet, og stimulerer denne ordningen gjennom å øke arbeidstakerandelen der arbeidsgiverne knytter sine pensjonsforpliktelser til denne ordningen. Spørsmålet blir så om konkurransereglene eller reglene om de fire friheter kan være til hinder for at arbeidstakerne på egen hånd innfører en slik ordning. En bakgrunn for å stille dette spørsmålet er at en ensidig etablert ordning mangler en del av de kjennetegn som EF-domstolen har oppstilt som ledd i begrunnelsen for å unnta tariffestede ordninger, nemlig at disse er inngått i form av en kollektiv overenskomst og er resultatet av kollektive forhandlinger

20 For en generell fremstilling av disse reglene med sikte på finansielle tjenester, se Henrik Bull, Det indre marked for tjenester og kapital, Oslo 2002.

21 Se Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet i overensstemmelse med EF traktatens artikkel 251, stk. 2, andet afsnit, om Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af et direktiv om arbejdsmarkedsorienterede pensionskassers aktiviteter og tilsynet hermed, SEK/2002/1215 endelig utg., kommentar til artikkel 20.

mellom arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene. Spørsmålet er om denne forskjellen har konkurranserettslig betydning.

Hvis en fagforening skulle være å anse som et foretak som søker å utnytte en dominerende posisjon for å fremme sin egen forsikringsvirksomhet, ville dette lett kunne utgjøre et misbruk i forhold til artikkel 54. Hvis et foretak gir rabatt til sine medkontrahenter mot at de benytter seg av produkter fra foretaket eller et av dets datterselskaper, foreligger en «tie-in» som lett vil kunne være i strid med bestemmelsen dersom foretaket har en dominerende stilling. Hvis fagforeningen derimot ses på som kjøper av pensjonsrettigheter på vegne av sine medlemmer, faller deres opptreden utenfor konkurransereglene ut fra at kjøp av pensjonsrettigheter ikke er en økonomisk virksomhet i forhold til reglene. Dette innebærer at sentrale elementer i en regulær analyse i forhold til konkurransereglene vil være i hvilken grad arbeidstakerorganisasjonen opptrer som foretak og i hvilken grad det må anses som en organisert etterspørter etter pensjonstjenester på vegne av sine medlemmer.

En sak hvor EF-domstolen vurderte ordninger vedtatt ensidig av en yrkesorganisasjon er Pavlov.²² Denne saken dreide seg om en tilleggspensjonsordning for leger vedtatt av deres yrkesorganisasjon. Tilleggspensjonsordningen var gjort obligatorisk for alle utøvere av ervervet gjennom en almengjøringslov. Domstolen kom til at ordningen ikke var unndratt anvendelsesområdet for artikkel 81.

Begrunnelsen for at kollektive ordninger for utøvere av liberale erverv ikke kunne likestilles med kollektive ordninger for arbeidstakere var at traktaten ikke inneholder bestemmelser som *«tilskynder udøverne af liberale erhverv til at indgå kollektive overenskomster med henblik på at forbedre ansættelses- og arbejdsvilkårene, og som forudsætter, at de offentlige myndigheder på de erhvervsudøvendendes anmodning gør sådanne aftaler obligatorisk for alle inden for dette erhverv.»*²³ Domstolen fastlegger her med andre ord at lønns- og arbeidsvilkårene for næringsdrivende ligger utenfor de sosialpolitiske mål som traktatens artikkel 136 flg. tar sikte på å fremme. Siden legene var småforetak i konkurranserettslig forstand kunne deres pensjonsforhold ikke falle inn under den automatiske immuniteten.²⁴ Det er med andre ord ikke mangelen på kollektive forhandlinger som gjorde at forholdet falt utenfor immuniteten, men det forhold at sosiale rettigheter for liberale yrkesutøvere faller utenfor immunitetens materielle avgrensingsområde.²⁵ En slik avgrensning av reglene kan støttes bl.a. i bestemmelsens ordlyd som viser til *«arbeidstakeres grunnleggende arbeidsmarkedsmessige og sosiale rettigheter»*.

22 Forente saker C-180/98 - C-184/98 Pavlov m.fl. mot Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten Saml. 2000 s. I-06451 avsnitt 68-70.

23 Forente saker C-180/98 - C-184/98 Pavlov m.fl. mot Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten Saml. 2000 s. I-06451 avsnitt 69.

24 Se Per Nordberg, Arbetsrätt och konkurrensrätt, Lund 2002 s. 296 note 612.

25 På denne bakgrunn kan en vanlig omtale av denne dommen hvor det vises til at den gjaldt et forhold som «is not concluded in the context of collective bargaining between employers and employees», se Whish, Competition Law 4. utg., London 2001 s. 71 misforstås.

Utøvere av liberale erverv opptrer som foretak i konkurransereglens forstand, ikke som arbeidstakere. Deres sammenslutninger er derfor sammenslutninger av foretak, og deres innkjøp av pensjon er ikke kjøp av pensjon som sluttbrukere, men kjøp av innsatsfaktorer som ledd i næringsvirksomhet. Likevel kom domstolen til at det å opprette en obligatorisk tilleggspensjonsordning ikke var i strid med artikkel 81. Grunnen til dette var at pensjonsordningen utgjorde en så liten del av innsatsfaktorene i legevirksomheten at en kollektiv avtale om dette ikke påvirker konkurransen mellom leger merkbart.

Arbeidstakere er etter fellesskapsretten på den annen side verken individuelt eller kollektivt å betrakte som foretak i forhold til konkurransereglene.²⁶ Arbeidstakere utgjør ingen selvstendig økonomisk enhet i forhold til sin arbeidsgiver og dette endres ikke ved å se på arbeidstakere kollektivt som gruppe innen samme arbeidsgiver eller på tvers av flere arbeidsgivere.²⁷ Etter en vanlig språklig forståelse er det heller ikke naturlig å si at en arbeidstaker utgjør et «foretak».²⁸ Heller ikke en formålstolkning tilsier at arbeidstakere bør anses som foretak. Konkurransen mellom arbeidstakerne vil neppe i seg selv bidra til en mer effektiv resursutnyttelse uten at dette går ut over vesentlige sosiale goder knyttet til et grunnleggende velferdsnivå for arbeidstakerne og deres familier.

Siden arbeidstakere ikke utgjør foretak i konkurransereglens forstand, er en arbeidstakersammenslutning dermed ikke en sammenslutning av foretak eller et foretak i seg selv så lenge dens virksomhet består i å representere arbeidstakerne qua arbeidstakere. Heller ikke arbeidsgiverne opptrer som foretak når de individuelt eller kollektivt inngår avtaler med arbeidstakerne. Dette er en naturlig konsekvens av betraktningmåten til EF-domstolen i Becu om at arbeidstakere og arbeidsgivere utgjør samme økonomiske enhet.²⁹ All virksomhet på arbeidsmarkedet faller dermed i utgangspunktet utenfor konkurransereglene.³⁰

En fagforening kan således ikke likestilles med en yrkesorganisasjon for næringsdrivende. Når en fagforening handler for å fremme medlemmenes pensjonsrettigheter, er det ikke som i Pavlov snakk om tiltak som ligger utenfor det generelle virkeområde til traktatens artikkel 136 flg. Fagforeningens tiltak med sikte på å sikre og kontrollere tjenstepensjonsleverandørene er tiltak for å fremme de mål som er oppstilt i bestemmelsen uavhengig av om målene søkes fremmet gjennom en tariffavtale eller som ensidige tiltak. Det følger dermed ikke av avgjørelsen i Pavlov at konkurransereglene kommer til anvendelse på slike tiltak.

26 Se nærmere om foretaksbegrepet Ulla Neergaard, Når en virksomhet ikke er en virksomhet, Juridisk Institut Julebog 2004, København 2004 s. 145-187 og Olav Kolstad i Sejersted m.fl. EØS-rett, Oslo 2003 s. 485-499.

27 Se Sak C-22/98 Straffesak Becu m.fl. Saml. 1999 side I-5665.

28 Forslag til avgjørelser fra generaladvokat Jacobs fremsatt den 28. januar 1999 i Albany, Brentjens og Drijvende Bokken, Saml. 1999 s. I-05751 avsnitt 212.

29 Sml. Olav Kolstad i Sejersted m.fl. EØS-rett, Oslo 2003 s. 488.

30 Motsatt Fougner m.fl., Kollektiv arbeidsrett, Oslo 2004 som på s. 173 argumenterer med at reelle hensyn tilsier at en kollektiv avtale på arbeidsmarkedet «etter omstendighetene» må ses på som en avtale mellom foretak.

Spørsmålet blir da om mangelen på tariffavtaleformen i seg selv har betydning for den konkurranserettslige vurderingen. Det er riktignok slik at reglene i artikkel 136 følgende legger spesielle forpliktelser på fellesskapets organer til å lette dialogen mellom arbeidslivets parter, og åpner uttrykkelig for at partene kan inngå avtaler. Det ville på den annen side virke bakvendt om reglene forbød ensidige tiltak fra en av partene når den samtidig tillater avtaler om de samme forhold. Fra et konkurranserettslig standpunkt vil en avtale mellom flere aktører som regel virke mer konkurransebegrensende enn et ensidig tiltak fra en aktør. Selv om man skulle trekke en misbruksgrense for handlefriheten til aktører som opptrer alene, vil vurderingen på dette område måtte skje ut fra den forutsetning at det er konkurranserettslig legitimt for partene i arbeidslivet å strebe etter å forbedre arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår. Er dette legitimt for begge i fellesskap, må det også være legitimt for hver enkelt av dem. Det er på denne bakgrunn vanskelig å tenke seg at det som er tillatt i en avtale, må anses som misbruk dersom det iverksettes ensidig av den ene parten. Siden tariffavtalen er bindende for begge parter, vil tariffavtalen sette en grense for hva den ene parten ensidig kan iverksette. Når tiltaket iverksettes ensidig vil det ofte være fordi parten mangler den forhandlingsmakt som skal til for å tvinge det inn i en avtale. I alle tilfelle må imidlertid yttergrensene for hva som kan aksepteres i en tariffavtale også ha betydning for hvor grensene for hva som kan aksepteres av ensidige tiltak gå. Det innebærer at en arbeidstakerorganisasjon ikke kan påberope seg den særlige immunitet som partene i arbeidslivet nyter for tiltak som går utenfor det som kan begrunnes i medhold av denne.

Det er på den annen side ikke dermed avgjort at konkurransereglene setter en grense for arbeidstakernes opptreden. Utgangspunktet er at konkurransereglene ikke er anvendelige på ensidig opptreden i markedet fra en fagforenings side siden fagforeningen ikke er et foretak i konkurranserettslig forstand. Avtaler som en fagforening måtte inngå med foretak er dermed heller ikke avtaler mellom foretak, fordi den ene avtaleparten ikke er et foretak.

Det fremgår imidlertid av EF-domstolens praksis at foretaksbegrepet er funksjonelt. Det vil si at en aktør som ellers ikke organisatorisk sett er et foretak, må anses som et foretak i den utstrekning den utøver en økonomisk virksomhet.³¹ Så generelt som EF-domstolen har utformet dette kriteriet, vil det innebære at også en fagforening må bedømmes som foretak i den utstrekning den utøver en økonomisk virksomhet.³² En illustrasjon på dette gir Generaladvokat Jacobs når han uttaler at *«det er givet, at der findes omstændigheder, hvor fagforeningsvirksomhed opfylder begge betingelser. Nogle fagforeninger driver f.eks. for egen regning supermarkeder, sparekasser, rejsebureauer og andre former for kommerciel virksomhed. Når de handler i denne egenskab, finder konkurrencereglerne anvendelse.»*³³

31 Sak C-41/90 Höfner mot Macrotron GmbH Saml. 1991 s. I-01979.

32 Se Schröter, Jakob, Mederer (Hrsg.) Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003 s. 105.

33 Forslag til avgjørelser fra generaladvokat Jacobs fremsatt den 28. januar 1999 i Albany, Brentjens og Drijvende Bokken, Saml. 1999 s. I-05751 avsnitt 226.

Dette fremgår også av ordlyden i foretaksdefinisjonen i protokoll nr. 22 til EØS-avtalen som i artikkel 1 definerer foretak som «*enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art*».

Selve den virksomhet å sikre pensjonsrettigheter for sine medlemmer, er imidlertid ikke økonomisk virksomhet i reglenes forstand, selv om dette skulle skje direkte i avtaler med kommersielle aktører i markedet. Det å opptre i markedet som kjøper er ikke økonomisk virksomhet dersom innkjøpet skjer til endelig konsum.³⁴ Ut fra dette kan man si at innkjøp av ytelser til en aktivitet som ikke er økonomisk virksomhet, ikke i seg selv utgjør en økonomisk virksomhet i reglenes forstand. Dette fremgår bl.a. av Førsteinstansrettens avgjørelse i Fenin, hvor retten i sin stadfestelse av Kommisjonens avgjørelse slo fast at:

«Når et organ kober et produkt, selv om det sker i store mængder, ikke for at tilbyde varer eller tjenesteydelser i forbindelse med en økonomisk aktivitet, men for at gøre brug heraf i forbindelse med en anden aktivitet, eksempelvis en aktivitet af rent social karakter, handler dette organ følgelig ikke som virksomhed, blot fordi det agerer som køber på et marked. Ganske vist kan et sådant organ udøve en meget væsentlig økonomisk magt, som i givet fald kan give anledning til en monopolstilling, men det forholder sig ikke desto mindre således, at i det omfang den virksomhed, som dette organ udøver, og til hvilket formål organet kober produkter, ikke er af økonomisk art, handler organet ikke som virksomhed i den betydning, hvori dette begreb er anvendt i de fællesskabsretlige konkurrenceregler, og er således ikke omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF og artikel 82 EF.»³⁵

Anvendt på vårt tilfelle innebærer dette at en arbeidstakerorganisasjon ikke opptre som et foretak når det opptre i markedet for å sikre medlemmenes pensjonsrettigheter. Til forskjell fra utøvere av liberale erverv driver ikke arbeidstakere en økonomisk aktivitet i egenskap av arbeidstakere.³⁶ Avtaler som en arbeidstakerorganisasjon måtte inngå med en pensjonsleverandør eller et forsikringsselskap for å sikre medlemmenes pensjon, blir derfor ikke en avtale mellom foretak i artikkel 81s forstand, men en avtale mellom et foretak og en sammenslutning av sluttbrukere. Det samme er tilfelle med avtaler arbeidstakerne måtte inngå med arbeidsgiverne.

Det fremgår med andre ord av resonnementet i Fenin at den makt en fagforening måtte utøve i forhandlinger eller gjennom å favorisere de arbeidsgivere som inngår avtale

34 Se Schröter, Jakob, Mederer (Hrsg.) Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003 s. 105. Se forøvrig om innholdet av kravet til økonomisk virksomhet Olav Kolstad i Sejersted m.fl. EØS rett 2. utg. Oslo 2004 s. 490-494.

35 Retten i Første Instans Sak T-319/99 FENIN mot Kommisjonen. Saml. 2003 side 00000 avsnitt 37. Konstateringen av at innkjøpsvirksomhet ikke utgjør en økonomisk aktivitet hvis ikke den virksomhet det kjøpes inn til er en økonomisk aktivitet avviker fra det som har vært hevdet i teorien bl.a. av Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Bd. VI Roth/Ackermann November 1999 s. 18 og Schröter, Jakob, Mederer (Hrsg.) Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003 s. 105.

36 Se Sak C-22/98 Straffesak Becu m.fl Saml. 1999 side I-5665.

med den leverandør forbundet foretrekker, ikke er utnyttelse av en dominerende stilling fra et foretaks side slik dette er omfattet av artikkel 82, selv om makten skulle være betydelig og de vilkår som påtvinges urimelige. I Fenin var det snakk om innkjøpsorganisasjonen for de spanske sykehus som dermed hadde en klart dominerende stilling som kjøper av de relevante produkter, og som utnyttet denne for å skaffe seg en betalingshendstand på bortimot ett år.

Svaret i forhold til konkurranseretten kan tenkes å bli annerledes dersom arbeidstakerorganisasjonen beslutter seg for å etablere en egen ordning for å tilby pensjonstjenester generelt i tjenstepensjonsmarkedet. At en slik pensjonsleverandør er et foretak i konkurransereglens forstand er opplagt. Men vil det forhold at arbeidstakerorganisasjonen kontrollerer en pensjonsleverandør innebære at reglene for foretak kommer til anvendelse på andre sider ved forbundets virksomhet, slik at det kan ligge begrensninger på forbundets adgang til å favorisere sin egen pensjonsleverandør gjennom å tilby en høyere arbeidstakerandel til de arbeidsgivere som oppfyller sine pensjonsforpliktelser her?

Foretaksbegrepet er som nevnt et funksjonelt begrep. Det innebærer at en organisasjon eller enhet kan være et foretak i én relasjon og noe annet i en annen relasjon. Dette innebærer at fagforeningen i egenskap av pensjonsleverandør må overholde konkurransereglene, enten leveransen skjer gjennom en enhet opprettet og eiet av en fagforening eller av en kommersiell aktør. Det har ingen betydning hvorvidt pensjonsordningen opererer med sikte på overskudd eller har et sosialt og solidarisk formål. Leverandøren kan ikke inngå konkurransebegrensende avtaler med andre foretak eller misbruke en eventuell dominerende stilling i markedet.

Leverandøren skal opprettes for å inngå avtaler med arbeidsgivere om å yte pensjon til arbeidstakerne. Dette er en form for avtaler som utgjør en regulær del av en pensjonsleverandørs virksomhet og som ikke begrenser konkurransen i økonomisk forstand. Hvorvidt arbeidsgivernes motivasjon for å inngå avtalene er at arbeidstakerne i så fall aksepterer å betale en høyere del av premien, kan ikke ha betydning for den konkurranserettslige vurderingen av forholdet mellom arbeidsgiverne og pensjonsleverandøren. Det som eventuelt kan anses å begrense konkurransen, måtte være forskjellen i arbeidstakerbidrag som ytes av arbeidstakerne, ikke av pensjonsleverandøren.

Den konkurranse som i et tilfelle som dette kunne tenkes å være begrenset, er konkurransen i pensjonsmarkedet, ved at andre pensjongivere ikke gis samme fordeler i markedet av arbeidstakerne organisert i arbeidstakerorganisasjonen. Konkurransen mellom arbeidsgiverne påvirkes jo ikke.

Det å tilby ulike vilkår for likeverdige ytelser er en klassisk form for konkurransebegrensning, se EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 bokstav d og 54 bokstav c. Prisdiskriminering er likevel ikke i seg selv skadelig for konkurransen, og det må foretas en vurdering i hvert enkelt tilfelle.³⁷ Prisdiskriminering kan være forbudt i to relasjoner; der den er

37 Se Whish, *Competition Law* 4. utg., London 2001 s. 658.

del i en avtale mellom foretak og der den utøves av et foretak med en dominerende markedsposisjon. Hvor en arbeidstakerorganisasjon tilbyr høyere arbeidstakerandel, dvs. billigere pensjonsforsikring i de tilfelle der arbeidstakerne tegner pensjon hos forbundets pensjonsleverandør, er det det andre alternativet som er aktuelt.

For å ta stilling til om konkurransen i pensjonsmarkedet er begrenset av en prisdiskriminering, må det først tas stilling til om andre tilbydere av pensjonsforsikring kan sies å levere en ytelse som er likeverdig med ytelsen fra en pensjonsleverandør opprettet og kontrollert av arbeidstakerne. Dersom pensjonsordninger tilbudt av forsikringselskaper og pensjonsordning tilbudt av arbeidstakernes pensjonsleverandør ikke er likeverdige eller utgjør samme marked, vil en favorisering av arbeidstakernes pensjonsleverandør ikke påvirke konkurransen.

I sakene om de nederlandske pensjonsfondene kom EF-domstolen til at de enkelte bransjefondene hadde en dominerende stilling. Dette kunne i utgangspunktet tyde på en snever avgrensning av deres ytelser i forhold til de tjenstepensjoner som generelt leveres i forsikringsmarkedet. Selv om domstolen fant at pensjonsfondene hadde en dominerende stilling, er det imidlertid ikke dermed avgjort hvordan markedet skal avgrenses. Begrunnelsen for konstateringen av dominans var ikke en analyse av fondenes andel av et marked, men rett og slett det faktum at tilknytning var gjort obligatorisk ved lov.³⁸ Et lovbestemt tjenesteytingsmonopol som dekker en geografisk vesentlig del av det felles marked har dermed en dominerende stilling, selv om virksomheten i mangel av det lovbestemte monopolet ville inngått i et annet og større marked.³⁹ Sagt på en annen måte, et pålegg i visse situasjoner om å bruke en bestemt aktør skaper et avgrenset marked, som den som innehar eneretten selvsagt dominerer ved sin enerett.

De gjeldende sekundærregler for finansielle tjenester legger til rette for en oppdeling av pensjonsmarkedet i et marked betjent av finansinstitusjoner og et betjent av andre pensjonsleverandører, se ovenfor. Dette indikerer at det fellesskapsrettslig sett ikke er noe i veien for at lovbestemmelser eller andre offentlige regler unntar tjenstepensjonsordninger fra konkurranse i det regulære marked for finansielle tjenester. Det følger av dommene fra EF-domstolen at en slik oppdeling også kan foretas av partene i arbeidslivet gjennom en tariffavtale. Dette tilsier at fellesskapsretten åpner for at tariffestede tjenstepensjonsordninger behandles som ytelser som atskiller seg fra de pensjonsytelser som tilbys i det generelle forsikringsmarkedet.

Utgangspunktet for avgrensning av et marked i konkurranserettslig forstand er hvilke varer og/eller tjenester som etter forbrukerens oppfatning er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde.⁴⁰ Når arbeidstakerne er villige

38 Se Drijvende Bokken avsnitt 81-81.

39 Se sak 26/75, General Motors mot Kommissjonen, Saml. s. 1367, premiss 9.

40 Se kunngjøring om avgrensning av det relevante marked innen Fellesskapets konkurranserett EFT nr. C 372 av 9.12.1997. s. 5 pkt. II.7.

til å betale mer for en tjenstepensjonsordning som ytes av en egen leverandør som de har kontroll over fremfor en som ytes av et finansforetak er dette således en indikasjon på at det er snakk om forskjellige markeder. Som nevnt tidligere angir tariffavtalen bare hoveddrammene for pensjonsrettighetene. Deres nærmere innhold blir utformet i den pensjonsavtale som tegnes, og de vilkår som den aktuelle pensjonsleverandør opererer ut fra. På denne bakgrunnen kan man si at sett fra et arbeidstakersynspunkt fremstår en pensjonsordning som arbeidstakersiden har innflytelse over som en ytelse som skiller seg fra en ytelse levert av en kommersiell aktør som arbeidsgiveren alene inngår kontrakt med. Det vil uansett kunne argumenteres med at det forhold at arbeidstakerne foretrekker en slik ordning og søker å påvirke arbeidsgiverne til å knytte pensjonen dit, ikke er en begrensning av konkurransen i forhold til forsikringsselskapene. Et slikt resonnement er i tråd med resonnementet til Generaladvokat Jacobs når han konkluderer med at en avtale mellom arbeidstakernes og arbeidsgivernes organisasjoner om opprettelse av en egen leverandør til å administrere tjenstepensjonene og ikke å etterspørre denne tjenesten på forsikringsmarkedet omfattes av den alminnelige avtalefrihet.⁴¹ Resonnementet støttes også av Generaladvokat Fennelly i van der Woude når han sier at han «ikke (er) enig med sagsøgeren i, at sådanne aftaler (valg av tjenesteyter til å administrere eller å yte de pensjoner som ordningen omfatter) efter fællesskabsretten skal sendes i udbud. Rækkevidden af undtagelsen fra forbuddet i traktatens artikel 85 er derfor ikke begrænset til de opgaver, parterne i aftalen selv er i stand til at varetage.» I dette ligger at valg av pensjonsleverandør ikke uten videre er et valg mellom forskjellige aktører som leverer likeverdige ytelser, men en del av det valg som må foretas med hensyn til innholdet av den ytelsen som skal etterspørres.

Uansett om ytelsene anses likeverdige, er det et vilkår for at prisdiskriminering skal rammes at den skjer ut fra et foretaks dominerende stilling i et marked. Slik forholdet ligger an kan man ikke si at arbeidstakerorganisasjonene har noen dominerende stilling i tjenstepensjonsmarkedet. Det er imidlertid ikke noe krav at misbruket skjer i det marked som det har virkninger i.⁴² Man må derfor spørre om det kan rammes av konkurransereglene at en fagforening bruker sin posisjon i arbeidsmarkedet for å oppnå fordeler i andre markeder.

Et forhold som dette faller ikke uten videre inn under bestemmelsens ordlyd. Den posisjon en fagforening har i arbeidsmarkedet er ikke en posisjon den har som foretak i konkurranserettslig forstand. En utnyttelse av denne posisjonen for å oppnå fordeler i et marked der fagforeningen opptrer som foretak, vil derfor etter ordlyden ikke være et «foretaks utnyttelse av sin dominerende stilling». Skal situasjonen falle inn under ordlyden må det enten være fordi foretaksbegrepet gis anvendelse på en fagforening når den

41 Forslag til avgjørelser fra generaladvokat Jacobs fremsatt den 28. januar 1999 i Albany, Brentjens og Drijvende Bokken, Saml. 1999 s. I-05751 avsnitt 284.

42 Se Whish, Competition Law 4. utg., London 2001 s. 173.

tar sikte på å påvirke tilbud og etterspørsel i andre markeder enn arbeidsmarkedet, eller fordi fagforeningsmakten anses som makt som pensjonsleverandørenheten har i et sidemarked.

Det har i teorien vært hevdet at det relative foretaksbegrepet kommer til anvendelse på en fagforening ikke bare når den tilbyr varer og tjenester i et marked, men også når den iverksetter tiltak som påvirker etterspørselen av varer og tjenester i et marked.⁴³ I utgangspunktet bygger en slik oppfatning på en feilslutning. Dersom det er arbeidstakerenes egen etterspørsel det er tale om, dreier det seg jo ikke om etterspørselen fra foretak. Fagforeningens aktivitet må i en slik sammenheng sammenlignes med en sammenslutning av forbrukere. Er det snakk om å påvirke andres etterspørsel vil ikke det å påvirke disse i seg selv utgjøre en økonomisk aktivitet. Det å påvirke andres økonomiske aktivitet for eksempel gjennom trusler om boikott, «naming and shaming» etc. er jo ikke akkurat utpreget økonomiske aktiviteter som rammes av konkurransereglene som sådan.

Uansett om det generelt sett er riktig eller ikke at det å påvirke etterspørsel kan ses som en økonomisk aktivitet, må anvendelsen av konkurransereglene i alle fall være utelukket dersom påvirkningen er en følge av at fagforeningen forfølger de mål som er legitime i forhold til den immunitet partene i arbeidslivet har i forhold til anvendelsen av artikkel 81. Hvis ikke ville konsekvensen bli at en tariffavtale som er immun i forhold til artikkel 81 vil kunne rammes av artikkel 82, dersom den fagforeningen som har inngått den organiserer en så stor del av arbeidstakerne at den kan anses å ha en dominerende stilling, noe som jo regulært må anses tilfellet.

Vanskeligere er det å ta stilling til om fagforeningsmakten må ses som en makt foretaksenheden har i et sidemarked, der hvor det helt klart er snakk om en økonomisk virksomhet drevet av en fagforening. På en måte kan man si at dette er som å sette kjerra foran hesten, da det ikke er i kraft av den økonomiske virksomheten fagforeningen har makt, men i kraft av stillingen på arbeidsmarkedet. Et mer reelt argument er at arbeidsmarkedet ikke kan ses som et sidemarked i konkurranserettslig forstand, da det ikke utgjør et marked for utveksling av varer og tjenester mellom foretak. På den annen side er det ikke noe vilkår for at noe skal være et marked at det opptrer foretak både på tilbydersiden og etterspørersiden, ellers ville jo ikke markedet for salg til enkeltpersoner som sluttbrukere utgjøre et marked. Jeg er på denne bakgrunn tilbøyelig til å anta at et foretak som kontrolleres av en fagforening må anses å ha en dominerende stilling i den utstrekning fagforeningen har en slik stilling i arbeidsmarkedet, og derfor er underlagt de begrensninger på virksomheten som følger av artikkel 54. På den annen side fremgår det av det jeg har sagt ovenfor at jeg ikke tror at bestemmelsen vil ramme økning av arbeidstakerandelen ved tegning av pensjonsforsikring i fagforeningens pensjonsordning, da det ikke er tale om likeverdige produkter sammenlignet med dem som tilbys i det generelle markedet for pensjonsforsikringer.

43 Se Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Bd. VI Roth/Ackermann November 1999 s. 22 og Per Nordberg, Arbetsrätt och konkurrensrätt, Lund 2002 s. 278.

Konklusjoner

Gjennomgang av reglene og den foreliggende rettspraksis viser at det er uproblematisk sett fra konkurransereglene om partene i arbeidslivet peker ut en aktør som skal dekke de avtalte tjenstepensjoner fullt ut som en enerett, og denne aktøren ikke i tillegg tilbyr pensjonstjenester på kommersielle vilkår til andre. Dette er klart innenfor rammen av faktum i Albany-trilogien. Dersom flere aktører gis rett til å konkurrere om å tilby de avtalefestede pensjonene, eller den aktør som gis rett til å levere disse i tillegg er en kommersiell aktør i markedet, vil imidlertid lovligheten av å gi en aktør en særstilling være avhengig av måten konkurransen påvirkes på. Dersom konkurransen begrenses gjennom en kollektiv avtale hvor partene forfølger et sosialpolitisk mål, vil konkurransereglene ikke komme til anvendelse. Det samme er tilfelle det konkurransen begrenses gjennom ensidig opptreden fra arbeidstakerne eller deres organisasjoner. Dersom en slik begrensning skjer for å fremme organisasjonens egne kommersielle interesser som tilbyder i pensjonsmarkedet vil en slik opptreden imidlertid måtte vurderes under forbudet mot misbruk av en dominerende stilling.