



DOMSTOLENS DOM

22 mars 2002*

(Konkurransregler – Tariffavtaler – Overføring av tjenestepensjonsordninger)

I sak E-8/00

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

**Landsorganisasjonen i Norge,
med Norsk Kommuneforbund**

støttet av

Kommunalansattes Fellesorganisasjon

og

Kommunenes Sentralforbund

Hamarøy kommune og Tysfjord kommune

Steigen kommune og Hitra kommune

Tana kommune

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

om tolkningen av EØS-avtalens artikkel 53 og 54.

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

DOMSTOLEN,

sammensatt av: President Thór Vilhjálmsson (saksforberedende dommer) og dommerne Carl Baudenbacher og Per Tresselt

Justissekretær: Lucien Dedichen

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- saksøker, Landsorganisasjonen i Norge, representert ved advokatene Atle Sønsteli Johansen og Håkon Angell, med Norsk Kommuneforbund, representert ved advokat Geir Høin;
- intervenienten, Kommunalansattes Fellesorganisasjon, representert ved advokat Vegard Veggeland;
- saksøkte, Kommunenes Sentralforbund, representert ved advokatene Per Kristian Knutsen og Astrid Merethe Svele;
- saksøkte, Hamarøy kommune og Tysfjord kommune, representert ved advokatene Haakon Blaauw og Dag Steinfeld;
- saksøkte, Hitra kommune og Steigen kommune, representert ved advokatene Siri Teigum og Svein Aage Valen;
- saksøkte, Tana kommune, representert ved advokatene Tarjei Thorkildsen, Kari B. Andersen og Jan Magne Langseth;
- saksøkte, Kvam kommune, Kvinnherad kommune, Lørenskog kommune, Os kommune, Vikna kommune og Volda kommune, representert ved advokatene Wilhelm Matheson og Jan Fougner;
- Den norske regjering, representert ved Marianne Djupesland, rådgiver, Utenriksdepartementet, som partsrepresentant;
- Den islandske regjering, representert ved Magnús Kjartan Hannesson, juridisk rådgiver, Utenriksdepartementet, som partsrepresentant;
- Den svenske regjering, representert ved Anders Kruse, departementsråd, Utenriksdepartementet, som partsrepresentant;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Per Andreas Bjørgan, saksbehandler, avdelingen for juridiske saker og eksekutivsaker, som partsrepresentant;

- Kommissjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Anthony Whelan og Wouter Wils, ansatt i rettsavdelingen, som partsrepresentanter, med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt de muntlige innleggene fra saksøker, Landsorganisasjonen i Norge, representert ved Atle Sønsteli Johansen; saksøkte, Kommunenes Sentralforbund, representert ved Per Kristian Knutsen; Hitra kommune og Steigen kommune, representert ved Siri Teigum; Kvam kommune, Kvinnherad kommune, Lørenskog kommune, Os kommune, Vikna kommune og Volda kommune, representert ved Wilhelm Matheson; Hamarøy kommune og Tysfjord kommune, representert ved Haakon Blaauw; Den norske regjering, representert ved Beate Berglund Ekeberg; EFTAs Overvåkningsorgan, representert ved Per Andreas Bjørgan; og Kommissjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Wouter Wils, under høringen den 30 og 31 oktober 2001,

avsier slik

Dom

I Faktum og prosedyre

- 1 Ved en beslutning datert 27 september 2000, registrert ved EFTA-domstolen 2 oktober 2000, anmodet Arbeidsretten om en rådgivende uttalelse i en sak innbrakt for denne mellom saksøker Landsorganisasjonen i Norge (heretter "LO"), med Norsk kommuneforbund (heretter "NKF"), støttet av Kommunalansattes Fellesorganisasjon, (heretter "KFO") som hjelpeintervenient, mot de saksøkte: Kommunenes Sentralforbund (heretter "KS"); Hamarøy kommune og Tysfjord kommune; Steigen kommune og Hitra kommune; Alta kommune og Tana kommune; Kvam kommune, Kvinnherad kommune, Lørenskog kommune, Os kommune, Vikna kommune og Volda kommune, (heretter i fellesskap "saksøkte").
- 2 Saken for Arbeidsretten gjelder hovedtariffavtalen for kommuner, mv for tariffperioden 1 mai 1998 - 30 april 2000 (heretter "hovedtariffavtalen") mellom, på den ene siden, ulike organer som representerer kommunalt ansatte, og på den andre siden, KS. Det omtvistede spørsmålet er om de saksøkte kommunene, ved å overføre sine forsikringsordninger for tjenstepensjon fra en leverandør, Kommunal Landspensjonskasse (heretter "KLP"), et privat gjensidig livsforsikringsselskap, til andre forsikringsselskaper, har misligholdt visse bestemmelser i hovedtariffavtalens kapittel 2, særlig avsnittene 2, 3 og 4 i punkt 2.1.8. Tvisten gjelder også spørsmålet om rettsvirkningene av eventuelle slike brudd.
- 3 Saksøkeren hevder at kommunene, ved å overføre sine forsikringsordninger for tjenstepensjon, har misligholdt flere av bestemmelsene i hovedtariffavtalen. De

saksøkte kommunene har påstått seg frifunnet, og har blant annet anført at flere av bestemmelsene i hovedtariffavtalen som er påberopt av saksøkeren er ugyldige fordi de er i strid med artikkel 53 og 54 EØS, og derfor ikke er rettslig bindende.

Kommunene og deres status som arbeidsgivere

- 4 Kommunene og fylkeskommunene i Norge er etablert og regulert av lov av 25 september 1992 nr 107 om kommuner og fylkeskommuner (heretter “kommuneloven”). I kommunal sektor er det totalt sett omlag 550 000 arbeidstakere. Av disse er ca 100 000 lærere, som er kommunalt ansatte, men som omfattes av tariffavtaler med staten. I kommunal sektor for øvrig er det således ca 450 000 arbeidstakere. Av disse er omlag 430 000 ansatt i kommunene, herav ca 60 000 i Oslo kommune. Tallene foran er anslag som er basert på tilgjengelige statistiske kilder med referanse til arbeidsmarkedssituasjonen ved utgangen av 1998/tidlig 1999.
- 5 Hovedsaksøkte, KS, er en medlems- og interesseorganisasjon, og er også en arbeidsgiverforening. Samtlige kommuner og fylkeskommuner er i dag medlemmer av KS, og alle er tilknyttet KS’ arbeidsgivervirksomhet. Oslo kommune er imidlertid fritatt fra å følge KS’ tariffområde. Som arbeidsgiverforening har KS således 434 kommuner og 18 fylkeskommuner som medlemmer. Disse har til sammen ca 370 000 ansatte (lærere unntatt). Av disse faller noen - som endel vikarer, ekstrahjelpere og - utenfor anvendelsesområdet for hovedtariffavtalene for kommuner, og det er usikkert hvor mange som for øvrig omfattes av deres bestemmelser om tjenestepensjon.
- 6 KS som arbeidsgiverforening kan inngå tariffavtaler med bindende virkning for sine medlemmer. Kommunelovens §28 gir kommuner og fylkeskommuner adgang til å overdra kompetansen til å inngå slike avtaler til “en sammenslutning av kommuner og fylkeskommuner”. Dette er gjennomført av alle de kommuner/fylkeskommuner som er tilsluttet arbeidsgivervirksomheten til KS. KS’ kompetanse til å inngå tariffavtaler fremgår av dets vedtekter.

Fagforeninger

- 7 Det er i alt 39 “forbund” eller “fagforbund” som representerer arbeidstakere i kommunal sektor i Norge. Ved forhandlinger med KS om inngåelse og endring av tariffavtaler er de 39 forbundene representert gjennom sine “forhandlingssammenslutninger”. Tariffavtalene inngås vanligvis med KS og den enkelte fagforening som parter.
- 8 Hovedtariffavtalen er derfor ikke bare én avtale for kommuner, men består av flere hovedtariffavtaler, med vedkommende forbund som part på arbeidstakersiden i den enkelte avtale, og KS som part på arbeidsgiversiden i alle

avtalene. For tariffperioden 1998-2000 var det i alt 39 forskjellige hovedtariffavtaler for arbeidstakere i kommuner og fylkeskommuner. I praksis er imidlertid disse hovedtariffavtalene innholdsmessig like så langt det har noen betydning her. Hovedtariffavtalen omfatter i hovedsak alle arbeidstakere som er ansatt i kommuner og fylkeskommuner. For visse virksomheter og bedriftsmedlemmer har imidlertid KS særskilte tariffavtaler som inneholder avvikende bestemmelser på enkelte punkter, blant annet om pensjonsforhold.

Tariffavtalens rettslige stilling

- 9 Som tariffavtale regnes etter den norske lov av 5 mai 1927 nr 1 om arbeidstvister, (heretter “arbeidstvistloven”), en avtale om “arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold”. Den må inngås mellom en arbeidsgiver eller en arbeidsgiverforening på den ene siden og en fagforening på den andre siden, se lovens § 1(8). En tariffavtale er i henhold til norsk rett en rettslig bindende avtale. For det første er en tariffavtale, som avtale, forpliktende for alle avtalepartene. Dernest er den bindende også for avtalepartenes medlemmer. De enkelte arbeidsgiverene (som her kommunene) og de enkelte arbeidstakerene som er ansatt hos de berørte arbeidsgiverene, og som er medlemmer av de organisasjonene som er parter i tariffavtalen, er rettslig bundet av tariffavtalen. Videre binder tariffavtalen bare de arbeidsgiverene og arbeidstakerene som er medlemmer av vedkommende organisasjoner. Etter norsk rett har en tariffavtale således ikke noen generell gyldighet (“allmenngyldighet”, eller “*erga omnes*”-virkning). I norsk rett er det heller ingen lovbestemmelser av betydning for saken her som gir offentlige myndigheter adgang til å bestemme at en tariffavtale skal gjøres allmenngyldig og forpliktende for alle arbeidsgivere (eller arbeidstakere) i en bransje, sektor el. Hvem som er rettslig bundet eller har rettigheter i henhold til en tariffavtale, beror på tariffavtalen og medlemskapet i de avtalesluttende organisasjonene.
- 10 Videre må det nevnes at tariffpartene råder over tariffavtalen på den måten at de kan modifisere den, selv i kontraktperiodens løp. Avtalepartene har også kontroll med fortolkningen av tariffavtalen i den forstand at dersom partene er enige om en viss forståelse av en bestemmelse, skal, som alminnelig regel, denne forståelsen av bestemmelsen legges til grunn. Partenes felles forståelse er også bindende for deres medlemmer, på samme måte som tariffavtalen selv.

Det norske pensjonssystemet

- 11 I korthet er det norske pensjonssystemet basert på: a) Folketrygdens pensjonsytelser, som er lovbaserte pensjonsytelser i henhold til lov om folketrygd av 28 februar 1997 nr 19 (folketrygdloven); b) kollektive “tjenestepensjonsordninger” for supplerende pensjon i tillegg til folketrygdens ytelser og c) individuelle pensjons- og livsforsikringsavtaler, som kan tegnes på

frivillig basis. I den foreliggende saken vurderes bare kollektive tjenestepensjonsordninger for supplerende pensjon.

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

13 Samtlige kommuner og fylkeskommuner har i dag tjenestepensjonsordninger. Adgangen til å etablere eller tilslutte seg tjenestepensjonsordninger følger uttrykkelig av kommunelovens § 24 nr 4. Formålet med denne bestemmelsen var først og fremst å gi et klarere hjemmelsgrunnlag for statlig regulering, kontroll og tilsyn med kommunale tjenestepensjonsordninger. Kommunelovens § 24 nr 4 annet punktum hjemler adgang til å gi nærmere bestemmelser om materielle rammer for kommunale tjenestepensjonsordninger, deres innhold og omfang. De gjeldende bestemmelsene finnes i forskrift av 22 april 1997 nr 374 om pensjonsordninger for kommunalt eller fylkeskommunalt ansatte, heretter "forskrift om pensjonsordninger for kommunalt eller fylkeskommunalt ansatte". Denne forskriften fastsetter i hovedsak at:

- pensjonsytelsene i kommunale pensjonsordninger ikke må være høyere enn i Statens Pensjonskasse (§ 2 første ledd),

- aldersgrenser ikke må være lavere enn for tilsvarende stillinger i staten (§ 2 annet ledd), og

- som utgangspunkt skal alle ansatte i kommunen/fylkeskommunen være omfattet; pensjonsordningen kan imidlertid inneholde alminnelige vilkår som begrenser medlemskap i ordningen på grunnlag av arbeidsforholdets omfang, tjenestetid, oa (§ 3).

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

- 21 kommuner/fylkeskommuner hadde egne pensjonskasser;

- 422 kommuner/fylkeskommuner var tilsluttet "Felles kommunal pensjonsordning" (heretter "FKP") i KLP;

- 10 kommuner hadde kollektive pensjonsforsikringsavtaler i andre forsikringsselskaper enn KLP.

- 15 Ut fra tallene foran var 93 % (422 av 453) av kommunene tilsluttet FKP per 1 januar 1998. Kommunene er forskjellige i størrelse og antall ansatte. Det er anslått at tjenstepensjonsordninger for ca 65 % av alle kommunalt ansatte er inngått med KLP. Anslaget og grunnlaget for dette er imidlertid usikkert.
- 16 KLP er et privat gjensidig livsforsikringselskap. KLP fikk fra 1 januar 1974 konsesjon til å tilby blant annet kollektiv pensjonsforsikring etter den dagjeldende forsikringselskapslov. Konsesjonen ble fornyet senest i 1998 ved lov av 10 juni 1988 nr 39 om forsikringsvirksomhet (heretter “forsikringsvirksomhetsloven”). KLPs medlemmer (selskapsdeltakerne) er forsikringstakerne, dvs de arbeidsgiverene som har tegnet en forsikringsavtale med selskapet. KLP er gitt tillatelse til å ha andre medlemmer enn kommuner/fylkeskommuner, men med visse begrensninger. I KLPs vedtekter § 1-3 annet ledd, som er inntatt i konsesjonsvilkårene, heter det:
- “Andelen forsikringstakere som ikke er kommuner, fylkeskommuner, foretak, selvstendige virksomheter, institusjoner eller organisasjoner der kommuner eller fylkeskommuner har en majoritetsinteresse skal være begrenset slik at de til sammen ikke kan ha en premiereserve som utgjør mer enn 10 prosent av de totale premiereserver i selskapet. Med majoritetsinteresser menes mer enn 50 prosent av både eierandelene og stemmerettighetene, eller tilsvarende interesse i forhold til virksomhetens, institusjonens eller organisasjonens formål.”
- 17 KLPs hovedprodukt er kollektiv pensjonsforsikring, som er den viktigste og mest omfattende ordningen. Videre kan kommuner og fylkeskommuner være medlemmer av KLP, uavhengig av om de er tilknyttet FKP. Per september 1999 var alle 453 kommuner og fylkeskommuner medlemmer i KLP. På samme tidspunkt hadde KLP ca 2 150 andre medlemmer (bedriftsmedlemmer). Deres andel av årlige premieinnbetalinger utgjorde ca 14,5 % av et samlet premievolum på omlag 5 milliarder NOK.
- 18 KLPs høyeste beslutningstakerorgan er generalforsamlingen (vedtektenes § 3-8, vedtektene av 1999 § 3-2). Etter vedtektene av 1999 skal generalforsamlingen bestå av representanter for selskapets medlemmer, valgt i 19 valgkretser. Kommunene/fylkeskommunene utgjør 18 valgkretser, og bedriftsmedlemmene utgjør én valgkrets. Den enkelte valgkrets “velger fra 4 til 17 representanter avhengig av det samlede premievolum i selskapets pensjonsordninger som betales av valgkretsens medlemmer”, jf vedtektene av 1999 §§ 3-2 og 3-3.
- 19 Det er inngått flere “samarbeidsavtaler” mellom KLP og KS. To av disse er relevante for denne saken: En avtale av 14 desember 1994, og en av 30 august 1999 som erstattet den tidligere avtalen. Begge avtalene har bestemmelser om regelmessig kontakt mellom KS og KLP, rett for KLP til blant annet å delta i visse møter og arrangementer i KS, utveksling av informasjon og ytelser (herunder vederlag for markedsføring av KLPs produkter). Avtalen fra 1999 er mer detaljert enn den fra 1994.
- 20 Finansdepartementet har gitt KLP dispensasjon fra enkelte av forsikringsvirksomhetslovens bestemmelser, herunder fra lovens § 7-6 om

premier. Som gjensidig livsforsikringsselskap kan KLP, i henhold til selskapets vedtekter og forsikringsvirksomhetslovens § 4-8, foreta en etterutligning av premie - med hvilket her forstås at “alle forsikringstakere må innbetale ytterligere premie når det i ettertid viser seg at det er betalt for lite premie på forskudd, og premieberegningssystemet forutsetter at reguleringer, bruttogaranti mv. skal være forsikret”, jf Kredittilsynets brev av 16 desember 1998 til Statens Pensjonskasse.

- 21 KLP har inngått overføringsavtale med Statens Pensjonskasse. Gjennom denne overføringsavtalen er forsikringstakere med tjenstepensjonsordninger i KLP, tilsluttet overføringssystemet.
- 22 FKP er en tjenstepensjonsforsikringsordning i KLP. Den ble etablert 1 januar 1974, samtidig som KLP ble etablert som selvstendig forsikringsselskap, og er regulert av egne vedtekter. FKP har vært gjenstand for endringer gjennom årene. De relevante vedtekter er fra 1 januar 1999.
- 23 FKP er en felles kollektiv pensjonsforsikringsordning. Dens vedtekters § 1-2 om “avtale om tilslutning” lyder som følger:

“Kommuner, fylkeskommuner samt foretak, selvstendige virksomheter, institusjoner eller organisasjoner der kommuner eller fylkeskommuner har en majoritetsinteresse kan inngå avtale med KLP om medlemskap og om tilslutning til Felles kommunal pensjonsordning.”
- 24 FKP er undergitt forskrift av 22 april 1975 nr 1 om pensjonsordninger for kommunalt og fylkeskommunalt ansatte og lov av 6 juli 1957 nr 26 om samordning av pensjons- og trygdeytelser (samordningsloven), og inngår i overføringssystemet.
- 25 Forsåvidt gjelder ytelser svarer FKP i hovedsak til tjenstepensjonsordningen etter pensjonskasseloven, jf her FKP-vedtektenes § 1-1 annet punktum. FKP er således en bruttoordning og omfatter de samme ytelsene som Statens Pensjonskasse, med samme pensjonsdekning og regler om opptjeningstid.
- 26 Finansieringen av FKP er basert på et forsikringsteknisk system med forhåndsinnbetaling av premie. Premien består av arbeidsgivers andel og “medlemsinnskudd”, jf FKP-vedtektenes § 12-1. Medlemsinnskudd betales av de arbeidstakerene som omfattes, med 2 % av deres lønn. Øvrig premie skal dekkes av de arbeidsgivere som er med i FKP.

II Spørsmål

- 27 Følgende spørsmål er forelagt EFTA-domstolen:

“Om virkeområdet for artikkel 53 EØS

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

1b. Innebærer en arbeidsgiverorganisasjons inngåelse av en tariffavtale en “beslutning truffet av sammenslutninger av foretak” etter artikkel 53 EØS?

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

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

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

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

Om forbudsbestemmelsen i artikkel 53 EØS

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

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

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

6. Er en tariffavtalebestemmelse som innebærer at det er et vilkår for flytting av en tjenstepensjonsordning, at det nye forsikringsproduktet må være stilltiende eller uttrykkelig akseptert av et offentlig organ, forenlig med artikkel 53 EØS?

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

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

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

Om forståelsen av artikkel 54 EØS

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

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

III Rettslig bakgrunn

28 Spørsmålene som er forelagt EFTA-domstolen gjelder visse bestemmelser i hovedtariffavtalens forenlighet med artikkel 53 og 54 EØS.

29 Artikkel 53 EØS lyder:

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

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

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

(c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,

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

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

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

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

- avtaler eller grupper av avtaler mellom foretak,
- beslutninger eller grupper av beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak, og
- samordnet opptreden eller grupper av slik opptreden,

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

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

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

30 Artikkel 54 EØS lyder:

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

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

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

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

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

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

31 De bestemmelser i hovedtariffavtalen som er relevante i saken finnes i dens kapittel 2. De lyder som følger:

“2.0 Definisjon

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

2.1 Tjenestepensjonsordning

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

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

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

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

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

Pensjonsgrunnlaget beregnes i samsvar med pkt. 2.1.7, jf.

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

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

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

2.1.6 Pensjonsrettighetene, herunder lineært beregnede og regulerte oppsatte pensjonsrettigheter, skal for alle ytelsers vedkommende være forsikringsmessig dekket i et forsikringselskap eller en pensjonskasse basert på forsikringsprodukter som er tatt til etterretning av Kredittilsynet.

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

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

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

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

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

32 Det vises til rettsmøterapporten for en fyldigere beskrivelse av den rettslige rammen, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige saksfremstillingene

fremlagt for EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli omtalt og drøftet så langt det er nødvendig for domstolens begrunnelse.

IV Domstolens bemerkninger

Generelle bemerkninger om forholdet mellom tariffavtaler og EØS-avtalens konkurranseregler

- 33 Rettsreglene som regulerer inngåelsen, håndhevelsen og tolkningen av avtaler inngått etter kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere har ikke vært gjenstand for harmonisering innenfor Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Det rettslige grunnlaget for behandlingen av tariffavtaler må derfor finnes i nasjonal rett. Både nasjonal rett og tariffavtaler må imidlertid virke innenfor rammen av EØS-retten.
- 34 Det er grunnleggende forskjeller mellom arbeidsmarkedet og markedene for varer, tjenester og kapital. Industrialiserte samfunn har erkjent behovet for å etablere en balanse mellom arbeidsgivere og individuelle arbeidstakere ved å vedta arbeidsrettslige regler som gir fagforeninger kompetanse til å inngå tariffavtaler med arbeidsgivere eller arbeidsgiverorganisasjoner. Slike avtaler vil nødvendigvis begrense konkurransen i arbeidsmarkedet.
- 35 På denne bakgrunn har lovgivere og domstoler i de fleste markedsorienterte rettsordninger kommet til at tariffavtaler mellom arbeidsgivere og arbeidstakere til en viss grad må skjermes fra konkurransereglene. Denne immuniteten kan imidlertid ikke gjøres ubegrenset (se analysen i forslaget til avgjørelse fra generaladvokat Jacobs i sak C-67/96 *Albany*, sakene C-115/97 til C-117/97 *Brentjens'* og sak C-219/97 *Drijvende Bokken*, publisert i [1999] ECR I-5751, avsnitt 109).
- 36 Domstolen for De europeiske fellesskap har erkjent at det er visse iboende konkurransebegrensninger knyttet til tariffavtaler mellom organisasjoner som representerer arbeidsgivere og arbeidstakere. Det sosialpolitiske formålet med slike avtaler ville bli alvorlig svekket dersom avtalene skulle omfattes av artikkel 81(1) EF når arbeidsgivere og arbeidstakere i fellesskap søker å vedta tiltak for å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. Det følger av en tolkning av bestemmelsene i EF-traktaten som helhet at avtaler inngått i forbindelse med kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere med sikte på å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår, etter deres art og formål må anses å falle utenfor anvendelsesområdet for artikkel 81(1) EF (se sak C-67/96 *Albany* [1999] ECR I 5751, avsnitt 59 og 60). Domstolen for De europeiske fellesskap har stadfestet dette resultatet i flere avgjørelser (se forenede saker C-115/97 til C-117/97 *Brentjens'* [1999] ECR I-6025, sak C-219/97 *Drijvende Bokken* [1999] ECR I-6121, forenede saker C-180/98 til C-184/98 *Pavlov* [2000] ECR I-645, og sak C-222/98 *van der Woude* [2000] ECR I-7111).

- 37 Resultatene i de ovennevnte avgjørelsene av Domstolen for De europeiske fellesskap er basert på en avveining mellom hensynet til et effektivt fungerende marked og gjennomføringen av sosialpolitiske målsettinger, slik som betydningen av å fremme en harmonisk og likevektig utvikling av økonomisk virksomhet, og et høyt nivå for sysselsetting og sosial trygghet.
- 38 EFTA-domstolen må vurdere hvorvidt de sosialpolitiske hensynene som begrenser anvendelsen av artikkel 81 EF har tilstrekkelig grunnlag i EØS-avtalen til å begrense anvendelsen av den tilsvarende artikkel 53 EØS.
- 39 Innledningsvis vil EFTA-domstolen nevne at artikkel 53 EØS i sitt innhold er identisk med artikkel 81 EF. Etter artikkel 6 EØS og artikkel 3(2) ODA er praksis fra Domstolen for De europeiske fellesskap derfor relevant for EFTA-domstolen ved fortolkningen av artikkel 53 EØS. Det er et grunnleggende formål for EØS-avtalen å nå frem til og opprettholde lik fortolkning og anvendelse av de bestemmelsene i EØS-avtalen som samsvarer med bestemmelser i EF-traktaten, og å nå frem til lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltakere med hensyn til konkurransevilkårene i hele Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.
- 40 Artikkel 53 EØS må leses i sammenheng med artikkel 1(2)(e) EØS, hvor opprettelsen av et system som sikrer at konkurransen ikke vrís, og at reglene om dette overholdes på samme måte, er definert som nødvendige virkemidler for å nå EØS-avtalens mål. EFTA-domstolen finner også grunn til å nevne at andre ledd i artikkel 3 EØS krever at avtalepartene skal avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeligjøringen av EØS-avtalens mål i fare.
- 41 EØS-avtalen omtaler på flere steder betydningen av sosialpolitiske hensyn. EFTA-domstolen bemerker at syvende ledd i EØS-avtalens fortale viser til ønsket om å styrke samarbeidet mellom arbeidslivets parter i De europeiske fellesskap og EFTA-statene. Ellevte ledd i fortalen viser til betydningen av utviklingen av den sosiale dimensjon i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde og til ønsket om å sikre økonomisk og sosialt fremskritt og å legge forholdene til rette for full sysselsetting, en bedret levestandard og bedre arbeidsvilkår innen Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.
- 42 Disse hensyn gjenspeiles også i EØS-avtalens hoveddel. Artikkel 1(2)(f) EØS viser særlig til nærmere samarbeid på området for sosialpolitikk. Videre inneholder EØS-avtalens del V kapittel 1 (artiklene 66-71) bestemmelser om sosialpolitikk. Artikkel 66 EØS uttaler at avtalepartene er enige om at det er nødvendig å arbeide for en bedring av arbeidstakernes leve- og arbeidsvilkår. Det fremgår av artikkel 67 EØS at avtalepartene skal bestrebe seg på å forbedre arbeidsmiljøet for å beskytte arbeidstakernes helse og sikkerhet. Det følger av artikkel 71 EØS at avtalepartene skal bestrebe seg på å fremme dialogen mellom arbeidsgivere og arbeidstakere på europeisk nivå. Videre bestemmer artikkel 78 EØS at avtalepartene skal styrke og utvide samarbeidet innen rammen av Fellesskapets virksomhet på området for sosialpolitikk. I tillegg inneholder artikkel 96 EØS bestemmelser om samarbeidet mellom partene i arbeidslivet.

- 43 Videre må nevnes erklæringen fra EFTA-statenes regjeringer om pakten om grunnleggende sosiale rettigheter for arbeidstakere, vedlagt EØS-avtalens sluttakt, hvor EFTA-statene understreker deres støtte til de politiske målene som er fastsatt i pakten. Det følger av denne erklæringen at EFTA-statene deler det syn at et utvidet økonomisk samarbeid må ledsages av fremskritt for integrasjonsprosessens sosiale dimensjon, som skal oppnås i fullt samarbeid med partene i arbeidslivet. Det uttales også at EFTA-statene imøteser det styrkede samarbeidet på det sosiale området som er opprettet med Fellesskapet og dets medlemsstater ved EØS-avtalen.
- 44 Dette leder EFTA-domstolen til den konklusjon at de kriteriene som anvendes av Domstolen for De europeiske fellesskap for å definere anvendelsesområdet for artikkel 81 EF i forhold til tariffavtaler, må anvendes på tilsvarende måte ved vurderingen av anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS. Avtaler som er inngått etter kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, og som søker å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår må, etter sin art og sitt formål, anses å falle utenfor anvendelsesområdet for forbudet i artikkel 53(1) EØS.
- 45 Den uenigheten som foreligger mellom partene om sakens faktiske forhold og ulike problemstillinger fremviser en betydelig kompleksitet. De skriftlige saksfremstillinger og den muntlige forhandling har ikke ført til klarhet på alle punkter. Det kan derfor være at de faktiske omstendigheter i de foran nevnte sakene fra Domstolen for De europeiske fellesskap og den foreliggende saken kan gi grunnlag for sontring.
- 46 EFTA-domstolen bemerker at statene innen Det europeiske økonomiske samarbeidsområde har tatt i bruk forskjellige lovgivningsteknikker når de har trukket grensen mellom tariffavtalers rettsforhold og andre rettsområder, som for eksempel avtaleretten og konkurranseretten. Det er opp til nasjonale lovgivere å foreta avveiningen av nasjonal konkurranselovgivning og lovgivningen for kollektive arbeidsavtaler.

Spørsmål 2a, 2b og 3

- 47 Ved spørsmål 2a, 2b og 3, som domstolen mener må vurderes først, søker den nasjonale domstolen i hovedsak å bringe på det rene om en bestemmelse i en tariffavtale kan falle inn under anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS, og i så fall, på hvilke vilkår.
- 48 Innledningsvis finner EFTA-domstolen det hensiktsmessig å nevne at foreleggelsesprosedyren fastlagt i artikkel 34 ODA er et middel for samarbeid mellom EFTA-domstolen og nasjonale domstoler. Det er EFTA-domstolens oppgave å gi den nasjonale domstolen veiledning om tolkningen av de EØS-bestemmelsene som er relevante for dens avgjørelse av den verserende saken. Det er den nasjonale domstolens oppgave å bedømme bevisene i saken og

avgjøre de faktiske omstendighetene som skal legges til grunn, og så anvende EØS-retten på sakens faktum.

- 49 Svarene på spørsmålene fra den nasjonale domstolen krever en inngående vurdering av de kriteriene som først ble utviklet av Domstolen for De europeiske fellesskap i *Albany*, referert ovenfor, avsnittene 59 og 60. Som angitt i avsnitt 44 ovenfor, omfatter disse for det første kravet om at en avtale er inngått etter kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, og for det andre, kravet om at avtalen er inngått for å forfølge det formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår.
- 50 Etter EFTA-domstolens oppfatning må begge kravene være oppfylt for at en tariffavtale kan anses å falle utenfor anvendelsesområdet for forbudet i artikkel 53 EØS. Oppfyllelsen av ett av vilkårene alene vil ikke innebære at avtalen faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS. Det er ikke tilstrekkelig å påvise at avtalepartene er henholdsvis en arbeidstakerorganisasjon og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverorganisasjon, eller at en tariffavtale generelt kan sies å være av en slik art og ha et slikt formål som er typisk for tariffavtaler.
- 51 EFTA-domstolen bemerker også at selv om det overordnede formålet med tariffavtalen erkjennes å være forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår, er ikke dette i seg selv en tilstrekkelig premis for den slutning at avtalen i sin helhet faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS, dersom enkeltbestemmelser i tariffavtalen kan anses å ha andre formål.
- 52 Ved avgjørelsen av om bestemmelser i en tariffavtale forfølger det formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår må det også tas hensyn til form og innhold, for såvidt gjelder avtalen og dens enkeltbestemmelser, og under hvilke omstendigheter avtalen ble fremforhandlet. Avtalepartenes etterfølgende praktisering av avtalebestemmelsene kan også være av betydning. Det samme gjelder virkningen av disse bestemmelsene i praksis.
- 53 Begrepet “arbeids- og ansettelsesvilkår” må tolkes vidt. Som et utgangspunkt omfatter begrepet bestemmelser som relaterer seg til kjerneområdene for tariffavtaler, slik som lønn, arbeidstid og andre arbeidsvilkår. Disse vide kategoriene kan omfatte forhold som for eksempel sikkerhet, arbeidsmiljø, ferie, opplæring og videreutdanning, medbestemmelse og innflytelse for arbeidstakere. Bestemmelser som gjelder det totale arbeidsvederlaget omfattes også av begrepet, slik som at en arbeidsgiver påtar seg en forpliktelse til å etablere og bidra til en tjenestepensjonsordning (se *Albany*, referert ovenfor, avsnitt 63).
- 54 Det synes å være en tendens til å innta i tariffavtaler elementer som reflekterer endrede behov og interesseområder for partene. Slike nye elementer i en tariffavtale kan kreve særlig nøye undersøkelser med hensyn til hvorvidt de har som siktemål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår.
- 55 Den nasjonale domstolens vurdering av de forhold som foreligger i denne saken må derfor også omfatte en bedømmelse av hvorvidt formålet med bestemmelsene

om supplerende pensjonsordninger, og om driften av disse, er å forbedre arbeidsvederlaget, eller om formålet ligger utenfor området for forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår. Etter EFTA-domstolens syn ville det falle innenfor det beskyttede området for tariffavtaler å fastsette bestemte kriterier for kvaliteten på forsikringsprodukter, eller å spesifisere krav til forsikringsleverandørers forretningsskikk eller deres soliditet. Jo flere vidløftige enkeltheter som er inntatt i en tariffavtalebestemmelse, desto lengre vil den kunne fjerne seg fra formålet om å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. Partene i en tariffavtale må gis et visst spillerom på dette området. Hvis det er klart at den tilsiktede, umiddelbare og praktiske virkningen av slike bestemmelser er å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår må derav følgende konkurransebegrensninger aksepteres.

- 56 Partenes *bona fides* ved inngåelsen og praktiseringen av tariffavtalen må også tas i betraktning. Hvor et element i en tariffavtale tilsynelatende tar sikte på å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår, mens måten det praktiseres på viser at det egentlig er ment å fremme andre interesser, kan avtalens beskyttelse mot artikkel 53 EØS ikke opprettholdes. Det er uvesentlig om det underliggende tilsiktede hovedformålet i seg selv kan være prisverdig.
- 57 Ved vurderingen av de ulike elementene i en tariffavtale må den nasjonale domstolen ta i betraktning den samlede virkningen av bestemmelsene. Selv om bestemmelsene enkeltvis ikke ville medføre noen sikker løsning på tariffavtalens status i forhold til anvendelsen av artikkel 53 EØS, kan deres samlede virkning bringe avtalen innenfor denne artikkelens anvendelsesområde.
- 58 I den foreliggende saken kan EFTA-domstolen ikke ved abstrakt utledning fra EØS-rettens regler og prinsipper avgjøre om hovedtariffavtalen faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS. Det hører ikke under EFTA-domstolens kompetanse å foreta en bedømmelse av partenes ulike oppfatninger om sakens faktiske forhold. I denne situasjonen må EFTA-domstolen komme til at det er for den nasjonale domstolen å foreta denne vurderingen på grunnlag av sin bedømmelse av sakens faktum og av de kriteriene som er anvist ovenfor.
- 59 Svaret på den nasjonale domstolens spørsmål 2a, 2b og 3 må derfor være at bestemmelser i en tariffavtale som forfølger det formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS. Bestemmelser i en tariffavtale 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 anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS.

Spørsmål 1a, 1b og 1c

- 60 Ved spørsmål 1a, 1b og 1c søker den nasjonale domstolen i hovedsak å bringe på det rene om en tariffavtale inngått av en sammenslutning av kommunale

arbeidsgivere kan anses som en avtale mellom foretak eller en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak i henhold til artikkel 53 EØS.

- 61 Disse spørsmålene er relevante bare dersom den nasjonale domstolen kommer til at bestemmelser i den omtvistede tariffavtalen faller innenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS.
- 62 I henhold til artikkel 1 i EØS-avtalens protokoll 22 er et foretak en enhet som utøver virksomhet av en handelsmessig eller økonomisk art. Denne definisjonen er i samsvar med EF-domstolens etablerte rettspraksis, hvor foretaksbegrepet i konkurranserettslig sammenheng omfatter alle enheter som deltar i virksomhet av økonomisk art, uten hensyn til enhetens rettslige status og hvordan den er finansiert (se særlig sak C-41/90 *Höfner and Elser* [1991] ECR I-1979, avsnitt 21; sak C-160/91 *Poucet and Pistre* [1993] ECR I-637, avsnitt 17; sak C-244/94 *Fédération Française des Sociétés d'Assurance* [1995] ECR I-4013, avsnitt 14; og *Albany*, referert ovenfor, avsnitt 77).
- 63 Med hensyn til den mulige anvendelsen av EØS-avtalens konkurranseregler på en offentligrettslig enhet, må det skilles mellom situasjoner hvor enheten utøver offentlig myndighet, og situasjoner hvor den utøver økonomisk virksomhet av en industriell eller kommersiell art gjennom tilbud eller etterspørsel av varer eller tjenester i markedet (se sak C-343/95 *Calì & Figli v SEPG* [1997] ECR I-1547, avsnitt 16). Artikkel 53 EØS kan bare anvendes i det sistnevnte tilfellet.
- 64 Kommuner er offentligrettslige enheter. Artikkel 53 EØS kan ikke anvendes på kommuner når de opptrer i sin egenskap av å være offentlig myndighet (se sak 30/87 *Bodson v Pompes funèbres des régions libérées* [1988] ECR 2479, avsnitt 18). I den grad kommunens virksomhet består i å treffe politiske beslutninger eller offentlig administrasjon vil den ikke anses som et foretak. Når en kommune deltar i økonomisk virksomhet, for eksempel tilbyr varer og tjenester i markedet mot vederlag, kan den imidlertid, i denne egenskap, være et foretak etter artikkel 53 EØS.
- 65 Hvis en sammenslutning av kommuner deltar i kollektive forhandlinger som gjelder arbeidstakere som er beskjeftiget utelukkende innen offentlig administrasjon, kan verken organisasjonen eller dens medlemmer i dette henseendet anses som et foretak i henhold til artikkel 53 EØS.
- 66 EFTA-domstolen bemerker at hovedtariffavtalen omfatter alle grupper av kommuneansatte, ikke bare ansatte innen offentlig administrasjon. En kommune som i egenskap av å være medlem av en arbeidsgiverorganisasjon beskytter sine interesser som arbeidsgiver engasjert i økonomisk virksomhet, kan, innenfor denne organisasjonen, opptre som et foretak etter artikkel 53 EØS.
- 67 Det følger herav at en kommune kan anses som et foretak når den i egenskap av å være arbeidsgiver blir bundet av en tariffavtale uten å være part i denne.

- 68 Spørsmål vedrørende en kommunes rettslige stilling som medlem av en arbeidsgiverorganisasjon i forhold til en tariffavtale, må avgjøres av den nasjonale domstolen i henhold til nasjonal rett.
- 69 Dersom den nasjonale domstolen, på grunnlag av de ovennevnte EØS-rettslige betraktninger kommer til at bestemmelser i den aktuelle tariffavtalen faller inn under anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS, og at kommunene er foretak i henhold til samme artikkel, kan disse bestemmelsene bli ansett å innebære en beslutning av en sammenslutning av foretak. Avhengig av den nasjonale domstolens konklusjoner med hensyn til det forhold som er nevnt i avsnitt 68 ovenfor, kan tariffavtalens bestemmelser også bli ansett som en avtale mellom foretak.
- 70 Svaret på spørsmål 1a, 1b og 1c må derfor være at en tariffavtale inngått av en sammenslutning av kommunale arbeidsgivere kan anses som en avtale mellom foretak eller en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak i henhold til artikkel 53 EØS.

Spørsmål 4, 5a, 5b, 6, 7a og 7b

- 71 Ved spørsmål 4, 5a, 5b, 6, 7a og 7b søker den nasjonale domstolen i hovedsak å bringe på det rene hvorvidt de omstridte bestemmelsene i hovedtariffavtalen er uforenlig med artikkel 53 EØS.
- 72 De omstridte bestemmelsene oppstiller visse materielle krav til innholdet av en pensjonsordning, og enkelte prosessuelle vilkår. Formålet med de materielle bestemmelsene synes i utgangspunktet å være rettet mot å sikre at pensjonsordningene oppfyller visse sosialpolitiske ønskemål, og formålet med de prosessuelle reglene synes å være å sikre pensjonsordningens kvalitet, eller å sikre at tariffavtalens parter beholder kontrollen over en eventuell overføring av en pensjonsordning fra en leverandør til en annen. Disse formålene synes å være egnet til å bidra til en forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår. Det er derfor en presumsjon for at de omstridte bestemmelsene faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS.
- 73 I denne sammenhengen er det ikke avgjørende hvorvidt effekten av disse bestemmelsene er at bare én eller et begrenset antall av potensielle forsikringsleverandører i praksis vil være kvalifisert som forsikringsleverandør ved en eventuell overføring. Så lenge de omstridte bestemmelsene faktisk forfølger de formålene som plasserer dem utenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS, må derav følgende konkurransebegrensninger aksepteres.
- 74 Dersom den nasjonale domstolen, i vurderingen beskrevet ovenfor i avsnittene 55 og 56, motsetningsvis skulle komme til at de omstridte bestemmelsene i realiteten ikke forfølger disse formålene, kan bestemmelsene, avhengig av hvilke formål som faktisk forfølges, falle innenfor anvendelsesområdet for artikkel 53

EØS. Dersom dette er tilfellet, og den nasjonale domstolen finner at virkningen av disse bestemmelsene er at kommunene må anskaffe supplerende pensjonsordninger fra bestemte forsikringsleverandører, og derved fratar, eller sterkt begrenser, kommunenes mulighet til å velge andre kvalifiserte leverandører, kan disse bestemmelsene avhengig av de faktiske, økonomiske og rettslige omstendighetene, utgjøre en begrensning av konkurransen som påvirker handelen mellom EØS-statene i henhold til artikkel 53 EØS.

- 75 Svaret på spørsmål 4, 5a, 5b, 6, 7a og 7b må derfor være at det er en presumsjon for at de omstridte bestemmelsene i hovedtariffavtalen faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS. Dersom den nasjonale domstolen imidlertid kommer til at de omstridte bestemmelsene i realiteten ikke forfølger de tilsynelatende formålene, kan bestemmelsene, i lys av de formålene som faktisk forfølges, falle innenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS. Dersom den nasjonale domstolen i tillegg finner at virkningen av disse bestemmelsene er at kommunene må anskaffe supplerende pensjonsordninger fra bestemte leverandører, og derved fratar, eller sterkt begrenser, kommunenes mulighet til å velge andre leverandører, kan disse bestemmelsene innebære en begrensning av konkurransen i henhold til artikkel 53 EØS.

Spørsmål 8:

- 76 Ved spørsmål 8 søker den nasjonale domstolen i hovedsak å bringe på det rene hvorvidt den samlede virkningen av de omstridte bestemmelsene i hovedtariffavtalen kan være i strid med artikkel 53 EØS, selv om ingen av disse bestemmelsene enkeltvis ville være i strid med denne artikkelen.
- 77 Spørsmålet om hvorvidt en avtale begrenser konkurransen, og derfor er i strid med artikkel 53 EØS, er et rettslig spørsmål som må vurderes på bakgrunn av økonomiske betraktninger. I denne vurderingen må det tas hensyn til under hvilke faktiske omstendigheter avtalen fungerer (se forende saker T-374/94, T-384/94 og T-388/94 *ENS and Others v Commission* [1998] ECR II-3141, avsnitt 136). Avtalens enkelte bestemmelser må ikke bare vurderes separat, men må også ses i sammenheng med andre bestemmelser i avtalen og avtalen i sin helhet. Enkeltbestemmelser kan samlet ha som formål eller virkning å begrense konkurransen i henhold til artikkel 53 EØS. Det er uten betydning at det ikke kan påvises at noen av bestemmelsene enkeltvis har slik virkning.
- 78 Det samme må gjelde for tariffavtaler, forutsatt at avtalens art og formål ikke begrunner at avtalen faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS i overensstemmelse med kriteriene anvist i avsnitt 49-57 ovenfor.
- 79 Svaret på spørsmål 8 må derfor være at den samlede virkningen av enkelte bestemmelser i en tariffavtale kan være i strid med artikkel 53 EØS, selv om ingen av disse bestemmelsene alene ville være i strid med denne artikkelen.

Spørsmål 9 og 10

- 80 Ved sitt spørsmål 9 søker den nasjonale domstolen å fastslå om en sammenslutning av kommuner, som er en interesse- og arbeidsgiverorganisasjon, kan anses som et foretak etter artikkel 54 EØS ved forhandlingen av en tariffavtale.
- 81 Det følger av avsnittene 62-64 ovenfor at en kommune kan anses som et foretak etter artikkel 53 EØS når den er engasjert i økonomisk virksomhet. Det samme resonnetet må gjelde med hensyn til spørsmålet om en sammenslutning av kommuner kan anses som et foretak etter artikkel 54 EØS.
- 82 En kommune som i egenskap av å være medlem av en arbeidsgiverorganisasjon beskytter sine interesser som en arbeidsgiver engasjert i økonomisk virksomhet, kan, innenfor denne organisasjonen, opptre som et foretak. I den utstrekning en sammenslutning av arbeidsgivere engasjert i økonomisk virksomhet beskytter sine medlemmers interesser ved forhandlingen av en avtale som gjelder denne virksomheten, kan sammenslutningen av arbeidsgivere anses å være et foretak i henhold til artikkel 54 EØS.
- 83 Svaret på spørsmål 9 må derfor være at en sammenslutning av kommuner, som er en interesse- og arbeidsgiverorganisasjon, kan anses som et foretak etter artikkel 54 EØS ved forhandlingen av en tariffavtale.
- 84 Med sitt spørsmål 10 søker den nasjonale domstolen i hovedsak å bringe på det rene om det er forenlig med artikkel 54 EØS at et foretak med dominerende stilling inngår eller praktiserer en avtale som inneholder de omtvistede bestemmelsene i hovedtariffavtalen.
- 85 Spørsmålet er basert på en forutsetning om at foretakets økonomiske styrke i det relevante markedet er tilstrekkelig til å konstatere at foretaket har en dominerende stilling.
- 86 EFTA-domstolen henviser til det som er uttalt i avsnittene 48 og 58 ovenfor. Det faller utenfor EFTA-domstolens kompetanse å gi den nasjonale domstolen svar på et spørsmål som krever en bedømmelse av bevisene i saken og en anvendelse av retten på sakens faktum.
- 87 Det fremgår ikke av dokumentene mottatt fra den nasjonale domstolen eller av de ubestridte delene av partenes skriftlige og muntlige saksfremstillinger at ordningen som beskrives i hovedtariffavtalen eller praktiseringen av denne utgjør utilbørlig utnyttelse av noen antatt eksisterende dominerende stilling. Dette kan imidlertid være annerledes dersom den nasjonale domstolen skulle finne at KLP innehar en dominerende stilling i det relevante markedet, at KS og KLP kan identifiseres med hverandre, og at deres opptreden i forbindelse med inngåelsen av de omtvistede bestemmelsene i hovedtariffavtalen, eller ved praktiseringen av disse bestemmelsene, i praksis har forhindret overføringer av supplerende pensjonsordninger fra KLP til andre forsikringselskaper, med sikte på å beskytte

KLPs stilling. Om dette innebærer utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling må avgjøres av den nasjonale domstolen på grunnlag av de faktiske, økonomiske og rettslige omstendighetene i saken.

- 88 Svaret på spørsmål 10 må derfor være at det er den nasjonale domstolens oppgave å avgjøre, på grunnlag av alle relevante faktiske, økonomiske og rettslige omstendigheter i saken, om det er forenlig med artikkel 54 EØS at et foretak med dominerende stilling inngår eller praktiserer de omstridte bestemmelsene i hovedtariffavtalen.

V Saksomkostninger

- 89 Omkostninger som er påløpt for Den islandske regjering, Den norske regjering, Den svenske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap, som har gitt saksfremstillinger for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Siden rettergangen her, for partene i hovedsaken, utgjør en del av rettergangen for den nasjonale domstolen, er avgjørelsen av saksomkostninger en sak for den nasjonale domstolen.

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

som svar på spørsmålene som er forelagt av Arbeidsretten i Norge ved beslutning av 27 september 2000, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. Bestemmelser i en tariffavtale som forfølger det formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS. Bestemmelser i en tariffavtale 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 anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS.**
- 2. En tariffavtale inngått av en sammenslutning av kommunale arbeidsgivere kan anses som en avtale mellom foretak eller en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak i henhold til artikkel 53 EØS.**
- 3. Det er en presumsjon for at de omstridte bestemmelsene i hovedtariffavtalen faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS. Dersom den nasjonale domstolen imidlertid kommer til at de omstridte bestemmelsene i realiteten ikke forfølger de**

tilsynelatende formålene, kan bestemmelsene, i lys av de formålene som faktisk forfølges, falle innenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS. Dersom den nasjonale domstolen i tillegg finner at virkningen av disse bestemmelsene er at kommunene må anskaffe supplerende pensjonsordninger fra bestemte leverandører, og derved fratrar, eller sterkt begrenser, kommunenes mulighet til å velge andre leverandører, kan disse bestemmelsene innebære en begrensning av konkurransen i henhold til artikkel 53 EØS.

4. Den samlede virkningen av enkelte bestemmelser i en tariffavtale kan være i strid med artikkel 53 EØS, selv om ingen av disse bestemmelsene alene ville være i strid med denne artikkelen.
5. En sammenslutning av kommuner, som er en interesse- og arbeidsgiverorganisasjon, kan anses som et foretak etter artikkel 54 EØS ved forhandlingen av en tariffavtale.
6. Det er den nasjonale domstolens oppgave å avgjøre, på grunnlag av alle relevante faktiske, økonomiske og rettslige omstendigheter i saken, om det er forenlig med artikkel 54 EØS at et foretak med dominerende stilling inngår eller praktiserer de omstridte bestemmelsene i hovedtariffavtalen.

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Per Tresselt

Avsagt i åpen rett i Luxembourg den 22 mars 2002.

Lucien Dedichen
Justissekretær

Thór Vilhjálmsson
President