

NOTAT

Til: Foreningen Pensjonskontoret
v/ daglig leder Anne Karin Andreassen

Oslo, 31. mars 2023
Ansvarlig advokat: Sven Iver Steen

Fra: Arntzen de Besche Advokatfirma AS
v/ senioradvokat Frida May Behrens og
partner, advokat (H) Sven Iver Steen

VURDERING AV OM KOMMUNALE PENSJONSKASSER ER OMFATTET AV ANSKAFFESESREGELVERKET

1 INNLEDNING

Pensjonskontoret har bedt Arntzen de Besche Advokatfirma AS (AdeB) om å vurdere om kommunale pensjonskasser er omfattet av anskaffelsesregelverket når de gjennomfører anskaffelser som ledd i sin virksomhet. Det sentrale spørsmålet er om en kommunal pensjonskasse er et «offentligrettslig organ» etter anskaffelsesloven § 2 og anskaffelsesforskriften § 1-2.

Som det fremgår av punkt 2 under, er det etter vår vurdering at de beste grunner taler for at en kommunal pensjonskasse ikke er «offentligrettslig organ» og derfor ikke er omfattet av anskaffelsesregelverket. Vi understreker at vår vurdering er basert på et generelt grunnlag. Det anbefales derfor at den enkelte pensjonskasse selv vurderer spørsmålet konkret.

2 OM KOMMUNALE PENSJONSKASSER ER PLIKTSUBJEKT ETTER ANSKAFFESESREGELVERKET

2.1 Rettslig utgangspunkt

Anskaffelsesloven og -forskriften gjelder for statlige myndigheter, kommunale og fylkeskommunale myndigheter, samt offentligrettslige organer.¹ Slike myndigheter og organers anskaffelser er omfattet av anskaffelsesregelverket når kontrakten har en anslått verdi som er lik eller overstiger 100.000 kroner eksklusiv mva.

Spørsmålet vi skal vurdere her er om kommunale pensjonskasser er å anse som offentligrettslige organer. Anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) inneholder en definisjon av hva som menes med offentligrettslige organ.

«Et offentligrettslig organ er et organ som

- a. er opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter,
- b. er et selvstendig rettssubjekt og
- c. har tilknytning til det offentlige ved at

¹ Anskaffelsesloven § 2 og anskaffelsesforskriften § 1-2.

1. *organet hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer,*
2. *organets forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers ledelsesmessige kontroll eller*
3. *organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.»*

Vilkårene i § 1-2 (2) bokstav a til c er kumulative, og samtlige vilkår må derfor være oppfylt for at et organ skal være et «offentligrettslig organ».

Ved vurderingen av om et organ er offentligrettslig, må det legges det til grunn en objektiv, vid og formålsbestemt fortolkning.² Hovedhensynet bak bestemmelsen om at «offentligrettslige organer» er omfattet av anskaffelsesregelverket, herunder vilkårene, er å sikre at organer som i sine anskaffelser kan la seg styre av andre hensyn enn rent økonomiske, skal være omfattet av anskaffelsesregelverket.³ Et annet hensyn, er å forhindre offentlige myndigheter fra å uthule anskaffelsesregelverkets effektivitet ved å overlate offentlige oppgaver til private rettssubjekter.⁴ Anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) må derfor tolkes i lys av disse hensynene.

2.2 Selvstendig rettssubjekt (bokstav b)

For at en pensjonskasse skal være et «offentligrettslig organ» etter anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) bokstav b, må den være et selvstendig rettssubjekt. Forsikringsvirksomhetsloven § 2-1, jf. finansforetaksloven § 7-2 (3), angir at en pensjonskasse skal stiftes og organiseres som en selveiende institusjon. Det er derfor ingen tvil om at en pensjonskasse er et selvstendig rettssubjekt etter anskaffelsesforskriften § 1-2 bokstav b.

2.3 Tilknytning til det offentlige (bokstav c)

Det følger av anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) bokstav c at tilknytningen til det offentlige kan oppfylles på tre ulike måter. Det første alternativet innebærer at organet «*hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer*» (finansieringsalternativet). Det andre alternativet er at organet er «*underlagt slike myndigheters eller organers ledelsesmessige kontroll*» (innflytelsesalternativet). Det tredje alternativet er at organet har en ledelse «*der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer*» (kontrollalternativet). Et sentralt vurderingstema for alle tre alternativer er om anskaffelsesbeslutninger som tas av organet kan påvirkes av andre hensyn enn rent økonomiske grunnet organets tilknytning til det offentlige.⁵

Etter finansforetaksloven § 8-4 skal en pensjonskasse ha et styre på minst fem medlemmer. Minst ett av styrets medlemmer skal være uten tilknytning til arbeidsgiver, foretak eller forening med pensjonsordning i pensjonskasse, og minst ett medlem skal representere medlemmer, herunder pensjonister, i pensjonsordningen. Etter finansforetaksloven § 7-8 (1) bokstav f skal vedtektene i en pensjonskasse angi «*antallet eller laveste og høyeste antall styremedlemmer, og regler for valg av styremedlemmer*». Det vanlige er at kommunen oppnevner alle de medlemmer av pensjonsordningens styre som ikke representerer medlemmene av pensjonsordningen. Kommunen velger derfor som regel også det medlem som skal være uten tilknytning til arbeidsgiver, foretak

² Se eksempelvis EU-domstolen sak C-360/96 *Arrhem*, avsnitt 63 og C-283/00 *SIEPSA* avsnitt 73.

³ EU-domstolen sak C-567/15 *LitSpecMet*, avsnitt 31.

⁴ KOFA sak 2017/131, avsnitt 24.

⁵ EU-domstolen sak C-380/98 *University of Cambridge*, avsnitt 20 og sak C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau*, avsnitt 20.

eller forening med pensjonsordning i pensjonskasse. Våre undersøkelser viser at mange pensjonskasser i dag har vedtekter som angir at mer enn halvparten av styremedlemmene i pensjonskassens styre oppnevnes av kommunen. I slike tilfeller vil derfor pensjonskassen ha et ledelsesorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av kommunen. Det betyr at kontrollalternativet i anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) bokstav c nr. 3 vanligvis vil være oppfylt.

Kommunale pensjonskasser kan imidlertid ha andre regler for valg av styrets medlemmer slik at de ikke oppfyller kontrollalternativet. Vi vil derfor knytte enkelte betraktninger til hvorvidt innflytelsesalternativet og/eller finansieringsalternativet kan være oppfylt for pensjonskasser.

Innflytelsesalternativet etter nr. 2, altså at pensjonskassen må være underlagt offentlige myndigheters eller organers «*ledelsesmessige kontroll*», innebærer at innflytelsen må gi det offentlige mulighet til å påvirke organets beslutninger når det gjelder offentlige anskaffelser. En pensjonskasse er en selveiende institusjon, og det vil være et brudd på alminnelige regler for selveiende institusjoner om virksomheten ikke ble holdt adskilt fra virksomheten til kommunen og de øvrige foretak som deltar i pensjonskassen. I vedtektene til pensjonskassene er deres selvstendighet fra medlemsforetakene gjerne uttrykkelig presisert. En pensjonskasse skal således ikke være under en kommunes «*ledelsesmessige kontroll*» og innflytelsesalternativet er derfor ikke aktuelt.

Finansieringsalternativet etter nr. 1 omfatter de tilfeller organet hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer. En pensjonskasse tilføres egenkapital, og mottar forsikringspremier fra kommunen og de øvrige kommunetilknyttede enheter som er medlem av pensjonskassen. En pensjonskasse faller derfor inn under ordlyden i anskaffelsesforskriften § 1-2 bokstav c nr. 1. Det er likevel en forutsetning for at finansieringsalternativet skal være aktuelt at det offentliges økonomiske bidrag skaper eller forsterker et avhengighetsforhold som medfører fare for at organet vil kunne ta andre hensyn enn kommersielle ved sine anskaffelser.⁶ Det er derfor bare de tilfeller der tilførsel av kapital gir det offentlige mulighet til direkte eller indirekte å få innflytelse over organets anskaffelser som omfattes av finansieringsalternativet. Egenkapitalbidrag og betaling av forsikringspremier til en pensjonskasse gir imidlertid ingen innflytelse over pensjonskassens beslutninger, og vil – likt som for innflytelsesalternativet – ikke kunne gi innflytelsesmulighet over pensjonskassens anskaffelsesbeslutninger. Etter vår vurdering vil derfor heller ikke finansieringsalternativet etter anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) bokstav c nr. 1 være oppfylt.

Vår konklusjon er dermed at pensjonskasser der flertallet av styrets medlemmer velges av kommunen, vil oppfylle kontrollalternativet i anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) bokstav c nr. 3. For pensjonskasser som har andre regler for valg av styremedlemmene i pensjonskassen, vil ingen av tilknytningskriteriene i anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) bokstav c) vanligvis være oppfylt.

2.4 Opprettet for å tjene allmennhetens behov (bokstav a)

For at et rettssubjekt skal anses som et «*offentligrettslig organ*», må det være «*opprettet for å tjene allmennhetens behov*». Organet må derfor ivareta et behov i befolkningen som det offentlige velger selv å imøtekomme og som det offentlige ønsker å bevare en avgjørende innflytelse over.⁷ Rettspraksis fra EU-domstolen og KOFA viser at terskelen for oppfyllelse av vilkåret er relativt lav.

⁶ EU-domstolen sak C-380/98 *University of Cambridge*, avsnitt 21.

⁷ EU-domstolens forente saker C-223/99 og C-260/99 *Agorà/Excelsior*, avsnitt 37.

At organet skal tjene «allmenhetens» behov avgrenser mot behovene til særlige grupper eller enkeltpersoner. Begrepet «allmenheten» kan likevel omfatte grupperinger innenfor samfunnet, så lenge virksomheten direkte eller indirekte har et samfunnsmessig formål med å tilby tjenesten til de aktuelle mottakerne. I sak C-18/10 *Korhonen* kom eksempelvis EU-domstolen til at etablering av kontorlokaler som skulle leies ut til én virksomhet tjente allmennhetens behov, siden kontorlokalene kunne stimulere næringslivet i kommunen og dermed gi positive følgevirkninger for kommunen og kommunens innbyggere. Tilsvarende konklusjon EU-domstolen til i forente saker C-223/99 og C-260/99 *Agorà og Excelsior*, som gjaldt organisering av messer og utstillinger. Videre vil det faktum at også private virksomheter kan imøtekomme behovet, ikke utelukke at det aktuelle organet tjener «allmennhetens behov».⁸

En pensjonskasses hovedformål er å yte pensjoner til medlemmene og andre pensjonsberettigede. Hovedformålet er dermed rettet mot en avgrenset krets av personer, altså de ansatte i kommunen og tilknyttede enheter. Som fremgår av ovennevnte praksis fra EU-domstolen, er imidlertid ikke et slikt perspektiv nødvendigvis avgjørende.

Sentralt i denne sammenheng er at pensjonsordninger som sådan, tjener allmenne velferdshensyn. Selv om tjenstepensjon kommer i tillegg til folketrygden, spiller opptjent tjenstepensjon utover folketrygden også en vesentlig rolle for livskvaliteten og den økonomiske tryggheten til den enkelte pensjonsberettigede, og ivaretar derigjennom velferdshensyn. Dette underbygges av at alle arbeidsgivere, både offentlig og private, er pålagt å tilby en pensjonsordning for de ansatte i bedriften, jf. OTP-loven § 2⁹, og av at kommunal tjenstepensjon er en tariffestet rett for den enkelte ansatte i kommunal sektor. Selv om det kun direkte er kommunen som er underlagt disse forpliktelsene, ivaretar en pensjonskasse også indirekte de samme behovene. Dette kan derfor tilsi at også en pensjonskasse indirekte tjener «allmennhetens behov».

Videre er lovregulering av organets virksomhet en indikasjon på at virksomheten tjener allmennhetens behov.¹⁰ Pensjonskasser og pensjonskassers virksomhet er underlagt et omfattende lov- og forskriftsverk, og er underlagt myndighetstilsyn gjennom Finanstilsynet. Selv om tilsvarende regler gjelder for private pensjonskasser og livsforsikringsforetak, tilsier den omfattende lov- og forskriftsreguleringen at det offentlige på generelt grunnlag har ansett det nødvendig med særlig kontroll på pensjonsområdet. Også dette kan tale for at en pensjonskasse tjener «allmennhetens behov».

2.5 Ikke av industriell eller forretningsmessig karakter (bokstav a)

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at et organ er opprettet for å tjene allmennhetens behov for at organet skal falle inn under anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) bokstav a. Det kreves også at organet «ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter». Et organ som opptrer som en alminnelig, kommersiell aktør vil vanligvis ikke være omfattet av anskaffelsesregelverket. For å ta stilling til om en

⁸ EU-domstolen saker C-390/96 *Arnhem*, avsnitt 53 og sak C-44/96 *Mannesmann*.

⁹ OTP-loven kommer etter § 1 (3) ikke til anvendelse på foretak som har pensjonsordning i henhold til lov eller tariffavtale for statlig eller kommunalt ansatte. Bestemmelsen fastsetter imidlertid at kommunen enten plikter å ha en pensjonsordning i henhold til lov eller tariffavtale, eller plikter å ha tjenstepensjonsordning etter OTP-loven. OTP-loven gir dermed uttrykk for en generell tjenstepensjonsforpliktelse.

¹⁰ EU-domstolen sak C-373/00 *Adolf Truley*, avsnitt 57 og KOFA sak 2017/131, avsnitt 25.

pensjonskasse er av industriell eller forretningsmessig karakter, må det foretas en helhetsvurdering av organets virksomhet, hvor flere momenter er relevante.

For det første, er omstendigheter rundt opprettelsen av organet relevant, herunder bakgrunnen for opprettelsen, graden av involvering fra det offentlige og eierstrukturen til organet.

Bakgrunnen for opprettelsen av en kommunal pensjonskasse er at kommunen selv ikke har rettslig adgang til å tilby de ansatte en slik pensjonsordning som de ansatte har krav på. Kommunen er dermed forpliktet til å etablere pensjonsordningen enten i en pensjonskasse eller i et livsforsikringsforetak. Innledningsvis har vi fremhevet at et viktig hensyn bak vilkårene for å anses som et "offentligrettslig organ" er å forhindre offentlige myndigheter fra å uthule anskaffelsesregelverkets effektivitet ved å overlate offentlige oppgaver til private rettssubjekter. Når en kommune etablerer en pensjonsordning i en pensjonskasse gjøres dette derfor aldri for å uthule det offentliges oppgaver, men for å oppfylle kommunens rettslige forpliktelser etter tariffavtale og lov om obligatorisk tjenestepensjon.

En pensjonskasse er en selveiende institusjon, og virksomheten til pensjonskassen skal holdes adskilt fra virksomheten til kommunen og øvrige deltakere i pensjonskassen og disse har ingen eierposisjoner som gir styringsrett over stiftelsen. Disse forholdene trekker etter vår vurdering i retning av at en pensjonskasse ikke oppfyller vilkåret.

For det andre, er det av betydning om organet opptrer i et konkurranseutsatt marked. At et organ opptrer i et konkurranseutsatt marked kan tale for at virksomheten er av industriell eller forretningsmessig karakter, ettersom slike virksomheter i stor grad må basere avgjørelsene sine på kommersielle vurderinger. Det er den faktiske konkurransesituasjonen som er av betydning.¹¹

En kommune kan velge å etablere/videreføre en pensjonskasse eller kjøpe tjenestene fra et livsforsikringsforetak etter en anbudskonkurranse. Private livsforsikringsforetak som tilbyr å forvalte pensjonsforpliktelsene til kommunen, tilbyr gjerne samme tjeneste for andre offentlige og private aktører. Samtidig kan kommunen eller et foretak som deltar i pensjonskassen flytte pensjonsordning fra pensjonskassen og til en annen pensjonsinnretning, og også kommunen selv kan flytte pensjonsordningen fra pensjonskassen, se forsikringsvirksomhetsloven § 4-17 med henvisning til lovens kapittel 6 som har nærmere regler om flytting av pensjonsordninger. Kommunen kan også beslutte å avvikle en etablert pensjonskasse til fordel for en annen pensjonsinnretning, se forsikringsvirksomhetsloven § 4-18. Hvorvidt en kommune eller tilknyttet enhet beslutter å flytte pensjonsordningen, eller kommunen beslutter å avvikle pensjonskassen, vil blant annet være avhengig av hvilken avkastning pensjonskassen oppnår på forvaltningskapitalen. For å utgjøre et reelt alternativ til andre pensjonsinnretninger (livsforsikringsforetak) om forvaltning av kommunens pensjonsforpliktelser, må derfor pensjonskassen levere konkurransedyktige resultater. Dette tilsier etter vår vurdering at pensjonskasser opptrer i et konkurranseutsatt marked, og at en pensjonskasse er av industriell og forretningsmessig karakter.

For det tredje, er det et sentralt hensyn i vurderingen av om organet er av industriell eller forretningsmessig karakter om det pensjonskassen har som formål å gå med overskudd. Et organ

¹¹ Eksempelvis EU-domstolen saker C-17/01 *Korhonen*, premiss 49 og C-44/96 *Mannesmann*, premiss 23 og C-283/00 *SIEPSA*, premiss 90.

uten formål om fortjeneste mangler et sentralt motiv til å foreta anskaffelser ut fra rent økonomiske hensyn.¹²

For at en pensjonskasse skal tilby medlemmene og andre pensjonsberettigede pensjonsytelsene som de har krav på, må pensjonskassens avkastningsresultat være positivt. Dersom pensjonskassen ikke oppnår en avkastning som tilsvarende beregningsrente som ligger til grunn for pensjonsforpliktelsene, må underskuddet dekkes av pensjonskassens egenkapital. I tillegg kommer at pensjonskassens overskudd skal godskrives forsikringstakerne og overføres til pensjonsordningens premiefond, se forsikringsvirksomhetsloven § 4-14. Pensjonskontrakten er av svært langvarig karakter. I hvilken grad en pensjonskasse over tid klarer å levere bedre avkastningsresultater enn livsforsikringsforetakene som tilbyr tilsvarende pensjonsordninger, vil være avgjørende for om kommunen vil opprettholde pensjonsordningen i pensjonskassen. Det er derfor helt essensielt for en pensjonskasse å gå med overskudd og vise avkastningsresultater som minst er på høyde med livsforsikringsforetakene. En pensjonskasse må derfor søke å minimere egne utgifter og drive forretningsmessig rasjonelt. Pensjonskassen har derfor betydelige insentiver til å foreta anskaffelser ut fra rent økonomiske hensyn. Dette tilsier at en pensjonskasse er av industriell og forretningsmessig karakter.

*For det fjerde, er det sentralt i vurderingen om organet bærer sin egen virksomhets økonomiske risiko, herunder om det er holdepunkter for at det offentlige vil gripe inn ved konkursrisiko. Mange foretaksmodeller innenfor kommunal sektor medfører et direkte ansvar for kommunen. Det vises i den forbindelse til interkommunale selskaper (IKSer), interkommunalt samarbeid (kommuneloven kapittel 17), interkommunalt politisk råd (kommuneloven kapittel 18), kommunalt oppgavefelleskap (kommuneloven kapittel 19) og vertskommunesamarbeid (kommuneloven kapittel 20). En pensjonskasse som er en selveiende institusjon er derimot et organ som reelt bærer egen risiko, og som ved soliditetssvikt vil bli satt under offentlig administrasjon (finansforetaksloven kapittel 21), og har derfor sterke insentiver til å foreta anskaffelser ut fra rent økonomiske hensyn. I sak C-18/01 *Korhonen* uttalte EU-domstolen i denne sammenheng at «et organ, som har til formål at skabe indtjening, og som selv bærer de risici, som er forbundet med udøvelsen af dets virksomhed, normalt ikke vil iværksætte et udbud på betingelser, som ikke er begrundet i økonomiske overvejelser»¹³.*

En pensjonskasse som går med underskudd, kan få tilført kapital fra kommunen. På tilsvarende måte som aksjonærer i alminnelige, private foretak, er det imidlertid ingen alminnelig plikt for kommunen til å gripe inn for å dekke underskudd eller avverge konkursrisiko. Dermed er det på generelt grunnlag ingen konkrete holdepunkter for at kommunen vil gripe inn. Dette reflekteres også ved at forsikringsvirksomhetsloven § 4-18 krever avvikling av pensjonskassen dersom pensjonskassen slutter å betale premie til pensjonsordningen og premien ikke kan dekkes av midler i premiefondet. Dette tilsier dermed at pensjonskasser er av industriell eller forretningsmessig karakter.

Vi understreker imidlertid at dette kan variere fra pensjonskasse til pensjonskasse, og at det er relevant å se hen til hvorvidt kommunen tidligere eventuelt har dekket pensjonskassens underskudd.

¹² Eksempelvis EU-domstolen sak C-17/01 *Korhonen*, premiss 51.

¹³ Avsnitt 51.

Avslutningsvis, bemerker vi at også pensjonskassenes anskaffelser er delvis lovregulert gjennom forskrift om pensjonsforetak. Forskriftens § 29 regulerer utkontraktering av virksomhet, eksempelvis kapitalforvaltning, og angir at «[u]tkontraktering må ikke føre til at kvaliteten på pensjonsforetakets styringssystem reduseres, at den operasjonelle risikoen øker eller til dårligere oppfølging av medlemmer». Det angis i tillegg at «Pensjonsforetaket skal påse at virksomhet som er utkontraktert er forsvarlig både ved valg av tjenesteyter og gjennom løpende overvåkning av den utkontrakterte virksomheten». Dette tilsier at pensjonskassen i begrenset grad har regulatorisk adgang til å ta andre hensyn enn rent økonomiske ved sine anskaffelser, og supplerer dermed vår vurdering om at pensjonskasser heller ikke har insentiver til å ta ikke-økonomiske hensyn ved sine anskaffelser.

Vår konklusjon, er dermed at pensjonskassers virksomhet er av industriell eller forretningsmessig karakter, og at vilkåret i anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) bokstav a) dermed ikke er oppfylt.

2.6 Konklusjon

Vilkårene for å anses som et «offentligrettslig organ» etter anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) er kumulative, med den følge at en pensjonskasse ikke er omfattet av regelverket med mindre samtlige vilkår er oppfylt. Etter vår vurdering taler de beste grunner for at en pensjonskasse ikke er omfattet av regelverket for anskaffelser, fordi pensjonskassen er av industriell og kommersiell karakter. Dermed er pensjonskassen ikke anse som et offentligrettslig organ.