

Sak

E-14/15

Holship Norge AS

≡ mot ≡

Norsk Transportarbeiderforbund

*(EØS-avtalen artiklene 31, 53 og 54 – konkurranserett – tariffavtaler –
kollektive tiltak – etableringsrett)*

— *Innholdsfortegnelse* —

242

EFTA-domstolens dom, 19. april 2016

283

Rettsmøterapport

Sammendrag av dommen

- 1 En tariffavtale faller utenfor konkurransereglenes virkeområde hvis den oppfyller to vilkår. For det første må den være inngått etter kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, og for det andre må den må forfølge målet om å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår.
- 2 Når det gjelder det andre vilkår, må det tas hensyn til avtalen og dens ulike bestemmelsers form og innhold, samt under hvilke omstendigheter de ble forhandlet. Avtalen må ikke gå utover forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår.
- 3 Ved vurderingen av tariffavtalens bestemmelser må det tas hensyn til deres samlede virkning. Selv om bestemmelsene hver for seg ikke ville føre til noen sikker konklusjon om tariffavtalens forhold til EØS-avtalen artiklene 53 og 54, kan deres samlede virkning bli at avtalen omfattes av disse artikler.
- 4 For at en enhet skal kunne anses som et foretak etter EØS-avtalen artiklene 53 og 54, må den drive økonomisk virksomhet. Tilbydelsen av losse- og lastetjenester utgjør en økonomisk virksomhet, siden dette innebærer å tilby en tjeneste på et marked hvor tilbydereren faktisk eller potensielt konkurrerer med andre tilbydere. Den nasjonale domstol må vurdere hvem tilbydelsen av losse- og lastetjenester skal tilordnes.
- 5 EØS-avtalen artiklene 53 og 54 kommer til anvendelse på atferd som kan ha en merkbar påvirkning på samhandelen mellom EØS-stater, det være seg direkte eller indirekte, faktisk eller potensielt. EØS-avtalen artiklene 53 og 54 kan få anvendelse hver for seg eller sammen.

- 6 Etter EØS-avtalen artikkel 54 må den nasjonale domstol definere det relevante geografiske marked. Hvis domstolen kommer til det aktuelle foretak har en dominerende stilling, må den vurdere om denne stilling omfatter en vesentlig del av EØS. Én enkelt havn kan anses som en vesentlig del av EØS.
- 7 Dersom den nasjonale domstol finner at den aktuelle havn ikke kan betraktes som en vesentlig del av EØS, vil den måtte vurdere i hvilken utstrekning tilsvarende systemer finnes i andre havner.
- 8 Når det gjelder spørsmålet om utilbørlig utnyttelse, må den nasjonale domstol vurdere om foretaket pålegger sine kunder å dekke alle eller de fleste av sine behov for losse- og lastetjenester hos dette foretak, om foretaket krever uforholdsmessige priser eller unnlate å ta i bruk moderne teknologi.
- 9 Unntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler som gjelder for tariffavtaler omfatter ikke en bestemmelse som innebærer at en havnebruker fortrinnsvis må benytte ansatte i et annet foretak fremfor sine egne, eller en boikott som tar sikte på å oppnå tilslutning til en tariffavtale med en slik bestemmelse.
- 10 En boikott som tar sikte på å oppnå tilslutning til en tariffavtale som inneholder en fortrinnsrettsbestemmelse som den saken gjelder, utgjør en restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31.
- 11 Restriksjoner på etableringsfriheten kan rettferdiggjøres etter EØS-avtalen artikkel 33 og i tvingende allmenne hensyn, slik som beskyttelse av arbeidstakere. Denne rettferdiggjøring må tolkes i lys av grunnleggende rettigheter, som utgjør en del av de uskrivne prinsipper i EØS-retten.

Domstolens Dom

19. april 2016¹

(EØS-avtalen artiklene 31, 53 og 54 – konkurranserett – tariffavtaler – kollektive tiltak – etableringsrett)

I sak E-14/15

ANMODNING til Domstolen i henhold til artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Norges Høyesterett i en sak for denne domstol mellom

Holship Norge AS

≡ og ≡

Norsk Transportarbeiderforbund,

om tolkningen av EØS-avtalen, særlig artiklene 31, 53 og 54, avsier

Domstolen,

sammensatt av: Carl Baudenbacher, president og saksforberedende dommer, Per Christiansen og Páll Hreinsson, dommere,

justissekretær: Gunnar Selvik,

1 Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk. Engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle og er basert på oversettelsene i sakens dokumenter.

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

- Holship Norge AS (“Holship”), representert ved advokat Nicolay Skarning,
- Norsk Transportarbeiderforbund (“NTF”), representert ved advokatene Håkon Angell og Lornts Nagelhus,
- Norges regjering, representert ved advokat Pål Wennerås, Regjeringsadvokaten, og seniorrådgiver Janne Tysnes Kaasin, Utenriksdepartementet, som partsrepresentanter,
- EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Carsten Zatschler, Director, Maria Moustakali, Officer, Øyvind Bø, Officer, og Marlene Lie Hakkebo, Temporary Officer, Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter,
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Luigi Malferrari og Manuel Kellerbauer, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra Holship, representert ved advokatene Nicolay Skarning og Kristin Valla; NTF, representert ved Håkon Angell og Lornts Nagelhus; Norges regjering, representert ved Pål Wennerås; ESA, representert ved Carsten Zatschler; og Kommisjonen, representert ved Luigi Malferrari og Manuel Kellerbauer, i rettsmøte 11. november 2015,

slik

Dom

I RETTSLIG BAKGRUNN

EØS-RETT

- 1 EØS-avtalen artikkel 31 nr. 1 lyder:

I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.

Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, særlig selskaper som definert i artikkel 34 annet ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere, med forbehold for bestemmelsene i kapittel 4.

- 2 EØS-avtalen artikkel 34 lyder:

Når det gjelder anvendelsen av bestemmelsene i dette kapittel, skal selskaper som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat, og som har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innen avtalepartenes territorium, likestilles med fysiske personer som er statsborgere i EFs medlemsstater eller EFTA-statene.

Ved selskaper skal forstås selskaper i sivil- eller handelsrettslig forstand, herunder også kooperative selskaper, samt andre juridiske personer i

offentlig- eller privatrettslig forstand, unntatt dem som ikke driver ervervsmessig virksomhet.

3 EØS-avtalen artikkel 53 lyder:

1. *Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt, særlig slike som består i*
 - a) *å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,*
 - b) *å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,*
 - c) *å dele opp markeder eller forsyningskilder,*
 - d) *å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
 - e) *å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.*
2. *Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne artikkel, skal ikke ha noen rettsvirkning.*
3. *Det kan imidlertid erklæres at bestemmelsene i nr. 1 ikke skal anvendes på*
 - *avtaler eller grupper av avtaler mellom foretak,*

- *beslutninger eller grupper av beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak, og*
- *samordnet opptreden eller grupper av slik opptreden,*
som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten
 - a) *å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller*
 - b) *å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.*

4 EØS-avtalen artikkel 54 lyder:

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

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) *å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,*
- b) *å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,*
- c) *å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*

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

5 EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2 lyder:

Foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning, eller som har karakter av et fiskalt monopol, skal være undergitt reglene i denne avtale, fremfor alt konkurransereglene, i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem. Utviklingen av samhandelen må ikke påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser.

NASJONAL RETT

6 Lov 5. desember 1947 nr. 1 om boikott (“boikottloven”) § 2 oppstiller flere vilkår for at en boikott skal være lovlig. Vilkåret som er aktuelt for den foreliggende sak, er § 2 bokstav a, som fastsetter at en boikott er rettsstridig når den har et rettsstridig formål eller ikke kan nå sitt mål uten å føre til et rettsbrudd. Etter § 3 kan det reises søksmål for å få avgjort om en varslet boikott er lovlig.

RAMMEAVTALEN

7 Den aktuelle tariffavtale er Rammeavtale om fastlønnssystem for losse- og lastearbeidere (“Rammeavtalen”). Denne ble opprinnelig inngått i 1976 og har deretter blitt fornyet annethvert år. Den ble inngått for å avhjelpe at losse- og lastearbeidere opprinnelig var løsarbeidere uten noen garanti for arbeid eller sikker lønn. Rammeavtalen etablerte et fastlønnssystem for visse losse- og

lastearbeidere ved de 13 største havnene i Norge, blant annet Drammen.

- 8 Partene i Rammeavtalen er på arbeidstakersiden Landsorganisasjonen i Norge (“LO”), som er Norges største arbeidstakerorganisasjon, og NTF, som er et medlemsforbund i LO, og som representerer havnearbeiderne, blant annet i Drammen. På arbeidsgiversiden er Næringslivets Hovedorganisasjon (“NHO”), som er Norges største arbeidsgiverorganisasjon, og dens medlemsforening NHO Logistikk og Transport parter i avtalen.
- 9 Rammeavtalen § 2 nr. 1, den såkalte fortrinnsrettsbestemmelse, lyder slik:

For fartøyer på 50 tonn dw. og derover som går fra norsk havn – utenlandsk havn eller omvendt, skal losse- og lastearbeidet utføres av losse- og lastearbeidere. Unntatt er all lossing og lasting ved bedriftens egne anlegg hvor bedriftens egne folk anvendes til lossing eller lasting.
- 10 Losse- og lasteoperasjoner som faller inn under fortrinnsrettsbestemmelsen, er begrenset til å omfatte godshåndteringen fra skipet og ned på kaien, og omvendt. For godshåndteringen til og fra kaien kan havnebrukerne velge om de vil engasjere losse- og lastearbeiderne eller andre arbeidstakere.
- 11 I medhold av Rammeavtalen § 3 ble det ved Drammen havn opprettet et losse- og lastekontor – Administrasjonskontoret for havnearbeid i Drammen (“Administrasjonskontoret”).

ILO-KONVENSJON NR. 137

- 12 Norge er tilsluttet ILO-konvensjon nr. 137 om havnearbeid (1973) (“ILOkonvensjonen”), som trådte i kraft 24. juli 1975. Fortrinnsrettsbestemmelsen har vært ansett som ledd i oppfyllelsen av Norges forpliktelser etter ILO-konvensjonen.
- 13 ILO-konvensjonen artikkel 2 lyder:
1. *Det skal være vedkommende lands politikk å oppmuntre alle dem som berøres av dette til å skaffe havnearbeiderne fast eller regelmessig sysselsetting så langt det er mulig.*
 2. *I hvert fall skal havnearbeiderne sikres minimumsperioder med sysselsetting eller en minimumsinntekt, på en måte og i en utstrekning som avhenger av den økonomiske og sosiale tilstand i vedkommende land eller havn.*
- 14 ILO-konvensjonen artikkel 3 lyder:
1. *Det skal opprettes og ajourføres registre over alle yrkeskategorier av havnearbeidere på en måte som fastsettes ved nasjonal lovgivning eller praksis.*
 2. *Registrerte havnearbeidere skal ha fortrinnsrett ved tildeling av havnearbeid.*
 3. *Registrerte havnearbeidere plikter å være disponible for arbeid på den måte som nasjonal lovgivning eller praksis bestemmer.*
- 15 ILO-konvensjonen artikkel 7 lyder:
- Reglene i denne konvensjon skal gjøres gjeldende gjennom nasjonale lover eller forskrifter, i den utstrekning de ikke er gjort gjeldende gjennom tariffavtaler, voldgiftskjennelser eller på annen måte som er i samsvar med nasjonal praksis.*

II FAKTUM OG SAKSGANG

- 16 Ved brev 5. juni 2015, registrert ved EFTA-domstolen 11. juni 2015, fremsatte Norges Høyesterett en anmodning etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTAstatene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol ("ODA") i en sak som verserer mellom Holship og NTF.
- 17 Saken for Høyesterett gjelder en forhåndsavgjørelse etter boikottloven § 3 om lovligheten av en varslet boikott. NTF varslet boikott overfor Holship for å oppnå tilslutning til Rammeavtalen som gir fortrinnsrett til å utføre losse- og lastearbeid for losse- og lastearbeidere registrert ved Administrasjonskontoret i Drammen.
- 18 Holship er et norsk speditørfirma som er heleid av et dansk selskap. Hovedvirksomheten i Norge er rengjøring av fruktkasser, men firmaet er ikke involvert i transport av kassene. I tillegg håndterer Holship noe gods befordret med skip. Holship er ikke part i Rammeavtalen og er heller ikke medlem av NHO eller NHO Logistikk og Transport. Holship er i stedet medlem av arbeidsgiverorganisasjonen Bedriftsforbundet.
- 19 Holship har inngått en overenskomst med Norsk Arbeidsmandsforbund, en fagforening som i likhet med NTF er tilsluttet LO. Overenskomstens virkeområde omfatter renholdsarbeid (omtalt som renhold på land), som samsvarer med hovedvirksomheten til selskapet. Derfor er det ingen konflikt mellom tariffområdene for denne overenskomst og Rammeavtalen. Holship har imidlertid valgt å anvende overenskomsten også på losse- og lastearbeid.
- 20 Registrerte havnearbeiderne i 14 andre havner er sikret fortrinnsrett til losse- og lastearbeid på samme vilkår som etter Rammeavtalen,

men de har ikke noe fastlønnssystem. Dette følger av Losse- og lasteoverenskomsten for Sør- og Nord-Norge, inngått mellom de samme parter som Rammeavtalen.

- 21 Fortrinnsretten utøves av Administrasjonskontoret, som ble opprettet i medhold av Rammeavtalen § 3. Alle faste losse- og lastearbeidere ved Drammen havn er ansatt i Administrasjonskontoret, som i dag har åtte losse- og lastearbeidere. De mottar alle fast lønn og kan få tilleggsbetaling avhengig av skipsanløp. Losse- og lastearbeiderne arbeider etter en turnus som blir satt opp ved Administrasjonskontoret. I tillegg benyttes tilkallingshjelp ved behov.
- 22 Administrasjonskontoret driver ikke ervervsmessig virksomhet og er en juridisk person *sui generis*. Det har eget styre med tre representanter for arbeidsgiverne og to representanter for arbeiderne. En av styrets oppgaver er å sysselsette Administrasjonskontorets losse- og lastearbeidere. Skipsanløp foregår hele døgnet, og de fleste havnebrukere benytter Administrasjonskontorets losse- og lastearbeidere til å utføre losse- og lasteoppgavene.
- 23 Dersom Holship skulle slutte seg til Rammeavtalen, ville selskapet bli forpliktet til å gi havnearbeidere ansatt ved Administrasjonskontoret fortrinnsrett til losse- og lastearbeid ved skipsanløp. Det ville da være Administrasjonskontoret som måtte avgjøre om det har kapasitet til å utføre oppdraget, eller om Holship ville kunne benytte egne ansatte. Holship ville ikke bli forpliktet til å delta i ledelsen av Administrasjonskontoret eller å tilføre Administrasjonskontoret kapital. Holship ville være forpliktet til å betale for losse- og lasteoppdragene etter gjeldende satser fastsatt av Administrasjonskontoret.

- 24 Holship har tidligere brukt Administrasjonskontorets tjenester. Ved årsskiftet 2012/2013 fikk Holship en ny kunde, noe som medførte økt aktivitet for bedriften i Drammen havn. Holship hadde før dette én terminalarbeider, men har nå fem ansatte som tar hånd om losse- og lastearbeidet. Partene har ulikt syn på omfanget av Holships losse- og lasteaktiviteter ved Drammen havn, og på om dette har betydning for om det foreligger en restriksjon på etableringsretten.
- 25 På bakgrunn av Holships økte aktivitet i Drammen havn og bruk av egne terminalarbeidere til losse- og lastearbeidet, fremmet NTF i brev til Holship 10. april 2013 krav om at Holship skulle respektere Rammeavtalen. Holship besvarte ikke brevet. NTF purret gjentatte ganger på svar og varslet til sist boikott i brev 26. april og 11. juni 2013. I sistnevnte brev varslet NTF også søksmål om lovligheten av den varslede boikott. NTF tok ut stevning for Drammen tingrett 12. juni 2013, med påstand om at boikotten varslet i brev 11. juni 2013 var lovlig.
- 26 Drammen tingrett avsa 19. mars 2014 dom for at den varslede boikott var lovlig. Borgarting lagmannsrett kom i dom 8. september 2014 til samme resultat.
- 27 Både tingretten og lagmannsretten la til grunn at fortrinnsretten etter Rammeavtalen var unntatt fra EØS-avtalens konkurranseregler og norsk konkurranselovgivning siden den gjaldt arbeids- og ansettelsesvilkår. Lagmannsretten kunne videre ikke se at tariffkravet kom i konflikt med EØS-avtalen artikkel 31. EØS-avtalen artikkel 31 var ikke anført for tingretten.

- 28 Holship anket lagmannsrettens dom inn for Norges Høyesterett. Anken ble tillatt fremmet ved beslutning 14. januar 2015.
- 29 Den 5. juni 2015 fremsatte Norges Høyesterett en anmodning etter ODA artikkel 34 med følgende spørsmål:

Om konkurranseretten:

A.1 Faller det innenfor unntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler som gjelder for tariffavtaler, slik dette unntaket fremgår blant annet av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-8/00 [Landsorganisasjonen i Norge og NKF, Sml. 2002 s. 114], å benytte boikott overfor en havnebruker for å oppnå tilslutning til en tariffavtale, når en slik tilslutning innebærer at havnebrukeren fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et eget administrasjonskontor slik som beskrevet i avsnitt 7 og 10 til 14 [i anmodningen], fremfor å benytte egne ansatte til det samme arbeidet?

A.2 Hvis ikke, skal et slikt system bedømmes etter artikkel 53 eller artikkel 54 i EØS-avtalen?

A.3 Må man i så fall ved vurderingen av om det foreligger en merkbar påvirkning på samhandelen innen EØS ta hensyn til at samme eller tilsvarende system finnes i andre havner?

Om etableringsretten:

B.1 Utgjør det en restriksjon på etableringsretten i henhold til EØS-avtalen artikkel 31 å benytte boikott fra en fagforenings side for å oppnå tilslutning til en tariffavtale fra en bedrift hvis morselskap er hjemmehørende i en annen EØS-stat, når tariffavtalen innebærer at bedriften fortrinnsvis må kjøpe

losse- og lastetjenester fra et eget administrasjonskontor med de kjennetegn som fremgår av avsnittene 10 til 14 [i anmodningen], fremfor å benytte sine egne ansatte til dette arbeidet?

B.2 Er det av betydning for om det foreligger en restriksjon at bedriftens behov for losse- og lastetjenester eventuelt skulle vise seg å være svært begrenset og/eller sporadisk?

B.3 Dersom det foreligger en restriksjon: Er det av betydning for vurderingen av om restriksjonen er lovlig eller ikke, at bedriften for sine egne losse- og lastearbeidere anvender en annen tariffavtale fremforhandlet mellom arbeidslivets parter i den stat havnen ligger, når denne tariffavtalen gjelder et annet tariffområde enn losse- og lastearbeid?

- 30 Det henvises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innlegg inngitt til EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III EFTA-DOMSTOLENS SVAR

SPØRSMÅL A.1

- 31 Ved sitt første spørsmål om konkurranseretten søker Høyesterett å bringe på det rene om unntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler som gjelder for tariffavtaler, omfatter bruk av boikott mot en havnebruker for å oppnå tilslutning til en tariffavtale, når en slik tilslutning innebærer at havnebrukeren fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et administrasjonskontor fremfor å benytte egne ansatte til det samme arbeid.

INNLEGG INNGITT TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 32 Ifølge Holship, ESA og Kommisjonen, som i det vesentligste støtter seg på vilkårene fastsatt av Den europeiske unions domstol (“EU-domstolen”) i *Albany* (C-67/96, EU:C:1999:430) og EFTA-domstolens dom i *LO* (sak E-8/00 *Landsorganisasjonen i Norge*, Sml. 2002 s. 114) (“*LO*”), går fortrinnsrettsbestemmelsen lengre enn målet om å bedre arbeids- og ansettelsesvilkårene og er følgelig ikke unntatt fra anvendelsen av EØS-avtalens konkurranseregler. ESA og Kommisjonen anfører at begrepet forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår er vagt, og at det spesielt i lys av *LO*-dommen er grenser for hvor bredt det kan forstås. Dessuten er det ifølge ESA ikke nok bare å vurdere om en tariffavtales generelle mål er å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår; hver bestemmelse må vurderes enkeltvis.
- 33 I den foreliggende sak anfører ESA og Kommisjonen at Rammeavtalen pålegger tredjemann forpliktelser og er til ulempe for andre arbeidstakere, for eksempel de som er ansatt hos Holship. Å utelukke tariffavtaler generelt fra konkurransereglene innebærer risiko for at bransjeorganisasjonene vil kunne omgå reglene ved å avtale bestemmelser som begrenser konkurransen, uten at de trenger å begrunne begrensningen i sosialpolitiske hensyn.
- 34 NTF og Norges regjering aksepterer at bestemmelser i en tariffavtale som ikke forbedrer arbeids- og ansettelsesvilkår, kan komme inn under virkeområdet for EØS-avtalens konkurranseregler. De gjør imidlertid gjeldende at etter EFTA-domstolens rettspraksis må begrepet arbeids- og ansettelsesvilkår fortolkes vidt og omfatte ulike forhold som bedrer situasjonen for arbeidstakerne (det vises til *LO*, som omtalt over (avsnitt 53)).

- 35 NTF konkluderer med at fortrinnsrettsbestemmelsen fremmer sosialpolitiske mål og bidrar til å sikre og forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår for havnearbeidere. Følgelig er denne bestemmelse ikke omfattet av EØS-avtalens konkurranseregler.
- 36 Når det gjelder spørsmålet om bestemmelsene i Rammeavtalen faller utenfor EØSavtalens konkurranseregler, anfører Norges regjering at det er Høyesterett som må vurdere formålet for fortrinnsrettsbestemmelsen og om den fremmer sosiale mål ved å bedre arbeids- og ansettelsesvilkårene for havnearbeidere. Her viser Norges regjering til Høyesteretts dom 5. mars 1997 i *Sola Havn*. Det anføres at Rammeavtalen anses som ledd i oppfyllelsen av Norges forpliktelser etter ILOkonvensjonen, og at dens formål er å gi havnearbeidere sikker sysselsetting og lønn ved å etablere losse- og lastekontorer som gir havnearbeiderne fast ansettelse og minstelønn. Begge disse formål vil fremmes ved å gi havnearbeidere fortrinnsrett ved tildeling.

RETTENS BEMERKNINGER

- 37 EFTA-domstolen minner om at fremgangsmåten fastsatt i ODA artikkel 34 skal være et middel for samarbeid mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler. Det er EFTA-domstolens oppgave å gi den nasjonale domstol veiledning om tolkningen av de EØS-bestemmelser som er relevante for dens avgjørelse av den verserende sak. Det er den nasjonale domstols oppgave å bedømme bevisene i saken og avgjøre de faktiske omstendigheter som skal legges til grunn, og så anvende EØS-retten på sakens faktum (se *LO*, som omtalt over (avsnitt 48)).
- 38 Lovgivningen om inngåelse, anvendelse og fortolkning av avtaler inngått innenfor rammen av kollektive forhandlinger mellom partene i arbeidslivet har ikke vært gjenstand for harmonisering i

EØS. Imidlertid må både nasjonal lovgivning og tariffavtaler være forenlige med EØS-retten.

- 39 Arbeidsmarkedet er fundamentalt forskjellig fra vare-, tjeneste- og kapitalmarkedet. Industrisamfunnene har erkjent at det er nødvendig å sikre balanse mellom arbeidsgiver og arbeidstakere og har derfor vedtatt arbeidsrettslig lovgivning som tillater sammenslutninger av arbeidere å inngå tariffavtaler med arbeidsgivere eller arbeidsgiverorganisasjoner.
- 40 Det er utvilsomt at tariffavtaler mellom arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner har visse innebygde konkurransebegrensende egenskaper. Imidlertid ville de sosialpolitiske mål slike avtaler fremmer, bli alvorlig undergravd dersom slike avtaler ble forbudt på grunn av deres innebygde virkning på konkurransen (se *LO*, som omtalt over (avsnitt 36 til 44), og den rettspraksis som det vises til der, samt for sammenligning EU-domstolen i *Albany*, som omtalt over (avsnitt 59) og uttalelsen fra generaladvokat Poiares Maduro i *International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti* ("Viking Line"), C438/05, EU:C:2007:292 (avsnitt 27)).
- 41 Det ville likevel gå for langt om alle tariffavtaler skulle skjermes fra konkurranselovgivningens virkeområde. Det ville skapt en rettstilstand der tariffavtaler med bestemmelser som begrenser konkurransen kunne inngås, uten at det finnes noen rettslig overprøving av slike begrensninger.
- 42 Etter fast rettspraksis må følgende vilkår være oppfylt for at en tariffavtale skal falle utenfor konkurransereglens virkeområde: Avtalen må være inngått etter kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, og den må forfølge målet om å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår (se *LO*, som omtalt over (avsnitt 49 og 50)).

- 43 Det første krav, at avtalen må være inngått etter kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, er oppfylt i den foreliggende sak.
- 44 Når det gjelder det andre vilkår, legger EFTA-domstolen til grunn at begrepet arbeids- og ansettelsesvilkår må fortolkes vidt (se *LO*, som omtalt over (avsnitt 53), og den rettspraksis som det vises til der). Dette vilkår er knyttet til sentrale elementer i tariffavtaler, så som lønn, arbeidstid og andre arbeidsvilkår. Ytterligere elementer kan blant annet gjelde sikkerhet, arbeidsmiljø, ferie, opplæring og etter- og videreutdanning samt medvirkning og medbestemmelse mellom partene i arbeidslivet.
- 45 Ved vurderingen av om det andre krav er oppfylt, må det tas hensyn til avtalen og dens ulike bestemmelsers form og innhold, samt under hvilke omstendigheter de ble forhandlet. Avtalepartenes etterfølgende atferd kan være av betydning. Det samme gjelder virkningen av avtalens bestemmelser i praksis. En erkjennelse av at en tariffavtale har som generelt mål å søke å forbedre arbeids- og ansettelsesforhold, er ikke tilstrekkelig, for enkelte bestemmelser kan ha andre formål (se *LO*, som omtalt over (avsnitt 51)).
- 46 Ved vurderingen av tariffavtalens bestemmelser må det tas hensyn til deres samlede virkning. Selv om bestemmelsene hver for seg ikke ville føre til noen sikker konklusjon om tariffavtalens forhold til EØS-avtalen artiklene 53 og 54, kan deres samlede virkning bli at avtalen omfattes av disse artikler (se *LO*, som omtalt over (avsnitt 57)).
- 47 Administrasjonskontoret i Drammen er opprettet ved Rammeavtalen § 3, og fortrinnsrett ved tildeling for havnearbeidere ansatt ved Administrasjonskontoret er fastsatt i § 2.1.
- 48 Det følger av anmodningen at den samlede virkning av disse to bestemmelser er at havnebrukere som er bundet av Rammeavtalen,

må benytte havnearbeidere ansatt ved Administrasjonskontoret til å losse eller laste gods fra eller til deres skip, med mindre Administrasjonskontoret finner ikke å ha kapasitet til å påta seg et oppdrag. Det ser da ut til at disse bestemmelser begünstiger arbeidere ansatt ved Administrasjonskontoret, ved at de sikrer de ansatte ved Administrasjonskontoret fast ansettelse og en viss lønn.

- 49 Det følger videre av anmodningen at boikotten søker å ivareta denne virkning av systemet ved å tvinge Holship til å overholde vilkårene i Rammeavtalen. Som regel benytter en fagforening arbeidskamp bare for å fremme sine medlemmers interesser. Ved Rammeavtalen ble Administrasjonskontoret opprettet ved Drammen havn. NTF er part i denne avtale. Det følger av anmodningen at NTF deltar i ledelsen av Administrasjonskontoret. Det er i NTFs og Administrasjonskontorets felles interesse å bevare Administrasjonskontorets markedsposisjon. Denne kombinasjon av forretningsmessig mål og NTFs kjerneoppgave som fagforening blir mulig når en fagforening deltar i ledelsen av et foretak, slik som det viser seg i dette tilfelle. I denne situasjon opptrer NTF som støtte for Administrasjonskontoret. Boikotten må derfor også tilordnes Administrasjonskontoret, selv om det var NTF som varslet boikotten.
- 50 Virkningen av bestemmelsene om fortrinnsrett og opprettelsen av Administrasjonskontoret synes derfor ikke begrenset til å fastsette eller å forbedre arbeidsvilkår for arbeidstakere ved Administrasjonskontoret, og går lenger enn kollektive forhandlingers hovedformål og kjerneelementer og deres innebygde virkning på konkurransen (se *LO*, som omtalt over (avsnitt 55)).
- 51 EFTA-domstolen legger videre til grunn at systemet med administrasjonskontorer i denne sak bare beskytter en begrenset gruppe arbeidstakere, på bekostning av andre arbeidstakere, uavhengig av de andre arbeidstakeres beskyttelsesnivå. Spesielt vil en boikott, som den saken gjelder, påvirke deres situasjon negativt.

De hindres i å utføre losse- og lastetjenester og kan til og med miste sitt arbeid dersom deres arbeidsgiver slutter seg til Rammeavtalen.

- 52 Følgelig synes tariffavtalen i den foreliggende sak å skille seg fra avtalene som rettspraksis etter *Albany* gjelder, og kan av grunnene som er omtalt foran, ikke unntas fra virkeområdet for EØS-avtalens konkurranseregler.
- 53 Derfor må svaret på det første spørsmål om konkurranseretten bli at unntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler som gjelder for tariffavtaler, ikke omfatter vurderingen av en regel om fortrinnsrett ved tildeling, som den denne sak gjelder, eller en boikott mot en havnebruker for å oppnå tilslutning til en tariffavtale, når tilslutningen innebærer at havnebrukeren fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et eget foretak, som Administrasjonskontoret, fremfor å benytte sine egne ansatte til det samme arbeid.

SPØRSMÅL A.2 OG A.3

- 54 Ved sitt andre spørsmål om konkurranseretten søker den anmodende domstol i hovedsak å avklare om systemet saken gjelder, skal bedømmes etter EØS-avtalen artikkel 53 eller artikkel 54. Det tredje spørsmål om konkurranseretten gjelder om det ved vurderingen av om det foreligger en merkbar påvirkning av samhandelen innen EØS, må tas hensyn til at et likt eller tilsvarende system finnes i andre havner. Disse spørsmål vil bli vurdert samlet.

INNLEGG INNGITT TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 55 Holship gjør gjeldende at eneretten til å drive økonomisk virksomhet gitt til Administrasjonskontoret og arbeidstakerne som er ansatt der,

er i strid med EØSavtalen artikkel 53, da dette går lenger enn målet om å bedre arbeids- og ansettelsesvilkår.

- 56 Holship hevder videre at pålegget om å leie inn personell uavhengig av faktisk behov utgjør utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i strid med EØS-avtalen artikkel 54, ved at det kreves betaling for tjenester som ikke er bestilt og som ikke trengs.
- 57 ESA anfører at etter EØS-avtalen artikkel 53 utgjør ikke NTF et foretak etter EØSavtalens konkurranseregler. Videre, selv om Administrasjonskontoret er et foretak, er det ikke part i Rammeavtalen og følgelig ikke en avtalepart etter EØS-avtalen artikkel 53. Følgelig måtte det, for at det skal foreligge brudd, være en annen part i Rammeavtalen som utgjorde et foretak etter denne bestemmelse. Alternativt foreslår ESA at den anmodende domstol kan undersøke om NHO og NHO Logistikk og Transports beslutning om å inngå Rammeavtalen faller inn under virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 53 som en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak. Dersom Rammeavtalen omfattes av EØS-avtalen artikkel 53, anfører ESA at det uansett er lite sannsynlig at det foreligger brudd på denne artikkel siden det ikke finnes noen uttrykkelig hjemmel i Rammeavtalen for å boikotte tredjemann, og at det var arbeidstakersiden alene som tok initiativ til boikotten.
- 58 Når det gjelder EØS-avtalen artikkel 54, anfører ESA at det tilkommer Høyesterett å vurdere om Administrasjonskontoret som foretak har en dominerende stilling på det relevante marked, som – slik ESA ser det – er markedet for losse- og lastetjenester i Drammen. I denne sammenheng viser ESA til EU-domstolens dom i *Merci* (C-179/90, EU:C:1991:464), der det ble lagt til grunn at selv et marked som er begrenset til en enkelt havn, kan utgjøre en vesentlig del av det indre marked. ESA siterer også fra EU-domstolens dom i *Crespelle* (C-323/93, EU:C:1994:368), som la til grunn at en situasjon

der et nettverk av foretak som dominerer markeder som samlet sett utgjør en vesentlig del av det territorium som utgjør det indre marked, kan være relevant etter EØS-avtalen. ESA anfører at det da også må være utilbørlig utnyttelse dersom et foretak som har en dominerende stilling, tar initiativ til eller benytter boikott mot en kjøper med sikte på å tvinge vedkommende til å akseptere en fortrinnsrettsbestemmelse. Det vises til EUDomstolens dom i *Hoffmann-La Roche* (102/77, EU:C:1978:108). Følgelig bør den anmodende domstol vurdere om Administrasjonskontoret tok initiativet til boikotten eller var involvert i forberedelsen av boikotten.

- 59 Endelig er ESA av den oppfatning at det er tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at fortrinnsrettsbestemmelsen kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, ikke minst fordi den omfatter de 13 største havnene i Norge og gjelder alle skip på 50 tonn dw. og mer som seiler mellom en av disse havner og en havn i en annen EØS-stat.
- 60 Kommisjonen anfører at EØS-avtalen artikkelene 53 og 54 bare får anvendelse på foretak. Verken havnearbeiderne eller NTF kvalifiserer som et foretak. Etter Kommisjonens oppfatning utgjør imidlertid Administrasjonskontoret et foretak.
- 61 Når det gjelder forbudet mot kartellvirksomhet fastsatt i EØS-avtalen artikkel 53, anfører Kommisjonen at det må vurderes om administrasjonskontorene i ulike norske havner faktisk eller potensielt er konkurrenter. Slik Kommisjonen ser det, kan dette ikke være tilfelle siden det ville medføre uforholdsmessig store kostnader for et administrasjonskontor etablert i én havn å besørge registrerte havnearbeidere til skipsanløp i en annen havn. For vurderingen av fortrinnsrettsbestemmelsen vil det relevante geografiske marked derfor være lokalt.

- 62 Når det gjelder EØS-avtalen artikkel 54, gjør Kommisjonen gjeldende at det ikke er nødvendig å vurdere om Drammen havn som sådan utgjør en vesentlig del av det territorium som er omfattet av EØS-avtalen. Dette er fordi fortrinnsrettsbestemmelsen, som gjelder i alle større havner i Norge, bør anses til sammen å dekke en vesentlig del av det indre marked. Kommisjonen mener at Administrasjonskontorets opptreden er utilbørlig utnyttelse ved at det søker å tvinge en kunde til å leie dets tjenester selv om kunden ikke ønsker det og ikke trenger disse tjenester. Dessuten er det ikke mulig å rettferdiggjøre Administrasjonskontorets atferd, som uansett går lenger enn det som er nødvendig for å beskytte arbeidstakernes rettigheter.
- 63 I likhet med ESA anfører Kommisjonen at selv om Drammen havn vurderes som for liten til å være av betydning for samhandelen mellom EØS-statene, fører den sammenlagte virkning av fortrinnsrettsreglene i alle større havner i Norge på grunn av Rammeavtalen fortsatt til den konklusjon at samhandelen mellom EØS-statene kan påvirkes.
- 64 NTF viser til dommene i *Albany* (som omtalt over) og *Becu m.fl.* (C-22/98, EU:C:1999:419) og gjør gjeldende at verken NTF eller arbeidsgiverne representert ved NHO kan betraktes som foretak. I den foreliggende sak er det dermed ikke inngått noen avtale mellom foretak etter EØS-avtalen artikkel 53. Videre gjør NTF gjeldende at uansett om Administrasjonskontoret kan betraktes som et foretak, kan det ikke hevdes at det foreligger noen form for samordnet opptreden.
- 65 Når det gjelder EØS-avtalen artikkel 54, gjør NTF gjeldende at Administrasjonskontoret ikke kan betraktes som et foretak. Slik NTF ser det, må Administrasjonskontoret snarere betraktes som et administrasjonsorgan for det som betegnes som en "pool-ordning". Fortrinnsretten er gitt den enkelte havnearbeider, ikke Administrasjonskontoret. NTF hevder at selv om havnearbeiderne

formelt er ansatt ved Administrasjonskontoret, er de underlagt havnebrukernes instruksjoner på samme måte som om de hadde vært ansatt hos brukeren. Endelig gjør NTF gjeldende at Administrasjonskontoret ikke kan anses å utnytte en dominerende stilling siden dets virksomhet er å leie ut havnearbeidere, ikke å yte losse- og lastetjenester. Derfor tilbyr ikke Administrasjonskontoret etter NTFs oppfatning losse- og lastetjenester i Drammen havn, og det opererer følgelig ikke på markedet for losse- og lastetjenester. Videre anfører NTF at tariffavtalesystemet i norske havner ikke etablerer noe monopol, bare en fortrinnsrett, som innebærer at det ikke er restriksjoner på arbeidskraften, siden havnebrukerne fritt kan benytte annen arbeidskraft dersom Administrasjonskontoret ikke kan dekke etterspørselen.

- 66 NTF legger til at det tredje spørsmål om konkurranseretten må besvares med et ja, forutsatt at de øvrige vilkår er oppfylt.

RETTENS BEMERKNINGER

Begrepet foretak

- 67 Anvendelsen av EØS-avtalens artiklene 53 og 54 forutsetter at de involverte aktører er foretak.
- 68 Etter EØS-avtalens konkurranseregler omfatter begrepet foretak enhver enhet som driver økonomisk virksomhet, uansett rettslig status og hvordan den finansieres (se artikkel 1 i protokoll 22 til EØS-avtalen og *LO*, som omtalt over (avsnitt 62)).
- 69 Enhver virksomhet som består i å tilby varer eller tjenester på et gitt marked, er en økonomisk virksomhet (se spesielt forente saker E-4/10, E-6/10 og E-7/10 *REASSUR og Swisscom mot ESA*, Sml. 2011 s. 16 (avsnitt 54)).

- 70 *I den foreliggende sak er den aktuelle virksomhet tilbud om og utførelse av losse- og lastearbeid ved Administrasjonskontoret, en juridisk person sui generis. Den anmodende domstol må vurdere, i lys av systemet som etableres ved Rammeavtalen, om denne virksomhet må tilordnes Administrasjonskontoret.*
- 71 *Losse- og lastetjenestene som Administrasjonskontoret tilbyr og yter, utgjør en økonomisk virksomhet, da dette innebærer å tilby en tjeneste på et marked. Kundene på dette marked er alle foretak som trenger losse- og lastetjenester i Drammen havn, enten de er bundet av Rammeavtalen eller ikke. Administrasjonskontoret konkurrerer med faktiske eller potensielle markedsaktører som tilbyr slike losse- og lastetjenester. Videre er det forhold at Administrasjonskontoret er organisert uten et økonomisk formål, ikke relevant for vurderingen av om det skal betraktes som et foretak (jf. EU-domstolen i *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, EU:C:2001:577 (avsnitt 19–22)).*
- 72 *Følgelig vil en enhet som Administrasjonskontoret utgjøre et foretak etter EØSavtalen artikkelene 53 og 54, forutsatt at vilkårene EFTA-domstolen har fastsatt over, er oppfylt. Det tilkommer den anmodende domstol å vurdere om dette er tilfelle i den foreliggende sak.*
- 73 *For ordens skyld minner EFTA-domstolen om at en fagforening vanligvis ikke betraktes som et foretak når den opptrer som representant for sine medlemmer og utelukkende er et utøvende organ for en avtale mellom dens medlemmer (jf. EU-domstolen i *Becu m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 28)). Imidlertid vil en fagforening betraktes som et foretak når det gjelder virksomhet der den opptrer på egne vegne, til en viss grad uavhengig av medlemmenes vilje, og ikke bare tjener som et utøvende organ for en avtale mellom medlemmene (jf. uttalelse fra generaladvokat Jacobs i *Albany*, C-67/96, EU:C:1999:28 (avsnitt 222 og 224)). Når det gjelder fagforeningsvirksomhet, må man derfor ha en tottrinnsstilnærming. Man må først spørre om en viss virksomhet må tilskrives*

fagforeningen som sådan, og hvis dette er tilfelle, dernest, om denne virksomhet er av økonomisk art.

Virkning på samhandelen mellom EØS-statene

- 74 EØS-avtalen artikkel 53 forbyr visse avtaler mellom foretak “som kan påvirke handelen mellom avtalepartene”. EØS-avtalen artikkel 54 setter også forbud mot at et foretak kan utnytte en dominerende stilling “dersom denne utilbørlige utnyttelse kan påvirke handelen mellom avtalepartene”. Hensikten med begrepet avtale eller utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling som “kan påvirke handelen mellom avtalepartene” er å trekke grensen mellom de områder som omfattes av EØS-retten, og de områder som omfattes av nasjonal rett. Det er bare i den utstrekning avtalen eller den utilbørlige utnyttelse kan påvirke handelen mellom EØS-statene at den svekkede konkurranse dette fører til, faller inn under forbudet fastsatt i EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 (jf. EU-domstolen i *Consten og Grundig mot Kommisjonen*, forente saker 56/64 og 58/64, EU:C:1966:41).
- 75 Etter EØS-avtalen artiklene 53 og 54 er det tilstrekkelig at handelen mellom EØSstatene “kan” bli påvirket. For at dette vilkår skal være oppfylt, må det være mulig å forutse med en tilstrekkelig høy grad av sannsynlighet, på grunnlag av et sett objektive faktorer av rettslig eller faktisk art, at praksisen saken gjelder, kan ha en direkte eller indirekte, faktisk eller potensiell virkning på mønsteret for samhandelen mellom EØS-statene (jf. EU-domstolen i *Ambulanz Glöckner*, som omtalt over (avsnitt 48 og 49)).
- 76 Videre kommer EØS-avtalen artiklene 53 og 54 bare til anvendelse på avtaler og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling hvis virkning på samhandelen mellom EØS-statene kan bli merkbar. I denne vurdering må det tas hensyn til partenes stilling og betydning på markedet for de berørte varer eller tjenester. Imidlertid kan en

avtale eller utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling som er begrenset til en EØS-stats territorium, eller til en del av dette territorium, ha en merkbar virkning på samhandelen mellom EØS-statene.

- 77 Om kravet er oppfylt i den foreliggende sak, er et spørsmål den anmodende domstol må vurdere på grunnlag av alle de fakta den har fått seg forelagt. Som nevnt over, skal indirekte og potensielle virkninger på samhandelen tas i betraktning, sammen med direkte og faktiske virkninger. Særlig kan det tas hensyn til forventet utvikling på markedet.

EØS-avtalen artikkel 54

- 78 Som et ledd i vurderingen etter EØS-avtalen artikkel 54, må det relevante marked defineres.
- 79 For det første må den anmodende domstol definere det relevante produktmarked (jf. EU-domstolen i *Raso m.fl.*, C-163/96, EU:C:1998:54 (avsnitt 54)). Dette marked omfatter alle produkter hvis egenskaper, pris og tiltenkte bruk gjør at forbrukeren anser dem som utbyttbare eller substituerbare. Avhengig av omstendighetene må også substituerbarhet på leverandørsiden tas i betraktning (se sak E-7/01 *Hegelstad m.fl.*, Sml. 2002 s. 310 (avsnitt 29)).
- 80 Dernest må den anmodende domstol vurdere markedets geografiske utstrekning. Det relevante område er det område der de berørte foretak er involvert i tilbud og etterspørsel etter produkter, og der konkurransevilkårene er tilstrekkelig like, og det skiller seg fra tilstøtende områder ved at konkurransevilkårene der er vesentlig annerledes (se *Hegelstad m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 30)).

- 81 I den foreliggende sak må den anmodende domstol vurdere om det relevante marked er geografisk begrenset til Drammen havn. Det kan likevel ikke utelukkes at det relevante marked kan omfatte andre havner. Derfor må den nasjonale domstol i sin vurdering og ved fastsettelsen av markedets geografiske utstrekning også se om det blant Administrasjonskontorets potensielle kunder er foretak som for tiden benytter andre havner ved behov for losse- og lastetjenester.
- 82 Den anmodende domstol må deretter vurdere om Administrasjonskontoret har en dominerende stilling i det relevante marked. En dominerende stilling er forbundet med et foretaks økonomiske styrke. Ved sin økonomiske styrke er det i stand til å forhindre effektiv konkurranse på det relevante marked ved at det i stor grad har makt til å opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og i siste instans forbrukere (jf. EU-domstolen i *United Brands*, 27/76, EU:C:1978:22 (avsnitt 65)).
- 83 En markedsandel på 50 % eller mer er i seg selv bevis for at det foreligger en dominerende stilling, bortsett fra under ekstraordinære omstendigheter (jf. EU-domstolen i *AKZO Chemie mot Kommisjonen*, C-62/86, EU:C:1991:286 (avsnitt 60)).
- 84 Det følger av opplysningene EFTA-domstolen har at flertallet av foretakene som driver virksomhet i Drammen havn er medlemmer av NHO, og er omfattet av Rammeavtalen. Den anmodende domstol må vurdere om dette faktum, sett opp mot sakens øvrige faktiske forhold, medfører at Administrasjonskontoret har en dominerende stilling på det aktuelle marked.
- 85 Dersom den anmodende domstol kommer til at Administrasjonskontoret har en dominerende stilling, må den videre vurdere om denne stilling omfatter en “vesentlig del” av EØS, slik EØS-avtalen artikkel 54 krever (jf. EU-domstolen i *Ambulanz Glöckner*, som omtalt over (avsnitt 38)). I så måte kan én havn

betraktes som en vesentlig del av EØS, avhengig av trafikkvolumet i denne havn og dets betydning sammenlignet med innførsel og utførsel sjøveis i hele EØS (jf. EUDomstolen i *GT-Link*, C-242/95, EU:C:1997:376 (avsnitt 37), og den rettspraksis som det vises til der).

- 86 Dersom Drammen havn ikke anses for å dekke en vesentlig del av EØS, vil den anmodende domstol måtte vurdere i hvilken utstrekning tilsvarende systemer med administrasjonskontor finnes i andre havner. I den foreliggende sak fremgår det at det ved Rammeavtalen ble etablert en rekke administrasjonskontorer som var knyttet sammen i avtalen, i de største havner i Norge. I vurderingen av om en vesentlig del av EØS er dekket, må det derfor tas behørig hensyn til det system som ble etablert ved Rammeavtalen.
- 87 Begrepet utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling er et juridisk begrep som må vurderes i lys av økonomiske betraktninger (se sakene E4/05 *HOB-vín*, Sml. 2006 s. 4 (avsnitt 51) og E-15/10 *Posten Norge mot ESA*, Sml. 2012 s. 246 (avsnitt 126)). Videre må EØS-avtalen artikkel 54 fortolkes slik at den ikke bare viser til praksis som kan skade forbrukere direkte, men også til praksis som kan skade dem gjennom sin påvirkning av konkurransen.
- 88 EØS-avtalen artikkel 54 inneholder ikke noe forbud mot at et foretak ved egen innsats kan opparbeide seg en dominerende stilling på et marked. Et foretak som har en dominerende stilling, har imidlertid et særlig ansvar for ikke å tillate seg at dets atferd er til hinder for reell konkurranse på like vilkår på det indre marked i EØS (se *Posten Norge mot ESA*, som omtalt over (avsnitt 127)).
- 89 Begrepet utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, som er forbudt etter EØSavtalen artikkel 54, er et objektivt begrep som gjelder atferden til et dominerende foretak som på et marked der graden av konkurranse allerede er redusert som følge av det berørte foretaks tilstedeværelse, gjennom dets bruk av metoder som skiller

seg fra metodene som styrer normal konkurranse om varer eller tjenester på grunnlag av kommersielle operatørers transaksjoner, har den virkning at det ikke vil være mulig å opprettholde den grad av konkurranse som fortsatt finnes på markedet, eller å øke denne konkurranse (se *Posten Norge mot ESA*, som omtalt over (avsnitt 130)).

- 90 Den anmodende domstol må vurdere ulike typer utilbørlig utnyttelse som kan være aktuelle i den foreliggende sak: For det første, der et foretak som har en dominerende stilling pålegger sine kunder å dekke alle eller de fleste av sine behov hos dette foretak, vil dette utnytte sin dominerende stilling på en utilbørlig måte (jf. EU-domstolen i *Hoffmann-La Roche & Co. mot Kommisjonen*, 85/76, EU:C:1979:36 (avsnitt 89)). Som EFTA-domstolen la til grunn ovenfor, synes boikotten og Rammeavtalen, som boikotten søker å oppnå tilslutning til, uløselig knyttet til hverandre.
- 91 Dernest utgjør det utilbørlig utnyttelse å kreve uforholdsmessige priser eller innrømme visse forbrukere prisreduksjoner og dekke inn disse reduksjoner ved å øke avgiftene for andre (jf. EU-domstolen i *Merci*, som omtalt over (avsnitt 19 og 20)).
- 92 Når det gjelder å kreve uforholdsmessige priser, følger det av opplysningene EFTA-domstolen har, at dersom Holship sluttet seg til Rammeavtalen, ville foretaket måtte betale satsene fastsatt av Administrasjonskontoret for å benytte dets havnearbeidere i Drammen havn.
- 93 For det tredje kan fortrinnsretsbestemmelsen redusere Administrasjonskontorets tilskyndelse til å ta i bruk moderne teknologi. Dersom dette er tilfelle, ville det kunne innebære høyere kostnader for losse- og lastetjenester i Drammen havn.

- 94 Den anmodende domstol må vurdere, på grunnlag av en full gjennomgang av de faktiske forhold, om Administrasjonskontoret utilbørlig utnyttet en dominerende stilling på det relevante marked, i strid med EØS-avtalen artikkel 54.
- 95 Dersom det foreligger utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling, er det opp til det dominerende foretak å rettfærdiggjøre atferd som ellers ville vært omfattet av forbudet etter EØS-avtalen artikkel 54.
- 96 Et foretak kan for dette formål vise enten at dets atferd objektivt sett er nødvendig, eller at den utestengende virkning dette får, kan motvirkes, eller til og med oppveies, av fordeler i form av effektivitetsgevinst som også vil komme forbrukerne til gode (se, for sammenligning, EU-domstolen i *Post Danmark*, C209/10, EU:C:2012:172 (avsnitt 41), og den rettspraksis som det vises til der). I den foreliggende sak synes det vanskelig å slutte at Administrasjonskontorets atferd objektivt sett var nødvendig, eller at den utestengning dette fører til kan motvirkes eller oppveies av fordeler eller effektivitetsgevinster.
- 97 For fullstendighets skyld nevner EFTA-domstolen til slutt at, i motsetning til hva NTF hevder i sitt innlegg, kan Administrasjonskontoret ikke påberope seg EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2, fordi det fremgår av sakens dokumenter at Administrasjonskontoret ikke kan anses som et foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning. I denne sammenheng er det nok å peke på at Administrasjonskontoret har anledning til å avslå forespørsler om å benytte dets tjenester.

EØS-avtalen artikkel 53

- 98 Når det gjelder anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 på systemet i den foreliggende sak, må den anmodende domstol vurdere om de 13

administrasjonskontorer er avtaleparter eller om det foreligger noen samordnet opptreden mellom dem.

- 99 Opplysningene EFTA-domstolen har er ikke tilstrekkelige til at den kan gi veiledning om det foreligger en avtale mellom administrasjonskontorene som sådan eller en samordnet opptreden, som må vurderes etter EØS-avtalen artikkel 53.
- 100 Svaret på det andre spørsmål om konkurranseretten er derfor at EØS-avtalen artiklene 53 og 54 hver for seg eller sammen kan få anvendelse på systemet saken gjelder. Svaret på det tredje spørsmål om konkurranseretten er at dersom en havn, som den saken gjelder, ikke selv skulle anses som en vesentlig del av EØS, må det tas hensyn til like eller lignende systemer med administrasjonskontor som kan finnes i andre havner, for å vurdere om utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling dekker EØS-avtalens område eller en vesentlig del av det.

SPØRSMÅL B.1 TIL B.3

- 101 Med fjerde til sjette spørsmål søker den anmodende domstol veiledning med hensyn til om det utgjør en restriksjon for etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31 at en fagforening bruker boikott mot et selskap for å oppnå tilslutning til en tariffavtale, når tariffavtalen innebærer at selskapet fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et administrasjonskontor fremfor å benytte sine egne ansatte. Den anmodende domstol søker videre avklaring av om spesielle omstendigheter er relevante for om det foreligger en restriksjon, og dersom det foreligger en restriksjon, om den kan være lovlig. Det er hensiktsmessig å se disse spørsmål samlet.

INNLEGG INNGITT TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 102 Holship, ESA og Kommisjonen anfører at boikotten saken gjelder, innebærer en restriksjon for etableringsfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31.
- 103 På spørsmål fra retten benyttet Kommisjonen i den muntlige høring argumenter som var basert på Den europeiske menneskerettighetsdomstols (“EMD”) dom i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* [2008] 46 EHRR 29. I den aktuelle sak la EMD til grunn at ordninger med organisasjonstvang, der et gitt arbeidsforhold er betinget av at arbeidstakerne er tilsluttet en fagforening som arbeidsgiveren har en egen forbindelse til, er i strid med artikkel 11 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (“EMK”).
- 104 Kommisjonen anfører at når det gjelder den negative foreningsfrihet, står arbeidsgivere som Holship i en tilsvarende stilling som klagerne i *Rasmussen* i den utstrekning fortrinnsrettsbestemmelsen innebærer at de ikke tillates å yte en tjeneste med mindre de slutter seg til en tariffavtale som de ikke har vært med på å fremforhandle. Videre kan en tariffavtale som begrenser etableringsadgangen ikke rettferdiggjøres ved beskyttelse av arbeidstakere når avtalen i realiteten utgjør en ordning med organisasjonstvang.
- 105 ESA og Kommisjonen anfører videre at restriksjonen på etableringsretten ikke kan rettferdiggjøres i noen tvingende allmenne hensyn, og at boikotten er uforholdsmessig. Videre finnes det ingen *de minimis*-regel som får anvendelse for etableringsretten, og det er derfor irrelevant om det kollektive tiltak saken gjelder, bare har mindre restriktiv virkning.
- 106 NTF gjør gjeldende at fortrinnsrettsbestemmelsen må overholdes uansett om foretaket som trenger losse- og lastetjenester er etablert i Norge eller i et annet land, og at Holship ikke hindres i å få adgang

til markedet. NTF anfører at det følgelig ikke foreligger noen restriksjoner på etableringsadgangen. NTF hevder videre at selv om et foretak inngår en tariffavtale for en annen arbeidstakergruppe, betyr ikke dette at det foreligger en anerkjent restriksjon på andre arbeidstakers rett til å kreve tariffavtale eller til å forfølge et slikt krav via arbeidskamp. Endelig gjør NTF gjeldende at i og med at Administrasjonskontoret ikke har en økonomisk karakter, faller det utenfor virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 34.

107 Norges regjering anfører at det er den nasjonale domstol som skal vurdere om bruk av boikott i den foreliggende sak utgjør en restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31. Retten til å iverksette kollektive tiltak for å beskytte arbeidstakere er et rettmessig hensyn, som i prinsippet berettiger en restriksjon på en av de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen.

RETTENS BEMERKNINGER

108 Selv om det skulle legges til grunn at en avtale eller virksomhet ikke er omfattet av EØS-avtalens konkurranseregler, kan den likevel være omfattet av reglene om fri bevegelighet, da det er tale om to regelverk som bygger på ulike vilkår (jf. om dette, EU-domstolen i *Viking Line*, C438/05, EU:C:2007:772 (avsnitt 53)).

109 Etter fast rettspraksis er etableringsfriheten ment å gi borgerne i EØS-statene mulighet til å delta, på en stabil og vedvarende måte, i det økonomiske liv i en annen EØS-stat enn sin egen og dra fordel av denne deltakelse, og dermed bidra til den økonomiske velferd i EØS (se, om dette, forente saker E-3/13 og E-20/13 *Olsen m.fl.*, Sml. 2014 s. 400 (avsnitt 94)).

110 Etableringsfriheten etter EØS-avtalen artikkel 34 innebærer en rett for selskap som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-

stat, og som har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innenfor EØS, til å fortsette sin virksomhet i en annen EØS-stat gjennom en filial etablert der (jf. sak E-15/11 *Arcade Drilling*, Sml. 2012 s. 676 (avsnitt 58)).

- 111 Etter de faktiske forhold som er fremlagt for EFTA-domstolen, er Holship, som ble stiftet i 1996 og er heleid av et dansk selskap, etablert på stabil og vedvarende måte i Norge og kan påberope seg bestemmelsene om etableringsfrihet.
- 112 EFTA-domstolen peker på at bestemmelsene om de grunnleggende friheter også gjelder regler av enhver art som tar sikte på kollektiv regulering av lønnet arbeid, selvstendig næringsvirksomhet og ytelse av tjenester (jf. EU-domstolen i *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 33), og den rettspraksis som det vises til der).
- 113 Arbeidsvilkårene i de ulike EØS-stater kan være regulert ved lov eller forskrift eller ved tariffavtaler og andre rettslige disposisjoner inngått eller vedtatt av privatpersoner. Følgelig ville man risikere å skape forskjeller ved anvendelsen av forbudene som følger av de grunnleggende friheter, dersom deres virkeområde var avgrenset til offentlige myndigheters rettsakter (jf. EU-domstolen i *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 34), og den rettspraksis som det vises til der).
- 114 I den foreliggende sak må fagforeningers organisering av kollektive tiltak anses å omfattes av den rettslige autonomi som disse organisasjoner har etter de fagforeningsrettigheter de er tilstått i nasjonal lovgivning og andre rettskilder. Kollektive tiltak, som kan være fagforeningers siste utvei for å sikre at deres krav om regulering av arbeid fører frem, må anses som uløselig knyttet til den tariffavtale som søkes inngått i den foreliggende sak (jf. EU-domstolen i *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 35 og 36)).

Tilstedeværelsen av en restriksjon

- 115 EØS-avtalen artikkel 31 forbyr enhver restriksjon på etableringsretten i EØS. Tiltak som kan hindre utøvelsen av de grunnleggende friheter som sikres i EØSavtalen, eller gjøre den mindre interessant, er, selv om de får anvendelse uten hensyn til nasjonalitet, en krenkelse av disse friheter som må rettfærdiggjøres (jf. sakene E-2/06 *ESA mot Norge*, Sml. 2007 s. 164 (avsnitt 64), og E-9/11 *ESA mot Norge*, Sml. 2012 s. 442 (avsnitt 82)).
- 116 Når det gjelder det femte spørsmål, er det viktig å peke på at en restriksjon på etableringsadgangen er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 31, også om den er av begrenset omfang eller av mindre betydning. Det finnes ingen *de minimis*-regel på dette område. Det er således uten betydning for vurderingen av om det foreligger en restriksjon på etableringsadgangen, at bedriftens behov for losse- og lastetjenester skulle vise seg å være svært begrenset og/eller sporadisk.
- 117 Den foreliggende sak gjelder en boikott med sikte på å beskytte fortrinnsrettsbestemmelsen. Ifølge den anmodende domstol er formålet med boikotten å tvinge Holship til å slutte seg til Rammeavtalen, noe som ville gjøre Holship forpliktet til fortrinnsvis å benytte havnearbeidere ansatt ved Administrasjonskontoret til å utføre losse- og lastearbeid. Som EFTA-domstolen la til grunn ovenfor, synes boikotten og Rammeavtalen, som boikotten søker å oppnå tilslutning til, uløselig knyttet til hverandre.
- 118 Etter Rammeavtalen ville Holship bli bundet av fortrinnsrettsbestemmelsen, slik denne utøves av Administrasjonskontoret, som alle faste losse- og lastearbeidere ved Drammen havn er ansatt ved. Administrasjonskontoret ville bestemme om det har kapasitet til å utføre et oppdrag, eller om Holship tillates å benytte egne ansatte. Selv om Holship ikke ville

være forpliktet til å delta i ledelsen av Administrasjonskontoret eller til å tilføre det kapital, ville Holship være forpliktet til å betale avgiftene for losse- og lasteoppdrag som utføres av Administrasjonskontorets ansatte.

- 119 Som ESA og Kommisjonen har anført, fremgår det at Holship til og med ville kunne møte økte kostnader, siden selskapet kan måtte opprettholde ressurser til selv å forestå losse- og lasteoppgavene for det tilfelle at Administrasjonskontoret avslår en bestilling på losse- og lastearbeid.
- 120 I lys av ovenstående betraktninger legger EFTA-domstolen til grunn at en boikott som den saken gjelder, som tar sikte på å oppnå tilslutning til en tariffavtale som innebærer et system som omfatter en fortrinnsrettsbestemmelse, sannsynligvis vil vanskeliggjøre eller til og med hindre etablering av selskaper fra andre EØS-stater, og dermed utgjør en restriksjon på etableringsfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31.

Rettferdiggjøring

- 121 Det er fast rettspraksis at restriksjoner på etableringsfriheten kan rettferdiggjøres etter EØS-avtalen artikkel 33 og, dersom restriksjonen får anvendelse uavhengig av nasjonalitet, i tvingende allmenne hensyn (jf. for eksempel EU-domstolen i *Kommisjonen mot Spania*, C576/13, EU:C:2014:2430 (avsnitt 47), og den rettspraksis som det vises til der).
- 122 Kollektive forhandlinger kan gjelde følsomme spørsmål der sosialpolitiske mål, som beskyttelse av arbeidstakere, må balanseres mot hensynet til det indre markeds virkemåte. Kollektive forhandlinger og kollektive tiltak er anerkjent som grunnleggende rettigheter. Beskyttelse av arbeidstakere har derfor blitt anerkjent som et tvingende allment hensyn som kan begrunne restriksjoner på etableringsretten (se sak E-2/11 *STX Norway m.fl.*, Sml. 2012 s. 4

(avsnitt 81), og for sammenligning EU-domstolen i *Kommisjonen mot Spania*, som omtalt over (avsnitt 50), og den rettspraksis som det vises til der).

- 123 Grunnleggende rettigheter utgjør en del av de uskrevne prinsipper i EØS-retten. EFTA-domstolen har lagt til grunn at bestemmelsene i EMK og dommene avsagt av EMD er viktige kilder når det gjelder å fastslå anvendelsesområdet for disse grunnleggende rettigheter (se sak E-2/03 *Ásgeirsson*, Sml. 2003 s. 185 (avsnitt 23)). De grunnleggende rettigheter som EØS-retten sikrer, gjelder i alle situasjoner der EØS-retten kommer til anvendelse. Dersom tvingende allmenne hensyn påberopes for å rettferdiggjøre tiltak som vil kunne hindre utøvelsen av etableringsadgangen, må denne rettferdiggjøring, som EØS-retten åpner for, tolkes i lys av EØS-rettens generelle prinsipper, særlig de grunnleggende rettigheter. Dermed kan de aktuelle nasjonale tiltak omfattes av de tillatte unntak bare dersom de er forenlige med de grunnleggende rettigheter (se *Olsen m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 226)). Det tilkommer den anmodende domstol å vurdere om visse tvingende allmenne hensyn er forenlige med de grunnleggende rettigheter i lys av EMK artikkel 11 og EMDs rettspraksis (jf. for eksempel EMD i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*, som omtalt over (avsnitt 54 og 58)).
- 124 Om et restriktivt tiltak har som mål å beskytte arbeidstakere, må besvares i lys av disse betraktninger. Ved vurderingen av målet som søkes oppnådd med tiltaket, må den nasjonale domstol derfor ta hensyn til formålet som søkes oppnådd med det overordnede system etablert ved den aktuelle tariffavtale. I denne sammenheng kan boikotten ikke betraktes isolert fra avtalen som den søker å oppnå tilslutning til.
- 125 EFTA-domstolen legger videre til grunn at det ikke er tilstrekkelig at en arbeidskamp har et abstrakt legitimt mål om å beskytte arbeidstakere. Det må snarere vurderes om tiltaket saken gjelder, virkelig tar sikte på å beskytte arbeidstakere. Mangelen på en slik

vurdering kan skape en situasjon der tiltak som angivelig er truffet med henvisning til beskyttelsen av arbeidstakere, primært søker å hindre foretak i å etablere seg lovlig i andre EØS-stater (se for eksempel generaladvokat Poiares Maduro i hans uttalelse i *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 67 flg.)).

- 126 Det synes i den foreliggende sak som at den samlede virkning av fortrinnsrettsbestemmelsen og opprettelsen av Administrasjonskontoret ikke er begrenset til fastsettelsen eller forbedringen av arbeidsvilkår for arbeidere ved Administrasjonskontoret, og går lenger enn kollektive forhandlingers hovedformål og kjerneelementer og deres innebygde virkning på konkurransen. Systemet med administrasjonskontorer beskytter bare en begrenset gruppe arbeidstakere, på bekostning av andre arbeidstakere, uavhengig av de andre arbeidstakeres beskyttelsesnivå. Spesielt vil en boikott, som den saken gjelder, påvirke deres situasjon negativt. Holships arbeidstakere blir forhindret fra å utføre losse- og lastetjenester og kan til og med miste sitt arbeid om deres arbeidsgiver slutter seg til Rammeavtalen.
- 127 Retten til kollektive tiltak gjelder også i situasjoner der arbeidstakere iverksetter kollektive tiltak som støtte for andre arbeidstakere i deres arbeidstvister med sikte på å fremme deres interesser i å etablere en ordening med rimelige arbeids- og lønnsvilkår. Men ut fra de opplysninger EFTA-domstolen har, er det ikke noe som tyder på at det foreligger noen arbeidstvist mellom Holship og dets ansatte, eller at den varslede boikott tar sikte på å forbedre arbeidsvilkårene for Holships ansatte. Boikotten kan til og med være til ulempe for Holships ansatte og berøre Holships grunnleggende rettigheter, som den negative rett til foreningsfrihet, og muligens de ansattes. Det er derfor uten betydning for vurderingen av om restriksjonen er lovlig eller ikke, at Holship anvender en annen tariffavtale for sine egne losse- og lastearbeidere.

- 128 NTF og Norges regjering har lagt til grunn at fortrinnsrettsbestemmelsen må anses som ledd i oppfyllelsen av Norges forpliktelser etter ILO-konvensjonen. Imidlertid følger det av protokoll 35 til EØS-avtalen at EFTA-statene, for tilfelle av konflikt mellom nasjonal lovgivning som gjennomfører EØS-retten og andre nasjonale bestemmelser som ikke gjennomfører EØS-retten, skal innføre en lovbestemmelse som sikrer at nasjonal lovgivning som gjennomfører EØS-retten, skal ha forrang. Derfor kan ikke en avtalepart gjøre rettigheter etter EØS-avtalen artikkel 31 betinget av ILO-konvensjonen eller andre internasjonale avtaler (se sak E1/04 *Fokus Bank*, Sml. 2004 s. 11 (avsnitt 31)).
- 129 I den foreliggende sak følger ikke den motstridende bestemmelse av nasjonal lovgivning. Den er del av en tariffavtale. Følgelig må den EØS-rett som får anvendelse i denne sak, uansett ha forrang.
- 130 For fullstendighets skyld pekes det på at dersom en restriksjon skal være rettfærdiggjort, er det ikke uten videre nok at den fremmer et legitimt mål. Et restriktivt tiltak må være slik at det sikrer oppnåelsen av det tilsiktede mål og må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å nå dette mål. Med andre ord må det ikke være mulig å oppnå samme resultat med tiltak som er mindre inngripende (jf. EU-domstolen i *Kommisjonen mot Spania*, som omtalt over (avsnitt 53), og den rettspraksis som det vises til der).
- 131 Det tilkommer den anmodende domstol å vurdere, i betraktning av alle fakta og omstendigheter som er forelagt den, og den veiledning den gis av EFTA-domstolen, om det restriktive tiltak saken gjelder, kan rettfærdiggjøres.

IV SAKSOMKOSTNINGER

132 Omkostninger som er påløpt for Norges regjering, ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Siden foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for den nasjonale domstol, ligger det til denne domstol å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

På dette grunnlag avgir

EFTA-domstolen

som svar på spørsmålene forelagt den av Norges Høyesterett, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. Unntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler som gjelder for tariffavtaler, omfatter ikke vurderingen av en regel om fortrinnsrett ved tildeling, som den denne sak gjelder, eller en boikott mot en havnebruker for å oppnå tilslutning til en slik tariffavtale, når tilslutningen innebærer at havnebrukeren fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et eget foretak, som Administrasjonskontoret som denne sak gjelder, fremfor å benytte sine egne ansatte til det samme arbeid.**
- 2. EØS-avtalen artikkelene 53 og 54 kan hver for seg eller sammen få anvendelse på et system som det saken gjelder.**

3. Dersom en havn, som saken gjelder, ikke selv skulle anses som en vesentlig del av EØS, må det tas hensyn til like eller lignende systemer med administrasjonskontor som kan finnes i andre havner, for å vurdere om en dominerende stilling dekker EØSavtalens område eller en vesentlig del av det.
4. En boikott som den saken gjelder, som tar sikte på å oppnå tilslutning til en tariffavtale som innebærer et system som omfatter en fortrinnsrettsbestemmelse, vil sannsynligvis vanskeliggjøre eller til og med hindre etablering av selskaper fra andre EØS-stater, og utgjør dermed en restriksjon på etableringsretten etter EØSavtalen artikkel 31.
5. Det er uten betydning for vurderingen av om det foreligger en restriksjon, at bedriftens behov for losse- og lastetjenester skulle vise seg å være svært begrenset og/eller sporadisk.
6. I en situasjon som den hovedsaken gjelder, er det uten betydning for vurderingen av om restriksjonen er lovlig eller ikke, at bedriften som den varslede boikott er rettet mot, for sine egne losse- og lastearbeidere anvender en annen tariffavtale.

Carl Baudenbacher

Per Christiansen

Páll Hreinsson

*Avsagt i åpen rett i Luxembourg,
19. april 2016.*

Gunnar Selvik
Justissekretær

Carl Baudenbacher
President

Rettsmøterapport

i sak E-14/15

ANMODNING til Domstolen i henhold til artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Norges Høyesterett i en sak mellom

Holship Norge AS

≡ og ≡

Norsk Transportarbeiderforbund,

om fortolkningen av EØS-avtalen, særlig artiklene 31, 53 og 54.

I INNLEDNING

- 1 Norsk Transportarbeiderforbund (“NTF”) har varslet en boikott av Holship Norge AS (“Holship”) for å oppnå Holships tilslutning til en tariffavtale med en bestemmelse som gir fortrinnsrett til å utføre losse- og lastearbeid for losse- og lastearbeidere registrert ved Administrasjonskontoret for havnearbeid i Drammen (“Administrasjonskontoret”). Saken for den nasjonale domstol gjelder krav fra NTF om forhåndsavgjørelse om lovligheten av den varslede boikott.
- 2 Ved brev 5. juni 2015, registrert ved Domstolen 11. juni 2015 som sak E-14/15, fremsatte Norges Høyesterett en anmodning om en rådgivende uttalelse i en sak som står for den mellom NTF og Holship. I sin anmodning ber Høyesterett om svar på seks spørsmål.

- 3 De tre første spørsmål (A.1, A.2 og A.3) søker å bringe på det rene: (1) om unntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler som gjelder for tariffavtaler, kan omfatte bruk av boikott overfor en havnebruker for å oppnå tilslutning til en tariffavtale, når en slik tilslutning innebærer at havnebrukeren fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et særlig administrasjonskontor fremfor å benytte egne ansatte til det samme arbeid; (2) hvis unntaket ikke omfatter slik bruk av boikott, om et slikt system skal vurderes etter artikkel 53 eller artikkel 54 i EØS-avtalen; og (3) hvis unntaket ikke omfatter slik bruk av boikott og systemet skal vurderes etter artikkel 53 eller artikkel 54 i EØS-avtalen, om man ved vurderingen av om det foreligger en merkbar påvirkning på samhandelen innen EØS, må ta hensyn til at samme eller tilsvarende system finnes i andre havner.
- 4 De tre andre spørsmål (B.1, B.2 og B.3) søker å bringe på det rene: (1) om det utgjør en restriksjon av etableringsretten i henhold til EØS-avtalen artikkel 31 å benytte boikott fra en fagforenings side for å oppnå tilslutning til en tariffavtale fra en bedrift hvis morselskap er hjemmehørende i en annen EØS-stat, når tariffavtalen innebærer at bedriften fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et særlig administrasjonskontor fremfor å benytte sine egne ansatte til dette arbeid; (2) om det er av betydning for om det foreligger en restriksjon at bedriftens behov for losse- og lastetjenester eventuelt skulle vise seg å være svært begrenset og/eller sporadisk; og (3) om det, dersom det foreligger en restriksjon, er av betydning for vurderingen av om restriksjonen er lovlig eller ikke, at bedriften for sine egne losse- og lastearbeidere anvender en annen tariffavtale fremforhandlet mellom arbeidslivets parter i den stat havnen ligger, når denne tariffavtale gjelder et annet tariffområde enn losse- og lastearbeid.

II RETTSLIG BAKGRUNN

EØS-RETT

5 EØS-avtalen artikkel 31 nr. 1 lyder:

1. *I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.*

Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, særlig selskaper som definert i artikkel 34 annet ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere, med forbehold for bestemmelsene i kapittel 4.

6 EØS-avtalen artikkel 34 annet ledd lyder:

Ved selskaper skal forstås selskaper i sivil- eller handelsrettslig forstand, herunder også kooperative selskaper, samt andre juridiske personer i offentlig- eller privatrettslig forstand, unntatt dem som ikke driver ervervsmessig virksomhet.

7 EØS-avtalen artikkel 53 lyder:

1. *Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne*

avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt, særlig slike som består i

- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,*
- b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,*
- c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,*
- d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.*

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

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

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

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

- a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller
- b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.

8 EØS-avtalen artikkel 54 lyder:

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

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,
- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,
- c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.

9 EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2 lyder:

- 2. *Foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning, eller som har karakter av et fiskalt monopol, skal være undergitt reglene i denne avtale, fremfor alt konkurransereglene, i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver*

som er tillagt dem. Utviklingen av samhandelen må ikke påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser.

NASJONAL RETT

BOIKOTTLOVEN

- 10 Lov 5. desember 1947 nr. 1 om boikott (“boikottloven”) § 2 oppstiller flere vilkår for at en boikott skal være lovlig. Vilkåret som er aktuelt for den foreliggende sak er § 2 bokstav a, som fastsetter at en boikott er rettsstridig når den har et rettsstridig formål eller ikke kan nå sitt mål uten å føre til et rettsbrudd. Etter § 3 kan det reises søksmål for å få avgjort om en varslet boikott er lovlig.

RAMMEAVTALEN

- 11 Den aktuelle tariffavtale er Rammeavtale om fastlønnssystem for losse- og lastearbeidere (“Rammeavtalen”). Rammeavtalen, som først ble inngått i 1976 og siden er fornyet annethvert år, etablerte et fastlønnssystem for losse- og lastearbeidere ved de 13 største havner i Norge, blant annet Drammen havn.

- 12 Rammeavtalen § 2 nr. 1, den såkalte bestemmelse om fortrinnsrett, lyder slik:

For fartøyer på 50 tonn dw. og derover som går fra norsk havn — utenlandsk havn eller omvendt, skal losse- og lastearbeidet utføres av losse- og lastearbeidere. Unntatt er all lossing og lasting ved bedriftens egne anlegg hvor bedriftens egne folk anvendes til lossing eller lasting.

ILO-KONVENSJON NR. 137

13 Norge har vært tilsluttet ILO-konvensjon nr. 137 om havnearbeid (1973) ("Konvensjonen") siden den trådte i kraft 24. juli 1975.

14 Konvensjonen artikkel 2 lyder:

1. *Det skal være vedkommende lands politikk å oppmuntre alle dem som berøres av dette til å skaffe havnearbeiderne fast eller regelmessig sysselsetting så langt det er mulig.*
2. *I hvert fall skal havnearbeiderne sikres minimumsperioder med sysselsetting eller en minimumsinntekt, på en måte og i en utstrekning som avhenger av den økonomiske og sosiale tilstand i vedkommende land eller havn.*

15 Konvensjonen artikkel 3 lyder:

1. *Det skal opprettes og ajourføres registre over alle yrkeskategorier av havnearbeidere på en måte som fastsettes ved nasjonal lovgivning eller praksis.*
2. *Registrerte havnearbeidere skal ha fortrinnsrett ved tildeling av havnearbeid.*
3. *Registrerte havnearbeidere plikter å være disponible for arbeid på den måte som nasjonal lovgivning eller praksis bestemmer.*

16 Konvensjonen artikkel 7 lyder:

Reglene i denne konvensjon skal gjøres gjeldende gjennom nasjonale lover eller forskrifter, i den utstrekning de ikke er gjort gjeldende gjennom tariffavtaler, voldgiftskjennelser eller på annen måte som er i samsvar med nasjonal praksis.

III FAKTUM OG SAKSGANG

BAKGRUNN

- 17 Holship er et norsk speditørfirma som er heleid av et dansk morselskap. Hovedvirksomheten er rengjøring av fruktkasser. Holship har tidligere brukt Administrasjonskontorets tjenester. Ved årsskiftet 2012/2013 fikk Holship en ny kunde, noe som medførte økt aktivitet for bedriften i Drammen havn. Holship ansatte da fire nye terminalarbeidere, som tillegg til den ene terminalarbeider som var ansatt fra før.
- 18 Holship har inngått tariffavtale med Norsk Arbeidsmandsforbund. Tariffavtalens virkeområde omfatter renholdsarbeid, som er Holships hovedvirksomhet. Holship har valgt å anvende renholdsoverenskomsten på losse- og lastearbeiderne.
- 19 På bakgrunn av Holships økte aktivitet og bruk av egne terminalarbeidere til losse- og lastearbeidet i Drammen havn, fremmet NTF i brev til Holship 10. april 2013 krav om at Rammeavtalen ble gjort gjeldende. Holship besvarte ikke brevet. NTF purret gjentatte ganger på svar og varslet til sist boikott i brev 26. april 2013 og 11. juni 2013. I sistnevnte brev varslet NTF også søksmål for å få avgjort berettigelsen av den varslede boikott.
- 20 NTF tok ut stevning for Drammen tingrett 12. juni 2013, med påstand om at boikotten varslet i brev 11. juni 2013 var lovlig. Drammen tingrett avsa 19. mars 2014 dom for at den varslede boikott var lovlig. Borgarting lagmannsrett kom i dom 8. september 2014 til samme resultat. Både tingretten og lagmannsretten la til grunn at fortrinnsretten etter Rammeavtalen falt inn under unntaket for arbeids- og ansettelsesvilkår i så vel EØS-avtalens konkurranseregler

som i norsk konkurranselovgivning. Lagmannsretten kunne videre ikke se at tariffkravet kom i konflikt med EØS-avtalen artikkel 31 (EØS-avtalen artikkel 31 var ikke anført for tingretten).

- 21 Holship anket til Høyesterett. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning og kjennelse 14. januar 2015 ble anken tillatt fremmet. Den 11. juni 2015 mottok EFTA-domstolen en anmodning fra Høyesterett om en rådgivende uttalelse.

IV SPØRSMÅL

- 22 Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

Om konkurranseretten:

A.1 Faller det innenfor unntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler som gjelder for tariffavtaler, slik dette unntaket fremgår blant annet av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-8/00 [*Landsorganisasjonen i Norge og NKF, Sml. 2002 s. 114*], å benytte boikott overfor en havnebruker for å oppnå tilslutning til en tariffavtale, når en slik tilslutning innebærer at havnebrukeren fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et eget administrasjonskontor slik som beskrevet i avsnitt 7 og 10 til 14 [i anmodningen], fremfor å benytte egne ansatte til det samme arbeidet?

A.2 Hvis ikke, skal et slikt system bedømmes etter artikkel 53 eller artikkel 54 i EØS-avtalen?

A.3 Må man i så fall ved vurderingen av om det foreligger en merkbar påvirkning på samhandelen innen EØS ta hensyn til at samme eller tilsvarende system finnes i andre havner?

Om etableringsadgangen:

B.1 Utgjør det en restriksjon på etableringsadgangen i henhold til EØS-avtalen artikkel 31 å benytte boikott fra en fagforenings side for å oppnå tilslutning til en tariffavtale fra en bedrift hvis morselskap er hjemmehørende i en annen EØS-stat, når tariffavtalen innebærer at bedriften fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et eget administrasjonskontor med de kjennetegn som fremgår av avsnittene 10 til 14 [i anmodningen], fremfor å benytte sine egne ansatte til dette arbeidet?

B.2 Er det av betydning for om det foreligger en restriksjon at bedriftens behov for losse- og lastetjenester eventuelt skulle vise seg å være svært begrenset og/eller sporadisk?

B.3 Dersom det foreligger en restriksjon: Er det av betydning for vurderingen av om restriksjonen er lovlig eller ikke, at bedriften for sine egne losse- og lastearbeidere anvender en annen tariffavtale fremforhandlet mellom arbeidslivets parter i den stat havnen ligger, når denne tariffavtalen gjelder et annet tariffområde enn losse- og lastearbeid?

V SKRIFTLIGE INNLEGG

23 I medhold av artikkel 20 i Domstolens vedtekter og artikkel 97 i Domstolens rettergangsordning er skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- Holship, representert ved advokat Nicolay Skarning,
- NTF, representert ved advokat Håkon Angell og advokat Lornts Nagelhus,
- Norges regjering, representert ved advokat Pål Wennerås, Regjeringsadvokaten, og seniorrådgiver Janne Tysnes, Utenriksdepartementet, som partsrepresentanter,
- EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Markus Schneider, Deputy Director, Maria Moustakali, Officer, Øyvind Bø, Officer, og Marlene Lie Hakkebo, Temporary Officer, Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter,
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Luigi Malferrari og Manuel Kellerbauer, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter.

VI SAMMENDRAG AV FREMSATTE ARGUMENTER OG FORSLAG TIL SVAR

HOLSHIP

- 24 Vedlagt de skriftlige innlegg er en betenkning fra professor Erling Hjelmeng (vedlegg 1), som Høyesterett avviste som bevis, og en redegjørelse for professor Hjelmengs kvalifikasjoner (vedlegg 2). Professor Hjelmengs vurdering og konklusjon tiltredes.

SPØRSMÅL A.1 - A.3

- 25 Holship baserer seg helt og holdent på vurderingen og konklusjonen i professor Hjelmengs betenkning. Hans konklusjon er at (i) den

nåværende organisering av losse- og lastetjenesten, med den eksklusive rett som Administrasjonskontoret har, står i motstrid med EØS-avtalen artikkel 53, og videre at (ii) pålegget om å leie inn personell uavhengig av behovene må anses å være utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i strid med artikkel 54.

SPØRSMÅL B.1 - B.3

- 26 Holship anfører at organiseringen av norske havner er i strid med EØS-avtalen artikkel 31.

FORSLAG TIL SVAR

- 27 Holship fremsetter ikke noe bestemt forslag til svar på de forelagte spørsmål.

NTF

- 28 Selv om den anmodende domstol ikke har stilt noen spørsmål vedrørende anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2, finner NTF det hensiktsmessig å si noe om bestemmelsen ettersom vurderingen av om den kommer til anvendelse, avgjør om det er nødvendig å besvare spørsmålene.
- 29 NTF gjør gjeldende at EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2 kommer til anvendelse. For det første er Administrasjonskontoret et foretak av den type det vises til i EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2. Administrasjonskontoret yter en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. Rammeavtalen er inngått med foretak som ligger i de største havner i Norge, som er viktige trafikknutepunkter og som håndterer det meste av godset som kommer inn og ut av Norge sjøveien. Både Den europeiske unions domstol ("EU-domstolen") og Kommisjonen har betegnet en rekke havnefunksjoner som tjenester av allmenn økonomisk betydning.

- 30 For det andre er Administrasjonskontoret tillagt oppgaven med å utføre tjenesten. Konvensjonen artikkel 2 pålegger statene en plikt til å sikre havnearbeidere en viss minimumsinntekt eller minimumsperioder med sysselsetting, og artikkel 3 nr. 2 gir registrerte havnearbeidere fortrinnsrett ved tildeling av havnearbeid. Konvensjonen fastsetter at dersom det ikke er mulig å opprettholde den situasjon som etableres ved Rammeavtalen for fortrinnsrett ved tildeling, skal denne sikres ved nasjonale lover eller forskrifter.¹ Administrasjonskontoret må betraktes som en del av de tjenester havnen tilbyr for å oppfylle kravene om sikre og effektive havnetjenester, og i så måte er tilslutning til Rammeavtalen en forutsetning.
- 31 For det tredje er reglene i EØS-avtalen til hinder for at Administrasjonskontoret kan yte tjenesten. Dersom fortrinnsrett anses å være i strid med EØS-retten, vil det ikke lenger være hjemmel for å ha fast ansatte havnearbeidere som får nødvendig kursing og opplæring. Tildelingen av oppdrag vil være tilfeldig, og havnearbeiderne vil miste grunnlaget for å oppnå forutsigbare lønns- og ansettelsesvilkår.

SPØRSMÅL A.1

- 32 NTF anfører at det er sikker rett innenfor EU og EØS at avtaler mellom arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner som hovedregel ikke omfattes av konkurransereglene selv om de kan innebære konkurransebegrensninger.² Imidlertid kan bestemmelser i en tariffavtale som forfølger andre, utenforliggende mål, eller som i

1 Det vises til lov 17. april 2009 nr. 19 om havner og farvann § 40.

2 Det vises til sak E-8/00 *Landsorganisasjonen i Norge m.fl. mot Kommunenes Sentralforbund m.fl.*, Sml. 2002, s. 114 (avsnitt 44) når det gjelder EØS/EFTA-statene, og sak C-67/96 *Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Sml. 1999 s. I-5751 (avsnitt 59–64).

praksis ikke forbedrer arbeids- og ansettelsesvilkårene, komme inn under virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 53.³

- 33 Ifølge NTF er det ingen tvil om at Rammeavtalen er en tariffavtale som er inngått mellom arbeidslivets parter. NTF anfører videre at innholdet i en bestemmelse i en tariffavtale må utgjøre et “egnet tiltak” for å kunne gi konkurranserettslig immunitet.⁴ EFTA-domstolen har dessuten angitt at begrepet arbeids- og ansettelsesvilkår “må fortolkes bredt”.
- 34 Ifølge NTF er det ingen tvil om at Rammeavtalens bestemmelse om fortrinnsrett forfølger sosialpolitiske mål og bidrar til å sikre og forbedre arbeids- og ansettelsesvilkårene for havnearbeidere, ved å gi dem stabile arbeidsvilkår og regulerte lønns- og ansettelsesvilkår. Videre sikrer fortrinnsrettsbestemmelsen også at Norge kan overholde sine folkerettslige forpliktelser etter Konvensjonen.
- 35 NTF trekker den slutning med hensyn til spørsmål A.1 at Rammeavtalens bestemmelse om fortrinnsrett ikke utgjør brudd på EØS-avtalens konkurranseregler.

SPØRSMÅL A.2

- 36 Når det gjelder EØS-avtalen artikkel 53, begrenser NTF seg til å anføre at omstendighetene i den foreliggende sak ikke innebærer noen avtale mellom foretak eller noen form for samordnet opptreden

3 Det vises til *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over, avsnitt 1 av slutningen, og sak C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media mot Staat der Nederlanden*, dom 4. desember 2014, publisert elektronisk (avsnitt 22 flg.).

4 Det vises til *Albany*, som omtalt over (avsnitt 59 og 60).

i henhold til nevnte artikkel. Verken arbeidstakerne, NTF eller arbeidsgiverne kan betraktes som foretak etter nevnte bestemmelse.⁵ Videre kan det ikke sies å foreligge noen samordnet opptreden av den type Holship påstår.⁶

- 37 Når det gjelder EØS-avtalen artikkel 54, gjør NTF gjeldende at Administrasjonskontoret ikke kan betraktes som et “foretak” etter definisjonen i EØS-avtalen, og at Administrasjonskontoret uansett ikke har misbrukt en dominerende stilling.
- 38 Ifølge NTF har fortrinnsretten som følger av Rammeavtalen artikkel 2 nr. 1, blitt gitt til individuelle havnearbeidere, ikke til Administrasjonskontoret, som ble etablert for å administrere og regulere arbeidsstyrken i havnen. Arbeidstakerne er formelt ansatt ved Administrasjonskontoret. Videre består både personalkomiteen, som i henhold til Rammeavtalen har myndighet til å avgjøre spørsmål, og administrasjonsorganet, som skal sørge for den praktiske gjennomføringen, av representanter for arbeidstakere og arbeidsgivere som er bundet av Rammeavtalen. De samme arbeidsgivere er også brukere av tjenestene som tilbys, og de omtales generelt også som arbeidsgivere i tariffavtalen. I forbindelse med utførelsen av arbeidet er havnearbeiderne underlagt havnebrukernes instruksjoner på samme måte som om de hadde vært ansatt der. Administrasjonskontoret må derfor betraktes som et administrasjonsorgan for det som betegnes som en “pool-ordning” i kommisjonsmeldingen om en europeisk havnepolitikk.⁷

5 Det vises til sak C-22/98 *Becu m.fl.*, Sml. 1999 s. I-5665 (avsnitt 26 og 27), uttalelse fra generaladvokat Jacobs i *Albany*, som sitert over (avsnitt 201 flg.).

6 Det vises til professor Hjelmengs vurdering vedlagt Holships skriftlige innlegg, s. 5.

7 Det vises til Kommisjonens melding om en europeisk havnepolitikk av 18. oktober 2007 (COM(2007) 616 final), avsnitt 4.5.

- 39 NTF gjør gjeldende at den foreliggende sak har store likhetstrekk med *Becu*, der EU-domstolen la til grunn at selv om anerkjente havnearbeidere skulle ha en lovfestet fortrinnsrett til å utføre havneoppgaver, innebærer ikke dette at “foretak” er gitt særlige eller eksklusive rettigheter.⁸ Det er heller ikke av betydning at den belgiske fortrinnsrettsordning tvisten i *Becu* gjaldt, ikke var utformet slik at havnearbeiderne formelt var ansatt av en annen arbeidsgiver enn den havnearbeidet ble utført for, og heller ikke at ordningen *Becu* gjaldt, var lovfestet, i motsetning til situasjonen i den foreliggende sak, der ordningen følger av Rammeavtalen. Det er også fellestrekk – selv om de ikke er like innlysende – mellom den foreliggende sak og *Porto di Genova*.⁹ I saken der var de eksklusive rettigheter uttrykkelig gitt foretak, ikke havnearbeidere.
- 40 NTF gjør gjeldende at Administrasjonskontoret derfor ikke kan betraktes som et “foretak”, og at det følgelig ikke foreligger brudd på EØS-avtalen artikkel 54.
- 41 NTF anfører videre at en konstatering av brudd på EØS-avtalen artikkel 54 forutsetter at det foreligger utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. En vurdering av om det foreligger utilbørlig utnyttelse, forutsetter en definisjon av det marked Administrasjonskontoret har en dominerende stilling på, og det må fastslås om utøvelsen av virksomheten i så tilfelle kan betraktes som utilbørlig utnyttelse. Administrasjonskontoret leier ut havnearbeidere, men yter ikke selv havnetjenester. Følgelig opererer ikke Administrasjonskontoret på markedet for laste- og lossetjenester. På denne måte skiller Administrasjonskontorets virksomhet seg fra virksomheten i havnearbeidsselskapet i dommen i

8 Det vises til *Becu*, som omtalt over (avsnitt 26–31).

9 Det vises til sak C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova SpA mot Siderurgica Gabrielli SpA*, Sml. 1992 s. I-5889.

Silvano Raso-saken, der det ble understreket hvor viktig det var å skille mellom arbeidsmarkedet og tjenestemarkedet i havnen.¹⁰

- 42 NTF viser til *Silvano Raso* og *Höfner og Elser* når det gjelder spørsmålet om eksklusive rettigheter som sådan kan utgjøre utilbørlig utnyttelse.¹¹ NTF bemerker at tariffavtalesystemet i norske havner imidlertid ikke etablerer noe monopol, men en fortrinnsrett. Dette innebærer at det ikke er restriksjoner på arbeidskraften, siden havnebrukerne fritt kan benytte annen arbeidskraft dersom Administrasjonskontoret ikke kan dekke etterspørselen.
- 43 NTF fastholder at andre punkter som er spesifisert i Rammeavtalen, som kravet om et minste timeantall, reguleringen av spisepauser og plikten til å tilsette minst én havnearbeider, ikke omfattes av konkurransereglene siden de ikke er pålagt av et foretak.

SPØRSMÅL A.3

- 44 NTF anfører at dette spørsmål må besvares bekreftende, forutsatt at de andre vilkår er oppfylt.

SPØRSMÅL B.1

- 45 Når det gjelder spørsmål B.1 spesielt, gjør NTF gjeldende at den anmodende domstol uttrykker seg upresist i punktet om at fortrinnsrett ikke gis til Administrasjonskontoret men til havnearbeiderne. Havnearbeiderne har dermed fortrinnsrett til å utføre losse- og lastearbeid uavhengig av Administrasjonskontoret.

10 Det vises til sak C-163/96 *Silvano Raso m.fl.*, Sml. 1998 s. I-533.

11 Det vises til *Silvano Raso*, som omtalt over (avsnitt 27), og sak C-41/90 *Höfner og Fritz Elser mot Macrotron GmbH*, Sml. 1991 s. I-1979.

Administrasjonskontorets oppgave er å administrere fortrinnsretten, men det har ingen rettigheter i kraft av Rammeavtalen.

- 46 NTF anfører at den foreliggende sak har klare likhetstrekk med tvistegjenstanden i *Becu*, der det ble slått fast at havnearbeidernes eksklusive rett til å utføre havnearbeid ikke utgjorde noen særlig eller eksklusiv rettighet for et foretak, ettersom det var arbeidstakerne som hadde denne rett.¹² NTF anfører videre at Administrasjonskontoret ikke kan anses å drive ervervsmessig virksomhet, og at det dermed ikke omfattes av definisjonen av selskaper etter EØS-avtalen artikkel 34 nr. 2.¹³
- 47 NTF fremholder at det derfor ikke foreligger noen restriksjon på etableringsadgangen eller på adgangen til å yte tjenester.

SPØRSMÅL B.2

- 48 NTF anfører at EØS-avtalen artikkel 31 ikke er til hinder for “nasjonalitetsnøytral” regulering av forretningsvirksomhet basert på minsteintervensjon. Hva dette angår, får Rammeavtalen lik anvendelse på alle foretak som driver virksomhet i norske havner.
- 49 NTF gjør gjeldende at bestemmelsen om fortrinnsrett ikke begrenset Holships mulighet til å etablere seg i Norge da det begynte sin forretningsvirksomhet i 1996. Regelen om fortrinnsrett hindrer ikke Holship i å tilby losse- og lastetjenester, eller i selv å yte disse tjenester, så lenge fortrinnsretten for havnearbeidere respekteres. Holship har dermed adgang til markedet for losse- og lastetjenester.

12 Det vises til *Becu*, som omtalt over.

13 Det vises til sak C-70/95 *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA og Anni Azzurri Rezzato Srl mot Regione Lombardia*, Sml. 1997 s. I-3395, og sak C-113/13 *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» m.fl. mot San Lorenzo Soc. coop. sociale og Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, dom 11. desember 2014, publisert elektronisk.

- 50 NTF anfører videre at EØS-statene har anledning til å regulere utførelsen av forretningsvirksomhet og markedsadgang uten at slik regulering dermed anses som en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31.¹⁴ Arbeidet som fortrinnsretten gjelder for, er svært begrenset, ettersom videre godshåndtering, etter at godset er plassert på kai, ikke inngår i dette. Følgelig er det bare de mest risikofylte arbeidsoperasjoner som omfattes av fortrinnsretten. Fortrinnsretten hindrer ikke Holship i å få adgang til markedet på effektive og vanlige vilkår, gitt at langt den største del av arbeidsoppgavene i forbindelse med godshåndtering ikke omfattes av fortrinnsretten.
- 51 NTF konkluderer derfor med at dette spørsmål må besvares bekreftende.

SPØRSMÅL B.3

- 52 NTF fastholder at det faktum at Holship har inngått en tariffavtale for en annen yrkesgruppe, neppe kan være relevant for en vurdering av om en restriksjon er lovlig. Dersom renholdsoverenskomsten skulle anses som relevant for vurderingen og også ble funnet å være av betydning, ville vurderingen av en tariffavtales berettigelse avhenge av om foretaket er bundet av en tariffavtale eller ikke. En slik virkning ville være i strid med grunnleggende rettigheter, herunder organisasjonsfriheten og retten til arbeidskamp. Gyldigheten av disse rettigheter kan ikke svekkes av andre yrkesgrupper. En slik virkning ville være i strid med prinsippene for tariffavtalesystemet og forhandlingsmodellen som styrer norsk arbeidsliv. Det norske tariffavtalesystem er basert på og motsvarer

14 Det vises til sak C-565/08 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 2011 s. I-2101 (avsnitt 50 og 51), og den rettspraksis som det vises til der.

organisasjonsfriheten som er rotfestet i internasjonale konvensjoner og i menneskerettighetene. Om et foretak inngår en tariffavtale for en annen arbeidstakergruppe, betyr ikke dette at det foreligger en anerkjent restriksjon på retten til å kreve tariffavtale eller til å forfølge et slikt krav via arbeidskamp. Endelig anfører NTF at tariffavtalen som Holship inngikk, ikke tar hensyn til de særlige forhold som er omtalt i Rammeavtalen.

- 53 På grunnlag av det ovenstående mener NTF at spørsmålet må besvares benektende.

FORSLAG TIL SVAR

- 54 NTF anmoder EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

A.1 Kravet om tariffavtale og varselet om å benytte boikott, der tilslutning til tariffavtalen innebærer at havnebrukeren fortrinnsvis må leie arbeidskraft i form av havnearbeidere, faller inn under unntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler slik dette unntaket fremgår av blant annet EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-8/00.

Subsidiært, og hvis spørsmål A.1 besvares bekreftende, anmoder NTF EFTA-domstolen om å besvare spørsmål A2 på følgende måte:

A.2 Artikkel 53 og 54 får ikke anvendelse.

Atter subsidiært, og bare hvis både spørsmål A.1 og A.2 besvares bekreftende, anmoder NTF EFTA-domstolen om å besvare spørsmål A.3 på følgende måte:

A.3 Ved vurderingen av om det foreligger en merkbar påvirkning på samhandelen innen EØS må det tas hensyn til at samme eller tilsvarende system finnes i andre havner.

Med hensyn til etableringsadgangen foreslår NTF følgende svar:

B.1 Kravet om tariffavtale og etterfølgende varsel om boikott for å oppnå tilslutning til tariffavtalekravet utgjør ikke en restriksjon på etableringsretten i henhold til artikkel 31 i EØS-avtalen.

Subsidiært, og hvis spørsmål B.1 besvares bekreftende, mener NTF at spørsmål B.2 og B.3 bør besvares på følgende måte:

B.2 Det vil ha betydning for vurderingen av om det foreligger en restriksjon at bedriftens behov for losse- og lastetjenester er begrenset og/eller sporadisk og for øvrig tilkommer det den foreleggende rett å vurdere om restriksjonen oppfyller de betingelser som er anført i denne doms premisser.

B.3 Det er uten betydning for vurderingen av om restriksjonen er lovlig eller ikke at bedriften for sine egne losse- og lastearbeidere anvender en annen tariffavtale når denne tariffavtalen gjelder et annet tariffområde enn losse- og lastearbeid.

NORGES REGJERING

SPØRSMÅL A.1 - A.2

55 Når det gjelder retten til kollektive tiltak, bemerker Norges regjering at dette er en rett som er anerkjent i ulike internasjonale dokumenter, og som EU-domstolen har betegnet som en

grunnleggende rettighet, idet den utgjør en integrert del av EU-rettens generelle prinsipper.¹⁵

- 56 Norges regjering fastholder at tariffavtaler er unntatt fra virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 53 dersom to vilkår er oppfylt. Det første vilkår er at avtalen er inngått innenfor rammen av kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere.¹⁶ Dette kriterium synes å være oppfylt i den foreliggende sak.
- 57 Det andre vilkår er at avtalen har til formål å bedre arbeids- og ansettelsesvilkår.¹⁷ I *Landsorganisasjonen i Norge* fant EFTA-domstolen at en tariffavtales vern mot virkningen av EØS-avtalen artikkel 53 ikke kan opprettholdes der den praktiske gjennomføring av avtalen har til formål å fremme utenforliggende interesser.¹⁸ I *Landsorganisasjonen i Norge* ble det også lagt til grunn at begrepet arbeids- og ansettelsesvilkår må fortolkes bredt, og at disse brede kategorier omfattet ulike forhold som bedrer situasjonen for arbeidstakerne.¹⁹ En konklusjon om at en tariffavtale bidrar til å bedre arbeids- og ansettelsesvilkårene blir ikke rokket ved selv om

15 Det vises til sak C-438/05 *International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti*, Sml. 2007 s. I-10779 (avsnitt 43–45, 77–79 og 86), og sak C-341/05 *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetare-förbundets avdelning 1, Byggettan og Svenska Elektrikerförbundet*, Sml. 2007 s. I11767 (avsnitt 90 og 91).

16 Det vises til *Albany*, som omtalt over (avsnitt 59 og 60); forente saker C-180/98 til C-184/98 *Pavlov m.fl. mot Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Sml. 2000 s. I-6451 (avsnitt 67); sak C-222/98 *Hendrik van der Woude mot Stichting Beatrixoord*, Sml. 2000 s. I-7111 (avsnitt 22); sak C-437/09 *AG2R Prévoyance mot Beaudout Père et Fils SARL*, Sml. 2011 s. I-973 (avsnitt 29), og *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 49).

17 Det vises til *Albany*, som omtalt over (avsnitt 59 og 60); *Pavlov*, som omtalt over (avsnitt 67); *van der Woude*, som omtalt over (avsnitt 22); *AG2R Prévoyance*, som omtalt over (avsnitt 29); *FNV*, som omtalt over (avsnitt 23), og *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 49).

18 Det vises til *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 56 og 59).

19 Samme sted (avsnitt 53).

den utpeker ett enkelt foretak til å administrere det aktuelle system, og derved utelukker enhver mulighet for å knytte til seg konkurrerende tjenesteytere.²⁰ Så lenge de omtvistede bestemmelser faktisk forfølger et mål som gjør at de ikke omfattes av EØS-avtalen artikkel 53, må enhver konkurransebegrensning dette medfører aksepteres.²¹ Den norske regjering gjør endelig gjeldende at dommen i *Albany* ikke tok hensyn til det tredje vilkår som ble oppstilt i generaladvokatens uttalelse i saken.²²

- 58 På dette grunnlag anfører Norges regjering at det er den nasjonale domstol som må vurdere formålet for Rammeavtalen og om den forfølger sosiale mål ved å bedre arbeids- og ansettelsesvilkårene for havnearbeidere eller andre mål. Den anmodende domstol viser til Rammeavtalen § 2.1 om fortrinnsrett ved tildeling og fastslår at bestemmelsen har vært ansett å oppfylle Norges forpliktelser etter Konvensjonen, særlig artikkel 3 nr. 2. Konvensjonens formål og innhold utgjør dermed den relevante kontekst. Norge viser spesielt til første, fjerde og femte betraktning i fortalen og Konvensjonen artikkel 2 nr. 1 og 3 nr. 2. I artikkel 7 gjøres det videre klart at forpliktelsene fastsatt i Konvensjonen kan gjøres gjeldende blant annet gjennom tariffavtaler. Rapport III (del 1B) fra Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (2002) kaster ytterligere lys over de relevante bestemmelser i Konvensjonen.²³ I denne forbindelse bemerker Norges regjering at EU- og EØS-retten anerkjenner at krav

20 Det vises til *AG2R Prévoyance*, som omtalt over (avsnitt 32–36), og den rettspraksis som det vises til der, og *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 72 og 73).

21 Det vises til *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 73).

22 Det vises til generaladvokat Jacobs' uttalelse i *Albany*, som omtalt over (avsnitt 193), generaladvokat Mengozzis uttalelse i *AG2R Prévoyance*, som omtalt over (avsnitt 43), og generaladvokat Fenellys uttalelse i sak C-222/98 *van der Woude*, som omtalt over (avsnitt 32).

23 Det vises til Rapport III (del 1B) fra Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO), "Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 90th Session 2002", avsnitt 130–133, 137 og 139.

som gjelder minsteinntekt og fast arbeid, bidrar direkte til å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår.²⁴

- 59 Norges regjering bemerker at anmodningen viser til anmodende domstols dom i saken *Sola Havn*.²⁵ Ifølge dommen har Rammeavtalen til formål å gi havnearbeidere et sikkert arbeid og en sikker lønn ved å etablere losse- og lastekontorer som gir havnearbeiderne fast ansettelse og minstelønn, og begge disse formål vil fremmes ved å gi havnearbeidere fortrinnsrett ved tildeling. Videre synes kriteriene for ansettelse ikke å innebære forskjellsbehandling, og alle havnearbeidere kan søke om ansettelse på losse- og lastekontorene.
- 60 Norges regjering gjør videre gjeldende at det er opp til den nasjonale domstol å vurdere om bestemmelsene i Rammeavtalen faller utenfor EØS-avtalen artikkel 53 eller ikke.²⁶ Regjeringen fastholder i sitt innlegg at en konklusjon om at Rammeavtalen og fortrinnsretten fastsatt i § 2.1 bidrar til å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkårene for havnearbeidere og derfor faller utenfor EØS-avtalen artikkel 53, svekkes ikke av det faktum at fortrinnsretten for havnearbeidere, administrert av Administrasjonskontoret slik dette er utpekt av tariffavtalen, forhindrer havnebrukerne fra selv å utføre lasting og lossing eller få slike tjenester utført av andre foretak.²⁷

24 Det vises til sak C-212/04 *Konstantinos Adeneler m.fl. mot Ellinikos Organismos Galaktos*, Sml. 2006 s. I6057 (avsnitt 61 og 64); sak C-268/06 *Impact mot Minister for Agriculture and Food m.fl.*, Sml. 2008 s. I-2483 (avsnitt 85 og 86); forente saker C-378/07 til C-380/07 *Kiriaki Angelidaki m.fl. mot Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis og Charikleia Giannoudi mot Dimos Geropotamou*, Sml. 2009 s. I-3071 (avsnitt 104 og 105), og sak C-144/04 *Werner Mangold mot Rüdiger Helm*, Sml. 2005 s. I9981 (avsnitt 64).

25 Det vises til Høyesteretts dom, Rt. 1997 s. 334 (*Sola Havn*).

26 Det vises til *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 58).

27 Det vises til *AG2R Prévoyance*, som omtalt over (avsnitt 32–36), og den rettspraksis som det vises til der, og *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 72 og 73).

- 61 Videre påstår Norges regjering at unntaket fra EØS-avtalen artikkel 53 også burde gjelde for EØS-avtalen artikkel 54. Regjeringen vedgår at det finnes rettspraksis som kan innebære at EØS-avtalen artikkel 54 kan få anvendelse på foretak som er etablert etter en tariffavtale, selv om avtalen som sådan er unntatt fra EØS-avtalen artikkel 53. De faktiske forhold i disse saker stiller imidlertid spørsmål ved om denne rettspraksis får generell anvendelse. Alle saker som er avgjort så langt, bortsett fra én, har dreid seg om tariffavtaler som har blitt allmenngjort gjennom statlig inngripen.²⁸ I *van der Woude*-saken, som ikke gjaldt innrømmelse av særlige eller eksklusive rettigheter som definert i artikkel 106 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (“TEUV”), kom det likevel frem påstander om at TEUV artikkel 102 var blitt brutt.²⁹ Men dommen kastet ikke mye lys over virkeområdet for TEUV artikkel 102.³⁰ Videre bemerket EU-domstolen at spørsmålet om urimelige pris- eller handelsvilkår faktisk forekom, og om dette ville utgjøre utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling, falt utenfor rammen av saken.³¹ Disse bemerkninger er direkte overførbare på den foreliggende sak.
- 62 Norges regjering anfører videre at en boikottaksjon som tar sikte på å tvinge et selskap til å slutte seg til en tariffavtale, slik den foreliggende sak gjelder, bare kan reise spørsmål med hensyn til EØS-avtalen artikkel 54 dersom det berørte foretak, alene ved å utøve de rettigheter det får gjennom tariffavtalen, ledes til å misbruke sin dominerende stilling, eller dersom disse rettigheter er

28 Det vises til *Albany*, som omtalt over; forente saker C-115/97 til C-117/97 *Brentjens' Handelsonderneming BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialien*, Sml. 1999 s. I-6025; *Drijvende Bokken*, som omtalt over, og *AG2R Prévoyance*, som omtalt over.

29 Det vises til *van der Woude*, som omtalt over.

30 Samme sted (avsnitt 31).

31 Samme sted.

egnet til å skape en situasjon der foretaket ledes til slikt misbruk.³² Slike spørsmål kunne kanskje være relevante dersom det berørte foretak åpenbart er ute av stand til å etterkomme etterspørselen på markedet for slik virksomhet.³³

- 63 Norges regjering gjør videre gjeldende at, i likhet med *van der Woude*, innbyr ikke den foreliggende sak til noen grundigere vurdering av om EØS-avtalen artikkel 54 eventuelt kan komme til anvendelse. Anmodningen inneholder ingen opplysninger som tyder på at systemet i Rammeavtalen har ledet Administrasjonskontoret til å misbruke en dominerende stilling det måtte ha, eller på at dets tjenester ikke oppfyller havnebrukernes behov. Når det gjelder det førstnevnte aspekt, driver ikke losse- og lastekontorer ervervsmessig virksomhet, og de er etablert i fellesskap av partene i arbeidslivet. Når det gjelder det andre aspekt, opplyses det i anmodningen at et sentralt element i tariffavtalen er å sikre fortrinnsrett for losse- og lastearbeidere, noe som må innebære at dette bare gjelder i den utstrekning losse- og lastekontorene har kapasitet til å utføre de aktuelle oppdrag.

SPØRSMÅL B.1

- 64 Norges regjering bemerker at selv om en avtale eller virksomhet ikke er omfattet av EØS-avtalens konkurranseregler, innebærer ikke det at den ikke er omfattet av de fire friheter.³⁴ Den foreliggende sak gjelder et selskap etablert i 1996 som er heleid av et dansk morselskap. I den utstrekning det danske selskap deltar på en vedvarende måte i Norges

32 Det vises til *Albany*, som omtalt over (avsnitt 93); *van der Woude*, som omtalt over (avsnitt 30), og *AG2R Prévoyance*, som omtalt over (avsnitt 68).

33 Det vises til *Albany*, som omtalt over (avsnitt 95), og *AG2R Prévoyance*, som omtalt over (avsnitt 69).

34 Det vises til *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 53, 54 og 60–66).

økonomiske liv, omfattes denne situasjon av bestemmelsene om etableringsadgangen, ikke av bestemmelsene om tjenester.³⁵

- 65 Norges regjering anfører at det er den nasjonale domstol som skal vurdere om bruk av boikott utgjør en restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31.

SPØRSMÅL B.3

- 66 Norges regjering bemerker at til tross for hva Kommisjonen har foreslått, finnes det ingen sekundærlovgivning som harmoniserer markedsadgangen for havnetjenester.³⁶ I et ganske ferskt regelverksforslag styrte Kommisjonen klar av godshåndtering i havn, som er uttrykkelig utelukket i forslaget.³⁷
- 67 Når det gjelder anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 31, gjør Norges regjering gjeldende at en mekanisk anvendelse av resonnementet i *Kommisjonen mot Spania* må utelukkes.³⁸ Regjeringen fastholder at de omtvistede regler i *Kommisjonen mot Spania* gikk lengre enn å beskytte arbeidstakerne i den utstrekning de forutsatte at spedisjonsfirmaet måtte delta i, og bidra til aksjekapitalen i, et allmennaksjeselskap som skulle administrere losse- og lastearbeiderne i havnen. Spedisjonsfirmaene ble også pålagt å benytte ansatte fra losse- og lastekontoret, et krav som ble skjerpet

35 Det vises til *Sodemare*, som omtalt over (avsnitt 24), og den rettspraksis som det vises til der.

36 Det vises til forslaget til direktiv om adgang til markedet for havnetjenester av 13. februar 2001 (COM(2001) 35 final), og til forslaget til direktiv om adgang til markedet for havnetjenester av 13. oktober 2004 (COM(2004) 654 final). Det vises også til Europaparlamentets rapport (A6-0410/2005), Kompromiss 13 på s. 17.

37 Det vises til forslaget til europaparlaments- og rådsforordning om fastsettelse av en ramme for adgang til markedet for havnetjenester og for finansiell åpenhet i havner av 23. mai 2013 (COM(2013) 296 final), særlig artikkel 11.

38 Det vises til sak C-576/13 *Kommisjonen mot Spania*, dom 11. desember 2014, publisert elektronisk.

av kravet om å tilsette et visst antall arbeidere uten hensyn til behov. Videre inngikk de omtvistede regler i en generell, lovfestet ramme for regulering av nasjonale havner, og et hovedmål for reglene var å sikre konsistens, kontinuitet og kvalitet i havnetjenestene, noe som i sin tur ble ansett som nødvendig for å ivareta sikkerheten i havnene.³⁹ De omtvistede reglers karakter og formål tyder på at de ikke var blitt utarbeidet for å beskytte arbeidstakerne. Den foreliggende sak, derimot, dreier seg om arbeids- og ansettelsesvilkår som er fastsatt av organisasjoner som representerer partene i arbeidslivet, og som anses å oppfylle Norges forpliktelser etter Konvensjonen. Dermed har de omtvistede regler en annen karakter og et annet formål.

- 68 Norges regjering gjør gjeldende at retten til å iverksette kollektive tiltak for å beskytte arbeidstakere er et rettmessig hensyn som i prinsippet berettiger en restriksjon på en av de grunnleggende rettigheter som sikres i EØS-avtalen, og videre at beskyttelse av arbeidstakere er et tvingende allment hensyn.⁴⁰ Det er opp til den nasjonale domstol å bringe på det rene om målene NTF har, gjelder beskyttelse av arbeidstakere.
- 69 Norges regjering hevder at selv om et kollektivt tiltak iverksatt av en fagforening nok kan anses å falle inn under målet om å beskytte arbeidstakere, ville et slikt standpunkt ikke lenger være holdbart dersom det godtgjøres at de jobber eller ansettelsesvilkår saken gjelder, ikke er i fare eller blir alvorlig truet.⁴¹ Dette ville spesielt være tilfelle om det kom frem at anvendelsen av en annen tariffavtale, som den nasjonale domstol viser til i spørsmål B.3, rettslig sett var like bindende som vilkårene i den tariffavtale det

39 Samme sted (avsnitt 55).

40 Det vises til *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 77–79), og *Laval*, som omtalt over (avsnitt 40, 42, 90 og 91).

41 Det vises til *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 81).

kollektive tiltak gjaldt, og om den var av en slik karakter at den ga garanti for at vilkårene i denne tariffavtale ville bli overholdt.⁴²

- 70 Ifølge Norges regjering synes det som om den tariffavtale Holship som part inngikk, ikke gjelder arbeids- og ansettelsesvilkår for havnearbeidere, men gjelder renholdsarbeid. Det følger av dette at når Holship inngikk denne avtale, påtok ikke selskapet seg noen juridiske forpliktelser med hensyn til arbeids- og ansettelsesvilkår for havnearbeidere. Holship valgte av seg selv å anvende vilkårene i tariffavtalen på ansettelsesforhold som lå utenfor dens virkeområde. Det synes derfor som at anvendelsen av en annen tariffavtale, som den nasjonale domstol viser til i spørsmål B.3, juridisk sett ikke er like bindende som vilkårene i den tariffavtale som fagforeningen prøver å få Holship til å inngå.
- 71 Når det gjelder andre del av spørsmålet, anfører Norges regjering at den tariffavtale Holship har inngått, fremfor alt gjelder minstelønn. Rammeavtalen omfatter imidlertid ikke bare minstelønn, men også vilkår som angår fast ansettelse av havnearbeidere, og begge disse forhold er uløselig knyttet til fortrinnsretten for ansatte havnearbeidere. Selv om den forpliktelse Holship påtok seg skulle være juridisk bindende, vil den likevel ikke i noe tilfelle ha en slik karakter at den gir noen garanti for at vilkårene i Rammeavtalen ville bli overholdt.

42 Det vises til *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 82); vedr. tariffavtalers karakter vises det til sak C-45/09 *Gisela Rosenblatt* mot *Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, Sml. 2010 s. I-9391 (avsnitt 41), og den rettspraksis som det vises til der; og vedr. den fleksibilitet partene i en tariffavtale har, vises det til forente saker C-297/10 og C298/10 *Sabine Hennings* mot *Eisenbahn-Bundesamt* og *Land Berlin* mot *Alexander Mai*, Sml. 2011 s. I7965 (avsnitt 66), og den rettspraksis som det vises til der.

- 72 Norges regjering anfører videre at det gjenstår å bringe på det rene, i lys av den brede skjønnsmyndighet arbeidslivets parter nyter innen sosial- og sysselsettingspolitikken og hvor viktige tariffavtalene er for å regulere arbeids- og ansettelsesvilkår, om midlene som benyttes for å oppnå beskyttelse for havnearbeiderne, er egnede og nødvendige.
- 73 Når det gjelder spørsmålet om NTFs tiltak var egnet til å oppnå målet, anfører Norges regjering at etter fast rettspraksis er kollektive tiltak et av hovedmidlene fagforeninger benytter for å beskytte sine medlemmers interesser.⁴³ Den europeiske menneskerettighetsdomstol har funnet at sammen med forhandlingsretten og retten til å inngå tariffavtaler⁴⁴, er retten til kollektive tiltak også sikret i artikkel 11 i Den europeiske menneskerettskonvensjon.⁴⁵
- 74 Med hensyn til spørsmålet om det kollektive tiltak hovedsaken gjelder, går lengre enn det som er nødvendig for å nå det tilsiktede mål, gjør Norges regjering gjeldende at det er den nasjonale domstol som må undersøke om NTF etter nasjonale lover og regler som kommer til anvendelse på tiltaket, hadde andre midler til rådighet som ville vært mindre inngripende for den aktuelle frihet, med sikte på å inngå en tariffavtale med Holship, og i så tilfelle om NTF utnyttet alle slike midler før foreningen varslet boikott.⁴⁶

43 Det vises til *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 86).

44 Det vises til Den europeiske menneskerettighetsdomstols dom 12. november 2008 i saken *Demir og Baykara mot Tyrkia* [GK], sak 34503/97, EMD 2008-V.

45 Det vises til Den europeiske menneskerettighetsdomstols dom 21. april 2009 i saken *Enerju Yapi-Yol Sen mot Tyrkia*, sak 68959/01, ikke i Sml., og 27. november 2014 i saken *Hrvatski lijecnicki sindikat mot Kroatia*, sak 36701/09, ikke i Sml.

46 Det vises til *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 87).

75 Når det gjelder nødvendigheten av en boikottaksjon for å oppnå tilslutning til en tariffavtale for å beskytte medlemmenes arbeids- og ansettelsesvilkår,⁴⁷ fastholder Norges regjering at den nasjonale domstol må vurdere om det finnes mindre inngripende tiltak som ville vært like effektive for å oppnå det tilsiktede mål. I tråd med den forpliktelse det berørte foretak har inngått,⁴⁸ må en slik vurdering ta hensyn til om eventuelle alternative tiltak er av en slik karakter at de kan gi en garanti for at vilkårene i tariffavtalen vil bli overholdt.

FORSLAG TIL SVAR

76 Norges regjering anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

1) EØS-avtalen artikkel 3, 53 og 54 er ikke til hinder for at en nasjonal domstol kan anse en boikottaksjon som lovlig når den har som mål å oppnå tilslutning til en tariffavtale, som den hovedsaken gjelder, dersom tariffavtalen bidrar til å bedre arbeids- og ansettelsesvilkår.

2) Det er opp til den nasjonale domstol å vurdere, på grunnlag av alle relevante faktiske omstendigheter og juridiske betraktninger [som redegjort for i det skriftlige innlegg fra Norges regjering], om det utgjør en restriksjon i henhold til EØS-avtalen artikkel 31 dersom en fagforening i en EØS-stat gjennom boikottaksjoner prøver å tvinge et datterselskap av et foretak etablert i en annen EØS-stat til å inngå en tariffavtale og anvende vilkårene fastsatt i tariffavtalen.

47 At dette mål faller inn under målet om å beskytte arbeidstakere, bekreftes i *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 80–84).

48 Samme sted (avsnitt 81 og 82).

3) En restriksjon i henhold til EØS-avtalen artikkel 31 kan i prinsippet være begrunnet i tvingende allmenne hensyn, for eksempel beskyttelse av arbeidstakere, dersom restriksjonen er egnet til å sikre oppnåelse av det legitime mål som forfølges, og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå dette mål. Det er uvesentlig i denne sammenheng om det berørte selskap anvender en annen tariffavtale utenfor dens materielle virkeområde, med mindre det derved påtar seg en forpliktelse som det kollektive tiltaket gjelder, og denne er av en slik karakter at den gir garanti for at vilkårene i sistnevnte tariffavtale opprettholdes.

ESA

SPØRSMÅL A.1

- 77 Innledningsvis bemerker ESA at anmodningen ikke uttrykkelig gjelder EØS-avtalen artikkel 59 nr. 1. ESA gjør gjeldende at EFTA-domstolen heller ikke bør se på denne bestemmelse, siden anmodningen fra den anmodende domstol ikke identifiserer noen faktiske forhold som underbygger konklusjonen om at Administrasjonskontoret var gitt noen særlige eller eksklusive rettigheter av Norges regjering.
- 78 Når det gjelder spørsmål A.1 og utelukkelsen av tariffavtaler fra virkeområdet til TEUV artikkel 101 og EØS-avtalen artikkel 53, viser ESA til betraktningene i *Albany*⁴⁹ og *Landsorganisasjonen i Norge*⁵⁰ og

49 Det vises til *Albany*, som omtalt over (avsnitt 60); *Brentjens'*, som omtalt over; sak C-219/97 *Maatschappij Drijvende Bokken BV mot Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, Sml. 1999 s. I-6121; *Pavlov*, som omtalt over, og *van der Woude*, som omtalt over.

50 Det vises til *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 44).

vilkårene som angis der.⁵¹ Begge vilkår må være oppfylt for at avtalen skal falle utenfor virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 53.⁵² ESA gjør gjeldende at det i den foreliggende sak ikke er omstridt at det første vilkår kommer til anvendelse, og vil derfor rette oppmerksomheten mot det andre vilkår.

79 ESA gjør gjeldende at verken EFTA-domstolen eller EU-domstolen noen gang har hatt anledning til å vurdere en bestemmelse om fortrinnsrett som den hovedsaken gjelder, men rettspraksis kan gi en viss generell veiledning.⁵³

80 Siden det er visse grenser for hvor bredt begrepet arbeidsvilkår kan forstås, er det ikke nok bare å vurdere om en tariffavtales generelle mål er å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkårene. ESA fastholder tvert imot at bestemmelsene i en avtale må vurderes enkeltvis, og at om bestemmelsene har andre formål, kan disse bestemmelser eller de som i praksis ikke bidrar til å bedre slike vilkår, falle inn under virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 53.⁵⁴ I denne vurdering må det tas hensyn til avtalens form og innhold og dens ulike bestemmelser, omstendighetene som de ble fremforhandlet under, hvem som er parter i avtalen, samt dens faktiske virkning.⁵⁵

81 Med bakgrunn i denne veiledning anfører ESA at fortrinnsrettsbestemmelsen, slik den søkes håndhevet gjennom den planlagte boikott varslet av NTF, ikke oppfyller det andre vilkår, av tre grunner. For det første ville dette innebære at fortrinnsrettsbestemmelsen faktisk ville bli utvidet til også å gjelde

51 Det vises til *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 49 og 50) og *Albany*, som omtalt over (avsnitt 59 og 60).

52 Det vises til *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 50).

53 Samme sted (avsnitt 53).

54 Samme sted (avsnitt 51, 55, 56 og 59).

55 Samme sted (avsnitt 52).

foretak som ikke har ansatte som er beskyttet av Rammeavtalen. Dermed ville fortrinnsrettsbestemmelsen ikke bare gjelde arbeidsforholdet, men i motsetning til tidligere saker⁵⁶ også pålegge tredjemann forpliktelser, for eksempel Holship. Tidligere saker har handlet om tariffavtaler som bare var bindende for arbeidsgivere hvis arbeidstakere var beskyttet av avtalene. Når de var unntatt fra EØS-avtalens konkurranseregler, var dette begrunnet i at de sikret en balanse mellom arbeidsgivere og deres arbeidstakere og fordi denne balanse burde opprettes uten hinder av disse regler.⁵⁷ Imidlertid kommer denne begrunnelse ikke til anvendelse der tariffavtalen gjelder for foretak som ikke har arbeidstakere som er beskyttet av avtalen.⁵⁸

- 82 For det andre gjør ESA gjeldende at å utvide den del av rettspraksis som utelukker tariffavtaler fra EØS-avtalen artiklene 53 og 54, innebærer risiko for at bransjeorganisasjonene kan omgå artiklene ved å inngå tariffavtaler som inneholder bestemmelser som begrenser konkurransen, uten at det er noen sosialpolitisk begrunnelse for en slik begrensning.
- 83 For det tredje anfører ESA at fortrinnsrettsbestemmelsen, selv om det kan hevdes at den er til fordel for Administrasjonskontorets ansatte, er til skade for andre arbeidstakere, for eksempel de som er ansatt hos Holship. I så måte bør ikke utelukkelsen av tariffavtaler fra virkeområdet for EØS-avtalens konkurranseregler gjelde for avtaler som beskytter en begrenset gruppe arbeidstakere på bekostning av andre arbeidstakere.⁵⁹

56 Det vises til *Albany*, som omtalt over; *AG2R Prévoyance*, som omtalt over, og *van der Woude*, som omtalt over.

57 Det vises til *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 34 og 35).

58 Det vises videre til testen beskrevet av generaladvokat Jacobs i hans uttalelse i *Albany*, som omtalt over (avsnitt 193), og til *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 53).

59 Det vises til Norges Høyesteretts dom i *Sola Havn*, som omtalt over.

SPØRSMÅL A.2 OG A.3

- 84 ESA gjør gjeldende at hovedspørsmålet i forbindelse med EØS-avtalen artikkel 54 er om bruken av boikott i en situasjon som i den foreliggende sak utgjør utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling på markedet.
- 85 I sin vurdering i forhold til EØS-avtalen artikkel 54 gjør ESA først gjeldende at Administrasjonskontoret er et foretak.⁶⁰ Et havnearbeidsforetak som nyter en eksklusiv rettighet til å organisere havnearbeid for tredjemann, og et havnearbeidsselskap som har en eksklusiv rettighet til å utføre havnearbeid, må betraktes som et foretak.⁶¹ I henhold til systemet som etableres ved Rammeavtalen, ligger fortrinnsretten til å utføre losse- og lastearbeid i havnene hos en egen juridisk person, Administrasjonskontoret, til fordel for de havnearbeidere som er ansatt der, og tilhører altså ikke enkeltarbeidstakere. Videre utfører Administrasjonskontorets ansatte losse- og lasteoppdrag mot et vederlag som er fastsatt av og betales til Administrasjonskontoret for ordrer plassert hos Administrasjonskontoret. Det faktum at Administrasjonskontoret ikke har et profittmotiv, påvirker ifølge rettspraksis ikke dets status som foretak.⁶²
- 86 Når det gjelder vurderingen av om det foreligger en dominerende stilling i en vesentlig del av EØS-territoriet, forutsetter ESA foreløpig, i mangel av tilstrekkelige opplysninger fra den anmodende domstol, at markedet er begrenset til ytelse av losse- og lastetjenester i Drammen havn. Dette er det imidlertid opp til den anmodende domstol å vurdere. Gitt den tilsynelatende mangel på

60 Det vises til artikkel 1 i protokoll 22 til EØS-avtalen og forente saker E-4/10, E-6/10 og E-7/10 *Fyrstedømmet Liechtenstein m.fl. mot ESA*, Sml. 2011 s. 16 (avsnitt 54).

61 Det vises til *Porto di Genova*, som omtalt over (avsnitt 9).

62 Det vises til *Albany*, som omtalt over (avsnitt 85).

alternative kilder til relevante tjenester i Drammen havn og eksistensen av fortrinnsrettsbestemmelsen, anfører ESA at Administrasjonskontoret kan ha en dominerende stilling på det antatt berørte marked. ESA anfører imidlertid at det avgjørende spørsmål er om nevnte dominerende stilling gjelder en vesentlig del av det territorium som er omfattet av EØS-avtalen. I denne anledning viser ESA til rettspraksis, der begrepet “vesentlig del av det” også viser til “mønster og volum for produksjon og forbruk av nevnte produkt så vel som selgernes og kjøpernes vaner og økonomiske muligheter”.⁶³ Videre, selv om et dominerende selskap selv ikke kommer over terskelen, kan en situasjon der et nettverk av foretak dominerer markeder som samlet sett utgjør en vesentlig del av det territorium som er omfattet av EØS-avtalen, være relevant i forhold til EØS-avtalen.⁶⁴

- 87 Når det gjelder begrepet utilbørlig utnyttelse etter EØS-avtalen artikkel 54, gjør ESA gjeldende at anmodningen lar det stå åpent om Administrasjonskontoret har tatt initiativet til eller deltatt i boikott. Dette er et faktisk forhold som må vurderes av den anmodende domstol. Imidlertid kan EFTA-domstolen gi veiledning til hvordan en boikott bør vurderes.
- 88 ESA gjør gjeldende at utilbørlig utnyttelse er et juridisk begrep som må vurderes i lys av økonomiske betraktninger.⁶⁵ ESA fastholder at

63 Det vises til forente saker 40/73 til 48/73, 50/73, 54/73 til 56/73, 111/73, 113/73 og 114/73 *Coöperatieve Vereniging “Suiker Uni” UA m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1975 s. 1663 (avsnitt 371), og *Porto di Genova*, som omtalt over (avsnitt 15).

64 Det vises til sak C-323/93 *Centre Société Civile Agricole du Centre d’insémination de la Crespelle mot Coopérative d’Elevage et d’Insémination Artificielle du Département de la Mayenne*, Sml. 1994 s. I-5077 (avsnitt 17).

65 Det vises til sak E-4/05 *HOB-vín mot Staten Island og Åfengis- og tobaksverslum ríkisins (Íslands statlige alkohol- og tobakksselskap)*, Sml. 2006 s. 4 (avsnitt 51); og sak E15/10 *Posten Norge mot ESA*, Sml. 2012 s. 246 (avsnitt 126).

bestemmelser med tilsvarende virkning som den fortrinnsrettsbestemmelse denne sak gjelder, allerede var tema i *Hoffmann-La Roche*.⁶⁶ Følgelig, hvis det å binde en kunde ved hjelp av en slik bestemmelse er utilbørlig utnyttelse, må det også være utilbørlig utnyttelse dersom et dominerende foretak tar initiativ til en boikott mot en kjøper med sikte på å oppnå kjøperens tilslutning til en slik bestemmelse. Dette må særlig være tilfelle dersom en vesentlig del av markedet allerede er bundet til det dominerende foretak og et annet foretaks tilslutning til bestemmelsen ville forsterke utestengingen fra markedet.

- 89 ESA understreker videre at den anmodende domstol også må undersøke om Administrasjonskontorets atferd kan begrunnes objektivt, og gjør gjeldende at det i den foreliggende sak er usannsynlig at den konkurransebegrensende atferd saken gjelder, kan begrunnes med henvisning til at atferden beskytter Administrasjonskontorets ansatte. Om dette viser ESA til sine anførsler angående tariffavtaler som har som mål å beskytte arbeidstakere ansatt i andre foretak. Videre kan ikke Administrasjonskontorets konkurransebegrensende atferd begrunnes i det forhold at Rammeavtalen anses å oppfylle Norges forpliktelser etter Konvensjonen.⁶⁷ Administrasjonskontoret kan heller ikke påberope seg EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2 siden de losse- og lastetjenester det yter, ikke utgjør tjenester av allmenn økonomisk betydning etter bestemmelsen.⁶⁸

66 Det vises til sak 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Kommisjonen*, Sml. 1979 s. 215 (avsnitt 89).

67 Det vises til den direkte anmodning vedtatt av ILOs ekspertkomité (CEACR) i 1997, offentliggjort på ILOs 86. arbeidskonferanse (1998).

68 Det vises til *Albany*, som omtalt over (avsnitt 27).

90 Når det gjelder vurderingen av om samhandelen mellom EØS-statene blir påvirket,⁶⁹ gjør ESA gjeldende at den anmodende domstol bør ta hensyn til at samme eller tilsvarende systemer finnes i andre havner.⁷⁰ Systemet i Drammen havn er en integrert del av et større system opprettet ved Rammeavtalen. Ved vurderingen av om det foreligger en merkbar påvirkning på konkurransen, kan den nasjonale domstol derfor ta hensyn til virkningen av dette system sett under ett. Anmodningen viser også til et annet fortrinnsrettssystem som finnes i fjorten andre havner i Norge, og som ble opprettet ved en annen tariffavtale inngått av de samme parter. Denne avtale inngår dessuten i den samme økonomiske sammenheng som Rammeavtalen, og bør tas hensyn til i den grad den bidrar til å begrense konkurransen.

91 ESA gjør videre gjeldende at terskelen for å bestå testen for påvirkning på handelen, ikke er spesielt høy.⁷¹ Kriteriet det vises til i *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" mot Kommisjonen*⁷² i en annen sammenheng, kan for øvrig være til hjelp i vurderingen. I den foreliggende sak er sannsynligheten tilstrekkelig høy til at man kan konkludere med at bestemmelsen kan påvirke samhandelen mellom EØS-stater, ikke minst fordi de tretten største havner i Norge er

69 Det vises for eksempel til sak C-440/11 P *Kommisjonen mot Stichting Administratiekantoor Portielje*, dom 11. juli 2013, publisert elektronisk (avsnitt 99); forente saker C-215/96 og C-216/96 *Carlo Bagnasco m.fl. mot Banco Popolare di Novara soc. coop. arl (BPN) m.fl.*, Sml. 1999 s. I-135 (avsnitt 47), og sak E7/01 *Hegelstad Eendomsselskap Arvid B. Hegelstad m.fl. mot Hydro Texaco AS*, Sml. 2002 s. 310 (avsnitt 40).

70 Det vises til *Hegelstad Eendomsselskap Arvid B. Hegelstad m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 40), og sak C-234/89 *Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG*, Sml. 1991 s. I-935 (avsnitt 14). Det vises videre til uttalelse fra generaladvokat Bot i forente saker C125/07 P, C133/07 P, C135/07 P og C137/07 P *Erste Group Bank AG m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. I-8681 (avsnitt 143–148), og den rettspraksis som det vises til der.

71 Det vises til sak C-242/95 *GT-Link A/S mot De Danske Statsbaner*, Sml. 1997 s. I-4449 (avsnitt 45), og *Silvano Raso*, som omtalt over (avsnitt 26).

72 Det vises til *Suiker Unie*, som omtalt over (avsnitt 371).

omfattet av fortrinnsrettsbestemmelsen, og den gjelder alle skip på 50 tonn dw. og derover som seiler mellom en av disse havner og en havn i en annen EØS-stat.

- 92 På denne bakgrunn gjør ESA gjeldende at selv om det ikke er obligatorisk, kan det i vurderingen av om samhandelen mellom EØS-statene blir merkbart påvirket, tas hensyn til at samme og tilsvarende systemer finnes i andre havner.
- 93 Når det gjelder anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 i den foreliggende sak, anfører ESA at for at Rammeavtalen skal omfattes, må det fastslås om noen av de andre parter i avtalen utgjør foretak etter denne bestemmelse. Den anmodende domstol kan undersøke om medlemmer av Næringslivets Hovedorganisasjon (“NHO”) og NHO Logistikk og Transport er parter i avtalen. Alternativt kan den anmodende domstol undersøke om NHOs og NHO Logistikk og Transports beslutning om å inngå Rammeavtalen faller inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 53, som en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak.⁷³
- 94 Dersom vurderingen blir at Rammeavtalen omfattes av EØS-avtalen artikkel 53 på grunnlag av ett av alternativene over, må den nasjonale domstol vurdere om avtalen har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. I den foreliggende sak anfører ESA at det er lite sannsynlig at det foreligger et brudd på EØS-avtalen artikkel 53, ettersom det ikke finnes noen uttrykkelig hjemmel i Rammeavtalen for å boikotte tredjemann, og det var arbeidstakersiden alene som tok initiativ til boikotten.

73 Det vises til *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 68–70).

- 95 ESA gjør videre gjeldende at enhver konkurransebegrensning etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 kan vurderes opp mot tiltakets påståtte konkurransefremmende virkning etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.⁷⁴ Skal man støtte seg på denne bestemmelse, blir det nødvendig å vise at vilkårene for å oppnå unntak er oppfylt.⁷⁵

SPØRSMÅL B.1

- 96 ESA gjør gjeldende at for å kunne vurdere om boikotten denne sak gjelder, utgjør en restriksjon på etableringsretten, er det nødvendig først å vurdere om det kollektive tiltak, i dette tilfelle boikotten, utgjør et tiltak som omfattes av EØS-avtalen artikkel 31. ESA fastholder at retten til å iverksette kollektive tiltak etter *Viking Line* følgelig er begrenset, og ikke kan benyttes dersom det er i strid med nasjonal lovgivning eller EØS-retten, i dette tilfelle EØS-avtalen artikkel 31.
- 97 Slik ESA ser det, følger det av dette at EØS-avtalen artikkel 31 bør tolkes slik at den gir private foretak rettigheter som de kan benytte mot en fagforening under omstendigheter tilsvarende dem hovedsaken gjelder. Skulle EFTA-domstolen komme til at rettspraksis fra *Viking Line* ikke får anvendelse på den foreliggende sak og den nasjonale domstol finne den varslede boikott lovlig etter nasjonal lovgivning, kan selve boikotten utgjøre et “nasjonalt tiltak” etter EØS-avtalen artikkel 31.⁷⁶

74 Det vises til forente saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94 *European Night Services m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-3141 (avsnitt 136).

75 Det vises til forente saker C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. I-9291 (avsnitt 82).

76 Det vises til forente saker C-403/08 og C-429/08 *Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl. og Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd*, Sml. 2011 s. I-9083 (avsnitt 88).

- 98 Men dersom den aktuelle boikott betraktes som et privat tiltak og ikke et nasjonalt tiltak, vil ESA fastholde at EØS-avtalen artikkel 31 fortsatt kan komme til anvendelse, ettersom de grunnleggende friheter også kan få anvendelse under omstendigheter der staten avstår fra å treffe de tiltak som er nødvendige for å håndtere hindringer for den grunnleggende frihet som ikke staten har forårsaket.⁷⁷ Det følger av rettspraksis⁷⁸ at tiltak iverksatt av privatpersoner, markedsdeltakere og organisasjoner på EØS-statenes territorium, som er egnet til å hindre foretak i å utøve etableringsadgangen, har like stor sannsynlighet for å hindre utøvelsen av de grunnleggende rettigheter eller gjøre den mindre interessant, som et faktisk tiltak fra statens side. Dersom den anmodende domstol finner at boikotten er lovlig etter nasjonal lovgivning, innebærer dette derfor etter ESAs oppfatning at Norge ikke har truffet de tiltak som er nødvendige for å sikre at etableringsadgangen blir fullt respektert.
- 99 Når det gjelder tilstedeværelsen av en restriksjon på etableringsadgangen,⁷⁹ anfører ESA at den foreliggende sak gjelder et dansk selskap som har utøvd sin etableringsrett til å opprette et norsk speditørfirma (Holship). Det må derfor vurderes om den aktuelle boikott er egnet til å hindre markedsdeltakere fra andre EØS-stater i å utøve sin etableringsadgang.

77 Det vises til sak 269/83 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1985 s. 837 (avsnitt 30–32).

78 Det vises, med hensyn til det frie varebytte, til sak C-573/12 *Ålands vindkraft AB mot Energimyndigheten*, dom 1. juli 2014, publisert elektronisk (avsnitt 74).

79 Det vises til sak E-2/06 *ESA mot Kongeriket Norge*, Sml. 2007 s. 164 (avsnitt 64), og sak E-9/11 *ESA mot Kongeriket Norge*, Sml. 2012 s. 442 (avsnitt 82); dessuten vises det til sak C-327/12 *Ministero dello Sviluppo economico og Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e furniture mot SOA Nazionale Costruttori*, dom 12. desember 2013, publisert elektronisk (avsnitt 45), og den rettspraksis som det vises til der.

- 100 ESA anfører at den nylig avgjorte sak *Kommisjonen mot Spania*⁸⁰ gjaldt spørsmålet om en fortrinnsrettsbestemmelse for havnearbeidere – tilsvarende forpliktelsen i Rammeavtalen i den foreliggende sak – utgjorde en restriksjon på etableringsadgangen.⁸¹ Det ble lagt til grunn at selv om forpliktelsene havneregimet påla, like meget gjaldt nasjonale operatører som operatører fra andre medlemsstater, kunne de likevel hindre den sistnevnte kategorien operatører i å etablere seg i spanske havner for å drive godshåndtering.⁸²
- 101 ESA gjør gjeldende at det vil foreligge restriksjoner på etableringsadgangen dersom tiltak kan gjøre det vanskeligere for foretak fra andre EØS-stater å drive økonomisk virksomhet og konkurrere mer effektivt mot foretak etablert på fast basis i den aktuelle EØS-stat.⁸³ I den foreliggende sak er fortrinnsrettsbestemmelsen i Rammeavtalen egnet til å få økonomiske konsekvenser for markedsdeltakere som Holship. Dersom boikotten lykkes med å få Holship til å slutte seg til Rammeavtalen og til å kjøpe losse- og lastetjenester til gjeldende satser fastsatt av Administrasjonskontoret, ville dette medføre en dobbel kostnad for Holship, siden det allerede har ansatt arbeidstakere for dette formål. Bruken av boikott, for å tvinge Rammeavtalen på Holship under disse omstendigheter, kan også føre til endringer i selskapets nåværende ansettelsesstruktur og rekrutteringspolitikk. Dersom Holship tvinges til å slutte seg til Rammeavtalen, kan dette gjøre utøvelsen av etableringsadgangen mindre interessant. Boikotten utgjør dermed en restriksjon i strid med EØS-avtalen artikkel 31. Når det gjelder en mulig

80 Det vises til *Kommisjonen mot Spania*, som omtalt over.

81 Samme sted (avsnitt 38).

82 Samme sted, som omtalt over (avsnitt 37).

83 Det vises til *SOA Nazionale Costruttori*, som omtalt over (avsnitt 57), og den rettspraksis som det vises til der, og *Laval*, som omtalt over (avsnitt 99).

rettferdiggjøring av restriksjonen, gjør ESA gjeldende at NTF ikke har anført at noen av grunnene angitt i EØS-avtalen artikkel 33 eller tvingende allmenne hensyn kommer til anvendelse i den foreliggende sak. NTF gjør imidlertid gjeldende at kravet om at Holship bør godta Rammeavtalen, er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, nemlig å sikre lønns- og arbeidsvilkårene til fast ansatte losse- og lastearbeidere. NTF gjør videre gjeldende at dette er i samsvar med Konvensjonen artikkel 3 nr. 2.

102 Når det gjelder Konvensjonen, hevder ESA at EØS-statene, når de gjennomfører internasjonale avtaler, som Konvensjonen, må sikre at de overholder de forpliktelser som følger av EØS-retten.

Konvensjonen artikkel 3 nr. 2 forutsetter videre ikke at det innføres noe faktisk monopol og hindrer heller ikke at det innføres konkurranse på markedet for losse- og lastetjenester. EFTA-domstolen har allerede lagt til grunn at folkeretten ikke kan påberopes som begrunnelse for unntak fra forpliktelsene etter EØS-retten i tilfeller der folkeretten er valgfri snarere enn obligatorisk.⁸⁴

103 Når det gjelder målet om å beskytte havnearbeidere, gjør ESA gjeldende at EFTA-domstolen allerede har erkjent at sosial trygghet for arbeidstakere kan være et tvingende allment hensyn.⁸⁵ Selv om det i prinsippet er den nasjonale domstol som skal bringe på det rene om målene NTF forfølger gjennom et kollektivt tiltak, gjelder beskyttelse av arbeidstakere,⁸⁶ kan EFTA-domstolen gi veiledning med hensyn til hvordan dette EØS-rettslige begrep skal fortolkes

84 Det vises til sak E-1/02 *ESA mot Kongeriket Norge*, Sml. 2003 s. 1 (avsnitt 58).

85 Det vises til *Fyrstedømmet Liechtenstein m.fl. mot ESA*, som omtalt over (avsnitt 32), og sak E-2/11 *STX Norway Offshore AS m.fl. mot Staten v/Tariffnemnda*, Sml. 2012 s. 4 (avsnitt 81), og den rettspraksis som det vises til der.

86 Det vises til sak E-16/10 *Philip Morris Norway AS mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet*, Sml. 2011 s. 330 (avsnitt 78); sak E-3/06 *Ladbrokes Ltd mot Staten v/Landbruks- og matdepartementet*, Sml. 2007 s. 86 (avsnitt 43), og *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 80).

under de foreliggende omstendigheter. Etter ESAs syn følger det dessuten av *Laval*⁸⁷ at retten til å iverksette kollektive tiltak kan være et rettmessig hensyn som i prinsippet berettiger en restriksjon på en av de grunnleggende rettigheter.⁸⁸ Imidlertid ble det i *Laval* også til grunn at når det gjelder de særlige forpliktelser som er knyttet til undertegnelsen av en tariffavtale for byggesektoren som fagforeningene prøvde å pålegge foretak etablert i en annen medlemsstat gjennom kollektive tiltak som det tiltak hovedsaken gjelder, kan ikke den hindring det kollektive tiltak utgjør, begrunnes i forhold til et slikt mål.⁸⁹

104 ESA gjør gjeldende at NTF har til hensikt å bruke boikotten for å påtvinge Holship Rammeavtalen. Holship har fire ansatte som driver med losse- og lastearbeid. Imidlertid forklares det ikke i anmodningen hvorfor Administrasjonenskontorets havnearbeidere trenger større beskyttelse enn Holships havnearbeidere. Dessuten er de ansatte i Holship omfattet av en annen tariffavtale, som beskytter disse arbeidstakeres arbeidsvilkår. Boikotten tar dermed ikke sikte på å sikre arbeidsvilkårene for arbeidstakere som ikke er omfattet av en tariffavtale, og hvis rettigheter ikke er beskyttet.

105 I betraktning av det ovenstående gjør ESA gjeldende at restriksjonen som boikotten i den foreliggende sak utgjør for etableringsretten, ikke kan begrunnes i EØS-avtalen artikkel 33 eller i noen tvingende allmenne hensyn.

106 ESA stiller seg også tvilende til om det kollektive tiltak i denne sak faktisk forfølger et legitimt mål, siden det synes å ha som mål å beskytte arbeids- og lønnsvilkårene for en gruppe arbeidstakere som

87 Det vises til *Laval*, som omtalt over.

88 Det vises til sak C-112/00 *Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge* mot Republikken Østerrike, Sml. 2003 s. I-5659 (avsnitt 74); *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 77), og den rettspraksis som det vises til der, og *Kommisjonen* mot *Spania*, som omtalt over (avsnitt 50).

89 Det vises til *Laval*, som omtalt over (avsnitt 107).

hadde et fortrinn i forhold til en annen gruppe arbeidstakere. Videre kan hensikten med boikotten være å beskytte en gruppe arbeidstakere på bekostning av andre arbeidstakere, for hvis Holship inngår Rammeavtalen, kan dette gjøre deres egne losse- og lastearbeidere overflødige.

107 ESA legger til at dersom EFTA-domstolen anser at den aktuelle boikott har et legitimt mål, må tiltaket fortsatt være forholdsmessig.⁹⁰ Det er fast rettspraksis at et kollektivt tiltak, under de særlige omstendigheter som foreligger i en sak, kan være en av de viktigste måtene fagforeninger kan beskytte sine medlemmers interesser på.⁹¹ I henhold til *Viking Line*⁹² er det den nasjonale domstol som skal undersøke om NTF hadde andre midler til rådighet som ville vært mindre inngripende for etableringsadgangen, for å få Holship til å slutte seg til Rammeavtalen, og om NTF hadde benyttet disse midler før kollektive tiltak ble iverksatt.

108 ESA gjør gjeldende at boikotten ikke var forholdsmessig, ettersom målet om å beskytte havnearbeidere kunne ha blitt nådd ved hjelp av midler som er mindre inngripende for etableringsadgangen. Havnearbeiderne i Drammen havn kunne vært organisert i en havnearbeiderpool som kunne fungert som et byrå for midlertidige arbeidsoppdrag, og som selskapene i havnen fritt kunne ha leid inn arbeidstakere fra på permanent eller midlertidig basis for å dekke sine behov for losse- og lastetjenester.⁹³ Videre er de fleste selskaper som driver virksomhet i havnen, ifølge anmodningen, avhengige av Administrasjonskontorets tjenester.

90 Det vises for eksempel til *Fyrstedømmet Liechtenstein m.fl. mot ESA*, som omtalt over (avsnitt 32), og sak E-9/11 *ESA mot Kongeriket Norge*, som omtalt over (avsnitt 83).

91 Det vises til *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 86).

92 Samme sted (avsnitt 87).

93 Det vises til *Kommisjonen mot Spania*, som omtalt over (avsnitt 27).

SPØRSMÅL B.2

109 ESA gjør gjeldende at spørsmålet om tiltaket har noen eller bare en svært liten faktisk innflytelse på etableringsretten, ikke endrer på det faktum at tiltaket utgjør en restriksjon som bør være forbudt med mindre det er begrunnet etter EØS-avtalen artikkel 33 (eller i et annet tvingende allment hensyn) og overholder forholdsmessighetsprinsippet. Det finnes ingen *de minimis*-regel som får anvendelse for etableringsretten.⁹⁴ Selv om det aktuelle kollektive tiltak som sådan har liten eller ingen begrensende virkning på etableringsadgangen, utgjør det likevel en hindring for den grunnleggende frihet med mindre det er rettferdiggjort som anført over. Det følger av dette at det er uvesentlig for vurderingen av om det foreligger en restriksjon, at bedriftens behov for losse- og lastetjenester viser seg å være svært begrenset og/eller sporadisk.

SPØRSMÅL B.3

110 ESA gjør gjeldende at det faktum at Holships ansatte allerede er omfattet av en annen tariffavtale, er relevant for vurderingen av lovligheten av restriksjonen på etableringsadgangen. NTF kan ikke begrunne boikotten med henvisning til beskyttelsen av arbeidstakernes vilkår og lønn så lenge bestemmelsen om fortrinnsrett gjelder uten hensyn til om selskapet er part i en annen tariffavtale som kan gi de ansatte like god eller til og med bedre beskyttelse.⁹⁵ Boikotten har ikke et legitimt mål når målet synes å gi en gruppe arbeidstakere fortrinn fremfor en annen. Følgelig er det av betydning for vurderingen av om restriksjonen er lovlig eller ikke, at Holship anvender en annen tariffavtale, selv om

94 Det vises til sak C-170/05 *Denkavit Internationaal BV og Denkavit France SARL mot Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Sml. 2006 s. I-11949 (avsnitt 50), og den rettspraksis som det vises til der.

95 Det vises til *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 89).

sistnevnte tariffavtale gjelder andre tariffområder enn losse- og lastearbeid.

FORSLAG TIL SVAR

111 ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

A.1 Bruken av boikott mot en havnebruger for å oppnå tilslutning til en tariffavtale som innebærer at havnebrukeren fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et eget Administrasjonskontor i havnen fremfor å benytte sine egne ansatte til dette arbeid, faller ikke inn under unntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler for avtaler inngått innenfor rammen av kollektive forhandlinger mellom partene i arbeidslivet som tar sikte på å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår.

A.2 Systemet med tariffavtale og boikott som beskrevet i punkt 1, kan bedømmes etter EØS-avtalen artiklene 53 og 54.

A.3 I vurderingen etter EØS-avtalen artiklene 53 og 54 av om det foreligger en merkbar påvirkning på samhandelen mellom avtalepartene, kan man ta hensyn til at samme eller tilsvarende system finnes i andre havner.

B.1 Det utgjør en restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31 dersom en fagforening bruker boikott mot et selskap for å oppnå tilslutning til en tariffavtale med en fortrinnsrettsbestemmelse som krever at selskapet fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fremfor å benytte sine egne ansatte til dette arbeid.

B.2 Det er ikke av betydning for vurderingen av om det foreligger en restriksjon at bedriftens behov for losse- og lastetjenester viser seg å være svært begrenset og/eller sporadisk.

B.3 Det er av betydning for vurderingen av om restriksjonen er lovlig eller ikke, at bedriften for sine egne losse- og lastearbeidere anvender en annen tariffavtale fremforhandlet mellom arbeidslivets parter i den stat havnen ligger, når denne tariffavtale gjelder et annet tariffområde enn losse- og lastearbeid.

KOMMISSJONEN

SPØRSMÅL A.1 - A.3

- 112 Kommisjonen gjør gjeldende at avtaler inngått innenfor rammen av kollektive forhandlinger mellom partene i arbeidslivet, som tar sikte på å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår, har en karakter og et formål som gjør at de må anses å falle utenfor virkeområdet til TEUV artikkel 101 nr. 1.⁹⁶
- 113 Når det gjelder spørsmål A.1, anfører Kommisjonen at alle omstendigheter i saken bør tas i betraktning, blant annet det faktum at Holships ansatte ikke er omfattet av den aktuelle tariffavtale men av en annen tariffavtale som har fått anvendelse på losse- og lastearbeidere.
- 114 Kommisjonen gjør videre gjeldende at EU-domstolen ikke har definert alle vilkår for at kollektive forhandlinger mellom partene i arbeidslivet har en karakter og et formål som gjør at de må anses å falle utenfor virkeområdet til EUs konkurranseregler. Begrepet forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår forblir vagt. Begrepet må fortolkes i lys av det faktum at – som EFTA-domstolen har lagt til grunn – det resultat EU-domstolen har kommet til i sin rettspraksis, er basert på en balansering av hensynet til det indre marked

96 Det vises til *AG2R Prévoyance*, som omtalt over (avsnitt 29); *Albany*, som omtalt over (avsnitt 59 og 60); *Brentjens'*, som omtalt over; *Drijvende Bokken*, som omtalt over; *Pavlov*, som omtalt over, og *van der Woude*, som omtalt over.

virkemåte og sosiale hensyn, som betydningen av å fremme en harmonisk og balansert utvikling av økonomiske aktiviteter og et høyt sysselsettingsnivå og et høyt nivå av sosial trygghet.⁹⁷ EU-domstolens rettspraksis er videre ikke ensartet.⁹⁸ Selv i rettspraksis etter *Albany* har EU-domstolen i sin formulering av det aktuelle unntak brukt ordet “generelt”. Dette viser at bestemmelser i tariffavtaler under visse omstendigheter ikke er unntatt fra EUs konkurranseregler.

115 Kommisjonen anfører at det følger av dette at tariffavtaler mellom partene i arbeidslivet ikke alltid må skjermes mot konkurransereglene.⁹⁹ EFTA-domstolen har også uttalt at det ikke er tilstrekkelig for å slutte at en tariffavtale faller utenfor konkurransereglens virkeområde, at partene i avtalen er en fagforening og en arbeidsgiver eller en arbeidsgiverforening, eller at en tariffavtale generelt kan anses å ha samme karakter og formål som en typisk tariffavtale.¹⁰⁰ Kommisjonen henleder videre oppmerksomheten mot et kriterium foreslått av generaladvokat Jacobs for å avgrense tariffavtalers konkurranserettslige immunitet.¹⁰¹

116 Kommisjonen gjør gjeldende at en tariffavtale mellom partene i arbeidslivet, som er til ulempe for tredjemann som ikke har deltatt i forhandlingene, bare unntaksvis bør unntas fra anvendelsen av EØS-avtalens konkurranseregler. Ellers kunne slike tariffavtaler blitt

97 Det vises til *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 37), og til TEUV artikkel 151.

98 Det vises til *Porto di Genova*, som omtalt over; sak C-18/93 *Corsica Ferries* mot *Corpo dei piloti del porto di Genova*, Sml. 1994 s. I-1783, og *Silvano Raso*, som omtalt over.

99 Det vises til uttalelse fra generaladvokat Jacobs i *Albany*, som omtalt over (avsnitt 186).

100 Det vises til *Landsorganisasjonen i Norge*, som omtalt over (avsnitt 50).

101 Det vises til uttalelse fra generaladvokat Jacobs i *Albany*, som omtalt over (avsnitt 193).

inngått for å omgå anvendelsen av henholdsvis EØS-avtalen artiklene 53 og 54 og TEUV artiklene 101 og 102, og i siste instans brukes som et middel til å skape en ulempe for ubundne foretak, og særlig for kunder eller konkurrenter av det eller de foretak som inngår slike avtaler med sine ansatte. Kommisjonen vedgår at det i enkelte tilfelle har blitt lagt til grunn at en tariffavtale kan falle utenfor konkurransereglenes virkeområde selv om foretak som ikke var parter i tariffavtalen, var tvunget til å følge tariffavtalens regler.¹⁰² Imidlertid kan slike avgjørelser bare forstås i lys av det faktum at de aktuelle tariffavtaler også tok sikte på å forbedre arbeidsvilkårene for ansatte hvis arbeidsgivere ikke var part i tariffavtalene. I den foreliggende sak derimot, sikrer Rammeavtalen som ble fremforhandlet mellom NTF, på vegne av de ansatte, og NHO, fast ansettelse og en anstendig lønn for havnearbeidere i Drammen som var ansatt i Administrasjonskontoret, mens arbeidstakere ansatt i andre selskaper kunne miste jobben eller få dårligere arbeidsvilkår på andre måter. Faktisk er det ikke sikkert at arbeidsgiverne deres har mulighet til å bære de doble kostnader som følger av at de har ansatt arbeidstakere som ikke har tillatelse til å losse eller laste gods i norske havner. Dette er den avgjørende forskjell mellom den foreliggende sak og den rekke av rettspraksis der tariffavtaler har bidratt til å forbedre arbeidsvilkårene for alle ansatte i den aktuelle sektor.¹⁰³ Kommisjonen gjør videre gjeldende at traktatens eller EØS-avtalens sosiale mål ikke kan påberopes for å verne tariffavtaler mot konkurransereglene når tariffavtalene har som mål å forbedre arbeidsvilkårene for visse arbeidstakere på

102 Det vises til *AG2R Prévoyance*, som omtalt over, og *Albany*, som omtalt over, der EU-domstolen etter Kommisjonens vurdering gikk med på at medlemskap i en forsikringsordning/tilleggshelseforsikrings-ordning kunne gjøres obligatorisk for tredjemann som ikke var part i tariffavtalen.

103 Det vises til *AG2R Prévoyance*, som omtalt over, og *Albany*, som omtalt over.

bekostning av andre, når alle arbeider i samme sektor og generelt fortjener samme sosiale trygghet.

- 117 Om man kommer frem til at Rammeavtalen ikke generelt er unntatt fra anvendelsen av konkurransereglene, anfører Kommisjonen til spørsmål A.2 at EØS-avtalen artikkelene 53 og 54 bare får anvendelse på foretak.¹⁰⁴ Siden havnearbeidere er innlemmet i de berørte foretak og dermed utgjør en økonomisk enhet med hvert av dem i den perioden de utfører havnearbeid, utgjør ikke havnearbeiderne selv noe foretak i henhold til EUs konkurranseregelverk.¹⁰⁵ Videre påvirkes ikke en persons status som arbeidstaker av det faktum at han, samtidig som han er tilknyttet et foretak gjennom et ansettelsesforhold, er tilknyttet de andre arbeidstakere i samme foretak ved å være medlem av samme organisasjon.¹⁰⁶ Følgelig er NTF ikke et foretak i henhold til EØS-avtalens konkurranseregler. Men Administrasjonskontoret er mer enn en organisasjon av arbeidstakere, for det er en juridisk person og ansetter havnearbeidere registrert i Drammen og opptre ikke bare på deres vegne i forhandlinger med arbeidsgivere. Når det gjelder losse- og lasteforetak som ansetter losse- og lastearbeidere og tilbyr tjenester til brukerne av en havn, har EU-domstolen lagt til grunn at et losse- og lasteforetak som nyter en eksklusiv rettighet til å organisere havnearbeid for tredjemann, og et losse- og lasteforetak som har en eksklusiv rettighet til å utføre havnearbeid, må anses som foretak som har blitt gitt eksklusive rettigheter av staten.¹⁰⁷

104 Det vises til *Pavlov*, som omtalt over (avsnitt 74).

105 Det vises til *Becu*, som omtalt over (avsnitt 26).

106 Det vises til *Becu*, som omtalt over (avsnitt 28), og *Porto di Genova*, som omtalt over (avsnitt 13).

107 Det vises til *Porto di Genova*, som omtalt over (avsnitt 9).

- 118 Kommisjonen gjør gjeldende at ovennevnte rettspraksis kommer til anvendelse på den foreliggende sak, og at spørsmålet om Administrasjonskontoret driver ervervsmessig virksomhet eller ikke er irrelevant, ettersom selskaper som ikke driver ervervsmessig virksomhet kan tilby varer eller tjenester på et marked og følgelig være et foretak i henhold til konkurransereglene.¹⁰⁸ Administrasjonskontoret driver økonomisk virksomhet ved å tilby losse- og lastetjenester mot en avgift og konkurrerer derved med andre faktiske eller potensielle markedsaktører som kan ønske å tilby lignende tjenester. På bakgrunn av dette gjør Kommisjonen gjeldende at når Administrasjonskontoret yter losse- eller lastetjenester mot en avgift, er det et foretak i henhold til EØS-avtalen artiklene 53 og 54.
- 119 Når det gjelder spørsmål A.3 og “påvirkning på samhandelen”,¹⁰⁹ gjør Kommisjonen gjeldende at det i den foreliggende sak – ettersom Rammeavtalen etablerer en regel om fortrinnsrett og fastsetter lønnen for havnearbeidere ansatt ved Administrasjonskontoret i alle større havner i Norge – ser ut til å være tilstrekkelig sannsynlig at praksisen med bakgrunn i denne avtale kan ha en direkte, indirekte, faktisk eller potensiell påvirkning på mønsteret for samhandelen mellom EØS-statene. Det faktum at handelen med varer fra andre EØS-stater er et element i den foreliggende sak, er også relevant for vurderingen av dette spørsmål. Dessuten er Holships morselskap etablert i en annen EØS-stat (Danmark). Endelig er Drammen havn

108 Det vises til forente saker 209/78 til 215/78 *Heintz van Landewyck SARL m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1980 s. 3125 (avsnitt 88), *Höfner og Elser*, som omtalt over (avsnitt 21–23), og sak C-475/99 *Firma Ambulanz Glöckner mot Landkreis Südwestpfalz*, Sml. 2001 s. I-8089 (avsnitt 67).

109 Det vises til sak C-238/05 *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL mot Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, Sml. 2006 s. I-11125 (avsnitt 34), og den rettspraksis som det vises til der; sak C439/11 P *Ziegler SA mot Kommisjonen*, dom 11. juli 2013, publisert elektronisk (avsnitt 92 flg.); *Erste Group Bank m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 36), og sak C-219/95 *Ferriere Nord SpA mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. I-4411 (avsnitt 19).

en av de største havner i Norge.¹¹⁰ I andre saker som har omhandlet havner, har man vektlagt havnens betydning for samhandelen mellom statene.¹¹¹

120 Kommisjonen legger til at selv om man hadde vurdert Drammen havn som for liten til å være av betydning for samhandelen mellom EØS-statene, ville den sammenlagte virkningen av fortrinnsrettsreglene i alle større havner i Norge på grunnlag av Rammeavtalen fortsatt føre til den konklusjon at denne praksis kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene. For å kunne vurdere om en praksis hindrer adgangen til et marked, er det faktisk også nødvendig å undersøke praksisens karakter og samlede omfang, alle lignende kontrakter inkludert.¹¹² Kommisjonen tilføyer at det fremgår klart av rettspraksis at virkningen på samhandelen mellom EØS-statene av avtaler som det er en direkte forbindelse mellom, og som utgjør en integrert del av et hele, må undersøkes samlet.¹¹³

121 Kommisjonen gjør gjeldende at EFTA-domstolen kan gi svar på spørsmål som er relevante for å løse den sak som står for den nasjonale domstol,¹¹⁴ som hvorvidt visse praksiser er i strid med EØS-avtalen artiklene 53 og 54.

122 Når det gjelder EØS-avtalen artikkel 53, hevder Kommisjonen at tariffavtalen synes å være en avtale mellom foretak som har som mål

110 Det vises til ESAs brev av 3. mars 2014 med avvisning av klage i sak nr. 73856, s. 4.

111 Det vises til *Porto di Genova*, som omtalt over (avsnitt 41), og *Silvano Raso*, som omtalt over (avsnitt 26).

112 Det vises til *Stergios Delimitis*, som omtalt over (avsnitt 19).

113 Det vises til forente saker T-259/02 til T-264/02 og T271/02 *Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II5169 (avsnitt 168), og sak T77/94 *VGB m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-759 (avsnitt 126, 142 og 143).

114 Det vises til sak C-280/91 *Finanzamt Kassel-Goethestrasse mot Viessmann KG*, Sml. 1993 s. 1971.

å vri konkurransen ved å fastsette priser, dele markeder og begrense eller kontrollere markeder. For å kunne fastslå om det foreligger brudd på EØS-avtalen artikkel 53 som følge av horisontale avtaler mellom administrasjonskontorer i ulike norske havner, ville man måtte undersøke om disse siste er reelle, eller i det minste potensielle, konkurrenter. Andre administrasjonskontorer kan ikke anses som konkurrenter da det ville medføre uforholdsmessig store kostnader for et administrasjonskontor etablert i én havn å yte losse- eller lastetjenester i en annen havn gjennom sine registrerte havnearbeidere. Det relevante geografiske marked som fortrinnsretsreglene gjelder, er altså lokalt (den enkelte norske havn som er omfattet av Rammeavtalen).¹¹⁵

123 Når det gjelder EØS-avtalen artikkel 54, gjør Kommisjonen gjeldende at produkt-/tjenestemarkedet består av ytelsen av losse- og lastetjenester i havner. Kommisjonen lar det stå åpent om Drammen havn som sådan utgjør en vesentlig del av det territorium som er omfattet av EØS-avtalen.¹¹⁶ Fortrinnsretsreglene som gjelder i alle større havner i Norge, som er knyttet sammen gjennom Rammeavtalen, må anses til sammen å dekke en vesentlig del av det felles marked.

124 Kommisjonen gjør gjeldende at Administrasjonskontoret ved sin atferd prøver å tvinge en kunde til å leie dets tjenester selv om den ikke ønsker det og ikke trenger disse tjenester, og at denne atferd er utilbørlig.¹¹⁷ Videre, siden flesteparten av medlemmene av Administrasjonskontorets styre er representanter for arbeidsgiversiden (skipsoperatørene som allerede er basert i Drammen havn), befinner Administrasjonskontoret seg i en

115 Det vises til *Silvano Raso*, som omtalt over (avsnitt 26).

116 Det vises til *Porto di Genova*, som omtalt over (avsnitt 15), og *Silvano Raso*, som omtalt over (avsnitt 26).

117 Det vises til *Porto di Genova* (avsnitt 19 og 20) og til *Höfner og Elser*, som omtalt over.

interessekonflikt. Disse skipsoperatører er direkte konkurrenter til Holship. Kommisjonen er av den oppfatning at dette må tas i betraktning ved en vurdering av om det foreligger utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling.¹¹⁸

- 125 Kommisjonen gjør gjeldende at spørsmålet som bør stilles, er om Administrasjonskontorets atferd kan begrunnes objektivt.¹¹⁹ Traktatens sosiale mål kan ikke påberopes som begrunnelse for regler som tar sikte på å forbedre arbeidsvilkårene for visse arbeidstakere på bekostning av andre. Selv om den nasjonale domstol skulle være av en annen oppfatning, anser Kommisjonen at boikotten iverksatt av Administrasjonskontoret og regelen om fortrinnsrett i Rammeavtalen som søkes håndhevet gjennom boikotten, går lenger enn det som er nødvendig for å beskytte arbeidstakernes rettigheter.

SPØRSMÅL B.1 - B.3

- 126 Kommisjonen viser til rettspraksis, særlig *Viking Line*,¹²⁰ og gjør gjeldende at boikotten, altså det kollektive tiltak saken gjelder, i prinsippet faller inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 31.

-
- 118 Det vises til *Silvano Raso*, som omtalt over (avsnitt 28), og sak C-49/07 *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)* mot *Elliniko Dimosio*, Sml. 2008 s. I-4863 (avsnitt 51–52).
- 119 Det vises til sak C-209/10 *Post Danmark A/S* mot *Konkurrenserådet*, publisert elektronisk (avsnitt 40–41), og den rettspraksis som det vises til der.
- 120 Det vises til *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 33, 35, 60–62 og 65), *Laval*, som omtalt over, og sak 36/74 *B.N.O. Walrave og L.J.N. Koch* mot *Association Union Cycliste Internationale m.fl.*, Sml. 1974 s. 1405 (avsnitt 17); sak 13/76 *Gaetano Donà* mot *Mario Mantero*, Sml. 1976 s. 1333 (avsnitt 17); sak C-117/91 *Jean-Marc Bosman* mot *Kommisjonen*, Sml. 1991 s. I4837 (avsnitt 82); sak C265/95 *Kommisjonen* mot *Frankrike*, Sml. 1997 s. I-6959; forente saker C-51/96 og C-191/97 *Christelle Deliège* mot *Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL*, Sml. 2000 s. I2549 (avsnitt 47); sak C281/98 *Roman Angonese* mot *Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, Sml. 2000 s. I4139 (avsnitt 31); sak C309/99 *J. C. J. Wouters m.fl.* mot *Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Sml. 2002 s. I1577 (avsnitt 120); og *Schmidberger*, som omtalt over.

Dersom EU-domstolens resonnement i *Viking Line* ikke anses å komme til anvendelse i den foreliggende sak, med henvisning til at det kollektive tiltak er et rent privat tiltak, vil et alternativt resonnement fortsatt kunne føre til den konklusjon at Rammeavtalen legger restriksjoner på de grunnleggende friheter. I denne sammenheng anfører Kommisjonen at NTF søkte å innhente en erklæring fra den nasjonale domstol om at den varslede boikott var lovlig, i samsvar med boikottloven. Kommisjonen anfører at dersom en nasjonal domstol erklærer boikotten for lovlig, vil dette i praksis berede veien for at Rammeavtalen kan håndheves ved å boikotte selskaper som Holship.¹²¹ En erklæring av denne type ville være noe langt mer enn om en stat bare unnlot å gripe inn overfor enkeltpersoner som hindrer utøvelsen av grunnleggende friheter. Følgelig kan en avgjørelse av en nasjonal domstol som tillater at Rammeavtalen håndheves gjennom en boikott, betraktes som det samme som et statlig tiltak som faller inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 31.

127 Kommisjonen anfører videre at boikotten begrenser etableringsadgangen.¹²² Fortrinnsrettsregelen som Administrasjonskontoret har til hensikt å håndheve gjennom en boikott, påfører selskaper fra andre EØS-stater betydelige merkostnader,¹²³ særlig siden de ikke har noen som helst innflytelse over lønningene som skal betales til de aktuelle havnearbeidere. Det faktum at den økonomiske virksomhet som etablering forutsetter

121 Det vises til sak C265/95 *Kommisjonen mot Frankrike*, som omtalt over, og *Schmidberger*, som omtalt over.

122 Det vises til sak C-442/02 *Caixa Bank France mot Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Sml. 2004 s. I8961 (avsnitt 12); sak C89/09 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 2010 s. I-12941 (avsnitt 44); *SOA Nazionale Costruttori*, som omtalt over (avsnitt 45); sak C518/06 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 2009 s. I-3491 (avsnitt 63 og 64); sak C-577/11 *DKV Belgium mot Association belge des consommateurs Test-Achats ASBL*, dom 7. mars 2013, publisert elektronisk (avsnitt 31–33); og *Laval*, som omtalt over.

123 Det vises til *Kommisjonen mot Spania*, som omtalt over (avsnitt 37).

vanskeligjøres, er nok for å betegne det aktuelle tiltak som en restriksjon.¹²⁴ Videre vil det kunne hevdes at det er mer sannsynlig at selskaper som bruker norske havner bare sporadisk, vil ha egne ansatte til rådighet for å utføre losse- og lastearbeid, enn selskaper som utelukkende driver virksomhet i norske havner, som sannsynligvis har tilpasset seg de allmenne fortrinnsregler. De doble kostnader som påføres foretak som Holship (som er i stand til å utføre lossing og lasting av gods ved bruk av eget personell), synes vesentlige.

- 128 Når det gjelder spørsmål B.2 spesielt, anfører Kommisjonen at det ikke finnes noen *de minimis*-regel som tilsier at mindre restriksjoner på de grunnleggende friheter ikke skal omfattes av forbudet. Ifølge EU-domstolen kan et nasjonalt tiltak ikke unntas fra forbudet bare fordi begrensningen på den grunnleggende rettighet er liten eller fordi det er mulig for de berørte operatører å utøve disse rettigheter på andre måter.¹²⁵
- 129 Kommisjonen gjør gjeldende at behovet for å ivareta en offentlig tjeneste, som har vært påberopt i andre saker,¹²⁶ ikke kan påberopes i den foreliggende sak som et tvingende allment hensyn¹²⁷, da det fremgår av anmodningen at losse- og lastearbeiderne i Drammen

124 Det vises til *Caixa Bank France*, som omtalt over (avsnitt 13–16), og *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 70 flg.).

125 Det vises til sak C-49/89 *Corsica Ferries France* mot *Direction générale des douanes françaises*, Sml. 1989 s. 4441 (avsnitt 8); forente saker C-53/13 og C-80/13 *Strojírny Prostějov* og *ACO Industries Tábor* mot *Odvolací finanční ředitelství*, dom 19. juni 2014, publisert elektronisk (avsnitt 42); sak 269/83 *Kommisjonen* mot *Frankrike*, som omtalt over (avsnitt 10), og forente saker 177/82 og 178/82 *Jan van de Haar* og *Kaveka de Meern BV*, Sml. 1984 s. 1797. Det vises dessuten til forente saker C-49/98, C-50/98, C-52/98 til C54/98 og C-68/98 til C-71/98 *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda* m.fl. mot *Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft*, Sml. 2001 s. I7831 (avsnitt 36 og 37), og til sak C315/13 *Edgard Jan De Clercq* m.fl., dom 3. desember 2014, publisert elektronisk (avsnitt 61).

126 Det vises til *Kommisjonen* mot *Spania*, som omtalt over (avsnitt 51).

127 Det vises til *SOA Nazionale Costruttori*, som omtalt over (avsnitt 59), og *DKV Belgium*, som omtalt over (avsnitt 39).

havn ikke har plikt til å tilby sine tjenester når det måtte være behov for dem. Faktisk kan Administrasjonskontoret avslå en anmodning om losse- og lastetjenester, og dét tilsynelatende uten nærmere forklaring.

130 Kommisjonen gjør videre gjeldende at Konvensjonen ikke kan påberopes for å begrunne bruken av en regel om fortrinnsrett.¹²⁸ Konvensjonen artikkel 3 nr. 2 er ikke ment å opprette eller legge til rette for en monopolordning for at bare ett selskap skal kunne utføre losse- og lastetjenester.¹²⁹ Konvensjonen overlater til medlemsstatene hvordan de vil sikre at havnearbeidere har jevnlig arbeid og anstendig lønn. Ingen bestemmelser i Konvensjonen tillater boikott for å håndheve en regel om fortrinnsrett eller oppfordrer konvensjonsstatene på noen måte til å vedta eller tillate restriksjoner på etableringsadgangen. Lokale havnearbeidere kan sikres stabil inntekt gjennom året, samtidig som selskapene fortsatt tillates å ty til egne ansatte for lossing og lasting i havnene. Det finnes også eksempler på andre EØS-stater som har undertegnet Konvensjonen, som viser at Konvensjonen lar seg gjennomføre uten noen fortrinnsretsregel.¹³⁰ Uansett kan ikke en EØS-stat påberope seg en internasjonal avtale som begrunnelse for en krenkelse av en grunnleggende rettighet.¹³¹

131 Kommisjonen gjør gjeldende at selv om man vanligvis kan påberope seg beskyttelse av arbeidstakere som et rettmessig hensyn for å

128 Det vises til *Kommisjonen mot Spania*, som omtalt over (avsnitt 41).

129 Det vises til den direkte anmodning vedtatt av ILOs ekspertkomité (CEACR) i 1997, som omtalt over (avsnitt 2).

130 For en nærmere beskrivelse av situasjonen i ulike EØS-stater som har undertegnet Konvensjonen, vises det til evalueringen utført av Eric Van Hooydonk på oppdrag fra Kommisjonen, *Port Labour in the EU* (Volume II).

131 Det vises til sak C-475/98 *Kommisjonen mot Østerrike*, Sml. 2002 s. I-9797 (avsnitt 130–144).

begrunne restriksjoner på etableringsadgangen,¹³² kan dette hensyn i den foreliggende sak ikke påberopes som begrunnelse for Rammeavtalen. Beskyttelse av arbeidstakere kan normalt ikke påberopes når én gruppe arbeidstakere beskyttes på bekostning av en annen. Unntak fra denne regel kan godtas dersom enkelte arbeidstakere fortjener særlig beskyttelse eller enkelte ansatte er gitt et visst nivå av sosial trygghet av sin arbeidsgiver og andre arbeidsgivere bør motiveres til å tilstrebe de samme betingelser. Det er to hovedgrunner til at ingen av disse unntak kommer til anvendelse i den foreliggende sak.

132 For det første gjør Kommisjonen gjeldende at anmodningen ikke forklarer hvorfor havnearbeiderne som er registrert ved Administrasjonskontoret fortjener særlig beskyttelse sammenlignet med andre ansatte som kan være avhengige av de samme jobber for sitt levebrød. Kommisjonen stiller spørsmål ved om havnearbeidere har usikre arbeidsvilkår med dagens norske trygdeordning og regelverk for sosial trygghet. Kommisjonen anfører at fortrinnsrettsregelen kommer til anvendelse uavhengig av om andre arbeidstakere hvis arbeidsvilkår kan forverres som følge av anvendelsen av Rammeavtalen, har sosial trygghet eller ansettelsesvilkår som er like gode som dem som gjelder for losse- og lastearbeiderne ansatt ved Administrasjonskontoret. I en vurdering av om havnearbeiderne registrert ved Administrasjonskontoret i Drammen fortjener særlig beskyttelse, må det videre tas hensyn til de jobbmuligheter som havnearbeidere kan finne i andre havner i

132 Det vises til *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 77). Dessuten vises det til forente saker C-369/96 og C-376/96 *Jean Claude Arblade m.fl.*, Sml. 1999 s. I-8453 (avsnitt 36), sak C-165/98 *André Mazzoleni og Inter Surveillance Assistance SARL*, Sml. 2001 s. I-2189 (avsnitt 27), og *Finalarte m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 33).

EØS. Kommisjonen anfører at den tidligere med hell har reist innvendinger mot tilsvarende fortrinnsrettsregler som stengte havnearbeidere ute fra arbeidsmarkedet i visse medlemsstater som Spania.¹³³ Å sikre mobilitet for havnearbeidere i EØS kan være en bedre løsning på den varierende etterspørsel etter losse- og lastetjenester i havnene i EØS-statene, enn krav om lokal rekruttering. Denne løsningen ville også være i samsvar med det samfunns mål Kommisjonen tilstreber på dette område.¹³⁴

133 For det andre, fortsetter Kommisjonen, kan det ikke hevdes at fortrinnsrettsregelen er ment å ramme arbeidsgivere som ikke overholder de sosiale standarder som gjelder for havnearbeidere registrert ved Administrasjonskontoret, og derved tvinge disse arbeidsgivere til å avstå fra sosial dumping eller til å tilby bedre vilkår. Regelen gjelder uansett om det foreligger en tariffavtale som gir lik eller til og med bedre sosial trygghet for losse- og lastearbeidere som ikke er omfattet av Rammeavtalen. EU-domstolens resonnement i *Viking Line* kan anvendes ved analogi hva dette angår.¹³⁵

134 Når det gjelder spørsmål B.3, anmoder Kommisjonen om at det besvares i tråd med rettspraksis etter *Viking Line*. Det faktum at fortrinnsrettsregelen gjelder til fordel for havnearbeidere registrert ved Administrasjonskontoret, uten hensyn til at en annen tariffavtale allerede sikrer tilstrekkelig sosial trygghet for Holships ansatte, viser at Rammeavtalen ikke tjener det legitime mål å motivere Holship til å forbedre arbeidsvilkårene for sine ansatte. I stedet tar Rammeavtalen bare sikte på å forbedre situasjonen for én

133 Det vises til *Kommisjonen mot Spania*, som omtalt over (avsnitt 28).

134 Samme sted.

135 Det vises til *Viking Line*, som omtalt over (avsnitt 89).

gruppe arbeidstakere på bekostning av andre arbeidstakere. Dermed kan beskyttelse av arbeidstakere ikke påberopes som begrunnelse for Rammeavtalen.

FORSLAG TIL SVAR

135 Kommisjonen anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

A.1 Unntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler som får anvendelse på tariffavtaler, omfatter ikke bruken av boikott mot en havnebruker for å oppnå tilslutning til en fortrinnsrettsregel fastsatt i en tariffavtale, dersom tilslutning innebærer at havnebrukeren fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et eget administrasjonskontor fremfor å benytte egne ansatte til det samme arbeid.

A.2 Systemet det vises til i A.1, bør bedømmes etter artikkel 53 og artikkel 54 i EØS-avtalen.

A.3 Det at samme eller tilsvarende system finnes i andre havner, er blant de forhold som må tas hensyn til ved vurderingen av om det foreligger en merkbar påvirkning på samhandelen innen EØS.

B.1 Det utgjør en restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31 å benytte boikott fra en fagforenings side for å oppnå tilslutning til en fortrinnsrettsregel fastsatt i en tariffavtale fra en bedrift hvis morselskap er hjemmehørende i en annen EØS-stat, når tariffavtalen innebærer at bedriften fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et eget administrasjonskontor med de kjennetegn som fremgår av avsnittene 10 til 14 i anmodningen, fremfor å benytte sine egne ansatte til dette arbeid.

B.2 Det er uten betydning for vurderingen av om det foreligger en restriksjon at bedriftens behov for losse- og lastetjenester skulle vise seg å være svært begrenset og/eller sporadisk.

B.3 Det er av betydning for vurderingen av om restriksjonen beskrevet i spørsmål B.1 er lovlig eller ikke, at fortrinnsrettsregelen gjelder uansett om selskapet som skal forhindres fra å benytte sine egne ansatte, anvender en annen tariffavtale som gir like god sosial trygghet som Rammeavtalen.

Carl Baudenbacher
Saksforberedende dommer