



Konkurransetsetjing av terminaldrift i hamner

Advokat Frode Lauareid – KS Advokatene

Juridiske rammevilkår for konkurranseutsetting av
virksomhet etter havne- og farvannsloven
herunder av terminaldriften i en havn



Fotograf: Frode Lauareid

KS Advokatene



(KS FoU prosjekt nr. 154037)



Grunnleggende rammevilkår

- Organisasjonsfridom, hfl § 45 første ledd
 - Private kan delta
 - Unntak for utpeikte hamner etter § 46
- Driftsfridom
 - Eigenregi eller kjøpte tenester/tenestekonsesjon
 - Alle former for kontraktar
 - Kjøp, sal, leige, feste
- Forretningsmessig og offentlegrettsleg
 - Forretningsmessig forsvarleg
 - Rettferdig saksbehandling. Ikkje misbruka makt.

HFL § 4 fjerde ledd

- Med havnevirksomhet menes i denne loven **tjenesteyting**, **myndighetsutøvelse** og **annen offentlig forvaltning** som retter seg mot fartøy, gods eller passasjerer i havnen.
 - ”tjenesteyting” = forretning av FDVU
 - ”myndighetsutøvelse” = det som regulerer private rettssubjekt
 - ”annen offentlig forvaltning” = tilsyn, offentlig planlegging

Regelverk for kontraktar

- Offentlegrettslege
 - Reglar om offentlege innkjøp
 - Reglar om offentleg støtte
 - Forvaltningslova
- Privatrettslege
 - Avtalelova
 - Pristiltakslova
- Privatautonomi
 - Forretning er forretning
 - Forvaltning er forvaltning

Strandadommen om forretningsdrift

- Rt-2015-795:
- (29) Forarbeidene viser videre til at kommunene har adgang til å fastsette prisene etter **fri prisdannelse**, se også Ot.prp.nr.75 (2007-2008) side 101. Det vil si at tjenestene kan prises uavhengig av de bakenforliggende kostnadene. Hvis kommunen har et produkt som markedet er villig til å betale en høy pris for, kan kommunen innenfor **de alminnelige rammene næringslovgivningen oppstiller**, ta denne høye prisen. Loven legger imidlertid begrensninger på bruken av inntektene; de kan **bare benyttes til havneformål**, jf. havneloven § 47 og § 48.

Strandadommen om forretningsdrift

- Rt-2015-795
- (30) Et offentlig organ som driver næringsvirksomhet, vil være bundet av «visse offentligrettslige skranker», jf. Rt-2012-1444 avsnitt 53, med videre henvisninger. Som fremholdt av Sivilombudsmannen i sak SOMB-1998-94, må imidlertid utgangspunktet være at det offentlige har betydelig frihet i sin forretningsdrift. Hvor langt alminnelig forvaltningsrettslige regler kommer til anvendelse ved siden av de privatrettslige, vil variere fra saksområde til saksområde. Jo større likhet det er mellom næringsvirksomheten og vanlig forvaltning, eller desto mer forretningsdriften i realiteten innebærer forvaltning, jo større grunn vil det være til å la forvaltningsrettslige regler få anvendelse.

Regelverket om offentlege innkjøp

- Vil gjelda for hamner
 - Kjøp av varer
 - Kjøp av tenester
- Unntatt frå regelverket
 - Eigenregi – kontroll og omsetjing
 - Kjøp, sal og leige av fast eigedom
 - Bygning under oppføring contra byggekontrakt
 - Tenestekonsesjonar
 - "En tjenestekonsesjonskontrakt er det samme som en tjenestekontrakt, med det unntak at vederlaget for tjenesten som skal utføres *«enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten eller i en slik rett sammen med betaling»*, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav e."
 - Truleg nye reglar frå 1. juli 2016

Regelverket om offentlig støtte

- Er kontrakten av allmenn økonomisk interesse?
 - Offentlig kompetanseutøving?
- Seks kumulative vilkår,
 - Det må innebære en form for fordel for mottakeren (fordelskriteriet);
 - Det må være gitt av staten eller av statsmidler;
 - Mottakeren må være å anse som et foretak (foretakskriteriet);
 - Det må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester (selektivitetskriteriet), og
 - Det må være egnet til å vri konkurransen
 - Det må være egnet til å påvirke samhandlingen innenfor EØS-området
- Unntak for bagatellmessig støtte
- Kan søkja godkjenning

Arealbruk

- Positive reglar om planleggingsplikt for utpeikte hamner, HFL § 46 andre ledd:
 - ”Utpekte havner etter første ledd skal utarbeide en plan som ivaretar krav til arealtilgang og effektivitet som er nødvendig som operativt transportknutepunkt. Planen skal følge kravene til rullering som kommuneplan.”
- Plan- og bygningslova § 11-7 har reglar om hamneareal for arealdelen i kommuneplanen.
- Plan- og bygningslova § 12-5 har reglar om hamneareal i kommunale reguleringsplanar.
- Avtalar med private må vera innanfor arealreglane.
- Arealreglar kan endrast innanfor ramma av planlovgivinga. Avtalar bør ta høgde for dette.

Kan ei hamn driva terminal i ei anna hamn?

- Avtalefridom
- Regelverket for offentlege innkjøp
 - Interkommunalt samarbeid er eit alternativ
- Regelverket for offentlig støtte
 - Analysesenteret i Trondheim
 - Budsjettmiddel (utfordring ved IKS-lova)
 - Ikkje separat rekneskap
 - Husleige under marknadsleige
 - Tilgang til kommunale støttetjenester
 - Fritatt for selskapsskatt
 - Analysesenteret har nå eit eige AS til desse engasjementa

Kan ei hamn driva terminal i ei anna hamn?

- Reglane om hamnekassen, hfl § 48:
 - *Havnekapitalen kan ikke nyttes til andre formål enn havnevirksomhet, herunder drift, vedlikehold, utbedring, utbygging og utvikling, samt utøvelse av offentlig myndighet etter bestemmelser i eller i medhold av loven her og tilrettelegging for sikkerhet og fremkommelighet i kommunens sjøområder. Av årsresultatet kan det foretas avsetning til fremtidig utviklingstiltak og investeringer i havnevirksomhet.*
 - Er eit unntak frå næringsfridomsprinsippet (som også gjeld for kommunar)

Kan ei hamn driva terminal i ei anna hamn?

- Om bruk av hamnekapitalen
 - ”fleksibel forståelse”
 - Må vera relatert til utvikling av hamna
 - Kompetanseoppbygging på terminaldrift
 - Reine finansielle investeringar går ikkje
 - Unntak for fondsavsetjingar
- Alternativ
 - Søkja dep. om løyve etter hfl § 48 tredje ledd
 - Søkja om fritak frå reglane om hamnekapital etter § 50
 - La andre enn hamna inngå kontrakten
 - Inntektene går då heller ikkje inn i hamnekapitalen

Korleis konkurranseutsetjing kan påverka drifta i hamna

- Kvaliteten på førbuing og kontraktsgjennomføring avgjerande
- Forvaltningsansvaret krev grundige analysar
- Bestillarkompetanse
- Arbeidsrettslege forhold
 - Tariffrettsleg drøftingsplikt
 - Reglane om verksemdsoverdraging
- Kontraktsoppfølging
 - Kompetanse på kontrakten
 - Arbeida med relasjonar
 - Ekstern meklar?
- Insourcing
 - Kompetanse og arbeidsrett

Losse- og lastearbeidarane

- Konkurransetsetjing ikkje direkte relevant
- ILO-konvensjon nr 137 artikkel 3:
 - *”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.”*
- Konvensjonar. Folkerett og intern rett. Artikkel 7:
 - *”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.”*
 - Rammeavtalen og Sør- og Nord-Norge-avtalen.
 - Begge avtalane har NHO og LO som tariffparter.

Arbeidsretten ARD-2014-355 avsnitt 57

- *”Saksøker har anført at ILO-konvensjon nr. 137 om havnearbeid taler for tolkningen. Arbeidsretten bemerker innledningsvis at Rammeavtalen ikke henviser til konvensjonen, og den er ikke gjort til tariffnorm. Arbeidsretten kan ikke se at konvensjonen taler for et bestemt tolkningsresultat. Da ratifikasjonsspørsmålet var til behandling, presiserte Norsk Arbeidsgiverforening i en høringsuttalelse at «de prinsipper som ligger til grunn for konvensjons- og rekommendasjonsteksten har partene i arbeidslivet allerede for flere år siden akseptert», jf. St.prp.nr.97 (1973-1974) side 5. Konvensjonen artikkel 2 nr. 1 bestemmer at 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. Arbeidsretten legger til grunn at det er enighet mellom LO og NHO om behovet for ordnede lønns- og arbeidsvilkår for losse- og lastearbeidere, men partene er uenige om hvordan dette målet kan nås. NHO har anført at fast ansettelse hos en havneoperatør for å utføre losse- og lastearbeid kan være en måte å oppfylle forpliktelsen på. I en slik situasjon kan konvensjonen ikke begrunne den presiserende tolkningen saksøker gjør gjeldende.”*
 - Sør- og Nord-Norge-avtalen har heller ikke noen direkte henvisning til ILO-konvensjonen.

Tariffavtalane

- Sør- og Nord-Norge-avtalen har formulert fortrinnsretten slik, se punkt 2:
 - *2. Skip i utenriks fart:*
 - *For fartøyer på 50 tonn dw og derover som går fra norsk havn til utenlandsk havn eller omvendt, skal losse- og lastearbeidet ikke utføres av fartøyets mannskap. Unntatt er all lossing og lasting ved bedriftens egne anlegg hvor bedriftens egne folk anvendes til lossing eller lasting. Bestemmelsen gjelder heller ikke skip i utenriks fart som på en del av sin reise også utfører kystfart, idet den nåværende praksis opprettholdes.*
- I Rammeavtalen er fortrinnsretten formulert slik, se § 2.1:
 - *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.*

Litt tariffrett

- Tariffavtaler er bindende for partane
- Verken KS eller KS Bedrift er part i Rammeavtalen eller Sør- og Nord-Norge-avtalen.
- LO-strategi:
 - Krav om tariffavtale, alternativt boikott
 - Boikott har blitt akseptert av domstolane opp til nå
 - Holship-saka i Drammen
 - Tilråding frå EFTA-domstolen 19. april 2016
 - Høgsterett våren 2016

Arbeidsretten ARD-2014-355

- (45) *”Etter Rammeavtalen § 2 nr. 1 andre setning gjelder fortrinnsretten til losse- og lastearbeid ikke når arbeidet skjer «ved bedriftens egne anlegg» hvor «bedriftens egne folk» anvendes til arbeidet. Arbeidsretten bemerker at ordet «bedrift» må forstås på samme måte som ordet virksomhet, og det kan ikke utledes noen særskilte krav til hva slags virksomhet som drives. Ut fra ordlyden oppstilles det et generelt unntak for bedrifter som har eget anlegg hvor det utføres losse- og lastearbeid, uten nærmere krav til hva slags bedrift eller virksomhet det er tale om. Unntaket gjelder etter sin ordlyd både bedrifter som disponerer havneområder hvor det losses og lastes produkter fra egen produksjon, og bedrifter som loss og laster som ledd i alminnelig godshåndtering i havn som bedriften har eksklusiv rådighet over. Ordlyden «egne anlegg» stiller ikke krav om at havneområdet må være en privat havn slik dette er definert i havneloven § 39 eller krav om eiendomsrett til havneområdet.”*
- (62) ... Det er tariffpartene, og ikke Arbeidsretten, som må trekke den nærmere grensen for unntaksregelen.

Arbeidsretten 25. august 2015

- *”(85) Det er ikke holdepunkter for, og heller ikke anført, at unntaket for lossing og lasting ved bedriftens egne anlegg hvor bedriftens egne folk benyttes ikke skal forstås på samme måte etter Rammeavtalen og Sør- og Nord-Norgeavtalen.*
-
- *(86) Skattøra er et område Nor Lines AS leier og har eksklusiv rådighet over. Det er ikke en del av Tromsø Havn. Lossing og lasting har ikke tilknytning til egen produksjon eller egen industrivirksomhet. Det er etter rettens syn ikke holdepunkter for å innfortolke et slikt generelt krav, og det vises i den forbindelse til Arbeidsrettens drøftelse i ARD 2014 side 355. Etter dette er det ikke tvilsomt at lossing og lasting ved Skattøra i utgangspunktet omfattes av unntaksbestemmelsen i § 1 nr. 2 annet punktum.*

Oppsummert losse- og lastearbeidar

- Etter dette må det legges til grunn at unntaksbestemmelsene i tariffavtalene er vide. De forskjellige aktørene kan nå med høy grad av sikkerhet organisere seg slik at man vet om man er forpliktet til å bruke losse- og lastearbeidere eller ikke. Hovedregelen synes å være at dersom aktøren selv har egne ansatte, så kan disse benyttes til lossing og lasting uavhengig av om godset tilhører aktøren. En forutsetning er imidlertid at aktøren disponerer en del av havnen eksklusivt. Denne eksklusiviteten oppnås enten gjennom eie, leie eller feste. Dersom en godsmottaker ikke disponerer areal i havnen eller ikke har egne losse- og lastearbeidere, vil fortrinnsretten gjelde.

Sak E-14/15 frå Eftadomstolen 19. april 2016

- 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.

Sak E-14/15 frå Eftadomstolen 19. april 2016

- 2. EØS-avtalen artiklene 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 EØS-avtalens 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 EØS-avtalen artikkel 31.

Sak E-14/15 frå Eftadomstolen 19. april 2016

- 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 og Páll Hreinsson
- Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 19. april 2016.

