DOMSTOLENS DOM
19. april 2016*

(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,

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,

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

- 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) ("ILO-konvensjonen"), 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 EFTA-statene 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 EØS-avtalens 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 ILO-konvensjonen, 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*"), C-438/05, 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 konkurransereglenes 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 begunstiger 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 EØS-avtalen 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 EØS-avtalens 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 EU-domstolens 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 artiklene 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 instrukser 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-avtalen 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 EØS-avtalen artiklene 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 totrinnstilnærming.

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 EØS-statene "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. EU-domstolen 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 E-4/05 *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 EØS-avtalen 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 fortrinnsrettsbestemmelsen 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 rettferdiggjøre 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*, C-209/10, 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 arbeidstakeres 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*, C-438/05, 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 EØS-avtalen, eller gjøre den mindre interessant, er, selv om de får anvendelse uten hensyn til nasjonalitet, en krenkelse av disse friheter som må rettferdiggjøres (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*, C-576/13, 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 ordning 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 E-1/04 *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 rettferdiggjort, 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 rettferdiggjøres.

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 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.**

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